



# IUS COMAHUE

AÑO 1 - Nº1  
DICIEMBRE 2019

Doctrina y jurisprudencia Rio Negro y Neuquén

Colaboran en este número

Adrián Federico AMBROGGIO, Ricardo A. APCARIÁN,  
Sergio M. BAROTTO , María Julieta BERDUC,  
Alejandra BERENGUER, Fernanda CATALDO,  
Juan Carlos FERNÁNDEZ, Pablo GUTIÉRREZ COLANTUONO,  
Marcelo Daniel IÑIGUEZ, Juan Bautista JUSTO,  
Milton Hernán KEES , Óscar Raúl PANDOLFI



FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES

IUS  
COMAHUE



# IUS COMAHUE

Doctrina y jurisprudencia Rio Negro y Neuquén

Año 1 - Nº 1  
2019

e-ISSN en tramite  
ISSN en tramite



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



FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES



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

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

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

© **PubliFadecs**

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

---

# Avales Institucionales y Resoluciones

La presente revista jurídica ha sido efectuada gracias al aporte de la Universidad Nacional del Comahue, dado que se trata del objeto final de Proyecto de Extensión “Revista Jurídica” de ejecución 2019-2020 aprobado por Consejo Superior UNCo por Ordenanza N° 0344/2019, así como también cuenta con Aval Institucional por parte de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Además, ésta revista ha sido declarada de interés por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro mediante resolución “719/2018”-STJ. Así mismo cuenta con el Aval Institucional del Colegio de Abogados de General Roca y del Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, así como también la declaración de interés por parte del Foro de Jueces y Juezas de la provincia de Río Negro. Adicionalmente, han apoyado la iniciativa diversos magistrados tanto de la judicatura rionegrina como neuquina, a quienes especialmente y cariñosamente extendemos nuestros agradecimientos: Dr. Jorge Pascuarelli, Dra. Laura Fontana y el Dr. Daniel Tobáres.



## EQUIPO EDITORIAL

### DIRECCIÓN

**Dr. Alejandro David Cataldi:** es profesor de Derecho Social de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, así como también de Seminarios dictadas en la casa mencionada casa de estudios. Ejerce la profesión liberal.

### COORDINACIÓN

**Dra. María Magdalena Tartaglia:** es abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, así como también docente de la casa de estudios en las cátedras Derecho Social y Seminario II: Derecho Social. Es funcionaria de la justicia laboral rionegrina.

**Dr. Alejandro Monzani:** es abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue. Ejerce la profesión liberal.

**Dr. Ezequiel Adrián Echeverría:** es abogado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue. Ejerce la profesión liberal.

## AUTORIDADES DE LA FACULTAD

**Decano:** Mg. Andrés Ponce de León

**Vicedecana:** Abog. M. Raquel Calvo

**Secretaria Académica:** Abog. Ana Zinkgraf

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

**Secretario Administrativo:** Félix Teseyra

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

**Director de Postgrado:** Abog. Juan C. Fernández

## NOTA DE EDITORIAL

*Ius Comahue* comenzó como una pequeña idea nacida entre mezcla de charlas de pasillo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNCo, y un gran entusiasmo por la investigación, divulgación y creación del Derecho regional. En procura de alcanzar dicha meta, es que la idea de dar nacimiento a una revista jurídica en el seno de la única facultad pública y nacional de la región, nos pareció el correcto camino a tomar.

Poco a poco fuimos dando forma a este espacio, no sin antes contar con la desinteresada ayuda prestada por diversos profesores, profesionales, magistrados, funcionarios, autoridades de la facultad y tantas otras personas (como a Florencia Zamaro quién nos regaló el genial logo de la revista) a quienes les dedicamos con estas pocas palabras el mayor de los profundos agradecimientos. Con honestidad, nos sería extenso el catálogo de personas a quienes debemos agradecer con ésta pequeña nota, por ello -y en el entendimiento de que también se les hará llegar- confiamos que sabrán que estas palabras son dirigidas a ellas.

Todo esto, además, no sería posible sin el acompañamiento de la Universidad Nacional del Comahue y de la Facultad, junto con, especialmente, la Secretaria de Extensión.

Luego de meses de trabajo, planificaciones, y reuniones, la idea comenzó a materializarse en éste primer ejemplar que agrupa las investigaciones, críticas y observaciones del devenir jurisdiccional y de la normativa regional hechas por grandes profesionales de la zona. De allí que dentro de las páginas de este primer ejemplar, así como esperamos de los tantos otros venideros, encontraran un espacio dedicado a quienes tomen la posta de continuar con

el desenvolvimiento de algo tan propio como lo es doctrina y la jurisprudencia de nuestras provincias, Río Negro y Neuquén.

El humilde objetivo de esta revista es, ni mas ni menos, crear un espacio de difusión del Derecho regional y resaltar las características propias que hacen a nuestra identidad provincial y entendemos, en este norte, que solamente será posible acometer dicha meta con la participación de protagonistas de la ciencia jurídica en nuestra zona. Entendiendo por protagonistas a todo operador jurídico que quiera aportar sus líneas en evaluar el régimen legal en el cual está inmerso su labor diario y, aún también, a aquellos estudiantes que quieran hacer valer su interés sobre temáticas particulares. Creemos firmemente que éste espacio es un pequeño grano de arena para fomentar la investigación de las ciencias jurídicas en clave regional.

Por otro lado, esperamos que la revista no sea esporádica ni se discontinúe, sino que, muy por el contrario, se convierta en un patrimonio colectivo tanto de facultad de derecho y sus integrantes (alumnos, profesores y autoridades) como también, y especialmente, de la comunidad regional pues, en definitiva, la extensión está dada en difundir a la comunidad la razón de ser de nuestra normas y el motivo de las decisiones de nuestra justicia.

Por todo ello, y en el entendimiento de que el derecho se crea, se modifica y es estudiado por todos, los invitamos a sumarse a esta iniciativa, que como único requisito sustancial marca la pauta de animarse a introducirse en el cuestionamiento de nuestro devenir en la ciencia jurídica. Las puertas quedan abiertas para aquellos que quieran sumarse como integrantes al proyecto, así como también a quienes tengan en mente la idea de expresarse sobre un tema en particular mediante un artículo futuro, sepan que quedan cordialmente invitados.

Bienvenidos a lo que, esperamos, sea una de las múltiples revistas que aportara, poco a poco, a cimentar en la lógica del desarrollo incremental la importancia de fomentar la investigación de la ciencia jurídica regional.



<b>DOCTRINA</b> .....	<b>9</b>
1. Libertad cautelada e información de calidad en las notificaciones. Alejandra BERENGUER .....	<b>11</b>
2. Doctrina Legal Obligatoria en los ámbitos Federal y Provincial. El modelo de la Provincia de Río Negro. Sergio M. BAROTTO y Ricardo A. APCARIÁN .....	<b>17</b>
3. La Costumbre en el Derecho Internacional Público (DIPú) y en el Derecho Internacional Privado (DIPr). Marcelo Daniel IÑIGUEZ .....	<b>39</b>
4. La praxis medica bajo la mirada de los tribunales de Río Negro y Neuquén. Milton Hernán KEES y Fernanda CATALDO .....	<b>47</b>
5. La selección de jueces en el Derecho Comparado y en el sistema federal argentino a partir de la Reforma de 1994 Adrian Federico AMBROGGIO .....	<b>55</b>
6. Re pensando nuestras administraciones públicas Pablo GUTIERREZ COLANTUONO .....	<b>65</b>
7. Régimen jurídico de la inversión extranjera en Vaca Muerta. Juan Bautista JUSTO .....	<b>71</b>
<b>JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>79</b>
8. Consejo para suicidas. Comentarios a una sentencia insólita Oscar Raúl PANDOLFI .....	<b>81</b>





9. La contaminación de los ríos del Comahue en la jurisprudencia federal penal. Juan Carlos FERNANDEZ .....	85
10. La convocatoria de los Delegados sindicales en el CCT 1/76. ¿Existe un "Derecho de preferencia"? Maria Julieta BERDUC .....	89
11. <b>SUMARIO DE FALLOS DE RIO NEGRO Y NEUQUÉN SOBRE EL SISTEMA DE RIESGOS DEL TRABAJO</b> .....	95
12. <b>POSTGRADO</b> .....	109

# DOCTRINA





# Libertad cautelada e información de calidad en las notificaciones

*Por Alejandra BERENGUER\**

En agosto de 2017 con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimientos Penal, ley 5020, Rio Negro se enroló entre las provincias de la República Argentina que poseen un sistema procesal penal acusatorio en el que rigen los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplificación y celeridad. Para que todos estos principios sean operativos y puestos en práctica se diseñó un entramado de división de tareas en lo que hace a la actividad jurisdiccional que requirió de la reforma de la ley orgánica del Poder Judicial<sup>1</sup>. También la creación de nuevos organismos administrativos como la Oficina Judicial, la reglamentación interna de su actividad como soporte y apoyo a la tarea de los jueces a través de un manual de funciones<sup>2</sup> y un profundo cambio de rol de todos los actores del proceso, interpretado también como un nuevo paradigma.

\* Abogada. Egresada de la Universidad Nacional del Comahue en 1989. Diplomada Internacional en Litigación Penal de la Universidad Alberto Hurtado de Chile. Actualmente jueza de juicio del Foro de Jueces y Juezas Penales de la Cuarta Circunscripción. Anteriormente jueza de la Cámara Primera en lo Criminal de Cipolletti, jueza de instrucción, fiscal, fiscal en comisaría y secretaria de instrucción y correccional.

Con una modificación tan radical en las funciones, los jueces y las juezas debimos mover el ángulo del ejercicio de la magistratura, lo que generó disimiles reacciones y resultados también. Este profundo proceso trajo aparejada la necesidad de generar infraestructuras nuevas para los Mi-

<sup>1</sup> Ley Orgánica del Poder Judicial.

<sup>2</sup> Manual de Funciones Oficina Judicial del Fuero Penal.

nisterios Públicos, situación que se ha ido desarrollando en el tiempo, aunque resta aun mucho por hacer, definir y adaptar criterios, ocupar puestos, ejercer las facultades dadas con la nueva legislación, entre otras cuestiones.

Pretendo en este artículo resaltar algunas de las particularidades que este nuevo paradigma representa hoy para el proceso penal contradictorio, relatado desde la experiencia de una operadora del sistema y haciendo hincapié en las medidas que afectan o restringen la libertad de los sospechados. En esa misión abordaré dos grandes aspectos: el artículo 100 del nuevo Código Procesal y el abanico de herramientas ofrecidas allí como alternativas a la prisión preventiva, medida de ultima ratio. Y la situación de libertad atravesada por los conflictos en la notificación y la falta de información de calidad con la que no cuentan los jueces y juezas al momento de resolver un pedido de rebeldía.

La mayor ventaja sin lugar a dudas es la celeridad del proceso: lo que antes podía demorar años por la ausencia de plazos perentorios y fatales, por la burocracia propia de un sistema mixto, pero más escritural que otra cosa, y por la existencia de los distintos organismos jurisdiccionales, hoy se ha transformado tan sólo en meses. La respuesta en la flagrancia es la más rápida en cuanto a situación de libertad, pues fija el término de 24 horas. En el año 2018 se llevaron a cabo 3485 audiencias de formulaciones de cargos, 608 en Cipolletti, no contándose, lamentablemente, con datos oficiales por hechos de este tipo (flagrancia).<sup>3</sup>

En estos casos el Fiscal debe ejercer sus facultades para continuar o no con el proceso cuasi iniciado por la aprehensión flagrante de la persona que resulta sospechada. Esto genera una reacción inmediata de acceso a la decisión jurisdiccional y tratándose de hechos de menor cuantía o hechos con escala penales mínimas permite que la persona sospechada (y que no cuente con antecedentes penales computables) acceda al mismo tiempo a la libertad provisional. La herramienta legislativa plasmada en el artículo 100 del Código Procesal Penal (C.P.P.) es muy rica y valiosa en su contenido pues permite ejercer un control dentro del proceso, cautelando de algún modo en forma sencilla y práctica la situación del sospechado. Esto antes era difuso generándose ahora posibilidades regladas.

El art. 100<sup>4</sup> del C.P.P. es extenso, se encuentra ubicado en las medidas de coerción y cautelares y se intitula situación de libertad. De la lectura del mismo se advierte la riqueza y abanico de posibilidades que permite el nuevo articulado y cómo

<sup>3</sup> Anuario estadístico del Poder Judicial de Río Negro del año 2018.

<sup>4</sup> Artículo 6 ,9 y 100 del Código Procesal Penal de Río Negro.

cautela la situación de libertad para el caso de que la persona se enrola en la condición de sospechada.

La práctica procesal señala que no se le está dando el prolífico uso que este permite, pues la tan cuestionada prisión preventiva posee medidas morigeradas y que surgen de la normativa citada. Ello parece escapar del discurso diario o de la pretensión fiscal. Definitivamente y en los tiempos que corren la prisión preventiva<sup>5</sup> es la última posibilidad a la que necesariamente se llega cuando las demás no resultan posibles. O bien se agotaron las alternativas por propia conducta del sospechado o por no garantizar su permanencia “a derecho” o por afectar la investigación. El juez sólo puede disponer las medidas a petición de la parte. Por ello, en cada caso concreto, se debe analizar si resulta viable que la persona imputada se encuentre a derecho, si podrá ser ubicada en caso de ser necesario dentro del trámite del proceso penal y también que no obstaculice el devenir de la justicia. Al mismo tiempo se debe garantizar la integridad de víctimas y testigos.

Cualquier reforma procesal de este tipo trae aparejado profundos cambios pero no sólo dentro de los organismos pertenecientes al Poder Judicial. No alcanza con diversificar la tarea, efectuar una clara división entre temas administrativos y netamente jurisdiccionales o poner en cabeza del Ministerio Público Fiscal exclusivamente la persecución de los hechos delictivos en su rol de titular de la acción pública. Sino que requiere también de una modernización del ejercicio de la Defensa, tanto pública como privada, evitando descansar en el sistema pues el mismo debe ser creado y generado en cada ocasión a la medida del caso. Para ello es necesario reforzar estos conceptos y deben ser interiorizados por los encargados del ejercicio del ministerio de la defensa. A pesar de que los anuncios o la publicidad de la reforma pareciera solo alcanzar a la Fiscalía no menos cierto es que la Defensa es otro de los grandes protagonistas. Hay que entender que el libreto o el guión que era propio del expediente escrito y el juez que resolvía unilateralmente desaparecieron para siempre, pero esto requiere de una proactividad de las partes que entiendo se logrará acabadamente con el transcurso del tiempo y de la fijación de criterios jurídicos en cada caso concreto.

A ello debo sumar la necesidad de contar con órganos de control de esa libertad cautelada, y la eficacia en su labor, para esto también se requiere en primer

<sup>5</sup> Artículo 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Garantías procesales. Instrumentos jurídicos internacionales.



lugar cambiar el discurso de otrora, encontrar receptores válidos, utilizando todas las herramientas que se encuentran a disposición de dar cumplimiento a las opciones de la manda legal, como son los sistemas o dispositivos de monitoreo electrónico, la prevención policial entre otras.

Además de los especificados “hechos menores” abarcados por la flagrancia, los demás procesos poseen un plazo fatal para su investigación<sup>6</sup>, lo cual imprime una mayor velocidad a la recolección de evidencias, con la ventaja también de la desformalización para el acopio de la información. Así se evita la acumulación innecesaria de papeleos que sólo cumplían con formalidades y en realidad no aportaban nada a la investigación (el otrora informe de empleado policial comisionado). Si bien esta actividad en el sistema antiguo fue pensada para el hacer del fiscal o del juez investigador, hoy desterrado por completo, la defensa gana actualmente protagonismo, pues puede participar activamente en ella y así acceder a la información para diseñar desde un primer momento su estrategia. Todas estas nuevas actividades han requerido de una capacitación de los funcionarios y un cambio sustancial en los operadores de los ministerios públicos. Este tránsito no ha sido un lecho de rosas y del entusiasmo inicial, plagado de confusión e incertidumbre, hemos avanzado hacia algunas certezas y una mejor organización. De todas formas aún persisten los baches que se advierten en el día a día del trámite de un proceso: la falta de información al momento de realizar la audiencia y el recelo en la base de confianza de los operadores que merece la desformalización. A pesar de contar con las herramientas necesarias para que el sistema sea fiable se advierte una cierta desconexión, al menos en la Cuarta Circunscripción Judicial (desde Catriel hasta Fernández Oro) que permita tener un mecanismo aceitado. A ello debo agregar la necesidad de adopción de otras herramientas que puedan ser ventiladas en las audiencias. Para citar un ejemplo, muchas audiencias fracasan por la falta de concurrencia de la persona que está sometida a proceso. Al momento de resolver el dictado de una rebeldía y captura que presta-petitiona el acusador, los jueces y las juezas nos encontramos con una generalizada falta de información que pueda hacerse saber en audiencia: si la persona fue hallada personalmente, si fue contactada vía telefónica, por mensaje de texto, si mudó el domicilio, si proporcionó un domicilio falso o erróneo al momento de re-

<sup>6</sup> Artículo 77, 128 y 130 del Código Procesal Penal de Río Negro.



querírsele sus datos, los motivos de su incomparencia, o si pudo ser asistido debidamente por la defensa designada .

En términos generales la Fiscalía no cuenta con esa información pues no la requirió con anticipación o bien la Oficina Judicial no dispone de ella, la defensa obviamente se opone a la medida solicitada por los acusadores, colocando al juzgador en una posición más que incómoda, pues definitivamente la audiencia no puede realizarse por la falta de comparecencia del sometido a proceso, pero ni las partes ni la oficina administrativa se encuentran en condiciones de proporcionar información fidedigna o de calidad. Conforme la Acordada 5/2018 del Superior Tribunal de Justicia<sup>7</sup> las notificaciones pueden realizarse por cualquier vía, primando la desburocratización o desformalización, pero ¿cuál es la garantía para dictar una medida tan extrema como la detención de una persona sin contar con la información adecuada? Muchas veces se recurre a la remanida herramienta de la notificación a través de policía, lo que genera más incertidumbres que certezas, pues el sistema descansa en que un tercero poco o nada interesado en el resultado de su misión. Si es que la realiza, llevar a la práctica la consabida entrega de una cédula de notificación requiere de la inversión no sólo de recursos humanos sino materiales (oficial notificador, utilización de un móvil policial, entrega de la cedula de notificación, devolución de la copia, remisión de la copia por mensaje de whatsapp a veces), todo en el último momento.

Tal vez sería necesario un replanteo de esta modalidad con una consulta seria y sincera de su funcionamiento, con la participación de las partes, pues esto lleva a que en muchas oportunidades la celeridad del sistema diseñado se vea frustrado por una cuestión que por nimia que parezca hace al mantenimiento del estado de libertad de los acusados. Este planteo que resulta muy sencillo dicho de esta manera genera grandes incertidumbres en los juzgadores, atrasa el sistema, conspira contra la eficiencia del mismo y lleva a generar audiencias carentes de contenido, vacías, que si bien no dejan de ser un número estadístico como audiencia realizada no sirven pues no se imparte justicia, no se adoptan decisiones jurisdiccionales que permitan avanzar el proceso sino que se ralentiza el mismo, siendo una discusión estéril entre el fiscal peticionante que, en general, considera citada la persona aunque nunca se haya cerciorado si recibió o no el mensaje, y el defensor que justifica, en aras del cumplimiento de su ministerio, lo que aparece injustificable, aproximándose este a un duelo verbal inconducente.

<sup>7</sup> Acordada 5/2018 del Superior Tribunal de Justicia.



## BIBLIOGRAFÍA

Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, (30 de abril del 2018) *Acordada 5/2018*. Recuperado de [www.jusrionegro.gov.ar](http://www.jusrionegro.gov.ar)

Poder Judicial de Río Negro, Anuario Estadístico del Poder Judicial de Río Negro 2018. Recuperado de [www.jusrionegro.gov.ar](http://www.jusrionegro.gov.ar)

Legislatura de Río Negro (12 de enero del 2015) *Código Procesal Penal de Río Negro*. (Ley N° 5020). Recuperado de [www.servicios.jusrionegro.gov.ar/](http://www.servicios.jusrionegro.gov.ar/)

Legislatura del Pueblo de la Provincia de Río Negro (25 de abril de 2017) “*Ley Orgánica del Poder Judicial*” (Ley N° 5.190 ) Recuperado de [www.jusrionegro.gov.ar](http://www.jusrionegro.gov.ar)

Manual de Funciones Oficina Judicial del Fuero Penal (04 de mayo de 2017) Recuperado de <http://servicios.jusrionegro.gov.ar>

Constitución de la Nación Argentina [Const.] (1994) Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/>

Congreso de la Nación Argentina (1 de marzo de 1984) Convención Americana sobre Derechos Humanos. [Ley N° 23.054]. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/>

IX Conferencia Internacional Americana (1948) “*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.*”, Bogotá, Colombia. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n\\_Americana\\_de\\_los\\_Derechos\\_y\\_Deberes\\_del\\_Hombre\\_1948.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf)

Asamblea General de las Naciones Unidas (10 de diciembre de 1945) “*Declaración Universal de los Derechos Humanos*”. París, Francia. Recuperado de <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Congreso de la Nación Argentina (17 de abril de 1986). “*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*” [Ley N° 23.313]. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/>



# Doctrina Legal Obligatoria en los ámbitos Federal y Provincial. El modelo de la Provincia de Río Negro<sup>1</sup>

Por Sergio M. BAROTTO\* y Ricardo A. APCARIÁN\*\*

\* Juez del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, República Argentina. Especialista y Magister en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por la Universidad de Bologna. Italia. Profesor Titular de Derecho de los Contratos, Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Profesor Adjunto de Introducción al Derecho, Universidad Nacional de Río Negro, Argentina. Ex Profesor Adjunto Regular de la cátedra Derecho de los Contratos de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur. Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue. Presidente del Foro Patagónico de los Superiores Tribunales de Justicia, integrado por los Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias de Chubut, La Pampa, Neuquén, Río Negro, Santa Cruz y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Argentina. Ex Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro.

\*\* Juez del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, República Argentina. Especialista en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por la Universidad de Bologna, Italia. Especialista en Derecho de Daños y Contratos por la Universidad Nacional del Comahue. Diplomado en Derecho Judicial por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Ex Presidente del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro.

**SUMARIO: I. La situación en el orden Federal. Las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. II. La situación en el orden provincial. Las sentencias de la Cortes y Superiores Tribunales de justicia. Un caso en particular: la Provincia de Río Negro. II.1. Panorama normativo general. II.2.- Los alcances de la doctrina legal obligatoria en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. III. Corolario**

*“La historia de los Estados Unidos ha sido forjada no solo en las salas del Congreso, en el despacho de los Presidentes y en los campos de batalla, sino en gran medida en los estrados del Tribunal Supremo” (juez Warren).*

Acerca del concepto de “precedente jurisprudencial” reseña con precisión Alberto F. Garay<sup>2</sup> que el mismo entraña la idea que la decisión adoptada en una sentencia respecto de un caso por un juez debe ser reiterada en un caso posterior en tanto sus hechos relevantes sean sustancialmente análogos a los del primer supuesto, destacando que cuando el precedente es establecido por un tribunal superior lo resuelto será decisivo para los casos análogos siguientes que debe resolver ese mismo tribunal y todos los

<sup>1</sup> Este artículo fue originalmente publicado en el diario jurídico “La Ley” a cuyos derechos se remite, contando con debida autorización editorial para la publicación en la presente revista.

<sup>2</sup> “El caso Arteray y la doctrina del precedente”, Microjuris.com, Cita: MJ-DOC-6723-AR / MJD6723.



inferiores a él dentro de la misma jurisdicción, pues se considera que esos tribunales inferiores tienen obligación de actuar de esa manera, indicando que tal obligatoriedad o vinculación entre el precedente y los casos análogos posteriores se la conoce con la expresión latina *stare decisis*<sup>3</sup>.

Coincide la doctrina en cuanto que el instituto del *stare decisis* tiene su origen en el derecho anglosajón, como así también que en la República Argentina, y respecto de su sistema federal de justicia, no hay disposición constitucional ni reglamentaria que lo instaure, a diferencia de lo que ocurre a nivel de los poderes judiciales provinciales, como luego se desarrollará.

### **I.- La situación en el orden Federal. Las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación**

Como se anticipase, a nivel federal argentino, no existe disposición de orden constitucional ni legal que establezca la obligatoriedad del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia para los tribunales inferiores, como sí se verificó durante el lapso de vigencia de las reformas introducidas a la Constitución Nacional en el año 1949, a partir del entonces artículo 95 que establecía -en lo que aquí interesa- que *“La interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recurso de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales.”*

Sin perjuicio del señalado déficit de fuente normativa, la propia Corte ha ido, desde sus fallos, condicionando el margen de discrecionalidad de los organismos judiciales inferiores, exigiéndoles que ajusten sus decisiones a las que ella propone en casos sustancialmente similares.

Escapa al presente trabajo el análisis minucioso o detallado de la evolución de su jurisprudencia sobre la temática, pero ostensiblemente ha endurecido su postura en el sentido indicado, sustituyendo -en palabras de Sagüés- lo que en algún momento constituía un “deber moral” de seguimiento, por “deber institucional” que condiciona muy severamente las posibilidades de apartamiento del precedente por parte de los tribunales federales y provinciales inferiores.

Como prieta síntesis del camino evolutivo mencionado precedentemente puede hacerse notar que, por ejemplo, se sancionó administrativamente a magistrados bajo el argumento de *“...que tan incuestionable como la libertad de juicio de*

<sup>3</sup> *Stare decisis et quita non movere*: no perturbar lo que ya está decidido.



*los jueces en ejercicio de su función propia, es que la interpretación de la Constitución Nacional por parte de esta Corte tiene, por disposición de aquélla y de la correspondiente ley reglamentaria, autoridad definitiva para la justicia de toda la República (Const. Nac., art. 116; ley 48, art. 14); que ello impone, ya que no el puro y simple acatamiento de su jurisprudencia -susceptible siempre de ser controvertida como todo juicio humano en aquellas materias en que sólo caben certezas morales-, el reconocimiento de la superior autoridad de que está institucionalmente investida; que apartarse de su jurisprudencia, mencionándola pero sin controvertir sus fundamentos, como ha ocurrido en esta causa y con el agravante de invocar para ello ‘el deber de aplicar la Constitución’, modo tácito de expresar que se repara así el incumplimiento de ese mismo deber en que el superior habría incurrido, importa desconocimiento deliberado de dicha autoridad”. (Fallos: 212:59)*

También se pregonó el acatamiento a su doctrina legal, más sin eventuales sanciones en caso contrario. Se dijo entonces acerca del “...deber que tienen las instancias inferiores de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia...” (Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 321:2294 y 3201; 325:1227, entre otros), o que “No obstante que las decisiones de la Corte se circunscriben a los procesos concretos que le son sometidos a su conocimiento, no cabe desentenderse de la fuerza moral que emana de su carácter supremo, sin verter argumentaciones que la contradigan, pues dada la autoridad institucional de los fallos del Alto Tribunal en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes, de ello se deriva el consecuente deber de someterse a sus precedentes.” (Fallos 322:1488, del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema).

Asimismo, en oportunidades la misma Corte renegó de la obligatoriedad de sus fallos frente a casos iguales, al señalar que “La facultad de interpretación de los jueces y tribunales inferiores no tiene más limitación que la que resulta de su propia condición de magistrados, y en tal concepto pueden y deben poner en ejercicio todas sus aptitudes y medios de investigación legal, científica o de otro orden, para interpretar la ley, si la jurisprudencia violenta sus propias convicciones” (Fallos: 131:109 y 263:255).

En la actualidad, y a partir de la causa “VIÑAS”<sup>4</sup>, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado una nueva vuelta de tuerca al asunto, mediante un breve

<sup>4</sup> “Viñas, Pablo c/ EN – M. Justicia y DDHH s/ indemnizaciones – ley 24043 – art. 3”, CAF 47871/2016/CS1-CA1 y otro”, Sentencia de fecha 22.05.2018.

pero medular pronunciamiento, en donde ha traído a la palestra este instituto jurídico de suma relevancia para el derecho procesal en general, y en el derecho procesal constitucional en particular.

Ha señalado el Máximo Tribunal nacional en la oportunidad referida que *“...no obstante que sus decisiones se circunscriben a los procesos concretos que son sometidos a su conocimiento, la autoridad institucional de sus precedentes, fundada en la condición del Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas tanto por esta misma Corte como por los tribunales inferiores; y cuando de las modalidades del supuesto a fallarse no resulta de manera clara el error y la inconveniencia de las decisiones recaídas sobre la cuestión legal objeto del pleito, la solución del mismo debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes...”*.

Contiene el precitado párrafo varias cuestiones centrales, relativas a los campos del derecho mencionados, a saber:

1.- Sostiene nuevamente la Corte que sus pronunciamientos y, consecuentemente, la doctrina judicial que dimana de los mismos, no posee efecto *erga omnes*.

2.- Que siendo la Corte el intérprete el último<sup>5</sup> de la Constitución Nacional y de las leyes que en función de la misma se dicten, sus fallos o pronunciamientos o precedentes son portadores de una especial, y también máxima, “autoridad institucional”.

No pueden abrigarse dudas, ya en este punto, que el metamensaje de la doctrina judicial del fallo comienza a perfilarse, en cuanto a que las conceptualizaciones jurídicas del Tribunal, en uso de su función jurisdiccional, deben ser tenidas especialmente en cuenta al momento de tener que resolverse venideros casos.

3.- Concatenado con lo anterior, explicita la Corte la idea fuerza que se vislumbrara en el párrafo anterior, al afirmar que *“...en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos sus conclusiones sean debidamente consideradas y con-*

<sup>5</sup>Supremo, es el término que se utiliza en el fallo comentado, con visos de incontrovertibilidad.

*secuentemente seguidas...*” por quienes tengan que adoptar subsiguientes decisiones judiciales.

El aviso a los operadores del sistema de justicia aparece claro: la doctrina legal de la Corte debe valorarse como obligatoria; no solamente “tenida en cuenta”; no otra inteligencia parece posible sin forzar semánticamente el análisis de la frase que refiere a conclusiones que sean -deber ser- debidamente consideradas y consecuentemente seguidas -emuladas, copiadas-.

Confirma la apreciación anterior la circunstancia de que en el mismo fallo que aquí se comenta, la Corte indica que frente a casos iguales debe fallarse en el mismo sentido que el pronunciamiento que actúa como precedente, afirmado que tal mecanismo decisorio “debe” -es ese el verbo que se usa- ser empleado; se dice así textualmente que “*la solución -del caso nuevo, análogo al resuelto con anterioridad- debe buscarse en la doctrina de los referidos precedentes*”

4.- La Corte emplea otra manera de reafirmar su intención de que sus fallos se constituyan en doctrina legal obligatoria, cual es la de condicionar el apartamiento de sus precedentes al momento en que es necesario resolver jurisdiccionalmente, de la siguiente manera:

a.- Deben aparecer, de manera “clara”, el “error” y/o la “inconveniencia” en cuanto a aplicar en el presente la decisión análoga del pasado. Los fallos de la Corte deben ser respetados, entonces, hasta que de manera evidente o indiscutible (no otras acepciones puede asignarse al calificativo “claro”, en el contexto en que el mismo es aplicado) se pondere que la solución de antaño, de ser considerada y dispuesta en el caso nuevo, provocará las no queridas máculas del error o de la inconveniencia.

b.- Requiere, alternativamente, la presencia de “causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable”; es decir, motivos trascendentales que conlleven a que la única manera de adoptar una solución justa al caso lo sea a través del *overruling* o cambio de la línea doctrinal hasta entonces vigente.

c.- Las “causas graves” premencionadas, a su vez, deben surgir, en las mismas palabras de la Corte, de manera “nítida, inequívoca y concluyente” y, además, ser explicitadas por el magistrado/a mediante una “carga argumentativa calificada”.

Patente es la intención perseguida por la Corte: el eventual *overruling* solo puede ser dispuesto en situaciones muy particulares; y mientras tales supuestos no se verifiquen, traspasando el rasero tejido mediante los varios calificativos reseñados, la doctrina legal del precedente se mantendrá, y deberá ser aplicada en los juicios

subsiguientes, por imperio de la autoridad institucional/constitucional del tribunal supremo.

5.- De suma relevancia resulta apreciar que, en esta oportunidad, la Corte determina que el precedente es obligatorio para los Tribunales inferiores pero también para sí misma. Acepta, entonces, lo que la doctrina ha denominado como el “*stare decisis horizontal*”, mecanismo sobre el que se ha explicado que “*en el Common Law la costumbre obligatoria del precedente horizontal implica el deber de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose a lo resuelto por sentencias anteriores dictadas en casos similares por magistrados de la misma jurisdicción, de jerarquía coordinada, incluidos ellos mismos.*”.

6.- En el fallo en comentario, se propugna solucionar el caso que se tiene ante sí aplicando un precedente propio, en tanto “*...las cuestiones ventiladas en el sub lite son sustancialmente análogas...*” a aquél.

El concepto de analogía sustancial, en cuanto a alcances, puede encontrarse en otros pronunciamientos del Tribunal, en los que ha especificado que “*...un pleito puede ser resuelto a la luz de cierto precedente judicial, siempre y cuando las circunstancias de ambos, tales como los hechos, los planteos y las normas involucradas, sean análogos entre sí.*”<sup>6</sup>.

En definitiva, el orden de ideas emergente es que para emplear ciertos principios generales o paradigmas extrapolados de un pronunciamiento jurisdiccional debe existir entre el caso utilizado como precedente y aquel en el que se tiene que decidir afinidad o semejanza o, lo que es lo mismo, no deben existir diferencias sustanciales entre una y otra base de hechos, normas en juego y forma en que la *litis* ha quedado oportunamente trabada.

Cuando no existe tal grado de semejanza entre uno y otro caso, ha dicho la Corte, por ejemplo, que “*Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar al reclamo por diferencias salariales derivadas de la indebida retención de aportes con destino al fondo compensador, si alteró el objeto de la pretensión y adoptó una solución que resulta extraña al conflicto, al apoyarse en un criterio jurisprudencial adoptado en una causa que no guardaba analogía con la presente.*”<sup>7</sup>.

El Alto Tribunal, en su actual composición, por unanimidad y en pleno, des-

<sup>6</sup> Fallos 33:162; 242:73; 286:97, entre otros.

<sup>7</sup> Fallos: 315:2679.



calificó una sentencia proveniente de instancia inferior, de acuerdo a la doctrina de la arbitrariedad, cuando aquella resolvió un caso aplicando lo que consideró un propio precedente. Dijo entonces la CSJN que “...la cámara soslayó las diferencias jurídicas existentes entre ambos casos. En particular, omitió considerar que la impugnación formulada en el presente se enmarca en el régimen de la ley 26.571, cuyas particularidades fueron reseñadas en el considerando 5o. Tampoco tuvo en cuenta los cambios jurisprudenciales operados en lo que respecta al alcance de las garantías que rodean al proceso penal, en especial el derecho a la revisión de las sentencias condenatorias (Fallos: 328: 3399; 337:901, entre otros). De este modo, el tribunal a quo se limitó a otorgar carácter vinculante a expresiones generales contenidas en una sentencia anterior con total desconexión del marco normativo aplicable. Así, en el pronunciamiento dictado en el expediente “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo”, esta Corte sostuvo que: “...cualquiera que sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan ...” (Fallos: 33:162, considerando 26; Fallos: 332:1963, voto -5- de la jueza Argibay). En este sentido, esta Corte ha descalificado sentencias que, como en el caso, han aplicado la doctrina de un precedente a controversias en los que no se presentaban las mismas circunstancias debatidas en ese trámite (Fallos: 329:5019 y 335:2028, entre otros).”<sup>8</sup>

Sobre el particular y desde la doctrina se ha señalado que “La relación entre los hechos del caso y la decisión, como pauta para resolver nuevos conflictos es coherente con la tendencia a la preservación; a la búsqueda de soluciones por intermedio de la reproducción de respuestas concretas brindadas en el pasado. La seguridad proviene de considerar que ante hechos similares la solución será idéntica. Por el contrario en el derecho argentino hay una tendencia a desentenderse de los hechos del caso y a asignar relevancia a las abstracciones que con mayor o menor atingencia son formuladas en la decisión a la que se le asigna cierto valor persuasivo. Se extraen de una determinada decisión judicial las reglas generales sin importar la correspondencia con lo efectivamente discutido. El contraste entre el sentido del precedente desde su singularidad en la decisión de un caso concreto y el concepto de jurisprudencia como el concepto jurídico con alguna relación con la ley, repetido por los tribunales, ha sido claramente destacado por CARRIÓ en

<sup>8</sup> In re “Acosta”, del 22.08.2017, Fallos: 340:1084.

*cuanto a su incidencia sobre el comportamiento de jueces y abogados en Argentina. Sostiene que en lugar de analizar los hechos de casos anteriores para verificar qué fue lo que realmente se decidió, preferimos deducir párrafos sueltos, muchas veces tomados fuera de contexto, para la solución del problema o del caso que tenemos a examen. La falta de reflexión y examen del material fáctico hace que la fuerza persuasiva disminuya. Al carecer de identidad, la aplicación del nuevo criterio o regla jurisprudencial tendrá un menor anclaje en la situación previamente resuelta y perderá valor persuasivo para casos futuros. La ausencia de una analogía directa entre el conflicto y la sustancia de la decisión hace que ella se debilite al no tener un anclaje en la situación concreta a decidir.”.*

Se comparte también que *“Lo primero a destacar es que cuando se invoca un precedente por el mismo Tribunal, a modo de efecto horizontal es necesario efectuar una comprobación que efectivamente exista analogía entre el precedente y el caso a decidir, comprobación ésta que es imprescindible tanto cuando la Corte invoca sus propios precedentes aun con distinta composición, puesto que se trata del mismo Tribunal, como cuando cualquier tribunal invoca precedentes propios o emanados de otros tribunales. Esta comprobación de la analogía requiere que los tribunales indiquen de modo cuidadoso y claro los hechos o circunstancias que determinan la interpretación que asignan a la ley que aplican, demostrando que los hechos y circunstancias del precedente y los del caso a resolver guardan la necesaria analogía”.*

Borda criticaba el instituto del precedente obligatorio, pues opinaba que *“Un inconveniente serio del sistema, es que dificulta la revisión de la jurisprudencia y tiende a su cristalización.-...- Pensamos que la obligatoriedad de los fallos tendrá sin duda un efecto sofocante de la libertad del pronunciamiento en los inferiores.”*, no obstante lo cual el mismo autor advertía la existencia de un camino que permitirá eventualmente al juez inferior apartarse de la senda marcada por su superior, al indicar -a continuación de la objeción transcripta- que *“Es claro que un magistrado perspicaz podrá siempre sacar partido de que la circunstancia de que los casos judiciales no son nunca o casi nunca exactamente iguales unos a otros; en estas distintas modalidades o diferentes condiciones hecho podrá con frecuencia hallarse fundamento para considerar aplicable al caso la jurisprudencia que se reputa errónea”.*

Sin ánimo de profundizar el tema aquí, acerca de la eventual cristalización jurisprudencial a manos de la doctrina legal obligatoria, seguimos las ideas de Couture, en tanto sostenía que *“Sobre este punto parece aventurada toda predicción.*



*Evidentemente, el sistema se presta para que la jurisprudencia se detenga, perdiendo la elasticidad y vivacidad que deben ser su natural característica. Pero esto es sólo una profecía que no tendrá valor científico hasta que la experiencia llegue a confirmarla. El mismo sistema anglosajón del “leading case” ha logrado mantener su fecundidad creadora mediante las diferencias o distinciones entre un caso y otro, verdadera válvula reguladora del régimen. No obstante, como se sabe, se va abriendo camino en los Estados Unidos, una corriente de opinión en contra del sistema. En este punto, del simple riesgo y no del peligro cierto, se detiene este razonamiento. La vida dirá lo restante”.*

7.- El pronunciamiento ahora analizado cita, a su vez, el fallo de la misma Corte, producido en autos “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros s/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo Colectivo”, FLP 8399/2016/CS1, Fallos 339:1077, oportunidad en la cual se habían puesto en tela de juicio los aumentos dispuestos por el Poder Ejecutivo Nacional en la tarifa de gas natural mediante la Resolución NIMEM 28/2016; y, vinculado con la temática objeto de tratamiento, indicó allí el Máximo Tribunal “*Que como surge de los considerandos anteriores, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto de las cuestiones de índole constitucional concernientes a los principios elementales de los procesos colectivos, como lo constituye el sub lite. La autoridad institucional de dichos precedentes, fundada en la condición de este Tribunal de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia (Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 325:1227; “Martínez Vergara, Jorge Edgardo”, Fallos: 331:162; y “Arte Radiotelevisivo”, Fallos: 337:47), da lugar a que en oportunidad de fallar casos sustancialmente análogos, sus conclusiones sean debidamente consideradas y consecuentemente seguidas por los tribunales inferiores”.*

En la transcripta cita, la Corte indica que sus pronunciamientos, en tanto se registre la analogía sustancial antes tratada, sean “consecuentemente seguidos”, lo cual es otro juego de palabras que se utiliza para diseminar la idea de obligatoriedad de la doctrina judicial de que se trate.

8.- Se aclara en “Viñas” que las cuestiones allí ventiladas eran sustancialmente análogas a las consideradas y decididas en “DE MAIO” (Fallos: 337:1006), de cuya doctrina el tribunal inferior correspondiente se había apartado sin haber satisfecho el recaudo de una carga argumentativa calificada, que demuestre en forma nítida, inequívoca y concluyente la existencia de causas graves que hagan ineludible el cambio de la regla de derecho aplicable.

Aún cuando desde nuestro humilde punto de vista los casos eran perfectamente asimilables bajo los parámetros indicados más arriba, desde lo estrictamente técnico se podría reprochar a la decisión de la Corte carencia de fundamentos que justifiquen -ante la inexistencia de una disposición normativa que así lo imponga- la obligatoriedad de seguimiento de su decisión, pues la redacción dada en “Viñas” parece vincularla casi con exclusividad a la fuente de la cual emana el precedente que se manda respetar.

En otras palabras, como bien puntualiza con sentido crítico Morocoa, el Tribunal no invoca, al revocar la necesidad de garantizar la igualdad de los usuarios del servicio de justicia, la seguridad jurídica ni la previsibilidad en el sistema, sino que sólo se apoya en la propia autoridad de la Corte, que es la que en definitiva impone -a partir de la letra de la sentencia- la obligatoriedad de su seguimiento.

De cualquier manera, y sin perjuicio de lo anterior, somos partícipes de la posición que avala la conveniencia de resguardar la obligatoriedad del precedente jurisprudencial como política judicial, en tanto la doctrina legal establecida sea correcta y razonablemente entendida y aplicada.

Quienes se oponen a la obligatoriedad del precedente judicial lo hacen básicamente argumentando: a) afectación del *iura novit curia*; b) limitación a la autonomía decisoria de los jueces; c) cristalización de la jurisprudencia y; d) que la sentencia adoptada como precedente estaría creando derecho, invadiendo la esfera de actuación del legislador y violentando, así, en sistema republicano de gobierno, anclado en la división de poderes del Estado.

El último es, quizás, el argumento de mayor de peso a considerar, y ha merecido la mejor de las respuestas por parte del recordado profesor German Bidart Campos, en comentario al plenario “KOSUTA” de la Cámara Nacional de Casación Penal. Según el mencionado maestro, quien asegure que la aplicación obligatoria de determinada jurisprudencia implica asignar a los jueces una facultad similar a la de legislar, confunde los efectos con la naturaleza en el acto legislativo y el judicial. Señala así que *“Uno y otro pueden coincidir en cuanto a la generalidad del efecto, pero mantienen incólume su propia naturaleza. Esto quiere decir que un acto gubernamental -en el caso, la ley y la sentencia - se define por lo que “es” y no por las consecuencias que produce”*.

Y agrega luego: *“La sentencia, entonces, retiene su esencia o naturaleza de acto jurisdiccional aunque produzca como efecto general la aplicación obligatoria de su interpretación jurídica más allá del caso resuelto. La sentencia crea derecho, pero no crea derecho “nuevo”, esto es, el derecho que crea siempre deriva de un*

*marco que le traza el ordenamiento como subordinante, y dentro del cual el juez o tribunal debe moverse sin evadirlo. La ley, en cambio, crea derecho nuevo, o sea un derecho que no está condicionado por un plano superior, como no sea el de la constitución que es la cúspide del ordenamiento...”.*

*Para finalmente rematar: “La jurisprudencia que resulta de aplicación obligatoria y general asegura que la igualdad ante la jurisdicción queda resguardada: La ley -o la norma sublegal- será aplicada por los tribunales conforme a la interpretación que le ha asignado la sentencia de efecto obligatorio “erga omnes”, de forma que queda asegurada la misma e igual interpretación en cuanto casos futuros deben subsumirse en la ley o en la norma que fue objeto de interpretación por la sentencia que impone seguimiento obligatorio [...] Todo cuanto en la interpretación del derecho aplicable conduzca razonablemente a que en los procesos judiciales sobre casos análogos las sentencias los resuelvan acogiendo una igual interpretación del derecho aplicable, tiene para nosotros el valor de un test aprobatorio de la constitucionalidad. A la inversa, es inconstitucional interpretar y aplicar la misma ley a casos semejantes de manera diversa... la igualdad ante la ley se eclipsa inconstitucionalmente cuando no deriva a una verdadera igualdad ante la jurisdicción...”*

## **II.- La situación en el orden provincial. Las sentencias de la Cortes y Superiores Tribunales de justicia. Un caso en particular: la Provincia de Río Negro**

### **1.- Panorama normativo general:**

Son varias las Provincias argentinas que han consagrado la obligatoriedad de la doctrina legal de sus respectivos Superiores Tribunales o Cortes de Justicia, en cuanto declaran aquellos la interpretación y aplicación del derecho, por medio de sus respectivas leyes orgánicas judiciales o en sus códigos procesales o en ambos.

Algunos ejemplos de lo anunciado en el párrafo anterior son los que a continuación se sintetizan:

Provincia de Chaco. Ley Orgánica N° 1-B: Artículo 21: *Los pronunciamientos del Superior Tribunal, en cuanto determinan la interpretación y aplicación de la ley, forman jurisprudencia obligatoria para los demás Tribunales y Jueces. Las Secretarías del Superior Tribunal organizarán una publicación en la que se insertarán los acuerdos y sentencias que éste dicte.*

Provincia de Santiago del Estero. Ley Orgánica N° 3752: Artículo 29.- *Las resoluciones del Superior Tribunal y la de sus Salas sentarán jurisprudencia que obligará a los inferiores.*

Provincia de La Rioja. Ley 2425: Artículo 46. *Los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia, dictados por unanimidad de sus miembros naturales, en cuanto determinan la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para los demás tribunales y jueces. Dichos pronunciamientos, para ser válidos como tales, deberán publicarse en el boletín oficial o en otra publicación oficial de fallos judiciales que se establezca.*

Provincia de Neuquén. Decreto Ley 1436. Artículo 35 (texto conforme Ley 2239): Competencia del Tribunal Superior de Justicia: [...] b) *El Tribunal entenderá en pleno [...] 3. Para unificar la jurisprudencia de sus Salas o evitar sentencias contradictorias. En ambos supuestos la reunión plena procederá a iniciativa de cualquiera de sus Salas y la interpretación de la ley receptada en una sentencia plenaria, será de aplicación obligatoria para las mismas.*

Provincia de Salta. Ley 5642. Artículo 40: *La interpretación que la Corte de Justicia haga de los textos de la Constitución y de las leyes será obligatoria para todos los tribunales.*

Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. Ley 110: Artículo 37: *Los pronunciamientos del Superior Tribunal en cuanto determinen la interpretación y aplicación de las cláusulas constitucionales y de la Ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para todos los Tribunales y Jueces.*

## **2.- El instituto en la Provincia de Río Negro.**

Particularizaremos aquí el tratamiento del instituto de la doctrina legal obligatoria en el caso de la Provincia de Río Negro, en donde, y de acuerdo a lo prescripto en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial N° 5190, los fallos que dicte el Superior Tribunal de Justicia, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la Ley, constituyen jurisprudencia de seguimiento obligatorio para los tribunales inferiores.

### **2.1.- El marco normativo.**

La incorporación del precedente obligatorio se dio con la sanción de la Ley 483<sup>9</sup>, que modificó la anterior (y primera) N° 39.

<sup>9</sup> Sancionada el 10 de marzo del año 1967.

El artículo 36 de la Ley 483 textualmente disponía, en lo puntual, que “... *los pronunciamientos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para los demás tribunales y jueces*”.

En el proyecto de elevación del respectivo proyecto legislativo se explicaba que “*A mérito que se le sustrae al Superior Tribunal la competencia de apelación ordinaria -que en adelante la tendrán las dos Cámaras de Apelaciones- regúlase detalladamente la que le corresponderá como órgano de instancia ordinaria, atribuyéndole jurisdicción para controlar el derecho aplicado por los tribunales inferiores, la que ejercerá por vía del recurso de casación y con arreglo a lo que establezcan la leyes procesales. Mediante este recurso -también llamado de apelación extraordinaria- el Superior Tribunal revisará la aplicación de las leyes sustantivas y formales en las sentencias de los tribunales de segunda instancia, corrigiendo su infracción por “violación”, por “interpretación errónea” o por “aplicación indebida”. Sus pronunciamientos de casación, en cuanto determinan la interpretación y aplicación de la ley, constituirán jurisprudencia obligatoria...*”.

La Ley N° 483 es luego sustituida por la N° 1115<sup>10</sup>, que repite en su artículo N° 43 la misma fórmula que consagraba el N° 36 de la N° 483. El artículo no sufre modificaciones cuando se aprueba el nuevo texto de la Ley orgánica, con la sanción de la Ley N° 2430, en su versión original del año 1991<sup>11</sup>.

En el año 2009 la norma sufre una modificación en relación al tema objeto de estudio: la jurisprudencia dejó de ser de “aplicación” para pasar a ser de “consideración” obligatoria, aunque en los hechos dicho cambio eso no alteró la postura del Superior Tribunal de Justicia en relación alcances de su doctrina legal.

El texto modificado entonces, señalaba que “*Los fallos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia de consideración obligatoria, desde la fecha de la sentencia, para los demás Tribunales y Jueces.*”.

Finalmente, en el año 2017 se aprueba la Ley 5190, nueva orgánica del Poder Judicial rionegrino, que regresa a la redacción original, aunque ahora se plasma en el artículo N° 42, cuyo texto íntegro es el siguiente: “*Competencia como Tribunal de última instancia. El Superior Tribunal de Justicia ejercerá jurisdicción como Tribunal de última instancia en los recursos que se deduzcan contra los fallos de los*

<sup>10</sup> Boletín Oficial N° 2467 del 11 de junio de 1987.

<sup>11</sup> Boletín Oficial N° 2835 del 24 de enero de 1991.

*demás tribunales inferiores acordados en las leyes de procedimiento y los recursos contra las resoluciones individuales de sus integrantes. Los fallos del Superior Tribunal, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria desde la fecha de la sentencia para los demás Tribunales, Jueces y Juezas.”.*

La obligatoriedad de la doctrina legal se complementa en Río Negro con las disposiciones de los Códigos Procesales, que establecen su violación como causales que habilitan recursos extraordinarios -de Casación en el Fuero Civil y de Inaplicabilidad de Ley en el Laboral-, en función de los textos siguientes:

Código Procesal Civil y Comercial. Ley 4142. Artículo 286: *El recurso deberá interponerse por escrito, ante el tribunal que haya dictado la sentencia definitiva y dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación. Tendrá que fundarse necesariamente en alguna de las siguientes causas: 1. Que la sentencia haya violado la ley o la doctrina legal. 2. Que la sentencia haya aplicado erróneamente la ley o la doctrina legal. 3. Que la sentencia contradiga la doctrina establecida por el Superior Tribunal en los cinco (5) años anteriores a la fecha del fallo recurrido, o por una Cámara, cuando aquél no se hubiere pronunciado sobre la cuestión y siempre que el precedente se hubiere invocado oportunamente frente a una sentencia. El escrito por el que se deduzca deberá contener, en términos claros y concretos, la mención de la ley o doctrina que se repute violada o aplicada erróneamente en la sentencia indicando igualmente en qué consiste la violación o el error. En los tres casos previstos, el fundamento deberá haber sido introducido en la primera oportunidad que hubiere tenido el recurrente para plantearlo.*

Procedimiento Laboral. Ley 1504. Artículo 56: *Contra las sentencias definitivas dictadas por los Tribunales del Trabajo sólo procederán en su caso, los siguientes recursos extraordinarios por ante el Superior Tribunal de Justicia: [...] b) De inaplicabilidad de ley o doctrina legal, fundado en que la sentencia las haya violado o aplicado falsa o erróneamente...”.*

## **2.2.- Los alcances de la doctrina legal obligatoria en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro**

El Superior Tribunal de Justicia ha emitido numerosos pronunciamientos vinculados al resguardo de la doctrina legal obligatoria. Un breviarío de tal obrar jurisdiccional es el siguiente:

a.- Concepto



*“Por doctrina legal a los fines del art. 286 de CPCC., ha de entenderse el texto expreso de la ley en su integración, obtenida con el sentido literal de la norma, más la adición de su inteligencia desentrañada racionalmente según las reglas de la ciencia jurídica y en su exteriorización emergente de los fallos del Superior Tribunal de Justicia en sus últimos cinco años” (Cf. STJRN, Se. Nro. 11/91 “Lara”; Se. Nro. 3/94 “Acquarone” y Se. Nro. 288/95 “Bertron”)”<sup>12</sup>.*

*“Resulta conveniente recordar que el Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley, previsto en la Ley 1504, es técnicamente el recurso de casación en su génesis de la SCBA (Conf. Augusto Morello, Ob. cit., pág. 305, nota 13); y que la doctrina legal es una materia naturalmente incluida en los temas casatorios cualquiera sea el “nomen jurídico” del recurso por el que se acceda; ya que precisamente están diseñadas para asegurar las funciones nomofilácticas y unificadoras en la tarea de interpretar y explicar la ley (el derecho) de manera igualitaria. (Conf. Morello, Ob. Cit., págs. 39/41).”<sup>13</sup>.*

#### b.- Alcance objetivo

##### b.1.- No comprende la emanada de otros tribunales

*“Sin desconocer la existencia de una importante corriente jurisprudencial que se enrola en la línea del criterio cuya aplicación pretende la casacionista: “enquadre de la relación contractual existente entre las partes en la figura del mandato”, corresponde recordar aquí que el concepto de “Doctrina Legal” a los fines de la habilitación del supuesto de revisión contenido en el art. 286 inc. 3º) del CPCyC., no comprende a la emanada de otros Tribunales, por destacada que ella sea. Sino que se refiere a la emanada de este Superior Tribunal, de los últimos 5 - cinco- años a la fecha del fallo cuestionado, o cuando este Cuerpo no se hubiera expedido sobre la cuestión, a la de alguna Cámara -entiéndase de apelaciones de la provincia-, y siempre que el precedente hubiera sido oportunamente invocado frente a una sentencia -en el caso la de primera instancia que ya fue adversa a los intereses del accionante -.”<sup>14</sup>*

*“El pronunciamiento aplicado por la Cámara en estos autos de ningún modo se puede encuadrar en los que la mencionada normativa impone como de consideración obligatoria, para los demás Tribunales y Jueces. De esta manera reiterada-*

<sup>12</sup> STJRN SE. 38/98 "P. H., R. H. C/ A., M. M. Y/U OTROS S/ SUMARIO S/ CASACION", (27-05-98).

<sup>13</sup> STJRN SE 265/04 "ALCARAZ, GLADIS MABEL Y OTROS C/ CONSEJO DE SALUD PUBLICA DE RIO NEGRO S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (27/10/2004).

<sup>14</sup> STJRN SE. 13/03 "E., H. y Otro C/ INCOPP S. A. S/ COBRO DE PESOS S/ CASACION" (10-03-03).

*mente se ha expresado que no comprende la doctrina legal, a la emanada de otros Tribunales, por estacada que ella sea; sino que se refiere a la derivada de este Superior Tribunal [conf. STJRNSI Se. 13/03 ETCHEPARE; STJRNSI Se. 25/06 “BRATULICH”; STJRNSI Se. 107/06 “SCANDROGLIO”), entre otros].”<sup>15</sup>*

b.2.- No incluye las resoluciones del Superior Tribunal de Justicia en ejercicio de la función administrativa

*“Las resoluciones administrativas -aún las dictadas por este Superior Tribunal- no constituyen doctrina legal en los términos exigidos por el art. 286 inc. 3 del CPCC y art. 43 de la ley 2430.”<sup>16</sup>*

c.- Alcance subjetivo. Solo *stare decisis* vertical

*“La “doctrina legal” que emerge de las sentencias de este Cuerpo es obligatoria sólo para los tribunales inferiores, no así para el Superior Tribunal de Justicia. En segundo lugar, y para la hipótesis de que se verificara el supuesto argumentado por el recurrente -cuestión que no sucede en la especie-, en todo caso el Superior Tribunal estaría modificando su propia doctrina legal, dado que no es posible violar una doctrina que no es obligatoria.”<sup>17</sup>*

d.- Alcance temporal. Últimos cinco años

*“El artículo 286 del CPCyC., en su inciso 3º) establece como uno de los fundamentos para la procedencia del recurso de casación “que la sentencia contradiga la doctrina establecida por el Superior Tribunal en los cinco años anteriores a la fecha del fallo recurrido... y siempre que el precedente se hubiere invocado”. De acuerdo con ello este Superior ha dicho: “a efectos de evitar sentencias contradictorias, corresponde abrir esta instancia extraordinaria, para unificar criterios encontrados respecto de un mismo tema... Todo ello a fin de garantizar la igualdad ante la ley a través de la actuación de la llamada función nomofiláctica de la casación (conf. Au.Int. Nº 92/86 y Se. Nº 63/04 in re: “PROV. DE RIO NEGRO c/TORDI”).”<sup>18</sup>*

<sup>15</sup> STJRNSC: SE. 28/14 “R., A. E. c/ Z., G. A. s/ HOMOLOGACION (F) s/ CASACION” (21-05-14).

<sup>16</sup> STJRN SE. 50/97 “C. y V. c/ PODER JUDICIAL DE LA PCIA DE R. N. s/ CONT. ADMINISTRATIVO s/ INAPLICABILIDAD DE LEY” (12-05-97).

<sup>17</sup> STJRN SE. 14/03 “P. F., S. C/ G., T. S/ DIVORCIO VINCULAR S/ INC. LIQUID. CONYUGAL S/ CASACION” (11-03-03) y STJRNSC SE. 17/03 “SHELL C. A. P. S. A C/ B., J. O. S/ ACCION MERAMENTE DECLARATIVA S/ CASACION” (20-03-03).

<sup>18</sup> STJRNSC: SE. 112/04 “K., M. R. y Otra c/ARLON S.A. s/SUMARIO s/CASACION” (28-12-04).



*“Una Cámara de grado no infringe el art. 43 de la ley 2430 por no aplicar un criterio fijado en un fallo de este Superior Tribunal que no constituye “doctrina legal” en los términos previstos por la normativa procesal, en virtud de exceder la pauta temporal de cinco años contemplada por esta última.”<sup>19</sup>*

e.- Consagración expresa por parte del Superior Tribunal de Justicia

*“Sólo constituye doctrina legal en los términos del art. 286 C.P.C., aquélla que ha merecido consagración expresa por parte del Superior Tribunal de Justicia, con las facultades de homogeneización jurisprudencial, que le asigna la ley al autorizarlo a imponer obligatoriamente el criterio de sus fallos durante los próximos cinco años.”<sup>20</sup>*

f) Carácter obligatorio y vinculante. Facultades de los jueces

*“Que sentada doctrina por el STJ en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los Jueces no pueden apartarse del pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia. Se ha dicho que, eventualmente, es aceptable que los señores jueces dejen a salvo la opinión que tienen al respecto, pero no están autorizados a desentenderse de lo que el Alto Cuerpo ha resuelto en razón de la mencionada función unificadora, en relación con la interpretación de las normas jurídicas.”<sup>21</sup>*

*“La Cámara bien pudo dejar a salvo su opinión distinta con fundamentos de derecho que incluyesen un discurrir racional y lógico, pero no ignorar ni dejar de aplicar un decisorio del Superior Tribunal de Justicia sobre el particular, ya que está sometida a la clara disposición del segundo párrafo del art. 43 de la L.O., cuando dice: “Los pronunciamientos del S.T.J. en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para los demás tribunales y jueces.”<sup>22</sup>*

*“La Cámara bien pudo dejar a salvo su opinión distinta con fundamentos de derecho que incluyesen un discurrir racional y lógico, pero no ignorar ni dejar de aplicar el citado decisorio del Superior; ya que está sometida a la clara disposición del segundo párrafo del art. 43 de la L.O., cuando dice: “Los pronunciamientos del S.T.J. en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para los demás tribunales y jueces”; en autos, el a-quo hizo caso omiso a tal deber sin hacer la más elemental mención a la doctrina legal*

<sup>19</sup> STJRN SE. 44/00 “H. M. A. c/ FERROSUR ROCA S. A. s/ ACCIDENTE s/ INAPLICABILIDAD DE LEY” (26-05-00).

<sup>20</sup> STJRN SE. 25/06 “B., C. c/ R., T. A. s/ EJECUTIVO s/ CASACION” (20-04-06).

<sup>21</sup> STJRN SE. 150/03 “R. M., A.; P., A. ; B., M. ” (10-11-03).

<sup>22</sup> 31 STJRNCO: SE. 41/05 “S., A. s/ AMPARO s/ APELACIÓN” (04-05-05).

*obligatoria que proviene de los propios “pronunciamientos, y no de ningún otro fallo, aun cuando él se origine en la actividad apelada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al acatamiento de los demás tribunales inferiores a esa doctrina es una de las consecuencias del funcionamiento de la casación”. Si los jueces de grado, apartándose del criterio sentado, propugnaran soluciones que sólo contarán con el respaldo de la doctrina de fallos de tribunales de diversa jurisdicción, se generaría el desorden y variadas sinfonías, sobre la misma partitura, con el agravante de que, lo así resuelto, irremisiblemente habría de ser casado. La insistencia en franca tozudez, por querer imponer esas otras doctrinas (que todavía podría hacerse negativamente, y ello casi con habitualidad) desnudaría una resistencia, una solución de base que no se adecuaría al sistema constitucional. Tal circunstancia provocaría un dispendio jurisdiccional inexplicable, con las dificultades y costos sin razón de quienes deberían promover recursos extraordinarios, lo cual trascendería un injustificado despropósito, y desgaste jurisdiccional. Es bastante un solo precedente. El exhaustivo análisis del tema jurídico desenvuelto en esa oportunidad fija la hermenéutica y deja ya cristalizado hasta mejores razones, el sentido del derecho que debe aplicarse en supuestos similares. No significa propiciar un ciego seguimiento, ni alentar un menoscabo al deber de los jueces de fallar según su ciencia y conciencia, pues basta -llegado el caso- osar en insistir en otra inteligencia mediante una excelente construcción motivadora; o en la alternativa última, dejar a salvo sus opiniones personales. Las sentencias del alto tribunal –acertadas o no- deben ser lealmente acatadas tanto por las partes como por los organismos jurisdiccionales que intervienen en la s causas...” (ver “La Casación”, Augusto Mario Morello, pág. 405 y ss.) y ello es merecedor de serio reproche por la gravedad institucional que reporta pues no se puede admitir tal disfuncionalidad al ignorar la “jurisprudencia obligatoria”, por lo que al ser advertido corresponde que por vía de la superintendencia se adopten los recaudos a que haya lugar, ya que tanto la sustanciación, como la resolución son ajenas a la decisión jurisdiccional de la instancia de legalidad.”<sup>23</sup>.*

*“La doctrina legal vigente debe ser necesariamente respetada mientras la misma no cambie, producto de visiones jurídicas superadoras por parte de quienes tienen la carga de elaborarla. Las reglas arriba citadas han estatuido lo que la doctrina nomina como el “stare decisis vertical”, que implica la obligatoriedad para los Tribunales inferiores de seguir en su obrar jurisdiccional los precedentes dictados por sus superiores jerárquicos, bajo la prevención implícita de que el aparta-*

<sup>23</sup> STJRN SE 265/04 "ALCARAZ, GLADIS MABEL Y OTROS C/ CONSEJO DE SALUD PUBLICA DE RIO NEGRO S/ CON-  
TENCIOSO ADMINISTRATIVO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (27/10/2004).

*miento del precedente conllevará -como primera sanción- la revocación del fallo así dictado, por parte del Tribunal superior que revise esa sentencia. ...parece ilustrativa la visión que el maestro Bidart Campos ha tenido sobre el particular, la que plasmó de la manera siguiente: “Muy lejos de objetar a la jurisprudencia obligatoria por una supuesta equivalencia con la ley, que violaría el principio divisorio o de reparto del poder, nosotros aseveramos con plena certeza que ocurre todo lo contrario: la jurisprudencia que resulta de aplicación obligatoria y general asegura que la igualdad ante la jurisdicción queda resguardada: la ley -o la norma sublegal- será aplicada por los tribunales conforme a la interpretación que le ha asignado la sentencia de efecto obligatorio “erga omnes”, de forma que queda asegurada la misma e igual interpretación en cuantos casos futuros deben subsumirse en la ley o en la norma que fue objeto de interpretación por la sentencia que impone seguimiento obligatorio. No hay nada tan inconstitucional como aplicar la misma ley en casos semejantes haciendo de esa ley interpretaciones desiguales. Si la igualdad ante la ley no se completa con la igualdad ante la jurisdicción, yo podré decir: si en mi caso “A” la ley aplicable se interpretó por el tribunal que dictó la sentencia con el resultado “A”, y si en otro caso igual al mío -”B”- la misma ley se interpretó por el tribunal que dictó la sentencia con el resultado “B” y no con el resultado “A”, la aplicación de la misma ley a casos análogos que obtuvieron resultados distintos (“A” y “B”) ha frustrado la igualdad ante la ley porque provocó desigualdad ante la jurisdicción. Todo cuanto en la interpretación del derecho aplicable conduzca razonablemente a que en los procesos judiciales sobre casos análogos las sentencias los resuelvan acogiendo una igual interpretación del derecho aplicable, tiene para nosotros el valor de un test aprobatorio de la constitucionalidad. A la inversa, es inconstitucional interpretar y aplicar la misma ley a casos semejantes de manera diferente. Seguramente porque, acudiendo a García Pelayo, podamos coincidir en que la ley no es únicamente el texto normativo tal como salió del Congreso, sino ese texto normativo “más” la interpretación judicial que de él se ha hecho y se hace en su tránsito por los tribunales. La igualdad ante la ley se eclipsa inconstitucionalmente cuando no deriva a una verdadera igualdad ante la jurisdicción (La jurisprudencia obligatoria - La Ley 2001-F, 1492; LLP 2001, 1289). Lo anterior, sin perjuicio del derecho ilimitado que poseen los magistrados de grado en cuanto a dejar a salvo sus opiniones personales, tal como hizo en autos el señor Juez de Primera Instancia en su sentencia...”<sup>24</sup>*

<sup>24</sup> STJRN SE 24/2017 - “FLORES, LUCAS ARIEL C/ GIUNTA, GUSTAVO CEFERINO Y OTRO S/ ORDINARIO S/CASACION” (19/04/2017).



*“Este Superior Tribunal de Justicia ha establecido recientemente y en forma unánime (STJRN Se 24/17 “Flores”, con cita de doctrina, a cuya lectura remite) que ‘la doctrina legal vigente debe ser necesariamente respetada mientras la misma no cambie, producto de visiones jurídicas superadoras por parte de quienes tienen la carga de elaborarla. Las reglas arriba citadas [arts. 286 CPCyC y 43 L.O. K 2430] han estatuido lo que la doctrina nomina como el stare decisis vertical, que implica la obligatoriedad para los Tribunales inferiores de seguir en su obrar jurisdiccional los precedentes dictados por sus superiores jerárquicos, bajo la prevención implícita de que el apartamiento del precedentes conllevará -como primera sanción- la revocación del fallo así dictado, por parte del tribunal superior que revise esa sentencia’. Lo anterior, según se aclaró, es sin perjuicio del derecho ilimitado que poseen los magistrados de grado en cuanto a dejar a salvo sus opiniones personales”. Asimismo, se hizo notar, y aquí se reitera, que la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial N° 5190 (B.O. N° 5559) impone en su art. 42 párrafo segundo: “los fallos del Superior Tribunal de Justicia, en cuanto determinen la interpretación y aplicación de la ley constituyen jurisprudencia obligatoria desde la fecha de la sentencia para los demás Tribunales, Jueces y Juezas”, lo que elimina la posibilidad de intentar aplicar judicialmente interpretaciones limitantes del concepto de doctrina legal que hubiesen sido autorizadas hasta la sanción de la Ley 5190 por la redacción dada en su oportunidad al art. 43 de la Ley K 2430.”<sup>25</sup>*

### III.- Corolario

Como bien lo ha sostenido el Dr. Carlos Fayt, estar a lo que se haya decidido previamente es un principio básico de recta judicatura y de necesidad de certeza en la aplicación de la ley; aunque -claro está- esta regla conduce a soluciones injustas cuando su aplicación mecánica prescinde de elementos relevantes del caso<sup>26</sup>.

Desde nuestro punto de vista, estricta y razonablemente empleada, la doctrina del precedente obligatorio se traduce en un mejor servicio de justicia, en tanto el mismo resulta más económico, eficiente, eficaz y previsible, inclusive alentando el uso de los medios alternativos de solución de conflictos, todo lo cual descongestiona la gestión judicial cotidiana.

<sup>25</sup> STJRN SE 56/18 “CASTILLO RODRIGUEZ, GUSTAVO FABIAN S/ PRIVACION DE LA LIBERTAD AGRAVADA S/ CASACION” (09/04/2018). En el mismo sentido: STJRN SE 132/17 “AVILÉS, WALTER GUSTAVO Y CONTRERAS, EDUARDO FABIÁN S/ HOMICIDIO AGRAVADO S/CASACIÓN” (22/5/2017) y STJRN SE 252/2018- “GUERRERO, GUSTAVO S/ INCIDENTE DE EXCARCELACION” (27/09/2017).

<sup>26</sup> Su voto en autos “RODRÍGUEZ PEREYRA, JORGE LUIS Y OTRA C/ EJÉRCITO ARGENTINO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”, R. 401. XLIII, 27.11.2012, Fallos: 335:2333.



La mejora permanente del servicio de justicia es un objetivo de política institucional judicial ineludible, como sucede con todo servicio que el Estado brinde a los ciudadanos que se encuentren bajo su imperio, apareciendo el *stare decisis* como una herramienta de suma importancia en pos de tal norte.

Por otro lado, pero vinculado con la citada herramienta procedimental, estimamos que el concepto de “acceso a justicia” no debe ser entendido como la sola tarea de allanar obstáculos para que la persona pueda hacerse de la manera más sencilla y plena del citado servicio judicial, sino que también implica que su tránsito por las diferentes instancias del caso lo sea de la forma más expedita posible. Un cabal acceso a justicia debe propender a que el justiciable entre fácil y sencillamente al sistema, pero también pueda salir de él rápidamente, con soluciones justas bajo su brazo.

En esa línea de razonamiento, ha señalado la Corte Suprema de Justicia que *“El derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia, consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional no se encuentra satisfecho con la sola previsión legal de la posibilidad de acceso a la instancia judicial sino que requiere que la tutela judicial de los derechos en cuestión resulte efectiva; esto es, que sea oportuna y posea la virtualidad de resolver definitivamente la cuestión sometida a su conocimiento, tal como lo reconocen los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir de 1994 (artículo 75, inc. 22), como ser, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 8 y 25.2.a) y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1).”*<sup>27</sup>

Volviendo finalmente a la doctrina legal que emana de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, compartimos la propuesta de Amaya en cuanto a determinar, por vía legislativa, la obligatoriedad de sus fallos *“...para los tribunales inferiores, nacionales o provinciales, en temas de derecho federal y de derecho común, dejando sólo excluidos los temas de derecho exclusivamente local. Si apartarse de la doctrina del último interprete constitucional del sistema constituye siempre “caso constitucional”, por sobre la característica que la norma interpretada sea de derecho federal o común, cuando el alto tribunal interpreta derecho lo hace en una “función constitucional” o en ocasión de un “caso constitucional”, por lo cual la doctrina que sienta debería ser siempre obligatoria para los tribunales inferiores, por ser el último interprete de la constitución.”*<sup>28</sup>

<sup>27</sup> In re “PEDRAZA, HÉCTOR HUGO C/ A.N.S.E.S. S/ ACCIÓN DE AMPARO”, 06.05.2014, Fallos: 337:530.

<sup>28</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reivindicado permanentemente su condición de intérprete último de la Constitución Nacional, de acuerdo a Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 321:2294 y 3201; 325:1227, entre otros.



## BIBLIOGRAFÍA

- Ábalos M.G. (2017). “*Diálogo jurisprudencial y valor del precedente. Desafío de los superiores tribunales de justicia en el federalismo argentino*”, La Ley del 20.09.17, Cita OnLine: AR/DOC/2406/2017).
- Amaya, J. A. (2015). “*Control de Constitucionalidad, 2da. Edición actualizada y ampliada, pág. 169/180.*”, Editorial Astrea, Buenos Aires
- Bidart Campos, G., (2001). “*La jurisprudencia obligatoria*”. Publicado en: LA LEY 2001-F , 1492 o LLP 2001 , 1289,AR/DOC/13474/ 2001.
- Borda G. A. (2008). “*Tratado de Derecho Civil - Parte General 13a. Edición actualizada por Guillermo J. Borda, Tomo I, pág. 90*”. Editorial La Ley.
- Couture E. J., (1948). “*La teoría de la obligatoriedad de los fallos plenarios*” en “*Estudios de Derecho Procesal Civil Tomo I*”. Editorial Ediar, Buenos Aires.
- Legarre, S. (2014). “*La obligatoriedad horizontal de los fallos de la Corte Suprema Argentina y el Stare Decisis*”, Derecho Público Iberoamericano, N° 4, pp. 237-254. Editorial Universidad del Desarrollo. Facultad de Derecho. Centro de Justicia Constitucional.
- Morocoa J. (2018) .“*La fuerza institucional de las decisiones de la Corte Suprema*”, LA LEY 14/06/2018; Cita Online: AR/DOC/1023/2018.
- Oteiza E. (2011). “*Reflexiones sobre la eficacia de la jurisprudencia del precedente en la República Argentina. Perspectivas desde la CSJN*”.
- Sagués, N. P. (2006). “*La Eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los Estados Unidos y la Argentina, pag 277-278*”, en “*Id. Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*”. Ed. Ad – Hoc. Buenos Aires.



# La Costumbre en el Derecho Internacional Público (DIPú) y en el Derecho Internacional Privado (DIPr)

*Por Marcelo Daniel IÑIGUEZ\**

**SUMARIO:** Introducción – I. Costumbre en el Derecho Internacional Público (DIPú). I.1. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Elementos de la costumbre en el DIPú. I.2. Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas (ONU). I.3. Listado de normas de DIC según la CIJ. II. Costumbre en el Derecho Internacional Privado. II.1. Normas y usos, prácticas y costumbre. II.2. Elementos de la costumbre y su caracterización. II.3. Los usos. II.4. Las prácticas. II.5. La costumbre en los Tratados o Convenciones internacionales en materia de DIPr. II.6. La costumbre en el CCyC. II.7. XXV Jornadas Nacionales de Derecho celebradas en Bahía Blanca en el año 2015. Comisión de Derecho Internacional Privado [Lex mercatoria].

## Introducción

En las fuentes del derecho la costumbre cumple una función principal. En el derecho internacional puede apreciarse ese aserto tanto en el ámbito del derecho internacional público como en el derecho internacional privado.

En este trabajo, persigo demostrar su notable presencia tanto en relaciones públicas como privadas. En ciertos Estados, inclusive, es fuente esencial de derecho (por ejemplo, Reino Unido) y en otros, aunque no reviste esa casi exclusividad, es fuente principal del sistema jurídico de cada Estado y de las relaciones internacionales.

\* Profesor Derecho Internacional. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.

## I. Costumbre en el Derecho Internacional Público (DIPÚ)

**1.- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Elementos de la costumbre en el DIPÚ.** Según lo dispone el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia [en adelante CIJ] ese tribunal, para resolver las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares ...; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. Esta norma implica que en el sistema de fuentes del derecho internacional las convenciones o tratados y la costumbre [junto con los principios generales del derecho] son su fuente principal.

Ahora bien, la formación de la costumbre internacional requiere de dos elementos:

(i) Material u objetivo y (ii) psicológico u subjetivo.

El primero es la práctica generalizada, reiterada, uniforme y constante de un acto internacional o interno con reflejo externo. El segundo, que se hace con la convicción que la práctica es jurídicamente obligatoria (*opinio juris*).

La práctica siempre antecede a la *opinio juris*.

**2.- Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas (ONU).** En la Comisión de Derecho Internacional de ONU, se desarrollaron actividades tendientes a redactar un proyecto de Derecho Internacional Consuetudinario [DIC]. Para ello se designó en la función de Relator al profesor Michael Wood<sup>1</sup>, quien durante los meses de abril a junio del 2018 expuso [en Nueva York] el proyecto de Resolución que fuera consensuado con los Estados miembros y sus bases fueron las siguientes:

(a) Los Estados aceptan que la práctica [y su identificación] sea en contexto general, y se precise la naturaleza y contenido, así como los medios [de prueba] para establecer su existencia;

(b) que la aceptación como derecho (*opinio iuris*), debe ser acreditada por los mismos medios de prueba que la práctica [por ejemplo: la prohibición de armas nucleares no es considerada igual por todos los Estados (según Opinión Consultiva del CIJ del año 1996)];

<sup>1</sup> Es profesor y ejerce la profesión de abogado en Londres, Inglaterra.



(c) que la práctica, para ser considerada como tal, ha de ser de dominio público o al menos darse a conocer a otros Estados.

(d) que no se excluyan tipos de práctica para su aceptación como derecho (opinio iuris) ya del texto de art. 38 párrafo 1 b) del Estatuto de la CIJ no lo distinga.

(e) que la aceptación como derecho sea representativa de los Estados (y no meramente amplia).

(f) que la prueba de la aceptación de la práctica, surja de: a) que se deliberada y no sea sólo por inacción; b) que refleje la opinión jurídica del Estado y c) que se elabore una lista de medios de prueba.

h) La práctica consiste en el comportamiento del Estado, ya sea en el ejercicio de sus funciones ejecutiva, legislativa, judicial o de otra índole.

i) Formas de práctica: La práctica puede revestir una gran variedad de formas. Comprende tanto actos materiales como verbales. Puede, en determinadas circunstancias, incluir la inacción deliberada. COMPRENDE: (sin reducirse a ello): los actos y la correspondencia diplomática; el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental; el comportamiento en relación con los tratados y en el ejercicio de funciones ejecutivas, incluidos los actos legislativos, administrativos y las decisiones de los tribunales nacionales.

j) No existe una jerarquía predeterminada entre las distintas formas de práctica.

k) La prueba de la aceptación como derecho (opinio iuris), puede revertir una gran variedad de medios: declaraciones públicas hechas en nombre del Estados; publicaciones oficiales; dictámenes jurídicos gubernamentales; correspondencia diplomática; decisiones de Cortes y tribunales nacionales; disposiciones de tratados; y comportamiento en relación con resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental.

l) La falta de reacción ante una práctica a lo largo del tiempo puede servir de prueba de la aceptación como derecho (opinio iuris), siempre que los Estados estuvieran en condiciones de reaccionar y que las circunstancias exigiesen una reacción.

m) Cuando un Estado haya objetado una norma de DIC mientras esta se encontraba en proceso de formación, esa norma no será oponible a ese Estado siempre que mantenga su objeción. La objeción ha de ser expresada claramente, ser comunicada a los demás Estados y ser mantenida de manera persistente.

**3. Listado de normas de DICsegún la CIJ.** El máximo Tribunal internacional ha elaborado un listado de normas que provienen del DIC, las cuáles algunas de ellas son:

1. Libertad del mar;
2. Responsabilidad internacional del Estado;
3. Protección diplomática a nacionales;
4. Obligación de los Estados de adaptar su legislación interna a tratados suscriptos;
5. Deber de respetar los acuerdos celebrados;
6. Nadie puede ser juez en su propia causa;
7. Reparar el daño causado mediante una indemnización adecuada;
8. Distinción entre civiles y combatientes;
9. Distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares;
10. Protección a: (i) personas y bienes de las misiones de mantenimiento de la paz; (ii) periodistas; (iii) zonas protegidas; (iv) Bienes culturales; (v) medio ambiente natural.

## II. Costumbre en el Derecho Internacional Privado(DIPr)

**1. Normas y usos, prácticas y costumbre.** Las normas jurídicas relacionadas con la costumbre en el DIPr están incluidas en los artículos 1, 2651 inciso d, 2595, 2652, 2605, 2606, 2607 del Código Civil y Comercial [CCyC].

En rigor debe distinguirse entre el uso, las prácticas y costumbre. Todos esos términos refieren a comportamientos de particulares en sus relaciones comerciales. Esas conductas y proceder son recopilados por las denominadas “*Lex mercatoria*” y “*Nueva Lex mercatoria*” [LM/NLM]. Cualquiera de ellas puede ser fuente de derecho en las relaciones privadas cuando la ley, o las partes las incorporan, o en situaciones no regladas.

Esa LM/NLMnunca rige en el Derecho del consumidor o usuario.

Francesco Galgano señala que “*la globalización de los mercados reclama una regulación uniforme de los tráficos internacionales y una nueva universalidad del derecho*”, que se denomina *nueva lex mercatoria* - New Law Merchant. El jurista

citado enseña que la costumbre del comercio internacional, es la repetida y uniforme observancia de particulares a prácticas por parte de operadores de determinados sectores empresariales, con la convicción de observar un precepto jurídico. En forma similar, Frignani [según CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ] define a la *nueva lex mercatoria* como: una serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la opiniojuris de su vinculación jurídica.

**2. Elementos de la costumbre y su caracterización.** Tres son los elementos de la costumbre: (i) repetición de hechos semejantes en el espacio y que se hayan extendido por particulares en la mayoría de los Estados; (ii) repetición de hechos en el tiempo, es decir, una práctica observada de manera constante aunque no sea por un período prolongado, y (iii) convencimiento que se cumple con una norma.

**3. Los usos.** Los usos, en cambio, están referidos a las modalidades que las partes sujetan sus prestaciones o que convinieron entre sí o que son ampliamente conocidos y regularmente observados en el ámbito mercantil.

**4. Las prácticas.** Las prácticas, es el comportamiento observado por quienes contratan, por lo tanto los hechos o la conducta anterior, concomitante y posterior es un medio que se utiliza para resolver los conflictos que pueden suscitarse. Es una especie de doctrina de los propios actos, pero que aquí se analiza con respecto a lo ejecutado por las partes en sus transacciones.

**5. La costumbre en los Tratados o Convenciones internacionales en materia de DIPr.** En diversos Tratados o convenciones internacionales la costumbre está contenida como norma reguladora de relaciones privadas. Algunos de ellos son los siguientes:

- a) ONU [Nueva York – 1958] Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.
- b) OEA [Panamá – 1975] Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (CIDIP I).
- c) OEA [Montevideo – 1979] CIDIP II - Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

d) ONU [Viena – 1980] Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías y el protocolo por el que se enmienda la convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (celebrada en Nueva York en 1974).

En esos tratados, no sólo la costumbre es fuente de derecho sino también los usos y prácticas porque son modalidades que reflejan la común intención para la formación del contrato internacional, su contenido y el efecto de la relación privada celebrada.

**6. La costumbre en el CCyC.** En el CCyC se ha incorporado la autonomía conflictual y material en materia contractual. Concretamente el artículo 2651, dispone: *“Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato”*. *“El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas: [...] Inciso d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato”*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN] se ha ocupado en dos sentencias de abordar el contrato internacional sobre la base del ejercicio de la autonomía de la voluntad [Fallos: 318:2639 y 317:183]. En ambos se estableció que *“para la determinación de la ley aplicable a un contrato con elementos multinacionales, corresponde indagar si las partes han ejercido la facultad de elegir el derecho nacional aplicable al contrato o de incorporar a él normas materiales derogatorias de las coactivas del derecho privado recto del negocio, sin perjuicio del orden público del derecho internacional privado del juez con jurisdicción internacional y de las normas de policía, que no pueden ser desplazadas por la autonomía referida”*.

Ese derecho judicial es el texto del art. 2651 antes citado, lo que implica que los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato y esa facultad permite no sólo elegir un derecho nacional que regule la relación de los particulares, sino que éstos están autorizados a crear las normas que reglamenten su vínculo comercial, lo que implica el imperio de la costumbre en relaciones internacionales comerciales.

**7. XXV Jornadas Nacionales de Derecho celebradas en Bahía Blanca en el año 2015. Comisión de Derecho Internacional Privado [Lex mercatoria].** En el ámbito de ese exitoso encuentro nacional, se analizó la costumbre en el ámbito privado y se hizo bajo la denominación de *Lex Mercatoria* y *Nueva Lex mercatoria*.

Allí se concluyó que: “*la Lex Mercatoria trasciende los marcos estatales e internacionales clásicos, constituyendo un sub sistema jurídico de autorregulación cuyos elementos característicos son los usos, prácticas y costumbres comerciales*”.

“*Tales características esenciales constituyeron la noción tradicional de Lex Mercatoria, en tanto que la llamada nueva Lex Mercatoria incluye, además, el denominado softlaw (principios, leyes modelos, guías legislativas, guías de buenas prácticas), producto de organismos y organizaciones internacionales, derecho originado en los laudos arbitrales y principios comunes del derecho internacional*”.

Con relación a las disposiciones de DIPr, se dijo: “*a) La lex mercatoria está contenida en la aplicación del derecho extranjero adoptada por el artículo 2595; b) en los contratos internacionales la Lex Mercatoria es de aplicación por autonomía de la voluntad de las partes conforme el artículo 2651 inc. d); c) cuando no se ejerce la autonomía de la voluntad, la Lex Mercatoria se aplica por referencia a las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento, según el artículo 2652 y d) los límites a la aplicación de la Lex Mercatoria, están constituidos por los principios de orden público del ordenamiento jurídico argentino*”.

Esta apertura a la autonomía de la voluntad, no es un salto al vacío ni omitir el control estatal ante un contrato claudicante o violatorio de derechos humanos, pues debe tenerse en claro que las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino son de aplicación inmediata, se imponen por sobre la autonomía de la voluntad de las partes y excluyen el derecho extranjero elegido como aplicable o el derecho materialmente creado por las partes que afecten normas de policía del derecho nacional.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

Organización de las Naciones Unidas (26 de junio de 1945) “*Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*”. San Francisco, Estados Unidos. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/files/statute-of-the-court/statute-of-the-court-es.pdf>



- Comisión de Derecho Internacional (2018) “Informe de la Comisión de Derecho Internacional (70° período de sesiones) - A/73/10” Recuperado de <https://legal.un.org/ilc/reports/2018/spanish/chp5.pdf>
- Congreso de la Nación Argentina (1 de octubre de 2014) “Código Civil y Comercial de la Nación” [Ley N° 26.994]. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/>
- Galgano, F. (2005) “La globalización en el espejo del derecho”. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2005) “Derecho Internacional Privado, sexta edición, Volumen I.”. Editorial Comares, Granada, España,
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1958) “Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras” Nueva York, Estados Unidos. Recuperado de <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (1980) “Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías y el protocolo por el que se enmienda la convención sobre prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías” Viena, Italia. Recuperado de <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/limit/limit-convs.pdf>
- Organización de Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional (1975) “Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional”, Panamá, Panamá. Recuperado de [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_B-35\\_arbitraje\\_comercial\\_internacional.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-35_arbitraje_comercial_internacional.asp)
- Organización de Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional (1979) “Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales”, Montevideo, Uruguay. Recuperado de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-41.html>

# La praxis medica bajo la mirada de los tribunales de Río Negro y Neuquén

*Por Milton Hernán KEES\* y Fernanda CATALDO\*\**

**SUMARIO: I. Introducción. II. Estudios estadísticos. III. Conclusiones.**

## I. Introducción

Para explicar, desarrollar y sobre todo comprender el fenómeno de la mala praxis médica en nuestra provincia, o al menos, intentarlo, se vuelve necesario proceder a efectuar alguna contrastación empírica o estudio sistemático que utilice aproximaciones cualitativas y cuantitativas para extraer algunas posibles conclusiones.

Por ello, a estos efectos decidimos analizar los fallos de los últimos 10 años de la Cámara de Apelaciones de la primera circunscripción de Neuquén (Ciudad de Neuquén) y los de la Cámara de Apelaciones de la segunda circunscripción judicial de la provincia de Río Negro (General Roca). Las muestras de este estudio (sentencias de cámara firmes) fueron extraídas de los sistemas que proveen los respectivos poderes judiciales de las provincias de Río Negro (dominio [www.jusrionegro.gov.ar](http://www.jusrionegro.gov.ar)) y del sistema DEXTRA del poder judicial de Neuquén (dominio <http://www.jusneuquen.gov.ar>). Se estudiaron 108 sentencias. Por ende, se trata de un estudio transversal o sincrónico y, en alguna medida, un estudio de tendencia con la finalidad de diagnosticar y explicar el fenómeno.

\* Profesor adjunto regular en Derecho Civil III, Abogacía, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Universidad del Comahue

\*\*Ayudante de primera regular en Derecho Civil III, Abogacía, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales, Universidad del Comahue.



Antes de avanzar, creemos necesario efectuar una aclaración extra, pues tenemos por cierto que la medicina es una ciencia y arte específico, con autonomía científica que es analizada -y juzgada- bajo el prisma de otra ciencia, la jurídica. Por ello, dentro de los objetivos propuestos, claramente no estaba el desentrañar la etiología de una complicación médica. No solo porque así planteado el objetivo es un verdadero constructo por la amplitud del concepto sino también excluimos aquella idea pues el análisis de una complicación médica o de la etiología de la misma pertenece al dominio de la ciencia médica, no de la jurídica.

Atendiendo a esto es que buscamos descifrar cuales especialidades médicas son las que más reproches jurídicos reciben, determinar por género las sentencias, aislar, dentro del reproche jurídico específico cuál de ellos recibe mayor porcentaje de condena y, finalmente, concentrarnos en las causas o los motivos jurídicos de porque se rechazan las demandas, sean que los rechazos respondan a cuestiones de estrategia, de diseño o arquitectura jurídica por parte del abogado que confecciona la demanda (por el caso demandar a médicos que no integraban parte del equipo médico), o que se trate de absoluciones donde se llega al fondo de la cuestión.

## II. Estudios estadísticos

Efectuadas estas aclaraciones es que transcribimos los guarismos más trascendentes y, a renglón seguido, algunas conclusiones:

### a) Porcentaje de condenas por juicios iniciados

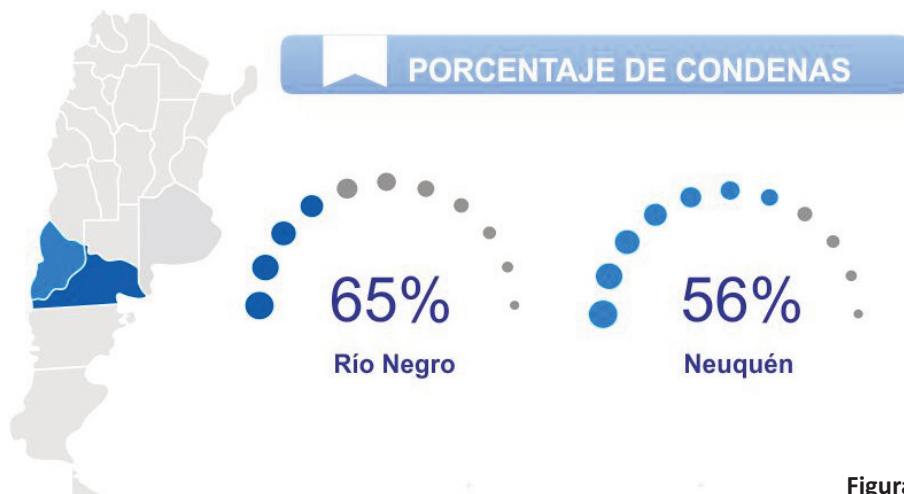


Figura 1



## b) Condenas por género



Figura 2



Figura 3

## c) Condenas por especialidad

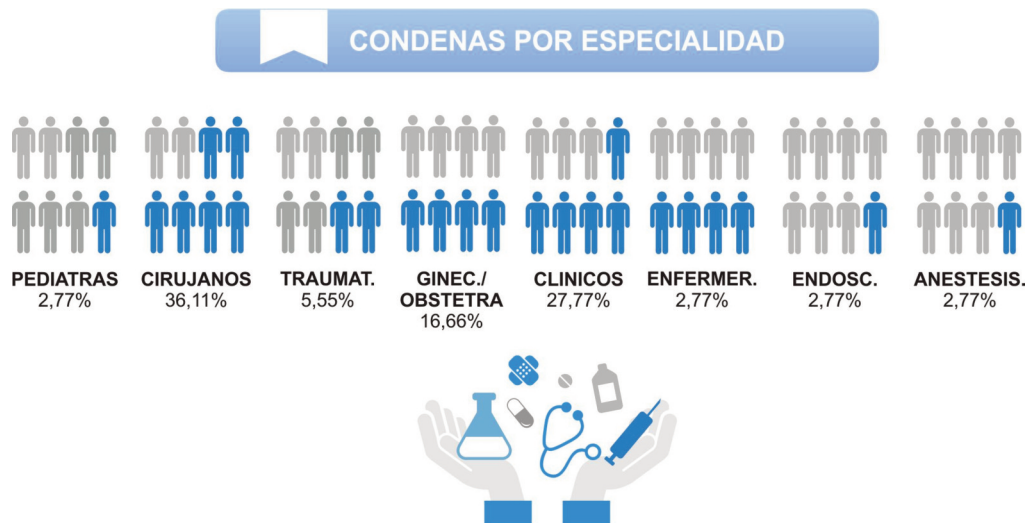


Figura 4

**d) Tiempo promedio hasta sentencia firme (desde el hecho dañoso)**



Figura 5

**e) Porcentaje de condena según el déficit prestacional**



Figura 6

Algunos datos son crudos y nos exigen de mayores comentarios (por ejemplo el tiempo extraordinariamente amplio desde el hecho dañoso hasta la condena), otros parecen sugerir conclusiones apriorísticas y otras que creemos tienen más sesgos de definitividad. Entre las primeras podríamos evaluar por ejemplo que los hombres tienen una mayor probabilidad de condena que las mujeres (fig. 2 y 3). Pero como decíamos, esta podría ser una conclusión errada pues es una generalización no fundamentada en datos suficientes ya que no contamos con una estadística que sugiera paridad de género en el acceso de determinadas especialidades médicas en la región. De hecho, algunas especialidades médicas o profesiones vinculadas con la salud sugieren que hay mayor presencia de hombres que de mujeres (anestesióloga o urología por el caso) y otras a la inversa.

Otros datos son más concluyentes; por ejemplo el grueso de las demandas rechazadas se fundó en la inexistencia de culpa médica y se apoyaron en el concepto de “iatrogenia” o, lo que es lo mismo, el caso fortuito médico, lacónicamente definido como la “complicación previsible de una intervención médica necesaria”. En este orden debemos recordar que el art. 1720 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN) prevé que “*el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles.*”<sup>1</sup>

Por ello creemos útil revisar algunos conceptos estructurantes en orden a este punto. En primer lugar debemos recordar que la culpa médica no es una culpa agravada ni distinta al concepto genérico que nos brinda el Art. 1724 del CCyCN (omisión de la diligencia debida). Por su parte la praxis médica, por principio, está sujeta a las obligaciones de hacer según lo dispone el art 1768 del CCyCN y es justamente este artículo el que sienta dos premisas más que resultan de aplicación a nuestro caso: “*La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto.*” y “*Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7a, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el artículo 1757.*”

En segundo lugar, la ausencia de consentimiento informado (fig. 5 “defic. información/falta c.i.”) torna, por ese solo hecho, en antijurídico al accionar médico

<sup>1</sup> Congreso de la Nación Argentina (1 de octubre de 2014) Código Civil y Comercial de la Nación. [Ley 26.994 recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar>]

pues el consentimiento informando en este caso es lo que justifica el daño. Debe tenerse presente al respecto que el artículo 1717 del CCyCN establece que *“cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica, si no está justificada.”* El médico actúa en forma antijurídica cuando transgrede lo pactado o cuando infringe lo dispuesto en una norma que establece un deber profesional específico.

Son diversas normas las que prevén este deber de obtener el consentimiento informado, entre ellas: art.59 del CCyCN, art. 19 de la Ley 17.132 “Ejercicio de la medicina”, art.13 de la Ley 24.198 “Trasplante de Órganos”, art. 3 y 4 de la Ley 25.543 “Obligatoriedad de Ofrecimiento de Test de diagnóstico de V.I.H. a toda mujer embarazada”, art. 2 y 3 de la Ley 25.929 “Prestaciones Obligatorias y Derechos de los padres de la Persona Recién Nacida” y los art. 2 y 4 de la Ley 26.130 “Régimen de las Intervenciones de Contracepción Quirúrgicas”. A esto obviamente debemos agregar las normas provinciales que lo regulan.

### III. Conclusiones

Efectuadas estas aclaraciones volvemos a nuestras conclusiones preliminares:

La principal causa por el que se rechazan las demandas de mala praxis en nuestras provincias es por la falta de culpa y por constatarse que el daño es de origen iatrogénico. Esto quizá sugiere un deficiente análisis del abogado que postula el caso.

La segunda causa es por un incorrecto encuadre jurídico de la demanda vinculado con los legitimados pasivos, particularmente con la deficiente segmentación de responsabilidad del equipo médico. La responsabilidad del jefe de equipo (doctrina del capitán de barco) está prevista en el art. 1753 del CCyCN, que establece que *“el principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas”* y en el art. 19 inc.9 de la Ley 17.132, la cual prevé que los profesionales que ejerzan la medicina están obligados a *“fiscalizar y controlar el cumplimiento de las indicaciones que imparta a su personal auxiliar y asimismo, de que éstos actúen estrictamente dentro de los límites de su autorización, siendo solidariamente responsable si por insuficiente o deficiente control de los actos por éstos ejecutados resultare un daño para terceras personas.”*<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Congreso de la Nación Argentina (24 de enero de 1967) Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas. [Ley 17.132 recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar>]



La doctrina y jurisprudencia son contestes en afirmar que no integran un grupo o equipo médico quienes tienen distinta autonomía científica (por ejemplo anesthesiólogo y cirujano). La autonomía científica es la bisagra en el análisis prestacional del equipo médico, solo pueden ser catalogadas como dependientes aquellas personas que integran el equipo médico sin autonomía técnica-científica e intelectual y que actúan bajo la dirección y supervisión de un jefe de equipo. No advertir correctamente esto puede derivar en que se demande a una pluralidad de profesionales que no tienen dependencia entre ellos.

C) La tercera causa de rechazo de demandas de mala praxis es por una deficiencia de apreciación de la culpa y de la autoría del acto médico complejo en el peri-operatorio (lo cual, al igual que el punto anterior, es un error de diseño jurídico de la arquitectura del caso llevado a juicio).

La actuación médica tiene roles bien marcados en la etapa pre, trans y pos quirúrgica. Los estudios previos a la intervención (estudios de imágenes, diagnósticos, análisis) son efectuados por profesionales con autonomía científica, al igual que la rehabilitación postoperatoria. Si el déficit prestacional puede ser ubicado en la etapa previa o postquirúrgica debería analizarse si el reproche le cabe a otro profesional distinto que el que efectuó la praxis quirúrgica. De hecho, puede acontecer que la cirugía haya tenido una complicación previsible (daño iatrogénico) pero el tratamiento de la complicación iatrogénica haya sido deficiente y en ese caso el reproche deberá efectuarse por el tratamiento de la complicación que está, ficticiamente hablando, fuera de la etapa quirúrgica.

**BIBLIOGRAFIA:**

Congreso de la Nación Argentina (1 de octubre de 2014) Código Civil y Comercial de la Nación. [Ley 26.994 recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar>]

Congreso de la Nación Argentina (24 de enero de 1967) Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas. [Ley 17.132 recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar>]

# La selección de jueces en el Derecho Comparado y en el sistema federal argentino a partir de la Reforma de 1994

Por Adrian Federico AMBROGGIO\*

**SUMARIO:** I. Clasificación de los sistemas de selección y algunos ejemplos del Derecho Comparado. II. Breves apreciaciones sobre el sistema de selección de jueces en Argentina a partir de la Reforma de 1994. III. Bibliografía

## a ) Clasificación de los sistemas de selección y algunos ejemplos del Derecho Comparado

En relación a los responsables institucionales encargados de seleccionar y reclutar a los jueces, el derecho comparado nos ofrece un panorama en el cual se vislumbran dos grandes sistemas de reclutamiento y selección de magistrados, opuestos entre sí: por un lado, los *sistemas políticos* y los *sistemas de autoreclutamiento*, por el otro (Guarnieri & Pederzoli, 1999). Si delineáramos un segmento, ambos sistemas ocuparían los extremos del mismo, y entre ellos encontraríamos los diversos casos concretos de cada legislación en particular.

\* El autor es Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba, así como también profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho Ciencias Sociales de la UNCo. Doctorando por la Universidad Nacional de Córdoba, además de contar con títulos de especialidad en materia laboral y tributario.

Los *sistemas políticos* son todos aquellos en los que la designación de los magistrados se efectúa por organismos estatales o cuerpos electorales fuera de la estructura del Poder Judicial. En tanto, en los *sistemas de autorreclutamiento* la selección de los jueces es efectuada por orga-



nismos y procesos situados y desarrollados en el interior del Poder Judicial. Si bien en la actualidad resulta complejo hallar sistemas puros, el ejemplo más notorio de un sistema político corresponde a los Estados Unidos y el ejemplo más relevante de un sistema de autorreclutamiento corresponde al utilizado en Italia, con el Consejo Superior de la Magistratura.

Consecuentemente, los *sistemas políticos* presentaran mayores inquietudes en cuanto a la independencia externa del Poder Judicial, puesto que los magistrados en estos casos son seleccionados por el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, por órganos de composición mixta o bien directamente a través de elecciones por voto popular, como sucede en algunos estados de los Estados Unidos o en el mismo Estado Plurinacional de Bolivia. En estos sistemas, la legitimidad democrática del Poder Judicial se pondrá en evidencia de manera directa o indirecta, dependiendo tanto de la composición de los organismos de selección, como asimismo del grado de decisión y participación ciudadana en los procedimientos de reclutamiento y selección. Por su parte, en los *sistemas de autorreclutamiento*, el problema de la independencia estará ubicado al interior del Poder Judicial y no necesariamente en relación a los otros poderes, en razón que la propia dinámica interna del Poder Judicial es la que determina las nominaciones, ascensos y traslados.

Otra fundamental clasificación que debemos emplear a los efectos de analizar la selección de jueces, es lo atinente a las *características del procedimiento* de selección y reclutamiento de los magistrados del Poder Judicial, es decir cómo se seleccionan los jueces y cuáles son los requisitos de admisibilidad para poder postularse, ingresar y ascender en el cuerpo de magistrados de un Estado en particular. En tal sentido, reutilizando el concepto geométrico del segmento, hallaremos en un extremo los denominados *sistemas de reclutamiento profesional* y en el otro, los denominados *sistemas de reclutamiento burocrático* (Di Federico, 1978). Ejemplo de los primeros son los sistemas de los países del common law, entre los que destaca Estados Unidos e Inglaterra. Verbigracia del restante paradigma, son los sistemas del civil law de la Europa Continental, entre los que se destacan Francia, Alemania, Italia, España, entre otros.

Los sistemas de *reclutamiento profesional*, priorizan la formación práctica de los candidatos, el prestigio adquirido entre los pares, la experiencia adquirida en los años de ejercicio y colocan en un pie de igualdad formal a los candidatos externos al Poder Judicial con quienes ya ejercen dentro del mismo, admitiéndose el acceso lateral a la magistratura, incluso en las Cortes Supremas. El ejemplo paradigmático, es el proceso de selección de jueces federales en Estados Unidos, en cabeza del Presidente con el correspondiente “advise and consent” del Senado. Generalmente, la



nomiación de los candidatos por el Presidente, recae en juristas formados en universidades de prestigio, abogados de firmas legales prestigiosas y también resulta habitual que algunos de los candidatos hayan ocupado cargos judiciales (Serra Cristobal, 2011). El Presidente, antes de elevar formalmente al Senado la nominación, solicita informes al Departamento de Justicia, al FBI y generalmente a la American Bar Association, organización que por intermedio de su Standing Committee emite los ABA Ratings, dictaminando, según un análisis meritocrático, si un candidato está “Bien Cualificado”, “Cualificado” o “No Cualificado”, potestad que ha merecido algunas críticas de los republicanos (Navarro Smelcer, Steigerwalt, & Vining, 2012) Con posterioridad a la recepción de estos informes, tendientes a dotar de mayor información sobre los potenciales candidatos, el Presidente tomara la decisión de enviar al Senado la propuesta. En la Cámara de Senadores, la Senate Judiciary Committee –nuestra vernácula Comisión de Acuerdos- como regla de cortesía, se procede a consultar siempre a los dos senadores del Estado en que se encuentra la vacante, en lo que se conoce como los “blue slips”, para luego tomar la decisión de sugerir el acuerdo al Plenario (Serra Cristobal, 2011).

El caso inglés merece algunas consideraciones especiales, en razón de sus recientes reformas. Si bien las designaciones formalmente son efectuadas por la Corona, hasta la irrupción de la Constitutional Reform Act (CRA) en 2005, el proceso de selección era controlado por Lord Chancellor, quien era designado entre abogados, ejercía funciones judiciales, siendo el nexo entre el poder político y la magistratura, ya que oficiaba de vocero de la Cámara de los Lores e integraba el gabinete del Primer Ministro.

Actualmente a partir de la CRA, el sistema inglés ha mutado considerablemente, en búsqueda de una mayor independencia judicial<sup>1</sup>. La CRA introdujo dos sustanciales cuestiones: primero, con la creación de la Corte Suprema de Reino Unido (SCOTUK) sustrayendo las funciones judiciales en materia de apelación que sostenía la Cámara de los Lores, estableciendo un proceso de selección de los jueces de la Corte en base a una comisión especial de cinco miembros y segundo, la sustancial modificación en materia de selección de jueces inferiores con la creación de las respectivas Judicial Appointments Commission (JAC) tanto para Inglaterra y

<sup>1</sup> Véase in extenso: WOODHOUSE, Diana. The Constitutional Reform Act 2005 - Defending Judicial Independence the English Way. ICON. Volume 5, Issue 1, January 2007, Pages 153–165. GEE, Graham, HAZELL, Robert, MALLESON, Kate and O'BRIEN, Patrick. The politics of judicial independence in the UK's changing constitution. Cambridge University Press, Cambridge, UK. 2005.



Gales, Escocia, e Irlanda del Norte, integradas por quince miembros, de diferente procedencia.<sup>2</sup>

En tanto, los sistemas de reclutamiento *burocrático* se sustentan en concursos públicos destinados a reclutar profesionales con formación universitaria, sin necesidad de experiencia profesional previa, puesto que la formación de los magistrados se efectuara dentro del Poder Judicial<sup>3</sup>, estableciéndose estructuras jerárquicas en las cuales los jueces serán promovidos mediante ascensos, basados en el merito o en la antigüedad.

El modelo italiano, sustentado a partir del Consejo Superior de la Magistratura, integrado por el Presidente de la Republica, el Presidente de la Corte de Casación Italiana y el Procurador General, veinte magistrados elegidos por voto de sus colegas y diez expertos no magistrados (abogados, profesores) elegidos por ambas Cámaras del Parlamento Italiano. El sistema, prevé la realización de un concurso público de ingreso con estrictos requisitos y un nivel de exigencia muy alto en los exámenes escritos y orales, luego de superada dicha etapa el “magistrado en formación” efectuara una pasantía de dieciocho meses en un organismo judicial, realizando paralelamente a ello cursos de formación en la Escuela Superior de la Judicatura. Luego de este proceso formativo, el CSM recabara los informes respectivos y podrá conferirle funciones jurisdiccionales, asignándole un empleo. Si así no lo hiciera, el postulante podrá insistir en un nuevo proceso formativo de un año, considerándose esta segunda oportunidad como la ultima, puesto que si nuevamente es calificado negativamente, se determina su exclusión de la magistratura. Por su parte, los ascensos serán mediante concursos de las vacantes sucesivas, en los cuales se considerara la antigüedad en el cargo, los meritos y ciertas consideraciones de carácter personal, a criterio del CSM.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Además del Presidente de la JAC –que debe ser un miembro lego-, lo integran otros catorce miembros: siete miembros deben ser provenientes de la Justicia, dos miembros provenientes de la abogacía (barrister, solicitor) y los cinco restantes deben ser miembros legos. Como dato de interés, el actual Presidente de la JAC of England and Wales, es Lord Kakkar, médico y eminente profesor de cirugía de la University College London. Salvo tres comisionados jueces que se eligen por designaciones directas, los doce miembros restantes se eligen en una competición libre y basada en el merito.

<sup>3</sup> Para ello, se promueven escuelas de capacitación y formación permanente de los magistrados. Ejemplo de ello, lo constituyen la L'Ecole Nationale de la Magistrature en Francia, el Centro de Estudios Judiciales en España, el Centro de Estudios Judiciarios en Portugal o la Scuola Superiore della Magistratura en Italia.

<sup>4</sup> Véase in extenso, sobre la organización judicial italiana y las funciones del CSM: DI FEDERICO, Giuseppe. *Ordinamento Giudiziario*. Seconda Edizione. CEDAM. 2012.

## Breves apreciaciones sobre el sistema de selección de jueces en Argentina a partir de la Reforma de 1994

Comparativamente y utilizando los modelos expuestos *supra*, podemos afirmar que nuestro país ha optado por un *sistema político* de selección y con características *mixtas* en cuanto a los modelos de reclutamiento *profesional* y *burocrático*, con diferencias sustanciales entre la selección de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el resto de los jueces inferiores.

La Constitución originaria de 1853-60, estableció un sistema de selección por parte del Poder Ejecutivo y acuerdo del Senado para todos los jueces federales, incluyendo los de la Corte Suprema de Justicia. La legitimidad democrática era indirecta y el grado de independencia inicial era ciertamente cuestionable dadas las facultades ampliamente discrecionales del Poder Ejecutivo para el nombramiento de los jueces federales, que además eran sujetas a un control atenuado del Senado, dado que para el acuerdo de tal cuerpo legislativo sólo se requería la mayoría simple de los miembros presentes de la Cámara. En este primigenio diseño constitucional, el reclutamiento era *profesional* y *partidizado*, en similitud a los sistemas anglosajones, puesto que en general los jueces eran seleccionados entre abogados vinculados al poder político. En estos casos, la idoneidad de los mismos era analizada por el Presidente de la Nación con absoluta subjetividad, sin necesidad de atenerse a ninguna pauta objetiva.

Las críticas a esta forma de selección de los jueces fue algo común entre la doctrina (Bielsa & Graña, 1995) manifestándose que esta facultad del Poder Ejecutivo era más bien un *resabio monárquico* (Sagües, 1989), por lo que su reforma en la Convención Constituyente fue uno de los puntos menos discutidos de la Reforma de 1994 (Bielsa & Graña, 1999).

El nuevo diseño constitucional para la selección de los jueces inferiores mantuvo un sistema político de reclutamiento -en virtud que la elección de los jueces continua proviniendo de un órgano externo al Poder Judicial-, pero, a nuestro criterio, más plural y transparente en cuanto a la diversidad de sectores representados en el Consejo de la Magistratura, a pesar de las objeciones y cuestionamientos al mismo por la extensión de las facultades otorgadas por el texto constitucional -un “Súper Consejo” a decir de Sagües-, por la delegación reglamentaria al Congreso sobre el asunto de la composición del Consejo y por la ajenidad del Consejo de la Magistratura a la tradición jurídica argentina (Spota, 1995). Aquel por entonces flamante sistema de selección de jueces apuntó a burocratizar el reclutamiento a través de la

implementación de los concursos públicos para el ingreso y ascenso en el organigrama judicial.

No obstante, en esta suerte de *sistema mixto* (Bielsa & Graña, 1999) se combinó el reclutamiento burocrático por concurso público, con elementos propios del reclutamiento profesional, al permitir cierto grado de discrecionalidad en la conformación de la terna en el Plenario del Consejo y luego en la selección por parte del Poder Ejecutivo de uno de los ternados. Por otra parte, el sistema de reclutamiento es *abierto*, sin una carrera judicial explícita, aunque ello debe ser analizado en su correcta dimensión empírica, dado que en ocasiones la estructura del Poder Judicial resulta *carrerista*, a favor de los integrantes del Poder Judicial de la Nación, en directo detrimento de la independencia interna y vale decir, de los abogados de la matrícula.

El asunto probablemente neurálgico de la Reforma, fue la delegación de la reglamentación del Consejo en manos del Congreso Federal, particularmente lo referente a la composición del mismo. La interpretación del concepto equilibrio en la redacción de artículo 114 de la C.N tuvo lugar a diversas disputas no sólo en el plano doctrinario, sino en la arena política. Así, las tres leyes que reglamentaron al Consejo de la Magistratura fueron pasibles de múltiples objeciones y críticas, que causaron la judicialización de las sucesivas normas y la posterior intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos “Monner Sans” sobre la ley 26080 y “Rizzo”, sentencia que dejó en estado de derogación implícita a la ley 26855, conocida como Ley de Democratización de la Justicia.

Es menester recordar, que el citado artículo de la Carta Magna ha generado un esquema de cuatro estamentos<sup>5</sup> –representantes de los poderes sujetos a elección popular, jueces de la Nación, abogados de la matrícula federal y representación del ámbito académico y científico-, empero, los conceptos utilizados por el constituyente en cuanto a “procurar” un “equilibrio” han sido motivo de una extensa deliberación doctrinaria a los efectos de la interpretación de su significado (Alfonsín, 1994), criticándose su amplitud y vaguedad (Sagues, 2014), lo que ha motivado que tales imprecisiones conceptuales hayan sido objeto de interpretación por el máximo tribunal cimero.

<sup>5</sup> El artículo 114 de la Constitución Nacional establece en su segundo párrafo: El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Al respecto, tanto en *Monner Sans*<sup>6</sup>, como en *Rizzo*<sup>7</sup>, la Corte Suprema ha interpretado que el concepto de “equilibrio” constitucional significa “no predominio”, exponiendo que el “equilibrio” que demanda la Constitución Nacional no significa “igualdad” numérica en el cupo de representantes de la clase política, jueces, abogados, académicos, sino “no predominio”, o “no hegemonía”, de tal modo que un grupo aisladamente considerado no pueda imponer su criterio a los demás (Sagües, 2017), introduciendo, un verdadero subprincipio (Von Fischer, 2014), que ha sido definido por Carmen Argibay, al expresar que no solo es prudente considerar “*la diferencia numérica de los componentes de cada representación, sino también tomar en cuenta el peso que dicho número puede tener en la toma de decisiones, es decir, en la conformación de las mayorías necesarias.*”<sup>8</sup>

En cuanto a la designación de los jueces superiores, la Reforma del 94, si bien mantuvo el sistema de reclutamiento *profesional*, contribuyó a un mayor control interpoderes de la selección de los miembros de la CSJN, ya que se agravó la mayoría necesaria para el acuerdo del Senado, lo que obliga en la praxis político-partidaria al Poder Ejecutivo a consensuar el nombramiento con la oposición parlamentaria, evitando que una transitoria mayoría pueda designar candidatos que, al margen de la idoneidad técnico-jurídica, estén comprometidos con ella políticamente (Badeni, 1994)

A su vez, y en directo camino hacia un modelo de magistratura democrática-contemporánea, es dable destacar al Decreto 222/03 del P.E.N, en cuanto a dos aspectos centrales; el primero en cuanto a la búsqueda de magistrados “con aptitud moral, trayectoria y compromiso con los derechos humanos y los valores democráticos” además de su idoneidad técnica; en segundo lugar se intenta componer la CSJN teniendo en cuenta “diversidades de género, especialidad y procedencia regional” lo que coadyuva a un Poder Judicial plural, pluridisciplinar y con anclaje federal, alejándolo de concepciones sexistas, unidimensionales y con miradas enclavadas sólo en el centro, sin considerar a las regiones de la periferia de nuestro país.

Con respecto a esta reglamentación, compartimos la opinión que tal Decreto constituye una loable autolimitación de las atribuciones presidenciales a los efectos de generar postulaciones debidamente fundadas y legitimadas por la participación de diversas organizaciones (Comadira, 2004). Si bien algún sector de la doctrina ha

<sup>6</sup> CSJN (2014), Fallos, 337:166.

<sup>7</sup> CSJN (2013), JA, 2013-III-640.

<sup>8</sup> Al respecto, véase el considerando número 8 del voto de la jueza Carmen Argibay, en Fallos, 337:166.



manifestado sus dudas sobre las eventuales consecuencias jurídicas que se pudieran derivar de un incumplimiento del Presidente del Decreto y una posible judicialización de tal apartamiento (Buteler, 2017) consideramos que el cumplimiento del Decreto 222/03, es una verdadera obligación del Poder Ejecutivo, pasible de ser sometido a control judicial en caso de incumplimiento, puesto que sería una afrenta al principio de igualdad que el Presidente someta algunos concursos al procedimiento del Decreto y a otros los exima del mismo. No obstante, obviamente, siendo un Decreto emitido por el propio Poder Ejecutivo, no existe óbice constitucional para que sea derogado y se proceda únicamente en base al texto del artículo 99 inc. 4.

### **BIBLIOGRAFIA:**

- Alfonsín, R. (1994). Núcleo de coincidencias básicas. *La Ley*, 1994-D, 824-844.
- Badeni, G. (1994). *Reforma Constitucional e instituciones políticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Bielsa, R., & Graña, E. (1999). Justicia y Estado. A propósito del Consejo de la Magistratura. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Bielsa, R., & Graña, E. (1995). Poder Judicial de la Nación y autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Buteler, A. (2017). *Concurso Público*. Buenos Aires: Astrea.
- Comadira, Julio (2004). Selección de Jueces y Control Judicial. *Revista de Derecho Público*. 2004-I-22.
- Di Federico, G. (1978). La professione giudiziaria in Italia ed il suo contesto burocratico. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 798-813.
- Guarnieri, C., & Pederzoli, P. (1999). *Los Jueces y la Política*. Madrid: Taurus.
- Navarro Smelcer, S., Steigerwalt, A., & Vining, R. J. (2012). Bias and the Bar: Evaluating the ABA Ratings of Federal Judicial Nominees. *Political Research Quarterly*, 65 (4).





- Sagues, N. (2014). A 20 años de la Reforma de 1994: una fórmula constitucional sibilina. *La Ley - Suplemento Constitucional* , 158.
- Sagues, N. (2017). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Sagües, N. (2017). *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Serra Cristobal, R. (2011). *La Selección de Jueces en Estados Unidos*. Madrid: Thomson Reuters.
- Spota, A. A. (1995). Designación y remoción de magistrados. Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
- Von Fischer, M. (2014). Las paradojas de un sistemaLos concursos de selección de magistrados en su laberinto. La desviación de poder. *Revista elDial.com* .

# Re pensando nuestras administraciones públicas

*Por Pablo GUTIERREZ COLANTUONO\**

**SUMARIO: 1. La tradición de Latinoamérica. 2. Las características de nuestras administraciones. 3. La experiencia en la CIDH. 4. La era de los Derechos. 5. La era de los nuevos derechos y garantías. 6. La era de los deberes. 7. La era de la co-construcción y la prevención. 8. El desafío que viene.**

1. Latinoamérica posee una tradición de fuertes presidencialismos, característica incontestable de la distribución y ejercicio del poder. Por su parte las diversas interrupciones democráticas han dejado también sus secuelas que han pervivido mas allá de aquellos periodos de facto. Estos fenómenos han impactado, en mi criterio, negativamente en determinadas zonas de las administraciones públicas. Algunos rasgos autoritarios y amplia presencia “intervencionista reglamentaria” en tratar de “moldear” un estilo de “ciudadanía”, son datos objetivos que pueden relevarse como consecuencia de aquellas realidades.

2. Dentro de nuestras administraciones existen maneras de gestionar, de vincularse, de expresarse con dispositivos, mecanismos y metodologías que no siempre fortalecen la ampliación de la base democrática de las mismas. Una pequeña muestra de ello es la tendencia a homogeneizar la relación ciudadanía administraciones públicas, con dispositivos pensados y usados por igual sin diferenciar

\* Director carrera Especialización en Derecho Administrativo, FADECS-UNComahue.

la persona y/o las condiciones que la rodean. Exteriorización de ello es seguir utilizando en el derecho administrativo la expresión *administrado* para indicar homogéneamente a la ciudadanía. Esta es diversa cultural, social, constitucional y convencionalmente. Aquel concepto destila inconscientemente desde lo cultural lo contrario. La otra expresión a la que hemos aludido es la de “moldear” pautas culturales de comportamiento, soslayando el derecho a la autodeterminación de modelos de vida como expresión de la libertad y el derecho a la privacidad. Por último y al igual que sucede culturalmente en otros poderes del Estado, se sigue la lógica del “expediente” y el “trámite” (Leticia Lorenzo, 2019), mas no aquella propia de la persona y las condiciones que la rodean.

3. La rica doctrina expresada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH– en materia de determinación de derechos y obligaciones desde las administraciones públicas sea quizás el contrapeso de aquel autoritarismo e “intervencionismo”. La garantía de la tutela administrativa efectiva (Gutiérrez Colantuono, 2018) vino a encauzar el procedimiento administrativo dentro de los estándares construidos y enriquecidos del debido proceso judicial. La finalidad ha sido incorporar culturalmente en las administraciones públicas a los derechos humanos como bases mínimas sobre las cuales se construye cualquier expresión discrecional o no de las administraciones públicas.

Estas miradas no siempre complacen, de allí que a veces se verifiquen decisiones estatales que justificándose en “protecciones internas” se retiran del sistema<sup>1</sup> o pretenden retomar aquello que ya no les pertenece por haber sido cedidas soberanamente a otras instancias internacionales (Gutiérrez Colantuono, 2018).

4. Sin dudas mucho se ha hecho por mitigar aquellos efectos negativos –leyes de acceso a la información pública, digitalización y transparencia de los procedimientos internos, contrataciones electrónicas, mecanismos integrales de reparación en materia de responsabilidad del Estado, limitación y encuadre de la discrecionalidad administrativa, etc.– sin embargo mucho mas resta por hacer. Y debemos hacerlo de manera innovativa y creativa repensando el contenido y en cierta

<sup>1</sup> Hemos hecho mención a la salida de Venezuela del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de una interpretación del máximo tribunal judicial no posible: quitarle efectos a la sentencias de la Corte IDH previo descalificarla vía interpretativa por ser inconstitucional. En base a ello y argumentaciones ya de otro orden, Venezuela denuncia el sistema de manera integral y provoca su salida quitándole a la ciudadanía una garantía trasnacional de defensa de los derechos humanos.

manera el modelo de gobernanza y de ciudadanía. Este es en parte el desafío al que siempre nos alienta (Gordillo, 2019)<sup>2</sup>.

En este sentido somos conscientes que estamos atravesando la era de los derechos. Estos son percibidos desde una triple dimensión individual, colectiva y de la propia humanidad. Ello nos conduce a hablar de los deberes que limitan y explican aquella triple dimensión. A su turno hablar de deberes nos permite identificar la zona de intersección de nuestras administraciones públicas con la ciudadanía. Esta se caracteriza por la co construcción de una manera de vivir y gestionar los espacios públicos –sentido amplio, no restringido edilicio y de infraestructura–, en que “cada parte” se integra en un todo desde su propio rol. La percepción del “entorno” y la calidad de vida es un tema de principalísimo orden en la temática de aquello que se ha denominado el “derecho a la ciudad” (Gutiérrez Colantuono, 2017).

#### 5. La era de los nuevos derechos y garantías

Es habitual aceptar y reconocer una notable ampliación de derechos y de regímenes protectorios de la dignidad de las personas junto al ensanche del deber de garantías y de responder de los países en cada subsistema regional al menos de derechos humanos.

La práctica interpretativa evolutiva, de derechos cruzados y/o de derechos implícitos permite alumbrar derechos y garantías no previstos “visiblemente”. También aparecen nuevos contenidos autónomos de determinados derechos que en principio están integrados dentro de otros. Algunos ejemplos: a. El derecho autónomo al medio ambiente<sup>3</sup>; b. El derecho a la identidad<sup>4</sup>; c. El derecho autónomo a la salud<sup>5</sup>; d. La garantía de la tutela administrativa efectiva<sup>6 7</sup>; e. La garantía del control de convencionalidad<sup>8</sup>. También se ha incorporado, ya en términos más generales, la protección de las personas por una suerte de un derecho común de los derechos hu-

<sup>2</sup> Gordillo, Agustín “ - paper presentado para su discusión en las 45 Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Ushuaia 29.09.2019, acceso en <http://www.aada.org.ar/documentos/TRIBUNALES-ADMINISTRATIVOS-por-Agustin-Gordillo.pdf> .

<sup>3</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, Medio Ambiente y Derechos Humanos , 15.11.2017.

<sup>4</sup> Corte IDH , Opinión Consultiva OC-24/17, Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, 24.11.2017.

<sup>5</sup> Corte IDH, Corte IDH, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile - sentencia 08.03.2018 -.

<sup>6</sup> Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú – 31/01/2001.

<sup>7</sup> Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá - 02/02/2001.

<sup>8</sup> Corte IDH, Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta Vs. Perú. – Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia - . 30.05. 2018.

manos a partir de considerar la jurisdicción de la Corte IDH como habilitada a interpretar y aplicar el resto de los tratados de derechos humanos<sup>9</sup>.

Hemos sintetizado este fenómeno, hace tiempo ya, bajo la expresión “derecho a nuevos derechos y nuevas garantías”.

#### 6. La era de los deberes

Incorporamos en este escenario a los deberes humanos pocas veces tematizados pero que integran junto a los derechos humanos la base de construcción de cualquier sistema de poderes. Esos deberes conectan a los derechos con la realización social de estos. Los derechos asumen el desafío de una dimensión comunitaria y de humanidad, y no tan sólo en la dimensión liberal de los mismos. Aparecen los deberes humanos, los cuales se proyectan desde los derechos hacia la familia, la comunidad y la humanidad<sup>10</sup>.

Es en este contexto normativo e interpretativo que reconocemos los derechos siempre en dimensión de las limitaciones de los deberes impuestos de las mismas personas para con su comunidad y humanidad. Y también muy especialmente por las previsiones del artículo 32° inc. 2 Pacto de San José de Costa Rica al decir: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

#### 7. La era de la co construcción y la prevención

La realización colectiva y universal de los derechos se explica desde los propios deberes de cada persona, de sabernos limitados en nuestros derechos. Estas limitaciones tienen por finalidad la realización del bienestar general tanto de nuestra comunidad como de la propia humanidad. Aquí es donde aparece la intersección entre derechos y deberes humanos con la propia finalidad de las administraciones públicas. Expresado de otra manera, aparece así la cogestión del mismo interés por la ciudadanía y las administraciones públicas. Este interés consiste en la realización del bienestar común en tanto ampliación de derechos de la comunidad toda y de la propia humanidad.

Estos son rasgos que caracterizan una función novedosa ya constitucional y convencional de nuestras administraciones públicas que hemos denominado “fun-

<sup>9</sup> Corte IDH, OC-23/17 cit.

<sup>10</sup> Art. 32 ap. 1 del Pacto de San José de Costa Rica.

ción preventiva”. Es esta la exteriorización del deber de garantía<sup>11</sup> al haber asumido obligaciones al tiempo de firmar el Pacto de San José de Costa Rica. Obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2<sup>12</sup>, pero también específicas contenidas en sus distintas previsiones convencionales.

Las administraciones pasan a ser todo menos abstencionistas ya que deben comportarse activamente para incorporar espontáneamente los deberes éticos universales de los derechos humanos asumidos. En otras palabras, emerge una actitud activa antes que pasiva en la protección y promoción de los compromisos internacionales. Se debe tomar la iniciativa para remover cualquier valla a la efectividad de los derechos.

Para ello es necesario que las administraciones revisen sus mecanismos vinculados con la ciudadanía ya que les son exigibles atender los derechos desde la diversidad. La homogeneidad cede terreno hacia la heterogeneidad.

La actividad continua, directa, inmediata y con gran anclaje territorial y sociológico permite a las administraciones disponer de mecanismos rápidos y efectivos ante los continuos cambios que se registran en nuestras modernas sociedades. Son ellas quienes tiene mayor posibilidad de internalizar que el gobierno tiene por principalísima función en estos tiempos la de hacerle la vida más fácil, justa y armónica a las personas en una convivencia ciudadana.

Nuestras administraciones adquieren así un nuevo rol, activo, presente y que hemos llamado el rol preventivo. Este nuevo rol de exigencia constitucional y convencional también es una nueva expresión de la ética pública expresada en las dimensiones sociales ciudadanas en contacto con la realización del bienestar general.

<sup>11</sup> Una manifestación del deber de garantía es el deber de prevención. Abarca, conforme opinión constante de la Corte IDH, todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.

<sup>12</sup> Las acciones u omisiones estatales se encuentran delimitadas por la regla general impuesta al Estado por los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los cuales constituyen la base para la determinación de la responsabilidad internacional. En efecto, el artículo 1.1 prevé la obligación estatal de respetar y garantizar en forma genérica los derechos previstos en la Convención Americana, mientras que el artículo 2 obliga al Estado y a cada uno de sus órganos a remover cualquier obstáculo para el goce de aquellos y, por consiguiente, a llevar adelante medidas positivas tendientes a asegurar y efectivizar los derechos consagrados en ese tratado.



8. El desafío pareciera ser imaginar el tránsito de un sistema de gobernanza que parece agotado hacia uno nuevo. Este deber ser pensado en pos de gestionar los intereses de la ciudadanía y su bienestar general desde una gobernanza que sea ejecutada desde la idea colaborativa. Debemos abandonar el modelo rígido de asignación de valores fundantes monopólicamente a determinados poderes. Se piensa más desde las funciones y lo orgánico que desde los derechos, los deberes y las potencialidades de una gobernanza flexible, dinámica, horizontal y dialógica. La asociación consciente o inconsciente de valores constitucionales a estructuras orgánicas de poder burocratiza negativamente la realización, a nuestro criterio, del bienestar general.

## BIBLIOGRAFIA

- Lorenzo, L. (2019) *“La efectividad de las herramientas del proceso penal en los casos de violencia de género. Capítulo XVI en Igualdad y Género, Miran M. Ivanega (directora)”* Publicado en La Ley 2019.
- Gutiérrez Colantuono, P. (2018) intereses de la ciudadanía y el aliente de valores constitucionales a estructuras organicas de poder burocratiza negativamente *“El derecho a la ciudad y un anclaje posibles desde el PSJCR”*, *Anuario Iberoamericano de Derecho Urbanístico*, CITA ONLINE: IJ-DXXXVII-974. 17.12.2018
- \_\_\_\_\_ (2017) *“¿Dialogarán la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación?”* - Recuperado de [https://dpicuan-tico.com/area\\_diario/comentario-a-fallo-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-170-06-11-2017/](https://dpicuan-tico.com/area_diario/comentario-a-fallo-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-170-06-11-2017/)
- \_\_\_\_\_ (2018) *“La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones Públicas”* Publicado en La Ley 18/01/2018.
- Gordillo, A. (2019) *“Paper presentado para su discusión en las 45 Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, Ushuaia 29.09.2019”*. Recuperado de <http://www.aada.org.ar/documentos/TRIBUNALES-ADMINISTRATIVOS-por-Agustin-Gordillo.pdf> .



# Régimen jurídico de la inversión extranjera en Vaca Muerta

*Por Juan Bautista JUSTO\**

**SUMARIO: I. Vaca Muerta como proyecto global. II. Los tratados de protección de inversiones (TPI). III. Jerarquía normativa de los TPI en el derecho argentino. IV. Las provincias frente a los TPI. V. Los TPI y las autoridades locales.**

## I. Vaca Muerta como proyecto global

Todas las empresas que son titulares de una concesión de explotación de hidrocarburos en Vaca Muerta tienen participación accionaria extranjera. Eso significa que la relación de esas firmas con el Estado argentino y sus entidades sub-nacionales (provincias y municipios) se encuentra regida por la red de tratados de protección de inversiones (TPI) que se han firmado en el mundo al amparo del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados” de 1965 (CIADI)<sup>1</sup> y otros foros globales similares.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Aprobado por Ley 24.353 (1994).

<sup>2</sup> Las inversiones de las operadoras se encuentran cubiertas en los tratados firmados por la República Argentina con Estados Unidos (art. II.1.v Ley 24.124); España (art. 2º, Ley 24.118); Alemania (art. 1º inc. e, Ley 24.098); Francia (art. 1º inc. e, Ley 24.100); Reino Unido (art. 1º inc. v, Ley 24.184); Italia (art. 1º inc. f, Ley 24.122); Canadá (art. 1º inc. v, Ley 24.125); China (art. 1º inc. e, Ley 24.325); Rusia (art. 1.2.e, Ley 25.353); Chile (art. 1º inc. e, Ley 24.342); Países Bajos (art. 1º inc. v, Ley 24.352); Bélgica – Luxemburgo (art. 1º inc. d, Ley 24.123); México (art. 1º inc. e, Ley 24.792) y Suiza (art. 1.2.e, Ley 24.099), entre otros.

\* Abogado, miembro de la cátedra de Derecho Administrativo de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue.

## II. Los tratados de protección de inversiones (TPI)

Se estima que en la actualidad existen cerca de 2800 TPI en el mundo. Con la excepción de Brasil, los países sudamericanos se sumaron al CIADI durante la década de los 90', aceptando cláusulas de prórroga de la jurisdicción nacional en favor de árbitros extranjeros y abandonando con ello una tradición centenaria en favor de la *doctrina Calvo*, que sujetaba los conflictos con inversores foráneos exclusivamente a los tribunales locales (Justo, 2017a).

El diseño de la red de TPI responde a una visión que concibe a las inversiones como el motor esencial del desarrollo económico. Su meta es, por lo tanto, fomentar el flujo mundial de activos y el modo de hacerlo es, básicamente, limitar el riesgo de los inversores provenientes de países exportadores de capitales para reducir, con ello, el costo de obtención de los fondos que los países importadores de capitales necesitan para desarrollar sus economías. La forma de reducir el riesgo que este modelo propone consiste en ceder potestades regulatorias y judiciales soberanas a cambio de mayor credibilidad en los mercados, fijando estándares mínimos de conducta y mecanismos de arbitraje en caso de disputa.

Sobre esa premisa, la estructura de protección de los inversores –integrada por el Convenio CIADI y la red de TPI que fueron firmando los países- se asienta en dos bases: procesales y sustanciales.

Desde una perspectiva procesal, esto es, desde los mecanismos que se aplican para resolver una disputa entre un inversor y el Estado que lo aloja, el sistema presenta los siguientes lineamientos:

- 1) El TPI se aplica a todas las inversiones extranjeras salvo las que estén expresamente excluidas;
- 2) Cuando los inversores (o un socio minoritario de ellos) consideran que la conducta del Estado –sea administrativa, legislativa o judicial- comporta una infracción a las obligaciones fijadas en el TPI, pueden demandarlo en foros arbitrales internacionales;
- 3) A través de las “cláusulas paraguas”, las infracciones a compromisos contractuales por parte del Estado pueden ser elevadas a violaciones de sus obligaciones internacionales, lo cual permite dirimir ese tipo de controversias en una jurisdicción ajena a la local;
- 4) Los árbitros a los cuales llega la disputa pueden revisar la conducta de

cualquier rama del Estado y desplazar del análisis al derecho nacional, aplicando los estándares del TPI;

5) La decisión que adopten esos árbitros tiene un marco de revisión sumamente limitado a nivel internacional<sup>3</sup> y directamente nulo a nivel local. Los jueces nacionales no pueden controlar el laudo y deben ponerlo en práctica como si fuera una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.<sup>4</sup>

6) Los árbitros se designan para cada caso y no hay un régimen de unificación de criterios ni rige el *staredecisis*. Antes bien, “cada tribunal es soberano y puede llegar a una solución diferente frente al mismo problema”.<sup>5</sup>

En ese sistema de resolución de controversias que –como vemos– se caracteriza por sustraer absolutamente el conflicto de la esfera del país receptor, se aplican una serie de principios sustanciales de protección a los inversores que se fijan en la red de TPI. En general, se prohíben allí conductas que infrinjan estándares tales como el *tratamiento justo y equitativo*, de *tratamiento nacional* y *nación más favorable*, o la *prohibición de expropiar* directa o indirectamente sin la correspondiente compensación.

### III. Jerarquía normativa de los TPI en el derecho argentino

Desde la perspectiva doméstica, los tratados de protección de inversiones tienen jerarquía superior a las leyes, tal como lo indica el art. 75.22 de la Constitución Nacional.<sup>6</sup> En consecuencia, cualquier norma, acto o sentencia que infrinja un TPI es inconstitucional.

<sup>3</sup>Art. 52 del Convenio CIADI.

<sup>4</sup>Art. 54 del Convenio CIADI.

<sup>5</sup>*AES Corporation v. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/02/17, 2005) párr. 30.

<sup>6</sup> Como sucedió con la mayoría de los países, en Argentina el camino de la recepción doméstica de las normas internacionales y sus criterios interpretativos discurrió desde una inicial reticencia al reconocimiento de la aplicabilidad directa y prevalencia normativa del derecho internacional durante el auge del Estado Social (CSJN, *Martín & Cía. Ltda.*, 1963, *Fallos*, 257:99; *Esso S.A. Petrolera Argentina*, 1968, *Fallos*, 271:7), una posterior flexibilización jurisprudencial de esa tendencia con los comienzos del Estado Regulador (CSJN, *Ekmekdjian*, 1992, *Fallos*, 315:1492; *Fibraca Constructora*, 1993, *Fallos*, 316:1669 y *Cafés La Virginia*, 1994, *Fallos*, 317:1282) y una ulterior jerarquización de los pactos de derechos humanos conjugada con la primacía del derecho de la integración sobre las leyes (art. 75 incs. 22 y 24 CN); para encontrarnos hoy frente a un reconocimiento jurisprudencial del alto grado de penetración de los criterios internacionales en el ordenamiento local (CSJN, *Giroldi*, 1995, *Fallos*, 318:514; *Priebke*, 1995, *Fallos*, 318:2148; *Bramajo*, 1996, *Fallos*, 319:1840; *Acosta*, 1998, *Fallos*, 321:3555; *Dotti*, 1998, *Fallos*, 321:1226; *Urteaga*, 1998, *Fallos*, 321:2767; *Felicetti*, 2000, *Fallos*, 323:4130; *Pfizer*, 2002, *Fallos*, 325:1056; *Autolatina Argentina*, 2002, *Fallos*, 325:113; *Brusa*, 2003,

Desde la perspectiva internacional, el incumplimiento de los compromisos asumidos en los TPI acarrea la responsabilidad internacional del Estado argentino. La regla de inoponibilidad del derecho interno, consagrada en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, impide al Estado invocar sus propias normas para exonerarse.

La regla de inoponibilidad es pacíficamente reconocida como un principio general del derecho internacional, que se aplica aun tratándose de disposiciones de rango constitucional. La jurisprudencia ha sido conteste al postular que “un Estado no podrá invocar con respecto a otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones que le impongan el derecho internacional o los tratados en vigor”.<sup>7</sup>

En materia específica de responsabilidad, la regla se encuentra expresamente consagrada en el art. 3° del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado elaborado a lo largo de varias décadas por la Comisión de Derecho Internacional.<sup>8</sup> De acuerdo a él, “La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno”. Esto implica que el Estado no puede eludir la antijuridicidad internacional de su obrar aduciendo su conformidad con el derecho interno o –incluso más– que ese derecho interno lo obliga a infringir la directiva internacional.

---

*Fallos*, 326:4816; *Hagelin*, 2003, *Fallos*, 326:3268; *Arancibia Clavel*, 2004, *Fallos*, 327:3313; *Merck Sharp & Dohme Limited*, 2004, *Fallos*, 327:5332; *Aquino*, 2004, *Fallos*, 327:3753; *Verbitsky*, 2005, *Fallos*, 328:1146; *Simón*, 2005, *Fallos*, 328:2056; *Galli*, 2005, *Fallos*, 328:690; *Sánchez*, 2005, *Fallos*, 328:2833; *Llerena*, 2005, *Fallos*, 328:1491; *Casal*, 2005, *Fallos*, 328:3399; *Mazzeo*, 2007, *Fallos*, 330:3248; *Editorial Río Negro*, 2007, *Fallos*, 330:3908; *Asociación Trabajadores del Estado*, 2008, *Fallos*, 331:2499; *Arriola*, 2009, *Fallos*, 332:1963; *Sancor*, 2009, *Fallos*, 332:2237; *Aerolíneas Argentinas*, 2009, *Fallos*, 332:170; *Arcuri Rojas*, 2009, *Fallos*, 332:2454; *Derecho*, 2011, *Fallos*, 334:1504; *Asociación Derechos Civiles*, 2012, *Fallos*, 335:2393; *Carranza Latrubesse*, 2013, *Fallos*, 336:1024; *Arce*, 2014, A. 1008. XLVII; *Giustiniani*, 2015, *Fallos*, 338:1258). Cierta reacción “estado-céntrica” aparece en *Fontevicchia* (2017, *Fallos*, 340:47).

<sup>7</sup> Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), *Tratamiento de los Nacionales Polacos y otras Personas de origen o lengua Polacos en el Territorio de Dantzig*, Opinión Consultiva del 4° de febrero de 1932, *C.P.J.I.*, serie A/B, N° 44, p. 24.

<sup>8</sup>La responsabilidad del Estado por incumplimiento a sus obligaciones internacionales se rige básicamente por normas consuetudinarias. Esas normas han sido sintetizadas a lo largo de cincuenta años por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado (ONU, AG, A/RES/56/83, 2002), instrumento que – pese a carecer por sí mismo de efecto vinculante – refleja la costumbre internacional predominante en la materia, que constituye una fuente directa de obligaciones internacionales a la luz del art. 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Como resultado de lo anterior, el Proyecto de la CDI es considerado como el documento más autoritativo sobre responsabilidad internacional del Estado (*CornProducts International Inc., v. México*, Caso CIADI N° ARB(AF)/04/01, 2008, párr. 76).

La preeminencia no sólo alcanza a las disposiciones de carácter normativo, sino a todas las decisiones del poder público, que pueden ser revisadas por los órganos internacionales en su tarea de verificación del cumplimiento de los acuerdos.<sup>9</sup> No solo se encuentra vedado oponer normas internas, sino también sentencias, actos administrativos y cualquier otra medida al acatamiento de los deberes convencionales.<sup>10</sup>

#### IV. Las provincias frente a los TPI

Como derivación de la inoponibilidad del derecho doméstico, el Estado Nacional –en tanto obligado internacional- tiene vedado invocar reglas internas relativas al reparto de competencias para justificar una transgresión a los compromisos asumidos bajo un TPI. Esta pauta se resume en que *un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional*, con lo cual debe responder por lo que hagan o dejen de hacer sus divisiones políticas (Justo, 2017b).

#### V. Los TPIy las autoridades locales

Los TPI integran el ordenamiento fundamental argentino, en los términos de los arts. 31 y 75.22 de la Constitución Nacional. En consecuencia, todos los estamentos estatales –entre ellos, los tribunales- deben velar por su cumplimiento, previniendo la configuración de responsabilidad internacional. Rige aquí el mismo método jurídico desarrollado en torno del control de convencionalidad, que no es otra cosa que un mecanismo de prevención de la responsabilidad estatal (Justo, 2019).

En efecto, “cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales

<sup>9</sup> Corte Internacional de Justicia (CIJ), *LaGrand (Germanyv. UnitedStatesofAmerica)*, Medidas Provisionales, 3° de marzo de 1999, *ICJ Reports* 1999, p. 9, párr. 28.

<sup>10</sup> CDI, Segundo informe sobre la responsabilidad de los Estados, por el Relator Especial Roberto Ago, *Origen de la Responsabilidad Internacional*, 20 de abril de 1970, A/CN.4/233, párr. 86.

<sup>11</sup> CSJN, *Ekmekdjian*, cit.; *Méndez Valles*, 1995, *Fallos*, 318:2639; *Rodríguez*, 1997, *Fallos*, 320:2851; *Mercedes Benz Argentina*, 1999, *Fallos*, 322:3193; *Unilever*, 2000, *Fallos*, 323:3160; *Adidas Argentina*, 2002, *Fallos*, 325:1038; *Cabrera*, 2007, *Fallos*, 330:261.

lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple”, por lo que “la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino”.<sup>11</sup>

De tal modo, la tarea de implementación de los TPI se encuentra depositada en dos niveles correlativos: primero en la labor espontánea de los jueces, legisladores, administradores y demás autoridades domésticas del Estado, quienes al velar por su cumplimiento actúan como órganos convencionales internos, en el sentido en que operan como la instancia de aplicación del tratado dentro del país. A su turno, los paneles arbitrales son órganos convencionales supranacionales, pues operan exclusivamente en ese plano y su rol consiste en complementar la labor nacional.

## BIBLIOGRAFÍA:

JUSTO, J.B (2017) “Amenazas y escudos protectores. Las inversiones en el sector energético y la saga de la expropiación en el derecho internacional”, en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería (RADHEM)*, N° 13.

\_\_\_\_\_(2017), “El ocaso del federalismo argentino. Segunda parte: tratados internacionales”, *DPI Cuántico, Diario Administrativo*, N° 156.

\_\_\_\_\_(2019), “El control de convencionalidad y las instituciones tradicionales del derecho administrativo”, *DPI Cuántico, Diario Administrativo*, N° 232.

# JURISPRUDENCIA





# Consejo para suicidas. Comentarios a una sentencia insólita

*Por Oscar Raúl PANDOLFI\**

**Expediente:** Sentencia N° 06/04 del 24 de febrero del año 2004. Cámara Tercera en lo Criminal de General Roca, Río Negro.

**Voces:** Derecho Penal – Tenencia de Armas – Principio Lesividad.

**Sumario:** Se tiene por configurado delito de tenencia de armas aun en contextos de lesividad personal.

*“Señora, Señor: si Ud. está atravesando por una etapa depresiva de su vida, y está finalmente determinado/a a solucionar en forma trágica, los problemas que lo/la agobian y que no puede enfrentar, si ha perdido toda esperanza y no abriga ninguna ilusión, habiendo adoptado la decisión de quitarse la vida, tome la precaución de hacerlo mediante la ingesta de algún veneno, o metiendo la cabeza en el horno de su casa y abriendo el gas, o tirándose al paso de algún tren, o arrojese desde un quinto piso, o grite un gol de River en la tribuna de Boca, o viceversa...pero absténgase - en cualquier caso - de utilizar para ello un arma de fuego...Aunque sea en la penumbra de una iglesia vacía...y casi desierta”.*

\* Profesor Consulto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue.

**S**i algún futuro suicida escucha o lee este consejo, pensará si me estoy por suicidar *¿qué puede importar qué medio elija para quitarme la vida ?* Sin embargo, la lectura

de las líneas que siguen, permitirá apreciar que si bien la idea de la propia muerte, por su definitividad, parece imposible de comparar con cualquier otra *desgracia*, aunque parezca mentira, hay cosas peores...por ejemplo, que a alguien, antes de permitirle tentar nuevamente su interrumpido propósito de quitarse la vida, se lo obligue - **con el pretexto de la comisión de un delito de tenencia de armas - a pasar previamente, unos añitos en la Cárcel...**

El “consejo” y la reflexión que sigue, vienen a propósito de las **amargas perplejidades** que produce la lectura de un fallo que ha llegado casualmente a nuestras manos, dictado por un Tribunal de General Roca, Provincia de Río Negro, el 24 de febrero del año 2004. Ese día, se condenó a un señor A.O.A. argentino, por ese entonces de 56 años de edad, **“a quien se le reprocha haber tenido en su poder el revólver Colt, calibre 38 y doce cartuchos correspondientes al mismo, sin la debida autorización legal.”. El imputado<sup>1</sup> “fue sorprendido en la catedral local...en proximidades del altar cuando intentaba suicidarse. Finalmente, por la intervención policial, desistió e hizo entrega del arma en cuestión...”.**

El señor vocal que comandó el acuerdo, sostuvo para fundar su propuesta condenatoria – a tres años de prisión, adoptada por unanimidad por el Tribunal:

“Cabe acotar que la ley reprime la simple tenencia de armas de guerra **prescindiendo (!?) del elemento subjetivo** que vincule este tipo de infracción a la seguridad común y sanciona al sujeto **por el solo hecho de disponer físicamente, en cualquier momento, de un arma de guerra**, sea manteniéndola corporalmente en su poder o en el lugar donde esté a disposición del agente..”

Más allá de la cuestión de que todos los delitos acuñados en el Libro II del Código Penal<sup>2</sup> - que se sepa - son o dolosos o culposos<sup>3</sup> y por ende que no es cierto, como se alega, que este delito del art.189 bis, **carezca de elemento subjetivo<sup>4</sup>** con lo que parece adoptarse las pretéritas doctrinas de origen germánico, del “*dolus in re ipsa*” o el “*versari in re illicita*”, el señor vocal olvida que se trata de un delito doloso, que esto significa que hay que tener demostrado el conocimiento y la voluntad

<sup>1</sup> Lo que sigue es transcripción textual de la descripción del hecho en la sentencia.

<sup>2</sup> Legislatura de Río Negro (18 de septiembre de 1986), *Código Procesal Penal de la Provincia de Río Negro* [Ley Provincial P N° 2107 de 1986]

<sup>3</sup> También los hay preterintencionales, claro está.

<sup>4</sup> Lo que no tiene es un elemento subjetivo especial del tipo (es decir, dolo específico)

del cumplimiento del tipo penal por parte del tenedor, más allá de que todos los delitos de tenencia podrían ser inconstitucionales (Rusconi, Vitale, entre otros) porque el derecho penal es de “Acto” y el “tener” no es en sí, un acto humano, sino un predicado relativo a la propiedad, posesión o tenencia humanas, y más allá de que la prueba de ese dolo siempre le incumbe a la acusación, hay que preguntarse - antes de todo esto:

¿En qué reside el principio de “lesividad” que permita incriminar a alguien que va a suicidarse? Es decir que ***va a intentar un acto lesivo, pero contra sí mismo***, lo que además en la legislación actual (a diferencia del código de 1886) no se reprime como delito para el autor frustrado, aunque sea tentado<sup>5</sup>

¿En qué se justifica la utilización de la violencia estatal para hacerle cumplir una pena de prisión, a quien se le hace desistir - por la fuerza - de aplicarse a sí mismo, la *máxima pena*?

¿Qué sentido tuvo que el Estado evitara - a través de la policía - que el imputado se quitase la vida, pero eso sí, para hacerle cumplir antes de que pueda repetir su intentona, tres años de prisión...en alguna de *sus inefables instituciones penitenciarias*..?

Y - por otra parte - ¿no es que está vigente en la Provincia de Río Negro, desde noviembre de 2003, después de la sanción de la ley 3794, el art.180 ter del Código de Procedimientos Penales, que legisla nada menos que siete criterios de oportunidad diferentes?

¿No hubiera sido posible utilizar alguno de ellos, para evitar la aplicación de una pena que carece de toda utilidad? ¿O es que acaso, ***para convencer a un suicida tentado, que no reincida en su intento, resultará buena terapia, hacerle pasar tres años de cárcel***?

<sup>5</sup> No así para el instigador o a quien ayuda a que otro se suicide, como obviamente se desprende del art.83 CP.

¿Cuáles piensa el juez ponente, que son los fines de la pena? ¿Qué utilidad puede tener la pena aplicada en este caso? ¿Acaso sirve a la prevención general o especial? ¿O es que se trata de hacerle *expiar* el susto que se habrá llevado el cura párroco, cuando apareció un fiel que se quería suicidar frente al altar, quizás para impetrar un perdón, si era creyente?

Pocas veces, el ciego, inútil, y torpe uso del poder punitivo del Estado, que tantas veces ocasiona tan contraproducentes resultados, puede haber quedado más de manifiesto que en este caso...

Es éste un buen ejemplo, de lo que el acostumbramiento al ejercicio - casi incontrolado - del poder jurisdiccional por los tribunales de la más alta jerarquía, produce en el espíritu de los hombres que los integran... Cualesquiera sean las prendas personales que los adornen. Cuanto más se cultiva el ejercicio de la abogacía, más se recuerdan las enseñanzas de Carrara:

*¿Quién tiene derecho a juzgar si uno merece o no merece cárcel o trabajos forzados?* (las cursivas son de Carrara). Los pueblos que sienten amor ardiente por la libertad, sintetizado en el célebre lema inglés: *a crust of bread and liberty* (dame un trozo de pan y libertad) **han luchado siempre para tener jueces ciudadanos**. Los pueblos inertes, negligentes y enamorados de la servidumbre somnolienta, se han unido siempre a los déspotas, sean monarcas u oligarcas, redondea sus convicciones: "... ¿Acaso no se sabía desde hace mucho, que el cuadrilátero de para proscribir los tribunales populares. Este hecho elocuentísimo no teme impugnaciones". Y más adelante las libertades constitucionales se levanta sobre la guardia nacional,<sup>7</sup> los jurados, la prensa libre y el parlamento? (Carrara, 1988, Tomo II, pag. 227 y siguientes)

“Y adviértase el nivel de importancia en que Carrara ubica su preferencia por el sistema de los jurados populares, que lo sitúa al mismo nivel que la soberanía residente en el parlamento, el control público de la prensa libre y en un ejército nacional (integrado por ciudadanos y no por mercenarios al

<sup>7</sup> Por oposición a un ejército de mercenarios.

servicio de cualquier déspota). Como uno de los pilares sobre los cuales se asienta una república liberal y democrática. Y llegaba tan lejos su desconfianza en los jueces profesionales que hasta justificaba el sistema de las pruebas legales (o tasadas): “valga el ejemplo de tantos soberanos que encerraron la mente de los jueces dentro del recinto de las pruebas legales, con lo cual la ley interponía su pecho adamantino entre las severas costumbres de un juez y el inocente que corría el riesgo de ser víctima de un arranque de imaginación” (Carrara, 1988, Tomo II, pág. 252).

Y por eso concluía:

“Excita repugnancia, por el peligro evidente en que las libertades civiles son colocadas, el gobierno que les dice a los ciudadanos: seréis declarados culpables, y como tales, condenados a trabajos forzados, a la deportación y a algo todavía peor por mis propios jueces, ...que serán elegidos por mí, recibirán de mí el estipendio necesario para su alimentación y para su familia, y los honraré y ascenderé conforme a la amplitud de conciencia...” (Carrara, 1988)

Es que Carrara temía que “en los jueces de profesión, se encarna a veces la costumbre de condenar (como lo prueba CARPZOVIO, que se jactaba complacido de haber condenado a muerte a veinte mil individuos)..” y recordaba que en “la historia de todos los pueblos, ciertos Tiberios se han valido de jueces mercenarios para deshacerse de sus enemigos, so pretexto de supuestos delitos..” (Carrara, 1988, Tomo II, pág. 242).

No dudamos que las intenciones de los jueces que suscribieron este fallo no están guiadas por otra cosa que “el fiel y ciego cumplimiento del deber jurisdiccional”...tal como ellos lo entienden. Pero el problema es que suele ocurrir, que “como ellos lo entienden”, no es siempre como lo entiende la Constitución Nacional, ni tampoco los Pactos Internacionales a ella incorporados y aun las normas del sentido común que inspiran las teorías justificativas de la pena...y por eso se producen estas resoluciones judiciales que lastiman la sensibilidad del ciudadano promedio, ya que se aplican entonces penas absolutamente inútiles, que sólo mortifican y vejan y no



cumplen ninguno de los fines para justificar el ejercicio del poder punitivo del Estado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Carrara, F. (1988). “Programa de Derecho Criminal, tomo II. Bogotá, Editorial Temis.

Congreso de la Nación (30 de septiembre de 1922) “Código Penal Argentino” (Ley 11.179). Recuperado de [servicios.infoleg.gob.ar](http://servicios.infoleg.gob.ar)

# La contaminación de los ríos del Comahue en la jurisprudencia federal penal

*Por Juan Carlos FERNANDEZ\**

**Expediente:** “Legajo de Apelación MONTESANO, Norberto Atilio en autos ‘MONTESANO, Norberto Atilio por infracción Ley 24.051’” (Expte. No FGR 12000630/2011/CA3), 06/09/2018.

**Cámara Federal de Apelaciones de General Roca.**

**Voces:** derecho penal ambiental – residuos peligrosos – efluentes cloacales.

**Sumario:** Se declara que los efluentes cloacales sin tratar constituyen residuos peligrosos a los efectos penales previstos en la ley 24051.

En el marco del Legajo de Apelación “MONTESANO”, la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca se expidió sobre una materia que resulta sumamente relevante para la región: si resulta viable enfrentar el problema de la contaminación de los ríos interjurisdiccionales a través del marco del derecho penal, o si por el contrario, solo quedan las vías preventivas y de recomposición del derecho privado ante la eventual inexistencia de un tipo penal que contemple el hecho sometido a investigación.

Para comprender adecuadamente el problema en estudio recordemos que:

1.- la calidad de los ríos interjurisdiccionales de la región ha sido afectada mayormente por el vertido de

\* Abogado, Profesor Adjunto de “Derecho de los Recursos Naturales” y seminarios “Derecho de aguas”, “Derecho agrario y ambiental” y “Derecho minero y de la energía” en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue. Magister en Derecho Administrativo y Especialista en Derecho Ambiental.



efluentes cloacales sin tratamiento previo, sin que se pueda certificar por ahora que el vertido de aguas residuales de uso agrario, industrial o minero haya tenido aptitud para afectar negativamente su calidad en mayor grado que el vertimiento de efluentes cloacales sin tratar.

2.- el tipo penal previsto en el art 55 de la ley 24051 de Residuos Peligrosos<sup>1</sup> estipula que “Será reprimido con las mismas penas establecidas en el artículo 200 del Código Penal, el que, *utilizando los residuos* a que se refiere la presente ley, envenenare, adulterare o contaminare de un modo peligroso para la salud, el suelo, el agua, la atmósfera o el ambiente en general. Si el hecho fuere seguido de la muerte de alguna persona, la pena será de diez (10) a veinticinco (25) años de reclusión o prisión”, regulando por su parte el art. 56 el tipo culposo.

3.- la norma descripta solo tipifica penalmente el envenenamiento, la adulteración o la contaminación de las aguas, suelo, atmosfera o el ambiente, que se realice de un modo peligroso para la salud, y utilizando los residuos a los que se refiere la presente ley; de modo tal que quedaría excluida la acción consistente en afectar negativamente la calidad de las aguas a través de otros residuos no regulados en la ley 24051.

4.- el art. 2 de la ley 24051 indica que “Quedan excluidos de los alcances de esta ley los residuos domiciliarios, los radiactivos y los derivados de las operaciones normales de los buques, los que se registrarán por leyes especiales y convenios internacionales vigentes en la materia”, con lo cual la contaminación de las aguas interjurisdiccionales con residuos domiciliarios quedaría excluida del tipo penal previsto en el art 55 y 56 de la ley 24051.

En el marco normativo expuesto, se impone considerar si los efluentes cloacales sin tratar constituyen residuos peligrosos contemplados en la ley 24051, y por ende la afectación negativa de la calidad de las aguas con los mismos se incorpora en el tipo penal; o si por el contrario aquéllos constituyen residuos domiciliarios excluidos en virtud del art 2 de la ley, eliminando en consecuencia la tipicidad penal.

<sup>1</sup> Boletín Oficial, 17 de enero de 1992.

Si bien la doctrina especializada en derecho ambiental no se ha expedido sobre el carácter de los efluentes cloacales a los efectos de la tipificación de los arts 55 y ccdtes de la ley 24051 (FRANZA et al, 2011; NONNA, 2008), la penalista entendería que la conducta de contaminación sólo puede cometerse mediante el uso de las sustancias detalladas en los Anexos I y II de la ley, y que los residuos no incluidos en dicho listado no deben ser considerados medios comisivos aptos para la producción del peligro concreto que exige la norma penal. (ABOSO, 2016)

La tesis hasta aquí expuesta fue la seguida por el juez de grado al dictar el sobreseimiento del imputado en la causa “Montesano”, sosteniendo que los desechos que trataba y expulsaba la planta de tratamiento de efluentes cloacales de Catriel hacia el río Colorado no se encontraban atrapados por la ley 24.051 debido a que, por su naturaleza u origen (residuo cloacal domiciliario) se hallaban expresamente excluidos de la definición de “peligrosos”.

Recurrido que fuera el auto de sobreseimiento, la Cámara Federal de Apelaciones lo confirmó sosteniendo que tratándose el caso de la contaminación del río Colorado por el vertido de líquidos cloacales que se vierten desde la planta de tratamiento de la localidad de Catriel sin tratamiento suficiente, si la función de la planta es receptor y diluir los residuos para evitar un daño al medio ambiente y esa faena se cumple deficientemente por estar superada la capacidad operativa para la que fue diseñada no es posible atribuir esas falencias al director del establecimiento imputado –que se desempeña con los recursos con que cuenta- haciéndolo responsable –quiera en la forma culposa- por la contaminación del curso de agua.

Sin perjuicio de dicha convalidación del sobreseimiento, el voto de los doctores Barreiro y Gallego dejó asentado que los residuos cloacales no son “residuos domiciliarios” en los términos previstos en el art 2 de la ley 24.051, entendiendo que los residuos domiciliarios excluidos de la ley 24051 como medio comisivo del tipo penal eran solamente los residuos sólidos urbanos, cuyo marco normativo de gestión está contemplado en la ley 25916, en tanto que los efluentes cloacales–al carecer de otra norma de gestión- se encontraban contempladas en la ley 24051.

Al decidir así, se enroló en la inteligencia del precedente “Calvo”<sup>2</sup>, en donde se entendió que en principio y en una etapa temprana de la pesquisa penal, no puede

<sup>2</sup> “CALVO, Alfredo Benigno s/recurso de casación”, Cámara Federal de Casación Penal, sala 1, 01 de febrero de 2016



sostenerse que los residuos cloacales no constituyan medios comisivos a los efectos de la tipificación de los delitos contemplados en los arts. 55 y 56 de la ley 24051.

## **BIBLIOGRAFIA**

Aboso, G. E. (2016). “Derecho penal ambiental”, Ed BdeF Ltda, Montevideo, Uruguay.

Franza, J. A., IUD, D. L. (2011). “Regulación de los residuos industriales y peligrosos en la República Argentina”, Ed Juridicas, Buenos Aires, Argentina,

Nonna, S. (2008). “Presupuestos mínimos de protección ambiental”, Ed Estudio, Buenos Aires, Argentina,

# La convocatoria de los Delegados sindicales en el CCT 1/76. ¿Existe un "Derecho de preferencia"?

*Por María Julieta BERDUC\**

**Expediente:** “Oyarzun Gerardo c/La Deliciosa S.A. s/Cobro de Haberes” (Expíe. Nro. 44-Año 2010). Sentencia del 3/07/15 del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén.

**Voces:** derecho sindical – Ley 23.551 – Trabajo de temporada y post temporada.

**Sumario:** la circunstancia de existencia de empresas con dependientes en formato temporada, y su natural discontinuidad prescricional, en nada modifica la representación sindical en los términos en que es concebida la Ley 23.551.

*“La Alzada ha considerado que el art. 55 del Convenio Colectivo 1/76 remite al Art. 45 de la Ley 23.551, por lo cual el número de delegados en un establecimiento se determina de acuerdo a la cantidad de operarios que trabajan en él, siendo el piso mínimo para que se haga operativa la representación gremial el de diez operarios. La vinculación normativa efectuada por la Cámara de Apelaciones es errónea por un doble orden de razones: en primer término, lo dispuesto por el art. 37 del Convenio Colectivo - Empleados de la Fruta Nro. 1/76- al regular la preferencia para incorporar a los delegados gremiales respecto del resto del personal es una norma de derecho colectivo de*

\* Abogada (UNCo). Ejerce la profesión liberal. Especialista en Derechos de Daños y Contratos y en Derecho del Trabajo Individual y Colectivo y de la Seguridad Social.

*trabajo, específicamente de protección sindical de carácter absoluto, que no puede subordinarse ni relativizarse en función de la normativa para la elección de delegados (Art.45 Ley 23.551) y en segundo lugar por que esta interpretación encuentra suficiente respaldo en lo dispuesto por el Convenio Colectivo de Trabajo 1/76 en su art. 55 en tanto dicha norma convencional establece la regla de carácter protectorio de la representación gremial en postemporada. En consecuencia no puede ser soslayada por la aplicación de una norma reglamentaria del acto de elección de tres delegados, como es la del art. 45 de la ley 23.551 que delimita su cantidad, estableciendo que la unidad mínima que confiere un delegado es de diez trabajadores y ello así porque el mandato del representante no se modifica ni se suspende con las variaciones estacionales de la cantidad de personal, ya que ellas no son aumentos o descensos permanentes como puede ocurrir azarosamente en la generalidad de las empresas sino que constituyen cambios estacionales, o sea transitorios y normales, no azarosas de una empresa con actividad naturalmente discontinua, con trabajos de temporada y postemporada...Es decir, no cabe realizar respecto de tales empresas la ficción implícita en la resolución de Alzada que es una es la empresa de temporada y otra distinta la de postemporada. Se trata siempre de la misma empresa con discontinuidades naturales en los diferentes periodos del año de modo que no cabe partir de una diferenciación irreal para concluir en una suspensión de la representación sindical". (Del voto del Dr. Oscar Massei)*

**E**n concreto, pretendía el Sr. Gerardo Oyarzun el cobro de haberes e indemnizaciones por despido y estabilidad gremial en razón del despido indirecto en que se colocara por no haber sido llamado en su calidad de delegado gremial en la postemporada del año 2007 en la que prestaron servicios siete trabajadores, argumentando la empleadora que no le correspondía su convocatoria en función de lo dispuesto por el art. 45 de la ley 23.551. Habiendo sido originariamente admitida en su integridad por el Tribunal de Grado, no ocurrió lo mismo en la Alzada en tanto la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén rechaza la demandada concluyendo que la conducta de la empleadora se había ajustado al régimen de la actividad temporaria y a la normativa del convenio colectivo 1/76 y no se había invocado la afectación de derechos gremiales sino personales, motivando el recurso de casación interpuesto por el actor y la intervención del máximo tribunal de la provincia de Neuquén.

Las posturas encontradas que genera habitualmente la temática de la representación Sindical en las que raramente abundan los grises, se ven potenciadas en la actividad de la fruta que caracteriza y perfila al Alto Valle de Río Negro y Neuquén, ello en razón de las reglas contenidas en el CCT 1/76 cuya interpretación ha sido también disímil en los Tribunales de ambas provincias.

Concretamente, mediante el análisis del fallo extractado se intenta encontrar una respuesta al interrogante relativo a la obligación de convocar a los delegados en temporada y en posttemporada y relacionado con ello si existe identidad de reglas en ambos ciclos y si resultan de aplicación o pueden ser obviadas las pautas contenidas en la Ley 23.551.

En primer termino es preciso efectuar algunas aclaraciones que no pueden ser soslayadas a la hora de evaluar las consecuencias de asumir una u otra postura.

En la actividad de la fruta la Temporada propiamente dicha - en que la ocupación es plena y se alternan habitualmente dos turnos de trabajadores para cubrir las necesidades de las empresas- tiene una duración que fluctúa entre dos y tres meses y en el resto del año es decir en Posttemporada, se convoca a los dependientes solo algunos días, con la natural consecuencia que solo se necesita una parte limitada del plantel para cubrir los requerimientos.

Es por dicha razón que el sistema de convocatoria en el CCT 1/76 en función de la antigüedad y la categoría del personal que determina en definitiva quien tiene el derecho a ser llamado con preferencia a sus compañeros de trabajo, es celosamente controlado tanto por las empresas como por sus dependientes ya que los yerros cometidos al respecto generan perjuicios derivados del incumplimiento del deber de dar ocupación e inclusive eventuales recamos de días caídos por parte de los empleados indebidamente pospuestos.

Ello así en tanto la errónea convocatoria de un delegado gremial implica como contra-cara la consiguiente postergación de un trabajador sin fueros que tenía derecho a ser llamado por su antigüedad y categoría.

Para ello deben recordarse las pautas de convocatoria de los Delegados, se trate de temporada o posttemporada contenidas en los artículos 37 y 55 del CCT 1/76, vinculando ambas al Art. 45 de la ley de Asociaciones Sindicales.

El art. 37 contiene una clara y férrea directiva al respecto: "Los obreros que resulten elegidos Delegados Titulares y los Suplentes con titularidad serán incorporados en la especialidad con preferencia al resto del personal y suspendidos en ultimo termino" y la pos-temporada es abordada en el Art. 55 de la siguiente forma:

“Será obligación de los empleadores que desarrollen actividades en post-temporada, cualquiera sea su naturaleza, mantener al personal con representación en la planta de empaque del delegado o los delegados obreros en la proporción que establece la ley de acuerdo a la cantidad de operarios....La reincorporación del Delegado/a/s será de acuerdo a lo establecido por el art. 37”.

Cuando el convenio remite a genéricamente a la ley, hace referencia a la Ley de Asociaciones Sindicales, que es su artículo 45 que establece el número de delegados por cantidad de trabajadores, y que parte de un piso de diez trabajadores para los que corresponde un delegado, y con un intermedio de 50 adiciona un representante por cada 100 empleados.

El objeto del análisis es en consecuencia determinar si el mencionado Art. 45 de la ley 23551 debe ser aplicado en temporada y posttemporada, es decir si se debe respetar la relación trabajadores/delegados en ambos ciclos o por el contrario se debe priorizar indefectiblemente a estos últimos aun cuando no se cuente con ese mínimo de trabajadores convocados.

En “Oyarzun” el TSJ de Neuquén unifica las pautas y tras resaltar el concepto de Libertad Sindical -vinculado con el sistema de garantías de los Derechos Humanos- y con apoyatura en los compromisos internacionales -entre ellos el convenio 87 de la OIT- sostiene que la distinción entre temporada y pos-temporada es irreal concluyendo en la necesidad de representación sindical en aquellos supuestos en que no se cumpla el mínimo.

Valga sin embargo insistir en que el distingo entre entre ciclos, incorporada el convenio colectivo Nro. 1/76 no es artificiosa porque en ambos existen diferentes reglas en aspectos tan variados como obligación de dar ocupación y de trabajar, liquidar haberes, modos y plazos de la convocatoria, entre otros, siendo inclusive la existencia de dos pautas diferentes para convocar a los representantes gremiales en la normativa convencional la prueba mas palpable de lo expuesto.

Esta circunstancia pone en tela de juicio la igualación propugnada por el tribunal Neuquino, salvo que la misma sea interpretada al solo efecto de establecer un piso de un delegado sindical al menos en posttemporada -para asegurar la representación - sin que ello implique reconocer la preferencia contenida en el Art. 37 aplicable a la temporada.

La postura contraria fue asumida por la Cámara Primera de Trabajo de General Roca el 25/10/12 en autos “Zonda Claudia Marcela c/Fruempac S.A. s/Reclamo” (Expte. Nro. 1CT-25.499-12) en los que con motivo de un reclamo motivado



en la falta de convocatoria de una delegada en temporada -habiendo sido llamados dos representantes gremiales con mayor antigüedad y el cumplimiento de las prescripciones contenidas en el Art. 45 de la Ley 23.551- efectuó el tribunal un análisis de los preceptos contenidos en el CCT 1/76.

Del análisis de los dispositivos supra reseñados concluyó el Tribunal que en la temporada el Art. 37 del CCT 1/76 establece literalmente una preferencia del delegado sindical respecto de sus compañeros, por lo que indefectiblemente deberán ser citados todos los que ostenten tal calidad -aun cuando superen la relación operarios/delegados contenida en la Ley de Asociaciones Sindicales- en cambio el art. 55 del mismo cuerpo prescribe la obligación de mantener al personal con representación gremial en la proporción que establece la ley de acuerdo a la cantidad de operarios (lease Art. 45 de la Ley 23.551), negándole -a contrario sensu- tal preferencia automática.

Como consecuencia de lo expuesto no cabe sino concluir que durante la temporada existe una clara preferencia del representante gremial a ser convocado en relación a sus pares -sin que las pautas contenidas en la Ley de Asociaciones Sindicales tengan incidencia - y en post temporada divergen las posturas entre los tribunales de las vecinas provincias, ya que en Rio Negro dependerá el llamado de la cantidad del personal que este trabajando, sin que tal circunstancia sea relevante en la vecina provincia, negando de esta forma virtualidad a las pautas contenidas en el Art.45 de la ley 23.551 por conllevar -a criterio del TSJ - el riesgo de eliminación de la representación sindical.

Cabe finalmente preguntarse sobre la conveniencia de inaplicar pautas convencionales y legales con fundamentos en principios internacionales tales como la Libertad Sindical y cuales son los limites de esa actuación y cuales sus consecuencias sobre la seguridad jurídica de los justiciables que tienen la obligación de ajustar sus conductas a las mismas.

**BIBLIOGRAFÍA:**

Ministerio de Trabajo (1 de-12 enero 1976) “*Convenio de Empaque de Fruta Fresca*” (Convención Colectiva de Trabajo 1/76). Recuperado de <https://convenios.trabajo.gob.ar/>

Congreso de la Nación (23 de marzo de 1988) “Asociaciones sindicales” (Ley 23.551). Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/>

**SUMARIO DE FALLOS DE RIO NEGRO Y  
NEUQUÉN SOBRE EL SISTEMA DE RIESGOS  
DEL TRABAJO**



## SUMARIO DE FALLOS

*Instancia previa y excluyente ante las comisiones médicas - aplicación de la Ley 5253 de la Provincia de Río Negro de adhesión al título I de la ley 27348 a las causas iniciadas con posterioridad a la puesta en marcha de las comisiones médicas*

**“Dall Ora Norma Beatriz c/ La Segunda ART S.A s/ Accidente de Trabajo” (Expte. N° 18949-CTC-2019):** *“...tratándose el sub lite de un infortunio ocurrido con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.348 y habiéndose interpuesto la demanda con posterioridad a la fecha en que estuviera habilitada la Comisión Médica Jurisdiccional, en los términos del artículo 38 de la Resolución 298/17 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, la tramitación previa ante dicha Comisión resulta obligatoria, siendo claro que por su carácter adjetivo, dicha exigencia resulta de aplicación inmediata para todas las causas que no se hubieran iniciado con anterioridad a aquella habilitación (...) la norma en cuestión no restringe el derecho del trabajador a una revisión judicial de lo que se decida en la instancia administrativa, sino que simplemente la difiere por un lapso de tiempo en el supuesto de existir algún agravio, no privando al actor del acceso a la justicia...”. (Cámara del Trabajo de la Cuarta Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro. Interlocutorio 19/03/2019).*

**“Ortiz, Juan Marcelo c/ Experta A.R.T S.A s/ Ordinario (Expediente Digital)” (Expte. N° B-1VI-567-L2019):** *“...la instancia previa y excluyente ante las comisiones médicas es una norma de carácter procesal que se aplica desde el momento de su entrada en vigencia porque afecta la acción o las condiciones de su ejercicio y no el fondo del asunto, es decir, la ley 27348 resulta aplicable en sus aspectos procesales en forma inmediata, aún respecto de las contingencias ocurridas entre la fecha de sanción del citado cuerpo normativo y la adhesión de esta provincia mediante la Ley N° 5.253 (...) Por tanto, teniendo en cuenta la fecha de la primera manifestación invalidante denunciada por el actor -27.12.2018- y la entrada en vigencia del Título I de la Ley 27.348 (mediante la adhesión dispuesta por la Ley provincial 5253 reglamentada por el Decreto 1590/18 -29.12.18-), el*

*procedimiento administrativo obligatorio allí establecido se encontraba vigente a la fecha de promoción de la presente demanda -01.03.19-, y no se advierte en el presente caso ningún obstáculo insalvable que impida cumplir dicho requisito...”. Asimismo, descartó el argumento del accionante en cuanto a que la instancia previa ante la Comisión Médica pueda dar lugar a una vía procedimental acotada, que restrinja la amplitud de un proceso de conocimiento pleno, con los siguientes argumentos: “...Ello así, teniendo en cuenta que la decisión del Tribunal ha sido imprimirle el trámite de demanda ordinaria a todos los casos de impugnación del dictamen de la Comisión Médica, aun a aquellos que llegan por vía de apelación, para los cuales se ha dispuesto otorgar un plazo para la readecuación del escrito de expresión de agravios a los términos de una demanda, con el ofrecimiento de la prueba que se estime conducente (arts. 2 de la Ley 27348 y 3 y 7 de la Ley provincial 5253)...”. (Cámara del Trabajo de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro. Interlocutorio 04/09/2019).*

### **Constitucionalidad de la Ley 5253 de adhesión al título I de la ley 27348**

**“Moreno Alzate Cristian Felipe c/ Prevención ART S.A s/ Accidente de Trabajo” (Expte. N° H-2RO-4183-L2019):** *“...consideramos oportuno señalar en este cuestionamiento que introduce el accionante, sobre la atribución legal de competencias judiciales a órganos de la Administración Pública ha sido admitida como constitucional por la CSJN en los precedentes “Ángel Estrada y Cía S.A. vs. Secretaría de Energía y Puertos” y “Fernández Arias, Elena v. Poggio, José” a condición de que se garantice el derecho de defensa y el control judicial suficiente sobre lo decidido en sede administrativa; condiciones que no parecen incumplidas en el diseño de la normativa en cuestión, al menos cuando se analiza dicha normativa en forma general y abstracta...”* (Cámara Segunda del Trabajo de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro. Interlocutorio 26/08/2019).

**Inconstitucionalidad del art. 27 ley P N° 1504 Procedimiento Laboral en la Provincia de Río Negro (reformado por ley 5253) – Exigencia de certificación médica como requisito de admisibilidad de la acción judicial en la que se cuestione el porcentaje de incapacidad otorgado por la Comisión Médica**

**“Caniupan Juan Pablo s/ Apelacion Ley 24557” (Expte. N° X-2RO-105-L2019):** *“...si bien se trata [la certificación médica] de un requisito de respaldo médico de*

*la pretensión... tronca sin embargo con las previsiones del art. 20 LCT, art. 46 inc. 1 in fine de la ley 24557 y 40 inc. 13 de la CP.. En este caso se verifica que el Estado ha creado un recaudo procesal que, al no generar una acción positiva para que el actor pueda superarlo, se constituye en obstáculo insalvable, y que debe ser removido en esta instancia... La gratuidad prevista en el art. 20 LCT constituye uno de los pilares del derecho del trabajo que corrige, en forma razonable, el desnivel económico para afrontar un litigio (MACHADO 14/9/2010 CSJN), y el Estado debe facilitar el acceso al proceso de quienes no pueden soportar su costo...”. (Cámara Segunda del Trabajo de la Segunda Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro. Interlocutorio 22/08/2019).*

**Valor del Ingreso Base Mensual en trabajo de temporada – aplicación del art. 3 tercer párrafo del Dcto. 334/96 – divisor días efectivamente trabajados en cada mes.**

**“Neira Figueroa, José Humberto c/ Horizonte Compañía de Seguros Generales S.A. A.R.T s/ Accidente de Trabajo s/ Inaplicabilidad de Ley” (Expte. N° 27972/15-STJ):** *“...El Tribunal de grado yerra en la sentencia al momento de aplicar la fórmula tomando el divisor típico de una relación permanente continua [365 días corridos], por no advertir que el vínculo laboral fue siempre de temporada y posttemporada en el marco del CCT 1/76... En tal sentido resulta claro de las constancias de la causa que el vínculo laboral que unía a las partes era trabajo de temporada y posttemporada -permanente de prestación discontinua- y en el marco del CCT 1/76 por lo que asiste razón al recurrente al sostener que corresponde la aplicación del art. 3 tercer párrafo del Dto. 334/96 a los efectos de calcular el valor del Ingreso Base Mensual -IBM-...” (Secretaría Laboral y Contencioso Administrativo N° 3 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. Sentencia 20/09/2016).*

**Cálculo del Ingreso Base Mensual - Inclusión de la incidencia del SAC**

**“Pascal, Matías O. E. c / Asociart A.R.T S.A. s/ Sumario s/ Inaplicabilidad de Ley” (Expte. N° 28336/16-STJ):** *“...La doctrina asumida en el fallo plenario CNAT N° 322, del 19/11/2009, en autos “TULOSAI, A. P. c/ Banco Central de la República Argentina” no resulta aplicable [...] al módulo salarial pertinente a los resarcimientos regidos por la Ley de Riesgos del Trabajo [...]. Dicho plenario fue concebido con específica atención al caso previsto en el art. 245 LCT, muy lejos del*

*art. 12 de la LRT, el cual -dicho sea de paso- de ningún modo excluye la integración remuneratoria con el SAC proporcional, como tampoco lo hace el art. 10 de la Ley 26773... Nos hallamos ya ante una diferencia fundamental respecto del módulo resarcitorio salarial previsto en el art. 12 LRT, porque en éste expresamente se prevé que a los efectos de determinar la cuantía de las prestaciones dinerarias se considera ingreso base la cantidad que resulte de dividir la suma total de las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones, con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, devengadas en los doce meses anteriores a la primera manifestación invalidante, o en el tiempo de prestación de servicios si fuera menor a un año, por el número de días corridos comprendido en el período considerado. El valor mensual del ingreso base resulta de multiplicar la cantidad obtenida según el apartado anterior por 30,4. Y en consecuencia, no cabe dudar de que el SAC proporcional está incluido, tanto como que es realmente un concepto remuneratorio...” (Secretaría Laboral y Contencioso Administrativo N° 3 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. Sentencia 06/10/2016).*

### **Ingreso Base Mensual - validez del art.12 de la Ley 24.557 – Pauta de la confiscatoriedad del 33%**

**“Córdoba Marta S. c/ Prevención A.R.T S.A. S/ Accidente de Trabajo s/ Inaplicabilidad de Ley” (Expte. N° LS3-82-STJ2017 – 29115/17-STJ):** *“...se impone en definitiva determinar qué remuneración debe ser tomada como base a los fines del cálculo previsto en el art. 14, ap. 2, inc a) de la ley 24557; es decir, si la vigente al momento del evento dañoso, según lo resuelto por el a quo, o el promedio mensual de los haberes del último año anterior a la primera manifestación invalidante, conforme lo solicita la demandada con sustento en la legalidad del art. 12 de la LRT (...) soy de la opinión de que no puede traspasarse sin más el valladar de constitucionalidad [del art.12] si no se verifica excedida previamente la pauta de no confiscatoriedad, conforme al margen del 33% que la propia CSJN estableció como parámetro a considerar en la materia... En lo puntual, destaca la apelante que la Cámara no se limitó a incluir sumas no remunerativas en la base de cálculo, sino que obvió el mecanismo legalmente previsto para determinar el ingreso base, utilizando únicamente el salario vigente a la fecha del siniestro, cuando, según el mismo art. 12, debía limitarse a calcular el promedio del último año. Ahora bien, tratándose de una ponderación de inconstitucionalidad normativa, por su proyección sobre los hechos del caso, su determinación no procede en abstracto, sino que ha de verificarse agravio concreto en el particular bajo examen; esto es,*



*que el modo de cálculo del ingreso base establecido en el dispositivo entonces vigente resulte efectivamente lesivo, de acuerdo con el señalado criterio de confiscatoriedad, sentando por la misma CSJN en su precedente “Vizzoti”. En síntesis, considero que el modo de cálculo previsto en el art. 12 de la LRT es viable en abstracto, aunque pueda resultar sin embargo inconstitucional en concreto, siempre que la aplicación del salario promedio supere en el supuesto dado y respecto del último sueldo computable el 33% aludido; diferencia ésta que no se verifica en el caso de la aquí actora, Marta Córdoba, por lo que no resulta en definitiva inconstitucional en autos el modo de cálculo del promedio salarial establecido en el art. 12 de la 24557 entonces vigente...” (Secretaría Laboral y Contencioso Administrativo N° 3 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. Sentencia 27/03/2019).*

**Ingreso base mensual – inconstitucionalidad del art. 12 Ley 24557 en su redacción original – actualización del salario a la fecha de la liquidación en la sentencia**

**“Bucarey Benigno Enrique c/ Galeno A.R.T S.A. s/ Enfermedad Profesional con A.R.T” (Expte. 20520/2015):** *“...La doctrina ha interpretado también que la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT (redacción originaria) puede intentarse desde que calcular la indemnización definitiva sin contemplar los aumentos o actualización durante el período que abarca la primera manifestación invalidante y el momento de practicar la liquidación, produce como resultado la determinación de una indemnización tarifada absolutamente desvirtuada en relación a los fines con que fue creada. En relación a ello se ha dicho que una norma puede devenir inconstitucional cuando pierde razonabilidad al verse alteradas las condiciones de hecho con base en las cuales fue dictada. Si bien el legislador tiene la facultad de establecer una limitación dineraria en el respectivo monto del crédito, un cambio en el contexto dentro del cual fue sancionada la norma autoriza al juez a desplazarla en su aplicación al caso por resultar irrazonable ya que la solución legal, al margen de si fue o no correcta al momento en que fue dictada, se tornó descalificable desde el punto de vista constitucional por el transcurso del tiempo. Es lo que ocurre con el art. 12 de la LRT, dictado en 1995 en un contexto de estabilidad monetaria, que se ha tornado incongruente para ser aplicado más de veinte años después. Resulta un contrasentido atar la indemnización a una pauta salarial perimida, cuando se indemniza daño material que en esencia pertenece al futuro y en el derecho común constituye una deuda de valor. La indemnización que se obtiene con la aplicación*

*de la norma citada no asegura la satisfacción de los niveles elementales de los derechos de jerarquía constitucional y supralegal que se encuentran involucrados, su aplicación beneficiaría injustificadamente al deudor, y sería violatorio del art. 21 inc. 2 de la CADH el que consagra que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa”. Agravia asimismo, por lo expuesto los arts. 14 bis, 16, 17, 18, 19 y 75 inc. 22 de la CN”. (Reformas al Régimen de Riesgos del Trabajo, Análisis de la ley 27.348 y disposiciones reglamentarias, 3°Ed. Juan J. Formaro, Ed. Hammurabi, p. 192)... Con respecto a la pérdida del poder adquisitivo del salario, el hecho es de público y notorio, considerando la inflación de los últimos años, reconocida oficialmente, a lo cual ha de agregarse, justamente, que el art. 12 de la LRT congela los montos a la fecha del hecho, además de calcularse sobre un promedio anual anterior también sin ajustes. Puede decirse que el legislador ha tenido en cuenta esas pautas y Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial Cámara del Interior - Sede Cutral Có ha decidido tomar en consideración ese IBM, no caben dudas, pero también hay que considerar que la situación ha de variar si las ART reconocen sus obligaciones y pagan en los tiempos oportunos, es decir al momento del reclamo o que, por el contrario demoren años sometiendo las cuestiones a decisión judicial en un marco económico inflacionario. Adviértase que el mismo artículo según reforma reciente de la Ley 27.348, publicada en el Boletín Oficial del día 24 de febrero de 2017, sin perjuicio de no desconocer que no es aplicable a los presentes, establece ciertos parámetros de actualización del Ingreso Base Mensual, admitiendo en cierta manera la depreciación existente...” (Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial Cámara del Interior - Sede Cutral Có, Provincia de Neuquén. Sentencia del 29/11/2018).*

### **Ingreso base mensual - inconstitucionalidad del art. 12 de la Ley 24557 en su redacción original - pauta de la confiscatoriedad de la Corte**

**“Vázquez Edgardo Emanuel c/ Provincia A.R.T S.A s/ Accidente de Trabajo con A.R.T” (Expte. N° 76411/2017):** *“...que de acuerdo a la pauta de confiscatoriedad fijada por la propia CSJN [33%], en el caso particular en estudio, se evidencia inconstitucional la norma del art. 12 de la ley 24.557, pues se demuestra fehacientemente que su aplicación conlleva un grave agravio*

*constitucional a los derechos del trabajador, al disminuirse el resarcimiento por la incapacidad laboral sufrida en más de dicho límite, en razón de las garantías previstas en los arts. 14 bis, 16, 17 y 19 de la CN y art. 21 inc. 2 de la CADH – Pacto de San José de Costa Rica, lo que cabe ser declarado, reliquidando el monto de condena...”.* (Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial Cámara del Interior - Sede Cutral Có. Provincia de Neuquén. Sentencia 25/09/2019).

**Ingreso Base Mensual – art. 12 de la Ley 24.557 – inclusión de toda suma que revista naturaleza “salarial” con independencia de la calificación que haga el empleador**

**“Rame María Carolina c/ La Segunda A.R.T S.A. S/ Accidente de Trabajo s/ Inaplicabilidad de Ley” (Expte N° H-2RO-946-L2013 – 29285/17-STJ):** *“...no resultan oponibles a los trabajadores los acuerdos paritarios -aún homologados- cuando violan el orden público laboral; esto es, que aquellos ítems que se paguen y asuman todas las características del “salario”, como contraprestación por el trabajo, deben ser remunerativos (cfr. STJRNS3: “CRESPO” Se 41/14). De manera similar cabe además aplicar para definir cuáles son las sumas que deben considerarse a los fines del art. 12 LRT; porque, en definitiva, cuando la ley dice “todas las remuneraciones sujetas a aportes y contribuciones”, debe leerse todas las sumas que deberían pagarse o liquidarse como remunerativas y sujetas a aportes y no sólo aquéllas que el empleador opta por definir como tales en los recibos de haberes. Es además la postura definida de la CSJN en las causas “Perez c/Disco” (vales alimentarios), “Gonzalez c/Polimat” (asignaciones no remunerativas fijadas mediante Decretos del Poder Ejecutivo) y “Diaz c/Cervecería Quilmes” (asignaciones “no remunerativas” establecidas mediante convención colectiva de trabajo, homologadas por la autoridad competente), en el sentido de que revisten naturaleza salarial a la luz de lo dispuesto en el art. 1 del Convenio 95 de la OIT; del art. 14 bis, C.N. y en general, del “bloque de constitucionalidad”; de lo que se desprende la imposibilidad jurídica de excluirlas de la integración del ingreso base previsto en el art. 12 de la LRT, pues se trata aquí de una cuestión de derecho, cuya determinación como inconstitucional no resulta de la mediata verificación de un elemento fáctico como fuera, v.gr., la incidencia de la depreciación monetaria en el módulo de cálculo del mismo artículo 12; sí sujeta, en cambio, a verificación en concreto. Ello así porque llamar a las cosas por su nombre, esto es, por el nombre*

*que el ordenamiento constitucional les da, resulta en definitiva un tributo a la justicia de la organización del trabajo subordinado; principio rector a cuya observancia no es ajena la empresa contemporánea (cfr. CSJN, precedente del 01/09/2009, “Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A.”; Fallos Corte: 332:2043)...”* (Secretaría Laboral y Contencioso Administrativo N° 3 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. Sentencia 07/05/2019).

**Art. 2 de la Ley 26773 y art.12 de la ley 24557 en su redacción actual, cfr. ley 27348 – Intereses compensatorios e intereses moratorios – tasa judicial y tasa legal - no existe doble potenciación de la deuda**

**“Díaz Adolfo Rubén c/ Experta ART S.A s/ Enfermedad Profesional con ART”** (JNQLA1 EXP. N° 512611/2018): *“...Lo adecuado, entonces, es considerar, conforme lo postula la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que los intereses que se devengan en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 26.773 son compensatorios, y se capitalizan a partir de la mora del deudor, y a partir de allí generan intereses moratorios, los que se han de liquidar de acuerdo con la tasa legal. Asimismo, y por ser intereses compensatorios, en virtud de la manda del art. 767 del Código Civil y Comercial, su tasa puede ser fijada por los jueces. (...) Consecuentemente, y a efectos de resolver la apelación en los términos planteados por la recurrente, debe entenderse que los intereses que el a quo manda liquidar entre la fecha del accidente (28/2/2018) y el vencimiento del plazo para el pago otorgado por el art. 51 de la ley 921 (determinación de la mora en los términos del apartado 3 del art. 12 de la LRT que no ha sido motivo de agravio), son compensatorios y pueden ser fijados, como se hizo, por el juzgador (art. 767, Código Civil y Comercial), y que los intereses que se devenguen a partir de la eventual mora de la demandada (vencido el plazo para el pago, dice la sentencia cuestionada), se han de liquidar, previa capitalización de los intereses compensatorios, de acuerdo con la tasa legal que establece el apartado 3 del art. 12 de la ley 24.557...”*. (Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia de Neuquén de la Primera Circ. Judicial. Sentencia del 3/9/2019).

**Silencio de la aseguradora ante la recepción de la denuncia hecha por el trabajador – consecuencia jurídica: aceptación acerca de la existencia de una contingencia cubierta por el sistema de la Ley 24.557 como también de su nexos con el trabajo - art. 6, Decreto N°717/96.**

**“Rincón Fabián Aroldo c/ Mapfe Argentina A.R.T. S.A. S/ Accidente de Trabajo” (Expte. Nro. 422098 - año 2010):** *“...En el punto anterior, se examinaron los efectos jurídicos del silencio de la A.R.T. ante la denuncia hecha por el trabajador y se concluyó que trae aparejado el consentimiento de la existencia de la contingencia, o sea la ocurrencia del accidente o enfermedad cuya autoría y causalidad son imputables al trabajo. Resultando esto así, queda en evidencia la infracción del Art. 6, Decreto N° 717/96 invocada por el recurrente, toda vez que la Alzada omite aplicarlo cuando aborda y se pronuncia sobre el vínculo causal entre la patología y el trabajo. Cuestión ésta que ya no era materia de controversia -desde la etapa previa a la instancia judicial- en virtud del silencio de la demandada (...) se pretende controvertir la existencia de la relación causal entre las afecciones constatadas y las labores cumplidas, siendo que tales extremos –presupuestos de la responsabilidad- ya no podían ser controvertidos en esta instancia judicial en virtud de que el silencio de la propia Aseguradora ante la recepción de la denuncia hecha por el reclamante importó su aceptación acerca de la existencia de una contingencia cubierta por el sistema de la Ley 24.557 como también de su nexo con el trabajo (Art. 6, Decreto N° 717/96). En este proceso no había más cabida para debatir cuestiones vinculadas con la contingencia y su causalidad. En todo caso, y tal como sucedió en este proceso, podían debatirse otros tópicos –incapacidad y su dimensión-. Esto así, según ya se desarrolló en el punto III. 2. al que cabe remitir...” (Tribunal Superior de Justicia de Neuquén. Sentencia del 13/04/2018).*

#### **Incumplimiento de la aseguradora - intereses punitivos – temeridad o malicia - art. 275 LCT**

**“Peña Caceres Héctor Alejandro c/ Berkley International A.R.T S.A. y otro s/ Sumario s/ Inaplicabilidad de Ley” (Expte. N° 25530/11-STJ):** *“...En este punto cabe poner de manifiesto un hecho ciertamente grave pues, sea como fuere, la aseguradora no cumplió en tiempo propio con su obligación de poner a disposición del trabajador las prestaciones dinerarias a su cargo, las que recién fueron efectivizadas por vía del incidente de ejecución tramitado en los términos del art. 54 de la Ley P N° 1504, tal como ella misma lo reconoce a fs. , más de un año después de que debió haberlo hecho. Esa omisión injustificada de cumplir con lo debido es lo que el ordenamiento jurídico sanciona, en otro caso, por vía del art. 2 de la Ley 25323 y, particularmente en este, por vía del art. 275 de la LCT, norma que considera especialmente comprendidos en su ámbito de aplicación los casos en*

*que se evidenciaren propósitos obstruccionistas o dilatorios en reclamos por accidente de trabajo, para los que prevé que se pague un interés de hasta dos veces y media del que cobren los bancos oficiales, para operaciones corrientes de descuento de documentos comerciales, lo que - según dispone - será graduado por los jueces, atendiendo a la conducta procesal asumida. He de señalar que, si bien la norma precitada, a la que atribuyo carácter de prerrogativa judicial, se refiere al empleador, entiendo que con mayor razón aun debe aplicarse a las ART en atención a la significativa y específica misión que les atribuye el ordenamiento legal - casi como órganos o instrumentos de la seguridad social -, en aras de la prevención y atención de los infortunios laborales...” (Secretaría Laboral y Contencioso Administrativo N° 3 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. Sentencia 15/06/2012).*

### **Teoría de la indiferencia de la concausa**

**“Toro Silvia Patricia c/ Provincia de Río Negro s/ Accidente de Trabajo s/ Inaplicabilidad de Ley” (Expte. N° CS1-362-STJ2017 – 29248/17-STJ):** *“...En relación a la falta de aplicación de la teoría de la indiferencia de la concausa, este Cuerpo ya tiene dicho que cuando nos encontramos frente a un reclamo derivado de un siniestro laboral con fundamento en la LRT, la responsabilidad de las ART comprende tanto la incidencia dañosa provocada por el accidente en la salud del trabajador, con la consecuente incapacidad para desempeñar su labor, como todas las secuelas que el infortunio pone en ejecución, acelerando o agravando lesiones ignoradas u ocultas (cf. STJRNS3: “FERNANDEZ” Se. 31/12). La Ley 24.557 no autoriza a discriminar cual ha sido el grado de participación de los distintos factores que confluyen para conformar el daño actual, por lo que rige al respecto la teoría de la indiferencia de la concausa con sus dos reglas: basta que el empleo haya participado concausalmente para que se active la responsabilidad de la ley especial y la indemnización a computar debe ser calculada con base en la totalidad del daño actual con la única excepción de las incapacidades preexistentes en los términos del ap. 3, inc. b), artículo 6, Ley 24.557. A falta de una regla similar en el actual régimen vigente, cabe aplicar la teoría de la indiferencia de la concausa con sus dos reglas y, por ende, corresponde indemnizar al trabajador accidentado en el marco de la acción deducida con sustento en la Ley 24.557, considerando la totalidad del daño incapacitante que padece como consecuencia de la confluencia de los factores constitutivos previos y del accidente de trabajo que exacerbó ese*





*estado nosológico (cf. voto del Dr. Maza en “Loyola”, 22.05.13, expresando el criterio mayoritario de la Sala II, y que transcribe en su voto en minoría el Dr. Pirolo en “Alvarado”, 11.07.17, CNAT, Sala II, cita:RC J 8072/17). Cabe concluir que al no permitir la Ley 24.557 discriminar, a los fines de determinar la incapacidad a indemnizar tarifadamente, los factores concausales, el perito debe detectar el daño sufrido en el accidente a los efectos de determinar el grado de incapacidad sufrido por el trabajador, en modo alguno puede limitarse la reparación a la parte del daño directamente derivado del infortunio en el marco del régimen jurídico especial, salvo que hubiese incapacidad concreta determinada con anterioridad -examen preocupacional-, supuesto no invocado en el sub iudice...” (Secretaría Laboral y Contencioso Administrativo N° 3 del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro. Sentencia 09/04/2018).*

# POSTGRADO





Datos de contacto con el departamento de Postgrado:

Blog: <http://postgradofadecs.uncoma.edu.ar>

E-mail: [postgrado@fade.uncoma.edu.ar](mailto:postgrado@fade.uncoma.edu.ar)

Teléfono fijo: 0298 4430205 - Celular: +5492984668243 (WhatsApp)

Facebook/Twitter: Postgrado Fadecs - Instagram: [@postgrado.fadecs](#)



## Carrera de Postgrado Especialización en Derecho Administrativo

**RESUMEN:** El objetivo es capacitar metodológicamente en el marco de una Especialización a egresados y egresadas de la carrera de abogacía especializándoles en distintas áreas e instituciones de la relación entre ciudadanía y administraciones públicas. El enfoque constitucional convencional y global del Derecho Administrativo nutre a cada una de las asignaturas. Está destinado a profesionales de las administraciones públicas, funcionarios y magistrados del Poder Judicial como aquellas personas que ejercen la profesión de la abogacía libremente.

**DESCRIPCIÓN:** Carrera de postgrado. Tipo: Especialización aprobada por Ord. UNCo N.º 394/2003, Res. CONEAU 826/15, RM 1150/17.

**Duración:** La especialización tendrá una duración de quince (15) meses de actividad académica efectiva, con una carga horaria de 426 horas.

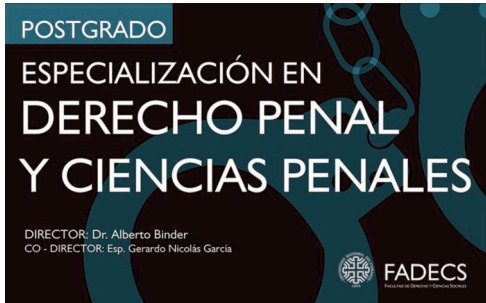
**EJECUCIÓN:** Inicio probable de nueva cohorte en marzo de 2020.

### **DOCENTES Y/O AUTORIDADES A CARGO:**

**Director:** Profesor Pablo Gutierrez Colantuono

**Co - director:** Profesor José Carlos Pusterla

**Docentes:** Alberto Bianchi – Conferencista –, Pablo Bergonzi, Fabián Canda, Susana Cayuso – Conferencista -, Juan Gustavo Corvalan, Oscar Cuadros, Federico Mariano Egea, Ismael Farrando, Fernando García Pulles, Maria Angelica Gelli – Conferencista – ,Alejandro Pérez Hualde, Miriam Mabel Ivanega, Juan Justo, Federico Lisa, Claudia Marconi, Leonardo Massimino, Laura Monti, Alejandra Petrella, Rafael Ramires Araujo Valim, - Brasil - , Ana Salvatelli, Patricio Sammartino, Jose Sappa, Gabriela Stortoni, entre otros destacados profesores.



## Carrera de Postgrado Especialización en Derecho Penal y Ciencias Penales

**RESUMEN:** La propuesta se orienta a profundizar con los profesionales abogados de la región las nociones del Derecho Constitucional mediante un desarrollo interdisciplinario, que abarque las tensiones entre los conceptos de Constitución, Democracia y República; la relación del Derecho Constitucional con la Teoría Política; los nuevos desafíos del control de constitucionalidad a la luz de la convencionalización del Derecho; los problemas actuales de la interpretación constitucional en la praxis jurídica y política y la relación de la interpretación del derecho con los valores de la igualdad, la libertad y la justicia en el siglo XXI.

**DESCRIPCIÓN:** Curso de Postgrado aprobado por Res. Decanal 180/2019 en el marco del art. 42 de Ord. UNCo 510/11. Carga horaria : 96 hs.

**EJECUCIÓN:** Cursado desde mayo a noviembre de 2019. Entrega de trabajo final: 01/02/2020. En curso.

**DOCENTES Y/O AUTORIDADES A CARGO:**

**Coordinadores:** Dr. Fernando Lizárraga, Abog. Esp. Adrián Federico Ambroggio y Abog. Alejandro Monzani.

**Docentes:** Post Dr. Roberto Gargarella, Dr. Fernando Lizárraga, Dr. Juan Ferrer, Dr. Hugo Seleme, Dr. Walter Carnota, Mg. Daniela Miranda, Mg. María del Guadalupe Valcarse Ojeda, Abog. Esp. Ana Zinkgraf. Abog. Esp. Adrián Federico Ambroggio, Abog. Esp. María Lorena Gonzalez Tocci, Abog. Esp. María Raquel Calvo, Abog. Pedro A. Caminos.



## Curso de Postgrado Derecho como Sistema

**RESUMEN:** El objetivo de esta Especialización es la capacitación de los y las profesionales graduados en Derecho, en los diversos aspectos relacionados con las ciencias penales y criminológicas. En particular se propende una mejor formación para asesorar e intervenir en la formulación de políticas públicas y la elaboración de normas vinculadas con la cuestión criminal. Por otro lado, pretende dotar a los y las profesionales de nuevas herramientas teóricas y prácticas útiles para intervenir en los nuevos procedimientos judiciales.

**DESCRIPCIÓN:** Carrera de postgrado. Tipo: Especialización aprobada por Ord. UNCo N° 1274/13, Resolución 1262/15 CONEAU, Resolución Ministerial 4367/17.

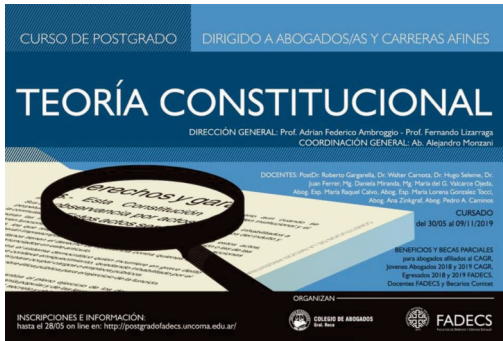
**EJECUCIÓN:** inicia nueva cohorte en agosto 2020.

**DOCENTES Y/O AUTORIDADES A CARGO:**

**Director:** Dr. Alberto Martín Binder

**Co-Director:** Abog. Esp. Gerardo Nicolás García.

**Docentes:** Claudina Isabel Orunesu (UNMDP), Tobías Joaquín Schleider (UNMDP), Alberto Martín Binder (UBA), Emanuel Roa Moreno (UNCo), Fernando Luis Diez (UNCo), Gustavo Luis Vitale (UNCo), Maximiliano Adolfo Rusconi (UBA), Pablo Eduardo Iribarren (UNCo), Emanuel Roa Moreno (UNCo), Fernando Luis Diez (Unco), Pablo Andrés Vacani (UBA) Noemí Goldsztern De Rempel (UBA), Nicolás Schiavo (UPE), Máximo Sozzo (UNL), Gerardo Nicolás García (UNCo), Alejandro Javier Catania (UBA), Patricia Marcela Llerena (UBA), Silvina Del Valle Ramírez, Daniel Feierstein (UBA), Mario Juliano (UNMDP), Gustavo Costa (UBA).



## Curso de Postgrado Teoría Constitucional

**RESUMEN:** La propuesta se orienta a profundizar con los profesionales abogados de la región las nociones del Derecho Constitucional mediante un desarrollo interdisciplinario, que abarque las tensiones entre los conceptos de Constitución, Democracia y República; la relación del Derecho Constitucional con la Teoría Política; los nuevos desafíos del control de constitucionalidad a la luz de la convencionalización del Derecho; los problemas actuales de la interpretación constitucional en la praxis jurídica y política y la relación de la interpretación del derecho con los valores de la igualdad, la libertad y la justicia en el siglo XXI.

**DESCRIPCIÓN:** Curso de Postgrado aprobado por Res. Decanal 180/2019 en el marco del art. 42 de Ord. UNCo 510/11. Carga horaria : 96 hs.

**EJECUCIÓN:** Cursado desde mayo a noviembre de 2019. Entrega de trabajo final: 01/02/2020. En curso.

### **DOCENTES Y/O AUTORIDADES A CARGO:**

**Coordinadores:** Dr. Fernando Lizárraga, Abog. Esp. Adrián Federico Ambroggio y Abog. Alejandro Monzani.

**Docentes:** Post Dr. Roberto Gargarella, Dr. Fernando Lizárraga, Dr. Juan Ferrer, Dr. Hugo Selemé, Dr. Walter Carnota, Mg. Daniela Miranda, Mg. María del Guadalupe Valcarlos Ojeda, Abog. Esp. Ana Zinkgraf, Abog. Esp. Adrián Federico Ambroggio, Abog. Esp. María Lorena González Tocci, Abog. Esp. María Raquel Calvo, Abog. Pedro A. Caminos.



**AÑO 1 - Nº 1 / DICIEMBRE 2019**

✉ [iuscomahue@gmail.com](mailto:iuscomahue@gmail.com)

 [iuscomahue](#)



**FACULTAD DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES**