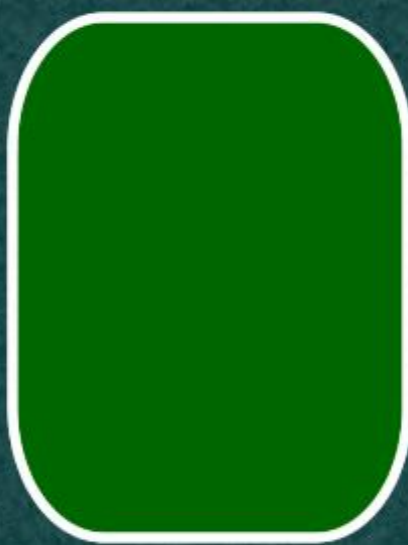
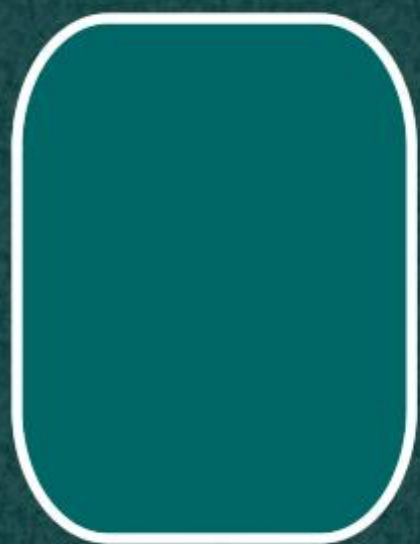


Quinto Número

ISSN 1853-6239

In Iure

Revista Científica Semestral de Ciencias Jurídicas y Notariales



Mayo de 2013. Año 3. Volumen 1.

Universidad Nacional de La Rioja



Autoridades UNLaR

Rector:

Dr. Enrique Daniel Nicolás Tello Roldán

Vicerrector:

Lic. Sergio Eduardo Martin

Autoridades Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas

Decano:

Ab. José Nicolás Chumbita

Secretario Académico:

Mg. Marcelo Bonaldi

Revista IN IURE

Directoras:

Ab. Myrtha Argañarás de Mundet

Ab. Elsa Manrique

Coordinador:

Lic. Maximiliano Bron

IN IURE

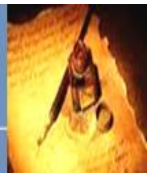
AÑO 3 - VOL. 1 -

Dirección:

**Myrtha Argañarás de Mundet
Elsa Manrique**

Coordinación:

Maximiliano Bron



IN IURE

Quinta edición: 1 de Mayo de 2013, La Rioja, Argentina.

IN IURE

Av. Luis M. de la Fuente s/n.

La Rioja. Argentina.

© De los Autores, 2011 -2013

© IN IURE, 2011 - 2013

Editorial: Universidad Nacional de La Rioja

Dirección: Myrtha Argañarás de Mundet y Elsa Manrique

Coordinación General: Maximiliano Bron

ISSN: 1853-6239

INDICE

SECCIÓN TEMÁTICA

- 1) Presentación del número.
Elsa Manrique**8**

- 2) Las corporaciones económicas multinacionales, su status jurídico y su incidencia en la política de los estados
María Cristina Amuchástegui y Guillermo Elias Sanchez.....**11**

- 3) Comunidad Local y Municipio
Edgardo Valenzuela.....**24**

- 4) El plagio, flagelo de nuestros días
Elsa Manrique**62**

- 5) Violencia Familiar. Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja
María Verónica Ruiu.....**82**

- 6) El silencio administrativo. Los plazos y la afectación de derechos
Mariela Roxana Rodriguez.....**106**

7) La delimitación del dolo eventual y la culpa en la jurisprudencia local Sebastián Félix García Amuchastegui	116
8) La responsabilidad social de la empresa y los derechos inalienables de los trabajadores Yazmín Sarquís Santamaría.....	135

SECCIÒN JURISPRUDENCIA.....	153
----------------------------------------	------------

BOLETÍN DE REFERENCIA NORMATIVA.....	218
-------------------------------------------------	------------

QUINTO NÚMERO DE LA REVISTA

Presentación de In Iure

Ab. Elsa Manrique

Prof. de la Universidad Nacional de La Rioja
Directora Carrera de Escribanía y del Instituto
de Derecho Notarial

DATOS DE LA REVISTA:

URL:

<http://iniure.unlar.edu.ar>

Fecha de Publicación:
01/05/2013

Dirección de la Revista:

Myrtha Argañarás de
Mundet

Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron

La Universidad Nacional de La Rioja, fiel a su iniciativa de promover publicaciones científicas de excelente calidad académica, presenta el quinto número de la REVISTA IN IURE, cuyo carácter interdisciplinario que comprende, junto al análisis jurídico de la diversa temática tratada, una mirada desde la perspectiva sociológica, psicológica y económica.

Esta publicación especializada en derecho que, a través del abordaje de temas de actualidad, brinda un significativo marco de referencia indispensable para el profesional del derecho, tanto en el ámbito público como privado. Sus destacados autores analizan en profundidad los diversos tópicos abordados en cada número.

También, comprende una Selección de jurisprudencia de tribunales nacionales y provinciales que se irá incorporando posteriormente a medida

que vayan surgiendo. Asimismo, se ha realizado un boletín de referencia normativa que permite incluir una nómina de las novedades legislativa.

En estas páginas encontraremos trabajos sobre distintos temas, así los abogados María Cristina Amuchástegui y Guillermo Elias Sanchez, intentan desentrañar un tema controvertido en la doctrina que es la cuestión de la personalidad internacional de las asociaciones y empresas privadas. Tema que interesa tanto a los estudiosos del derecho como a los de la economía. El hecho de que tales asociaciones y empresas privadas se ocupen en operaciones internacionales que entrañan relaciones con los gobiernos confirma la necesidad del estudio de su personalidad.

El profesor Edgardo Valenzuela observa en su estudio realizado que a pesar de que el pensamiento fragmentado y mecanicista, base de la modernidad, nos impide percibir claramente cuál es la relación entre comunidad local y municipio, gran parte de la doctrina municipalista. considera que la autonomía municipal tiene su origen en la comunidad local. Prima facie, hay que apuntar que el asunto ha sido discutido tenaz y largamente en la doctrina municipal, iluminando, eso sí, distintos matices de la institución comunal.

La abogada Elsa Manrique presenta un trabajo sobre el plagio sosteniendo que el delito de plagio atenta contra los derechos fundamentales que provienen de la creación de una obra. Lesiona las facultades morales del autor sobre su creación. Además, sostiene hay una permanentemente una avalancha de denuncias y juicios en torno a esta cuestión, sobre todo cuando se trata de un éxito, pues hay una fuerte motivación. Expresa que el plagio reside en la usurpación o atribución ilegítima de la autoría sobre una creación artística o científica ajena, ya sea total o parcial, literal o en esencia.

Posteriormente, la abogada María Verónica Ruiu realizó un estudio sobre la violencia -en sus distintas manifestaciones- manifestando que constituye un fenómeno que en las últimas décadas ha tenido un alarmante crecimiento no sólo respecto a la cantidad de hechos violentos que se producen cotidianamente, sino también, respecto a las modalidades de su ejecución.

La abogada Mariela Roxana Rodriguez analiza la situación en que las personas se encuentran en muchas ocasiones cuando se ven obligadas a tratar con la Administración Pública. Conseguir que una gestión no se convierta en la pesadilla de un peregrinaje estéril, comienza por conocer cuáles son nuestros derechos y cuáles son las obligaciones de la Administración para con nosotros.

Sebastián Félix García Amuchastegui comenta que una de las cuestiones de más difícil solución en el ámbito del saber penal lo constituye el hecho de trazar, los justos límites distintivos, entre aquellas zonas de penumbras entre los tipos dolosos y culposos, pero más precisamente y, en lo que aquí interesa, entre el denominado dolo eventual y la llamada culpa consciente.

La abogada Yazmín Sarquís Santamaría en su presentación comentó que el Derecho no es la única herramienta al servicio de la Justicia Social. Los Derechos Humanos no sólo se protegen a través de la sanción de leyes que los reconozcan y garanticen y mediante la efectiva aplicación de las mismas en los tribunales. Construir un mercado laboral más justo y equitativo no es tarea privativa de jueces y abogados. En tal empresa están embarcados numerosos actores: empleadores, trabajadores, consumidores, políticos, gobernantes y muchos otros más.

Agradecemos a nuestro señor Rector Profesor Dr. Enrique Tello Roldán, al señor Decano del Departamento Académico, Profesor Abogado José Nicolás Chumbita, y al Señor Secretario Académico Magister Marcelo Bonaldi, el apoyo permanente que nos han brindado para que esta revista electrónica pueda realizarse en los cánones de la excelencia académica que promueve la Universidad Nacional de La Rioja.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E (2013) "Quinto número de la revista: Presentación de In Iure". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2013, Año 3, Vol. 1. pp.08-10. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LAS CORPORACIONES ECONÓMICAS MULTINACIONALES, SU STATUS JURÍDICO Y SU INCIDENCIA EN LA POLÍTICA DE LOS ESTADOS

María Cristina Amuchastegui

Abogada, Maestrando en Maestría en
"Estudios Sociales en América Latina",
Profesora Titular de Derecho Internacional
Público en la Universidad Nacional de La Rioja.
Profesora Adjunta de Derecho Comercial III.

Guillermo Elías Sánchez.

Abogado y Procurador. Adjunto en la Cátedra
de Derecho Internacional Público y Comunitario
Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

Corporaciones
internacionales,
asociaciones,
empresas privadas,
poder, globalización.

Key words:

International
corporations,
associations, private
companies, power,
globalization.

Resumen

En este breve trabajo, intentaremos desentrañar un tema controvertido en la doctrina que es la cuestión de la personalidad internacional de las asociaciones y empresas privadas. Tema que interesa tanto a los estudiosos del derecho como a los de la economía. El hecho de que tales asociaciones y empresas privadas se ocupen en operaciones internacionales que entrañan relaciones con los gobiernos confirma la necesidad del estudio de su personalidad.

Abstract

In this brief article, we will try to unravel a controversial issue in the literature is the question of the international personality of associations and private companies. Topic of interest to both legal scholars as to the economy. The fact that such associations and private companies dealing in international transactions involving government relations confirms the need for the study of personality

Introducción

En este breve trabajo, intentaremos desentrañar un tema controvertido en la doctrina que es la cuestión de la personalidad internacional de las asociaciones y empresas privadas. Tema que interesa tanto a los estudiosos del derecho como a los de la economía.

El hecho de que tales asociaciones y empresas privadas se ocupen en operaciones internacionales que entrañan relaciones con los gobiernos confirma la necesidad del estudio de su personalidad.

La extraordinaria amplitud y poder que adquirieron en las últimas décadas las llamadas empresas transnacionales llevó a los juristas a debatir si corresponde o no, reconocerles subjetividad jurídica internacional.

Los datos estadísticos demuestran que muchas de estas empresas manejan un capital superior al producto nacional y alas reservas de mucho Estados.

Para el estudio de las empresas multinacionales se formó en la ONU una comisión especial que elaboró un informe que estableció conceptos y características de las mismas.

Está comisión elaboró un documento titulado "Las corporaciones multinacionales en el desarrollo mundial". El concepto de "corporación internacional" utilizado por el informe, comprende todas la empresas que controlan activos, fábricas, oficinas de venta, etc. en dos o más países.

Las principales características de las "corporaciones internacionales" establecidas por el informe son: 1) constituyen grandes empresas que operan con un volumen de ventas superior a los 100 millones de dólares

anuales (hoy las más importantes facturan aproximadamente entre cien mil y mil millones de dólares), 2) tienen carácter oligopólico (es decir compiten imperfectamente en el mercado por no haber suficientes vendedores para que haya competencia), 3) tienen un elevado número de sucursales y filiales en todo el mundo, por ej. Cargill (Compañía Cereálera Internacional) tiene 140 subsidiarias en 36 países, con 70.000 empleados en todo el mundo y factura 70.000 millones de dólares, 4) la mayoría de ellos tienen su origen en países desarrollados (EE.UU., Gran Bretaña, Francia y Alemania, entre otros).

Es evidente que a través de su gran peso económico, estas compañías influyen en las decisiones que deben tomar los gobiernos de los países donde actúan.

A la pregunta de ¿Por qué es tan importante determinar si estas empresas multinacionales, son sujetos del Derecho Internacional?, se le podría contestar que ser un sujeto en un sistema de derecho implica tres elementos esenciales:

- 1) Un sujeto tiene deberes y por consiguiente debe responder por cualquier conducta distinta de la prescripta por el sistema jurídico,
- 2) Un sujeto tiene capacidad para reclamar el ejercicio efectivo de sus derechos,
- 3) Un sujeto posee la capacidad para establecer relaciones contractuales con otras personas jurídicas.

¿Las empresas multinacionales poseen estos tres elementos esenciales? Ahí el objetivo de este trabajo responder a esta difícil y controvertida cuestión.

Desarrollo

Al celebrarse la III sesión de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo en Santiago de Chile, por la década de los ochenta, ya el representante del Vaticano, advertía el peligro en ciernes señalando que las corporaciones multinacionales son "grandes imperios privados" que escapan al control de las autoridades estatales y de las organizaciones internacionales, lo que hace que prácticamente se encuentren fuera de todo control supeditado al bien común de la humanidad. Para EE.UU. la

corporación económica multinacional es aquella cuyos negocios anuales facturan entre los cien mil y mil millones de dólares, y actúan en el territorio de por lo menos seis países.

Para el lenguaje de las Naciones Unidas la expresión significa simplemente que la empresa abarca a más de un Estado. Así tenemos las más grandes compañías norteamericanas cuya facturación en miles de millones de dólares es la siguiente: 1) Exxon: 425.000, 2) Wal-Mart: 400.000, 3) General Electric: 182.000, 4) AT&T: 124.000, 5) IBM: 104.000, entre otras (Fuente: Market Watch, Clarín Económico-20/12/2009).

En el mundo existen aproximadamente 60.000 multinacionales que mueven 2/3 del comercio mundial.

Estas gigantescas empresas operan en los países en vías de desarrollo, dominando sus mercados, y en los países de alto desarrollo, vendiendo directa o indirectamente tecnología de alto nivel, con lo cual, en uno y otro caso, tienden a dominar a sus gobiernos.

¿Se podría fijar una fecha aproximada del auge de estas empresas?

“...En el proceso de la guerra fría, la década del setenta pareció inclinar el poder a favor de la entonces Unión Soviética, y el momento culminante fue la derrota de Estados Unidos ante Vietnam, que quedó sellada en los Acuerdos de París de 1973, más precisamente en Febrero de 1973. El 23 de Octubre de 1973, se funda en Tokio la Trilateral Comisión, organización internacional no gubernamental que reúne a las empresas económicas multinacionales más poderosas del planeta, surgidas en EE.UU., Japón y Europa Occidental.

La conexión histórica de las dos fechas, la derrota de Vietnam en Febrero de 1973 y la creación de la Trilateral Comisión en octubre de ese mismo año; la perspectiva desfavorable de la guerra, para el mundo capitalista, que alcanzaba su vértice; la propuesta de Brezinski en el sentido de ir sustituyendo la organización internacional política por otra de naturaleza económica, la gravitación decisiva de este intelectual polaco naturalizado estadounidense en el proyecto elaborado por Rockefeller y Ford para fundar la Trilateral Comisión; el giro economicista que, a partir de poco tiempo después toma el mundo, particularmente en la década del ochenta; todas esas

factores permiten leer en la creación de la Trilateral Comisión como el desplazamiento del poder político por el poder económico: El Estado norteamericano, a pesar de su poder, ha demostrado la debilidad, la insuficiencia para garantizar la vigencia del sistema capitalista.

El Estado norteamericano puede ser útil, pero no es absolutamente confiable para el sistema capitalista. Debe ser sustituido por la Trilateral Comisión, por el poder económico.

Por eso, el 23 de octubre de 1973, cambia la historia. Los poderes económicos que, clásicamente habían estado al servicio instrumental de las políticas de poder de los Estados, pasan ahora a adueñarse del poder mismo...". Baquero Lazcano, Pedro E. (2003: 22 / 23).

Pero ¿en que contexto histórico y social se desarrollo este fenómeno de expansión de estas empresas multinacionales o mejor dicho que circunstancias del mundo todo lo hicieron posible?

El fenómeno de expansión de estas empresas se dio en el marco de la globalización.

"...La globalización refleja un cambio histórico de largo plazo y estos cambios por lo general no tienen comienzos definidos. Tal vez comience en la 2da mitad de los años 60, con los inicios de la distensión, la transnacionalización de la producción y las rebeliones culturales que surgen al mismo tiempo en Europa, los Estados Unidos y América Latina. Este fenómeno aparece rodeado desde un comienzo de grandes polémicas, que se desarrollaron tanto en el Norte como en el Sur, en forma paralela. La expansión de las corporaciones transnacionales estadounidenses es analizada en forma triunfalista por Raymond Vernon y su equipo; cuando proclaman que la soberanía nacional se encuentra en jaque; surgen fuertes reacciones de alarma en Canadá con un libro en que Levitt se refiere a la rendición silenciosa de la economía canadiense frente a los Estados Unidos, y en Francia con el manifiesto de J.J Servin- Schriber en contra del desafío americano, que de alguna manera interpreta a toda Europa. Al mismo tiempo, el mundo en desarrollo, que ya a partir de la post-guerra había

demostrado la naturaleza asimétrica de las relaciones económicas entre el Norte y el Sur, a través de pioneros, en particular, el Dr. Raúl Prebisch. Ese fenómeno de la Transnacionalización trasciende a los países en desarrollo y hacia fines de los años 60 surge el esquema de análisis centro-periferia desarrollado posteriormente a través de la teoría de la dependencia (acuñada por Cardoso y Faletto, Sunkel y otros...". Sabra Jesús (2001 - 2002: 32).

Conviene aquí, hacer una digresión semántica acerca de la diferencia existente entre los conceptos de internacionalización, transnacionalización y de globalización.

La internacionalización del comercio y las finanzas ha existido siempre. Lo que ocurrió durante la post-guerra fue un extraordinario y acelerado incremento de estos intercambios a través de las fronteras nacionales.

El mejor ejemplo es el de los EE.UU. considerado durante largo tiempo como una fortaleza no solo política sino también económica, que durante los 25 años siguientes a la guerra pasó de una situación de virtual autosuficiencia económica a otra en que más de un tercio de los bienes y servicios consumido por los estadounidenses comenzaron a provenir del extranjero mientras que una proporción casi igual de la producción estadounidense se vendía en el resto del mundo. Este es solo el principal indicador de una tendencia general en esa época.

La transnacionalización de la producción representa un fenómeno diferente: consiste en la división del ciclo productivo de las grandes corporaciones industriales basadas en lo EE.UU. y en otras potencias económicas con el objeto de radicar en distintos países los diversos procesos involucrados en su producción final, siguiendo las ventajas comparativas que encontraban allí para desarrollar cada uno de ellos. Es este fenómeno que comienza a advertirse con claridad en la segunda mitad de los años 60, cuando la producción de las subsidiarias de esas grandes corporaciones en el exterior supera el valor del comercio mundial y cuando, dentro de éste, el comercio intrafirma comienza a representar una proporción creciente.

En los años 70 a este fenómeno se agregó la transnacionalización financiera, de tal manera que actualmente el valor de los movimientos internacionales de capital casi centuplicó tanto el valor del comercio mundial

como el de la producción de las grandes corporaciones fuera de su país de origen, la tendencia hacia la transnacionalización, tal como fue entendida en sus orígenes, continua siendo un fenómeno predominantemente económico.

El proceso de globalización también es diferente. La globalización comprende fundamentalmente la difusión de una nueva manifestación tecnológica de los procesos productivos, los movimientos financieros, los cambios en los mercados laborales, las formas de gestión, la educación y las habilidades de la gente, los sistemas de información y de comunicación, las formas de vida humana y familiar, las pautas de consumo, publicidad y mercado, y por ende las maneras de hacer política y las formas de vida de las sociedades y de las personas. Se trata de un conjunto de transformaciones que afectan a la sociedad, la económica, la política, los núcleos urbanos, la empresa, la oficina y el hogar.

El proceso de globalización es, por lo tanto, mucho más comprensivo y más profundo que los dos anteriormente mencionados, demostrando una capacidad sin precedentes para integrar las más distintas esferas de la vida pública y privada, y para imprimirles un sentido diferente.

La globalización es un proceso que sirve para transmitir, a través del más poderoso motor de la economía capitalista que es el mercado, todo aquello que está marcado por el sello o el común denominador de nuestro tiempo.

Consiste en que no se trata solamente del tiempo del mercado sino del cambio de una sensibilidad cultural por otra, del tránsito de un mundo industrial a otro post-industrial, de una sociedad materialista a una post-materialista o de un mundo estado-céntrico a uno post-nacional.

En la misma línea de pensamiento siguiendo a Miguel Mazzeo en su obra "*los procesos de globalización*" podemos decir que la globalización lleva al declive del sector industrial, a la pérdida del poder del movimiento obrero y al debilitamiento de la intervención estatal en la economía.

La globalización consiste en un proceso histórico que se caracteriza por el creciente poder del capital y del mercado en desmedro del trabajo y el Estado-Nación.

La globalización dice Miguel Mazzeo:

"...implica la desvinculación del proceso económico de los espacios nacionales y del nivel de la demanda asalariada. En otros términos implica la separación de la gestión económica de

la acumulación de la gestión política-social; gestiones que se complementan en los tiempos del Estado Benefactor...”.

La globalización no hace desaparecer el Estado nacional, sino que erosiona su soberanía. Para contrarrestar los efectos nocivos de la globalización, se debe reconstruir una ética asentada en la solidaridad, la igualdad y la justicia.

Coincidiendo con Guillermo O’Donnell (1998) se torna necesario construir Estados fuertes y amplios, asentados sobre una ciudadanía consciente y sobre una sociedad civil vigorosa y autónoma.

No hay democracia sin Estados fuertes y delimitados “...la globalización no es un fenómeno distinto del capitalismo histórico, no es solamente una mas de sus fases, es en realidad una de sus tendencias congénitas, potenciada en la actualidad por el desarrollo de la ciencia y la técnica y es, a la vez su gran utopía...”. Mazzeo, Miguel (2003: 203)

La globalización remite al control del tiempo sobre el espacio. El poder del capital financiero, gracias a las nuevas técnicas reduce el mínimo al tiempo de sus decisiones y así extiende y se consolida a escala mundial. El capital fluye sin limitaciones en el tiempo y el espacio. La globalización es fruto de la pasión por el lucro de las grandes corporaciones económicas transnacionales unida al desenvolvimiento de una tecnología insospechada en siglos anteriores, que va marcando un mundo dominado por el doble fenómeno de la concentración mundial de la riqueza y de la pauperización masiva, con desempleo generalizado.

La globalización es entonces un proceso histórico que se caracteriza por el creciente poder del capital y del mercado en desmedro del trabajo y el Estado-Nación.

Respecto al núcleo de este trabajo, es decir responder si dichas empresas multinacionales son sujetos del Derecho Internacional, podemos decir:

Hay un número cada vez mayor de operaciones internacionales entre los gobiernos y las empresas privadas, algunas de ellas son simplemente contratos de concesión que tienen por objeto la autorización dada a una empresa extranjera para explotar determinados recursos materiales. Suele ocurrir que estos acuerdos celebrados entre un gobierno y una empresa privada, llegan a alcanzar gran complejidad y a tener enorme influencia dentro de la vida nacional.

"... Una concesión petrolera o sobre uranio en un país extranjero, ya no es una cuestión puramente comercial, ya que este tipo de transacción trae problemas de política y de derecho internacional. Esto indica que estas operaciones caen dentro de la esfera del derecho internacional público, porque afectan las relaciones públicas internacionales. La naturaleza pública de estas negociaciones queda aún más de manifiesto por el hecho de que en ellas se suele incluir un convenio de arbitraje que establece el nombramiento de un juez neutral y de dos árbitros elegidos por las partes para que pudieran presentarse, esto demuestra que, al menos para la interpretación del convenio, el gobierno y las empresas privadas extranjeras están colocadas en un pie de igualdad jurídica...". Amuchastegui, Maria C. (1991: 212 / 213)

Dentro de la estructura clásica del Derecho Internacional, el extranjero que ve lesionados sus derechos por un Estado, puede recurrir a la protección diplomática. Esta institución no ha sido siempre una garantía útil para las empresas inversoras o concesionarias de obras públicas en el extranjero.

Después de la Segunda Guerra Mundial, se ha producido un notable incremento de inversiones europeas y norteamericanas en los países en vías de desarrollo.

Muchas empresas han obtenido de estos países concesiones para prospección y explotación de hidrocarburos, construcción de puertos, caminos, etc. Estos acuerdos entre las empresas extranjeras y un Estado, a los que estamos haciendo referencia, se hallan regidos, en principio, por el derecho interno del Estado involucrado. O sea, que cualquier cambio que el Estado introduzca en su legislación interna tiene repercusión inmediata en el régimen de dichas empresas.

La protección diplomática no puede amparar a un concesionario extranjero frente a todas las resoluciones que un Estado pueda tomar, sino sólo en la medida en que tales disposiciones violen derechos adquiridos garantizados por el Derecho Internacional. Barberis, Julio A. (1984: 167)

Ante esta situación, las asociaciones privadas han tratado de buscar formas jurídicas que las protejan de las modificaciones que los Estados puedan producir en su legislación interna, y así han surgido los Convenios cuasi-internacionales, que las empresas y los estados concertan en un plano

de igualdad, cuya interpretación queda excluida de la jurisdicción estatal y sometidas a la decisión de un Tribunal arbitral.

En cuanto al derecho aplicable al acuerdo, las partes disponen de una amplia autonomía y así lo confirma la jurisprudencia, se respeta el principio de la autonomía de la voluntad; hay casos en que se aplica el derecho del Estado contratante, o las reglas comunes a varios órdenes jurídicos determinados, existen otros casos en que se aplican los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; el derecho internacional privado o el derecho consuetudinario internacional. Respecto de los convenios cuasi-internacionales, la regla *pacta sunt Servanda*, se aplica regularmente, o sea que las partes están obligadas a cumplir lo pactado. No sucede lo mismo en aquellos contratos en lo que el estado estipula como poder público con las asociaciones privadas, ya que en estos casos el Estado, por razones de orden público, puede rescindir unilateralmente el convenio:

“...la posibilidad de que empresas privadas celebren convenios con sujetos de derecho internacional (Estados) y que dichos Convenios cuasi-internacionales formen parte del derechos de gentes, de esto resultaría entonces que los contratantes son titulares de derechos y obligaciones internacionales y como consecuencia, se podría decir que las personas privadas adquieren la calidad de sujetos internacionales...”. Barberis, Julio A. (1984:184).

Desde la cátedra de Derecho Internacional Público y Comunitario, a nuestro cargo, decimos que si bien coincidimos con el autor citado, dicha subjetividad de las empresas multinacionales sería restringida y limitada, quienes detentan subjetividad internacional plena son las personas humanas como sujetos necesarios de toda relación internacional y los Estados como sujetos históricos por excelencia. Así quedaría delimitado el status jurídico de las empresas multinacionales.

Conclusiones

La globalización llevó a la escisión entre la gestión económica y la gestión política y social. Está escisión es la causa del deterioro del Estado-Nación y de las nuevas formas de exclusión social.

El Estado deber recuperar su potestad regulatoria frente al poder casi absoluto de las corporaciones trasnacionales, debemos reconstruir una ética basada en la solidaridad, la igualdad, la justicia y la paz; debemos defender nuestras identidades culturales antes las pretensiones uniformadoras, condiciones ineludibles para aproximarnos a un Estado de libertad real y no abstracta.

El Estado, como expresión avanzada de la Sociedad política, tiene por causa material a las relaciones interhumanas, por causa formal a la ley justa, por causa eficiente inmediata a los pueblos y, por cierto, por causa última al creador de la naturaleza humana y único Dador de autoridad; y por causa final al bien común.

El Estado no debe apartarse de ninguna de estas causas fundantes de la institución estatal, tal vez olvidó el principio de subsidiariedad y asumió empresas sin intentar, al menos, que los particulares pudieran realizarlas, siempre que está acción, bajo control del Estado, sirviera al bien común.

Solo nos queda, a nosotros docentes universitarios, utilizar como bien dice Sabato, la palabra, como instrumento de resistencia a la opresión y tenemos la obligación moral de no perder la esperanza de un mundo mejor y más justo.

Anexo

Ranking de empresas multinacionales argentinas

Las empresas multinacionales argentinas invirtieron 19.000 millones de dólares en el exterior entre 2006 y 2008, según un estudio realizado por la Agencia Nacional de Desarrollo de Inversiones (Prosperar) y la Universidad de Columbia.

De acuerdo con el primer ranking de multinacionales argentinas, que fue elaborado en base de sus activos hasta 2008, las empresas tienen 42.400

empleados en el exterior, en un total de 42 países, donde el año pasado registraron ventas por 21.000 millones de dólares.

El ranking está liderado por el grupo Techint; compuesto por cuatro empresas que acumulan el 91 % de los activos en el exterior del total de firmas relevadas. Sus principales negocios se relacionan con el sector metalúrgico, la ingeniería y el energético.

En segundo lugar se ubica Arcor (alimentos y golosinas), seguida por Industrias Metalúrgicas Pescarmona (IMPESA) dedicada a la fabricación de maquinaria y equipamiento de producción pesada y del grupo Bagó, de productos farmacéuticos.

También se destacan Molinos Río de la Plata (productos alimenticios), el grupo Los grobo y Cresud (producción agropecuaria), el laboratorio Roemmers (farmacéutico) y la firma Tecna (construcción).

A estos se suman IECSA (ingeniería civil), AGICI (alimentaria), BGH (electrónica y computación), CLISA (recolección y tratamiento de residuos), Petroquímica Río Tercero (química), Grupo ASSA (servicios), grupo Plastar (plástico y caucho), Sancor Cooperativas Unidas (lácteos), Havanna (alfajores) y Bio Sidus (investigación y desarrollo científico) (Fuente: encuesta prosperar-Vale, Columbia de multinacionales argentinas. Diario Ambito Financiero, 14 de agosto de 2009).

Bibliografía

Amuchastegui, Maria Cristina, 1991. "Nuevos Sujetos del Derecho Internacional Público" en *Anuario del Seminario Permanente de Profundización del Derecho Internacional Público*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Edit. Horacio Elías, Córdoba.

Barberis, Julio A., 1984. *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*. Editorial. Tecnos. S.A, Madrid.

Baquero Lazcano, Pedro E., 2003. *La Barra de Oro. Resistencia Académica al Imperio Global*. Primera Edición, Córdoba. Anabasis.

Friedman Wolfgang, La Nueva Estructura del Derecho Internacional. Editorial F. Trillas. S.A. México. D.F.167.

Hertz, Noreña, 2002. El poder en la sombra. Primera Edición. Bs. As. Editorial Planeta.

Mazzeo, Miguel, 2003. Los procesos de la globalización. Ediciones Macchi, Bs. As.

Sabra Jesús, 2001-2002. Globalización y los Procesos de Integración en Anuario del Seminario Permanente de Profundización de Derecho Internacional Público, Departamento de Graduados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional de Córdoba, Edit. Marcos Lerner. Córdoba.

Zavalía, Víctor P., 1971. Tratados y Documentos Internacionales. Carta de las Naciones Unidas.

Cita de este artículo:

Amuchastegui, M. C. y Sánchez, G. E. (2013) Las corporaciones económicas multinacionales, su status jurídico y su incidencia en la política de los estados. *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2013, Año 3, Vol. 1. pp.11-23. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

COMUNIDAD LOCAL Y MUNICIPIO.

Edgardo Valenzuela

Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor Titular de la asignatura Derecho Constitucional, Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras claves:

Comunidad Local, Municipio, Autogobierno, Régimen Legal

Key words:

Local community, municipality, own government, legal regime.

Resumen

En el derecho municipal argentino y europeo hay una confusión muy difundida entre los términos "municipio" y "comunidad local". Esta confusión ha traído como consecuencia que se deje de ver a la comunidad local como lo que realmente es: algo natural, un conjunto de personas, familias y grupos humanos con vida propia, como una entidad biológica, en suma, como un conjunto orgánico-natural con una cuota de poder propio para autogobernarse y resolver sus problemas y necesidades. Esta situación tiene directa relación con el problema de la extensión territorial de los municipios y es un tema recurrentemente abordado por la doctrina municipalista. Es que el municipio se debería ser corresponder con ese concreto grupo humano asentado en un concreto territorio.

Abstract

In the municipal law of Argentine and Europe there is a confusion very widespread between "municipality" and "local community". This confusion has brought as a result that the local community has stopped to be seen as it really is: something natural like families and other kinds of human groups with own life, as a biological entity, in sum as an organic-natural group with a self power quota for own government and to solve its own problems and needs. This situation has a directly connected relation with the municipal extension of territory and it is a common topic for the municipal doctrine.

1. Introducción

A pesar de que el pensamiento fragmentado y mecanicista, base de la modernidad, nos impide percibir claramente cuál es la relación entre comunidad local y municipio, gran parte de la doctrina municipalista considera que la autonomía municipal tiene su origen en la comunidad local.

Prima facie, hay que apuntar que el asunto ha sido discutido tenaz y largamente en la doctrina municipal, iluminando, eso sí, distintos matices de la institución comunal. El problema teórico es: ¿el municipio es una institución natural, fruto de la sociabilidad humana, producto del carácter gregario y político del hombre?, o ¿es un producto artificial creado por la ley, donde la voluntad del legislador decide arbitrariamente sobre el quantum de poder de la comunidad local?

Lo decisivo en la cuestión planteada, considerándola desde el enfoque de este trabajo, es el problema de la extensión territorial de los municipios en la República Argentina. Esta situación afecta fuertemente en numerosos asentamientos poblacionales donde anticuadas disposiciones legales impiden a los vecinos acceder al autogobierno municipal, fruto de su propia autonomía. Si bien esa facultad, es inherente a toda comunidad organizada, y está regulada en la Constitución Nacional (art. 123º), las leyes locales impiden a los vecinos ejercer sus derechos, que por naturaleza son anteriores a la creación del Estado Municipal. La dura lucha planteada en torno a este tema, no es una cuestión reciente sino que, por el contrario,

es un asunto recurrente desde los comienzos de la civilización, es decir, desde que el hombre se asentó en un territorio, surgió claramente el problema del ejercicio centralizado o descentralizado del poder.

La cuestión del territorio o la cuestión territorial de los municipios, configura el espacio físico del municipio donde se asienta la población y donde ejerce sus funciones el poder político.

A los efectos de considerar el problema planteado, comenzaremos por indagar qué se entiende por comunidad local.

2. Concepto de “comunidad local”

El primer escenario donde se da nuestra vida social es la comunidad local. El hombre como individuo es limitado; tal limitación le hace inevitable la ayuda y cooperación de los demás hombres. Por ello las personas tienen necesidad de la comunidad; la comunidad es el único modo de existencia real de la persona; fuera de ella es una bestia o un dios, en frase de Aristóteles (BIDART CAMPOS, 1967:110).

La comunidad al igual que la nación es, primordialmente, un LAZO DE PARENTESCO ESPIRITUAL, una forma de sociabilidad, un ligamen entre individuos que reconocen una serie de factores comunes en la ascendencia. Del mismo modo, la comunidad no es más que un hecho social, pero no una institución sujeto de derecho. Es un conglomerado semejante al pueblo, aunque con caracteres comunes más fuertes, con una filiación biológica y cultural mucho más arraigada. La comunidad local, análogamente a la nación, tiene un sentido ético-social: es una comunidad humana en el hecho del nacimiento y de la ascendencia, con todas sus connotaciones: Nacimiento a la vida de la razón y a las actividades de la civilización, linaje en las tradiciones familiares, formación social y jurídica, herencia cultural, conceptos y maneras comunes, recuerdos, sufrimientos, aspiraciones, esperanzas, prejuicios y resentimientos (BIDART CAMPOS, 1967: 152).

La COMUNIDAD, al igual que todo ente autónomo, posee una estructura cuya unidad no es el producto de una adición o suma de elementos, sino un conjunto que, al surgir espontáneamente, posee todos los caracteres de una totalidad orgánica. Según Tönnies la comunidad es un tipo de asociación en la cual predomina la voluntad natural. Es una organización

social natural que parte de la sociabilidad del hombre. Es por ello que las relaciones comunitarias son, en general, de ligamen afectivo, personal, clánico, familiar, tribal, hasta nacional o nacionalista. En la comunidad los hombres se tratan unos a otros como fines en sí. Es el tipo de organización social cuyos miembros se unen para participar en objetivos comunes. Prima lo espontáneo sobre lo reflexivo, lo orgánico y natural sobre lo mecánico. (TÖNNIES, 1975: 85/98).

Sus miembros se sienten incluidos en la comunidad sin haber tomado previamente esa decisión; esto es, la comunidad les precede con carácter originario, según lo explica Bidart Campos. Como ejemplos tenemos la familia, la nación, la comunidad religiosa, etc. (BIDART CAMPOS, 1967: 103).

El vínculo no es inconsciente, al contrario, es natural o espontáneo ya que sus integrantes se hallan ligados por simpatía, por afinidad o pertenencia al ente social. Tienen objetivos que trascienden a los particulares. El interés del individuo se identifica con los intereses del conjunto.

Sabemos por experiencia que la mayoría de las relaciones que se forman entre los seres humanos son de esta naturaleza ya sea por el parentesco o amistad. Es decir, los individuos estamos ligados entre nosotros por una red de interdependencia mutua que influye en todos los aspectos de la vida, desde la familia hasta el trabajo y también las actividades recreativas y culturales. Las normas que se forman en este tipo de relaciones son normalmente tácitas, mutuas, informales y a menudo de naturaleza ambigua.

En otras palabras, la comunidad es el conjunto de personas viviendo y evolucionando en relación de vecindad con características comunes y distintas las unas de las otras.

La comunidad aporta, además, una diversidad que, si no es excluyente, es enriquecedora y ayuda a construir un mundo diverso, tolerante y solidario.

El sociólogo alemán Ferdinand Tönnies fue quien elaboró el tipo ideal de comunidad que, según su pensamiento, se presenta en tres formas: por placer, por hábito y por memoria. En estas tres formas se apoya la división clásica de las comunidades: comunidad de sangre (la más natural y primitiva, de origen biológico, como la tribu, la familia o el clan), comunidades de lugar (cuyo origen es la vecindad) y comunidades de espíritu (su origen es la

amistad, la tradición y la cohesión de espíritu o de ideología). Tönnies generó lo que se entiende como el más famoso concepto de la sociología moderna, esto es, la diferencia entre lo que denominó "Gemeinschaft (comunidad) y "Gesellschaft (sociedad).

Todos los grandes pensadores sociales de fines del siglo XIX: Henry Maine, Max Weber, Émile Durkheim y Georg Simmel, tomaron como base para sus estudios este famoso concepto (FUKUYAMA, 1.999: 27).

Según Max Weber los miembros de una comunidad se sienten partes constitutivas de un todo, formando un nosotros. Esa experiencia, o sentido de ser miembro de una comunidad es según Max Scheler, radicalmente originaria; quiere decir que, es una evidencia "a priori". Para MacIver, la comunidad presupone una vida en colectividad, que desarrolla en los hombres caracteres comunes; es una real vida en común, que no persigue propósitos específicos (BIDART CAMPOS, 1967: 103).

En la comunidad, expresa Legaz y Lacambra, predomina el sentido de subordinación e integración en un todo superior. Para Berdiaeff, la comunidad es un organismo, mientras la sociedad es una organización. Legón nos dice que hay que distinguir entre comunión como algo apetecible a todos, y la asociación como concurso voluntario de los esfuerzos enderezados al objetivo común (BIDART CAMPOS, 1967: 104).

A nuestro entender, cualquiera de las categorías de comunidades indicadas por Tönnies, o todas ellas en conjunto, pueden dar origen a la comunidad local. Sin embargo, a los efectos jurídicos de esta propuesta, nos referimos a grupos de personas que viven cercanas unas de otras en un espacio físico o geográfico, que se encuentran unidas por distintos lazos, ya sea: de vecindad, de familia, religión o espirituales y que tienen necesidades, intereses y fines comunes. Nos referimos a la COMUNIDAD LOCAL (TÖNNIES, 1975: 85/98).

El término comunidad, como se ha dicho, sugiere que sus miembros tienen relaciones interpersonales entre sí: experiencias, valores y/o intereses compartidos, pueden interactuar unos con otros y se preocupan por el bienestar mutuo y colectivo. Los lazos interpersonales en un área local permiten compartir proyectos y recursos entre la gente implicada; prestar atención a quienes tienen cerca y prevenir accidentes, aumentar el bienestar y la seguridad de los miembros.

La vida cotidiana, la que se construye todos los días, en el pueblo, el distrito, la ciudad, grande o pequeña, plantea el desafío de buscar los cauces

institucionales de la vida en común, pero esta debe ser siempre local y posibilitar al individuo el ser protagonista de la relación de poder público, sea como ciudadano, habitante, usuario, consumidor, contribuyente o vecino.

Es verdad que la instancia local de poder necesita de un modelo adecuado de organización institucional que permita crear los modos y formas de participación local del poder. Pero, está claro que no basta la ley como factor de unión de las personas y sus familias. La ley necesita de otros factores o elementos para que pueda resultar eficaz.

Por esos motivos la autonomía que es propia de la comunidad local, necesita de un espacio físico, económico, comercial, industrial, productivo y turístico que permita su autonomía.

Se requerirá, además, de un órgano de naturaleza política elegido democráticamente, que permita el reconocimiento de los intereses comunes, con atribución de potestad normativa política, que posibilite el desenvolvimiento del autogobierno local.

La comunidad local puede ser considerada como un sistema biológico y orgánico que configura una red dinámica de muchos agentes actuando en paralelo constantemente y reaccionando a lo que otros agentes están haciendo. En otras palabras, podemos considerar a la comunidad local como un sistema compuesto por agentes interactuantes descritos en términos de normas o modelos. Estos agentes, personas físicas o jurídicas, se adaptan a la comunidad en donde viven y a su entorno, en base a su experiencia, y pueden cambiar sus reglas o normas de convivencia (HOLLAND, 2004: 25).

2.1. La comunidad local como producto histórico-cultural

Se vincula al municipio con el grado de autonomía (o quantum de poder propio) que tenga la comunidad local para atender y resolver sus problemas de índole local sin injerencias o tutorías. A esa comunidad primaria se le debe el reconocimiento jurídico por parte de la ley. Los autores le dan extrema importancia a la necesidad de establecer con fidelidad la naturaleza del municipio porque esto tiene que ver con el tipo de decisiones que se tomen en ese ámbito, la participación popular que allí se desarrolle y en definitiva el tipo de paradigma que guía, aun inconscientemente, las acciones de los hombres.

Consideramos a la comunidad local como un producto histórico, pero no natural, como lo indican equivocadamente, a nuestro entender, los

diferentes municipalistas a los que luego haremos referencia. Esto se debe a que hubo un momento en el devenir humano en que las poblaciones empezaron a arraigarse en un espacio geográfico y natural. Este modelo de convivencia se fue desplegando en un proceso que abarcó distintas épocas y diversos lugares hasta comprender casi la totalidad de la humanidad.

Ello es así pues, durante miles de años, la mayor parte del desarrollo del hombre en el planeta, la naturaleza de su convivencia fue nómada; las actividades principales eran la caza, la pesca y la recolección de frutos. Sin embargo, en cuanto el ser humano cambió sus modelos de subsistencia, apareció la denominada "revolución agrícola", que, como veremos, tardó miles de años en desplegarse (TOFFLER, 1985: 26).

Esto es lo que sostiene, ya en la década de los ochenta, el futurólogo Alvin Toffler en su reconocida obra "*La tercera ola*", donde nos dice que la humanidad ha pasado por tres olas tecnológicas. La primera ola fue la agrícola; la segunda, la industrial y la tercera, la era informática. Anunciaba que la tercera ola sería tan trascendente como las dos olas anteriores: la agrícola y la industrial.

Cuando el hombre se estableció en un territorio determinado de forma más o menos permanente, apareció la agricultura. Una de sus consecuencias fue que la comunidad local nació en dichos lugares de forma espontánea y autónoma, por lo que gobierno de la comunidad local emergió de manera natural, como necesidad impuesta por la propia convivencia.

A partir de ese momento, la humanidad estuvo constituida por aquella parte del orbe donde la gente cultivaba el suelo y comenzaba a construir ciudades, que dieron origen a la civilización pero, por otra parte, perduraba aquella otra, la más grande, donde aún persistían las sociedades primitivas. En estas últimas los humanos siguieron por un tiempo su naturaleza nómada subsistiendo mediante la caza, la pesca y el forraje. Fue en los lugares en que apareció la agricultura donde surgieron la civilización y la necesidad de un gobierno comunitario y, por eso, ciertas regiones del planeta fueron los primeros focos de cultura y educación: Mesopotamia, el valle del Nilo, China, India, el centro de México, las costas del Perú, Grecia y Roma.

En esos lugares surgieron las primeras comunidades estables, principalmente debido a que el ser humano es POR NATURALEZA una criatura

social, cuyos estímulos y sentimientos básicos lo llevan a establecer normas morales que lo unen a sus congéneres y lo llevan a formar comunidades.

Francis Fukuyama, politólogo estadounidense, afirma que uno de los planteos intelectuales más importantes e interesantes de nuestra época es la consideración de que el orden social es consecuencia de la propia organización que se dan a sí mismas grupos de personas descentralizadas. Se debe tener en cuenta que el estado natural del hombre no es "la guerra de todos contra todos", según el pensamiento que erradamente sostuvo Thomas Hobbes, sino que el ser humano es por naturaleza una criatura social, y esa sociabilidad le permite crear y diseñar distintas formas de cooperación con sus semejantes.

La idea del egoísmo como motor del progreso y de la competencia como algo natural fue propiciada por el pensamiento liberal. Adam Smith, en economía, y Bentham en filosofía consideraban, sin fundamento científico de ningún tipo, que la competencia y la búsqueda del placer eran las bases legítimas de la sociedad moderna.

Por el contrario, sabemos por numerosos estudios, que nuestros antepasados directos fueron monógamos, y de la misma manera que los gibones (primates caracterizados por la carencia de cola prensil y la orientación hacia debajo de los orificios nasales), formaban parejas macho-hembra y fue así como apareció la familia nuclear como forma de incrementar el triunfo reproductivo. Estas características habrían evitado la competencia dentro del grupo. En los sistemas en que las hembras eligen, ser aceptable como compañero implica que los machos deben ser hábiles en el galanteo, mostrarse dispuestos a compartir comida y cuidar a las crías; en definitiva, ser solidarios. Por ello, los prehumanos eligieron el camino del apoyo y la cooperación recíproca y no el de la competencia para sobrevivir y desarrollarse. Según Humberto Maturana la conducta solidaria, en los primeros primates, debe haber sido un rasgo dominante de la relación materno-infantil mantenida en la vida adulta. Esta característica se prolongó y extendió en los primeros humanos. La prolongación de la dinámica emocional en el tiempo implica la aceptación del otro en relaciones de mutua confianza y cercanía corporal. Es por ello que los seres humanos somos cooperadores y solidarios, sujetos al amor durante toda la vida (VALENZUELA, 2001: 36/37).

Pero, si persistimos en la enseñanza de que el egoísmo es el motor de la evolución, retroalimentaremos la idea en nuestra conducta, considerándonos como una cultura y sociedad egoístas. Este pensamiento repercute en nuestras relaciones, tanto individuales y comunitarias, como también en nuestro comportamiento con la naturaleza al considerar que los recursos naturales del planeta se encuentran a nuestra exclusiva disposición.

En política se toman el egoísmo y la competencia como algo natural, reforzando la improductiva lógica binaria OFICIALISMO-OPOSICIÓN, que transforma los órganos legislativos en entes inoperantes e ineficaces para la solución de los problemas de la sociedad toda.

Por último, consideramos la existencia de un pensamiento propio de tipo geocultural, por la unidad irreductible que existe entre geografía, hábitat o espacio de un lugar. Como consecuencia de las necesidades que naturalmente aparecen en toda relación comunitaria, surge un pensamiento que ayuda a dar solución a los problemas de quienes allí habitan. Porque, además, no hay cultura sin ubicación en el espacio, de allí que pensamos que: una cultura no es una totalidad rígida y abstracta, sino que comprende además una estrategia para vivir, sentir y pensar. Por ello, toda cultura supone un suelo y una comunidad en el que obligadamente se habita. Y habitar un lugar significa que no se puede ser indiferente ante lo que allí ocurre, por lo que los vecinos deben tener decisión y gobierno sobre lo que les pasa; a todas esas acciones las llamamos autonomía.

2.2 El instinto social del hombre

Toda persona tiene necesidad de la comunidad y la comunidad es el único modo de existencia real de la persona. Viene al caso la famosa frase de Aristóteles, quien nos dice que fuera de la comunidad el hombre es un *dios o una bestia*. El estagirita define al hombre como un ser naturalmente sociable, como un animal social o político. Por eso expresa, en la "*Ética eudemiana*", que el hombre no se junta, macho y hembra, al azar, sino porque el hombre desea asociarse con quienes tienen con él una afinidad o simpatía, y así, la familia humana es ya una forma de comunidad, de justicia y amistad. Una prueba decisiva la encuentra Aristóteles en el hecho de que el hombre es el único animal que posee el sentimiento del bien y del mal, que posee razón y es el único que disfruta el lenguaje para

comunicarse. La comunicabilidad y expresión de los sentimientos son el asiento de la vida social, que suponen ya una auténtica comunidad o participación común en algo superior a cualquier otra asociación animal, reuniendo a los individuos en orden a una obra extrínseca común (ARISTÓTELES, 1977: 1155)).

Hay un texto muy interesante de Santo Tomás, en su libro "*De Regimine Principum*", que expresa con sencillez el sentimiento de sociabilidad humana. El Doctor Angélico puntualiza que:

Si el hombre debiese vivir solo, como muchos animales, no necesitaría de nadie que lo dirigiese a un fin, sino que cada cual sería para sí mismo su propio rey bajo la autoridad de Dios, rey supremo, en cuanto se dirigiría a sí mismo en sus actos por medio de la luz de la razón que le ha dado el Creador. Pero es natural al hombre el ser animal social y político, y ha de vivir en comunidad, a diferencia de los otros animales; cosa que la misma necesidad natural pone de manifiesto. [...] No siendo, pues posible que un solo hombre alcance por sí mismo todos estos conocimientos, es necesario que el hombre viva en comunidad, y que el uno ayude al otro, ocupándose cada cual en su respectiva tarea [...] Declárase lo mismo con mucha evidencia por la facultad propia del hombre que es hablar, por lo cual puede comunicar a los demás todo su pensamiento.... (BIDART CAMPOS, 1967: 105).

Por eso nos dice Gómez Arboleya que:

El hombre está destinado a la sociedad civil; necesita de ella ontológica y éticamente [...] Solo, perecería, porque su ser, que todo lo puede, no es capaz ab initio de nada. (BIDART CAMPOS, 1967: 106).

Con diferentes términos, pero en un mismo sentido, se afirma que la sociabilidad no sólo es connatural al hombre, o sea, propia de su naturaleza biosíquica, sino también constitutiva del ser humano. No algo añadido o agregado, algo que viene después, sino algo que le es propio e inherente a su ser.

Por ello consideramos que el ser humano es sociable por naturaleza, que lo natural en el hombre es su espíritu gregario, su convivencia en comunidad, su sociabilidad pues esta condición o característica del ser humano ha sido persistente desde su aparición como especie en la tierra.

El hombre es un ser gregario por naturaleza; y esta naturaleza dio origen a la COMUNIDAD y con ella a su desarrollo histórico. Es gregario porque necesita del concurso y colaboración de los demás para satisfacer sus necesidades y desarrollarse moral e intelectualmente. A la humanidad, como característica de nuestra especie, la engendra la vida en comunidad, en un estar ahí, de allí nacen la sociedad y una cultura ajustada a su condición emocional y racional. El ser humano es la sustancia básica donde descansan todas las estructuras sociales, como también su realidad plural.

El estado natural del hombre no es el aislamiento sino sólo un punto de abstracción intelectual. Lo natural es el grupo, la comunidad. Es el devenir humano en la historia de la humanidad el causante de las instituciones colectivas. Por eso insistimos en que la sociabilidad es un carácter esencial de la persona, UNA DIMENSIÓN ONTOLÓGICA de la naturaleza humana. El hecho de la convivencia no es un dato secundario sino que, por el contrario, es primario y se da con la persona misma. La sociabilidad no es algo añadido a los hombres en el transcurso de la historia, fruto de un pacto accidental, como indican los contractualistas que, a nuestro entender, siguen, a su vez, el pensamiento de los antiguos sofistas griegos ("de un primitivo estado de dispersión y aislamiento, los hombres por un pacto ya implícito, ya explícito, pasaron a vivir en sociedad."). Para Protágoras, claro antecesor de Hobbes en este punto, "el hombre en estado no social es un lobo para el hombre." Es evidente que en lo concreto no hallamos personas o familias aparte de la comunidad, ni comunidad aparte de las personas, solo hay seres humanos en comunidad, habitando en un lugar, en un estar aquí y ahora (PROTAGORAS DE ABDERA, 1977: 33/34).

2.3. Lo político forma parte de la naturaleza humana

Entendemos que también el aspecto político conforma la esencia o naturaleza del hombre. Una vez que se ha predicado la sociabilidad del hombre, la necesidad de la vida en común, surge sin más y de manera natural la politicidad. Es la tendencia innata, constitutiva del ser humano, a dar organización a esa convivencia, organización que desde los griegos hemos llamado política. Consideramos que este rasgo principal de la naturaleza humana es una característica distintiva que se ha dado desde el inicio de la especie humana. Pasamos más del 99,99 % de nuestra

existencia como cazadores recolectores en ambientes del Pleistoceno y nos adaptamos a ellos (ORNSTEIN, 1994: 85).

Si bien los cazadores-recolectores son extraordinariamente igualitarios y tienen pocas divisiones sociales en comparación con las poblaciones actuales, como las de los *San* o los *aborígenes australianos*, desde tiempos inmemoriales, un líder del grupo decide sobre los más importantes aspectos de la vida en común (SPENCER, 2007: 169).

Es decir, hay una persona que toma las decisiones políticas que hacen a la existencia de esos pequeños grupos humanos. El paso del nomadismo al sedentarismo se produjo en unas cuantas generaciones hace, aproximadamente, entre 10.000 a 7.000 años atrás. El territorio colonizado por los primeros agricultores del Neolítico se ubicó entre el Mediterráneo y el Medio Oriente y se extendía al este hacia Pakistán. Esta es la realidad que aporta el conocimiento científico actual, totalmente diferente a las ingenuas elucubraciones de los pensadores de la modernidad, sobre las que, sin embargo, todavía basamos nuestras especulaciones y teorías políticas (SPENCER, 2007: 179).

Son los grandes pensadores de la modernidad quienes fundan el nacimiento del Estado a través de un pacto o contrato social; suponen discrecionalmente, de manera exclusivamente racional y sin prueba científica alguna, la existencia de los hombres aislados, en un supuesto periodo pre-contractual, que tenían un modo de convivencia no político; conjeturan que los hombres en estado natural no necesitan de una organización política. Para ellos, es decir para Thomas Hobbes, Juan Jacobo Rousseau, John Locke, etc., el hombre busca la organización social por pura voluntad y por propia conveniencia; pero, si hubieran querido darse otra forma de organización lo habrían hecho. El pensamiento de los contractualistas, como dijimos, probablemente fundados en el pensamiento de los sofistas, parte de la hipótesis de que hubo épocas de la humanidad en que los individuos vivieron sin sociedad, sin organización política alguna (PROTAGORAS DE ABDERA, 1977: 85, nota n°62).

Desde el argumento de la sola razón entienden, junto con los primeros sofistas, que en esa época pre-histórica se prescindió de la política como elemento esencial de la naturaleza del hombre. Todos ellos entienden que la sociabilidad y el carácter gregario del ser humano, surgen posteriormente de manera agregada, que no es parte de la humana, ya que aparece por la

necesidad del hombre de evitar la guerra de todos contra todos (según Hobbes) o evitar la pérdida de sus propiedades (según Locke). Estas ideas, como hemos visto, tienen su origen en el paradigma cartesiano que da nacimiento al racionalismo filosófico, que describe al universo en función de la extensión y el movimiento y considera al hombre como un ser individual y egoísta, cuya primera inclinación natural "...es un perpetuo e incansable deseo de conseguir poder tras poder, deseo que sólo cesa con la muerte" (HOBBS, 1994: ix).

Tomas Hobbes aplica a sus deducciones el método de la modernidad, tomado de las ciencias naturales de su época y aspira a explicar y justificar lo existente partiendo, únicamente, de las fuerzas de la naturaleza, entendiendo al hombre como un mecanismo al igual que un reloj. Desde nuestro punto de vista, y considerado este pensamiento desde un profundo análisis científico, no hay comprobación seria alguna que indique que los individuos vivieron sin sociedad ni organización política de ningún tipo (HELLER, 1992: 33).

Por el contrario, como expresamos más arriba, numerosos son los indicios científicos que sostienen la postura contraria, es decir, que el hombre para poder estar con su prójimo, precisa de la comunidad política. Los mismos indicios comprueban que la comunidad, la coexistencia, la convivencia han necesitado obligadamente, desde la aparición de la especie humana, de una forma política, aunque fuese rudimentaria.

Destacado estudios han comprobado que en el alba de la humanidad, en el paleolítico superior, hace entre 40.000 a 35.000 años atrás, ya era indudable que existía una jerarquía de carácter religioso y/o patriarcal, con jefes reconocidos, a quienes se les atribuye la pertenencia de diversos bastones de mando, como los descubiertos en el departamento francés del Alto Garona, con grabados tallados en hueso y perforados por su extremo superior como si estuviesen destinados a ir pendientes del cuello de una persona. Si bien los descubrimientos comprueban esa situación desde fines del paleolítico, nada nos hace pensar que este hecho no se dio con anterioridad. Por otra parte, es sabido que los muchos adornos encontrados en las tumbas prehistóricas, como, por ejemplo: collares, pectorales, brazaletes y rodilleras, constituían, asimismo, signos distintivos de jerarquía. De allí es posible imaginar que la organización política de la

comunidad es un rasgo natural del ser humano y es producto de su vida en común, desde los albores de la especie humana (GRIMBERG, 1982: 41).

Normalmente se predica la sociabilidad del ser humano, el carácter natural de la sociedad, la necesidad de la vida en común y de allí se pasa sin más al Estado. De la sola afirmación de que el hombre es esencialmente sociable, se concluye todo, sin embargo hay que agregar otra función sustantiva al hombre, que es la politicidad. Esta es una tendencia necesaria, constitutiva del mismo, es la tendencia a dar forma organizativa a la convivencia. A esa organización la llamamos política y de manera general, en la actualidad, la denominamos Estado. (BIDART CAMPOS, 1967: 91).

La comunidad precede al individuo, cuya personalidad consciente es el producto y no la autora, según enseña Germán Bidart Campos, acerca de las tres dimensiones del hombre que son: la mundanidad, la socialidad y la politicidad (BIDART CAMPOS, 1967: 97/98).

La mundanidad significa que el hombre está situado en el mundo con sus circunstancias, o sea, el hábitat o espacio de un lugar, su cultura y su historia, que dirigen los cambios y la perduración de los comportamientos. Entonces, debemos entender que, la mundanidad es la relación dinámica del hombre como producto cultural y las circunstancias culturales de las que es huésped y creador.

a- Su SOCIALIDAD se manifiesta porque el hecho fundamental de la existencia humana, son las relaciones del hombre con el hombre, lo que nos conduce a la idea de sociedad. Significa que el hombre convive con los demás, relacionándose e interactuando a través de símbolos y transmisión de ideas. La comunicación y la convivencia son, entonces generadores de fenómenos sociales. La necesidad de agruparse y el instinto gregario son simultáneos y no excluyentes (Los antiguos romanos dijeron: "*Ubi homo, ibi societas*": cuando existe el hombre, existe la sociedad y agregaron: "*Ubi societas, ibi jus*": cuando existe la sociedad, existe el Derecho. Lo que representa en cierto modo las peripecias del género humano para organizar su sociedad y establecer las normas de su convivencia).

b- La POLITICIDAD del hombre se vincula con la organización, que se orienta hacia lo dinámico y requiere que cada cosa, ya dispuesta, cumpla una función en el todo y coopere para alcanzar los objetivos, por eso con la organización viene la formulación de normas, o sea la conformación de una sociedad bajo ciertas reglas (De acuerdo al profesor de historia uruguayo: Evangelio Bonilla: en el proceso de la civilización política del hombre, el primer gran paso fue cuando del FAS — el componente religioso, inicialmente único de la organización política de la sociedad — se separó el MOS — el componente no-religioso, sino moral, de la organización política de la sociedad — y luego, cuando del MOS se separó el JUS, es decir, el componente estrictamente jurídico, constitucional, de la organización política de la sociedad).

3. La doctrina mayoritaria considera que la autonomía es el carácter propio de la comunidad local

La cuestión del territorio o la cuestión territorial de los municipios, configura el espacio físico del municipio donde se asienta la población y donde ejerce sus funciones el poder político.

Los sistemas utilizados, en general, por la legislación argentina han sido dos, bien diferenciados: El que cuenta con mayor aceptación en las provincias y el más adecuado a nuestro entender, es el sistema de villa o de ejido municipal, donde el núcleo urbano constituye lo que normalmente se denomina ciudad, villa o pueblo. Es decir, donde el foco urbano se concentra en una porción de territorio provincial. En este sistema, la jurisdicción municipal se ejerce solamente sobre la zona poblada.

Al otro sistema, el menos utilizado, se lo designa como sistema departamental o de partido. En él la jurisdicción municipal se ejerce sobre todo el ámbito territorial, sea una ciudad, una villa o una zona rural, y normalmente engloba varios centros poblacionales. Allí, la jurisdicción opera sobre lo urbano y lo rural y cubre todo el territorio provincial.

Nuestra preocupación no se refiere tanto a los municipios ya existentes en cada provincia, que adoptan el modelo urbano municipal. Estos han aumentado substancialmente su capacidad jurídica y política a partir de los nuevos textos constitucionales, caracterizados por un amplio y total

reconocimiento de sus autonomías y también por la consecuente posibilidad de dictar sus propias cartas orgánicas. Nos preocupa, en cambio, la situación de los asentamientos poblacionales que no han podido acceder a una municipalidad, pues sus constituciones no han sido reformadas siguen el sistema del municipio-departamento. La situación de estos centros urbanos no se ha modificado en forma sustancial, a pesar de que el texto de la Constitución Nacional reformada en 1994 (artículo 123º), así lo dispone. En estos casos, las poblaciones alejadas de la villa cabecera continúan sin tener las prerrogativas o privilegios que esta tiene, por estar alejadas de la sede del gobierno municipal.

A nuestro juicio, este es un problema de solución compleja ya que concurren a su configuración circunstancias históricas, económicas, culturales y también otras de neto corte político.

Como dijimos, la casi totalidad de las constituciones provinciales reconocen expresamente la autonomía de la comunidad local pues lenta, pero inexorablemente, la cuestión territorial se ha ido resolviendo a favor de la autonomía de la comunidad local. No así en Mendoza (art. 197 C. Prov.), Buenos Aires (art.190 C. Prov.) y La Rioja (art. 170 C. Prov.), donde sus líderes han sido reticentes al cambio. En esas provincias impera aún el vetusto modelo del municipio-departamento, propio del antiguo paradigma mecanicista de la modernidad. Subyace al modelo del partido o departamento la realidad vinculada a la estructura centralizada del poder político. El modelo urbano y el distrital significan una ostensible pérdida de poder para las dirigencias políticas, debida al ajuste y disminución de su influencia territorial y poblacional. Por el contrario, los modelos urbanos significan un adelanto y progreso en el poder real de la población en el manejo de la cosa pública.

En ese sentido se expresan Jordi Borja y Manuel Castells diciendo que *democracia y comunidad local es ciudadanía*. Todos los hombres y mujeres que viven en municipalidades plenas —hasta en formas menores como comisiones de fomento municipales o comunales y juntas de gobierno— son iguales en derechos políticos y sociales. Por lo tanto es legítimo el derecho de todos los habitantes y de todas las familias a participar en la vida política local, pues no hay ciudadanía si el municipio como conjunto de servicios básicos no llega a todos sus habitantes y si no ofrece esperanza de trabajo, de progreso y de participación. Siendo así, todos los ámbitos de la vida

ciudadana pueden ser oportunidades de cooperación pública, privada y de participación social. No hay promoción económica, seguridad ciudadana, seguridad social y tolerancia cultural sin la cooperación público-privada. Por lo que la vecindad y la interacción social en los barrios, pueblos y distritos, urbanos o rurales, requieren de la organización promovida por los ciudadanos, encargada de administrar los intereses locales de la comunidad (BORJA y CASTELLS, 1997: 23).

Por otro lado, las crecientes demandas de soluciones a los problemas cotidianos de los vecinos, cuya complejidad crece a medida que aumenta la densidad poblacional, hace que día a día se afiance el sentimiento de pertenencia y de participación en la toma de decisiones que obran a la satisfacción de las necesidades de la comunidad local, surgiendo una inmediatez entre el problema y la solución, que justifica y da basamento institucional al municipio, al punto tal que la característica de los estados a nivel mundial es cada vez más creciente hacia el reconocimiento y afianzamiento de las entidades políticas locales, conforme exponen Juan Fernando Brügge y Alfredo Eduardo Mooney en su libro *Derecho municipal argentino* (BRÜGGE Y MOONEY, 1994: 59).

La gran mayoría de la doctrina municipalista, como expondremos a continuación, clara y expresamente coincide con nuestra propuesta de que la autonomía municipal se fundamenta en la autonomía de la comunidad local. De la misma manera que expresamos que la soberanía es del pueblo de la nación, es posible expresar que la autonomía pertenece al pueblo o a los vecinos de la comunidad local. Por otra parte, y en apoyo a nuestro trabajo, podemos decir que la doctrina argentina, en general, ha sido crítica respecto de los modelos territoriales del municipio partido o departamento y ha favorecido al municipio urbano y su consecuencia lógica: la categorización (HERNÁNDEZ, 1989: 215).

3.1. Autores que consideran que la autonomía es propia de la Comunidad Local

Como hemos analizado profundamente en nuestra tesis doctoral, numerosos autores consideran que autonomía y autogobierno se corresponden con la Comunidad Local: Alexis de Tocqueville, Domingo Faustino Sarmiento, Juan Bautista Alberdi, Esteban Echeverría, José Manuel Estrada, Clodomiro Zavalía, Joaquín V. González, Francisco Ramos Mejía,

Lisandro de la Torre, Adriano Carmona Romay, Eugenio María de Hostos, Francisco Giner de los Ríos, Adolfo Posada, Alcides Greca, Salvador Antonio Leal Osorio, Daniel Hugo Martins, Alejandro Korn Villafañe, Daniel Hugo Marins, Tomás Diego Bernard, Alfredo Poviña, Salvador Dana Montaña, Clodomiro Zavalía, Ricardo Zucherino, Carlos Mouchet, Arturo Horacio Iturrez, José Roberto Dromi, Horacio Daniel Rosatti, Antonio María Hernández, Zarza Mensaque, Guillermo Barrera Buteler, Alberto Montbrun, María Gabriela Ábalos, Alberto Aramouni, J. Deambrossi, Germán Bidart Campos, Euclides Adolfo Zibecchi, Alfredo Nicolás Battaglia, Jorge Brendwaman, Roberto Rozas, Alejandro Gómez, Leonardo Palomeque, Rubén E. Greco (h), Alfredo Durante, Carmen Fontán, Juan José Torres Bas, Adhemar Heriberto Bricchi, Roberto Gugliemetto, Alberto Dalla Vía y Arnaldo Broeders, Jordi Borja y Manuel Castells, entre otros.. Además, en su mayoría definen al municipio como algo natural, pero unos y otros dan por sentado el presupuesto de la comunidad local como subyacente a la institución municipal, que es su configuración jurídica (VALENZUELA, 2012: 167).

Esto es, consideran a la comunidad local como fundamento de la autonomía y autogobierno municipal. Desde el enfoque doctrinario, todos ellos se basan en los presupuestos de la escuela sociológica que enfoca el Municipio desde una perspectiva totalmente distinta a la de la escuela legalista, que está en la antípoda de la primera. La escuela naturalista-sociológica considera el municipio como autónomo, dado que sus facultades o competencias le vienen por la propia naturaleza de sus relaciones, basadas en la natural sociabilidad y politicidad del hombre. Estas características determinan que requiera de los demás para ser plenamente humano. Esto desde el ángulo doctrinario.

Desde esta visión, que consideramos holística y sistémica, propia del paradigma de la postmodernidad, postulamos que la mayoría de los autores de derecho municipal han sostenido que:

- a- El municipio como institución surge de la COMUNIDAD LOCAL, vinculación de personas y vecinos en interrelación dado el aspecto gregario del ser humano, propiedad que es anterior al estado municipal que es su organización jurídica; y el derecho lo que hace es reconocer y darle institucionalidad a esta situación.

b- El carácter natural y situado de la COMUNIDAD LOCAL, trae como consecuencia que el grupo social tenga sus propias peculiaridades, según el tipo de relaciones que se desarrollen en dicha comunidad y a su vez los insumos y productos que se intercambien con el entorno, por lo que ninguna comunidad local es igual a otra y el derecho debe reconocer esas particularidades.

c- Los nodos de la COMUNIDAD LOCAL son los espacios reales o abstractos donde se dan las relaciones o conexiones que se producen entre vecinos, y que determinan la convivencia social en un tiempo y lugar determinado. Todos los nodos se interrelacionan de una manera no jerárquica y conforman lo que en términos sociológicos se llama red.

d- La vida propia de la COMUNIDAD LOCAL, produce como resultado necesario el derecho inalienable de sus habitantes al autogobierno que es el aspecto político de la comunidad, propio de su autonomía, como consecuencia del desarrollo social e individual de los vecinos. Lo que debe ser reconocido por el municipio desde su configuración legal.

e- La autonomía que reclama la COMUNIDAD LOCAL, lleva como consecuencia que cada Estado Provincial deba reconocerle, dentro del marco del orden jurídico positivo, un ámbito de competencias propias y suficientes inherentes a toda organización gubernamental, como también los recursos necesarios para gobernarse a sí misma, para cumplir los fines propios de toda comunidad que es el bien común y el interés general de todos sus habitantes, aunque las leyes digan otra cosa.

f- Por supuesto que el territorio del municipio se determina en base al espacio físico donde se asienta la COMUNIDAD URBANA LOCAL, por lo que no es admisible que un centro urbano con vida propia quede comprendido o fusionado dentro de un mismo

municipio, como sucede en el caso del municipio-departamento, sin que exista la voluntad de los vecinos para unirse.

g- Si el ordenamiento jurídico positivo actual desconoce los derechos, atribuciones, competencias y el carácter naturalmente político y gregario de la COMUNIDAD LOCAL, se están violando derechos inalienables de sus vecinos, su capacidad de gobierno propio y la facultad de organizarse dentro de las condiciones que establece la Constitución Nacional para el diseño de las funciones locales.

h- Si las leyes, situaciones de hecho y/o derecho, como las constituciones provinciales no reconocen la autonomía de la comunidad local, como sucede en Mendoza, La Rioja y Buenos Aires, sus disposiciones carecen de legitimidad dado que se fundan en una decisión particular de sus legisladores sin consulta a los vecinos. Es por ello que si la autonomía no aparece contemplada en la norma jurídica positiva, sí emerge de la realidad y el interés general de los habitantes y vecinos que viven en comunidad y la justicia que debe presidir toda relación social.

Por otro lado, desde el punto de vista del derecho municipal argentino, consideramos a la TESIS LEGALISTA basada en el paradigma de la modernidad, cómo anacrónica. Y sólo tenida en cuenta como nota histórica, que basa sus presupuestos en las antítesis de la tendencia sociológica. Desde una perspectiva puramente lineal, la tesis legalista, piensa al municipio desde un punto de vista puramente normativo y abstracto, sin tener en cuenta lo que realmente sucede en la vida de cada comunidad local. Esta anticuada y empobrecida postura ha sido sostenida por la escuela administrativista, con Hans Kelsen a la cabeza. Su posición es que el Estado a través de la ley, configura o no al municipio según la decisión voluntarista del legislador.

Basados en estas premisas los legisladores dotan al municipio de las particularidades y características que consideran convenientes, independientemente de la decisión y necesidad de los vecinos. Les otorgan, a su capricho, de manera abstracta y arbitraria, las atribuciones y recursos

con que contará cada comunidad local. Y, por último, la someten a las restricciones y controles que crean más adecuado y establecen, según les parezca, la extensión de su ámbito territorial. En Argentina, Bielsa es uno de los defensores a ultranza de esta postura, que enseñó y sostuvo la denominada "Escuela del Litoral" (HERNANDEZ, 2003: 6).

Esta es una visión fragmentada y reduccionista, basada en el viejo paradigma de la modernidad, que ve al hombre y a la comunidad donde habita como un mecanismo que puede ser manipulado al antojo y decisión del legislador. Es también un residuo de la modernidad que tiene su origen en la construcción artificial del Estado.

De esta manera, solo se toma en cuenta una dimensión de lo humano, que es la jurídica-institucional, dejando de lado la visión holístico-sistémico-multidimensional de la comunidad. Visión que también debe formar parte de las decisiones jurídico- normativas, tomando en cuenta, la naturaleza gregaria y política del ser humano, el ambiente que lo circunda, la sociología o las relaciones que se dan en cada pueblo o comunidad y que tienen su fuente en su cultura. A nuestro entender, esta última dimensión merece un párrafo aparte ya que pensamos que toda cultura tiene su esencia, su razón de ser en algo que es muy profundo y que consiste en una estrategia para vivir aquí y ahora, para enfrentar el mundo, que cada pueblo y cada comunidad esgrime como signo de su identidad. Es un orden que no sólo es racional-normativo, sino que más bien tiene que ver con las relaciones, con el diálogo, con el corazón, pues entendemos que el pensar está vinculado a lo emocional (VALENZUELA, 2001: 23).

Por ello consideramos que la comunidad local es un fenómeno multidimensional que se origina en la propia naturaleza humana, cuya dimensión antropológica es la búsqueda del bien común; que tiene una dimensión social, caracterizada por estrechas relaciones de vecindad. De esta convivencia emerge la dimensión cultural que, como dijimos en el párrafo anterior, no es sólo algo exterior basado en la mentalidad consumista, como escuchar un disco o un libro o el último programa televisivo de moda, sino que debe ser tomada como un fenómeno biológico que busca el sentido de sí mismo en las creaciones de la comunidad, entre ellas el derecho. Por eso la dimensión cultural la fija el hábitat, el lugar donde estamos situados. Cultura significa lo mismo que cultivo, pero la

semilla debemos buscarla en nosotros mismos y no en los objetos o la visión del mundo que nos ofrece y vende la sociedad del consumo.

Por último tenemos la dimensión jurídica, que es la que crea al municipio, pues para que este exista legalmente debe ser reconocido por el derecho.

No obstante, construimos y creamos nuestras comunidades por medio de especulaciones legales imbuidas de un mero pensamiento racional-normativo, basado en técnicas jurídicas y no pensamos que nos son ajenas. Estas acciones no toman en cuenta lo que nos sucede aquí y ahora, a pesar de que muchos de nuestros problemas son producto de procesos históricos, y aplicamos y copiamos sin más (como siempre se ha hecho), planes, proyectos e instituciones que se crearon para solucionar lo ocurrido en otras comunidades y cuyos procesos nos son extraños (ejemplo, de Europa y EE.UU.). En el mismo sentido, en su época, Emmanuel-Joseph Sieyès en su celebrado panfleto "*¿Qué es el tercer estado?*", publicado en 1789, consideraba que no era positivo para los franceses copiar sin más la constitución inglesa. Conforme a ello afirmaba: *No tendríamos tanta fe en las instituciones inglesas si los conocimientos políticos se hallaran consolidados y extendidos entre nosotros, y además, con especial discernimiento planteaba su especial interés en que alguien procediera a aclararnos las dos cuestiones siguientes: ¿la constitución inglesa es buena en sí misma? Y aún cuando lo fuera, ¿resulta adecuada para Francia? Mucho me temo, sin embargo, —nos dice— que esa obra maestra, tan ensalzada, no pueda superar un examen imparcial a la luz de los principios del verdadero orden político. Quizá descubramos que, a fin de cuentas, no es sino el producto del azar y de las circunstancias.* Pareciera que estos capítulos no fueron estudiados y asimilados por nuestros legisladores, "quizá porque estaban muy lejos del principio" y había más para hacer que leer y estudiar (SIEYES, 1789: Cap. IV, ap. 6).

Por último, en el capítulo IV, apartado 7, de su escrito: "*Qu'est-ce que le tiers état?*" sobre que "El Espíritu de imitación no es un buen consejero", Sieyès hace una analogía entre una Nación vieja (la inglesa), y otra joven, (la naciente Francia revolucionaria), diciendo:

En efecto, los jóvenes procuran la imitación, los ancianos no saben, sino repetir. Estos últimos son fieles a sus propias costumbres, los otros imitan las costumbres ajenas. Tales son los límites de su respectivo proceder.

En base a estos consejos, pregunto: ¿no es este el problema que hemos tenido los argentinos?, o sea, en vez de arriesgarnos a construir lo propio, hemos construido sobre ideologías, costumbres y teorías ajenas, ¿no es hora de exhibir un cambio?

La perspectiva legalista-centralista, nos viene desde fuera, y es producto de la concepción de un individualismo extremo propiciados por la Revolución Francesa que centralizó y unificó el régimen municipal, sin tener en cuenta lo local. Sin embargo, fue sostenida y aplicada en Argentina —a raja tabla— por numerosos autores originarios de estas tierras, como se ha visto.

Es una concepción que ve al municipio como una mera dependencia del poder central, y al individuo como una partícula aislada frente al Estado.

4. Origen del municipio departamento

Sabemos, por historia, que la Revolución Francesa, fue la gran ruptura que dio comienzo a la crisis del municipio-cabildo en la América española. Con ella, nació lo que hoy, en derecho municipal comparado se denomina el SISTEMA LEGAL. Esto es, la interpretación del Municipio como una institución que reposa en una base exclusivamente jurídica y nacida solo de la voluntad del legislador.

Francia, que hizo su revolución de 1789 entre otras cosas contra el centralismo borbónico, estructuró con Napoleón un sistema centralista mucho más perfecto y acabado.

Con el golpe de estado efectuado el 18 y 19 brumario (9 y 10 de noviembre de 1799), se inició el ascenso de Napoleón al poder y la dirección de los destinos de Francia (GRIMBERG y SVANSTRÖM, 1986: 156).

La consecuencia natural de este hecho fue el centralismo napoleónico apoyado por la burguesía mercantil francesa; concentración que se encuentra en todo comienzo dictatorial y que, de esa manera, se incorpora definitivamente a la vida política francesa. Cormenin (Luis María de Lahaye, Barón y vizconde de Cormenin, abogado, publicista y político francés, nacido en París el 6 de enero de 1788, donde falleció el 06 de mayo de 1868), coetáneo del emperador francés, condensó en una frase la significación inicial del centralismo político-administrativo napoleónico: "En

la máquina ingeniosa y sabia de nuestra administración, las grandes ruedas impelen a las medianas, las que a su vez hacen girar a las pequeñas alrededor de su eje” (CORMENIN, 1822: 2 vols).

El alcalde obedecía al subprefecto, éste al prefecto, el prefecto al ministro y este a Napoleón. El centralismo se tipificó a partir de 1837, mediante la sanción legislativa que estableció que *los municipios no son más que una simple división administrativa del territorio y constituyen la última de las circunscripciones de las que desciende la autoridad pública*. (MARTINEZ MARIN, 1984: 3)

El alcalde fue concebido como el último eslabón de la cadena administrativa; los órganos centrales periféricos y locales, descansando en la unipersonalidad de sus designados titulares, actuaban según la misma y única voluntad del Emperador. Como consecuencia, las diversas comunidades del país eran consideradas como meras divisiones territoriales sin voluntad ni gobierno propio (MARTINEZ MARIN, 1984: 4).

El nuevo régimen que comenzó siendo electoral, degeneró luego en simple centralismo administrativo, tuvo su raíz en el planteo russonian que prometía al hombre la posibilidad de cumplir sus fines manteniendo una vinculación directa con el estado, asegurando su naturaleza “político-abstracta”, lo que es indispensable para el juego de la voluntad mayoritaria. Las élites mercantiles, al considerar que el estado-nación era la institución adecuada para el cumplimiento de sus fines, desconocieron la existencia de otras agrupaciones vitales para asegurar el destino de los hombres en comunidad. La comunidad local y la familia pasaron a ocupar un lugar secundario y la democracia mayoritaria transformó su base natural-institucional en contractual primero y luego en representativa-delegativa (agregamos nosotros), dejando en consecuencia librada su existencia a la sola voluntad racional de los hombres (STORNI, 1949: 33).

De esta manera se olvidaron pensamientos y costumbres anteriores, como las que sostenía San Agustín, quien enseñaba que *las familias están unidas en la ciudad por un cierto vínculo de sociedad*. Este quiebre con la visión paradigmática anterior que también tenía matices centralistas, se complica con el proceso de la revolución industrial: qué dio origen al urbanismo y dio lugar al nacimiento y desarrollo de las ciudades (TOCQUEVILLE, 1969: 66 y ss.).

Al apreciar la temática desde el punto de vista de la teoría de sistemas, podemos considerar que esta suerte de “vida propia” e “intereses específicos” de cada comunidad local, se encuentra influenciada por las relaciones políticas, económicas, sociales e históricas que se generan intracomunitariamente en el tiempo y el espacio. También, por el tipo de relaciones que se dan entre el entorno y la comunidad local. Estos vínculos dieron lugar a distintos procesos históricos-jurídicos y sociológicos respecto al entendimiento de la comunidad local.

Por obra de la historia, fruto del devenir del desarrollo humano, en la Argentina y en toda Latinoamérica, luego de producidas las revoluciones independentistas, nuevos paradigmas impactaron en las élites mercantilistas criollas, efecto de las vinculaciones entre el naciente entorno capitalista europeo y las flamantes naciones americanas. Como consecuencia, el nuevo entorno cultural, ideológico y comercial —producto de las revoluciones burguesas europeas— influyó fuertemente sobre las élites mercantiles porteñas, favorecidas por el centralismo rivadaviano y dio lugar a una relación co-evolutiva entre el sistema y el entorno. Desde el punto de vista sistémico estas relaciones son propias y naturales de la convivencia entre los seres humanos.

En este entendimiento, la política económica porteña, alentada por las nuevas y grandes ganancias del puerto, varió y disminuyó la noción de comunidad local y la valoración de la institución municipal.

Estos procesos obligaron a redefinir las competencias y atribuciones de la comunidad local, debido a la aparición de un nuevo actor político de la modernidad: el estado-nación. Así como las competencias de las provincias se delegaron en el Estado Nacional, por medio de la constitución “federal”, las competencias, atribuciones y recursos de los cabildos fueron vaciados por los nuevos estados provinciales utilizando para ello el método legal-constitucional.

Las élites porteñas, con gran espíritu imitativo, hicieron suyos los patrones ideológicos franceses, favorables a sus intereses, pero la mayoría de las instituciones se calcularon de EE. UU. Esto produjo un permanente contrasentido entre el molde institucional y el espíritu que le dio origen y que debió animarlo. Es el mismo contrasentido que nos presenta la historia institucional argentina, por un lado una constitución hecha por los federales y manejada luego por los unitarios porteños, pues para estos últimos era

preferible la división o destrucción de la nación antes que perder el manejo y dirección de los asuntos públicos de la República.

En síntesis, conforme nuestro propio criterio, el municipio es el aspecto legal de la comunidad local cuya naturaleza es gregaria, histórica y política, con fines propios y un ámbito específico —territorial y poblacional— a gobernar y administrar. Se es municipio porque se es comunidad local autónoma, de lo contrario no se es municipio. La autonomía constituye la energía propia de la organización de lo local. A la inversa, sin ella se pierden la libertad, la igualdad y la democracia, pues las decisiones comunes quedan en manos de unos pocos que nada tienen que ver y a quienes poco les interesa lo que sucede aquí, ahora y en el futuro a nuestra propia comunidad.

A partir de esta constatación, surge como corolario natural que se les reconozca a estas entidades la autonomía necesaria para su gestión local. La autonomía municipal se vincula entonces a la efectiva disposición, por parte de las municipalidades, de un QUANTUM JURÍDICO de poder o energía para gobernarse y administrarse a sí mismas y atender y resolver lo que es propio de la comunidad local.

5. La situación actual

Como se ha percibido, discrepamos con aquellas concepciones de matriz POSITIVISTA que consideran al MUNICIPIO como un mero aspecto legal. Estas soluciones confunden, a nuestro juicio y según se ha dicho, el hecho “natural de la sociabilidad humana”, es decir, el hecho sociológico de la vecindad territorial, la asociación de personas en pos de la consecución de fines comunes; con el aspecto legal de su configuración jurídica-institucional.

Consideramos, en tal sentido, que el municipio es una herramienta jurídico- institucional que poseen los vecinos de una comunidad situada para proveer a la satisfacción de las necesidades colectivas, es decir, aquellas que no pueden ser satisfechas individualmente y que necesitan por tanto del *imperium* del poder estatal para poder concretarse.

Así, dado el hecho o presupuesto sociológico de una comunidad humana situada en un espacio geográfico o asentamiento poblacional determinado con necesidades comunes o fines propios, el derecho le garantiza el acceso

a una instancia jurídica-institucional del poder político, que en definitiva es la comunidad local constituida en municipio, en cualquiera de las variadas y dispares modalidades que el municipio pueda adoptar.

De allí que, entendamos al municipio como parte de la organización jurídico- política del Estado que comparte en nuestro país, como estado federal características comunes con los restantes niveles jurisdiccionales (Artículo 1º Constitución Nacional Argentina).

La vinculación entre municipio y comunidad local está explícita en el derecho argentino en la casi totalidad de las provincias que han incorporado en las últimas décadas expresamente el concepto autonómico, reglando sus alcances conforme al artículo 123 de la Constitución Nacional.

Asimismo, desde el año 2006 en adelante se ha dado un nuevo movimiento reformador que ha incorporado a tres constituciones provinciales los presupuestos autonómicos que sostiene la postura sociológica y natural. No así, la reforma realizada en la constitución de La Rioja, que retrocede en lo que hace a la autonomía municipal.

En el año 2006, se reformó la constitución de Tucumán, que reconoce (ahora) la autonomía política, administrativa, económica, financiera e institucional de los municipios de esa provincia (art. 132), cosa que no sucedía con anterioridad.

También, Corrientes reforma su constitución de 1960 que no reconocía expresamente la autonomía municipal; si bien establecía que los municipios de primera categoría debían dictarse su propia carta orgánica. La reforma de junio de 2007, reconoce la existencia del municipio como una comunidad de derecho natural y sociopolítica, fundada en relaciones de vecindad y con autonomía en lo político, administrativo, económico, financiero e institucional (art. 216).

Luego Entre Ríos, que junto con Mendoza tenían las constituciones más antiguas del país, reforma su constitución en el año 2008 y reconoce al municipio como una comunidad sociopolítica natural y esencial, con vida urbana propia e intereses específicos, unida por lazos de vecindad y arraigo territorial, que concurre a la búsqueda del bien común (art. 230).

Por el contrario, la reforma de la constitución de la provincia de La Rioja, promulgada el 14 de mayo del año 2008, ha producido un peligroso retroceso al dejar sin efecto las autonomías de todos los municipios de la Provincia, ya que la reforma expresada anuló todas las cartas orgánicas

existentes en los 18 departamentos de la provincia. Por otro lado, como consecuencia de esta reforma se niega toda coparticipación en los recursos a los departamentos de la Provincia, ya que no ha sido sancionado por la legislatura provincial, hasta ahora, pasados más de cuatro años, el régimen de coparticipación municipal que prevé el artículo 168° (sobre autonomía) de la constitución reformada. Tampoco se han dictado, hasta la fecha, las nuevas cartas orgánicas municipales que contempla la reforma (arts. 168°, 169° y 172°).

La situación de la provincia de Buenos Aires es la más relevante dado que la mayoría de la población total del país se encuentra habitando su territorio,

Prácticamente la totalidad de la doctrina municipalista argentina ha criticado el sistema de municipio partido del primer estado argentino.

De las ponencias presentadas al Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial, del año 1984 no hubo -salvo alguna rarísima excepción- casi ninguna que sostuviera la continuidad del régimen actual, proponiéndose en todos los casos variantes que iban desde rigurosos criterios urbanos hasta modalidades diversas del tipo intermedio o distrital.

Sin embargo, cuando la Legislatura de Buenos Aires, sobre la base de un acuerdo entre las dos fuerzas políticas mayoritarias en aquél momento, propició la reforma constitucional de 1990, aumentando substancialmente los niveles de autonomía de los municipios bonaerenses, no alteró un ápice la base territorial de los mismos.

La última reforma constitucional provincial de Buenos Aires, producida por la controvertida Convención Constituyente de 1994, no introdujo modificación alguna al régimen municipal del primer estado argentino.

De esta manera, las provincias de Buenos Aires, Mendoza, La Rioja y San Juan, que merece un párrafo aparte (la provincia de San Juan está dividida en 19 departamentos. La Constitución que rige actualmente la provincia fue sancionada en el año 1986. Tras la organización nacional, la provincia de San Juan sancionó su primera constitución el 7 de abril de 1856. El 9 de diciembre de 1869 se dictó la Ley de Régimen Departamental, conforme el artículo 36 de la constitución de la provincia, que organizaba territorialmente la provincia en departamentos y estos en distritos. Posteriormente en 1870 se realizó la primera división política en 18 departamentos. Recién en 1909 se terminaron de fijar con mayor precisión

los límites, cabeceras y sus respectivos nombres. Leyes posteriores realizaron modificaciones en esta materia, pero hasta 1942 no se definió el actual trazado de 19 departamentos con sus villas cabeceras. Según el artículo 239° de la constitución actual se establece que todo centro poblacional de más de dos mil habitantes dentro del ejido, puede constituir municipio, que será gobernado por un intendente, cuyos requisitos para serlo lo establece la misma constitución, las cartas municipales y la Ley Orgánica que se dicte en su consecuencia. El artículo 240° dispone que los municipios serán de tres categorías: 1° categoría, las ciudades de más de treinta mil habitantes; 2° categoría las ciudades de más de diez mil habitantes; 3° categoría, las ciudades, villas o pueblos de más de dos mil habitantes. Por el artículo 241° sólo los municipios de primera categoría dictarán su propia Carta Orgánica Municipal. Los municipios de segunda y tercera categoría se regirán por la Ley Orgánica Municipal en su art. 243°), diseñan y sostienen el antiguo modelo centralista departamental que niega la relación entre municipio y comunidad local y así impiden que el pueblo de cada comunidad participe en la solución de los problemas que las aquejan.

Al establecer el modelo municipal departamental, se impide a la comunidad local el reconocimiento de su capacidad de autogobernarse, lo que no sucede en el resto de los municipios de las otras provincias.

Cuando el derecho le niega la autonomía a la comunidad local restringe su capacidad de desarrollo y autogobierno, por eso la primera conclusión es que en estas provincias se restringen la libertad y democracia local. Como excusa, los gobiernos locales y provinciales expresan que:

la situación siempre fue así, por razones históricas, económicas y de practicidad administrativa, y que ello hace más que difícil modificar una situación que viene desde tantos años atrás.

Con estos argumentos inconsistentes se inhibe a los vecinos de cada comunidad local (villa o ciudad), que no vive en las villas cabeceras, su derecho, es decir, su capacidad de autogobierno, porque el sistema de municipio-departamento le niega a cada ciudadano y habitante de cada población con "vida propia" el derecho de regirse por sí mismos.

El municipio está ligado indisolublemente a la comunidad local, que es lo natural e histórico; el municipio es solo un ropaje jurídico que debe respetar o reconocer la esencia básica de la comunidad local que es la existencia de un gobierno propio.

Por el contrario, como se ha dicho, el departamento o partido es producto de una creación racional, mecanicista, voluntarista y artificial, de la que no surge la facultad natural de autogobierno que posee todo miembro de una comunidad, sino, por el contrario, es una elaboración racional consecuencia de la acción de un conjunto de operadores que artificialmente determinan por sí mismos, y de manera centralizada como debe gobernarse el resto de las comunidades locales que forman parte del municipio-departamento. Esta situación implica lisa y llanamente la negación de la democracia y de la libertad de sus pobladores.

Vivir en comunidad es tener necesidades que deben ser resueltas por los propios partícipes o vecinos, que necesitan de un sistema político, o sea el gobierno de la propia comunidad, de sus vecinos, que son los que tienen la capacidad necesaria para determinar su propio destino y tomar sus propias decisiones y resolver sobre sus propios recursos y necesidades.

El municipio-departamento es, a nuestro entender, una desgastada coyuntura jurídica que ha condicionado la conciencia colectiva en una actitud de dependencia, de queja y de espera.

6. Conclusión

El municipio es el primer eslabón de la cadena del estado, y por ello tiene contacto más directo con la gente. Posibilitar su autonomía es posibilitar su autodeterminación.

La autodeterminación significa que las decisiones o las normas sean provocadas y nutridas por la comunidad en la que van a regir. El acercarnos hacia un proceso en el que los interesados participen, cada día más, en la toma de decisiones favorece la internalización de las mismas y evita que aparezcan como impuestas e ineficaces.

En la asignación de las competencias, debe darse a la Nación sólo lo necesario, y a las provincias y municipios todo lo posible... (FRÍAS, 1997: 94).

La autonomía permite, asimismo, canalizar importantes energías sociales de manera positiva, promoviendo el pluralismo; desde el instante en que un grupo humano necesariamente debe unirse para dar respuestas a sus necesidades de un modo independiente y para la realización de una obra común, se configura como una sociedad compleja y articulada, en la cual

todos están interesados en su rendimiento y en su funcionamiento con un interés más directo.

El proceso de descentralización y de autodeterminación conduce también a la disminución del poder burocrático, que se basa en gran medida en la exclusividad del manejo de los problemas, de las necesidades y de la información de la comunidad local por parte del Estado.

El tratamiento del régimen municipal y de la autonomía, asumen importancia fundamental en el proceso de descentralización del poder. El régimen municipal autónomo presenta una mayor eficiencia administrativa que la de un régimen centralizador del poder, que —por lo burocrático de sus decisiones— llega a satisfacer tardíamente las necesidades públicas o, por su falta de contacto con la realidad de cada problema, aporta decisiones que son inadecuadas para los requerimientos de la población.

El proceso de descentralización, que tiene como protagonistas jerárquicos a los municipios, deberá fortalecerse para garantizar la libertad del hombre, posibilitar la emancipación de las tutelas públicas, superar los propios temores de participación y los egoísmos que nos privan de obtener el real sentido de la vida y una mejor relación con nuestros semejantes.

Las dificultades que encuentra la comunidad local para desarrollarse se centran fundamentalmente en la carencia de infraestructuras administrativas adecuadas que permitan generar rápidamente sistemas de prestación de servicios eficaces y que cuenten a la vez con poder autónomo de decisión política.

Las experiencias de fracaso de reforma constitucional de Buenos Aires, en 1990, o Mendoza, en 1989, parecen advertir también que en la opinión pública no existe una preocupación central por los cambios institucionales, y por lo tanto el "predominio valorativo del momento institucional" (VANOSSI) es poco adecuado para encarar estas transformaciones.

Sin embargo, ello no significa que no existan caminos normativos idóneos para iniciar procesos de descentralización, transferencias de funciones y recursos y acceso a mayores niveles de autonomía local.

La base política y filosófica fundamental para encarar estos procesos ya está dada: están despejadas en la doctrina y en la jurisprudencia las cuestiones vinculadas a la naturaleza del municipio. Ya no quedan dudas respecto a su condición ontológica de entidad política con plena autonomía y a partir de allí la conclusión que se impone es que deben contar con el

poder y los recursos necesarios para satisfacer aquello que les es propio (MONTBRUN, 1992).

Entendemos que entre la situación actual, de carencia de estructuras de administración local, y la creación de una municipalidad, puede concebirse una instancia de carácter alternativo, a través de la creación o puesta en marcha, en las legislaciones que lo permiten, de comisiones municipales, que se vayan haciendo cargo progresivamente de las competencias locales sin un paso traumático y políticamente costoso, como es el de la creación de un municipio.

Esta instancia alternativa, encuentra en la ley orgánica de municipalidades el espacio legal adecuado para su planteamiento, pero también podría serlo a través de una típica ley-marco, como son las leyes de Reforma del Estado.

En virtud de ello, la solución del problema no tiene que venir necesariamente de la reforma de la Constitución, sino que existen caminos legales que permiten abordarlo.

Las comisiones municipales bien pueden convertirse en la llave fundamental para el proceso de descentralización y revitalización de las autonomías locales.

Sin embargo, deben perfilarse con rigor los diseños legales, a fin de dotar a las comisiones de una real efectividad y representatividad, ya que -según hemos advertido - como están diseñadas en la actualidad, no han tenido virtualidad operativa alguna.

A tal fin, brevemente, reseñaremos las disposiciones que a nuestro juicio deben integrar el paulatino proceso de integración de las comunidades locales a la realidad jurídica departamental y/o provincial:

Sugerimos que normativa aplicable contenga íntegramente las bases de un modelo municipal autonómico, que por un lado permita el desarrollo de los distintos niveles de esta autonomía (artículo 123° de la CN) y por el otro fije reglas para encauzar algunos déficits importantes que exhibe el actual régimen como son los relacionados con los recursos municipales y la situación de las ciudades, pueblos y villas que no son cabecera departamental y que por ello carecen en absoluto, en las provincias que aún mantienen el sistema del municipio departamento, de cualquier nivel de auto gobierno.

- Proponemos que la normativa a reformar, que permita la creación de comisiones municipales en los distintos departamentos de la provincia, sea una reforma constitucional o de la ley orgánica municipal, deberá contener las siguientes definiciones:

a) Autonomía plena y posibilidad de dictado de una carta orgánica en la totalidad de los actuales municipios de cada departamento.

b) Bases del sistema republicano y sanas prácticas cívicas en la definición del sistema de gobierno, pero respetando la autonomía de cada municipio para resolver este tema.

c) Garantías a ciudades, pueblos y villas para el acceso a cierto nivel de autogobierno sin incrementar el aparato político del estado y la promoción gradual de procesos de descentralización interna en los actuales municipios departamentales.

d) Bases constitucionales de la coparticipación municipal de impuestos con criterios objetivos y flexibles de equidad, eficacia y solidaridad.

e) Identificación del impuesto inmobiliario y del impuesto automotor como recursos municipales y posibilidad de acordar una transición gradual en cinco años hasta su definitivo traspaso.

A.- Composición y elección.

En cuanto a su conformación, entendemos que no deben ser excesivamente numerosas, a fin de facilitar el dinamismo y la rápida adopción de decisiones, y evitar el desgaste que pueden generar situaciones de permanente discusión, pero sí, lo suficiente como para que sean representativas del espectro político local. Estas comisiones deberán ser elegidas directamente por el pueblo de los distritos, integrándose con participación de la minoría.

El Comisionado municipal será asimismo elegido directamente por el pueblo, a partir de una elección en la que podrán participar los partidos políticos y los movimientos vecinales de probado arraigo zonal. En cuanto a la duración de los mandatos, se establece en dos años. La posibilidad de remoción se equipara en ambos casos a la de Intendente y Concejales.

B.- Funciones y atribuciones.

A nuestro criterio, las comisiones deben distinguir funciones consultivas, honorarias o deliberativas -que han de estar a cargo de la Comisión propiamente dicha- de las funciones típicamente administrativas y ejecutivas que -por su relevancia y permanencia- deben estar a cargo de un funcionario que denominamos "Comisionado" y cuyas tareas deben ser rentadas.

En lo referente a la asignación de funciones, no estamos inclinados a la existencia de un bloque único e inmutable como el que plantea la ley de Mendoza, sino más bien somos partidarios de un contenido flexible, que respete las naturales diversidades que exhibe la realidad local en las distintas provincias y que permita además una evolución natural del sistema . Igualmente, entendemos que aún en la marco de las Constituciones más anacrónicas y restrictivas en materia municipal como las de Mendoza o Buenos Aires, es factible prever una amplia libertad para que -sobre una base de principios comunes y generales establecidos en la ley- cada municipio distrital o departamental organice, a partir de ordenanzas del Concejo Deliberante, el funcionamiento y la organización de las comisiones municipales, según sus propias características y necesidades, en una forma similar a como las constituciones provinciales organizan genéricamente las estructuras de poder municipal, librando los detalles a las Cartas orgánicas.

Frente a las dificultades que presenta la creación de nuevos municipios en las provincias que todavía sostienen el anticuado sistema del municipio departamento, sostenemos que las Comisiones municipales son una alternativa inmediata y práctica para dotar de su necesaria autonomía de las diversas comunidad local, ya sea: a través de una reforma constitucional o la modificación legal de la carta orgánica municipal que corresponda.

6. Bibliografía

Ábalos, María Gabriela, 2006. Municipio y participación política. (Mendoza, EDIUNC.).

----- 2007. Municipio y poder tributario local. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Derecho tributario nacional, provincial y municipal. (Argentina Ad-Hoc S.R.L.).

Alberdi, Juan Bautista, 1992. Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. (Buenos Aires, Centro Editor de América Latina S.A Argentina).

-----1998. Derecho público provincial argentino (Buenos Aires, Argentina, Ciudad Argentina).

Anales del Primer Congreso Bonaerense de Derecho Público Provincial "Juan Bautista Albedi", 1984. La Plata, Buenos Aires, Argentina.

Anzoátegui, Victor y Martiré, Eduardo, 2001. Manual de Historia de las instituciones argentinas. (Buenos Aires, Argentina, Edic. Macchi, 6° edición actualizada).

Aramouni, Alberto, 2000. Derecho municipal. (Buenos Aires, Ed. Némesis).

Aristóteles, 1977. Obras. (España, Ed. Aguilar S.A.).

Armagnague, Juan Fernando, 2006. Constitución de la provincia de Mendoza. (Buenos Aires, Argentina, Colección La Ley Comentada. La Ley S.A.E. e I).

----- 1999. Constitución de la Nación Argentina (Mendoza, Argentina, Ediciones Jurídicas Cuyo).

----- 2004. Estudios sobre estado, constitución y política. (Mendoza, Argentina, Editorial "Martín Fierro").

Badeni, Gregorio, 1994. Reforma constitucional e instituciones políticas. (Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc S.R.L.). Varias ediciones.

----- 1999. Instituciones de derecho constitucional. (Buenos Aires, Argentina Ad-Hoc- S.R.L.).

Bidart Campos, Germán, 1964. Derecho constitucional. T.I. (Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar).

----- 1983. Manual de derecho constitucional argentino. (Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar).

----- 1967. Derecho Político. (Buenos Aires, Editorial Aguilar, segunda edición aumentada).

- Borja, Jordi, 1987. Organización y descentralización municipal. (Buenos Aires, EUDEBA).
- Borja, Jordi y Castells, Manuel, 1997. Local y Global. La gestión de las ciudades en la era de la información. (Madrid, España, Ediciones Taurus).
- Cormenin, Luis María de Lahaye, 1822. Temas de Derecho Administrativo. (París, Francia, Ridler, 2 vol.).
- Brügge, Juan Fernando y Mooney, Alfredo Eduardo, 1994. Derecho Municipal Argentino, (Córdoba, Argentina, Ediciones Mateo García).
- Fukuyama, Francis, 1.999. La gran ruptura. La naturaleza humana y la reconstrucción del orden social. (Buenos Aires, Argentina, Editorial Atlántida S.A.).
- 2.004. La construcción del estado. Hacia un nuevo orden mundial en el siglo XXI. (Barcelona, España, Ediciones B, S.A.).
- 2.007. América en la encrucijada. Democracia, poder y herencia neoconservadora. (Barcelona, España, Ediciones B, S.A.).
- Frías, Pedro J., 1980. Introducción al Derecho Público Provincial. (Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma).
- 1988. El proceso federal argentino. (Lima, Perú, Separata de "Ius et Praxis", Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, n° 11,).
- 1997. Conductas públicas: una mirada superadora de la institucionalidad argentina. (Córdoba, Argentina, Ed. Depalma).
- 1989. Las nuevas constituciones provinciales. (Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma).
- Frías, Pedro J. y otros, 1987. Derecho Público Provincial. (Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma).
- Grimberg, Carl – Ragnar Svanström, 1982. Historia Universal. El Alba de la Civilización. (Bs. As., Argentina, Ed. Círculo de Lectores S.A., T. 1).
- Heller, Hermann, 1992. Teoría del Estado (Buenos Aires, Argentina, Fondo de Cultura Económica S.A.).
- Hernández, Antonio María (h), 1988. Temas de derecho municipal mendocino. (Mendoza, Argentina. Municipalidad de Mendoza).
- 1984. Derecho municipal. (Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, Vol. I).

- 1989. Las nuevas constituciones provinciales. (Buenos Aires, Depalma).
- 1997. Derecho municipal. Teoría General. (Buenos Aires, Argentina, Ediciones Depalma, Vol. I).
- 2003. Derecho municipal. Parte General. (México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- 2009. Federalismo y constitucionalismo provincial. (Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot S.A.).
- Holland, John, 2004. El orden oculto. (México, Fondo de Cultura Económica).
- Hobbes, Thomas, 1994. Leviatán: La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil. (Barcelona, España, Ediciones Atalaya, S.A.).
- Martinez Marin, Antonio. Consideración para una comprensión real de la administración periférica en España. (digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201).
- Montbrun, Alberto, 1992. Algunas consideraciones en torno a la cuestión territorial en el derecho municipal argentino. Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, nº 76, Año 8.
- 1992. La responsabilidad de los funcionarios municipales en la doctrina, en la constitución, en la ley 1079 y en la jurisprudencia. San Rafael, Mendoza, Argentina, III Jornadas Provinciales de Contadores Municipales.
- 1996. Justicia municipal de faltas: su perfil en el derecho argentino. La Ley, T. A.
- 1992. La base territorial de los municipios. (Publicado en el Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Año VIII, Agosto).
- Ornstein, Robert. 1994. La evolución de la conciencia. Los límites del pensamiento racional (Barcelona, España, Emecé Editores).
- Protagoras de Abdera, 1977. Fragmentos y Testimonios (Buenos Aires, Argentina, Editorial Aguilar Argentina S.A.).
- Pérez Guilhou, Dardo y otros, 2003. Derecho público provincial y municipal, (Buenos Aires, Argentina, La ley, Volumen I, 2º Edición actualizada, Serie de libros universitarios).

----- 1960. Instalación del Régimen Municipal en Mendoza. La Plata, Buenos Aires, Argentina, T. XXXIV, La Plata, Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, T. XXXIV.

Pérez Guilhou, Dardo, Seisdedos, Felipe y otros, 1995. Derecho constitucional de la reforma de 1994. (Buenos Aires, Argentina, Depalma). II). Varias ediciones.

Rosatti, Horacio, 2001. Tratado de derecho municipal. (Buenos Aires, Argentina, Rubinzal, Culzoni Editores, T. I, II, III y IV).

Sieyes, Enmanuelle J. ¿Qué es el tercer estado? (karaoke, esnis.com/doc/...--Que-es-el-Tercer-estado).

Spencer, Wells, 2007. El viaje del hombre, una odisea genética. (México, D.F., Editorial Océano de México, S.A.).

Storni, Julio Horacio, 1949. El municipio como institución. (Buenos Aires, Abeledo).

Toffer, Alvin, 1985. La tercera ola. (Buenos Aires, Ediciones Orbis S.A.).

Töennies, Ferdinand, 1975. El conflicto entre comunidad y sociedad. (La Rioja, Argentina, Ethnica: revista de antropología, ISSN 0210-5608, nº 10).

Tocqueville, Alexis, 1969. Del antiguo régimen y la revolución. (Madrid, España, Ed. Guadarrama).

Valenzuela, Edgardo, 2002. Reformas de la constitución de Mendoza. (Mendoza, Argentina, Editado Fundación Santa María).

----- 2.001. Un nuevo modelo de gestión municipal. Un ejemplo sistémico de participación ciudadana. (Mendoza, Argentina, id Soluciones Gráficas).

----- 2.001. La emoción motor del cambio y evolución. El orden y el caos en la vida humana. (Mendoza, Argentina, id Soluciones Gráficas).

----- Tesis doctoral. Universidad de Mendoza, calificada con aprobada, distinguida.

Cita de este artículo:

VALENZUELA, E. (2013) "Comunidad local y municipio"
Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2013, Año 3, Vol. 1.
pp. 24-61. Recuperado (Fecha de acceso), de
<http://iniure.unlar.edu.ar>

EL PLAGIO, FLAGELO DE NUESTROS DÍAS.

Elsa Manrique

Abogada. Escribana. Especialista en Docencia Universitaria (UNCu) Título de Posgrado de Especialización en Derecho de Contratos y Daños de la Universidad de Salamanca-España, Doctorando (UNC), Profesora de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la (UNC y UNLaR), Directora de la Carrera de Escribanía (UNLaR), Directora del Instituto de Derecho Notarial (UNLaR).

Palabras claves:

Plagio, dolo, delito, derechos, autor.

Key words:

Plagiarism, fraud, crime, rights, author.

Resumen

El delito de plagio atenta contra los derechos fundamentales que provienen de la creación de una obra. Lesiona las facultades morales del autor sobre su creación. De ahí la importancia del tratamiento de este tema.

Abstract

The offense of plagiarism violates the fundamental rights that come from the creation of a work. Damages the moral authority of the author on his creation. Hence the importance of the treatment of this topic.

Introducción

El derecho de propiedad intelectual está consagrado en el Art. 17 de la Constitución Nacional, a saber: "...Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley...".

La ley de propiedad intelectual tutela la forma, la manera de expresión, y deja indemne el dominio público de la idea, la cual pertenece a la humanidad, Emery dijo al respecto:

"Las ideas consideradas en sí mismas no son obras y su uso es libre, No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas. El derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas, aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según sea el género al cual pertenezcan y a regular su utilización" (EMERY, 1999: 13).

El artículo 1ro de la ley 25.076 posee un contenido genérico, no taxativo, que permite examinar dentro de las obras señaladas a toda creación del intelecto, que mientras, sea original y novedosa, tienen igual tratamiento y amparo de la ley¹. En la Declaración Universal de los Derechos Humanos sostiene que "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y patrimoniales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".

Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia, coinciden en que no hay forma de propiedad tan legítima como la propiedad sobre las creaciones del espíritu y tiene derecho a ser protegida.

Para Rangel Medina el derecho de autor:

¹ Artículo 1º: A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas; en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción. La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.

“se designa al conjunto de prerrogativas que las leyes reconocen a los creadores de obras intelectuales externadas mediante la escritura, la imprenta, la palabra hablada, la música, el dibujo, la pintura, la escultura, el grabado, la fotocopia, el cinematografo, la radiodifusión, la televisión...y por cualquier otro medio de comunicación” (Rangel Medina, 1991: 88).

El tema que trataremos en este trabajo es el delito de plagio y afirmamos que quien comete plagio “usurpa” la obra que pertenece a otra persona e intenta hacerla pasar por suya.

La presencia indiscutida del plagio nos abruma a todos, se observa en la industria cultural, en Internet y en el ámbito académico. Muchas veces se debate la originalidad de las ideas. Algunos autores opinan que plagiar es un delito, para otros es un derecho.

Pero, en definitiva el delito de plagio atenta contra los derechos fundamentales que provienen de la creación de una obra. Lesiona las facultades morales del autor sobre su creación.

Hay permanentemente una avalancha de denuncias y juicios en torno a esta cuestión, sobre todo cuando se trata de un éxito, pues hay una fuerte motivación.

La difícil cuestión planteada, es de candente actualidad y además produce repercusiones muy importantes, pues se debe dar respuesta a la reproducción ilícita de las [obras](#) de propiedad intelectual que es proporcionada en nuestros días por los adelantos tecnológicos al alcance de todos. De ahí la importancia del tratamiento de este tema.

Concepto de Plagio

LA TORRE manifiesta que "el plagio constituye el más grave atentado al derecho de autor, pues en esencia significa desconocer la paternidad del autor, y por consiguiente, la relación que le une con la obra sustrayéndole a todo conocimiento e ignorándole toda aportación creativa". (LATORRE, 1994:175).

El plagio, radica en el uso del trabajo o las ideas de otro autor sin la adecuada mención de su nombre, el título de la obra y otros datos afines. El plagio puede ser no intencional, o por desconocerse la forma de citar o por falta de referencias bibliográficas en un texto escrito. Por lo cual, consideramos que puede ser evitado teniendo ciertos cuidados minuciosos al confeccionar los trabajos. Sea intencional o no intencional, el plagio es considerado como una falta grave.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe un concepto jurídico de plagio preciso y unívoco que permita establecer los límites de su noción jurídica.

Hay una concepción amplia de la figura según la cual el plagio puede contener desde la imitación fraudulenta de la obra de otra persona hasta la mera reproducción total o parcial de dicho trabajo, usurpando la condición o el nombre del autor o intérprete originario.

Por otro lado, existe una tesis restringida que distingue entre el plagio y la usurpación. Para esta doctrina, el primero, es la imitación fraudulenta de las ideas receptadas de la obra de otra persona. Ramírez Becerra, siguiendo esta tesis sostiene que:

"El plagio no es un concepto estrictamente jurídico, tiene su connotación un fuerte contenido ético y eso le da un valor especial, pues si bien no existe una mención expresa de "plagio" en la ley, si existe un valor ético que prohíbe que alguien que se atribuya un trabajo que no es propio o de una expresión que no es suya" (RAMIREZ BECERRA, www.juridicas.unam.mx).

El plagio, es un modo de hurto, quien plagia una obra posee la intención de mentir, de ocultar y de fingir. Ningún plagio es excusable, permitido o tolerable. Delgado Porras opina que el plagio es un apoderamiento ideal de una obra que pertenece a otro autor, haciéndola pasar como suya, o utilizando sus elementos para la elaboración de la creación ilegítima (DELGADO PORRAS, 1988:117).

El Glosario de Derechos de autor y derechos conexos de la Organización Mundial de Derecho de la Propiedad Intelectual define al plagio como “el acto de ofrecer o presentar como propia, en su totalidad o en parte, una obra de otra persona, en una forma o contexto más o menos alterado”(OMPI, 1988:182).

LA jurisprudencia, por su parte, sostuvo:

“Existe plagio si se reproducen, como si fueran propios, conceptos contenidos en un artículo publicado por otro, ofreciéndolos como fruto de una apreciación personal, aunque la reproducción no llegue al límite fijado por el art. 10 de la ley 11.723” (CNCIV, SALA E, "L.L.", t.60, p.549).

Un fallo jurisprudencial expresó:

"Hay plagio en general, cuando existe imitación de cierta magnitud respecto de la obra plagiada, no de la idea, cuando pese a diferencias triviales, variaciones, agregados o reducciones, la obra presenta en comparación con la anterior una semejanza tal que permita reconocer que se trata, en el fondo, de una misma representación individual”, (CNCiv., sala E, julio 28-1983, 153-SJ, ED, 114-684).

Asimismo, otro Tribunal manifestó:

“Habrá plagio en una compilación cuando se toma de una obra de ese género alguna cosa que le pertenece como propia, como la elección de las materias o la redacción, o el orden general o de los detalles, pero no lo hay cuando los materiales son de dominio público y el orden seguido en su arreglo es el único posible; los actos oficiales no caen en el dominio de la propiedad intelectual” (CNCiv., sala D, abril 30-1974), ED, 56-344.

Observamos, que la jurisprudencia y la doctrina citadas determinan de forma precisa que el plagio reside en la usurpación o atribución ilegítima de la autoría sobre una creación artística o científica ajena, ya sea total o parcial, literal o en esencia.

El Derecho Moral del Autor como bien jurídico protegido

El autor es el único, primigenio y perpetuo titular de los derechos morales de las obras de su creación. El derecho moral está vinculado e íntimamente unido al autor y es considerado inalienable, irrenunciable, imprescriptible e inembargable. La prestigiosa autora Lipzsysc expresa que: "El derecho de paternidad artística es el derecho del autor a que se reconozca su condición de creador de la obra". LIPZSYC, (1.993: 380).

El Derecho Moral del autor está conformado por un conjunto de facultades que resguardan su personalidad en correspondencia con su obra. La Decisión 351, Comunidad Andina de Naciones en su artículo 11 dispone al respecto:

"El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) Conservar la obra inédita o divulgarla; b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y, c) Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor (...). Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra".

Es así que podemos manifestar que corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables:

1. Disponer si su obra debe ser divulgada y en qué manera.
2. Establecer si la divulgación la realizará en su nombre o bajo seudónimo o anónimamente.
3. Reclamar el reconocimiento de la autoría de la obra.
4. Demandar el acatamiento a la integridad de la obra e reprimir cualquier distorsión, reforma, cambio que perjudique sus intereses o detrimento a su reputación.
5. Alterar la obra respetando los derechos obtenidos por terceros y los requerimientos de amparo de bienes de interés cultural.
6. La mayoría de las legislaciones reconocen el derecho de retracto o arrepentimiento o de retiro de la obra del comercio. Esta prerrogativa faculta al autor para revocar, incluso después de la publicación de la obra, cualquier cesión que haya otorgado sobre su derecho patrimonial, con la condición de indemnizar.

En relación de las facultades que constituyen el Derecho Moral del autor sobre su obra, el artículo 6to. bis, párrafo 1) del Convenio de Berna nos expresa:

“Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación”.

La figura del plagio, transgrede estas facultades. Pues, este delito puede estar encaminado a suplantar el nombre del legítimo autor por el de otro individuo, constituyendo un quebrantamiento frontal al derecho de paternidad.

En otras ocasiones el plagiarlo modifica la obra plagiada, tomando como propias ideas de la obra transgredida.

Asimismo, creemos que una obra que es la creación del espíritu o intelecto de su autor debe tener el destino que éste le propició y no puede sujetarse a los cambios del tiempo ni a los antojos de otros individuos.

El Derecho Patrimonial como Bien Jurídico Protegido

Como pudimos observar el derecho moral del autor no posee valor económico pues, se trata de una vinculación personalísima del autor con su obra.

No obstante, el autor tiene derecho a percibir una regalía como resultado de la elaboración de los frutos de su espíritu y su intelecto, es por ello que el autor posee la facultad de demandar el cobro de los denominados Derechos Patrimoniales de su obra. El derecho patrimonial o de explotación es el conjunto de facultades que le permiten al autor a autorizar o no la explotación económica de su obra por cualquier medio o procedimiento, y de obtener por esto ganancias económicas. (ANTEQUERA PARILLI, GÓMEZ MUCI, 1999:25).

"El plagio atenta no solo contra el derecho moral del autor (...), sino también contra su derecho patrimonial, ya que toda utilización no autorizada de una obra ajena lesiona el patrimonio del titular del derecho patrimonial, en tanto éste pudo haberse opuesto a dicha utilización y mensurar en dinero el costo de la misma" (IRRIBARNE , RETONDO, 1981 :20).

Colombet nos ilustra al respecto:

"El creador, además del honor, espera sacar provecho de la explotación de la obra. Así se reconoce universalmente que el autor debe percibir una remuneración por la utilización de la creación. Antes que nada debe hacerse dos observaciones generales en relación al valor pecuniario y su evolución a través de los siglos: por un lado el número de derechos específicos de los autores ha aumentado considerablemente como consecuencia de la evolución de la tecnología que ha multiplicado las formas de explotación" (COLOMBET, 1997:63).

La facultad económica que le corresponde al autor es exclusiva, disponible, expropiable, renunciable, embargable y transitoria, incluye el derecho exclusivo de autorizar o no la explotación de cualquier forma sus obras. Estos derechos pecuniarios son reconocidos por todos, las técnicas que incorporan estas prerrogativas son considerablemente distintas, por ejemplo, se observa que en algunos países otorgan un derecho general de explotación, sin detallar las formas de utilización, mientras que, por el contrario, en otras legislaciones determinan una enumeración de los derechos (COLOMBET, 1997:63).

En el ámbito del derecho patrimonial, entre otros, tenemos las siguientes prerrogativas:

- Derecho a la reproducción
- Derecho a la traducción
- Derecho a la modificación
- Derecho a la comunicación
- Derecho de distribución

El plagio, implica un agravio a los derechos patrimoniales del autor. El hecho de labrarse una reputación con el producto de la inteligencia de otra persona implica un perjuicio para el plagiado. La fama que obtiene el plagiario, es notoriedad que pierde el genuino autor. Indubitablemente, la fama de un autor, en las áreas del saber y de la cultura, posee un importante valor económico.

El autor no sólo se ve perjudicado en su patrimonio al padecer una explotación no autorizada de su obra, sino que además sufre la omisión de su nombre como autor de su creación, y la transformación dolosa de aquella para ocultar la identidad entre su obra y la imitación.

Otro bien jurídico Protegido

El Derecho de Autor como Derecho Humano fue incorporado en la Declaración Universal de Derechos del Hombre (1948) y reconocido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Teniendo en cuenta lo manifestado en estas Declaraciones consideramos que el Derecho de Autor resguarda otro derecho más importante que es el derecho a la cultura.

Es decir, que el delito de plagio no solo vulnera los derechos fundamentales que provienen de la creación de una obra, sino que atenta contra el interés público general en sus diversos aspectos, pues la obra plagiada engaña al consumidor y a toda la comunidad. Con la sustitución desaparece la relación que existe entre el verdadero autor y el fruto de su espíritu creador. De ahí la significativa importancia de la represión penal de la figura. Los bienes jurídicos que intenta resguardar la ley hacen forzoso su tratamiento a través de la vía penal.

Presupuestos para la configuración jurídica del plagio

El plagio puede configurarse mediante la copia total o parcial de una obra que pertenece a otra persona, siendo indispensable el conocimiento del plagiario de esta situación.

El conocimiento, sin embargo, se presupone cuando existen semejanzas entre ambas obras, que permite descartar la coincidencia casual. A los efectos de dicha apreciación debe tenerse en cuenta que dichas coincidencias no recaigan sobre circunstancias insustanciales o faltos de originalidad (Arce, Rodolfo Adrián c. Suar, Adrián y otros s/daños y perjuicios, CNCiv., sala E, 20/10/2005). La ley demanda el dolo del autor del delito.

En lo que a la protección penal de derecho de autor la profesora Delia Lipzyc expone que deben concurrir las siguientes condiciones: 1) que la obra esté protegida por la ley, 2) que la utilización no se haya realizado al resguardo de una limitación del derecho, 3) que esté vigente el plazo de protección, 4) que la conducta del agente esté conforme a una figura típicamente incriminada, 5) que el agente actúe con dolo.

Es decir, que debe verificarse que la conducta sea típica, antijurídica y culpable.

La mayor parte de la doctrina sostiene que para que se configure el delito de plagio se requiere de la concurrencia de las siguientes condiciones:

- a. Usurpación de la paternidad;
- b. Falta de consentimiento del autor;
- c. Divulgación y
- d. Dolo.

A continuación nos referiremos a estos presupuestos:

- a.- La ausencia de consentimiento del creador

La mayor parte de la doctrina afirma que la ausencia del consentimiento del autor es un elemento ineludible para la configuración del delito del plagio. (LEDESMA, 1992:266).

El autor puede autorizar la explotación de su obra para cumplir con la finalidad de ser difundida por cualquier medio conocido o por conocerse. Pero cuando el autor cede sus derechos de explotación de la obra a otra

persona, quien los recibe y explota no comete ningún delito, pues no se configura la figura de plagio porque el autor ha consentido dicha explotación.

La persona que, autorizada por el creador, explota económicamente la obra, procede en ejercicio de un derecho.

LATORRE afirma: "El consentimiento forma parte del acuerdo contractual de cesión, y carece de autonomía penal. En estos supuestos, la conducta es no solo penalmente irrelevante, sino que es jurídicamente justa" (LATORRE, 1994:298).

En consonancia con lo expuesto el artículo 17 del TRLPI (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) expresa:

"Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo los casos previstos en la presente ley"².

Asimismo, el autor no puede autorizar el plagio sobre su creación. Los derechos de paternidad y de integridad de la obra constituyen facultades morales del autor. El autor conserva y disfruta sus derechos morales y el ejercicio de los mismos, puede transferirlos a los herederos legítimos o a otra persona por disposición testamentaria.

Los derechos de autor constituyen uno de los primordiales derechos de propiedad intelectual, cuyo objetivo es brindar solución a los conflictos de intereses que surgen entre los autores de las creaciones intelectuales, los

² La Sección 2ª del Capítulo III del Título II del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre el tema, lleva por encabezamiento "DERECHOS DE EXPLOTACIÓN". Modificada por Ley 5/1998, de 6 de marzo.

editores y demás intermediarios que las distribuyen y las personas que las consume.

b.- La divulgación

El derecho de divulgación es el derecho que posee el autor de decidir si dará a conocer su obra y en qué manera, o si por el contrario la conservará en el entorno de su intimidad. Asimismo, este derecho comprende el derecho a comunicar en forma pública el contenido fundamental de su creación o una descripción de la misma. (LIPSZYC, 1.993: 159).

En armonía con lo expuesto el artículo 14 del TRLPI (Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) enuncia:

“que se entiende por divulgación de una obra toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma; y por publicación, la divulgación que se realice mediante la puesta a disposición del público de un número de ejemplares de la obra que satisfaga razonablemente sus necesidades estimadas de acuerdo con la naturaleza y finalidad de la misma”³.

El plagio, como figura jurídica, no se consuma por usurpar la paternidad de una obra o transformarla. El plagiarlo necesita indispensablemente para la perfección del tipo delictivo, la divulgación de la obra, sin importar que el agente haya logrado su cometido.

c.- La usurpación de la Paternidad del autor de la obra plagiada

Para que una obra sea protegida por la ley, es necesario que esté presente el requisito de la originalidad. Esa originalidad no implica que se trate de una “idea nueva”, es decir que no posea vínculos con elementos culturales anteriores. Ese no es el sentido de originalidad de una idea que le atribuye la ley de propiedad intelectual, pues sería inconcebible que una obra sea totalmente nueva, las ideas no pueden forjarse sin apelar a

³ Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, (capítulo 3, Sección 1: DERECHO MORAL). Modificada por Ley 5/1998, de 6 de marzo.

referentes preexistentes que permitan deducir e interpretar las expresiones del espíritu de sus autores.

Una obra para su protección debe indispensablemente poder ser distinguida de otras creaciones análogas, como así también debe revelar el ingenio de su creador y brindar su sello personal. Lipszyc expresa al respecto: "En materia de derecho de autor, la originalidad reside en la expresión –o forma representativa- creativa e individualizada de la obra, por mínimas que sean esa creación y esa individualidad" (LIPSZYC, 1993:65).

Es decir, que una obra es original en cuanto es propia de un autor y no de otro. Esto queda claro cuando el Tribunal señala que "El requisito de originalidad e individualidad implica que para la creación de la obra debe existir un espacio para el desarrollo de la personalidad de su autor (...) Igualmente, la originalidad sirve para diferenciar las obras protegidas por derechos de autor de las banales, de la vida diaria, rutinaria".⁴

Así lo reconoce el Tribunal Andino en el proceso 32-IP-97 al afirmar que:

"la originalidad –en el sentido de "individualidad"- como requisito existencial de la "obra" objeto del derecho de autor, no constituye solamente una elaboración doctrinaria, sino que es recogida en el plano del derecho positivo. Así, la Decisión 351 reconoce la protección a los autores sobre las "obras del ingenio" (artículo 1º), y a esos efectos define como autor a la persona física que realiza la "creación" intelectual, y a la obra como toda "creación" de naturaleza artística científica o literaria (artículo 3º)".

La falta de originalidad de una obra es una evidencia elocuente de la existencia del plagio. El plagio quita al creador la originalidad de su creación, su forma de expresión, su "huella personal".

Para Delgado Porras, este elemento de la infracción se verifica "como un apoderamiento ideal de una obra ajena bien haciéndola pasar como propia,

⁴ Resolución No. 286-1998-TPI-INDECOPI del 23 de marzo de 1998 de la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI, publicada en El Peruano el 26 de abril de 1998.

bien utilizando los elementos creativos de aquella para la elaboración de la obra ilegítima” DELGADO PORRAS, A. (1988: 117).

Esta usurpación de paternidad puede producirse porque el plagiarlo simplemente suprime el nombre del creador de la obra (denominada imitación servil) o que extirpe partes significativas de la ella para incorporarlas a su obra plagiaria (llamada imitación elaborada).

Consideramos que para que se configure el delito del plagio es necesaria la apropiación de las expresiones creativas y novedosas de una persona concebidas como el resultado de la producción del ingenio.

d.- Dolo en el plagio

Refiriéndose al delito de plagio, Rivero y Lugo manifestaron:

“De todas las violaciones éticas, el fraude es, posiblemente, la más abominable ya que es una violación deliberada y voluntaria de la verdad, tanto en su sentido intelectual como moral. Es, realmente, una deformación del valor intelectual de la verdad en todo lo que atañe a su función como objetivo inherente al quehacer científico” (Rivero y Lugo, 1984:18).

El actuar con dolo del plagiarlo presume que tiene conciencia y que comete el hecho delictivo en las condiciones en que se encuentra tipificado por la norma. Pero además, es preciso que el autor de plagio anhele realizar el hecho en esas condiciones. Así lo manifiesta la jurisprudencia: "El delito de plagio reside en la acción dolosa del plagiarlo decidido a vestir con nuevos ropajes lo ya existente, para hacer creer que lo revestido es de cosecha propia" (CNCRIM. Y CORR., SALA VI, 21/10/79, ED, 88-493).

En el delito de plagio el autor conoce que sustituye al autor de una obra, sabe que con su hecho se apropia de la manera de expresarse del autor, asimismo tiene conciencia que anhela ejecutar el delito en esas circunstancias. Para cometer este delito es ineludible que el autor del hecho conozca o pueda conocer que la obra que plagió no le pertenece.

Esta postura, que parte de la ajeneidad de la obra como elemento suficiente para configurar el dolo en el delito de plagio, ha tenido acogida en nuestros tribunales: "El plagio consiste en hacer que aparezca como propio lo que pertenece a otros, siendo la mala fe, o sea, el dolo inherente al acto

realizado y el daño producido, el arrebatarse esa propiedad intelectual" (CNCiv., sala D, abril 30-1974, ED, 56-344).

En igual sentido, se ha expresado que: "El dolo o la mala fe del plagio se le puede imputar en el conocimiento de la obra plagiada...", (CNCiv, sala c, septiembre 19, 1978, ED 174-202).

En otra oportunidad se manifestó:

" Se comete plagio todas las veces que un autor toma alguna cosa que es propia de la invención de otro y procura hacerla pasar por suya, sea un elemento de fondo o de forma, una situación, un desarrollo, una simple frase; y ello, aunque la obra presente diferencias triviales con respecto a la plagiada, rebuscadas intencionalmente para ocultar o disimular el hecho" (CNCiv., sala D, abril 30 1974, ED, 56-344).

Debemos tratar de lograr la concientización por el respeto a la propiedad intelectual, a la creación y transmisión del espíritu humano, entendiendo de que es la forma más eficaz para el desarrollo económico y cultural de una sociedad, de manera tal que si no se salvaguarda en forma debida, no existirán más instrumentos del conocimiento que nutran las necesidades intelectuales, económicas y sociales de las personas, y sin los cuales no podremos evolucionar.

Encuadre Jurídico del delito de plagio en nuestro país

El delito de plagio, como usurpación de la paternidad de una obra intelectual, efectuada a través de actos destinados para su ilegítimo aprovechamiento, en menoscabo de los derechos del creador de la obra, demanda de una acción típicamente punitiva, que establezca sus características y la sanción específica correspondiente, para dar cumplimiento al Principio de Legalidad Penal.

Actualmente, en nuestro sistema legal "La ley 11.723 no establece expresamente el plagio en su articulado, por lo que se lo debe considerar

contenido en la figura penal del art. 71 y, en cuanto incumbe una lesión al derecho de reproducción en el art. 72, especialmente en su inc. c."

El art. 71 de la ley 11.723 efectúa una remisión expresa al art. 172 del Cód. Penal. Esta remisión es únicamente quod poenam, es decir solamente se refiere a los efectos de la pena allí instituida. El art. 172 del Cód. Penal, dispone una pena de prisión para el delito de plagio de 1 mes a 6 años.

Debe indicarse que en virtud del instituto de Probation, acogido por el art. 76 bis del Cód. Penal, y la Condena de ejecución condicional prevista en el art. 26 del Cód. Penal, la pena de prisión ocasionalmente se efectiviza. Se trata de un delito de acción pública pudiendo incoarse de oficio o por denuncia.

La normativa legal tipificante del plagio debe tener los elementos estructurales o caracteres que la ciencia penal requiere para que el tipo delictivo no posea vicios que lo forjen inaplicable, consideramos que el delito de plagio se podría incorporar a la Ley sobre Derechos del Autor en una futura reforma legislativa nacional.

Protección de la propiedad intelectual en el Derecho Internacional

El derecho de autor es territorial por naturaleza, esto implica que el resguardo en virtud de una ley de derecho de autor determinada sólo se concede en la nación donde se aplica esa ley. Por tal motivo, a fin de resguardar las obras fuera del país de origen, es forzoso que se celebren acuerdos con los países donde se utilizan las obras.

A continuación mencionamos algunos de esos acuerdos referentes a los derechos de autor:

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre. Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica). Marca notoria (protección). Convenio de París de 1925. Análisis de la Jurisprudencia Internacional: La protección legal del derecho moral del autor en la creación intelectual. Usurpación local de marca extranjera. Protección de los derechos informáticos. La protección jurídica del soft y en especial de las bases de datos. Motores de búsqueda en internet y Derecho de Autor. Los casos judiciales de la "generación Google". La marca en la era del merchandising: Caso jurisprudencial de la C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 3ª, 8/7/2008 - Federation Internationale de Football Association v. Carrefour Argentina S.A. Patentes de invención. Normas internacionales que regulan las marcas en Argentina: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), aprobado por la ley 24425. Convención de Montevideo sobre Marcas de Fábrica y Comercio de 1889. Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, arts. 1 a 12 del Acta de Lisboa, aprobado por ley 17.011 y art. 13 in fine del Acta de Estocolmo, aprobado por ley 22.195.

La Legislación internacional vigente señala como objeto del Derecho de autor, a las obras del ingenio, en el entorno literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad y que deben ser protegidas.

Conclusión

Los derechos de autor son fundamentales para la creatividad del hombre al brindar a los autores reconocimiento y recompensa por sus trabajos. Estos derechos garantizan a los creadores de obras la divulgación de las mismas sin temor a que se efectúen copias no autorizadas. Además, contribuyen a suministrar el acceso, engrandecimiento y el disfrute de la cultura a las personas.

Actualmente, los nuevos medios tecnológicos empleados en forma ilícita pueden crear serias dificultades a la comunidad que legítimamente intenta desarrollar su actividad intelectual creadora.

Los autores de diversas obras dedican su tiempo y esfuerzo, para luego observar como otros individuos, de modo ilícito, se adjudican la creación de sus trabajos.

Por tales motivos, la justicia debe actuar con rapidez y seriedad en la lucha contra el plagio.

El plagio es una amenaza ya que permite observar las implicancias que esta conducta incorrecta genera. Se trata de la manera más burda de violar el derecho de un autor, constituyendo la forma más nociva y peligrosa de lesionar sus prerrogativas.

Bibliografía

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo y GÓMEZ MUCI, Gileni, (1999). Legislación sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Jurídica Venezolana. Caracas.

BECERRA RAMÍREZ Manuel, (1998). (COMPILADOR-VARIOS AUTORES), Estudios de Derecho Intelectual en Homenaje al Profesor David Rangel Medina, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

BERCOVITZ Alberto, (2004). Apuntes de Derecho Mercantil, Quinta Edición (revisada, ampliada y puesta al día), Ed. Aranzadi, Navarra, España.

BERCOVITZ Alberto, (2002). Introducción a las Marcas y otros Signos Distintivos en el Tráfico Económico. Ed. Aranzadi, Navarra, España.

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, (1993). Tratado de Derecho Industrial. Ed. Civitas. Madrid.

CHAVES, Antonio, (1986). El plagio. Memorias del I Congreso Internacional Sobre la Protección de los Derechos Intelectuales (en homenaje a la memoria de Roberto Goldschmidt). Universidad Católica "Andrés Bello". Caracas.

CARMONA S., Concepción, (1998). La nueva Ley de Propiedad Intelectual. Ed. Montecorvo. Madrid.

COLOMBET, Claude, (1997). "Grandes principios del derecho de autor y los derecho conexos en el mundo", Ediciones UNESCO.

DELLA COSTA, Hector, (1971). El Derecho de Autor y su Novedad. Ed. Cathedra. Buenos Aires.

DELGADO PORRAS, A., (1988). Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual. Ed. Civitas. Madrid.

EMERY, Miguel A. (1999). Propiedad Intelectual. Ed. Astrea. Buenos Aires.

EMERY, Miguel Angel, (1986). "La protección de los modelos y obras de arte o ciencia aplicada al comercio o a la industria en la ley 11.723 y en el decreto ley 6673/632", Revista Jurídica La Ley, Argentina.

GÓMEZ SEGADE José Antonio, (1974). El Secreto Industria, Edit. Tecnos, Madrid.

IRRIBARNE, Rodolfo y RETONDO, Hilda, (1981). Plagio de obras literarias. Ilícitos Civiles y Penales en Derecho de Autor. IIDA. Buenos Aires.

JALIFE DAHER Mauricio, (1998). Comentarios a la Ley de la Propiedad Industria, Ed. McGraw Hill-Serie Jurídica, México.

LANGENAUER, Inés B., (1994). "El software en la ley 11.723", Revista Jurídica El Derecho, 132.

LATORRE, Virgilio, (1994). Protección Penal del Derecho de Autor. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia.

LEDESMA, Julio C., (1992). Derecho Penal Intelectual. Ed. Universidad. Buenos Aires.

LIPSYC, Delia, (1993). Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA. Buenos Aires.

LIPSYC Delia y VILLALBA Carlos A., (2001). "EL Derecho de autor en Argentina". LA LEY, Fondo Editorial de Derecho y Economía, Buenos Aires.

MUÑOZ CONDE, Francisco, (2001). Teoría General del Delito. Segunda edición. Ed. Temis. Bogotá.

OBÓN LEÓN J. Ramón, (1996). Derecho de los Artistas Intérpretes (actores, cantantes y músicos ejecutantes), Ed. Trillas, México.

RANGEL MEDINA, David, Derecho de la propiedad intelectual e industrial, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, Méjico.

RAMIREZ BECERRA, Manuel, "El trabajo académico, plagio y derecho de autor", www.juridicas.unam.mx.

SINGER, Ignacio Juan, (1977). "Los derechos de autor y sus implicancias" prácticas, Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina, IV.

VILLALBA, Carias Alberto, (1986). "La ética en la tutela de las obras" intelectuales, Revista Jurídica La Ley, C.

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E. (2013) "El plagio, flagelo de nuestros días" *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2013, Año 3, Vol. 1. pp.62-81.
Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

VIOLENCIA FAMILIAR. VIOLENCIA CONTRA LA MUJER EN LAS RELACIONES DE PAREJA

María Verónica Ruii

Abogada, Juzgado de Niñez, Juventud y
Violencia familiar de Quinta Nominación,
Secretaría Seis – Poder Judicial de Córdoba.
Adscripta del Programa de investigación
"Estructuras y estrategias familiares de ayer y
de hoy" CIECS, CONICET-CEA, UNC.
Adscripta docente de la Cátedra de Derecho
Privado VI, Facultad de Derecho y Cs. Soc. UNC.

Palabras claves:

*Violencia hacia la mujer;
relación de poder y asimetría
en las parejas; legislación
sobre violencia familiar;
estadísticas.*

Key words:

*Violence against women;
relationship of power and
asymmetry in couples;
legislation on family violence;
statistics.*

Resumen

En las relaciones de pareja -matrimoniales o convivenciales-, la violencia del hombre hacia la mujer ha sufrido un importante crecimiento cuantitativo y cualitativo en los últimos años, lo que es puesto en evidencia en los datos estadísticos proporcionados por organismos del Estado nacional y de los Estados provinciales. Sin embargo, no se trata de una problemática de reciente aparición, por el contrario, es un flagelo que hace siglos afecta gravemente a la sociedad de nuestro país y de todo el mundo. Constituye el resultado de prácticas culturales destinadas al sostenimiento de un sistema patriarcal tradicional, caracterizado en el ámbito intrafamiliar por la relación de poder existente entre los miembros de la pareja. Con el presente trabajo se persigue indagar las construcciones históricas y culturales que perpetúan

esta modalidad de violencia y analizar las medidas y respuestas que para su prevención y cese ha implementado el Estado a través de legislación específica sancionada sobre esta problemática.

Abstract

In marital relationships or convivial, male violence against women has been a major quantitative and qualitative growth in recent years, which is revealed in the statistical data provided by government agencies national and provinces. However, there is an emerging problem, however, is a scourge for centuries seriously affects society in our country and around the world. It is the result of cultural practices aimed at sustaining a traditional patriarchal system characterized in the domestic sphere by the power relationship between the partners. In this paper seeks to investigate the historical and cultural constructions that perpetuate this kind of violence and analyze the measures and responses to prevention and cessation has implemented through the State enacted specific legislation on this issue.

I. Introducción

La violencia -en sus distintas manifestaciones- constituye un fenómeno que en las últimas décadas ha tenido un alarmante crecimiento no sólo respecto a la cantidad de hechos violentos que se producen cotidianamente, sino también, respecto a las modalidades de su ejecución.

La manera en que este fenómeno se expande en las sociedades de todo el mundo ha llevado a numerosos autores a denominarla "pandemia social".

Conforme a esto, si se realiza una mirada general a la sociedad argentina se puede observar que se suscitan situaciones de violencia en los más variados ámbitos, ya sea laboral, mediático, vial, cultural, socio-económico, político, deportivo o familiar; lo que pone de manifiesto la existencia de una problemática que nos afecta gravemente y a la que no podemos seguir ajenos.

El presente trabajo versará sobre el análisis de una de sus manifestaciones, que es la violencia familiar y particularmente, la ejercida

contra la mujer en las relaciones matrimoniales o en uniones convivenciales.

Se pretende indagar sobre las prácticas culturales e históricas que contribuyen a su existencia; examinar las características comunes que se pueden apreciar en la modalidad del vínculo que mantienen estos sujetos; las posibles consecuencias que genera en quien la padece; el elevado porcentaje de casos de violencia en los que la mujer es la víctima, y por último, las respuestas que el Estado brinda a los fines de su prevención y cese, haciendo especial hincapié en la legislación dictada en la materia.

II. Concepto de Violencia, Violencia familiar, Violencia contra la mujer y Violencia contra la mujer en el ámbito familiar

Etimológicamente, violencia proviene del latín violentia, derivado de la raíz "*violo*", que significa atentar o violar. En el diccionario de la Real Academia Española encontramos distintas acepciones de dicho término, a saber: cualidad de violento; acción y efecto de violentar o violentarse; acción violenta o contra el natural modo de proceder.

La Organización Panamericana de la Salud en el Informe mundial sobre violencia y salud del año 2003, define a la violencia como:

El uso deliberado de la fuerza física o el poder, ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones y atenta contra el derecho a la salud y la vida de la población. (En PICCARDI (director), ROSEMBERG (co-director) y OTROS, 2010: 149)

Cuando la fuerza física o el poder son usados deliberadamente para causar un daño a un integrante de la familia, se denomina violencia familiar o doméstica. El Comité de Ministros del Consejo de Europa en el año 1985 conceptualiza a la violencia intrafamiliar como:

Toda acción u omisión cometida en el seno de la familia por uno de sus miembros y que menoscaba la vida o la integridad física o psicológica, o incluso la libertad de otro de los miembros de la

misma familia o que causa un serio daño al desarrollo de su personalidad. (En OSSOLA, 2011: 179).

En la definición precedente son enunciados los derechos vulnerados en los casos de violencia familiar, ellos son: la vida, la integridad física y psicológica, la libertad y la personalidad de los miembros de una familia. Todos estos constituyen derechos humanos cuyo pleno goce debe ser garantizado por el Estado.

Si bien en los episodios de violencia en las relaciones de pareja cualquier miembro puede ser la víctima, es oportuno aclarar que según los datos obtenidos de informes elaborados por la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aproximadamente en el 85% de los casos la víctima es la mujer, lo que pone en el tapete la existencia y vigencia de pautas sociales y culturales que mantienen la posición de subordinación de esta con relación al hombre. Al respecto María Inés Amato afirma que

La violencia ejercida contra la mujer es un fenómeno universal; los patrones particulares de dicha violencia y las causas de los mismos sólo pueden ser totalmente comprendidos y remediados dentro de conceptos sociales y culturales específicos. Cada sociedad cuenta con mecanismos que legitiman, oscurecen, niegan y por lo tanto perpetúan la violencia. (En GABRIELE – PERALTA OTTONELLO, 2008: 87).

La Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Ley 26.485 enuncia que:

Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal.

Específicamente al regular en su artículo 6 la violencia contra la mujer en el ámbito familiar afirma que es:

Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que

dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.

Puede observarse que a los fines de la protección de la mujer establece un criterio amplio sobre la relación que une o unió al agresor y a la víctima para ser encuadrada en un caso de violencia familiar, ya que comprende relaciones de noviazgos o que al momento de producirse el hecho violento, ya han finalizado.

Desde otra arista, es fundamental enfatizar que en las situaciones de violencia familiar en las parejas, los hijos aparecen como sujetos de violencia indirecta, es decir, como testigos de la violencia -que en la mayoría de los supuestos- es ejercida por el progenitor o pareja de su madre hacia ella. Esto produce consecuencias gravemente dañosas en los niños, niñas y adolescentes, pudiendo ocasionar, entre otros, trastornos de ansiedad, depresión, manipulación y una mayor exposición a repetir en su adultez este tipo de abuso. Dicha situación debe también ser valorada por las autoridades administrativas y judiciales al momento de abordar la problemática y de disponer medidas para su prevención y cese.

III. Rol de la mujer en la relación de pareja a lo largo de la historia. Avance del ámbito público en el ámbito privado

La mujer y los niños, niñas y adolescentes han sido y aún son las *víctimas predilectas* de la violencia familiar. Por ello, es fundamental indagar el posicionamiento que la mujer ha tenido en la relación de pareja y en la sociedad a lo largo de la historia que ha permitido la existencia y expansión de este fenómeno. "En las sociedades tradicionales patriarcales la relación jerárquica y de autoridad sustentada en la superioridad masculina constituía un ingrediente fundamental de los mecanismos de género" (GHIRARDI, 2008: 17/33).

En la antigüedad, la mujer casada se encontraba sujeta a la autoridad y al control de su marido a quien le debía obediencia; no disponía ni administraba sus bienes, los que en la mayoría de los casos, luego de celebrado el matrimonio pasaban a ser propiedad de aquel. Cabe agregar, que el esposo tenía legalmente el derecho de disciplinar a su esposa y de castigar aquellos comportamientos que consideraba inapropiados.

Durante la Edad Media, en distintos Estados europeos y americanos se sancionaron leyes de castigo que regulaban el derecho del hombre a golpear a la mujer. En virtud de esas leyes, los esposos podían "disciplinar" a sus esposas si los contradecían o no cumplían las órdenes que les impartían. Así, por ejemplo, en el derecho francés, el marido de una mujer que se quejaba podía propinarle golpes de puño en la cara y fracturarle la nariz, como una marca de deshonor. En el derecho inglés la mujer casada perdía sus derechos civiles y se convertía en un bien inmueble de su esposo. (DOBASH, EMERSON-DOBASH RUSSELL, traducido por DE LA RÚA, MERCEDES, 1994:17/37).

La Iglesia y el Estado durante siglos tuvieron una participación activa en la perduración del sistema patriarcal tradicional, y por lo tanto, en la subordinación de la mujer a la autoridad de su marido. La esposa estaba reducida al ámbito privado, tenía a su cargo las tareas del hogar y el cuidado del esposo y de los hijos, como una función inherente a su naturaleza y que no podía desconocer o controvertir.

A partir del Siglo XVIII empezó a discutirse sobre el poder de corrección que detentaban los esposos, pero fue recién en el Siglo XIX que comenzaron a aprobarse leyes que les prohibían propinar castigos a sus mujeres. (DOBASH-DOBASH, traducido por DE LA RÚA, 1994:17/37). La violencia intrafamiliar era considerada como un asunto privado que alcanzaba sólo a los integrantes de la familia que la sufría, que debía ser resuelta por ellos y sobre la que el Estado no debía intervenir salvo situaciones muy graves.

En la Década del 70 comenzó a tratarse la violencia familiar en el ámbito del derecho y de las otras ciencias. Se produce la intromisión de lo público en lo privado y se empieza a concebir la idea de que este flagelo es una cuestión social que habilita la intervención del Estado.

Cándida Araque de Navas afirma que "la honra y dignidad de la familia tiene sentido en la medida en que sus relaciones se basan en la igualdad de

derechos y deberes de sus integrantes. Para garantizar esa condición se sanciona cualquier forma de violencia que se realice en la intimidad del hogar, a través de autoridades de orden administrativo o penal.” (ARAQUE DE NAVAS, 2006:371/386). Estimo que lo expresado precedentemente constituye el fundamento que justifica la intervención de las autoridades administrativas, legislativas y judiciales en esta problemática.

Un aspecto a destacar es la invaluable participación que tuvieron los movimientos feministas en el proceso de cambio sobre la concepción del rol de la mujer. Estos movimientos lucharon activamente por el reconocimiento de los derechos de las mujeres en todos los aspectos de la vida y contribuyeron a que este flagelo *traspase las cuatro paredes de una casa*. Es innegable que las mujeres han luchado para lograr una mayor independencia con relación al hombre, para que se les reconozca su capacidad plena y para gozar de derechos que le corresponden por su condición de persona.

Si bien se ha avanzado en el tratamiento de este fenómeno, todavía algunos países, a través de su sistema legal reconocen y legitiman una relación asimétrica y de poder del marido hacia la esposa y regulan sanciones gravísimas para los casos de comportamientos que consideren inapropiados por parte de ellas. Es indudable, que estos sistemas legales son el reflejo de pautas culturales, sociales y religiosas de esas sociedades.

Pero no es menos cierto que numerosos Estados que reconocen la igualdad de las personas independientemente de su género y que establecen leyes y políticas públicas de protección de las mujeres y de prevención de la violencia; en la práctica, este flagelo no sólo existe sino que las estadísticas demuestran su incremento cuantitativo y cualitativo.

Lo expresado pone de manifiesto que existen pautas culturales y sociales que de alguna manera legitiman la violencia ejercida por el hombre contra la mujer con la que mantiene una relación de pareja. Así, la creencia de una superioridad innata del hombre con relación a la mujer o la concepción que ella debe ocuparse del marido, de los hijos y de las tareas del hogar, como una mandato natural, debiendo tener escasa participación en la toma de decisiones transcendentales de la familia o en la administración del dinero han permitido sostener a través del tiempo el sistema patriarcal tradicional.

IV. Ciclo de la violencia conyugal o en uniones de hecho

Leonor Walker al investigar sobre violencia familiar trabajó la teoría del ciclo conyugal violento y distinguió tres estadios:

1. Acumulación de tensiones en la pareja
2. Eclósión aguda de violencia por parte del abusador
3. Luna de miel o amor arrepenido. (WALKER, 1979, en BRUNO Y OTROS, 1993:14)

El primer estadio se caracteriza por la existencia de pequeños episodios que generan roces, malestares o tensiones leves entre los esposos o convivientes, y que paulatinamente se hacen más frecuentes y más graves.

En el segundo estadio toda esa tensión que a lo largo del tiempo fue acumulándose, provoca la explosión y se produce el hecho violento.

El tercer estadio se caracteriza por el arrepentimiento del agresor, las promesas de que cambiará y de que los hechos no volverán a suceder, es lo que se conoce como el estadio de la reconciliación; sin embargo, durante el transcurso del tiempo, las pequeñas tensiones aparecen y la violencia se repite (en la mayoría de los casos) con mayor gravedad e intensidad. Es decir, se produce nuevamente el ciclo de violencia.

Con relación al crecimiento cuantitativo y cualitativo de la violencia en la pareja, la Lic. Laura Silveti expresa claramente la manera en que dicho incremento se produce a lo largo del tiempo. Así, afirma que

El autor comienza en el inicio de la relación coartando paulatinamente la libertad de su mujer o novia. La libertad de expresarse, de reunirse...todo esto lo realiza bajo el pretexto del gran amor que siente por la mujer y los celos que le provoca compartirla con otras personas. La mujer acepta porque cree que así es querida...Luego...deja de tener la posibilidad de hacer uso del dinero...La acción represiva se extiende: la sola perspectiva de vinculación de la mujer con otra persona se convierte en causa de golpe o abuso emocional...La violencia física y emocional tienden a aterrorizar a la mujer, la va privando de todo contacto con el afuera. Es allí, a través de la anulación de la mujer como persona y la supresión de todo contacto con el afuera, junto a la violencia física, donde se evidencia el contenido opresor del autor; el

objetivo es detentar el poder, convertirse en auténtico dueño de la víctima...La presión que él ejerce sobre ella va creciendo conforme avanza el tiempo. (SILVETTI, 1992:136/139).

De lo relatado precedentemente, puede apreciarse que la violencia conyugal o de pareja provoca un grave daño en la salud mental de quien la padece y cercena paulatinamente su autodeterminación.

De las manifestaciones realizadas por las víctimas en las denuncias o en las audiencias ante los magistrados surge claramente la relación de control que el agresor ejerce sobre ellas. Dicho control se realiza de diversas maneras, en las mayorías de los casos, varias de ellas se conjugan. Un tipo de control es el económico, el dinero es manejado y administrado por el marido, la mujer debe recurrir a él hasta para poder realizar compras mínimas y generalmente no le permite trabajar o si lo hace, el sueldo que percibe debe entregárselo a aquel. Este tipo de control genera violencia económica, la que constituye una aliada para los otros tipos de violencia, sea física, psicológica o sexual, ya que limita en gran medida la libertad de la mujer lo que se agudiza cuando hay hijos menores o cuando se encuentra en la etapa de la adultez y tiene muchos años de casada o convivencia, y carece de apoyos externos.

Otro tipo de control es el que se ejerce sobre las relaciones sociales, de a poco se va impidiendo mantener un fluido contacto con amigos y con la familia. En algunos casos se impide hasta la posibilidad de conversar con los vecinos.

También se puede mencionar el control que consiste en que la mujer no puede salir de su casa cuando y a donde lo desee. En algunos casos, sólo puede hacerlo acompañada por su pareja.

V. Estadísticas

A los fines de reflejar en la práctica los distintos aspectos analizados hasta este punto, se indagarán los datos recogidos en la estadística elaborada por la Oficina de Violencia Doméstica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el año 2010 dicha oficina presentó un informe respecto a 12584 casos confeccionados en su sede durante el período comprendido entre el 15 de Septiembre del año 2008 hasta el 31 de Julio del año 2010.

Del mencionado informe puede destacarse: que el total de personas denunciadas fue de 12762. De ellas, 1825 fueron mujeres y 10937 fueron varones. Es decir, el 86% de las personas indicadas como autoras de hechos de violencia son varones y el 14% son mujeres.

El total de personas afectadas fue de 16603. De ellas, el 80% fueron mujeres y el 20% restante, varones. De las mujeres afectadas, el 19% fueron niñas y adolescentes (0-18 años).

En cuanto a la relación que une a las personas afectadas y denunciadas la relación de pareja predominó con un 85%.

Respecto al tipo de violencia, la mayor cantidad de casos fue violencia psicológica con el 90%, luego se encuentra la violencia física con el 67%, la económica con el 30% y la sexual con un 12%.

VI. Marco legal de protección de la mujer. Convenios Internacionales. Ley Nacional 26485

Con la reforma constitucional del año 1994, nuestra carta magna mediante el artículo 75 inciso 22 incorpora con jerarquía constitucional la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). La mencionada Convención preceptúa que

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:
a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

En esta norma los Estados partes reconocen la existencia de prácticas culturales y sociales que sostienen el sistema patriarcal tradicional y la necesidad imperiosa de su superación para que tanto hombres como mujeres sean reconocidos como sujetos democráticos y sus derechos humanos básicos respetados.

A nivel interamericano, la República Argentina ratificó en el año 1996 la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém Do Pará". Este cuerpo legal sentó un principio orientador en el abordaje de los casos de violencia familiar en los

que es víctima una mujer, al establecer en su artículo 3 que "Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado."

En su Artículo 2 contempla expresamente la violencia sufrida por la mujer en el ámbito familiar, siendo conveniente aclarar que no receptó la violencia económica. Regula que:

Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual.

Cabe destacar que comprende dentro de la violencia familiar, relaciones entre el hombre y la mujer se encuentren o no vigentes, adoptando un criterio amplio.

En su artículo 6 regula que "El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:...b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación."

Dicho texto legal -al igual que la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer- recepta el derecho de la mujer a ser valorada libre de prácticas culturales, sociales e históricas que la colocan en una situación de inferioridad.

Respecto a los deberes de los Estados partes agrega que deberán adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Es decir, los Estados partes, entre ellos Argentina, se comprometieron a diseñar y gestionar políticas públicas que sean apropiadas para la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer, entre ellas, la sufrida en el ámbito familiar.

A nivel nacional, fue sancionada el 11 de marzo del año 2009 la Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Ley 26485, que en su artículo 2 preceptúa

La presente ley tiene por objeto promover y garantizar:

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2013- A3.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

- a) *La eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida;*
- b) *El derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia;*
- c) *Las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos;*
- d) *El desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres;*
- e) *La remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres;*
- f) *El acceso a la justicia de las mujeres que padecen violencia;*
- g) *La asistencia integral a las mujeres que padecen violencia en las áreas estatales y privadas que realicen actividades programáticas destinadas a las mujeres y/o en los servicios especializados de violencia.*

Respecto a los tipos de violencia receptados por la norma, a los ya regulados en las Convenciones internacionales mencionadas, es decir, la violencia física, psicológica y sexual, prevé dos tipos más, estos son la violencia económica y la simbólica.

VI. Leyes sobre violencia familiar sancionadas a nivel nacional y en la provincia de la Rioja

En este punto, se realizará una revisión general a nivel nacional y provincial sobre algunos aspectos regulados en las leyes dictadas sobre la problemática.

A nivel nacional se sancionó el 7 de diciembre de 1994 la **Ley de protección de violencia familiar, Ley 24417** a los fines de la prevención y cese de las situaciones de violencia intrafamiliares.

Respecto a obligación de denunciar, el mencionado plexo normativo afirma que en los casos que las víctimas fuesen menores de edad, incapaces, discapacitados o ancianos pesa dicha obligación en sus representantes legales y Ministerio público. Que están obligados a denunciar los profesionales de la salud, los servicios asistenciales, sociales o educativos o cualquier funcionario público en razón de su labor.

A los fines de hacer cesar la situación de violencia existente, la ley faculta al juez competente a dictar medidas cautelares para la protección de la víctima, pudiendo disponer, entre otras, la exclusión del hogar del agresor, el reintegro de la/s víctimas a la residencia familiar, la prohibición de presencia del agresor en los lugares que frecuenten las víctimas, cuotas alimentarias, tenencia y régimen comunicacional provisorio. También le corresponde a dicho magistrado establecer el plazo de duración de las medidas que dicte.

Dentro de las 48 horas de haber dispuesto las medidas cautelares, el magistrado convocará a una audiencia de mediación e instará a los sujetos involucrados a participar en programas educativos o terapéuticos.

El juez puede disponer la realización de un diagnóstico familiar por parte de un equipo interdisciplinario especializado en violencia familiar a los fines de evaluar los daños físicos o psíquicos sufridos por las víctimas, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia.

De las denuncias realizadas se pondrá en conocimiento a los organismos gubernamentales dedicados a la prevención de la violencia, la asistencia a las víctimas y la protección de los niños, niñas, adolescentes y la familia.

Teniendo presente la organización federal del Estado Argentino el ámbito de aplicación de la mencionada ley es la Ciudad de Buenos Aires, por lo que en su artículo 9 invita a las provincias a dictar normas de igual naturaleza.

La ley nacional fue reglamentada mediante el **Decreto Reglamentario 235/96**. Dicho decreto regula aspectos fundamentales para la efectiva aplicación de la ley.

En esta línea, establece que las denuncias deberán ser realizadas mediante formulario, lo que permite al magistrado al disponer las medidas cautelares de protección ponderar ciertos indicadores de riesgo que surgen de los antecedentes consignados en la denuncia. A su vez, facilita la elaboración de registros sobre este fenómeno.

Dispone la creación de centros de información y asesoramiento sobre violencia física y psíquica, que funcionarán en organismos públicos del Estado y que tendrán por finalidad asesorar y orientar a quienes lo soliciten sobre los alcances de la Ley y sobre los recursos disponibles para la prevención y atención de los casos de violencia familiar. Es importante resaltar que sólo se refiere a dos tipos de violencia, no mencionando la violencia sexual y económica.

Consagra el principio de reserva de las actuaciones y el de gratuidad del acceso a la justicia. Contempla que no se requiere asistencia letrada al momento de realizar la denuncia.

Dispone la creación de un Cuerpo Interdisciplinario de profesionales con formación especializada en violencia familiar que deberá prestar apoyo técnico en los casos que le sea requerido por los Juzgados. En estos supuestos, el equipo deberá elaborar en el plazo de 24 horas, un diagnóstico preliminar para que el magistrado pueda evaluar sobre la situación de riesgo y disponer las medidas cautelares previstas en la ley que sean adecuadas para ese caso.

En los supuestos que el juez hubiese ordenado la asistencia a tratamiento psicológico o para adicciones, los sujetos involucrados podrán realizarlos en los organismos públicos o instituciones privadas que se encuentren anotados en el Registro de equipos interdisciplinarios a cargo de la autoridad de aplicación de la mencionada ley.

Establece la creación de un cuerpo policial especializado que prestará colaboración directa a los jueces competentes en la materia en los casos que así lo requieran.

Prevé la creación de un Registro de denuncias, por agresor y por víctima, en el que constarán los datos obtenidos del formulario de denuncia y los resultados de los casos planteados.

Por último, es dable mencionar que prevé que el Ministerio de Justicia será el encargado de coordinar los programas que sean elaborados para la difusión de campañas de prevención de la violencia familiar.

Las pautas reguladas en la presente ley fueron observadas por las provincias al dictar su normativa local.

Los gobiernos locales de nuestro país han sancionado leyes específicas sobre violencia familiar que comprenden los supuestos de violencia contra la mujer, pero no se ha logrado a la fecha un adecuado diseño de la política pública para abordar la problemática o una adecuada implementación de la política pública diseñada lo que ha provocado el crecimiento cualitativo y cuantitativo de la violencia contra la mujer en el ámbito familiar y de la violencia familiar en general.

Por cuestiones prácticas, a nivel local, el análisis se limitará a la legislación sancionada en la materia por la provincia de La Rioja. Dicha provincia el 22 de octubre de 1998 sancionó la **Ley 6580**, para la

prevención, erradicación y sanción de la violencia familiar y su **decreto reglamentario 1039/99** tuvo su aparición el 26 de octubre de 1999, un año después de que fuese sancionada la ley.

Es dable agregar que el 9 de marzo del 2006 fue sancionada la **Ley 7959, de Ayuda para mujeres víctimas de violencia familiar**.

La Ley 6580 persigue dos objetos que se encuentran íntimamente ligados: uno es el resguardo de la institución familiar como célula básica y fundamental de toda comunidad y el otro, es la prevención, erradicación y sanción de todo tipo de violencia dentro del grupo familiar.

Respecto a los sujetos alcanzados, siguiendo lo contemplado en el art. 1 de la Ley 24417, en su artículo 2 regula que se entiende por grupo familiar al originado por el matrimonio civil o por las uniones de hecho que presenten signos inequívocos de permanencia. Por su parte el decreto reglamentario no regula sobre este artículo. De esto surgiría que la ley recepta una concepción restrictiva de familia.

Con relación a la obligación de denunciar, sigue el criterio establecido a nivel nacional, al regular que cuando los damnificados fuesen menores o incapaces, ancianos o discapacitados, los hechos de violencia deberán ser denunciados por sus representantes legales y/o Ministerio Público; que también están obligados a denunciar los servicios asistenciales, sociales y educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público en función de su labor. Pero dicho artículo agrega, que también se encuentran obligados a denunciar las personas que hayan fehacientemente tomado conocimiento de los hechos de violencia.

A su vez, el Decreto reglamentario 1039/99 establece que la denuncia deberá efectuarse dentro del plazo máximo de 72 horas de la toma de conocimiento de la situación de violencia, salvo que por motivos fundados que hagan a la protección de la seguridad de la víctima, resulte conveniente interponerla en otro momento.

El mencionado decreto agrega que a los fines de realizarse la denuncia no será necesario presentarse acompañado por asistencia letrada.

El decreto reglamentario prevé que la denuncia será realizada mediante un formulario específico que permitirá al magistrado -al momento de adoptar una medida- contar con un mínimo de datos que proporcionen elementos sobre el nivel de riesgo que se evidencia en ese caso.

Es dable agregar que los plexos normativos analizados consagran los **principios de gratuidad de acceso a la justicia** y de **resguardo de la intimidad o reserva**.

La Ley 6580 regula el deber del magistrado de solicitar a los equipos interdisciplinarios pertenecientes a su fuero o a los organismos públicos especializados la elaboración de diagnóstico familiar y la facultad de solicitar la colaboración de todas las entidades públicas o privadas dedicadas a la protección de los menores, las mujeres y la familia, a los efectos de brindar asistencia a las personas afectadas por los hechos denunciados.

Entre las medidas que el juez puede disponer a los fines del cese de la violencia familiar y de evitar que se repitan nuevos episodios violentos, la ley regula: la exclusión del agresor de la vivienda donde habita el grupo familiar; el reintegro al domicilio a petición de las víctimas que has debido salir del mismo por razones de seguridad personal; la prohibición del acceso del agresor al domicilio del damnificado, a su lugar de trabajo o de estudio y a pedido de parte; la prohibición de que el autor realice actos de perturbación o intimidación a alguno de los integrantes del grupo familiar y decretar provisoriamente cuota alimentaria, régimen comunicacional y tenencia, en caso de que la víctima fuere menor, incapaz o anciana desvalida, podrá otorgar la guarda protectora.

Sobre este punto es oportuno mencionar que distintas legislaciones locales prevén que el magistrado puede también ordenar el alojamiento de las víctimas en algún albergue o sitio seguro cuando no tiene un lugar donde permanecer; incautar armas o prohibir la comunicación por cualquier medio del agresor con las víctimas.

Expresamente aclaran en sus decretos reglamentarios que la mención de las medidas es de carácter meramente enunciativo y que los magistrados se encuentran facultados para disponer todas aquellas que sean necesarias para proteger la vida, la integridad de las personas, la libertad y seguridad personal, así como asistencia económica y resguardo de sus patrimonios. De esta manera, el juez tiene a disposición un abanico de medidas que podrá ordenar según su discrecionalidad, a los efectos de proveer las que sean adecuadas en el caso concreto para salvaguardar los derechos de las víctimas.

Respecto a alojamiento de la víctima en algún albergue o sitio seguro, la Ley 7959 establece que el Estado Provincial deberá prever un lugar de

contención primaria para la mujer y sus hijos, siempre que la justicia determine que deba abandonar su domicilio por razones de seguridad y hasta tanto sea reintegrada al mismo.

Luego de ordenadas las medidas de protección el juez convocará a los sujetos involucrados y al Ministerio público a una audiencia e instará a la asistencia a tratamientos terapéuticos si así resultare necesario.

De este modo se consagra el principio de inmediatez que implica el contacto personal del magistrado con las partes involucradas, la posibilidad de escucharlas para poder conocer cuál es la situación que esa familia vivencia, y de este modo, tratar la problemática de manera satisfactoria, tomando medidas que sean efectivas para que los episodios de violencia no se repitan dentro de ese grupo familiar.

Considero conveniente aclarar que el proceso judicial es un proceso urgente, ya que lo que se pretende es hacer cesar la violencia; por ello, la gravedad de la demora y la demostración -aunque no sea acabada- de la verosimilitud del derecho invocado, justifican la facultad del juez de disponer las medidas previstas por el plexo normativo sin un contradictorio, ya que en estos procesos la finalidad no es sancionar al agresor, sino por el contrario, poner fin a la situación de violencia.

No puede perderse de vista que en los casos de violencia familiar se presentan dos cuestiones, por un lado, el deber de disponer medidas que salvaguarden los derechos de las personas que padecen violencia y hagan cesar la violencia sufrida, y por otro lado, el derecho constitucional de defensa del agresor.

Una forma de compatibilizar estos extremos es, a mi entender, con la audiencia prevista por la ley, ya que en dicha oportunidad el agresor acompañado por su letrado patrocinante puede ejercer su derecho de defensa.

Es fundamental hacer hincapié en que la intervención del juez procede en los casos de urgencia para evitar que la violencia se propague o se repita. Su intervención es a los fines de tomar todas las medidas pertinentes para restablecer los derechos vulnerados a las personas involucradas y brindarles protección. Es la función ejecutiva quien debe crear e implementar políticas públicas que de una manera integral abarquen la problemática y que estén orientadas a prevenir la violencia y consecuentemente, erradicarla.

Con base en lo manifestado, es cardinal destacar que debe evitarse la judicialización de la violencia familiar. Sobre esto, algunos investigadores expresan que

En el proceso de intervención en situaciones de violencia hay que considerar diversas estrategias donde el aspecto legal es sólo uno de los factores, donde las medidas judiciales tienen un carácter subsidiario en la estrategia, donde lo que se busca es que la decisión de la separación sea incorporada como una decisión de la propia víctima, donde la medida judicial se torne como una medida que favorezca un proceso de desvictimización. (ORTOLANIS, 2010: 167).

Desde otra arista, el decreto reglamentario 1039/99 conforme al criterio establecido a nivel nacional, regula la creación de un cuerpo policial especializado que deberá actuar en auxilio de los jueces cuando así lo requieran y prestará servicios a los particulares ante situaciones de violencia familiar.

Por último, en aquellos casos de violencia familiar contra la mujer la Ley 7959 regula que el Consejo Provincial de la Mujer deberá brindar asistencia material, psicológica y legal, en todo el ámbito de la Provincia, a la mujer víctima de violencia familiar y/o conyugal que acredite carencia de recursos económicos y haber iniciado las acciones judiciales correspondientes, sin perjuicio de las medidas cautelares previstas en el artículo 10 de la Ley 6580. Dicha ayuda consistirá en brindar, a través de un equipo interdisciplinario, asistencia material, legal y psicológica a la mujer durante el lapso de tres meses, prorrogables por tres meses más.

VII. Políticas públicas

Por último, se hará una breve consideración con relación a las Políticas públicas de prevención.

A diferencia de leyes dictadas sobre violencia familiar por otras legislaturas provinciales que describen que entienden por políticas públicas de prevención sobre esta problemática y que realizan un detalle más minucioso respecto a las tareas, responsabilidades y fines que implica, la Ley 6580 y su decreto reglamentario 1039/99 realizan una regulación sucinta sobre ellas. A su vez, siguen el lineamiento establecido a nivel

nacional en la Ley 24417 y su Decreto reglamentario 235/96 reproduciendo las regulaciones en ellos previstas.

Conforme a ello, el Decreto reglamentario 1039/99 expresa que corresponde al Consejo Provincial de la Mujer desarrollar informes permanentes, campañas de educación, capacitación, prevención de la violencia familiar y difusión de las finalidades de la Ley 6580.

Otro aspecto reglamentado es la creación dentro del ámbito del Consejo provincial de la mujer del Centro de asesoramiento a la víctima de violencia familiar, el que tendrá por finalidad asesorar y orientar sobre los alcances de la Ley, los recursos e instituciones disponibles para la prevención y atención de los supuestos que aquella contempla. Dicho centro contará con un cuerpo interdisciplinario.

Respecto a esto, se considera que debe ponerse énfasis en la capacitación y preparación de los agentes intervinientes, particularmente personal policial, de la salud y educación que tienen contacto directo e inmediato con las personas que padecen la violencia, lo que hace imperiosamente necesario que cuenten con las herramientas que les permita captar la situación de violencia y brindar la ayuda inmediata que la víctima requiere.

También regula la creación, dentro del ámbito del mismo Consejo, del Registro de denuncias sobre violencia familiar que tendrá como finalidad unificar la información suministrada por los distintos organismos estatales para evitar la superposición de datos y que se efectuará en base a datos tanto del agresor como de la víctima que surjan del formulario de denuncia y del resultado de las actuaciones.

Establece que constituye función del Consejo provincial de la mujer llevar el Registro de Organizaciones No Gubernamentales (ONG), existentes o que en el futuro se creen, donde se registrarán aquéllas que estén en condiciones de aportar equipos interdisciplinarios para el diagnóstico y tratamiento de la violencia familiar.

Dichas organizaciones o entidades públicas o privadas dedicadas a la protección de los menores, las mujeres y la familia, serán las encargadas de brindar asistencia terapéutica a los sujetos involucrados en situaciones de violencia familiar.

VIII. Palabras finales

Luego de haber analizado algunos aspectos normativos, históricos, sociales y fácticos sobre la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja surge como primera conclusión las graves consecuencias que provoca este flagelo en quien lo padece. En estos supuestos, junto a las consecuencias físicas, sexuales o económicas se produce un daño psico-emocional en la víctima que afecta su personalidad.

Es posible observar que si bien nuestro país ha dictado normas específicas sobre la problemática y ha ratificado convenciones internacionales para su abordaje, y que en la misma línea las provincias han sancionado sus propios ordenamientos, lo que implica la creación de un sistema legal de protección a la víctima de violencia familiar, en la práctica, las estadísticas demuestran que este flagelo -lejos de haber disminuido- se encuentra en alarmante aumento tanto de manera cualitativa como cuantitativa y que la mujer continua siendo la víctima predilecta de la violencia familiar.

Por ello, el Estado debe tomar medidas eficientes para su prevención y cese ya que es una realidad que afecta y produce graves consecuencias en quien la sufre y en toda la sociedad. Pero la intervención del Estado no debe ser arbitraria sino que tiene que ser realizada garantizando a todos los miembros de la familia el pleno ejercicio de sus derechos. En ésta línea, Cecilia Grosman afirma que "...La familia no puede ser objeto de la intervención institucional sino que tiene que ser sujeto participante de las medidas que se adopten...tiene que haber garantías en el proceso para todos los integrantes de la familia, víctima como autores de los hechos..." (GROSMAN, 1992: 27)

Es imprescindible superar las prácticas culturales y sociales que permiten el sostenimiento del sistema patriarcal tradicional y la concepción de una superioridad del hombre sobre la mujer. Las políticas públicas deben estar inspiradas en los principios de igualdad y equidad de todas las personas, el respeto por la diversidad y la solidaridad familiar.

Un paso en el camino de concientización social es la realización de campañas publicitarias de impacto que promuevan el conocimiento de los derechos de las personas, ya que nadie puede hacer valer derechos que ignora y que promuevan la erradicación de la violencia familiar. Como establece la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención de Belém Do Pará" es necesario establecer medidas específicas, inclusive programas para fomentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia y a que se respeten y protejan sus derechos humanos.

Dicha concientización también debe ser realizada mediante el estudio de esta problemática en colegios y universidades.

Conforme a ello, es primordial fortalecer el sistema educativo en su totalidad, ya que por medio de él los miembros de una sociedad reciben diversas herramientas para poder desarrollarse y progresar.

Desde otra mirada, a los fines de evitar el desgaste de recursos dentro de los organismos públicos que se producen por la falta de comunicación adecuada entre ellos, a los fines de unificar criterios en el tratamiento de la violencia familiar y de evitar que las personas que la padecen y que requieren una respuesta del Estado vayan de un lugar a otro sin poder obtener la información necesaria para recibir el apoyo que solicitan, es fundamental la existencia de adecuadas redes de comunicación entre los jueces, los organismos públicos y entidades privadas dedicados a la prevención y erradicación de la violencia familiar.

Un aspecto que requiere urgente tratamiento es el de la capacitación de los agentes intervinientes, sobretodo, policial, de justicia y administrativo dedicados al tratamiento de esta problemática y a los que realizan su labor en centros educativos, asistenciales y de salud a los fines de obtener las herramientas necesarias para poder detectar adecuadamente situaciones de violencia familiar.

Además de la capacitación destinada a los agentes intervinientes, también sería conveniente que exista un equipo que brinde asistencia psicológica al personal dedicado a esta tarea, ya que la problemática sobre la que trabaja diariamente puede afectarlo psicológicamente, sobre todo, en aquellos casos en que los resultados de la labor realizada no sean positivos, a los fines de que tenga elementos para superar la frustración que dicha situación le genera.

En otro aspecto, la política pública creada para el tratamiento de la violencia familiar debe comprender la existencia de equipos multidisciplinarios formados por psicólogos, médicos, trabajadores sociales, abogados, entre otros, en los centros de salud de distintas zonas barriales, lo que facilitará a los ciudadanos el acceso a la asistencia integral que necesita, generándole menor gasto de tiempo y de dinero, porque en muchas ocasiones son mujeres que tienen hijos y que no cuentan con apoyo familiar o comunitario que pueda prestarles colaboración en el cuidado de ellos.

Con relación a los tratamientos terapéuticos a los que deben asistir los sujetos involucrados es necesario mejorar los organismos que brindan dichos tratamientos, disponiendo los recursos materiales y humanos pertinentes para que su labor sea realmente efectiva mediante un trabajo profundo de acompañamiento.

Con base en todo lo mencionado anteriormente sobre la violencia económica y como esta afecta la libertad de la víctima de poder poner fin a la relación violenta, es necesario establecer programas de inclusión laboral de las víctimas de violencia familiar y de capacitación en oficios.

En fin, de todo lo desarrollado surge que se han dado los primeros pasos para prevenir y erradicar la violencia familiar, pero el camino es largo y difícil, por ello, la respuesta debe ser una labor seria y responsable del Estado y de toda la sociedad.-

XI. Bibliografía

- a. Araque de Navas, Cándida Rosa. (Año 2006). Ponencia Interacción del Derecho de Familia y Derecho Penal: Violencia intrafamiliar, XIV Congreso Internacional de Derecho de Familia en San Juan.
- b. Dobash, Emerson; Dobash Russel. Traducido por De la Rúa, Mercedes. (Año 1994). *Esposas: las víctimas preferidas de la Violencia conyugal*. En Centro de Asistencia a la Víctima del Delito. Victimología. Tomo 11. Córdoba: Editorial Advocatus.

- c. Gabriele, Orlando y Peralta Ottonello, Alejandro. (Año 2008). *Ley de Violencia Familiar de la Provincia de Córdoba*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- d. Ghirardi, Mónica. (Año 2008). *Familia y maltrato doméstico, Audiencia Episcopal de Córdoba, Argentina. 1700-1850*. En *História Unisinos, Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, Vol. 12.
- e. Grosman, Cecilia. (Año 1992). *Estudio sobre Violencia Familiar*. En Centro de asistencia a la Víctima del delito. *Victimología*. Tomo 6. Córdoba: Advocatus.
- f. Marchiori, Hilda; Rabinovich, Sandra; Sayago, Marcela; Luján, Marcela; Ricciardello, Rubén y Sánchez, Marcelo. (Año 1991). *Relación Autor-Víctima del Delito en el grupo familiar*. Córdoba: Marcos Lerner Editora.
- g. Méndez Costa, María; Vidal Taquini, Carlos; Córdoba, Marcos; Medina, Graciela y Solari, Néstor (Directores). *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. (Año 2010). Buenos Aires: La Ley.
- h. Ortolanis, Luis Eduardo, Director. (Año 2010). *Las familias ante intervenciones en violencia familiar: prácticas y estrategias familiares que se generan*. En Centro de perfeccionamiento Ricardo C. Núñez, *Violencia familiar y análisis de sentencias en el fuero civil, penal y laboral*. Tomo 4. Córdoba.
- i. Ossola, Alejandro. (Año 2011). *Violencia Familiar. Ley 9283*. Córdoba: Editorial Advocatus.
- j. Piccardi, Alfonso (director), Rosemberg Ricardo, (Co-director), Vezzano Darío, Defagot Luis, Fontaine Guillermo, Deerberg Karin, Fabre Amalia, De Uriarte Federico, Lhez Carlos. *Víctimas fatales de violencia familiar en la ciudad de Córdoba, período 2005-2009*. En Centro de perfeccionamiento Ricardo Núñez, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. *La interdisciplinariedad desde la investigación en el poder judicial de la provincia de Córdoba*. Tomo 6.
- k. Silvetti, Laura. (Año 1992). *El Proceso Vincular de pareja de la mujer golpeada*. En Centro de asistencia a la Víctima del delito, *Victimología*. Tomo 6. Córdoba: Advocatus.
- l. Suárez, María de las Mercedes. (Año 1997). *La Mujer como filtro de la Violencia Familiar*. Córdoba: Marcos Lerner Editora.

- m. Viano, Emilio. (Año 1994). *Victimización y los estereotipos culturales*. En Centro de asistencia a la víctima del Delito, *Victimología*. Tomo 6. Córdoba: Advocatus.
- n. Walker, Leonore. (1979). *The Battered Woman*. Harper and Rou. New York. En Bruno, Adriana; Mira, Alicia; Moro, Liliana; Sánchez, Miriam; Silvetti, Laura. *Mujer golpeada*. Córdoba: Marcos Lerner Editora. (Año 1993).

Cita de este artículo:

RUIU, M. V. (2013) ""Violencia Familiar. Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja" *Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2013, Año 3, Vol. 1. pp.82-105*. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO. LOS PLAZOS Y LA AFECTACIÓN DE DERECHOS.

Mariela Roxana Rodríguez

Abogada – Especialista en Docencia Universitaria
Diplomada en Asesoría Jurídica al Estado
Docente Universidad Nacional de La Rioja.
Asesora en el Tribunal de Cuentas Municipal
de La Rioja e Investigadora del Instituto de
Estudios Técnicos e Investigaciones del Secretariado
Permanente de Tribunales de la Rep. Arg.

Palabras claves:

Silencio; derechos;
deber; plazos;
administración.

Key words:

Silence; rights; duty;
times; administration

Resumen

La institución del silencio de la administración encuentra su razón de ser en la necesidad de otorgarle al administrado –en sus variantes- ciudadano, persona jurídica o agente público; la oportunidad procesal de facilitarle la revisión ulterior, ya sea en sede administrativa o judicial, de la inactividad administrativa considerándola como una infracción al orden constitucional en mérito al reconocimiento y garantías de los derechos.

Abstract

The institution of the administration silence finds its rationale in the need to give the run-in combinations-citizen, legal person or public officer, the procedural opportunity to provide any further review, either in administrative or court administrative inaction regarding it as an

infringement of constitutional order in merit recognition and guarantees of the rights.

Introducción

En muchas ocasiones las personas se ven obligadas a tratar con el Estado, con la Administración Pública; es entonces cuando frente a organismo del Estado traduce su dimensión de enano frente a un gigante: las largas filas, las carpetas llenas de papeles, los formularios a completar, los "rebotes" de ventanilla en ventanilla... forma la escenografía cotidiana del ciudadano frente a la Administración.

Conseguir que una gestión no se convierta en la pesadilla de un peregrinaje estéril, comienza por conocer cuáles son nuestros derechos y cuáles son las obligaciones de la Administración para con nosotros.

En relación al tema que nos ocupa, el administrado tiene los siguientes derechos:

- Peticionar a las autoridades (Art. 14 C.N.) y a obtener una pronta resolución (Art. 41 C.N.)
- Conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de un procedimiento administrativo (Art. 38 del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos -LNPA 19.549- y Art. 39 de la Ley de Procedimientos Administrativos de La Rioja Nº 4.044)
- A que todo acto administrativo sea motivado explicándose las razones de hecho y derecho que lo fundamentan (Art. 42 de la Ley 4.044)
- Demandar al Estado (Art. 43 de la C.N., Art. 18 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Art. 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 15 y 28 -2do. Parr- de la Constitución de La Rioja)
- Debido proceso adjetivo que comprende el Derecho a ser oído, ofrecer prueba y obtener una decisión fundada (Apartado 1º, 2º 3º del Art. 1 de la LNPA 19549)

Como contrapartida, la Administración tiene, entre otras, la obligación de:

- Comunicar por escrito las resoluciones pertinentes (Art. 42 Constitución de La Rioja)
- Decidir todas las peticiones formuladas (Art. 7 inc. C) de la LNPA

Lo expuesto me lleva a presentar la siguiente premisa: ¿Sabe el ciudadano que, cuando acude a peticionar, reclamar o denunciar, puede recibir como respuesta del Estado: la inactividad, la pasividad o el silencio? Y, que esta forma de manifestación es reglada o más bien amparada por el mismo ordenamiento que reconoció sus derechos?

Inactividad vs. Deber de resolver

La institución del silencio de la administración encuentra su razón de ser en la necesidad de otorgarle al administrado –en sus variantes- ciudadano, persona jurídica o agente público; la oportunidad procesal de facilitarle la revisión ulterior, ya sea en sede administrativa o judicial, de la inactividad administrativa considerándola como una infracción al orden constitucional en mérito al reconocimiento y garantías de los derechos mencionados ut supra.

Por consiguiente, es necesario distinguir entre inactividad material y formal de la administración. Es necesario distinguir entre inactividad material e inactividad formal:

Por inactividad material, se entiende una pasividad, un no hacer de la administración dentro del marco de sus competencias ordinarias. La inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la administración dentro del procedimiento: es la simple no contestación a una petición de los particulares. Mediante una petición provocatoria y la ayuda del silencio administrativo, se concreta la inactividad material de la administración en una inactividad formal provocada (Hutchinson, 2000, p. 356).

La administración tiene el *deber de resolver*, tal obligación se desprende de los principios del procedimiento administrativo de celeridad, economía y eficacia (Art. 109 Ley 4.044 y Art. 1 LNPA 19.549)

La obligación de tramitar el expediente con celeridad se manifiesta en: a) *el derecho al cumplimiento de los plazos*: en este sentido, la ley local (Art. 153 Ley 4044) establece que los plazos administrativos obligan por igual y sin necesidad de intimación alguna a los agentes administrativos y a los interesados en el procedimiento y b) *el principio de impulsión de oficio* que de acuerdo al art. 109 de la Ley 4.044, una vez iniciado un procedimiento administrativo, la administración esta específicamente obligada a darle su curso sin que se requiere la actuación recordatoria de los particulares.

El principio de economía persigue suprimir todas las dilaciones que no estén plenamente justificadas y sean irrelevantes en orden a la resolución definitiva del expediente y también, prevé la necesidad de que los funcionarios públicos adviertan a los particulares las deficiencias o fallas que observen en sus solicitudes a los efectos que sean subsanadas.

Por su parte, el principio de eficacia

Implica cumplir óptimamente los objetivos propuestos, los cuales ya están contemplados por el propio ordenamiento jurídico: atención e información al ciudadano, facilitar el ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones, tramitar el procedimiento sin dilaciones indebidas, actuar de manera objetiva e imparcial, motivar correctamente las decisiones; ergo, podría concluir que toda actuación administrativa que no redunde positivamente en el interés general habría de ser calificada como ineficaz (Nevado y Batalla, extraído web).

Sin embargo, es frecuente que la administración no resuelva ni a favor ni en contra y, teniendo el silencio el efecto que la norma le asigna, de modo alguno puede considerarse que este constituye un acto administrativo, sino por el contrario, es una ausencia de declaración de voluntad y manifestación.

La normativa riojana (Art. 25, 2º párr. Ley 4044) pareciera seguir este criterio al sostener que: *"El silencio de por sí, es tan solo una conducta inexpresiva administrativa..."*, sin embargo, concluye en otorgarle el mismo valor de una declaración de voluntad y asimilarle los efectos de un acto administrativo al establecer: *"...solo cuando el orden normativo expresamente disponga que ante el silencio del órgano, transcurrido cierto plazo, se considera que la petición ha sido denegada o aceptada, el silencio vale como acto administrativo"*

Técnicamente, la regla es que el silencio, como ficción legal, tiene un sentido negativo, es decir, desestimatorio de la pretensión del particular, por ello este se transforma en la herramienta que el afectado tiene para paliar la omisión administrativa y ejercer el derecho a obtener una respuesta en la siguiente instancia.

La excepción es otorgarle al silencio un sentido positivo mientras exista una norma jurídica que concretamente le otorgue tal carácter.

La variante de la normativa nacional, el art. 10 de la LNPA, es aún más reprochable en razón que equipara el silencio con la ambigüedad

En cuanto a las consecuencias jurídicas; mientras que el silencio es fáctica y jurídicamente definible, la ambigüedad, por el contrario discurre por un camino eminentemente subjetivista que suscitará en la práctica administrativa eternas discusiones: una decisión clara para la administración puede ser ambigua para el particular y esto remite a un problema de interpretación del acto administrativo que puede ser solucionado por vía de principios generales (Hutchinson, 2008, p. 123)

Los plazos y la configuración del silencio

La Ley N° 4.044 señala que: los plazos son obligatorios para la administración y los interesados; sin perjuicio del derecho que le asiste a estos últimos de solicitar una prórroga antes del vencimiento y el deber de la administración de concederlo mientras no perjudique a terceros. En cambio, son perentorios los plazos establecidos para interponer recursos administrativos.

Prevé también, plazos máximos; ya sea para continuar, producir o resolver trámites cuando los mismos no contengan previsión expresa en norma jurídica. Para el caso, nos interesa el establecido en el inc. f) del art. 158 de la Ley 4.044 que dice: -para resolver- "*Decisiones sobre cuestiones de fondo contenidas en peticiones de los interesados: veinte (20) días*"¹ Vencidos estos, el interesado podrá solicitar pronto despacho y, transcurrido cuarenta (40) días desde esta reclamación, constituye la existencia de la resolución denegatoria. Es decir que, mientras transcurren los dos plazos (20 + 40) el silencio realmente es una conducta inexpresiva –tal como lo

¹ Los días administrativos son los días hábiles

prevé el art. 25 de la mencionada ley- y obtiene entidad de respuesta negativa con la actuación del interesado que esta facultado a interponer el pronto despacho, el cual opera como una denuncia de mora que le exige a la administración un pronunciamiento concreto. No obstante, podría el administrado no hacer uso de esa facultad y esperar a que la administración le conteste; pero ¿hasta cuando?

La ley procedimental riojana (Art. 162 Ley Nº 4.044) sostiene que el incumplimiento injustificado de los términos o plazos previstos para el despacho de los asuntos administrativos, genera responsabilidad, imputable a los agentes directamente a cargo del trámite o diligencia y a los superiores jerárquicos obligados a su dirección y fiscalización; y que, (Art. 2 Ley 4044) la demora en el ejercicio de la competencia, o su no ejercicio cuando el mismo correspondiere, constituye falta reprimible, según su gravedad con las sanciones previstas en las normas especiales, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o política en que incurriere el agente.

Tal como lo señala el jurista riojano

El principio de celeridad en todos los trámites administrativos y judiciales, constituye un imperativo de la forma republicana de gobierno. Vale decir que toda demora de los funcionarios en el cumplimiento de los deberes a su cargo, se ubica fuera del sistema republicano, aun cuando se invoquen impedimentos personales. Y es así porque el funcionario público existe independientemente del individuo que ejerce el cargo (por eso el reemplazo, la sustitución, la subrogación). Sin embargo la morosidad se ha instalado como regla y la celeridad como excepción; de allí la creciente multiplicación de los amparos por mora (Mercado Luna, 2000, p. 206)

El amparo por mora es una petición judicial extra contenciosa (Mercado Luna, 2000) que está destinada a verificar la mora objetiva de la Administración (Creo Bay, 1987) mediante una orden del juez que solicita al funcionario un informe sobre el estado del expediente administrativo, para que explique, en el caso, las causas del atraso.

El Art. 28, segundo párrafo de la Constitución de La Rioja, expresa: *“Cuando una disposición legal imponga a un funcionario un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés debe ejecutarse el acto o cumplirse la abstención y sufre perjuicio material, moral o político por falta injustificada del cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su ejecución inmediata, quien previa comprobación*

sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario un mandamiento de ejecución o de prohibición según el caso"

La jurisprudencia provincial se ha pronunciado a favor de la operatividad de la normativa constitucional; no obstante, la Ley 6.766, reglamentaria del amparo por mora, se aparta de los precedentes y de la doctrina generalizada, estableciendo que la demanda recién podrá interponerse vencidos los plazos previstos en la Ley de Procedimientos Administrativos y transcurrido el término del pronto despacho -dice el Dr. Mercado Luna (2008)- *"Ese término es de 40 días, al cabo del cual se considera denegado el recurso. Ahora, bien, no se entiende muy bien porque, después de tal larga espera, recién se admitirá el amparo, ni tampoco para que servirá éste cuando la resolución impetrada ya se ha producido automáticamente (en sentido denegatorio) con el silencio. Al respecto, hubiese sido interesante tener en cuenta, al tratar la ley, el voto del Dr. Rivero en la causa: Aciar Mario Edgardo: "La solicitud del pronto despacho como condición previa para la viabilidad del amparo no constituye una exigencia legal insoslayable"*.

En el nivel nacional, la laxitud de los plazos es más gravosa si consideramos los establecidos en el art. 10 de la Ley LNPA: *"El silencio o la ambigüedad de la Administración frente a pretensiones que requieran de ella un pronunciamiento concreto, se interpretarán como negativa. Sólo mediando disposición expresa podrá acordarse al silencio sentido positivo. Si las normas especiales no previeren un plazo determinado para el pronunciamiento, éste no podrá exceder de sesenta días. Vencido el plazo que corresponda, el interesado requerirá pronto despacho y si transcurrieren otros treinta días sin producirse dicha resolución, se considerará que hay silencio de la Administración"*. En el art. 28 de esta ley de procedimientos incluye en su articulado, la acción judicial del amparo por mora, al establecer que: *"El que fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados- y en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable- sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, si la justicia lo estimare procedente en atención a las circunstancias, requerirá a la autoridad administrativa*

interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes.” La doctrina nacional no es unánime respecto a la relación entre el silencio y amparo por mora, algunos consideran que se excluyen, otros que deben utilizarse en orden cronológico y otros q sostienen que el afectado es quien decide que vía utilizar.

Conclusiones

La relación entre la Administración Pública y el ciudadano es jurídicamente la más compleja desde el punto de vista del conocimiento y la actuación de este último. Los medios de comunicación desde un lugar privilegiado, masivo, exponen con mayor frecuencia, por el rating o atracción que significa, las noticias o investigaciones sobre causas judiciales relacionadas con los delitos de homicidio, robo, estafa, secuestro, entre otros, que pertenecen al ámbito del derecho privado y en el cual, cualquier vecino es un avezado en procedimientos, agravantes, configuración del tipo penal, etc. de tales conductas antijurídicas.

Pero, nada sabe de la maraña administrativa que significa tener contacto, por el motivo que fuere, con el Estado a través de un procedimiento administrativo. La protección constitucional de determinados derechos, en este caso, a peticionar y a obtener una pronta resolución, no alcanzo a ser protagonista en la historia de los medios ni de la propia administración pública. La sombra que acompaña esta parte del ordenamiento jurídico es sostenida, la mayoría de las veces por los funcionarios en todas las épocas. Bielsa (1954) dice que: “la política del avestruz, es la forma práctica y corriente de todas las administraciones públicas, especialmente cuando quienes la dirigen no tienen la necesaria educación jurídica, y todo lo ven a través del prisma de la autoridad discrecional”.

Ocurre que en la práctica, los funcionarios públicos no son cuestionados por no resolver un determinado recurso o reclamo, y en cambio, consideran comprometida su responsabilidad en caso de resolver tales pretensiones. En

muchos casos, a su vez, prefieren que “el problema” lo resuelva la próxima administración o, en una mirada de más corto plazo, el funcionario que le suceda. En este escenario son indispensables las técnicas administrativas y judiciales para revertir esta situación y lograr que se respete el derecho republicano a obtener una decisión fundada (Cassagne, web).

La indefensión del administrado podría comenzar a revertirse instrumentando didácticamente una forma de publicidad en las oficinas públicas, a través de carteles significativos y accesibles al entendimiento de cualquier ciudadano, sobre sus derechos y específicamente, la explicación del procedimiento y plazos para cada trámite conforme al contenido de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 4.044.

Asimismo, aunque la doctrina no unifique criterios respecto a oportunidad en que se haga valer una u otra vía (administrativa o judicial) , para solucionar la inercia administrativa, se considera que la ficción del silencio fue creada para proteger al administrado a la luz del principio del informalismo que, entre otras cosas, comprendiéndola vulnerabilidad de este en su relación frente al Estado, permite acceder al procedimiento sin necesidad de patrocinio letrado ni conocimientos técnicos del derecho administrativo.

Referencias

Bielsa, Rafael (1954) “Sobre lo contencioso-administrativo”, Buenos Aires, Ed. Depalma, Pág. 133.

Casagne.com.ar/publicaciones, Extraído el 2 de julio de 2012 de la web.

Constitución Nacional Argentina.

Constitución de La Rioja.

Creo Bay Horacio, Ricas A. (1987) “El amparo”, Buenos Aires, La Roca, pág. 56.

Hutchinson, Tomas (2000) “El silencio administrativo en el nuevo código contenciosos administrativo bonaerense” Buenos Aires. Ed. Librería Platense, pág. 356.

Hutchinson, Tomas (2008) "Régimen de Procedimiento Administrativo Ley 19.549" Ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 123.

Ley de Procedimientos Administrativos de La Rioja N° 4.044.

Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y Decreto Reglamentario.

Mercado Luna, Ricardo (2000) Derecho Constitucional Provincial", Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, Pág. 206/207.

Nevado Pedro-Batalla Moreno, consultado el día 13 de julio de 2012 en www.acuentascanarias.org

Cita de este artículo:

RODRÍGUEZ, M. R. (2013) "El silencio administrativo. Los plazos y la afectación de derechos" *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2013, Año 3, Vol. 1. Pp 106-115. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LA DELIMITACIÓN DEL DOLO EVENTUAL Y LA CULPA CONSCIENTE EN LA JURISPRUDENCIAL LOCAL ¿UNA CUESTIÓN DE HERMENÉUTICA JURÍDICA O DE POLÍTICA CRIMINAL?

Sebastián Félix García Amuchastegui

Abogado, Especialista en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC), Diplomado en Derecho Procesal Penal por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Palabras claves:

Dolo, culpa, hecho, delito, justicia.

Key words:

Fraud, fault, indeed, crime, justice.

Resumen

Uno de los temas más arduo en el ámbito del saber penal lo constituye el hecho de delimitar, los justos límites distintivos, entre aquellas zonas de penumbras entre los tipos dolosos y culposos, pero más exactamente y, en lo que aquí interesa, entre el denominado dolo eventual y la llamada culpa consciente.

Abstract

One of the most difficult in the area of criminal know is the fact to determine, just limits distinguishing between those areas of darkness between intentional and negligent types, but more accurately and, as relevant here, between the so-called possible fraud and called conscious guilt.

I. Introducción.

Una de las cuestiones de más difícil solución en el ámbito del saber penal lo constituye el hecho de trazar, los justos límites distintivos, entre aquellas zonas de penumbras entre los tipos dolosos y culposos, pero más precisamente y, en lo que aquí interesa, entre el denominado dolo eventual y la llamada culpa consciente.

Dicho cometido que en apariencia involucra, únicamente, cuestiones de índole teóricas, trae aparejado en lo concreto, ante la ausencia de criterios unívocos (tanto en el ámbito doctrinario como jurisprudencial) un claro uso de argumentos, por parte de los operadores jurídicos, que no se condice con aquella idea rectora consiste en que la hermenéutica jurídica implica una dimensión razonable o práctica que no se reduce al argumento puramente racional o lógico formal.

Este fenómeno que en el ámbito actual se ve acrecentado por múltiples factores (v.gr: proliferación de fenomenologías de peligro conectadas a comportamientos desviados, apuestas, conductas arriesgadas de conducción gravemente alejadas del reglamento del Código de circulación, (TERRAGNI, 2009: 10) encuentra en el ámbito de la jurisprudencia, claros exponentes, los cuales, ante la disyuntiva de aplicar una u otra técnica de encuadramiento, provocan en algunos supuestos, un uso irracional y arbitrario de los términos jurídicos, que en muchos casos y en palabras de Marco Antonio Terragni conlleva a que, en la presente cuestión mucho sea aleatorio, toda vez que “ (...) *depende de la suerte (mala suerte para el justiciable) que se mencione o no en el proceso la locución dolo eventual (...)*” (TERRAGNI, 2009: 10), para obtener por consiguiente, una sanción severa, la cual no encuentra, en algunos supuestos, un correlato lógico con la verdadera conducta desenvuelta por el agente en el hecho sometido a decisión del juzgador, cuestión que, como bien lo ha sostenido en reiterada jurisprudencia el T.S.J de la Provincia de Córdoba, se debe escrudiñar para desentrañar los aspectos subjetivos del hecho.

Es dentro de ésta temática que se enmarca el objetivo del presente trabajo, el cual tiene como finalidad analizar, a partir de dos resoluciones

dictadas por distintos órganos jurisdiccionales de la Provincia de Córdoba en relación a una misma cuestión de hecho, si en definitiva la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente al momento de juzgar una conducta, se basa más en una cuestión de hermenéutica jurídica o en una cuestión de política criminal y si de ello se derivan consecuencias para la resolución de un caso concreto.

II. Reseña de los fallos.

Siguiendo un orden cronológico, en primer término, corresponde referirse a la resolución emitida por la Excma. Cámara de Acusación de ésta Ciudad de Córdoba para luego pasar revista al segundo fallo sometido a análisis, es decir, el dictado en ejercicio unipersonal de la jurisdicción, por el Señor Juez de la Cámara 7º del Crimen de ésta Ciudad, Dr. Carlos Ruiz.

En tal sentido, con fecha nueve de noviembre de dos mil nueve, la Excma. Cámara de Acusación procedió, mediante A.I n° 661 a dictar resolución en los autos caratulados **"Castro, Matías Daniel p.s.a homicidio simple, etc."** (Expte. Letra "C", N° 19, del año 2009), remitidos por el Juzgado de Control, Menores y Faltas de la ciudad de Carlos Paz, con motivo del recurso de apelación interpuesto por Andrea Elda Amigo, en carácter de defensora del imputado Matías Daniel Castro en contra del auto AI N° 30 del día 26 de marzo de 2009, dictado por el tribunal remitente.

En cuanto al hecho¹ que motivó la resolución respectiva, el mismo quedo fijado a partir de la plataforma fáctica determinada en la respectiva requisitoria de elevación a juicio, a saber:

"Que el día tres de marzo de dos mil siete, siendo aproximadamente la 01.00 hs, el imputado Matías Daniel Castro se dirigió al domicilio de Juan Manuel Palacios Sosa sito en calle Tolosa n° 2376, de Bº Maipú de la ciudad de Córdoba, a bordo de un automóvil Ford Ka color blanco, dominio CDK-651 debido a que

¹ Es dable señalar que el hecho que fue fijado en la respectiva acusación, a partir del cual, se basó la resolución de la Cámara de Acusación es de por si extenso en lo que respecta a la intimación. Sin perjuicio de ello, creo oportuno realizar una transcripción textual del mismo, toda vez que, de su simple lectura, es factible entrever la finalidad perseguida al enunciarlo de tal manera, es decir, la de realizar un relato en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo, lugar y personas que comprenda (tal como lo entendió el Fiscal de Instrucción interviniente) el verdadero correlato subjetivo de la materialidad de la conducta enrostrada por dicho representante del Ministerio Público al imputado en autos.

ambos habían acordado previamente dirigirse esa noche al Boliche La Estación, ubicado en la Comuna San Roque, Departamento Punilla, Provincia de Córdoba y para lo cual Matías Castro ya contaba con las entradas correspondientes las que había adquirido en un local de ropa denominado "Borne" ubicado en calle San Lorenzo y Bv. Chacabuco de Bº Nueva Córdoba; luego se trasladaron al domicilio de Leticia Buffa sito en calle Gil Barros N° 1826 de Bº Villa Argentina de la ciudad de Córdoba, lugar donde ascendieron ésta última y su amiga Anabel Eliana Picco. Una vez que se encontraban todos los nombrados dentro del automóvil mencionado, se dirigieron hacia la Estación de servicio Esso que se encuentra ubicada en Avda. 24 de Septiembre y Pringles, para cargar gas y nafta en el automotor, comprando cigarrillos, chicles, hielo, y seguidamente se dirigieron a un kiosco de expendio de bebidas alcohólicas ubicado en Avda. 24 de septiembre esquina general Deheza de Bº General Paz, y ahí adquirieron tres cervezas de un litro cada una cuyos envases habían sido llevados por Matías Castro desde su domicilio, además de tres cajas de vino de un litro cada una en envase tetabrick, una botella de Vodka de un litro y dos jugos Baggio de un litro cada una para posteriormente trasladarse todos en el Ford Ka blanco, dominio CDK-651 conducido por el imputado Castro hacia la Comuna de San Roque, al boliche "La Estación", haciéndolo por la Autopista Justiniano Posse hasta la variante Costa Azul y luego por Ruta E-55. Durante el recorrido señalado el imputado Castro que conducía el vehículo y sus acompañantes Palacios, Picco y Buffa bebieron durante el trayecto, dos cervezas de las adquiridas previamente, y al pasar por el control policial que se encuentra ubicado luego del peaje sobre la Autopista, escondieron las botellas de cervezas para no ser detectadas por el personal policial. Que al llegar al boliche alrededor de las 02.00 hs y a pedido de Matías Castro, un amigo de éste Alejandro Naidés, estacionó el Ford Ka en razón de que el prevenido no sabía realizar las maniobras correspondientes. Que durante la espera previa al ingreso del boliche en el estacionamiento, aproximadamente desde las 02.00 hs hasta las 04.00, el imputado Matías Daniel Castro junto a Juan Manuel

Palacios, Anabel Picco, Leticia Buffa y otras personas que no han podido ser identificados hasta el momento por la instrucción, consumieron el resto del alcohol que habían comprado en la ciudad de Córdoba y otras bebidas alcohólicas que habían llevado las personas que se acercaban al grupo, Que alrededor en las 04,00 hs. Matías Castro ingresó al boliche en el cual continuo ingiriendo bebidas alcohólicas, entre ellas Speed con Vodka. Que alrededor de las siete de la madrugada el imputado Castro salió del boliche y se dirigió a su vehículo en compañía de Juan Manuel Palacios y Florencia Córdoba, quienes se ubicaron en el asiento del acompañante, y de Leticia Andrea Buffa, Manuela Gorriti, Enzo Panizza y Anabell Picco, que se ubicaron en el asiento de atrás del rodado. En esa ocasión, antes de iniciar el regreso Anabell Picco le solicita a Juan Manuel Palacios que ante el estado de embriaguez que presentaba Matías Castro manejara el rodado, ante lo cual Juan Manuel Palacios le solicita a Matías Castro que le deje conducir el vehículo, a lo que este respondió que no, que no prestaba el auto.- En ese momento el imputado Castro se representó, que debido al estado de alcoholización que se encontraba y su limitada capacidad conductiva, podía causar una tragedia, resultado que despreció y continuó con su accionar iniciando el regreso. Para ello Matías Castro condujo el rodado por la Ruta E- 55, luego tomó la variante Costa Azul en dirección a la Autopista Justiniano Posse, a la cual accedió desplazándose por la misma a una velocidad superior a los 160 Km/hora, lo que sumado a su estado de embriaguez, su poca experiencia conductiva, y la cantidad de personas que se trasladaban en el rodado (siete) que le dificultaba manejar con comodidad, le impedía conducir el rodado en línea recta y mantenerse dentro de uno de los dos carriles de circulación, haciendo que el vehículo zigzagueara sobre la carpeta asfáltica, cruzándose de un carril a otro. Al llegar al Km. 22 de la Autopista Justiniano Posse, Provincia de Córdoba, mientras circulaba por el carril izquierdo, en dirección este oeste, a unos 20 metros en la zona del Bº Privado "Causana", el rodado conducido por Castro se cruzó al carril derecho, impactando violentamente contra la parte posterior del automóvil marca VW

Polo color verde, dominio BTS-033, conducido por Jesús Ramírez, que circulaba por el carril derecho en el mismo sentido de circulación, provocando que ambos vehículos cayeran a la banquina derecha y que el Ford Ka comenzara a dar tumbos, quedando ambos en el fondo de dicha zanja, luego de impactar los dos rodados con el muro de contención en distintos sitios. Como consecuencia del violento impacto se produjo el deceso de Enzo Panizza, Manuela Gorriti y Leticia Andrés Buffa determinándose como causa eficiente de la muerte traumatismo craneoencefálico en el primero y politraumatismo en las dos últimas; en tanto que Juan Manuel Palacios Sosa resultó con fractura de antebrazo derecho, María Florencia Córdoba con politraumatismo y fractura de radio derecha y Anabel Pico con fractura parietal derecha, fractura de sacro, hemoneumotórax derecho, hematoma frontoparietal izquierdo y fractura frontotempoparietal izquierda, lesiones todas de carácter grave, motivo por el cual se le asignaron a cada uno de ellos 60 días de curación e inhabilitación para el trabajo”.

Por su parte, en lo que respecta a la cuestión discutida, la misma quedó circunscripta, tal cual ya se adelantó, al tratamiento de la calificación legal aplicada por el tribunal *a quo*, toda vez que el restante punto de agravio expuesto por la parte defensora al momento de la interposición del respectivo recurso de apelación, es decir el relativo a la errónea valoración de los elementos de prueba a efectos de considerar acreditado, con grado de probabilidad, la existencia del hecho y la participación responsable en él del imputado, fue considerado por el tribunal interviniente como desistido (tácitamente) por la parte apelante.

En lo que respecta a la regla del caso o doctrina judicial, la Excma. Cámara de Acusación se valió de profusos argumentos de índole teóricos e incluso de sus propios antecedentes jurisprudenciales, para sostener que, en definitiva, la conducta desarrollada por Matías Daniel Castro debía quedar encuadrada en los delitos calificados legalmente como homicidio simple con dolo eventual (tres hechos) y lesiones graves (tres hechos) en concurso real (CP arts. 55, 79, 90). En dicha resolución, el mencionado tribunal de alzada, a partir del autor del voto sometido a análisis, es decir el Dr. Gabriel Pérez Barbera, sostuvo en prieta síntesis, que lo que en suma

debía determinarse era " (...) *si lo que efectivamente se representó el autor constituye, según una valoración objetiva (o jurídica), un peligro tal que justifique la mayor gravedad de la consecuencia penal y, además, si tuvo una posibilidad calificada o privilegiada tanto de prever la realización del tipo como de dirigir su conducta para evitar su producción (...)*".

A los fines de justificar el citado encuadre legal, el autor del voto mencionado², en apoyo de su tesis, efectuó un minucioso análisis de las construcciones dogmáticas elaboradas tanto a nivel local como foráneo, a los fines de distinguir los conceptos de culpa consciente o con representación y de dolo eventual. En tal sentido, sostuvo que "(...) *sólo cuando la posibilidad de prever la realización del tipo haya sido calificada (o privilegiada) será procedente, político-criminalmente, la mayor pena que implica la atribución a título de dolo (...)*" (el subrayado me pertenece). Asimismo se afirmó que la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente no depende "(...) *de que el autor se tome en serio un riesgo conocido, sino de que conozca un riesgo que se debe tomar en serio (en este sentido, HERZBERG, Rolf D., obra citada, p. 262), constituyéndose el dolo de este modo en una categoría eminentemente normativa (...)*".

Pero como fundamento principal a los fines de afirmar que Matías Daniel Castro había actuado con un obrar doloso, se sostuvo, a partir de los datos fácticos presentes en la causa, que la conducta del autor consistió en conducir su vehículo en estado de embriaguez (habiéndose colocado en ese estado voluntariamente), desarrollando en tales circunstancias maniobras generadoras de una muy elevada entidad de peligro. En este contexto, el imputado provocó, según lo entendió el tribunal, que su vehículo impactará con la parte trasera de otro vehículo, causando la muerte de tres personas y lesiones graves de otras tres, a quienes trasladaba en el automóvil.

Luego de reseñados en formas escueta los distintos aspectos del fallo emitido por la Excma. Cámara de Acusación de Córdoba, corresponde ingresar al análisis de la sentencia emitida por el Señor Juez de la Cámara 7º del Crimen de ésta Ciudad, Dr. Carlos Ruiz.

² Vale aclarar que la tesis doctoral del Dr. Pérez Barberá versó, principalmente, en torno al tema del dolo eventual y sus consideraciones no solamente teóricas sino también de aquellas que se dan en la praxis (ver en tal sentido: PEREZ BARBERA, Gabriel, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, 1ed. ed., Hammurabi, Bs. As., 2011).

Con respecto al hecho que motivo la sentencia, el mismo ya fue transcripto anteriormente. Sin perjuicio de ello, es de importancia señalar que el mencionado magistrado sostuvo:

“(...) que el plexo probatorio reseñado permiten tener por acreditados, con el grado de certeza exigido en esta etapa del proceso, ambos extremos de la imputación jurídico delictiva respecto al hecho por el que ha sido traído a proceso Daniel Matías Castro, pero con algunas variaciones puntuales respecto a la mecánica del evento y a la conducta endilgada al imputado (...)”.

Como se infiere, el juez al resolver la primera cuestión, si bien admitió, por decirlo de alguna manera, el hecho - en su gran mayoría - tal como venía fijado en la respectiva acusación, no obstante ello, dejó fijado el *factum* con ciertas variaciones:

“(...) específicamente en lo atinente al lugar del siniestro y el sentido de circulación de ambos vehículos, dado que en la acusación se consigna en sentido "este-oeste, a unos 20 metros en la zona del Bº Privado "Causana", cuando estos circulaban en dirección este-oeste, a unos 20 metros en la zona del casco de la Estancia "Causana", a lo que cabe agregar que también se ha variado la dinámica del accidente (...)”

todo lo cual fue determinante, a su criterio, para descartar el dolo eventual. En este punto, a modo ejemplificativo, es dable transcribir unos de los párrafos enunciados por el Dr. Ruiz en lo atinente al hecho que él tuvo por probado, a partir de los cuales es factible presumir el anclaje jurídico perseguido por dicho magistrado al enunciarlo de tal manera.

En tal sentido, el Dr. Ruiz sostuvo que:

“(...) En esa ocasión, antes de iniciar el regreso Anabell Picco le solicita a Juan Manuel Palacios que ante el estado de embriaguez que presentaba Matías Castro manejara el rodado, ante lo cual Juan Manuel Palacios le solicita a Matías Castro que le deje conducir el vehículo, a lo que este respondió que no, que no prestaba el auto, tras lo cual Matías Castro condujo el rodado por la Ruta E-55, luego tomó la variante Costa Azul en dirección a la Autopista Justiniano Allende Posse, a la cual accedió desplazándose por la misma imprudentemente, a una velocidad

superior a los 130 Km/hora, lo que sumado a que negligentemente lo hacía en estado de embriaguez y con su vehículo excesivamente cargado dado la cantidad de personas que se trasladaban en el rodado (siete) que le dificultaba manejar con comodidad, a lo que cabe agregar su impericia, dado su escasa experiencia conductiva (...)" .

Los breves párrafos descriptos precedentemente permiten afirmar, sin intención de adentrarme en cuestiones que van a ser analizadas seguidamente, que la modalidad del hecho fijado por el vocal de la Cámara del Crimen no varió en sus aspectos sustanciales (en casi nada) con el hecho que ya venía fijado en la respectiva requisitoria de citación a juicio. Sin perjuicio de ello, en donde si se produjo una modificación sustancial, que trajo aparejado un cambio paradójico en la manera de entender la mecánica del suceso, lo fue en el hecho de agregar determinados términos jurídicos (léase elementos normativos) que implicaron en lo concreto un resultado distinto al que se venía propugnado desde etapas procesales anteriores. El hecho de incluir frases tales como "imprudentemente" "negligentemente" e "impericia" implicó en lo concreto, no únicamente, el cumplimiento de la manda legal en cuanto a incluir en el factum los respectivos elementos normativos previstos en el tipo penal, sino y sobre todo, la clara finalidad de precisar, semánticamente, los elementos subjetivos del tipo imprudente.

Por su parte, en lo que respecta a la cuestión debatida, como es lógico suponer, el tribunal se planteó tres interrogantes como cuestiones a resolver, a saber: 1) ¿Existió el hecho y es su autor penalmente responsable? En su caso 2) ¿Qué calificación legal corresponde aplicar? y 3) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar y si procede la imposición de costas?

Como se infiere, la segunda cuestión es la que interesa al presente análisis por lo que me limitare, en cuanto a la regla del caso o doctrina judicial se refiere, a lo que en la mencionada sentencia se refirió al punto dos de la decisión.

En lo que respecta a la doctrina judicial, el Dr. Carlos Ruíz, luego de afirmar que a su criterio el encartado Castro no había adoptado una actitud de indiferencia y de menosprecio hacia los resultados del presente suceso, sostuvo que la temática relativa a la delimitación del dolo eventual, reviste

suma complejidad lo que se encuentra reflejado en los diversos, divergentes y contradictorios argumentos brindados por las partes en relación a dicha cuestión. Seguidamente afirmó, citando a Puppe Ingeborg, "(...) *que existe unidad de criterio acerca de que el dolo tiene que estar dado al tiempo del hecho y de que ni el dolus antecedentes ni el dolus subsequens fundamentan un delito doloso (...)*" sosteniendo asimismo, con cita de Ricardo Núñez que "(...) *el dolo debe existir al momento del hecho (...) ese momento es el de la conducta del causante (...)*". Finalmente consideró en abono de su postura en cuanto a descartar el dolo eventual, que "*el encartado Matías Castro se encontraba a bordo de unos de los vehículos siniestrados*" lo cual avaló, según dicho magistrado, la idea de que Castro en ningún momento intentó quitarse la vida, toda vez que el mismo al darse cuenta de su despiste en el cantero central, realizó una maniobra extrema para reencausar su vehículo.

III. Análisis crítico.

Como se desprende, nos encontramos ante dos resoluciones judiciales que deciden de manera distinta sobre una cuestión de indudable actualidad para nuestro país, como es el flagelo de la muerte de personas en el marco del tránsito viario mediante automotores.

En tal sentido, un lector desprevenido podría aseverar que lo meritado no escapa del común denominador existente en todo sistema judicial propio de un Estado de Derecho, en donde al existir tribunales con distinta competencia de grado, los mismos pueden valorar de diversa manera, con las limitaciones propias impuestas por las leyes de rito, la prueba reunida en instancias anteriores. Sin embargo, a mi entender, la cuestión aquí analizada presenta aristas particulares que la alejan de lo acontecido habitualmente en nuestro proceso judicial.

Es que la presente materia, como lo es la referida a la determinación de la existencia del dolo eventual o culpa consciente en una precisa situación de hecho, no se encuentra vinculada, únicamente, a una cuestión de prueba, sino principalmente en que al ser el dolo o la culpa, términos provenientes de una construcción de índole dogmático y al no presentarse en forma clara su distinción, su comprobación en el caso concreto, parecería

provenir más, de una cuestión subjetiva del juzgador, que de verdaderos parámetros objetivos, únicos habilitados para precisar conforme los parámetros de la sana crítica racional, la verdadera existencia o no del dolo eventual o del actuar imprudente.

En tal sentido, es dable señalar que la elección de los métodos interpretativos de que se puede valer el operador jurídico, en este caso, el juez, para llevar a cabo la tarea de análisis de los casos sometidos a su decisión, no se encuentra determinada en forma categórica sino que en todo caso ello dependerá de la concepción que el intérprete tenga acerca del derecho, lo que a su vez habrá de determinar cuál es la jerarquía que le asigna a cada una de las fuentes a su disposición (ASEFF, 2004: 60) pero en todo caso, la elección de la solución justa no es un problema que pueda resolverse en el marco de la actividad hermenéutica sino que pertenece al ámbito de la política jurídica.

Y esto es lo que sucedió, a mí entender, en los fallos precedentemente citados. Dicha inferencia encuentra sustento, en primer término, en la propia posición teórica seguida por el Dr. Pérez Barbera al fijar el marco de análisis sobre el cual basó su valoración, es decir en la denominada teoría de la representación (de una probabilidad) sustentada, entre otros, por Hellmuth Mayer.

Dicha teoría postula que lo decisivo para determinar si hubo o no dolo eventual, estriba en la posibilidad de que el autor se represente como probable el resultado prohibido o las circunstancias concomitantes, a lo que el magistrado nombrado agregó, como igualmente necesario, de que el agente tenga la posibilidad de conocer y de evitar la realización del tipo penal. En definitiva, la secuencia que debe seguir él interprete para precisar si un sujeto actuó o no con dolo eventual en un caso concreto sería a criterio del Dr. Pérez Barbera, la siguiente: 1) análisis de los datos fácticos que conoció el autor, 2) determinación del peligro que se representó el autor a la luz de una valoración objetiva (jurídica) o mejor dicho de la creación de peligro (objetivo) de entidad suficiente para matar, lesionar o dar y 3) posibilidad que tuvo el sujeto de conocer y evitar la realización del tipo.

Por su parte, el Dr. Ruiz no fue explícito, o no lo fue tanto, en orden a expresar a que teoría del dolo eventual se ceñía para su meritación. Sin embargo, es factible sostener que dicho magistrado propugno en su análisis

a las denominadas teorías de la voluntad, más precisamente, a aquella postura ubicada dentro del amplio espectro de las vertientes voluntaristas, como una subespecie, es decir a la denominada tesis de la motivación³ (o indiferencia⁴). Lo sostenido encuentra sustento en los propios usos lingüísticos utilizados por dicho magistrado, al sostener por ej. que no surge "(...) *que Castro haya adoptado una actitud de indiferencia o menosprecio hacia los resultados (...)*" o que al encontrarse Castro adentró del vehículo "(...) *no tuvo la intención de dañarse a sí mismo (...)*".

Como se desprende, ambas teorías toman como puntos de partida distintas posiciones, abiertamente contrapuestas, en orden a la delimitación del dolo eventual, ya que una, la de la probabilidad, parte de la idea básica de la existencia de la probabilidad (en este caso objetiva) de la realización del resultado y la otra, la de la voluntad, pone de relieve que la decisión acerca de si el autor obró con dolo, o sin él, dependerá en el caso concreto de un juicio sobre el ánimo del autor, sobre la indiferencia por él expresada y no sobre verdaderos parámetros objetivos.

En definitiva, se puede sostener siguiendo a Gimbernat (1972: 355 yss.) que en realidad "(...) *la teoría de la voluntad tiene como presupuesto que el juez se plantee por el sujeto activo lo que éste nunca se planteó (...) y que conteste por este sujeto lo que éste nunca se contestó a la cuestión por él nunca planteada (si imaginado el resultado como seguro, habría o no actuado) (...)*".

Ahora bien, como ya se adelantó, las distintas posiciones doctrinarias sustentadas condujeron, en los hechos, a un diverso punto de partida para el análisis de la prueba reunida. Y esto es así toda vez que, no es lo mismo sostener *-como criterio de mayor preponderancia a los fines de descartar el dolo eventual en el actuar del encartado Matías Castro-* que el mismo se encontraba a bordo de unos de los vehículos (voto del Dr. Ruiz) a pesar de aceptar claramente la puesta en peligro ocasionada por dicho sujeto para él y para los acompañantes del automóvil, que afirmar, para inferir la

³ Es decir de aquella postura en donde lo relevante atiende a la actitud interna del sujeto frente a la previsible producción del resultado lesivo. Roxin a criticado esta teoría argumentando que, la indiferencia o no acerca de la producción del resultado no nos indica nada acerca de la existencia de dolo (Ver. ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Edit. Civitas S.A., España, 1997, p. 120).

⁴ En este caso se puede aseverar que dicho magistrado siguió, en parte, lo sostenido por la doctrina tradicional argentina (v.gr: Soler, Núñez), aunque con ciertos matices diferenciadores. Esto último se debe al **uso de argumentos de autoridad** que dicho juez llevo a cabo, al citar en su resolución lo sostenido en cierta jurisprudencia argentina (Cámara Nacional de Casación Penal, etc).

existencia de dolo eventual, que Castro se puso en esa posición voluntariamente y que se representó el riesgo concreto de alto grado creado por él y que, además, estuvo en condiciones óptimas de evitarlo (voto del Dr. Pérez Barbera).

Lo que cabría preguntarse, siguiendo el hilo conductor trazado al principio del presente trabajo es lo siguiente, ¿cuál de las dos posiciones es hermenéuticamente correcta? o mejor dicho, en última instancia ¿es posible preguntarse cuál de las dos posiciones es mejor o más justa?

A los fines de responder a dichos interrogantes, en primer término, es dable considerar que ambos argumentos utilizados por uno u otro tribunal, fueron legítimos y con suficiencia lógica⁵ para fundamentar sus posturas tangencialmente opuestas, ya que no es el propósito de este trabajo precisar o determinar la falsedad de una o ambas teorías.

No obstante ello, existe una cuestión que se presenta como implícita, pero que en lo concreto implica una discordancia de particular magnitud.

La misma se encuentra referida a que, más allá del distinto punto de partida (teórico) seguido por ambos magistrados y las consecuencias que de ello se derivan al momento de valorar la prueba⁶, no se debe soslayar que en estos supuestos, los términos lingüísticos utilizados por los mismos (v.gr: probabilidad, actitud de menosprecio, de indiferencia, entre otros) constituyen verdaderos baluartes de que se valen los jueces, en general, para justificar sus decisiones, los cuales en contados casos, a mi entender, guardan una auténtica relación con los datos objetivos obrantes en la causa. En otras palabras, muchas veces sucede por ej. que el verbo “consiente” en la teoría del consentimiento (ya aludida), es en los

⁵ Sin embargo, si se realiza una atenta lectura de la resolución emitida por el Dr. Ruiz se podrá avizorar la existencia de ciertas **incongruencias lógicas** al momento de valorar la prueba, las cuales si bien no conforman parte del objeto de esta monografía, si sirven para ilustrar la violación flagrante, de uno de los principios que deben regir al momento de valorar la prueba conforme el principio de la sana crítica racional. Me estoy refiriendo al principio relacionado a la lógica, es decir al de no contradicción, enunciado a partir de la máxima de *que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo*. Dicha contradicción se torna patente cuando el autor de la sentencia mencionada sostuvo como justificativo del cambio del *factum*, tal cual como venía descripto en la requisitoria de citación de juicio, que las modificaciones en lo que respecta al lugar del siniestro y al sentido de circulación de ambos vehículos no implicaron, por lo menos está última, una diferencia sustancial con el que ya venía fijado en la respectiva requisitoria fiscal, para luego sostener, en forma contraria, que la variación de la dinámica del accidente, fue fundamental para descartar el dolo eventual.

⁶ Se ha sostenido, con acierto, que toda exposición (incluso hasta el uso simple de un término) parte necesariamente, de por lo menos, una determinada toma de posición sistemática. En tal sentido, PEREZ BARBERA, Gabriel E., “El tipo culposo – La preterintencionalidad” en *Derecho Penal, Parte General*, Libro de Estudio, Dir. Lascano, Carlos J. (h), Advocatus, Córdoba, 2005, p. 278/279.

interpretes utilizada sólo como una figura del lenguaje para eludir el uso de la expresión más simple: representación del resultado⁷.

Lo que quiero expresar es que la justificación de las decisiones interpretativas, en aquellas cuestiones tan controvertidas como la presente, tanto en el ámbito teórico como jurisprudencial, no se solucionan únicamente con la suficiencia lingüística y lógica (como sucedió en los fallos analizados) sino que se requiere un plus en la valoración por parte del magistrado, lo cual avala la idea de que el problema de la delimitación entre dolo e imprudencia, se constituye más en un juego de palabras que en un problema de imputación de hechos (FEIJÓO SÁNCHEZ, 2004: 35).

En tal sentido, cabe destacar que la interpretación de una expresión normativa- lingüística como lo es el dolo o la culpa⁸, implica una cuestión que pertenece a la esfera de la hermenéutica de textos, es decir a la teoría general que atribuye significado y como en el ámbito actual de la dogmática penal contemporánea, la distinción entre dolo eventual y culpa consciente todavía se encuentra en una zona ampliamente discutida, es tarea del intérprete judicial, tomar una decisión entre las diversas posturas, lo cual conduce a decisiones distintas, sea una u otra opción la que se utilice.

Y es aquí donde estriba el meollo de la cuestión del presente análisis. Si se parte de la idea ya mencionada en cuanto a que, en los supuestos como el sometido a discusión - *accidentes de tránsito con muerte de personas* - la mera interpretación realizada por el operador jurídico no es suficiente para

⁷ Es decir, se utiliza un término lingüístico para hacer referencia a una determinada posición teórica cuando en realidad, implícitamente, se hace referencia a otra. Esto es lo que a mi entender sucedió cuando el juez Ruiz al hacer suyos los términos expresados por la Cámara Nacional de Casación Penal en autos “*Cabello, Sebastián /recurso de casación*” sostuvo que (ver último párrafo) “(...) *el imputado actuó en el episodio que nos ocupa, con un alto grado de imprudencia, con extrema inobservancia de las normas que debía cumplir al mando de un rodado, pero descartamos que haya habido de su parte intención de dañarse a sí mismo o a terceros (...)*”. Como se desprende, en este supuesto el vocal mencionado partió de la idea de que Castro no tuvo intención de dañarse a sí mismo o a terceros. Dicha expresión (la “*intención*”) constituye una utilización lingüística no bien utilizada por dicho magistrado, toda vez que la intención denota la existencia propia del dolo directo, cuestión que no se corresponde con ninguna de las teorías pregonadas por el autor del voto. Si bien este análisis minucioso podría parecer como superfluo, ya que se tendría que ver el contexto en el cual se hizo referencia a la cita jurisprudencial, no deja de ser evidente el desconcierto que subyace en las notas jurisprudenciales en que se apoya dicha resolución. Sumado a ello debe apuntarse que la mencionada cita jurisprudencial analizada se presenta también opuesta (en sus aspectos esenciales) a la cita del anterior párrafo, proveniente también de **la misma sentencia aludida** (*una cosa es la asunción del riesgo y no tener una verdadera renuncia al resultado y otra distinta es decir que no se tuvo intención*). Recuérdese que la asunción de distintas posturas doctrinas conduce en los hechos, indefectiblemente, a una distinta consideración o mejor dicho a un diverso método de análisis de la prueba reunida.

⁸ Lo afirmado implica, desde ya, tomar como punto de partida para el presente análisis, la idea de que tanto el dolo como la culpa constituyen conceptos de índole normativo, opción que en la doctrina se presenta como unánime.

alcanzar, en el caso concreto, una genuina compatibilidad, por decirlo de alguna manera, entre la teoría, es decir entre el ámbito conceptual referido al dolo eventual y la verdadera conducta desarrollada por el agente, es que entonces ante dicha dificultad, la solución – justa o no – o mejor dicho la decisión que se tome en concreto al resolver este tipo de grupo de casos de gran dificultad, dependerá – implícitamente – de una verdadera postura valorativa adoptada por el interprete y no de verdaderos parámetros objetivos.

Ahora bien, determinar cuál de las posturas elegidas es la más justa en su aplicación al caso concreto, es una cuestión que en última instancia dependerá del magistrado actuante (de su íntima convicción) a la luz de los parámetros objetivos de valoración de la prueba.

Sin embargo, entiendo que es aquí donde - más allá de la postura doctrinaria seguida y del sistema hermenéutico aplicado- el juez interviniente debe ser lo más prudente posible, conforme ciertos parámetros de valoración.

En tal sentido, es factible apuntar que al magistrado en cuya orbita de juzgamiento le toque intervenir en la resolución de uno o varios homicidios causados en ocasión del tránsito vehicular no debería olvidar que “(...) *el derecho procede: por cuantificación de lo cualitativo, por acotamiento de lo indefinido, por presunciones y por ficciones jurídicas (...)*”

(SOLER,1962:148) es decir las normas jurídicas son esquemas abstractos para la comprensión de algunas de las notas que componen una situación determinada. Si esto es así, si el derecho procede por abstracciones las cuales nunca podrán abarcar todos los casos de la vida real, es y debe ser tarea del operador judicial, en aquellos supuestos como el presente, en donde la doctrina y la jurisprudencia se presentan como aleatorias e imprecisas, interpretar el caso de la vida real que se le presenta para resolverlo, no solamente, con las pruebas del caso sino a la luz de una interpretación actual, lo cual implicaría en esencia no olvidar el contexto social en que el hecho típico se desarrolla.

Lo que quiero expresar es que si bien, en el sistema de análisis de los casos dudosos⁹, como pueden ser algunos supuestos de accidentes de

⁹ Como se sabe, la aplicación de las normas jurídicas a la realidad se suele “(...) *describir como resultado de un silogismo en el que la premisa mayor la constituye una norma jurídica completa, la inclusión de una caso de la realidad el supuesto de hecho de esa norma jurídica, la premisa menor; y la conclusión,*

tránsito, se parte de la premisa de valorar, en primer término, lo sostenido por la doctrina dominante (o en la que se enrole el magistrado interviniente) para luego a partir de los datos fácticos, tomar una decisión definitiva, dicha meritación no puede olvidar que en el contexto actual de la República Argentina, una de las mayores causas de muertes la constituyen los accidentes de tránsito.

Lo apuntado no debe ser entendido en el sentido de que, por el hecho de que en la realidad actual, el flagelo de las accidentes de tránsito por conductas dolosas o imprudentes, se constituya en el más alto índice de mortandad, ello permita conducir inexorablemente a la interpretación de que en el caso concreto, ante todo accidente tránsito de gran repercusión, sea factible inferir que dicho obrar constituye un caso doloso.

Por el contrario, entiendo que allí donde la tarea dogmática no alcanza con precisiones que permitan superar los obstáculos de la ambigüedad o la vaguedad de los términos, será tarea de la práctica judicial la que deberá consagrar mayor atención y proporcionar de esta manera, de forma indirecta, criterios uniformes y equitativos, tantos como le sean posibles.

Lo que cabría preguntarse por consiguiente es si la selección (postura valorativa o de política criminal) de piezas o fragmentos de la realidad que realizaron los magistrados ya aludidos al momento de decidir fue arbitraria o no. Y la respuesta inmediata que surge es que no, toda vez que el punto de vista adoptado por ambos magistrados fue deliberadamente selectivo, en una selección de datos que depende de calificaciones preexistentes. Es decir, en el proceso de tipificación de la realidad, en virtud del cual se escogen y se desechan datos de la infinita cantidad de ellos que cada situación de hecho presenta, el intérprete, el juez, debe verificar si efectivamente está dada en su totalidad una situación de hecho jurídicamente calificada como determinante de cierta consecuencia.

Por ello es que entiendo, que en el tema por demás controvertido de la delimitación del dolo eventual y la culpa consciente en el aspecto de la interpretación judicial, se encuentra implícita, una tesis de política

la aplicación a ese caso de la consecuencia jurídica prevista en la norma (...). En este silogismo, la obtención de la premisa mayor, es decir, la averiguación del sentido de la norma jurídica, incumbe a la interpretación; la obtención de la premisa menor, es decir, la inclusión del caso de la realidad en el supuesto de hecho de la norma jurídica, constituye la llamada subsunción; y –finalmente- la conclusión está constituida por la aplicación de la consecuencia jurídica (...)". (el subrayado me pertenece). MUÑOZ CONDE, Francisco, *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Colección Claves del derecho penal, volumen I, Hammurabi, Bs As, 2000, p. 19.

interpretativa que nada tiene que ver con la propia hermenéutica tradicional, sino con una pura cuestión de política criminal.

En otras palabras, el proceso de intelección que realizaron los magistrados fue –según mi parecer– ajustado a la lógica y a las máximas del derecho, pero desde la óptica político criminal, el voto del Dr. Pérez Barbera se presenta como de mayor precisión en cuanto a hacer explícito lo que se viene sosteniendo en los párrafos anteriores, es decir en cuanto a manifestar la conjunción existente en estos casos, entre hermenéutica jurídica y las cuestiones valorativas¹⁰ (de política criminal) en donde cada vez más, las posturas clásicas delimitativas entre el dolo eventual y la culpa consciente no son suficientes para desentrañar –en el caso– el preciso significado y valor jurídico del accionar cometido¹¹.

IV. Conclusión

Como es sabido el análisis en orden a la distinción entre dolo eventual y culpa consciente puede realizarse desde diversas perspectivas, ya sea desde el ámbito puramente dogmático, desde su comprobación en el caso concreto como de tantos otros supuestos.

En el presente se persiguió analizar, no únicamente, la divergencia hermenéutica existente entre los fallos ya mencionados, sino poner en el tapete aquella cuestión ya aludida por la filosofía jurídica, en cuanto al fundamento último existente en las decisiones de los jueces. Es decir, si bien ambos enunciados pertenecen, en apariencia, a distintas esferas de conocimientos, no por ello dejan de estar vinculados.

La realidad – lamentablemente– demuestra lo actual de la temática considerada. Cada vez son más los casos de accidentes automovilísticos con muertes de seres humanos que llegan a la esfera judicial, en donde el ciudadano común busca “*justicia*”, y en donde la determinación, en lo que

¹⁰ Es decir el autor del voto a utilizado un argumento satisfactorio a mi entender. Digo *argumento satisfactorio* en el sentido de aquel razonamiento que traslada, exitosamente, el contenido de las premisas a la conclusión pero que, a su vez, detenta premisas verdaderas (o plausibles o correctas o aplicables) (Ver en tal sentido, PEREZ BARBERA, Gabriel, BOUVIER, Hernán, “Casación, lógica y valoración de la prueba, Un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios” en *Revista de Derecho Penal Integrado*, Año V- nº 09 – 2004, Mediterránea, Córdoba, p. 183).

¹¹ En tal sentido, se sostiene, con acierto, que algunos criterios distintivos clásicos entre el dolo eventual y la culpa con previsión, ya no son idóneos para captar y resolver las cuestiones surgidas últimamente por la actual casuística. (Cfr. CANESTRARI, Stefano, “La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo” en *Revista Ius et Praxis*, Año 10 nº 2:59-95, 2004).

aquí interesa, de si un sujeto actuó o no con dolo o culpa cada vez es cada vez más compleja.

Y es aquí donde el magistrado debe ponderar los diversos medios hermenéuticos con que cuenta para resolver la situación traída a su decisión.

Tal como señalaba el Dr. Justo Laje Anaya (2011: 449) al dolo eventual no se lo puede suprimir, porque ello importaría suprimir una forma de conocimiento, y una forma de manifestarse la voluntad de los seres humanos. Y es por ello que la tarea del interprete se presenta como fundamental, para delimitar, para precisar, para acotar o ensanchar en los justos límites, lo que debe entenderse por dolo eventual o culpa consciente, porque ello en definitiva colabora con la justicia en el caso concreto.

V. Bibliografía.

- ASEFF, Lucía María, 2004. *La interpretación de la ley y otros textos críticos de teoría general*, Edit. Juris, Rosario.
- CANESTRARI, Stefano, 2010. "La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo" en *Revista Ius et Praxis*, Año 10 n° 2.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, 2004. *El dolo eventual*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá.
- LAJE ANAYA, Justo, 2011. "¿Cómo se hará para suprimir el dolo eventual?" en *Revista Jurídica Zeus Córdoba*, Año x, n° 437- Tomo n° 18.
- LASCANO, Carlos Julio (h), 2005. "El tipo doloso de comisión" en *Derecho Penal, Parte General*, Libro de Estudio, Advocatus, Córdoba, p. 278/279.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, 2000. *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Colección Claves del derecho penal, volumen I, Hammurabi, Bs As.
- PEREZ BARBERA, Gabriel, BOUVIER, Hernán, 2004. "Casación, lógica y valoración de la prueba, Un análisis de la argumentación sobre hechos en las sentencias de los tribunales casatorios" en *Revista de Derecho Penal Integrado*, Año V- n° 09 -, Mediterránea, Córdoba.

- PEREZ BARBERA, Gabriel E., 2005. "El tipo culposo - La preterintencionalidad" en *Derecho Penal, Parte General*, Libro de Estudio, Dir. Lascano, Carlos J. (h), Advocatus, Córdoba.
- ROXIN, Claus, 1997. *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Edit. Civitas S.A., España.
- SOLER, Sebastián, 1962. *La interpretación de la ley*, Ediciones Ariel, Barcelona.
- TERRAGNI, Marco Antonio, 2009. *Dolo eventual y culpa consciente: adecuación de la conducta a los respectivos tipos penales*, Edit. Rubinzal - Culzoni, Santa Fe.

Cita de este artículo:

GARCÍA AMUCHASTEGUI, S. F. (2013) "La delimitación del dolo eventual y la culpa en la jurisprudencia local". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2013, Año 3, Vol. 1. pp. 116-134. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LA EMPRESA Y LOS DERECHOS INALIENABLES DE LOS TRABAJADORES

Yasmín Sarquís Santamaría

Abogada. Auxiliar de Primera, Cátedra de
Derecho Internacional Público y Comunitario.
Universidad Nacional de La Rioja, Argentina.

Palabras claves:

Responsabilidad Social
de la Empresa, derechos
humanos, trabajadores.

Key words:

Corporate Social
Responsability, Human
Rights, Workers.

Resumen

Partiendo del moderno concepto de "Responsabilidad Social de la Empresa", analizamos los modos en que la misma puede incidir en la protección de los derechos inalienables de los trabajadores, teniendo en cuenta las empresas deben garantizar el pleno goce de los derechos de sus trabajadores no sólo en cuánto compelidos por la legislación nacional sino también en la convicción de que la honestidad, la inclusión social y el respeto por la dignidad de sus trabajadores constituyen verdaderos activos imprescindibles para el éxito del emprendimiento económico.

Abstract

Starting from the concept of "Corporate Social Responsibility", we will analyze the ways in which such idea impacts in the protection of workers' inalienable rights, considering that corporations must guarantee workers effective enjoyment of their rights not only as a legal obligation but also knowing that honesty, social inclusion and respect for their workers dignity are all true and essential assets that will contribute to their economic success.

1. Introducción.

El Derecho no es la única herramienta al servicio de la Justicia Social. Los Derechos Humanos no sólo se protegen a través de la sanción de leyes que los reconozcan y garanticen y mediante la efectiva aplicación de las mismas en los tribunales.

Construir un mercado laboral más justo y equitativo no es tarea privativa de jueces y abogados. En tal empresa están embarcados numerosos actores: empleadores, trabajadores, consumidores, políticos, gobernantes y muchos otros más.

Garantizar el respeto de los Derechos Humanos de los trabajadores es tarea de jueces y legisladores pero antes que ellos; en el primer eslabón de la cadena; se encuentran los actores directamente implicados y, fundamentalmente, las empresas dadoras de trabajo.

No obstante, es necesario que dichas empresas garanticen el pleno goce de los derechos de sus trabajadores no sólo en cuánto compelidos por la legislación nacional sino que deben hacerlo en la plena convicción de que la honestidad, la inclusión social y el respeto por la dignidad de sus trabajadores constituyen verdaderos activos imprescindibles para el éxito del emprendimiento económico.

Desvincular por completo a la economía de la ética y los valores, ha facilitado la instalación de prácticas corruptas que han causado enormes daños. La ética no sólo no es ajena a la economía sino que debe orientarla y regularla, pues ella incide, día a día, en los resultados económicos de las empresas.

En el marco de éstas ideas se inserta el concepto de "Responsabilidad Social de la Empresa" que, en los últimos años, ha sido objeto de un importante debate en los países de la Unión Europea y en los Estados Unidos.

En el Primer Mundo, cada vez es mayor el número de empresas que ponen en práctica estrategias de responsabilidad social en respuesta a diversas presiones sociales, medioambientales y económicas. Con ello buscan transmitir una señal a sus interlocutores (trabajadores, inversionistas, consumidores, etc.) y a la vez invertir en el futuro ya que el compromiso adoptado voluntariamente contribuirá, sin dudas, a incrementar su rentabilidad.

Al afirmar su responsabilidad social y asumir voluntariamente compromisos que van más allá de las obligaciones reglamentarias y convencionales, que deben siempre cumplir, las empresas pueden elevar el nivel de desarrollo social, protección del ambiente y respeto de los derechos humanos adoptando prácticas que reconcilian intereses diversos en un enfoque global de calidad y viabilidad.

2. Concepto de "Responsabilidad Social de Empresa".

Dimensión interna y dimensión externa.

Decíamos entonces, que si bien el beneficio económico es el objetivo principal que persigue toda empresa, ellas no pueden darse el lujo de ignorar otras realidades estrechamente conectadas a la dimensión económica como son la ética y la sociedad.

En el escenario actual, y siempre en mayor medida, las empresas se dan cuenta de que para alcanzar el éxito comercial y obtener beneficios duraderos, es necesario adoptar un comportamiento responsable respecto del mercado, del ambiente, de sus dependientes y de los consumidores (*stakeholders*, ver punto 3).

A la empresa de nuestros días se le impone la obligación de considerar las dimensiones éticas y de responsabilidad en el *core business* corporativo. Esta imposición a las empresas surge a partir del debate sobre la "Responsabilidad Social de la Empresa" y las nuevas exigencias de sus "*stakeholders*" entre los que se encuentra el consumidor que es hoy un consumidor crítico y responsable que no se interesa solamente en la conveniencia y satisfacción

que obtiene del producto sino que va a indagar y cuestionar toda la línea de producción y comercialización del mismo.

Es justamente por ello que a la empresa le conviene buscar el equilibrio entre el provecho económico y la responsabilidad social buscando alcanzar un intercambio equilibrado con el ambiente que la rodea.

En el año 2001 vio la luz el Libro Verde de la Comisión Europea, destinado a fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas, el cual define a la misma como *"la integración voluntaria de las preocupaciones sociales y ambientales de las empresas en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con las partes interesadas"*¹ siendo considerada uno de los instrumentos estratégicos más importantes para alcanzar una sociedad más competitiva y socialmente cohesionada y para modernizar y reforzar el modelo social europeo.

La Responsabilidad Social de la Empresa va más allá del respeto de las prescripciones legales y busca afirmar prácticas y comportamientos que una empresa adopta en forma voluntaria, convencida de que a través de ellos obtendrá resultados que puedan reportar beneficios y ventajas a sí misma y al contexto en el que opera.

Es así que se le concede particular atención a las relaciones con aquéllos que pueden ser definidos "portadores de intereses" o "stakeholders": colaboradores, proveedores, clientes, socios, comunidad, instituciones locales. Todo ello se traduce en la adopción de una política corporativa que busca conciliar, como ya dijimos, los objetivos puramente económicos con aquellos sociales y ambientales del lugar en el que opera, en una óptica de sostenibilidad futura.

El aludido Libro Verde Europeo menciona, además, en su punto 21 que:

"ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo "más" en el capital humano, el entorno y las relaciones con los interlocutores. La experiencia adquirida con la inversión en tecnologías y prácticas comerciales respetuosas del medio ambiente sugiere que ir más allá del cumplimiento de la legislación puede aumentar la competitividad de las empresas. La aplicación de normas estrictas que los requisitos de la legislación del

¹ Libro Verde de la Comisión Europea relativo a la Responsabilidad Social Corporativa.

ámbito social, por ejemplo en materia de formación, condiciones laborales o relaciones entre la dirección y los trabajadores, puede tener también un impacto directo en la productividad”.

De lo hasta aquí expresado surgen las dos dimensiones de la Responsabilidad Social de la Empresa: una dimensión INTERNA, que comprende la gestión de los recursos humanos, los derechos de los trabajadores, la salud y la seguridad en el trabajo, la gestión de los recursos naturales y de los efectos sobre el ambiente; y una dimensión EXTERNA referida a la comunidad local, a los proveedores, los clientes, los consumidores, al respecto de los derechos humanos en general y de las instancias ambientales y sociales.

En esta sede, hemos de concentrarnos en la dimensión interna de la Responsabilidad Social Corporativa² y, circunscribiendo aún más el ámbito de análisis, enfocaremos nuestra atención en los aportes y beneficios que el concepto y la práctica de la RSE pueden acarrear en relación a los Derechos Humanos de los trabajadores.

El ya citado Libro Verde de la Comisión Europea divide la dimensión interna de la RSE en tres aspectos³ referidos a los trabajadores y que en esta oportunidad analizaremos sucintamente:

- a. *Gestión de Recursos Humanos*: en este ámbito, y a fin de atraer trabajadores calificados o lograr que permanezcan en su servicio, las empresas podrían adoptar medidas que promuevan el aprendizaje permanente, un mayor equilibrio entre trabajo, familia y ocio, participación en los beneficios de la empresa, etc.

En la misma categoría, el documento en análisis incluye prácticas no discriminatorias tendientes a facilitar la contratación de personas pertenecientes a minorías étnicas, trabajadores de mayor edad, mujeres, discapacitados, etc.

- b. *Salud y Seguridad en el Trabajo*: en esta categoría el Libro Verde incluye todas aquellas iniciativas voluntarias de las empresas, complementarias de la normativa y de las actividades de control de las

² En adelante “RSE”: Responsabilidad Social Empresarial.

³ Un cuarto aspecto se refiere al medio ambiente y no será analizado por exceder el ámbito de estudio del presente trabajo.

autoridades públicas que buscan aumentar el nivel de salud y seguridad en el trabajo, como por ejemplo, la etiqueta sueca TCO que busca alentar a las empresas a producir material de oficina más seguro para los trabajadores y más respetuoso para el medio ambiente.

- c. *Adaptación al cambio*: se refiere a la reestructuración de empresas como respuesta a una grave crisis económica o política que incluye cierre de fábricas o recortes de mano de obra. El documento de la Comisión Europea sugiere que para reestructurar de modo socialmente responsable es necesario buscar la participación y la implicación de todos los afectados mediante información y consultas abiertas, tratando de salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Podemos decir que estos tres aspectos de la dimensión interna de la RSE giran en torno a la idea de que, como afirma la economista Julie Nelson (NELSON,2006:56), todos los seres humanos poseemos una sensibilidad moral y relacional que no se evapora cuando participamos en una actividad económica y que es posible ir más allá de las imposiciones legales para alcanzar el elevado objetivo de un mercado laboral más justo y equitativo.

El aspecto interno de la RSE es importante porque nos permite excluir de manera inmediata todas aquellas visiones de responsabilidad social fundadas en lo que se conoce como "lógica de los dos tiempos" (NEGRI, 2005:221): primero viene la fase de la obtención de los beneficios económicos, a cuyo fin todo, incluso la dignidad del trabajador, puede ser sometida; y luego viene la fase de la distribución voluntaria y filantrópica de parte de ese beneficio para fines sociales.

La distinción "interna-externa" de la RSE deriva, así mismo, del análisis atento de las transformaciones que han atravesado recientemente las organizaciones económicas. El viejo modelo de organización científica del trabajo centrado en la "cadena de montaje" ha sido sustituido por un tipo de organización caracterizada por una progresiva reducción de la rigidez del proceso productivo que comporta una mayor relevancia del factor humano con las características que le son típicas: subjetividad, creatividad, sociabilidad. A nivel organizativo, entonces, poner el acento en la construcción de un ambiente comunitario respetuoso y ser capaz de valorar estas dimensiones no solo refleja una orientación social sino que se transforma también en un factor de desarrollo de la organización misma.

3. La Teoría de los "stakeholders".

Retomemos ahora, a fin de profundizar, un concepto que hemos ya utilizado: los llamados "stakeholders". Este término se contrapone al de "stockholder" o "shareholder" que quieren decir "accionistas".

Una empresa socialmente responsable tiene la obligación de responder no sólo a los tenedores de sus acciones sino también a quienes detentan intereses: ellos son los stakeholders, es decir, aquellas personas que, aún no estando en posesión de un título formal (acciones), tienen legítimos intereses respecto de las actividades de la empresa en cuanto pueden ser afectados por dichas actividades.

El concepto en análisis tiene su origen en el ensayo del Profesor estadounidense Robert Edward Freeman quien, en su ensayo "*Strategic Management: a Stakeholder Approach*" (FREEMAN, 1984) sostuvo la necesidad de adoptar prácticas de management que atiendan no sólo a los intereses de los accionistas sino también a los de los dependientes, consumidores, proveedores y de la sociedad en general; en el convencimiento de que involucrar a los stakeholders acarrea grandes beneficios para las empresas: si los stakeholders aprueban la actividad de la empresa, ésta podrá alcanzar sus objetivos merced a la "licencia social para operar", es decir, al apoyo de sus stakeholders.

Los dependientes de una empresa (los trabajadores) están incluidos en el concepto de stakeholders en cuanto titulares de intereses que van más allá de aquellos tutelados por el contrato de trabajo y por el Derecho Laboral. Esto porque, como no está de más recordar, una empresa se considera socialmente responsable cuando sus prácticas van más allá del cumplimiento de sus obligaciones legales y atienden no sólo a los intereses de sus accionistas sino también a los de los múltiples stakeholders.

Cada una de las categorías de stakeholders (trabajadores, consumidores, proveedores, sociedad, etc.) tendrá intereses particulares que la empresa deberá identificar para desarrollar posibles soluciones ad hoc y tratar de satisfacerlos. Es importante encontrar soluciones que sean capaces de equilibrar los intereses de los diversos titulares de intereses.

Día a día, un creciente número de líderes y managers de las más variadas corporaciones, adoptan el concepto de Responsabilidad Social de Empresa afirmando que "no existe ningún conflicto entre servir todos los intereses de

los stakeholders y asegurar excelentes beneficios para los accionistas. A largo plazo, es imposible alcanzar el segundo punto sin realizar el primero” (GEORGE, 2003:157).

Ahora bien, ¿cómo se concreta la RSE en materia de protección de Derechos Humanos de los trabajadores? ¿Cuáles son las prácticas a través de las cuáles se materializa lo hasta aquí hemos expresado? En primer lugar, es necesario tener presente que seguir líneas de responsabilidad empresarial es un desafío, fundamentalmente, de naturaleza cultural. El cambio de la cultura empresarial en sentido responsable debe partir de los gerentes y de las autoridades para involucrar, luego, a los dependientes y alcanzar, por último, a la sociedad y al medio ambiente. A partir de esta idea, desarrollaremos a continuación, algunas de las prácticas tendientes a concretar la RSE.

4. Códigos de Ética e Informes Sociales.

La creación de una cultura empresarial inspirada en la ética requiere un plan de trabajo y un programa dentro de los cuales el dictado de un Código de Ética constituye un importante primer paso hacia la construcción de una empresa ética.

El Código Ético o Código de Conducta constituye un instrumento a disposición de las empresas para poner en claro cuáles son los valores que las guían en su actividad, exponer sus políticas en materia de ética y las normas de comportamiento a las cuáles sus dependientes deben atenerse. El Código Ético puede abarcar diversos documentos de autoregulación de diversos ámbitos de la vida empresarial (derechos humanos, discriminación en el trabajo, actividades de formación, protección del medio ambiente, etc.).

A su vez, el Código Ético constituye una especie de “contrato social” entre la empresa y sus stakeholders a través del cuál ella reconoce públicamente cuáles son sus obligaciones como ciudadana (si, la empresa es también ciudadana) y se compromete a desarrollar políticas y prácticas empresariales coherentes con dichas obligaciones.

La farmacéutica Johnson & Johnson, adoptó en 1948 un documento que lleva el título “Nuestro Credo” y que puede considerarse el primer Código de Ética empresarial con una óptica orientada hacia los stakeholders.

Reproducimos, a continuación, el texto completo:

Nuestro Credo

"Creemos que nuestra primera responsabilidad es con los médicos, enfermeras y pacientes, con las madres y padres y todos los demás que utilizan nuestros productos y servicios.

Para responder a sus necesidades, todo lo que hagamos debe ser de primera calidad.

Debemos luchar constantemente por reducir nuestros costos a fin de mantener precios razonables.

Los pedidos de los clientes deben ser atendidos rápidamente y con precisión.

Nuestros proveedores y distribuidores deben tener la oportunidad de conseguir un beneficio justo.

Somos responsables ante nuestros empleados, los hombres y mujeres que trabajan en todo el mundo. Cada uno de ellos debe ser considerado como persona.

Hemos de respetar su dignidad y reconocer su mérito. Deben tener un sentido de seguridad en su trabajo. La retribución tiene que ser justa y adecuada, y las condiciones de trabajo limpias, ordenadas y seguras.

Debemos estar conscientes de brindar diversas formas de ayuda a nuestros empleados en el desempeño de sus responsabilidades familiares.

Los empleados deben sentirse libres para presentar sugerencias y quejas.

Ha de haber igualdad de oportunidades para el empleo, desarrollo y avance de los calificados.

Debemos proporcionar una gerencia competente, y sus acciones han de ser justas y éticas.

Somos responsables ante las comunidades en las que vivimos y trabajamos e igualmente ante la comunidad mundial. Debemos ser

buenos ciudadanos - apoyar las obras buenas y caritativas y cargar con nuestra participación justa en los impuestos.

Debemos fomentar el avance cívico y una mejor sanidad y educación. Debemos mantener en buen estado los bienes que tenemos el privilegio de usar, protegiendo el ambiente y los recursos naturales.

Nuestra responsabilidad final es con nuestros accionistas.

La empresa debe conseguir un beneficio justo.

Debemos experimentar con nuevas ideas.

Ha de protegerse la investigación, desarrollarse programas innovadores y pagar por los errores cometidos. Se debe comprar nuevo equipo, proporcionar nuevas instalaciones y lanzar nuevos productos. Han de crearse reservas para proveer en tiempos adversos.

Si actuamos siguiendo estos principios, los accionistas conseguirán un beneficio justo”.

Johnson & Johnson⁴

De gran significancia es el uso difuso de expresiones como “nuestra responsabilidad” o “somos responsables”, mientras que la decisión de mencionar la responsabilidad respecto de los accionistas sólo al final del documento no es casual sino que busca subrayar que el objetivo principal es el de satisfacer los intereses de *todos* los stakeholders.

Otro instrumento que las empresas pueden adoptar voluntariamente para explicitar y medir el nivel de compromiso social son los “informes o balances sociales”, es decir, rendiciones de cuenta periódicas relacionadas con las variables sociales de la empresa y que miden el valor agregado de la actividad empresaria en sus dimensiones ética, ambiental y social. Estos informes pueden publicarse o presentarse semestral o anualmente a una autoridad competente o a entes privados encargados de medir la RSE en el país (véase punto 6).

⁴ Disponible en el sitio web de Johnson & Johnson.

5. La Social Accountability International (la norma SA8000).

Otro instrumento al servicio de la RSE tiene que ver con las certificaciones tipo "ISO" pero referidas al compromiso ético de las empresas. De esto se ocupa la Social Accountability International, una organización independiente, no gubernamental y sin fines de lucro que promueve los derechos de los trabajadores por medio de la ejecución de su norma SA8000.

Esta norma certifica el respeto de las empresas de sus nueve elementos fundamentales: trabajo infantil, trabajo forzoso, seguridad y salud, libertad de asociación y derecho a la negociación colectiva, discriminación, medidas disciplinarias, horas de trabajo, remuneración y sistemas de gestión.

A diferencia de los códigos éticos elaborados por las propias empresas, esta norma ofrece mayores garantías debido a que proviene de un control externo que verifica el respeto de los standards previstos por ella.

También la International Organization for Standardization (ISO) ha creado una norma referida a la responsabilidad social de las empresas – la ISO26000 – pero esta no constituye un standard de certificación sino una guía armonizada para traducir principios e ideas en acciones eficaces.

6. La función de las Cámaras de Comercio y los Centros Comerciales e Industriales; los índices bursátiles de valores éticos empresariales y los rankings de empresas.

A este punto de nuestro trabajo, conviene recordar que la RSE busca promover el respeto de los derechos de los trabajadores mediante acciones voluntarias que vayan más allá de las obligaciones que la ley impone a los dadores de trabajo.

En la persecución de este objetivo, las Cámaras de Comercio y los Centros Comerciales e Industriales pueden cumplir un rol de gran importancia en la promoción de las prácticas empresariales socialmente responsables; en la difusión de las acciones y actividades llevadas a cabo en este sentido por sus socios e incluso instrumentando premios y menciones para aquellas empresas más socialmente comprometidas.

Las Cámaras de Comercio o el Centro Comercial e Industrial también puede llevar un registro oficial de empresas éticamente empeñadas, publicar los balances sociales de los que hablamos en el punto 4, ofrecer cursos y guías sobre prácticas empresariales responsables, llevar adelante campañas publicitarias que alienten el compromiso social y ético de las empresas y comercios y contribuir a formar el juicio crítico de consumidores, trabajadores y sociedad en general a fin de que exijan un comercio y un mercado laboral más justos y equitativos.

Son muchos los inversores y los consumidores que exigen saber cómo su dinero participa en negocios éticos, socialmente responsables y que no afecten al medio ambiente. Los índices y los rankings de empresas éticas pueden brindarles información al respecto. En este sentido, a nivel global, podemos mencionar el Dow Jones Sustainability Index, lanzado en el año 1999 y que sigue el desempeño de grandes empresas en materia de sostenibilidad atendiendo a criterios que incluyen el respeto de las normas laborales y el desarrollo del capital social; y el FTSE4Good, grupo de índices lanzado en el año 2011 diseñado para identificar y medir la rentabilidad de empresas que están trabajando para conseguir una sostenibilidad medioambiental, desarrollar relaciones positivas con las partes interesadas y proteger y apoyar los derechos humanos universales.

FTSE, la organización que confecciona el último índice, nos recuerda en su brochure explicativo que:

"un gran número de partes interesadas está desafiando al sector empresarial para que se responsabilice en mayor medida del impacto ético, medioambiental y social de sus operaciones empresariales. Están pidiendo que las empresas desarrollen un conocimiento más profundo de su impacto, que midan este impacto, lo gestionen y que informen sobre su progreso. Entre estas partes interesadas se incluyen los empleados de las empresas, accionistas, las comunidades locales, clientes, gobiernos y socios comerciales"⁵.

En ésta línea, los índices que miden los valores éticos de las empresas son útiles para la toma de decisiones de los distintos stakeholders como así

⁵ "Serie de índices FTSE4Good: Añada valores a su inversión".

también para aumentar la visión positiva que ellos tienen respecto de las empresas.

7. La Normativa Internacional.

La normativa internacional que respalde a la RSE no escasea. El compromiso de los organismos internacionales encargados de tutelar los derechos de los trabajadores no es menor. A nivel regional, mencionamos al inicio de este trabajo, el Libro Verde de la Unión Europea para fomentar la RSE. A nivel global, en cambio, el Pacto Mundial de Naciones Unidas es la iniciativa más importante. Las empresas suscriptoras de este pacto (seis mil en más de 135 países) *"se comprometen a alinear sus estrategias y operaciones con diez principios universalmente aceptados en cuatro áreas temáticas: derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anti-corrupción"*⁶.

Los principios que hacen referencia a los derechos de los trabajadores son el nº 3: *"Las empresas deben apoyar la libertad de Asociación y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva"*; nº 4: *"Las Empresas deben apoyar la eliminación de toda forma de trabajo forzoso o realizado bajo coacción"*, nº 5: *"Las Empresas deben apoyar la erradicación del trabajo infantil"* y el nº 6: *"Las Empresas deben apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y ocupación"*.

La Organización Mundial del Trabajo también se ha hecho eco del incipiente debate acerca de la RSE y ha dictado, en el año 2007, una "Declaración Tripartita de la OIT sobre Empresas Multinacionales y Política Social". Esta Declaración contiene recomendaciones dirigidas a las empresas y referidas a cinco temas: política general, empleo, formación, condiciones de trabajo y de vida, relaciones de trabajo. El resumen que el propio sitio web de la OIT⁷ ofrece permite tener una idea clara del tenor del documento en análisis por lo que lo transcribimos a continuación:

Política General:

- *Obedecer las leyes nacionales y respetar las normas internacionales;*

⁶ United Nations Global Compact.

⁷ Organización Mundial del Trabajo.

- *Contribuir a hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo;*
- *Celebrar consultas con los gobiernos y con las organizaciones de empleadores y trabajadores para asegurarse que sus operaciones tengan en cuenta las prioridades nacionales de desarrollo.*

Empleo:

- *Esforzarse por aumentar las oportunidades y niveles de empleo, teniendo en cuenta la política y los objetivos de los gobiernos;*
- *Dar la prioridad al empleo, el desarrollo profesional, la promoción y el perfeccionamiento de de los nacionales del país de acogida;*
- *Utilizar tecnologías capaces de crear empleo tanto directa como indirectamente;*
- *Crear vínculos con las empresas locales mediante contratos de aprovisionamiento, fomentando la transformación local de las materias primas y la fabricación local de piezas de recambio y equipos;*
- *Extender la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo;*
- *Actuar como modelo en la promoción de la seguridad del empleo, notificando con antelación razonable los posibles cambios en sus operaciones y evitando los despidos arbitrarios.*

Formación:

- *Proporcionar una formación adecuada a sus trabajadores a todos los niveles para responder a las necesidades de las empresas así como de las políticas nacionales de desarrollo;*
- *Participar en programas que fomenten el desarrollo de cualificaciones;*
- *Ofrecer al personal directivo local oportunidades en el conjunto de la empresa para ampliar su experiencia.*

Condiciones de trabajo y de vida:

- *Ofrecer salarios, prestaciones y condiciones de trabajo no menos favorables que las ofrecidas por los empleadores comparables en el país en cuestión;*
- *Ofrecer los mejores salarios, prestaciones y condiciones de trabajo que sea posible, dentro del marco de la política gubernamental, al fin de satisfacer las necesidades básicas de los trabajadores y sus familias;*
- *Respetar la edad mínima de admisión al empleo;*

- *Mantener el máximo nivel de seguridad e higiene en el trabajo;*
- *Examinar las causas de los riesgos a la seguridad e higiene en el trabajo, dar información sobre las buenas prácticas que observan en otros países y poner en obra las mejoras necesarias.*

Relaciones de trabajo:

- *Aplicar normas en materia de relaciones de trabajo que no sean menos favorables que las observadas por empleadores comparables;*
- *Respetar la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva y proporcionar las facilidades e informaciones que sean necesarias para la conclusión de convenios colectivos eficaces;*
- *Dar su apoyo a las organizaciones representativas de empleadores;*
- *Facilitar las consultas regulares sobre temas de interés mutuo;*
- *Examinar las reclamaciones de los trabajadores siguiendo un procedimiento adecuado.*

Uno de los instrumentos internacionales clave en la promoción de la RSE son las Líneas Directrices de la OCDE⁸ para Empresas Multinacionales, adoptadas en 1976 pero modificadas en posteriores oportunidades y cuyo objetivo principal es garantizar que las actividades de las Empresas Multinacionales se desarrollen en armonía con las políticas nacionales de los países miembros de la OCDE y fortalecer la base de confianza mutua entre las empresas y las autoridades gubernamentales. Estas directrices enuncian principios y normas de carácter voluntario para una conducta empresarial responsable en terrenos como publicación de informaciones, empleo y relaciones laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción, etc.

Por último, incluso la organización internacional Amnesty International posee un documento que se ocupa de los "Principios de Derechos Humanos para Empresas"⁹ en la que se mencionan los derechos humanos de los propios trabajadores. El primero de estos principios reza:

"Toda empresa debe adoptar una política de empresa explícita sobre derechos humanos que incluya apoyo público a la Declaración Universal de Derechos Humanos. (...) Asimismo, deben garantizar que su personal no se verá implicado jamás en abusos contra los

⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo.

⁹ Amnistía Internacional – Principios de Derechos Humanos para Empresas.

derechos humanos. (...) Debe también facilitar la creación de programas educativos y de formación en derechos humanos para todos los empleados de la empresa y fomentar la acción colectiva en asociaciones empresariales para promover el respeto a las normas internacionales de derechos humanos”.

8. Conclusiones.

Lo hasta aquí expresado demuestra que, en los últimos años, la preocupación por el impacto de las actividades empresariales sobre los derechos humanos de los trabajadores ha ido en aumento. El sector privado puede ser un poderoso motor de prosperidad económica y reducción de la pobreza; pero está más que probado que sin la diligencia debida, sin publicación de informes ni control y rendición de cuentas, las empresas pueden tener un fuerte impacto negativo en los trabajadores, la comunidad y el medioambiente.

Así mismo, es necesario reconocer, que no basta el control del Estado, sino que es menester extender dicha obligación de control a todos los interesados, atento a que, como expresa la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, *“tanto los individuos como las instituciones”* deben promover el respeto de los derechos y libertades en ella contenidos.

La empresa “La Mariposa S.A.” contrata a sus empleados haciéndoles firmar una serie de recibos en blanco que completará a *gusto e piacere* ante eventuales despidos y reclamos indemnizatorios; el comercio “Los Tordos”, en cambio, abona los haberes de sus trabajadores haciéndoles firmar recibos de sueldo por el doble de las sumas efectivamente percibidas. Estas hipótesis, ¿nos resultan conocidas? ¿Pueden la ley y nuestros tribunales hacer algo para impedir estas situaciones injustas? A veces si; otras veces no. Pero la raíz del problema no es legal y jurídica, sino cultural. Y es en éste orden, en el que la Responsabilidad Social de la Empresa puede producir importantes avances y cambios positivos.

Debe resistirse y combatirse el erróneo mito de la avaricia como esencia del sistema capitalista y la equivocada idea que sugiere que los hombres somos

*homo economicus*¹⁰ y que sólo actuamos en función de maximizar nuestro provecho personal.

Las buenas prácticas empresariales propias del concepto de Responsabilidad Social de la Empresa implican volver a vincular la economía a la ética haciendo que los principios de ésta orienten a aquélla. Por ello es necesario dejar de subestimar esta fuerza poderosa de cambio y progreso que son los valores éticos y que cada uno de los *stakeholders* exija a nuestras empresas-ciudadanas un comportamiento socialmente comprometido.

"Cuando se les pregunta sobre la causa de sus éxitos, los países nórdicos suelen hacer referencia a la presencia en la economía de los valores éticos y culturales. Noruega tiene esta distancia de 3 a 1 entre los ingresos de empresarios y obreros. Cuando se preguntó a líderes empresariales noruegos si no se sentían mal pagados cuando la distancia es tan corta entre ellos que son los líderes de la empresa y los operarios, contestaron: "Es un tema cultural. Los noruegos creemos en la equidad. No hay una ley que diga que la distancia tiene que ser tal, nuestros valores lo exigen" (KLIKSBERG, 2004:170).

Esta es la fuerza que tiene la ética, y no la tienen sólo los países del primer mundo. Las bases de nuestra cultura latinoamericana, nuestras tradiciones riojanas, nuestras creencias religiosas, espirituales y filosóficas; el ejemplo de nuestros próceres y libertadores, la cultura de las poblaciones indígenas, tienen un fondo cultural presidido por esos mismos valores. Es sólo cuestión de rescatarlos y, en nuestra opinión, la RSE es un valioso instrumento en lo que respecta los derechos humanos de nuestros trabajadores.

¹⁰ *"la avaricia desenfrenada no es en lo más mínimo el equivalente del capitalismo, y todavía menos de su espíritu". El mito de la codicia es ingenuo y debería ser desechado de una vez por todas en el jardín de infancia de la historia cultural" – Max Weber, "La Ética Protestante y el espíritu del capitalismo".*

9. Bibliografía.

1. [Libro Verde de la Comisión Europea relativo a la Responsabilidad Social Corporativa.](#)
2. Nelson, Julien, 2006. "Economics for Humans", Chicago University of Chicago Press.
3. Negri, V., 2005. "Linee introduttive alla storia della responsabilità sociale dell'impresa", en Tarchi, P. (Ed.), "L'Etica del Profitto". Roma, Città Nuova.
4. Freeman Robert Edward, 1984. "Strategic Management: a Stakeholder Approach", Pitman, London.
5. Geroge, B. 2003, "Authentic Leadership", Jossey-Bass, San Francisco.
6. Weber, Maz, 2006. "La Ética Protestante y el espíritu del capitalismo" Promoteo Editorial.
7. Kliksberg Bernardo, 2004. "Más ética, más desarrollo", Temas Grupo Editorial.

Cita de este artículo:

SARQUÍS SANTAMARÍA, Y. (2013) "La responsabilidad social de la empresa y los derechos inalienables de los trabajadores". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2013, Año 3, Vol. 1. pp.135-152. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

El Caso:

El Presidente de la Cámara, a fin de resolver varios hechos de robo, expresó en su voto un obiter dictum referente a la inconstitucionalidad de los arts. 29 y 44 de la Ley 9182 de Jurados Populares.

Sumario:

1. Como consecuencia directa de la manera de estructurar el tribunal, con mayoría legal, "el legislador, que evidentemente procuró conciliar dos sistemas inconciliables, debió idear un mecanismo para dar cumplimiento al imperativo constitucional que exige la fundamentación lógica y legal de las resoluciones judiciales (Constitución de Córdoba, art. 155)", mecanismo que estableció en los arts. 29 y 44 de la ley 9182, con arreglo a los cuales, se pone "en cabeza del Presidente la obligación de motivar lógica y legalmente la decisión de los jurados", obligación que lo sustrae "de su deber constitucional de resolver todas las cuestiones planteadas, con afectación del principio del Juez Natural, desde que ello" significa "despojarlo de aquel deber de intervenir para conformar la decisión del Tribunal, lo que está reñido con la garantía que hace a la independencia de los magistrados".

2. De conformidad a lo establecido en el art. 29, "el Presidente de la Cámara dirige el debate y realiza los demás actos que explícitamente se le atribuyen, participando en las deliberaciones previstas por el art. 405 del CPP, pero no tendrá voto, salvo en las cuestiones previstas en los incs. 1.º, 4.º, 5.º y 6.º del art. 41, en donde deberán votar los tres (3) jueces, también tendrá voto en caso de empate" Asimismo, "el art. 44 dispone que los jurados y los dos jueces integrantes del Tribunal, con excepción del Presidente, votarán sobre

las cuestiones comprendidas en los incs. 2.º y 3.º del art. 41 y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado”.

3. En el caso que hubiere “discrepancia entre los dos jueces y los jurados y estos formarán mayoría, la fundamentación lógica y legal de la decisión mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara, excepto que uno de los jueces técnicos haya concurrido a formar mayoría, en cuyo caso la fundamentación será elaborada por este”.

5. Si lo decidido por la mayoría “de los jurados no fuera unánime, los jurados que hayan emitido su voto en sentido contrario podrán adherir al voto de alguno de los jueces que concurrieron a formar la minoría y, en igual sentido, el Presidente deberá motivar la decisión minoritaria de los jurados cuando ninguno de los dos jueces hubiera votado en el mismo sentido que aquellos”.

6. De acuerdo a lo previsto en esas disposiciones se deriva, “por regla, el Presidente de la Cámara carece de voto en las cuestiones previstas en los incs. 2.º y 3.º del art. 41 y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, como así también que en las cuestiones en las que los jurados deben votar, la fundamentación lógica y legal de la sentencia corre por su cuenta, salvo que uno de los técnicos haya concurrido a formar mayoría, como que el Presidente debe motivar la decisión minoritaria de los jurados si ninguno de los técnicos hubiera votado en el mismo sentido que estos”.

7. El art. 45 de la ley 9182 prescribe que la sentencia que se dicte deberá cumplir con los requisitos requeridos por la ley procesal penal, en alusión al art. 408 del CPP, cuyo inc. 2.º instituye que la sentencia deberá contemplar las pautas que allí se detallan. Entre esta norma y los arts. 29 y 44 de la ley 9182 surgen indudables discordancias, que pueden ser salvadas de conformidad a esta última porque, “siendo especial en relación al régimen general que representa el código procesal, tiene preeminencia sobre el mismo”.

8. Ése es el fundamento científico de la regla establecida por el art. 54 de la ley 9182 que, en armonía con el art. 6.º de la ley 9122, prescribe que cuando haya de conflicto normativo referido a la aplicación de la ley “deberá interpretarse y resolverse en beneficio de la presente ley”.

9. El art. 155 de la Constitución local, que establece como deberes a los magistrados y funcionarios judiciales “el resolver las causas”, en “los plazos fatales que las leyes procesales establezcan” y “con fundamentación lógica y legal”.

10. La redacción del art. 155 evidencia que tales deberes no están a cargo del tribunal, sino de los magistrados que lo componen, sin que pueda argüirse en contra de lo establecido en el art. 142 del CPP que prescribe que "El Tribunal deberá fundamentar...", y que en armonía con el art. 408, inc. 2.º, no surge duda que son los jueces, quienes tienen el deber de votar y dar razones suficientes.

11. En las cuestiones planteadas en las que, el Presidente no tiene voto, tiene la obligación de fundar lógicamente y legalmente la decisión de los jurados si, siendo mayoría, su criterio no concuerda con ninguno de los jueces técnicos con "derecho" a voto, o cuando siendo minoría, ella fuera formada solo por ciudadanos, de lo que se sigue que el Presidente no tiene voto pero tiene que dar razones, y no de su voto, sino de lo decidido por los jurados, lo que significa cambiar la particularidad de la garantía del art. 155 de la Constitución, de allí que los arts. 29 y 44 de la ley 9182 deban ser considerados contrarios a la Constitución local.

15. La declaración de inconstitucionalidad, solo surge cuando se configura el "caso concreto" pues de lo contrario, la declaración de inconstitucionalidad sería abstracta.

Cámara 9.ª del Crimen, Sent. n.º 30, 24/10/2012, "Ludueña, Carlos Sebastián y otro p.ss.aa. Robo calificado con armas, etc.", Córdoba.

Y Considerando:

Que el Tribunal se ha planteado las siguientes cuestiones a resolver:

- 1) ¿Existieron los hechos y fueron responsables los acusados?;
- 2) ¿Qué calificación legal corresponde aplicar en su caso?;
- 3) ¿Qué sanción debe aplicarse en su caso y corresponde asignación de costas?

A la primera cuestión planteada el Señor Vocal Roberto Spinka dijo:

I. Previo a considerar esta primera cuestión, se impone justificar por qué, habiendo presidido esta audiencia, emito mi voto. En ese sentido, debo recordar que por auto interlocutorio n.º 53, del 10/11/06, en los autos caratulados "Medina Allende, Luis Eduardo Homicidio calificado (Expte. M-11/06)", tuve oportunidad de señalar que como consecuencia directa de la

manera de estructurar el tribunal, con mayoría lega, "el legislador, que evidentemente procuró conciliar dos sistemas inconciliables, debió idear un mecanismo para dar cumplimiento al imperativo constitucional que exige la fundamentación lógica y legal de las resoluciones judiciales (Constitución de Córdoba, art. 155)", mecanismo que estableció en los arts. 29 y 44 de la ley 9182, con arreglo a los cuales, se pone "en cabeza del Presidente la obligación de motivar lógicamente y legalmente la decisión de los jurados", obligación que lo sustrae "de su deber constitucional de resolver todas las cuestiones planteadas, con afectación del principio del Juez Natural, desde que ello" significa "despojarlo de aquel deber de intervenir para conformar la decisión del Tribunal, lo que está reñido con la garantía que hace a la independencia de los magistrados".

"Según el art. 29, el Presidente de la Cámara dirige el debate y realiza los demás actos que explícitamente se le atribuyen, participando en las deliberaciones previstas por el art. 405 del CPP, pero no tendrá voto, salvo en las cuestiones previstas en los incs. 1.º, 4.º, 5.º y 6.º del art. 41, en donde deberán votar los tres (3) jueces, también tendrá voto en caso de empate. A su vez, el art. 44 dispone que los jurados y los dos jueces integrantes del Tribunal, con excepción del Presidente, votarán sobre las cuestiones comprendidas en los incs. 2.º y 3.º del art. 41 y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Si mediara discrepancia entre los dos jueces y los jurados y estos formarían mayoría, la fundamentación lógica y legal de la decisión mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara, excepto que uno de los jueces técnicos haya concurrido a formar mayoría, en cuyo caso la fundamentación será elaborada por este. Si la decisión mayoritaria de los jurados no fuera unánime, los jurados que hayan emitido su voto en sentido contrario podrán adherir al voto de alguno de los jueces que concurrieron a formar la minoría y, en igual sentido, el Presidente deberá motivar la decisión minoritaria de los jurados cuando ninguno de los dos jueces hubiera votado en el mismo sentido que aquellos".

"Se deriva de esas disposiciones que, por regla, el Presidente de la Cámara carece de voto en las cuestiones previstas en los incs. 2.º y 3.º del art. 41 y sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, como así también que en las cuestiones en las que los jurados deben votar, la fundamentación lógica y legal de la sentencia corre por su cuenta, salvo que uno de los técnicos haya concurrido a formar mayoría, como que el Presidente debe motivar la decisión minoritaria de los jurados si ninguno de los técnicos hubiera votado en el mismo sentido que estos".

"A su vez, el art. 45 de la ley 9182 establece que la sentencia que se dicte deberá observar los requisitos exigidos por la ley procesal penal, en obvia alusión al art. 408 del CPP, cuyo inc. 2.º establece que la sentencia deberá contener "El voto de los Jueces y Jurados sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición concisa de los motivos de hecho

y de derecho en que se basen, sin perjuicio de que adhieran específicamente a las consideraciones y conclusiones formuladas por el magistrado que votare en primer término. Los Jurados podrán adherir al voto de cualquiera de los Jueces”, de lo que se sigue que entre esta disposición y los arts. 29 y 44 de la ley 9182 median evidentes discordancias, que pueden ser salvadas a favor de esta última porque, siendo especial en relación al régimen general que representa el código procesal, tiene preeminencia sobre el mismo. Ése y no otro es el fundamento científico de la regla prevista por el art. 54 de la ley 9182 que, como lo estableciera su antecedente, el art. 6.º de la ley 9122, dispone que en caso de conflicto normativo relativo a la aplicación de la ley “deberá interpretarse y resolverse en beneficio de la presente ley”.

“Sin embargo, ese modo de resolución de conflictos normativos solo es válido en la medida que se trate de reglas legales encontradas, o de otra forma, que involucre disposiciones originadas en el mismo legislador común; no, cuando las reglas de la ley 9182 se oponen a disposiciones constitucionales, pues en tal caso rige el principio de supremacía normativo impuesto por el art. 31 de la Constitución de la Nación, frente al cual el art. 54 de la ley 9182 es por completo ineficaz. Lo dicho viene al caso debido a la manda constitucional del art. 155 de la Constitución local, que impone como deberes a los magistrados y funcionarios judiciales “el resolver las causas” en tiempo y forma, esto es, “dentro de los plazos fatales que las leyes procesales establezcan” y “con fundamentación lógica y legal”.

“La redacción del art. 155 evidencia que tales deberes son puestos en cabeza no del tribunal, sino de los magistrados que lo integran, sin distinción alguna, lo que no es un dato menor, sin que pueda argumentarse en contra que el art. 142 del CPP establece que “El Tribunal deberá fundamentar...”, pues de su correlación con el art. 408, inc. 2.º, no surge duda alguna que son los jueces, todos los jueces, quienes tienen el deber de votar y dar razones suficientes. Tampoco puede alegarse en contra invocando el art. 382 del CPCC (ley 9129), pues esa norma, que estatuye que “Los votos sobre cada una de las cuestiones serán fundados...”, deja en claro que son todos los jueces quienes deben votar (y fundadamente) desde que a ese acto deben asistir “todos los vocales”, sin que la parte final de la regla, que legitima que puedan concurrir solo dos votos para conformar la voluntad decisoria (siempre que haya concordancia), vaya en desmedro de la manda del art. 155 de que se trata, pues la previsión legal atiende a una situación de excepción, a la existencia de una imposibilidad material (por ausencia, vacancia u otro impedimento de alguno de los miembros del tribunal) que impide el concurso de los tres votos, situación que por cierto no es a lo que se refiere la ley 9182, que no regula situación de excepción alguna sino que, al contrario, considera como “normal” que el Presidente no debe votar.

“En consecuencia, aunque es cierto que la ley 9182 pudo establecer diferencias respecto de la ley 8123, también lo es que no pudo hacer lo mismo

en relación a lo que establece la Constitución desde que ello significó contrariar el art. 31 de la CN. Y lo hizo, pues estableció una dispensa en relación al deber del Presidente del Tribunal de resolver, acto trascendente que cuando se trata de un tribunal colegiado supone que aquel debe contribuir a formar la voluntad del tribunal con su voto, de lo que se sigue que los arts. 29 y 44 violentan el mandato del art. 155 de la Constitución local y resultan, por tanto, constitucionalmente inválidos. También lo son por otra razón”.

“La manda constitucional mencionada constituye una categoría normativa-conceptual inescindible, en el sentido que no admite interpretar que el deber de resolver sea algo desligable del deber de fundar el voto: este conlleva el deber de fundar, y los fundamentos son los del voto del magistrado que expresa su voluntad decisora. En tal entendimiento, cabe advertir que la ley 9182 no dispensa a los jurados de su obligación de votar, aunque restringe las cuestiones sobre las que deben pronunciarse; tampoco, de su obligación de dar fundamentos, cosa que la misma ley establece (Ferrer - Grundy, ob. cit., pág. 71), con toda razón porque son funcionarios públicos y porque ‘Hoy motivar es un deber legal de todos los funcionarios públicos, según el art. 2.º de la ley 25188, y encuentra respaldo en el art. 269 del CP, que exige la fundamentación (veraz) de las resoluciones judiciales’ (Cafferata Nores - Tarditti, ob. cit., T. I, pág. 390, nota 793 in fine)”.

“Empero, ocurre que la ley 9182 presenta una particularidad: en las cuestiones en las que, por regla, el Presidente no tiene voto, tiene la obligación de fundar lógicamente y legalmente la decisión de los jurados si, siendo mayoría, su criterio no coincide con ninguno de los jueces técnicos con ‘derecho’ a voto, o cuando siendo minoría, ella estuviera integrada solo por ciudadanos, de lo que se sigue que el Presidente no tiene voto pero tiene que dar razones, y no de su voto, sino de lo decidido por los jurados, lo que importa alterar la esencia de la garantía del art. 155 de la Constitución, desde que hace a los deberes por ella impuestos que el magistrado vote y de razones, no de lo que otros deciden o contribuyen a decidir, sino de lo que él decide o contribuye a decidir. De allí que los arts. 29 y 44 de la ley 9182 deban ser considerados, también, contrarios a la Constitución local, lo que así debe declararse”.

Desde ese precedente no me he apartado en casos sucesivos, aunque no siempre haya propuesto la declaración de inconstitucionalidad de que se trata, porque como he dicho en los autos “Capdevila Horacio Alejandro y otros p.ss.aa. Homicidio calificado, etc.”, sentencia n.º 20 del 11/6/2008, aquella declaración solo procede cuando se configura el “caso concreto” pues de lo contrario, la declaración de inconstitucionalidad devendría abstracta. Y eso es lo que ocurre en el caso, pues a mérito del resultado de la votación, medió unanimidad en todos los integrantes del Tribunal ya que jueces técnicos y jurados populares hemos coincidido respecto de la solución que corresponde

dar a esta primera cuestión, por lo que no corresponde plantear la declaración de que se trata.

FDO.: SPINKA - MANDELLI - MAGGI - JURADOS POPULARES

DERECHO PENAL JUVENIL. PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD. PRISIÓN PERPETUA. RECURSO DE REVISIÓN. ANULACIÓN DE SENTENCIA. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Descripción del caso: La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe declaró nula la sentencia del Juez de grado que condenó a un menor de edad a la pena de prisión perpetua, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal del de homicidio triplemente agravado.

Sumario:

1. La sentencia que condenó a un menor de edad a prisión perpetua es nula, porque el magistrado se circunscribió a aseverar que resulta técnicamente viable la aplicación de la pena máxima, en virtud de lo estipulado por el art. 37, inc. a, de la Convención sobre los Derechos del Niño, pero omitió considerar que, por la naturaleza de los delitos imputados (robo calificado y homicidio agravado), no son posibles los beneficios de libertad condicional y de salidas transitorias, acorde las previsiones establecidas de los arts. 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24660. (Voto de los Dres. Gastaldi, Gutiérrez y Spuler).

2. La condena a prisión perpetua establecida a un menor debe ser dejada sin efecto, porque el magistrado se apartó de la disminución de la escala penal establecida en el art. 4 de la ley 22278 sin tener en cuenta la medida de reprochabilidad que le incumbe a aquel menor por razón de su edad y de sus posibilidades de autodeterminación, lo que permitió otorgarle un trato igual al de un mayor, contradiciendo el criterio señalado por la Corte Suprema de

Justicia de la Nación en la causa "Maldonado" -7/12/2005, LL, 5/5/2006, p. 4- . (Voto de los Dres. Gastaldi, Gutiérrez y Spuler).

3. El recurso de revisión instaurado ante la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe contra la sentencia que condenó al imputado a la pena de prisión perpetua es viable, porque está en juego la afectación de preceptos de orden constitucional, y existe la factibilidad de que se encuentre comprometida la responsabilidad internacional del Estado argentino por incumplimiento de recomendaciones perpetradas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (Voto de los Dres. Gastaldi, Gutiérrez y Spuler).

4. Los defensores, omitieron injustificadamente de agotar los recursos legales contra las decisiones desfavorables a su representado, quebrantando requerimientos propios de la garantía establecida en los artículos 18 de la Constitución Nacional y 9 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, artículos 8.2.c, d, y h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14.3.b y d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que asignan una mayor diligencia en el ejercicio de la defensa en juicio para asegurar al menor una mejor defensa; (Voto del Señor Ministro Dr. Erbetta).

5. La imposición al menor de la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inciso a de la Convención sobre los Derechos del Niño no posee motivación y no es compatible con los postulados constitucionales y convencionales. Pues, en la sentencia no se justificó la prescindencia de la pena reducida, acorde la escala de la tentativa, ni valoró de qué modo resulta adecuada para suscitar la reintegración del menor, por lo que, se equiparó al joven con el trato que se les otorga a los mayores, sin tener en cuenta su estatus diferenciado. (Voto del Señor Ministro Dr. Falistocco).

6. La prisión perpetua impuesta al joven debe ser revocada porque el Juez fundó su imposición en los postulados del artículo 37 inciso a) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y no observó la legislación nacional vigente, que veda todo beneficio de libertad por los delitos imputados, ni tampoco expuso de qué modo se debería efectivizar la revisión periódica de tal pena ni menos aún el período necesario para ello. (Voto del Señor Ministro Dr. Netri).

7. La condena al imputado por hechos cometidos siendo menor de edad a pena de prisión perpetua ha sido determinada en desconocimiento de los estándares internacionales aplicables en el área de la justicia penal juvenil lo que establece la nulidad en este aspecto, de la sanción impuesta. (Voto del Señor Ministro Dr. Netri).

8. Es deber de los jueces continuar las decisiones que procedan de los organismos internacionales en la interpretación de los Pactos que tutelan en materia de derechos humanos, a manera de doctrina legal, todo esto para impedir la responsabilidad del Estado como un compromiso de buena fe, derivado del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (Votos de la Dra Gastaldi y los Dres. Gutiérrez y Spuler).

9. Con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, el control de constitucionalidad prosperó a un control de convencionalidad. Concretamente, cuando el Estado de Argentina ratificó la

Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió a respetar los derechos y libertades que se encuentran en ella y a garantizar su libre ejercicio (art. 1.1, C.A.D.H.) adoptando las medidas legislativas o "de otro carácter" que resultaran ineludibles para efectivizarlos (art. 2, C.A.D.H.). (Votos de la Dra Gastaldi y los Dres. Gutiérrez y Spuler).

Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, 1/11/2012, "C., D. F."

Rosario, 1º de noviembre de 2012.

Primera: ¿es admisible el recurso interpuesto?

Segunda: en su caso, ¿es procedente? Tercera: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?

A la primera cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi y los señores Ministros doctores Gutiérrez y Spuler dijeron:

1. La Defensora General de Cámara de Apelación de la Circunscripción Judicial N° 1, en ejercicio de la defensa técnica de D. F. C., inicia ante esta Corte acción de revisión contra la sentencia emitida el 01.06.2010 por el Juzgado de Distrito de Menores de la Segunda Nominación de Santa Fe que impuso pena de prisión perpetua a su asistido en los términos del artículo 37 a) de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs.5/9v., Expte. N° 375/2012).

Sostiene que las sentencias, por las cuales se declaró la responsabilidad penal y luego se aplicó la pena perpetua a su defendido, no fueron apeladas, revistiendo las mismas carácter definitivo, razón por la cual el recurso de revisión devenía en la única vía procesal adecuada.

Funda su recurso en el artículo 489 inciso 4 del Código Procesal Penal, admitiendo que si bien no es un "supuesto típico", el dictado del Informe N° 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el cual se emitieran conclusiones y recomendaciones, debe admitirse como "nuevo hecho excepcional" para no incurrir, frente a su incumplimiento, en responsabilidad internacional atento que -para casos análogos- la Comisión concluyó que el Estado de Argentina violó los artículos 1.1, 2, 5.1, 5.6, 7.3, 8.1, 8.2.h, 19 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Afirma que la prisión perpetua impuesta a C., afecta disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, toda vez que de las constancias de autos, surge que no está debidamente fundada su oportunidad y conveniencia, además de contradecir la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Maldonado" y de la Cámara Federal de Casación Penal en "Mendoza".

Endilga al Tribunal la falta de valoración de las posibilidades de resocialización de C. y los posibles efectos nocivos que el encarcelamiento tan riguroso podría acarrear al justiciable atento la minoría de edad al momento de la comisión del ilícito. Destacando que dicha condena a perpetuidad, sobre una persona en formación y vulnerable, violenta el "interés superior del niño y

la aplicación de la pena como "medida de último recurso y durante el período más breve que proceda" (arts. 3 y 37.b Convención sobre Derechos del Niño).

Añade asimismo la afectación al derecho de defensa, por cuanto entiende se trasgredió la congruencia, toda vez que se condenó a C. por agravantes por las cuales nunca pudo defenderse porque no fueron imputadas en su indagatoria, "violando su legítimo derecho de defensa material y tornando a la sentencia de imposición de pena nula de nulidad absoluta porque pena un hecho surgido de otra sentencia nula por incongruencia con la atribución del hecho delictivo imputado" (f.8, Expte. Nº 375/2012).

Finalmente, solicita el cese de prisión y hace reserva de derechos para acudir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. Corrida vista al Señor Procurador General (f. 10, Expte. Nº 375/2012), éste contesta solicitando se declare admisible la acción interpuesta en el entendimiento que la entidad de los preceptos constitucionales que podrían verse afectados en el caso y la existencia de precedentes de similar índole en los que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidiera, impone la intervención de la Corte Suprema de Justicia (fs. 23/26, Expte. Nº 375/2012).

3. Pasados los autos a resolución de la Corte, en fecha 26.10.2012 compareció el doctor Ernesto Martín Navarro, Director de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación -conforme Decreto Presidencial Nº 1858 del 14.11.2011- y en calidad de amigo del Tribunal, acompaña la presentación que luce a fojas 32/45v.

4. Antecedentes de la causa: Por resolución del 10.08.2009 el Juzgado de Distrito de Menores de la Segunda Nominación

de Santa Fe declaró a D. F. C. como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego (arts. 166, inc. 2, 2 párrafo del C.P.) y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real (arts. 80 inc. 2 y 7; 41 bis; 55 del C.P.; fs. 964/970, Autos principales). Notificándose al imputado (el 11.08.2009), a la Defensoría General Nº 4 que estaba a cargo de la defensa de C. -doctor Martínez- (el 25.08.2009), a la Asesora de Menores -doctora Ferroni- (el 08.09.2009) y a la Fiscalía (el 09.08.2009); no apelada la resolución quedó firme.

Posteriormente, la Jueza de Menores al considerar cumplidos los requisitos del artículo 4 de la ley 22278, por resolución del 01.06.2010, impuso a C. la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inc. "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño (f.1117/1124, Autos principales). Notificándose al imputado (el 15.06.2010), a la Defensoría General Nº 4 -doctora Ojeda- (el 15.06.2010), al Asesor de Menores -doctor Cilla- (el 23.06.2010) y a la Fiscalía (el 08.06.2010); tampoco consta de la compulsión de los antecedentes que se hubiera recurrido, quedando firmes.

Contra esta última sentencia, sostiene -en el encabezado del escrito recursivo- viene en revisión la Defensora General, más del desarrollo de su libelo claramente se desprende la revisión de ambos decisorios.

4.1. El análisis del análisis de admisibilidad que cabe realizar a este Cuerpo, tornan necesario previamente efectuar una serie de consideraciones.

En tal empresa, cabe mencionar que el artículo 489 del Código Procesal Penal de Santa Fe reza que la revisión “procederá, en todo tiempo y en favor del condenado, para perseguir la anulación de la sentencia firme”, enunciando seguidamente los cuatro motivos específicos que taxativamente recepta para autorizar interponerla: la inconciliabilidad de la cosa juzgada; la demostración de falsedad de la prueba que originó la condena; la demostración de conductas delictivas que provocaron la condena; y la sobreviniencia de nuevos hechos o elementos de prueba.

Así, resulta recaudo de admisibilidad del recurso de revisión penal, la articulación de planteos encuadrados en alguna de las causales enunciadas en el citado artículo, ya que según el artículo 490 del mismo digesto, éste deberá concretarse a demostrar (bajo sanción de inadmisibilidad) la inexistencia del hecho delictuoso o de una circunstancia que contribuyó a agravar la pena o la no comisión del delito por el condenado o la falta de prueba en que se basó la condena, fundado en cualquiera de los incisos del artículo anterior.

Efectuadas estas consideraciones, cabe afirmar que las cuestiones invocadas al deducir el recurso de revisión no encuadran en ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 489 del Código Procesal Penal. No obstante ello, entiendo que las especialísimas circunstancias del caso – al recurrente se le impuso la pena de prisión perpetua por un hecho cometido cuando aún era menor de edad- y la importancia de los preceptos de orden constitucional que podrían verse afectados, a saber: el derecho de defensa y la prescindencia de lineamientos convencionales vinculantes, obligan a brindar respuesta jurisdiccional al planteo y apartarse de la regla de taxatividad antes enunciada.

Es que así como este Tribunal ha superado requisitos formales que exige la ley 7055, en orden al recurso de inconstitucionalidad local, frente aquellos supuestos que permiten inferir una cuestión de gravedad institucional que pone en juego la Administración de Justicia, en el caso, ante la eventual violación de disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, un apego a las formas resulta incompatible con una correcta prestación del servicio de justicia.

En orden a ello, ha de tenerse presente que la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a nuestro bloque constitucional con la reforma de 1994 (arg. art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución nacional), impone a los jueces el deber de respetar los derechos allí reconocidos y velar que sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin y, en pos de ello, cobra especial relevancia la interpretación que de éstos hacen los organismos internacionales.

En tal sentido, es deber de los jueces seguir las decisiones emanadas de los organismos internacionales en la interpretación de los Pactos que rigen en materia de derechos humanos, a modo de doctrina legal, y ello a fin de evitar la responsabilidad del Estado como un compromiso de buena fe, derivado del artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Sabido es que con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos el control de constitucionalidad evolucionó a un control de convencionalidad. Específicamente, cuando el Estado de Argentina ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, se comprometió a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio (art. 1.1, C.A.D.H.) adoptando las medidas legislativas o "de otro carácter" que fueran necesarias para hacerlos efectivos (art. 2, C.A.D.H.).

En tal sentido, se ha sostenido con particular referencia al Poder Judicial que "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad ex officio" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes... O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana" (Corte I.D.H. en Casos: "Myrna Mack vs. Guatemala", del 25.11.2003; "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", del 26.09.2006 y "Trabajadores Cesados del Congreso -Aguado Alfaro y otros- vs. Perú", del 24.11.2006).

En este cometido, la Judicatura debe tener en cuenta no solo la Convención sino también la interpretación que efectivamente rige en el ámbito internacional, considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoce la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 75 inc. 22 C.N., 62 y 64 C.A.D.H. y artículo 2 ley 23.054, Fallos: 318:514; 319:1840 y "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", del 26.09.2006, Párr. 124).

En punto a los informes de la Comisión Interamericana, no puede dejar de señalarse que más allá de los vaivenes respecto de su directa obligatoriedad, no pueden ser desatendidos en particular en casos como el presente que

involucran a menores de edad. Por tanto "los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana -pueden tenerse- como criterios jurídicos de ordenación valorativa para los estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el derecho interno con miras a armonizarlas en todo lo posible con aquellos criterios establecidos por la comisión. En tales condiciones, este deber de tomar en consideración las recomendaciones formuladas por la Comisión para adoptar medidas progresivas en favor de los derechos humanos se inserta dentro de un deber general de "respetar los derechos y libertades" contenido en el artículo 1 de la Convención, cuyo alcance ha sido interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como comprensivo del deber de "garantizar" su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción -OC N° 11/90 del 10 de agosto de 1990-" (Fallo: 321:3555, "Acosta", de los Votos de los señores Ministros Boggiano y Bosser, Párr. 14; H. 17. XXXVII. "Hagelin", del voto del señor Ministro doctor Maqueda, Párr. 15). Entendiendo, que su inaplicación en el ámbito doméstico podría implicar desvirtuar el sistema internacional de derechos humanos.

Así las cosas, estimamos que la entidad de los preceptos de orden constitucional que podrían verse afectados, la trascendencia que cabe asignar a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 172/10 (Causa 12.561 "César Alberto Mendoza y otros", del 02.11.2010) - dictado con posterioridad a la resolución que fijó la pena de C. y que se vincula precisamente a la imposición de prisión perpetua a menores de edad y especialmente al derecho de defensa- y la consecuente responsabilidad internacional en que pudiera incurrir el Estado argentino, demandan el tratamiento del decisorio impugnado por la vía del recurso de revisión intentado, por ser ésta la más apropiada para la finalidad que persigue la impugnante.

De allí que, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 23/26), cabe juzgar admisible la revisión interpuesta.

Así votamos.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

1. A los fines de efectuar un relato pormenorizado de las constancias de autos, cabe indicar en primer término, que en fecha 01.10.2012 la Defensora General de Cámaras de Apelación de la Circunscripción Judicial N° 1 se presentó ante este Tribunal manifestando que había tomado conocimiento de que D. F. C. había sido condenado por sentencia firme de primera instancia a la pena de prisión perpetua por un hecho cometido cuando era aún menor de edad.

Que el Defensor General N° 4 de Santa Fe, doctor Morales, en fecha 19.09.2012, había deducido una presentación ante el Juez de Primera Instancia de Distrito Ejecución Penal de Sentencia de Coronda, peticionando: a) el traslado del menor a la Provincia de Santa Fe; b) su excarcelación; y c) la revisión y modificación de la pena a fin de que se dejara sin efecto la perpetua. Que que en fecha 20.09.2012, el menor C. ratificó ante dicho defensor y por escrito: su deseo de ser trasladado a la cárcel de Coronda; la

designación y actuación del Defensor Oficial en todo lo concerniente a la revisión de su sentencia, a través de todos los recursos disponibles, todo de acuerdo a la estrategia defensiva conversada con el mismo (f. 1). Luego, hizo lo propio en fecha 04.10.2012 respecto de todo lo actuado por la defensa oficial (f. 2)

Asimismo, en su presentación, sostuvo la Defensora General de Cámaras de Apelación de la Circunscripción Judicial N° 1 que ninguna de las dos sentencias dictadas en tal proceso penal de menores (la que había declarado su responsabilidad penal y la que había determinado pena) había sido revisada por un tribunal distinto al que la dictó.

Estimó en tal escrito que la imposición de pena de prisión perpetua a C. aparecía como excesivamente rigurosa, imponiéndose en consecuencia que se extremen los recaudos para asegurarle "...toda la vía recursiva posible y prevista por nuestro ordenamiento legal vigente y/o antecedentes jurisprudenciales afines...", mediante la cual pueda llegar a obtener una revisión de la sentencia condenatoria. Solicitó en consecuencia se le remitiera la causa principal para fundamentar su petición (f. 3v.)

2. Posteriormente, en fecha 05.10.2012, inicia formalmente ante esta Corte recurso de revisión en favor de D. F. C., contra la sentencia de fecha 01.06.2010 dictada por la Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Menores N° 2 de Santa Fe, la cual oportunamente había resuelto imponerle la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inc. "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Relata la compareciente que C. había sido declarado penalmente responsable -en fecha 10.08.2009- como autor de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real. Refiere asimismo que ninguna de las dos sentencias fueron impugnadas por la defensa de C..

Expresa que la elección de la vía de "revisión" se funda en que es la única adecuada para el caso, teniendo en cuenta que el condenado se encuentra privado de su libertad por sentencia condenatoria penal firme, porque la aparición de elementos probatorios nuevos pueden evidenciar que C. se encuentra condenado en forma arbitraria, y en el entendimiento de que la decisión judicial que le aplicó la pena de prisión perpetua contrarió la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Maldonado" y lesionó normas de jerarquía constitucional que regulan los derechos del niño.

Agrega como fundamento del pedido de anulación de la sentencia, que constituye un hecho nuevo el dictado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del informe 172/10 que dispusiera que la imposición de prisión perpetua a menores de edad podría violar los derechos previstos en los artículos 1.1, 2, 5.1, 5.6, 7.3, 8.1, 8.2.h, 19, 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que se podría generar responsabilidad internacional para el Estado Argentino.

Postula que si bien la situación presentada no está prevista como causal en la enumeración taxativa del artículo 489 del Código Procesal Penal, el régimen restrictivo impuesto por el derecho formal "debe ceder ante un nuevo hecho excepcional, como es la intervención de un órgano internacional en caso análogo y en el ejercicio de su jurisdicción (vinculante para Argentina)", por lo que el pronunciamiento supone un hecho nuevo relevante y de tratamiento obligatorio en virtud de la potestad reconocida a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el Estado Argentino (conforme criterio de la Sala II de la C.F.C.P. en la causa "Mendoza" con cita de la Corte nacional).

Por otra parte, invoca que la sentencia del 01.06.2010 violó el derecho de defensa de C., dado que le impuso una pena de prisión perpetua por un hecho ilícito "que no guarda relación de congruencia, con el hecho ilícito que le fue atribuido en la prestación de declaración indagatoria". Concretamente, cuestiona que se lo haya condenado por homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y para asegurar el resultado y por el uso de arma de fuego, postulando que por tales agravantes nunca se pudo defender, porque nunca se le hicieron conocer (fs. 7v./8).

Asimismo, manifiesta que la pena de prisión perpetua impuesta violenta disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37. b), toda vez que de las constancias de autos surge que no está debidamente fundada su oportunidad y conveniencia, tal como lo exige tal disposición, dado que no se valoraron sus posibilidades de resocialización, ni los efectos nocivos que un encarcelamiento tan riguroso podría acarrear en su persona, considerando que al momento de cometer el delito era una "persona en formación y vulnerable". Se agravia en la misma línea, de que no se haya ordenado en la sentencia que la pena se cumpla dentro de las condiciones que la ley 24660 prevé para los jóvenes adultos.

Finalmente, manifiesta que C. ya lleva más de cuatro años privado de su libertad por una sentencia que contiene vicios de nulidad, por lo que solicita su inmediata libertad.

3. Corrida en la misma fecha vista al señor Procurador General, el titular del Ministerio Público solicitó la remisión de los autos principales -que fuera efectivizada en fecha 18.10.2012-y la contestó ese mismo día.

En su dictamen, expresa que si bien el planteo efectuado no encuadra en ninguna de las hipótesis habilitantes de la revisión contenidas en la norma, de todos modos postula la admisión de la vía. En tal sentido, entiende que "...la entidad de los preceptos de orden constitucional que podrían verse afectados en el caso bajo análisis y la existencia de precedentes de similar índole en los que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidiera, habilitan un prudencial apartamiento de la interpretación estricta de las causales de admisibilidad de la vía impugnativa deducida...".

Considera que en consecuencia se debe acceder a una revisión de la sentencia en lo que respecta a la imposición de la pena de prisión perpetua a C., dado que ella "...violentaría disposiciones contenidas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en los pronunciamientos de la

Comisión Interamericana, como asimismo en lo referente a la invocada violación del derecho de defensa..." (f. 26).

Concluye que el caso se encuentra vinculado a cuestiones constitucionales cuya trascendencia impone la necesidad de un pronunciamiento por esta Corte, por lo que debe admitirse el recurso deducido.

4. Pasados los autos a resolución de la Corte, en fecha 26.10.2012 compareció el doctor Ernesto Martín Navarro, Director de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación -conforme Decreto Presidencial N° 1858 del 14.11.2011- y en calidad de amigo del Tribunal, acompaña la presentación que luce a fojas 32/45v.

5. Antecedentes de la causa. Por resolución del 10.08.2009, el Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Menores N° 2 de la ciudad de Santa Fe declaró a D. F. C. como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego (arts. 166 inc. 2°, 2° párr. del C.P.) y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado, y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real (arts. 80 inc. 2 y 7; 41 bis; y 55 del C.P.; fs. 964/970v., autos principales). Se notificó al imputado el 11.08.2009, al Defensor General N°4 de Santa Fe que estaba a cargo de la defensa de C. - Dr. Martínez- el 25.08.2009, a la Asesora de Menores -Dra. Mateo de Ferroni- el 08.09.2009 y a la Fiscalía N° 7 -Dr. Andrés- el 19.08.2009. No apelada la resolución, esta quedó firme.

Posteriormente, la Jueza de Menores, al considerar cumplidos los requisitos del artículo 4 de la ley 22278, por resolución del 01.06.2010, impuso a C. la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inciso "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 1117/1124, autos principales). Se notificó al imputado el 15.06.2010, a la Defensora General N°4 que estaba a cargo de la defensa de C. -Dra. Ojeda- el 13.06.2010, al Asesor de Menores - Dr. Cilla- el 23.06.2010 y a la Fiscalía N° 7 el 08.06.2010. Tampoco consta, de la compulsión de los antecedentes, que se hubiera recurrido, quedando, por ende, firme.

Contra esta última sentencia, según sostiene en el encabezado del escrito recursivo la Defensora General Cámaras, viene en revisión; mas del desarrollo de su presentación se desprende la objeción de ambos decisorios.

6. Admisibilidad del recurso de revisión.

6.1. De inicio, cabe señalar que conforme al artículo 489 del Código Procesal Penal de Santa Fe, la revisión "procederá, en todo tiempo y en favor del condenado, para perseguir la anulación de la sentencia firme", enunciando seguidamente los cuatro motivos específicos que taxativamente recepta para autorizar a interponerla: tales, la inconciliabilidad de la cosa juzgada; la demostración de falsedad de la prueba que originó la condena; la demostración de conductas delictivas que provocaron la condena; y la sobreviniencia de nuevos hechos o elementos de prueba.

De tal forma, se ha dicho que resulta recaudo de admisibilidad del recurso de revisión penal, la articulación de planteos encuadrados en alguna de las causales enunciadas en la citada norma, ya que según el artículo 490 del mismo digesto, éste deberá concretarse a demostrar (bajo sanción de inadmisibilidad) la inexistencia del hecho delictuoso, o de una circunstancia que contribuyó a agravar la pena, o la no comisión del delito por el condenado, o la falta de la prueba en que se basó la condena, fundado en cualquiera de los incisos del artículo anterior.

Sin embargo, atento a las particularidades relatadas en el caso, cabe excepcionar tal regla, por cuanto, tal como ya he sostenido, "...igual podrá abrirse la vía y aún acogerse el petitorio si de la condena en crisis se desprende palmariamente afectado, el valor justicia, constituyendo una regla de principio que se encuentra más allá del tipo procesal local particularmente aplicable..." (Erbeta, Daniel; Orso, Tomas; Franceschetti, Gustavo; Chiara Díaz, Carlos: "Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, comentado, ley 12734", Ed. Zeus, Rosario, pág. 755).

Y en este supuesto se presenta tal palmaria afectación.

De un lado, en tanto la defensa técnica, en el caso, omitió injustificadamente agotar los recursos legales contra las decisiones adversas a su representado, incumpliendo exigencias propias de la garantía consagrada en los artículos 18 de la Constitución nacional y 9 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, artículos 8.2.c, d, y h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14.3.b y d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que imponían el mayor celo en el ejercicio de la defensa en juicio para asegurar al menor una defensa efectiva y cierta; por otro lado, tal como lo sostuvo el señor Procurador General en su dictamen, dado que con la imposición a C. de la pena de prisión perpetua por un hecho cometido cuando aún era menor de edad, podrían verse afectados preceptos de orden constitucional y convencional, y en particular violentadas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, no escapa al recurso de revisión verificar si las sentencias objeto de impugnación resultan compatibles con los postulados tanto constitucionales como convencionales (vgr. Convención sobre los Derechos del Niño, Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos N° 172/10 e Informe en el caso N° 12651 del 17.06.2011 y la doctrina constitucional sentada por la C.S.J.N. in re "Maldonado" -Fallos: 328:4343-)

Ello así por cuanto, en la actualidad, el sistema jurídico de la justicia penal juvenil se encuentra configurado por la Constitución nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores (Fallos:328:4343); y su vulneración podría derivar en responsabilidad

internacional para el Estado argentino, circunstancia que justifica también la admisibilidad de la presente vía.

Que a ello debe sumarse, precisamente, la incidencia del Informe N° 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la necesidad de constatar, en el caso, si la imposición de la pena perpetua resulta compatible con los lineamientos y estándares internacionales derivados del relacionado marco normativo.

Vale también señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Loayza Tamayo vs. Perú" (sentencia del 17.09.1997), sostuvo que "...en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 11). Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la comisión aprueba en sus informes..." (párrafos 80-81).

6.2. Que sin perjuicio de la suficiencia de lo expuesto en el punto anterior a los fines de habilitar la admisibilidad de la vía, cabe también advertir que conforme surge del recurso de revisión presentado por la Defensora General de Cámara, y tal como ya se señaló, D. F. C. fue declarado penalmente responsable de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real -por resolución de fecha 10.08.2009 del Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Menores N°2 de la ciudad de Santa Fe- y condenado luego, a la pena de prisión perpetua -por auto de fecha 01.06.2010-.

Del escrito de interposición del presente recurso, y más concretamente, al fundar el reparo sobre la incongruencia achacada en la sentencia, transcribe la impugnante los hechos atribuidos a C. en la declaración indagatoria, de donde se deriva que en éstos había también intervenido C. J. R. (fs. 7/8).

Las circunstancias detalladas en la declaración indagatoria motivaron a esta Corte a la consulta del "Sistema Informático de Consultas Penales Unificadas", a fin de conocer si se había formalizado causa penal alguna respecto de la persona señalada en la imputación referida y en su caso, su estado procesal.

Efectuada dicha consulta, pudo comprobarse que al mencionado R. se le inició un proceso penal en el cual se le atribuyó el mismo hecho por el que

fuera condenado C., desde luego, en un proceso tramitado ante el fuero penal ordinario.

En efecto, conforme surge de las copias certificadas que esta Corte tiene a la vista, por sentencia N° 543 de fecha 01.06.2009 del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 2 de la ciudad de Santa Fe, se condenó a C. J. R. como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio con alevosía y "criminis causa", por el uso de arma y la intervención de un menor de edad, en concurso real con hurto a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por igual tiempo, declarándolo reincidente por primera vez.

Apelada que fuera esa sentencia por la defensa del imputado, la Sala Cuarta de la Cámara de Apelación en lo Penal de la ciudad de Santa Fe, por decisión N° 162, de fecha 29. 09. 2009, confirmó la confirmó parcialmente, modificando la calificación respecto a R. por la de coautor de homicidio en ocasión de robo agravado y hurto en concurso real, fijándole la pena de 20 años de prisión.

La coyuntura descripta respecto de la condena del mayor R., esto es, que por el mismo hecho al menor C. se lo consideró penalmente responsable como partícipe principal del delito de homicidio "criminis causa", imponiéndosele la pena de prisión perpetua, mientras que al mayor R. se lo condenó a veinte años de prisión como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio en ocasión de robo agravado y hurto en concurso real, conlleva que el cambio de calificación efectuado por la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe -Tribunal superior de la Jueza de Menores que condenara a C.- y la consecuente disminución de la pena impuesta, genere proyecciones jurídicas respecto del menor C..

Siendo ello así, la sentencia dictada por la Cámara de Apelación en lo Penal respecto del imputado R., configura además la hipótesis habilitante de la revisión contenida en el inciso 1° del artículo 489 del Código Procesal Penal de la Provincia.

6.3. En consecuencia, la entidad de los preceptos de orden constitucional que se advierten afectados y la posibilidad de verse comprometida la responsabilidad internacional del Estado Argentino por el incumplimiento del sistema jurídico de la justicia penal juvenil vigente, así como la trascendencia que cabe asignar como causal de revisión a la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe, en función de la conducta atribuida a R. -recuérdese, idéntico hecho a aquel por el cual se había condenado a C.-, habilitan el tratamiento de la cuestión dentro de las previsiones del recurso de revisión, por ser la única vía apta para su saneamiento.

De allí que, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 23/26), cabe juzgar admisible la revisión interpuesta.

Así voto.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Falistocco dijo:

1. A los fines de efectuar un relato pormenorizado de las constancias de autos, cabe indicar en primer término, que en fecha 01.10.2012 la Defensora

General de Cámaras de Apelación de la Circunscripción Judicial N° 1 se presentó ante este Tribunal manifestando que había tomado conocimiento de que D. F. C. había sido condenado por sentencia firme de primera instancia a la pena de prisión perpetua por un hecho cometido cuando era aún menor de edad.

Afirmó que el Defensor General N° 4 de Santa Fe, doctor Morales, en fecha 19.09.2012, había interpuesto una presentación ante el Juez de Primera Instancia de Ejecución en lo Penal de Sentencia de Coronda, peticionando: a) el traslado del menor a la Provincia de Santa Fe; b) su excarcelación; y c) la revisión y modificación de la pena a fin de que se dejara sin efecto la prisión perpetua. Que en fecha 20.09.2012, el menor C. ratificó ante dicho defensor y por escrito su deseo de ser trasladado a Santa Fe, la designación y actuación del Defensor Oficial en todo lo concerniente a la revisión de su sentencia, a través de todos los recursos disponibles, todo de acuerdo a la estrategia defensiva conversada con el mismo, haciendo lo propio en fecha 04.10.2012 respecto de todo lo actuado por la defensa oficial. Asimismo, en su presentación, sostuvo la Defensora General de Cámaras que ninguna de las dos sentencias dictadas en tal proceso penal de menores (la que había declarado su responsabilidad penal y la que había determinado pena) había sido revisada por un tribunal distinto al que la dictó.

Estimó en tal escrito que la imposición de pena de prisión perpetua a C. aparecía como excesivamente rigurosa, imponiéndose en consecuencia que se extremen los recaudos para asegurarle "toda la vía recursiva posible y prevista por nuestro ordenamiento legal vigente y/o antecedentes jurisprudenciales afines", mediante la cual pueda llegar a obtener una revisión lo más amplia posible de la sentencia condenatoria. Solicitó, en consecuencia, que se le remita la causa principal para fundamentar su petición.

2. Posteriormente, en fecha 05.10.2012 inicia formalmente ante esta Corte recurso de revisión en favor de D. F. C., contra la sentencia de fecha 01.06.2010 dictada por la Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Menores N° 2 de Santa Fe, la cual oportunamente había resuelto imponerle la pena de prisión perpetua en los términos del art. 37 inc. "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Relata la compareciente que C. había sido declarado penalmente responsable -en fecha 10.08.2009- como autor de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real. Refiere asimismo que ninguna de las dos sentencias fueron impugnadas por la defensa de C..

Expresa que la elección de la vía de "revisión" se funda en que es la única adecuada para el caso, teniendo en cuenta que el condenado se encuentra privado de su libertad por sentencia condenatoria penal firme, porque la aparición de elementos probatorios nuevos pueden evidenciar que C. se encuentra condenado en forma arbitraria, y en el entendimiento de que la decisión judicial que le aplicó la pena de prisión perpetua contrarió la doctrina

sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Maldonado" y lesionó normas de jerarquía constitucional que regulan los derechos del niño.

Agrega como fundamento del pedido de anulación de la sentencia, que constituye un hecho nuevo el dictado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del informe 172/10 (del 02.11.2010) que dispusiera que la imposición de prisión perpetua a menores de edad podría violar los derechos previstos en los artículos 1.1, 2, 5.1, 5.6, 7.3, 8.1, 8.2.h, 19, 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que se podría generar responsabilidad internacional para el Estado Argentino.

Postula que si bien la situación presentada no está prevista como causal en la enumeración taxativa del artículo 489 del Código Procesal Penal, el régimen restrictivo impuesto por el derecho formal "debe ceder ante un nuevo hecho excepcional, como es la intervención de un órgano internacional en caso análogo y en el ejercicio de su jurisdicción (vinculante para Argentina)", por lo que el pronunciamiento supone un hecho nuevo relevante y de tratamiento obligatorio en virtud de la potestad reconocida a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el Estado Argentino (conforme criterio de la Sala II de la C.F.C.P. en la causa "Mendoza" con cita de la Corte nacional).

Por otra parte, invoca que la sentencia del 01.06.2010 violó el derecho de defensa de C., dado que le impuso una pena de prisión perpetua por un hecho ilícito "que no guarda relación de congruencia, con el hecho ilícito que le fue atribuido en la prestación de declaración indagatoria". Concretamente, cuestiona que se lo haya condenado por homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y para asegurar el resultado y por el uso de arma de fuego, postulando que por tales agravantes nunca se pudo defender, porque nunca se le hicieron conocer.

Asimismo, expresa que la pena de prisión perpetua impuesta violenta disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37 b), toda vez que de las constancias de autos surge que no está debidamente fundada su oportunidad y conveniencia, tal como lo exige esa disposición, dado que no se valoraron sus posibilidades de resocialización, ni los efectos nocivos que un encarcelamiento tan riguroso podría acarrear en su persona, considerando que al momento de cometer el delito era una "persona en formación y vulnerable". Se agravia en la misma línea, de que no se haya ordenado en la sentencia que la pena se cumpla dentro de las condiciones que la ley 24660 prevé para los jóvenes adultos.

Finalmente, manifiesta que C. ya lleva más de cuatro años privado de su libertad por una sentencia que contiene vicios de nulidad, por lo que solicita su inmediata libertad.

3. Corrida en la misma fecha vista al señor Procurador General, éste solicitó la remisión de los autos principales -que fuera efectivizada en fecha 18.10.2012- y la contestó ese mismo día.

En su dictamen, expone que si bien el planteo efectuado no encuadra en ninguna de las hipótesis habilitantes de la revisión contenidas en la norma, de

todos modos postula la admisión de la vía. En tal sentido, entiende que "la entidad de los preceptos de orden constitucional que podrían verse afectados en el caso bajo análisis y la existencia de precedentes de similar índole en los que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se expidiera, habilitan un prudencial apartamiento de la interpretación estricta de las causales de admisibilidad de la vía impugnativa deducida".

Considera que en consecuencia se debe acceder a una revisión de la sentencia en lo que respecta a la imposición de la pena de prisión perpetua a C., dado que ella "violentaría disposiciones contenidas en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en los pronunciamientos de la Comisión Interamericana, como asimismo en lo referente a la invocada violación del derecho de defensa".

Concluye que el caso se encuentra vinculado a cuestiones constitucionales cuya trascendencia impone la existencia de pronunciamiento por esta Corte, por lo que debe admitirse el recurso deducido.

4. Pasados los autos a resolución de la Corte, en fecha 26.10.2012 compareció el doctor Ernesto Martín Navarro, Director de Asuntos Legales de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación -conforme Decreto Presidencial N° 1858 del 14.11.2011- y en calidad de amigo del Tribunal, acompaña la presentación que luce a fojas 32/45v.

5. Antecedentes de la causa principal:

5.1 Por resolución del 10.08.2009, el Juzgado de Distrito de Menores de la Segunda Nominación de la ciudad de Santa Fe declaró a D. F. C. como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego (arts. 166 inc. 2º, 2º párrafo del C.P.) y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado, y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real (art. 80 inc. 2 y 7; 41 bis; 55 del C.P; fs. 964/970, autos principales). Asimismo, se registran notificaciones al imputado (el 11.08.2009), a la Defensora General N° 4 que estaba a cargo de la defensa de C. -doctor Martínez- (25.08.2009), a la asesora de Menores -doctora Ferroni- (el 08.09.2009) y a la Fiscalía (19.08.2009); sin advertirse la impugnación de tal sentencia.

Para así decidirlo, en aquella resolución, la Jueza consideró que "D. F. C., por su lado, confesó haber desplegado la actividad criminal que le fue adjudicada. Porque si bien en el acto de indagatoria deslindó responsabilidades en cuanto a la muerte de Gómez -también respecto de la conducción del vehículo que sirvió a la comisión del delito más grave-, en el careo llevado a cabo por la Jueza instructora acordó haber actuado como puntualmente lo relatara R. (...). Así también lo entendió la defensa técnica del menor, ante la imposibilidad de debilitar los gruesos argumentos de cargo que integran el plexo acusatorio (declaración de sus tres acompañantes, declaración de su tía Eva, de las encargadas del motel, de Enrique Fabián GÓmez que en todo momento mencionó el arma de C., que Diego le dio el arma para venderla,

que al no comprarla su padre y luego de probar su efectividad disparando `cuatro tiros (f. 608) se lo devolvió a Diego, todo sumado como ya lo dije, a la propia confesión del encartado." (f. 964).

5.2 Posteriormente, por resolución del 01.06.2010, la Jueza de Menores al considerar cumplidos los requisitos del artículo 4 de la ley 22278 impuso a C. la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inc. "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 1117/1124, autos principales). Luego constan notificaciones al imputado (el 15.06.2010), a la Defensora General N° 4 que estaba a cargo de la defensa de C. -doctora Ojeda- (13.06.2010), al Asesor de Menores -doctor Cilla- (el 23.06.2010) y a la Fiscalía (08.06.2010); no consta que se hubiera recurrido, quedando, por ende, firme.

Contra esta última sentencia, según sostiene en el encabezado del escrito recursivo la Defensora General de Cámara viene en revisión, mas del desarrollo de su presentación se desprende la objeción a ambos decisorios.

6. Admisibilidad del recurso de revisión.

6.1. De inicio, cabe señalar que conforme al artículo 489 del Código Procesal Penal, la revisión "procederá, en todo tiempo y en favor del condenado, para perseguir la anulación de la sentencia firme", enunciando seguidamente los cuatro motivos específicos que taxativamente recepta para autorizar a interponerla: tales, la inconciliabilidad de la cosa juzgada; la demostración de falsedad de la prueba que originó la condena; la demostración de conductas delictivas que provocaron la condena; y la sobreviniencia de nuevos hechos o elementos de prueba.

De tal forma, se ha dicho que resulta recaudo de admisibilidad del recurso de revisión penal, la articulación de planteos encuadrados en alguna de las causales enunciadas en el citado artículo, ya que según el artículo 490 del mismo digesto, el mismo deberá concretarse a demostrar (bajo sanción de inadmisibilidad) la inexistencia del hecho delictuoso, o de una circunstancia que contribuyó a agravar la pena, o la no comisión del delito por el condenado o la falta de la prueba en que se basó la condena, fundado en cualquiera de los incisos del artículo anterior.

6.2 En esta tarea, conforme surge del recurso de revisión presentado por la Defensora de Cámara, D. F. C. fue declarado penalmente responsable de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real -por resolución de fecha 10.08.2009 del Juzgado de Primera Instancia de Distrito de Menores N° 2 de la ciudad de Santa Fe- y condenado, luego, a la pena de prisión perpetua por auto de fecha 01.06.2010.

Del escrito de interposición del presente recurso y, más concretamente, al fundar el reparo sobre la incongruencia achacada en la sentencia que declara la responsabilidad penal del menor, transcribe los hechos atribuidos a C. en la declaración indagatoria, acto procesal de donde se deriva que en el hecho también había intervenido C. J. R. (fs. 7/8).

Las circunstancias detalladas en la declaración indagatoria motivaron a esta Corte la consulta del "Sistema Informático de Consultas Penales Unificadas", a fin de conocer si se había formalizado causa penal respecto de la persona señalada en la imputación referida (Cristián R.) y, en su caso, su estado procesal.

Efectuada dicha consulta, pudo comprobarse que al mencionado R. se le inició un proceso penal en el cual se le atribuyó el mismo hecho por el que fuera condenado C., desde luego, en un proceso tramitado ante el fuero penal ordinario.

En efecto, conforme surge de las copias certificadas, por sentencia N° 543 de fecha 01.06.2009 del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal N° 2 de la ciudad de Santa Fe, se condenó a C. J. R. como autor penalmente responsable del delito de homicidio con alevosía y "criminis causa", por el uso de arma y la intervención de un menor de edad en concurso real con hurto, a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por igual tiempo, declarándolo reincidente por primera vez.

Apelada que fuera esa sentencia por la defensa del imputado, la Sala Cuarta de la Cámara de Apelación en lo Penal de la ciudad de Santa Fe, por decisión N° 162, de fecha 29.09.2009, confirmó parcialmente la sentencia, modificando la calificación respecto de R. por la de coautor de homicidio en ocasión de robo agravado y hurto en concurso real, fijándole la pena de 20 años de prisión.

La coyuntura descrita respecto de la condena del mayor Rodriguez, esto es, que por el mismo hecho al menor C. se lo consideró penalmente responsable como partícipe principal del delito de homicidio "criminis causa", mientras que a R. se lo condenó como coautor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo agravado y hurto en concurso real, conlleva que el cambio de calificación efectuado por la Cámara Penal de Santa Fe - tribunal de alzada de la Jueza de Menores- tenga proyecciones jurídicas respecto del menor C..

Siendo ello así, la sentencia dictada por la Cámara Penal respecto del imputado R. configura -en las especiales circunstancias de la causa- la hipótesis habilitante de la revisión contenida en el inciso 1° del artículo 489 del Código Procesal Penal.

6.3 Por otro lado, el otro supuesto que habilita la vía de la revisión es la incidencia que ostenta en el caso -y más específicamente en la sentencia que fija la prisión perpetua de C.- el informe 172/10 de la Comisión Internacional de Derechos Humanos, siendo necesario constatar si la imposición de esa pena resulta compatible con lineamientos y estándares internacionales y constitucionales comprometidos en la causa. Sabido es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Loayza Tamayo vs. Perú" (sentencia del 17 de septiembre de 1997), sostuvo que "...en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos

para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la O.E.A., artículos 52 y 11). Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la comisión aprueba en sus informes" (párrafos 80-81).

En similar tesitura, sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Simón" del 14.06.2005, que "tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (considerando 17, Fallos: 328:2056).

Siendo ello así, cabe tener por configurada en este liminar examen la hipótesis del artículo 489 inciso 4 del Código de forma.

6.4 En suma, la trascendencia que cabe asignar como causal de revisión a la sentencia de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe, en función del proceso seguido a R. -recuérdese, el homicidio de Gómez, por el cual también fuera enjuiciado C.-, como también la entidad de los preceptos de orden constitucional y convencional que se advierten comprometidos con la consiguiente posible responsabilidad internacional del Estado Argentino por el incumplimiento del sistema jurídico de la justicia penal juvenil vigente, autorizan el franqueamiento de la revisión impetrada.

De allí que, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador General (fs. 23/26), cabe juzgar admisible la revisión interpuesta.

Así voto.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

1. La causa se encuentra adecuadamente reseñada entre los puntos 1 a 5 inclusive del voto del señor Ministro doctor Erbetta.

2. El supuesto que habilita la vía de la revisión es la incidencia que ostenta en el caso -y más específicamente en la sentencia que fija la prisión perpetua de C.- el informe 172/10 de la Comisión I.D.H., siendo necesario constatar si la imposición de esa pena resulta compatible con lineamientos y estándares internacionales y constitucionales comprometidos en la causa.

Sabido es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Loayza Tamayo vs. Perú" (sentencia del 17 de septiembre de 1997), sostuvo que "...en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores

esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función "promover la observancia y la defensa de los derechos humanos" en el hemisferio (Carta de la O.E.A., artículos 52 y 111). Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes", por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la comisión aprueba en sus informes" (párrafos 80-81).

En similar tesitura, sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Simón" del 14 de junio de 2005, que "tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen un imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (considerando 17, Fallos: 328:2056).

En suma, la entidad de los preceptos de orden constitucional y convencional que se advierten comprometidos con la consiguiente posible responsabilidad internacional del Estado Argentino por el incumplimiento del sistema jurídico de la justicia penal juvenil vigente, autorizan el franqueamiento de la revisión impetrada.

3. No acontece lo mismo con el restante supuesto invocado a partir del vicio de incongruencia atribuido a la sentencia de responsabilidad penal (esto es: la dictada el 10.8.2009), que no encuadra, decididamente en ningún supuesto de admisibilidad del artículo 489 del Código Procesal Penal.

Siendo ello así, esta última alegación rebasa el ámbito de cognoscitivo de la revisión del artículo 489 del ordenamiento procesal citado.

Voto, pues, por la afirmativa con el alcance establecido.

A la segunda cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi y los señores Ministros doctores Gutiérrez y Spuler dijeron:

1. En tren de analizar la procedencia de la vía intentada, en primer lugar corresponde resaltar que en materia penal juvenil existe un catálogo de normas internacionales que resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores.

Tales normas dan cuenta que la sanción penal en el caso de un menor solo opera como última ratio, de manera subsidiaria y sin dejar de atender el interés superior del niño.

En efecto:

La Convención Americana de Derechos Humanos regula que "nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (art. 5.2); que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados" (art. 5.6) y que "todo niño tiene derecho a las medidas de

protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19).

A su turno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica” (art. 10.3).

Por su parte, el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”, resaltando también que “los Estados partes velarán porque: a) ningún niño sea sometido a torturas ni a malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda” (art. 37). A lo que ha de agregarse que el artículo 40 de dicha Convención, establece las garantías judiciales mínimas del proceso de menores y la obligación de tener en cuenta la edad del niño y la importancia de promover su reintegración.

En igual tesitura, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) establecen que “las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible” (Regla 17.1.b) y que, por tanto, “la respuesta que se de al delito sea siempre proporcionada, no solo las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad” (Regla 17.1.a).

En orden a ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe 172/10 (02.11.2010, Causa 12.561 “César Alberto Mendoza y otros”), determinó que en aquéllos casos en los que se establezca la responsabilidad penal de adolescentes por delitos graves a los que correspondan penas privativas de libertad, el ejercicio del ius puniendi por parte del Estado debe regirse por el principio del interés superior del niño, pues “una política criminal que en lo relativo al tratamiento de niños, niñas y adolescentes infractores esté orientada meramente por criterios retributivos y deje en un segundo plano aspectos fundamentales como la prevención y el fomento de oportunidades para una efectiva reinserción social, sería incompatible con los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil” (Cons. 154).

A partir de estas pautas rectoras, corresponde determinar si la sentencia venida en revisión por la cual se impusiera pena a perpetuidad, se encuentra

provista de la debida fundamentación de conformidad con los principios de subsidiariedad, "última ratio" e "interés superior del niño", antes enunciados.

1.1. En tal cometido, se advierte que tras constatar el cumplimiento de las pautas establecidas en el artículo 4 de la Ley 22.278, la magistrada resaltó que de acuerdo al art. 37 b) de la Convención sobre los Derechos del Niño se requiere verificar en primer lugar si resulta oportuno y conveniente la aplicación de una sanción. Seguidamente, afirmó que "surge evidente que aún con bases familiares de contención deficiente y con una historia adolescente regida por la violencia y su propia inmadurez en un medio que propicia el delito no puede pasar inadvertida la gravedad de uno de los hechos que le fueran intimados y del que también resultó culpable". Tras dicha afirmación, consideró a C. "merecedor de pena".

Así las cosas, de lo hasta aquí transcrito resulta descalificable el decisorio impugnado, pues la magistrada al fundar la aplicación de pena en la "gravedad de uno de los hechos que le fueran intimados" a C., confunde la exigencia de necesidad de pena con el merecimiento de la misma.

Tal distinción cobra relevancia, toda vez que las valoraciones vinculadas a la gravedad del hecho y al juicio sobre la prohibición penal del mismo ya fueron efectuadas por el legislador al tipificar la conducta atribuida a C., circunstancia que luego fuera ponderada para determinar su responsabilidad penal. Por el contrario, la necesidad de pena, si bien presupone el merecimiento de la misma, brinda respuesta a una segunda fase, vinculada a determinar concretamente si aquel hecho que es merecedor de pena, además necesita ser penado, para lo cual debe valorarse la ausencia, en el caso concreto, de cualquier otro medio menos gravoso disponible y eficaz.

Es que la exigencia de fundamentación respecto a la necesidad de pena resulta insoslayable, toda vez que al tratarse de un hecho cometido por un menor, el juez tiene la facultad y el deber de ponderar la misma. En efecto, como bien resalta la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Maldonado" (Fallos 328:4343) "de la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad" (Cons. 35). Así, este mandato constitucional "exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento" (cons. 23), pues incluso la norma también prevé la posibilidad de que resulte innecesario aplicar una sanción, en cuyo caso el juez puede absolver al imputado (último párrafo art. 4, ley 22278).

1.2. En igual orden de ideas, cabe señalar que la Sentenciante en el decisorio impugnado también omite exponer las razones por las cuales se apartó de la aplicación de la escala punitiva reducida que establece el artículo 4 de la ley 22278.

En efecto, la magistrada para mensurar la pena aplicable precisó que “la imposición de una pena máxima requiere de argumentos verdaderamente irrefutables, en un discurso que haya desplazado por completo la característica de “ultima ratio” que la sanción privativa de libertad tiene en el cuerpo normativo vigente para los menores”. A lo que agregó “deben surgir resultados axiológicos entitativos válidos, positivos que efectivamente nos pongan frente a un sujeto sin tendencias personales a la agresión a comportamientos antisociales de carácter grave, no como en este caso a un sujeto que a pesar de un obrar delictivo, haya tenido una trayectoria en la terapia tutelar que no revela una vocación de mejora”, concluyendo que correspondía sancionar a D. F. C. con prisión perpetua en los términos del artículo 37 inc. “a” de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Tales argumentos no constituyen fundamentos suficientes en orden a justificar la necesidad de aplicar la pena máxima que nuestro ordenamiento legal prevé para el tipo de delito por el cual fue condenado. Ello así pues no basta con señalar que el imputado en la trayectoria de la terapia tutelar no revela una vocación de mejora, si junto a ello no se analiza qué medidas tutelares menos gravosas a la prisión se llevaron a cabo para intentar resocializar a C. y, en su caso, valorar cuáles fueron las causas del presunto fracaso de las mismas.

En efecto, la razón a la que recurre la Jueza para justificar la imposición de la pena de prisión perpetua y descartar así la reducción de la escala penal que prevé el artículo 4 de la ley 22.278, se encuentra totalmente despojada de una mínima valoración de la medida de reprochabilidad que por razón de su edad le cabe a C. y de sus posibilidades de autodeterminación, cuestión que cuanto menos debió referir, habida cuenta que la sentencia hace un extenso relato de la historia social y familiar del mismo.

Lo así resuelto, importó equiparar a C. con el trato que se da a los mayores, en clara contradicción al criterio del máximo Tribunal de la Nación in re “Maldonado” (arriba citado), en orden a que la reacción penal estatal debe ser inferior a la que le correspondería, en iguales circunstancias, a un adulto, pues “en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva” (Cons. 40).

Este tratamiento diferenciado del que prescindió la Magistrada claramente se desmarca de los principios rectores aplicables en el derecho penal juvenil, toda vez que a tenor de las convenciones respectivas los niños tanto como los adolescentes deben ser entendidos como distintos a los adultos, pues están en curso de un inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico

y de incorporación y arraigo de valores, principios, y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. Así en la Opinión Consultiva N° 17 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que "Las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son la mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa, se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso" (OC 17, Corte IDH).

Esta desigualdad real del menor, sustenta que deba darse un tratamiento diferenciado respecto del adulto, obligándose a adoptar medidas acordes en el procedimiento que contribuyan o promuevan la reintegración del menor. Todo conforme los lineamientos de la Convención de los Derechos del Niño, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), la Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la provincial Ley 12967.

A tenor de las citadas convenciones, se advierte la atinencia de los lineamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe N° 172/10, cuando señala y reconoce que si bien la pena de prisión perpetua no se encuentra prohibida en términos definitivos, de acuerdo al artículo 37 a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, aclara respecto de la excarcelación que la misma debe examinarse en forma periódica, acorde a "la evolución del niño" (Cons. 164). Señalando que ello es así, por consideraciones de los principios generales que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado respecto de los menores contenidos en los artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como los principios fundamentales proclamados en los artículos 37 y 40.

En el caso, la imposición al justiciable de pena perpetua por hechos cometidos en su minoría de edad, en modo alguno podría convalidarse en tanto la Magistrada eludió en el examen los lineamientos y estándares internacionales precedentemente citados en el Informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En orden a ello,

resultan clarificadoras las apreciaciones de la Comisión en el informe referido respecto a que en materia de menores la privación de libertad debe ser aplicada únicamente como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda, pues este estándar más alto de excepcionalidad respecto de la privación de libertad, implica que las autoridades judiciales encargadas de establecer las sanciones penales, deban explorar las alternativas a la privación de libertad y analizar seriamente las circunstancias particulares que en cada caso concreto hacen necesaria la aplicación de dicha sanción y no otra menos gravosa. Deberes que tienen que ser observados con especial minuciosidad cuando se impone una pena de prisión o reclusión perpetua, debido a la severidad que la misma comporta (cons. 174). Ello así pues "la posibilidad legal de excarcelación no es per se suficiente para que la aplicación

de la sanción de prisión perpetua a niños, niñas o adolescentes sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños y de finalidad de la pena bajo la Convención Americana. En cada caso se deben evaluar las posibilidades de revisión periódica así como la estricta observancia de los principios que rigen el poder punitivo del Estado frente a niños" (Cons. 166).

Ninguna de estas consideraciones surgen del decisorio sujeto a revisión, en tanto se limita a afirmar que resulta técnicamente posible la aplicación de la pena máxima, a tenor de lo previsto por el art. 37 inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, más sin efectuar reparo alguno respecto a que por la naturaleza del delito por el que fue condenado C., resultan inviables los beneficios de libertad condicional y de salidas transitorias, a tenor de las prohibiciones estatuidas en el artículo 14 del Código Penal y en el artículo 56 bis de la ley 24.660, respectivamente. Sin que por lo demás, se advierta que la sola mención o alusión a la excarcelación, pudiera compadecerse con el criterio de "examen periódico", ni con los principios de "mínima intervención" y proporcionalidad. En consecuencia, no obstante que el delito por el cual se lo condenara a C. prevé la pena absoluta de prisión perpetua, tal como lo señalara la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, en la causa "Mendoza": "la única forma de compatibilizar la sanción con los estándares de mínima intervención, resocialización, última ratio, subsidiariedad e interés superior del niño que rigen en la materia de acuerdo a los parámetros ya explicitados, era decidir acerca de la aplicabilidad de la escala reducida de la tentativa en los términos del artículo 4 de la ley 22.278" (C.F.C.P., Sala II, Causa N° 14.087, del 19.09.2012).

Por lo expuesto, y en salvaguarda de los derechos fundamentales de mínima intervención, proporcionalidad y culpabilidad involucrados, corresponde hacer lugar al recurso de revisión de la condena de prisión perpetua impuesta a C., la que se deja sin efecto.

1.3. Si bien la Defensora General de Cámara en el encabezado de su escrito recursivo sindicó que viene en revisión contra la sentencia que impuso a C. pena a perpetuidad. Lo cierto es, como ya se adelantara, que del desarrollo de su presentación se desprende la revisión de ambos decisorios.

En tal cometido, y respecto de la sentencia que declaró la responsabilidad penal del inculcado, no puede soslayarse que la misma es consecuencia de evidentes y manifiestas transgresiones a derechos y garantías constitucionales durante el "iter procesal", vinculadas estrechamente a la defensa efectiva, lo que se evidencia en forma inmediata y directa de la compulsión de los antecedentes a la vista.

Así a fojas 629 de los autos principales, consta que en el careo con su coimputado (el mayor R.) el menor se autoincrimina, sin defensa técnica, ni asesor de menores, ni padres, rectificando la versión de su indagatoria y autoadjudicándose allí la autoría del homicidio. Pero es el caso, que el inculcado careció además de toda defensa probatoria, pues el defensor no ofreció prueba ni controló las declaraciones de los deponentes. E

inexplicablemente sumado a ese abandono de la defensa, al momento de corrérsele traslado de la acusación fiscal, el funcionario que inasistió al careo y autoincriminación; en una carilla luego de un racconto de elementos incriminantes admitió la autoría de su asistido, afirmando en suma: que atento la confesión del accionar por parte del menor en el careo, sumado a los demás elementos probatorios, se sentía "obligado a admitir su autoría así como la calificación pretendida" (f. 756). Es decir, abandonó la defensa para luego admitir la autoría del menor con sustento en el acto de autoincriminación, al que no asistió. Todo con transgresión a las exigencias de su ministerio.

Que a la luz de lo expuesto, nítidamente se advierte que en la etapa en examen, el justiciable careció de defensa material efectiva, frustrándose no sólo su acceso a instancias recursivas (art. 8.2.h C.A.D.H.) sino acumulando afectaciones groseras y en perjuicio de la defensa del justiciable (arts. 18 C.N.; 9 C. Prov.; 8.2.c y d C.A.D.H.), vicios éstos que por su entidad y manifiesta evidencia autorizan -excepcionalmente- a propiciar la anulación del decisorio e instancias procedimentales a partir del mismo acto de autoincriminación formulado en el careo.

En virtud de lo anterior, consideramos inoficioso analizar otras cuestiones alegadas por la presentante.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de revisión de la primera resolución de fecha 10.08.2009 dictada por el Juzgado de Distrito de Menores por la cual se declarara la responsabilidad penal de C., anulándose el decisorio e instancias procedimentales a partir del acto autoincriminatorio.

2. En el contexto enunciado, y ante las irregularidades observadas en el proceso seguido contra el menor C., se impone correr vista de todas las actuaciones al señor Procurador General a los fines de iniciar las investigaciones que correspondan.

Por ello, votamos por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo:

1. Sabido es que con la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a la Carta Magna, el control de constitucionalidad evolucionó hacia un control de convencionalidad.

En tal sentido, se ha sostenido que "...cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por el efecto útil de la Convención, que no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad ex officio" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes... O sea, los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no sólo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como

de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana" (Corte I.D.H. en casos: "Myrna Mack vs. Guatemala", del 25.11.2003; "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", del 26.09.2006 y "Trabajadores Cesados del Congreso - Aguado Alfaro y otros- vs. Perú", del 24.11.2006).

En este marco, "...los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno armonizadas con aquéllas" (Fallos:326:3268, voto del señor Ministro Dr. Maqueda).

2. Debido proceso y derecho de defensa.

Los motivos de revisión conllevan inexorablemente a efectuar una compulsa de lo actuado en el proceso en que ha sido condenado a prisión perpetua C., el cual -adelanto- no cumple con las garantías mínimas que exigen la Constitución nacional y provincial y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, de igual jerarquía.

En efecto, las violaciones al debido proceso constitucional y su correlato, el derecho a una defensa efectiva y cierta, que destituyen a la sentencia como acto jurisdiccional válido son:

2.1. La afectación al principio de congruencia, en tanto tal como lo pone de relieve la Defensora General de Cámaras, en la declaración indagatoria de C., prestada con la presencia del Asesor de Menores, doctor Carlos Ibarra, no estando presentes sus padres, se omitió intimar la base fáctica de las agravantes (alevosía y *criminis causa*) por las que luego resultara condenado. Este vicio se plasma en la acusación y termina anidando en la sentencia ahora objeto de revisión, en tanto se lo condena por agravantes del homicidio que no habían sido atribuidas, por lo que cabe reiterar aquí lo ya sostenido por esta Corte en orden al alcance del principio de congruencia como derivado del derecho de defensa (cfr. A. y S., t. 232, págs. 312/325 y 381/385; t. 244, págs. 23/28; t. 245, págs. 395/410, entre otros).

2.2. La efectiva y real carencia defensiva sufrida por el imputado C..

De la compulsa de la causa se advierte que:

a) Si bien C. fue asistido, en oportunidad de su declaración indagatoria, por el Asesor de Menores -Dr. Claudio Ibarra-, el careo con el coimputado mayor de edad (tío del menor), en el que C. se rectifica respecto de lo declarado en la indagatoria y se autoincrimina en orden a la autoría del homicidio (f. 629 de los autos principales), se llevó a cabo sin la presencia de su abogado defensor, ni de sus padres.

b) El padre de C. designó posteriormente como abogada defensora a la doctora Patricia Hidalgo (f. 660 de los autos principales), quien luego de ser notificada del traslado para contestar la requisitoria de elevación a juicio (fs. 684 y 686 de los autos principales), presentó su renuncia al cargo aduciendo que no podía contactarse con la familia de C. (f. 706 de los autos principales).

c) A foja 707 de los autos principales C. designa nuevamente al doctor Claudio Ibarra, quien a foja 709 de los autos principales resigna el cargo por haber asesorado en la misma causa a la coimputada Yésica Yanina Chemez, por lo que se designa al Defensor General N° 4, doctor Antonio Martínez (f. 753 de los autos principales), quien contesta la requisitoria de elevación a juicio en los siguientes términos: "...atento a la lisa y llana confesión de su accionar que efectuara C. en su careo (...) unido a los demás elementos probatorios colectados en la causa, me veo obligado a admitir su autoría así como la calificación pretendida..." (cfr. fs. 756/757 de los autos principales).

d) Abierta la causa a prueba a foja 940 de los autos principales, se notifica a la defensa y se procede a la clausura del período probatorio a foja 943, sin que ninguna de las partes ofreciera prueba alguna, tanto es así que ante la ausencia de ofrecimiento de pruebas se omitió la audiencia prevista en el artículo 95 Código Procesal del Menor.

e) En fecha 10.08.2009 la Jueza de Primera Instancia de Distrito de Menores N° 2 declaró a D. F. C. autor penalmente responsable de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal de homicidio triplemente agravado y notificada la sentencia al defensor, doctor Antonio Martínez, y a la Asesora de Menores, doctora Mateo de Ferroni (ambos a f. 971 de los autos principales), no dedujeron impugnación alguna.

f) En la sentencia se fundamentó la conclusión condenatoria en la declaración indagatoria de C., en los interrogatorios sumarios prestados en sede policial y posteriores indagatorias de los coimputados en el hecho, en el careo y actuaciones preventivas en general, que dan cuenta de declaraciones policiales, sin que ninguno de estos elementos probatorios fuera sometido a control de parte.

g) En su oportunidad, la Fiscalía N° 7 solicitó la aplicación de la pena de prisión perpetua (fs. 1053/1054 de los autos principales), mientras que el defensor contestó tal pretensión peticionando la no aplicación de pena e invocando la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas de Beijing y los informes socio ambientales practicados (fs. 1057/v. de los autos principales).

h) El 23.02.2010 se corrió vista a la Asesora de Menores Delia Mateo de Ferroni (f. 1065 de los autos principales), quien expresó que debía actualizarse el informe psicológico para luego disponerse un nuevo traslado a los fines del artículo 100 del Código Procesal del Menor. Cumplimentado tal requerimiento (fs. 1066/1068), se omitió correr nueva vista a la Asesora de Menores, en los términos del artículo 100 del Código Procesal del Menor y, en su lugar, a pesar de las consecuencias de tal omisión, se procedió directamente al llamamiento de autos el 31.03.2010, notificándose la Defensora General N°4, doctora Nilda Ojeda y el defensor General N° 6 -Dr. Morales- en reemplazo de la Asesora de Menores -Dra. Mateo de Ferroni- (f. 1078 de los autos principales).

i) En fecha 01.06.2010 la Jueza de Primera Instancia de Distrito de Menores N° 2 de Santa Fe resolvió aplicar a D. F. C. la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inciso "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño - fs. 1117/1124 de los autos principales-, resolución de la cual se notificaron el

Fiscal N° 7, la Defensora General N° 4 por el imputado C., la Asesora de Menores N°1 (fs. 1124/v. de los autos principales) y el propio imputado a foja 1125 que se negó a firmar. Conforme las constancias de la causa, dicha sentencia no fue apelada por la defensa de C. ni por la Asesora de Menores.

Las actuaciones reseñadas dan cuenta que los sucesivos defensores de C. jamás cuestionaron acto procesal alguno, no ofrecieron prueba, ni controlaron la validez de la pretendida como prueba de cargo y no impugnaron ninguna de las decisiones adversas a su defendido, limitándose a convalidar irregularidades procesales -a las cuales habían contribuido-y a admitir lisa y llanamente la autoría y la calificación legal, todo lo cual importa una efectiva violación al derecho de defensa en juicio en un proceso en el que - legalmente, no así constitucionalmente- podía llegar a aplicarse al menor C., tal como finalmente ocurrió, una pena de prisión perpetua.

Por supuesto que la confusa sucesión de defensores que asistieron a C. en nada coadyuvó a su defensa efectiva a lo que cabe agregar que la intervención de la Defensa Oficial impone una mayor rigurosidad en la concreción de esa garantía en tanto se trató -en gran medida del proceso- de una tarea a cargo de un órgano estatal (cfr. criterio de Fallos: 332:1095, cons. 5)

Y en ese contexto también debe hacerse referencia a la falta de intervención de la Asesora de Menores actuante respecto a la necesidad de imposición de pena a C.. Ello es así, por cuanto la Funcionaria solicitó un informe psicológico actualizado del menor, posteriormente se practicó el mismo sin que tuviera nunca oportunidad de expedirse sobre el juicio que le corresponde efectuar de acuerdo a la ley al no corrérsele el traslado pertinente luego de la incorporación del informe peticionado, circunstancia advertida y mencionada por la propia Jueza en el fallo (f. 1117v. de los autos principales). De todos modos, quien se notificara en reemplazo de la Asesora de Menores del llamamiento de autos para sentencia -Dr. Morales-no cuestionó tal omisión (f. 1078 de los autos principales), así como el Asesor de Menores que se notificó del fallo -Dr. Cilla-, no lo impugnó (f. 1124v. de los autos principales).

Cabe aclarar, que no se trata de reprochar la adopción de una determinada estrategia defensiva (cfr. criterio de Fallos: 327:5095), sino de advertir que lo acontecido en el caso importa un inadmisibles menoscabo al derecho de defensa en juicio del acusado, desde que ha carecido de una asistencia efectiva. Ello es así por cuanto en realidad la tutela de dicha garantía importa que su ejercicio "...debe ser cierto, de modo tal que quien sufre un proceso penal ha de ser provisto de un adecuado asesoramiento legal que asegure la realidad sustancial de la defensa en juicio..." (Fallos: 330:3526).

En el mismo sentido, la Corte nacional ha dicho que la garantía de defensa en juicio posee como una de sus manifestaciones más importantes el aseguramiento de una defensa técnica eficaz a todo justiciable, manifestación ésta que, para no desvirtuar el alcance de la garantía y transformarla en un elemento simbólico, no puede quedar resumida a un requisito puramente formal, pues no es suficiente en este aspecto con que se asegure la posibilidad

de que el imputado cuente con asesoramiento legal, sino que éste debe ser efectivo (Fallos:329:4248).

En el caso, el estado de indefensión de C. ha sido palmario y es verificable que hubo una defensa formal pero no efectiva, ni cierta, contrariando el alcance de la garantía prevista en el artículo 18 de la Constitución nacional, artículo 9 Constitución provincial de Santa Fe, artículos 8.2. Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40 Convención sobre los Derechos del Niño, así como los estándares mínimos derivados de la doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 329:4248; 332:1095; 311:2502, 319:1496).

Téngase en cuenta que no sólo se trata de un menor que ha sido condenado bajo la apariencia de un proceso, sino que también la intervención de esta Corte se justifica a partir de que resulta un criterio afincado en el más Alto Tribunal de la Nación aquel según el cual "...constituye un requisito previo emanado de su función jurisdiccional el control, aún de oficio, del desarrollo del procedimiento cuando se encuentran involucrados aspectos que atañen al orden público, toda vez que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecta una garantía constitucional no podría ser confirmada..." (Fallos: 306:2088; 312:579).

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de revisión de la primera resolución de fecha 10.08.2009, por la cual se declara la responsabilidad penal de C., la que se deja sin efecto, correspondiendo remitir los autos al Juzgado correspondiente, a fin de que a los fines de que se tramite nuevo proceso desde el último acto válido -declaración indagatoria-, a cuyo efecto se acompaña copia de la resolución.

3. Derecho al recurso.

Tal como se advirtiera en relación a la lesión constitucional vinculada al ejercicio de la defensa técnica, ni la sentencia que declara su responsabilidad penal, ni la que lo condena a la pena de prisión perpetua han sido revisadas por un tribunal superior en los términos de los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño (cfr. los lineamientos del caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", del 2.07.2004, C.I.D.H.).

En consecuencia, en el caso se ha afectado -como se dijo- el derecho a la doble instancia y a una revisión judicial amplia de ambas sentencias (cfr. el criterio de este Tribunal en A. y S. T. 229, pág. 352 y su jurisprudencia consecucional), dado que a pesar de que se lo declaró penalmente responsable por su participación en hechos de extremada gravedad y se le impuso luego la pena más grave prevista en el ordenamiento jurídico, ni la defensa que lo representara, ni la Asesora de Menores impugnaron ninguno de los pronunciamientos (art. 124 C.P.M.).

4. Pena impuesta

4.1. Respecto de la pena propiamente dicha a la cual fue condenado el menor C., cabe reiterar aquí, en primer lugar, lo afirmado en mi voto in re "Castañeda" (A. y S. t. 246 págs. 331/343), oportunidad en la cual sostuve

que no podía soslayarse que la pena privativa de libertad "realmente perpetua" lesiona la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaría graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaría incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el artículo 18 de la Constitución nacional (Fallos 329:2440; disidencia del señor Ministro doctor Zaffaroni en Fallos:333:866 y 334:1659), aun cuando en el caso reseñado, se rechazó el agravio relativo a la inconstitucionalidad de la prisión perpetua por falta de actualidad.

Ese entendimiento desde los principios constitucionales y convencionales (intangibilidad y dignidad de la persona humana, racionalidad y proporcionalidad de la respuesta punitiva, prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes, resocialización y, en el caso de niños, además, la reintegración del niño y la asunción de su función constructiva en la sociedad; cfr. arts. 1, 18 y 19 de la C.N., art. 5 C.A.D.H., art. 7 y 10 del P.I.D.C.P y arts. 37, 39 y 40 de la C.D.N.), en orden a la inadmisibilidad en el ordenamiento jurídico argentino de penas efectivamente perpetuas, se impone además en función del artículo 1 de la ley 24660, de modo que cuanto más larga sea la duración de una pena, tanto más difícil será la reinserción.

De otra parte, el propio principio republicano impone que toda afectación o pérdida de un derecho como consecuencia de la comisión de un delito tenga un límite temporal, no siendo admisible que de un delito emerja una consecuencia jurídica de por vida, en tanto ello implicaría, por vía operativa, la consagración de una "capitis diminutio" o la muerte civil y la consecuente degradación de la persona humana y su dignidad.

Nuestra más calificada doctrina nacional ha establecido que la pena perpetua, como principio, presupone la posibilidad de segregación definitiva de un sujeto del cuerpo social, lo cual está en pugna con las Convenciones de Derechos Humanos incorporadas recientemente a nuestra Constitución (art. 75 inc. 22, C.N.). Especialmente los incisos 2 y 6 del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al proscribir el primero "las penas crueles o inhumanas" y al establecer el segundo que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados", de modo que la "rehabilitación social" es incompatible con la existencia de penas privativas de libertad que se autodefinan como eternas (en esta misma línea, en principio, Eugenio R. Zaffaroni: "Tratado de Derecho Penal", Parte General, t. V, nº 594, págs. 111 y sgtes., ya antes de la reforma constitucional).

4.2. Desde el punto de vista del control de convencionalidad de la pena de prisión perpetua en los términos de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 40.2.b.1, 40.4 y 40.1 in fine), deriva la incompatibilidad de la prisión perpetua con los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la regla 17 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), el Informe N° 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así

como la doctrina constitucional sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Maldonado" (Fallos:328:4343).

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos determinó que "...el Estado de Argentina es responsable internacionalmente por mantener en vigencia un sistema de justicia adolescente que permite que éstos sean tratados igual que los adultos infractores. Ello llevó a que César Alberto Mendoza, Claudio David Núñez, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández, fueran condenados a las penas de prisión y reclusión perpetuas por hechos que ocurrieron cuando aún eran niños. Esta condena se impuso en desconocimiento de los estándares internacionales aplicables en la materia de justicia penal juvenil, en particular, la privación de libertad únicamente como medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda, así como la obligación de asegurar una revisión periódica de la posibilidad de excarcelación, tomando en especial consideración la finalidad resocializadora de la pena. De esta manera, las penas de prisión y reclusión perpetuas, fueron impuestas de forma arbitraria y resultaron incompatibles con la Convención Americana..." (Informe N° 172/10).

4.3. Ya en el fallo "Maldonado" la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo "...Que la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad. La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución, tal como se ha señalado, repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853-1860, en perfecta armonía con el art. 1 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto..."; (cfr. considerandos 38 y 40).

En tal sentido, se ha afirmado que con relación a los niños en la situación de la ley 22.278, "los ´ tribunales, al respecto, están obligados a atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, llevando a cabo una "supervisión adecuada" (ídem, art. 3), sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que "garantizar" los derechos humanos implica para el Estado el deber

de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de aquéllos ("Giroidi y otro", Fallos:318:514, 530, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) (LA LEY, 1995-D, 462), lo cual comprende el ejercicio del "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas aplicables en concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional ("Mazzeo", Fallos:330:3248, 3297, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) (LA LEY, 2007-D, 426). Es función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra un menor en la situación mencionada de sus derechos constitucionales, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio..." (del voto del señor Ministro doctor Petracchi en Fallos:331:2691).

También agregó la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "...en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto..." (Fallos: 328:4343, considerando 40).

De la misma manera, es decir, en una contextualización normativa adecuada del artículo 4 de la ley 22278, que establece la reducción de pena, junto a los derechos y garantías que reconocen las disposiciones de los Tratados Internacionales, corresponde dejar sentado que el mismo sólo puede ser interpretado y aplicado en estricta correspondencia con el principio de culpabilidad disminuida.

De allí que existe un deber de justificar la imposición de la pena y de explicar los motivos en virtud de los cuales se aplicará o no la escala reducida del artículo 4 de la ley 22278. Todo ello se deriva de los principios de "última ratio", subsidiariedad e interés superior del niño que rigen cuando se trata del juzgamiento de menores. Para alejarse de dicha reducción o, en su defecto, de la absolución -cuando las circunstancias estén dadas- deberán analizarse concretamente los parámetros referidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya referido precedente "Maldonado" (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, necesidad y mínima intervención), pues de no ser así, la aplicación de la sanción escapará a la finalidad de la "última ratio" del derecho penal (cfr. art. 37 inc. b de la C.D.N., que establece "Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que

proceda"); (cfr. criterio de la Sala II, Cámara Federal de Casación Penal, in re "Mendoza, César Alberto y otros s/recurso de revisión", 21.08.2012).

Así también surge de imperio referirse a lo expresado por nuestro Más Alto Tribunal en el fallo "García Mendéz" -de fecha posterior a las sentencias del caso- en cuanto sostuviera que: "... el deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía, so pena de incurrir en responsabilidad internacional (Caso "Última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)" Serie C 73, sentencia del 5 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) (LA LEY, 2001-C, 135). No se deja de apreciar entonces, que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (art. 1.1 Convención Americana), que a cada uno, de acuerdo a sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde. Así, entre "las medidas de otra índole" que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 2) se inscriben las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (Fallos:318:514). En coincidencia, entonces, con los estándares internacionales ya señalados, les corresponde a los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño)... (Fallos: 331:2691, considerando 10).

Asimismo, la expresión "interés superior del niño", según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ".implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración y la aplicación de normas de todos los órdenes relativos a la vida del menor..." (Opinión Consultiva N° 17/02).

En el mismo sentido, no puede obviarse que la ley 26061 proyecta una trascendencia fundamental en la materia que se debate en el presente caso, en la medida que, en su artículo 2, dispone que ".La Convención sobre los Derechos del Niño es de aplicación obligatoria en las condiciones de su vigencia, en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad.." y que mediante la reglamentación de su artículo 19, que reconoce el derecho a la libertad, se establece que en su aplicación deben considerarse parte integrante de dicha norma las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/113 del 14 de diciembre de 1990 (Reglas de La Habana), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, las

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990 y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio) adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990 (Anexo del Decreto N° 415/06), por lo que ha incorporado al derecho interno, otorgando plena operatividad, un conjunto de instrumentos internacionales que precisamente tienen por finalidad limitar el poder punitivo del Estado.

Por tanto, no puede relativizarse la incidencia de la ley 26.061 -y también de la ley provincial 12967 que adhiere a ella- en materia penal juvenil toda vez que, en función de las pautas interpretativas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente de Fallos: 331:2691, la ley 22278 debe ser aplicada dentro de los límites impuestos por la ley 26061.

4.4. Que a la luz de lo expuesto, la imposición a C. de la pena de prisión perpetua en los términos del artículo 37 inciso a de la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 1117/1124 de los autos principales), carece de motivación y no resulta compatible con los postulados constitucionales y convencionales. Es que, en la sentencia se omitió justificar la prescindencia de la pena reducida, conforme la escala de la tentativa, y valorar de qué manera resultaba adecuada para promover la reintegración del menor, por lo que, además de apartarse de los estándares internacionales, se equiparó al joven con el trato que se da a los mayores, sin considerar su estatus diferenciado.

Asimismo, el propio razonamiento de la Magistrada luce autocontradictorio, dado que si bien cita la norma convencional que en realidad dispone que " .no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad...", no se hace cargo de los términos de tal norma, y no prevé en modo alguno la modalidad en la cual se deberá efectivizar en el caso la revisión periódica de la pena impuesta a los fines de evaluarse la "posibilidad de excarcelación" que ella exige.

De este modo, si bien intenta compaginar la pena impuesta con los términos de la Convención, luego en la parte resolutive del fallo, al no referir en absoluto al modo en que se efectivizaría la revisión periódica de la pena impuesta, convalida la imposición de una pena perpetua en las condiciones establecidas por el Código Penal argentino para delitos cometidos por mayores de edad, lo cual, tal como lo ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N° 172/10, no satisface el requisito convencional de examen periódico.

A ello debe sumarse que la situación del menor C. es aún más gravosa que la del menor Maldonado abordada en el fallo de la Corte nacional, y de la de los menores que motivaran el referido informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puesto que el hecho por el cual se lo condenó a C. a pena de prisión perpetua tuvo lugar el 29.08.2007, siendo aplicables las modificaciones introducidas al régimen de la libertad condicional por la ley 25.892 (B.O. 26.5.2004) y al artículo 56 bis de la ley 24.660 por ley 25.948

(B.O. 12.11.2004) por lo que, no podría acceder al beneficio de la libertad condicional, ni a los beneficios penitenciarios del período de prueba previstos en la ley 24.660.

Es decir, si ya la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que, teniendo en cuenta las previsiones del artículo 13 del Código Penal en su redacción anterior a la ley 25892, "el lapso de 20 años sin que las autoridades judiciales puedan ejercer una revisión individualizada del desarrollo en el proceso de resocialización y, como consecuencia de un resultado positivo en dicha revisión, disponer la liberación de una persona condenada por hechos ocurridos antes de cumplir 18 años de edad, es per se, irrazonable y contrario al requisito de periodicidad...", muchísimo más grave se presenta la situación cuando el sistema previsto por la ley penal que le sería aplicable, - independientemente de la cuestión de su inconstitucionalidad ya referida- no prevé absolutamente ninguna posibilidad de liberación anticipada.

4.5. Como si fuera poco, la omisión apuntada que, en el punto, debilita la decisión jurisdiccional al límite de su invalidez, se ve agravada por la circunstancia de que para aplicar la pena de prisión perpetua, la Sentenciante aludió, además, a consideraciones de tinte peligrosista, apartándose de la doctrina constitucional fijada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Maldonado".

Es que, no obstante que el delito por el cual condenó a C. prevé la pena de prisión perpetua "...la única forma de compatibilizar la sanción con los estándares de mínima intervención., resocialización, última ratio, subsidiariedad e interés superior del niño que rigen la materia, era decidir acerca de la aplicabilidad de la escala reducida de la tentativa en los términos del art. 4 de la ley 22.278..." (en tal sentido causa "Mendoza y otros s/recurso de revisión", C.F.C.P., Sala II).

No está de más señalar que el hecho de que la norma del artículo 4 de la ley 22278 refiera a la reducción de la pena al grado de la tentativa bajo la frase "...pudiendo reducirla...", no enerva ni desvirtúa los principios de legalidad, especialidad, ni la finalidad protectora, en tanto las facultades judiciales no pueden ejercerse bajo ningún aspecto en detrimento de los derechos y garantías reconocidos a los niños en las normas convencionales incorporadas a la Constitución nacional, que operan como un claro límite frente a cualquier discrecionalidad que pretenda ejercerse en aras del poder punitivo del Estado.

4.6. Por tanto, la condena a C. por hechos cometidos siendo menor a pena de prisión perpetua ha sido impuesta en desconocimiento de los estándares internacionales aplicables en la materia de justicia penal juvenil, lo que determina la nulidad en este aspecto de la pena impuesta, haciéndose por ende lugar a la revisión también en relación a esta segunda sentencia.

5. El fallo de la Sala IV de la Cámara Penal de Apelación en lo Penal de Santa Fe y su proyección al caso.

Que sumado a todo lo anterior, corresponde analizar también la incidencia que, en el presente caso, deriva de la sentencia dictada por la Sala IV de la Cámara Penal de Apelación, en autos "R., Cristián José y otros s/Homicidio con

alevosía y criminis causa, agravado por el uso de arma de fuego y la intervención de un menor de edad en concurso real”, Expediente N° 488/09, circunstancia que permite advertir la configuración de una hipótesis de revisión, la prevista en el artículo 489, inciso 1 del Código Procesal Penal.

Es que, por la muerte de Rogelio Leoncio Gómez se sustanciaron dos causas en forma paralela -dada la edad de los imputados- y por ello correspondió intervenir a dos Tribunales distintos: de Menores para C. y en lo Penal de Distrito para C. J. R.

Con relación al trámite observado en el segundo fuero indicado, se advierte que el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 2 de Santa Fe, condenó a C. J. R. como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio con alevosía y “criminis causa”, por el uso de arma y la intervención de un menor de edad, en concurso real con hurto a la pena de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por igual tiempo y costas, declarándolo reincidente por primera vez.

Ante la apelación de la defensa técnica, mediante sentencia del 29.09.2009, la Sala Cuarta de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe confirmó parcialmente dicho pronunciamiento, modificando la calificación legal por la de coautor de homicidio en ocasión del robo, agravado por la utilización de arma de fuego y participación de un menor de 18 años e imponiéndole la pena de 20 años de prisión.

Para considerar la variación de la calificación legal, se juzgó que “...no se encuentra demostrado que el designio de ambos autores del hecho haya sido el de quitarle la vida a la víctima como forma de consumir o de ocultar el robo de sus pertenencias, y en especial del automóvil...”.

En tanto, en la sentencia emitida por la Jueza de Menores, el 10.08.2009, se entendió que se había demostrado la participación del menor D. F. C. en el mismo homicidio triplemente agravado por el uso de arma de fuego y su comisión con alevosía, y por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurarse resultado “...pero no la atribución del mismo a C. en calidad de autor...”, encuadrando finalmente su conducta como partícipe principal en los artículos 80 incisos 2 y 7, y 41 bis del Código Penal, todo en concurso real en los términos del artículo 55 del Código Penal.

La inconciabilidad de las premisas fundamentales de las sentencias para calificar la conducta de ambos condenados luce clara.

Por un lado, la Jueza de Menores condenó a D. C. por su participación en un homicidio agravado con alevosía y por homicidio “criminis causa” (arts. 45, 80 incs. 2 y 7 del C.P.), figuras típicas que se caracterizan por exigencias objetivas (en la alevosía, una situación de indefensión) y, sobre todo, subjetivas particulares (tanto para la alevosía como el “criminis causa”).

Mientras que Sala Cuarta de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe condenó a Cristian R. por resultar coautor del delito homicidio en ocasión de robo (arts. 45 y 165 del C.P.), descartando que R. y C. hubieran actuado con los aspectos subjetivos descriptos en las figuras antes indicadas.

No se trata de una apreciación distinta sobre las normas involucradas (ciertamente posible a la luz de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales

en torno al alcance del artículo 165 del C.P.), sino de la consideración contradictoria sobre la misma conducta de C. y el hecho común realizado, que trae consigo una causal de escándalo jurídico con tal relevancia que permitió la imposición de una pena de prisión perpetua a un menor y, sorprendentemente, una respuesta penal más benigna al mayor.

Vaya como disgresión que se configuró la paradójica situación de que por el mismo hecho se agravó la calificación legal (art. 41 quater del C.P.) del mayor (R.) por la intervención de un menor (C.) pero se le aplicó a este último una pena superior.

En definitiva, y por estas razones, corresponde también hacer lugar al recurso de revisión interpuesta.

6. Finalmente, conforme a la situación configurada en autos, en donde se ponen al descubierto distintas violaciones a la garantía constitucional de la defensa en juicio y el incumplimiento de deberes funcionales, corresponde a esta Corte Suprema disponer, por intermedio de su Secretaría de Gobierno, previa extracción de copias, la instrucción de sumario administrativo respecto de los Funcionarios y Magistrada que actuaron en la causa, a la par de informar al Colegio de Abogados de la ciudad de Santa Fe todo lo relacionado con la actividad de los letrados intervinientes a los fines que corresponda.

Tal circunstancia viene dada en el caso de los Defensores no sólo por la falta de interposición de los recursos de apelación, sino por todas las falencias apuntadas en el ejercicio de su ministerio - cfr. punto 2.2-.

Dicha obligación funcional surge de expresos mandatos constitucionales y convencionales, en especial del contenido y alcance del derecho de defensa como correlato del debido proceso constitucional y así lo ha entendido la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos:327:5095, 329:4248, 330:3526, 330:5052, 333:1469, 333:1789, entre muchos otros).

Por su parte, el artículo 145 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al regular las atribuciones y deberes de los Defensores Generales, dispone expresamente, en el inciso 9, el deber de agotar los recursos legales contra las resoluciones adversas a sus representados, consintiéndolas solamente cuando juzgan perjudicial la prosecución de la causa, situación que no se vislumbraba en absoluto presente en el caso.

Igual consideración vale, tanto para los Asesores de Menores, como para el Fiscal de la causa - cfr. criterio de la C.S.J.N. en el fallo "Portillo" del 11.03.2008, cons. 4 del Dictamen del Procurador (LA LEY, 1989-C, 405) al que remitió el voto de la mayoría-, en tanto la ley les impone la obligación de controlar la legalidad del proceso (arts. 66 C.P.P. según ley 6740 y 142 L.O.P.J.) y, además, en el caso particular de los Asesores de Menores, de velar por los derechos de los menores (art. 149 L.O.P.J.).

Tampoco esta Corte puede dejar de mencionar la actividad de la Jueza actuante, quien frente a la constatación de tantas omisiones defensivas incumplió con los mínimos deberes funcionales de extremar los recaudos que garanticen plenamente el ejercicio de defensa en juicio, separando a los Defensores por la negligencia manifiesta en su actividad, comunicando al Procurador General e instando la designación de otro Defensor, pues además

de no hacerlo, terminó convalidando la actuación de todos los letrados frente a un proceso inconstitucional, tal como además lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al afirmar que el deber de garantizar a toda persona sometida a proceso penal un auténtico patrocinio, como el exigido por el artículo 18 de la Constitución nacional, " .no es función exclusiva de esta Corte, sino que debió ser resguardada por los tribunales de las instancias anteriores a los cuales correspondía salvar la insuficiencia de asistencia técnica..." (Fallos: 327:5095).

Estos incumplimientos funcionales no sólo resultan reprochables a la luz de las exigencias de los principios constitucionales que jueces y funcionarios judiciales tienen el especial deber de respetar y hacer respetar, sino que - además- terminan favoreciendo la falta de respuesta jurisdiccional e institucional adecuada frente a hechos de extrema gravedad y, en muchos casos, se constituyen en fuentes de impunidad.

Es que la gravedad de los hechos enrostrados a C. no neutraliza la necesidad de hacer efectivas y operativas todas las garantías constitucionales, sino que por el contrario, esa misma gravedad y los propios derechos de la víctima y sus familiares, imponen una especial exigencia funcional para investigar los hechos y determinar las responsabilidades con estricto apego a las normas constitucionales y legales, que todo juez y funcionario judicial deben observar para posibilitar una decisión jurisdiccional válida. En un Estado Constitucional de Derecho la presunción de inocencia rige y debe asegurarse y su destrucción sólo es admisible a través de una sentencia condenatoria firme que sea la culminación de un debido proceso y que encuentre sustento en suficiente prueba de cargo, válidamente obtenida e incorporada al juicio.

Por último, cabe referir que esta Corte se estaría apartando del cumplimiento de un adecuado servicio de justicia si circunscribiera su intervención al examen de las cuestiones traídas por la Defensora General de Cámaras en su fundamentación de la revisión y soslayara las trasgresiones a derechos y garantías constitucionales que se verificaron de manera tan manifiesta en el proceso penal de menores seguido a C. (cfr. criterio de Fallos: 327:5095).

Voto pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Falistocco dijo:

1. Adelanto desde ya que la sentencia sujeta a revisión es inconciliable con la sentencia de la Sala Cuarta de la Cámara Penal de Apelación de Santa Fe, en autos "R., Cristián José y otros s/ Homicidio con alevosía y criminis causa, agravado por el uso de arma de fuego y la intervención de un menor de edad en concurso real", Expte. 488/09 mediante la cual se condenara a R. a la pena de 20 años de prisión por el delito de coautor de homicidio en ocasión del robo, agravado por la utilización de arma de fuego y participación de un menor de 18 años, configurándose el supuesto contemplado en el artículo 489 inciso 1º del Código Procesal Penal.

En efecto: Por el homicidio de Rogelio Leoncio Gómez se sustanciaron dos causas en forma paralela -dada la edad de los imputados- y por ello

correspondió intervenir a dos Tribunales distintos: de Menores para C. y en lo Penal de Distrito para C. J. R.

Con relación al trámite observado en el segundo fuero indicado se advierte que el Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 2 de Santa Fe, dictó sentencia condenatoria contra C. J. R. como autor penalmente responsable -en lo que aquí resulta de interés- de los delitos de homicidio con alevosía y criminis causa agravado por el uso de arma de fuego y la intervención de un menor de edad (arts. 80 incisos 2 y 7, 41 bis y 41 quater del C.P.), en concurso real (art. 55 del C.P.), a la pena de prisión y costas, declarándolo reincidente por primera vez.

Ante la apelación de la defensa técnica, mediante sentencia del 29.09.2009, la Sala Cuarta de la Cámara de Apelación en lo Penal confirmó parcialmente dicho pronunciamiento, modificando la calificación legal por la de coautor de homicidio en ocasión del robo, agravado por la utilización de arma de fuego y participación de un menor de 18 años e imponiéndole la pena de 20 años de prisión.

Para considerar la variación de la calificación legal, se juzgó que "...no se encuentra demostrado que el designio de ambos autores del hecho haya sido el de quitarle la vida a la víctima como forma de consumir o de ocultar el robo de sus pertenencias, y en especial del automóvil...".

Con base en la declaración del propio R. ("...sólo queríamos asegurarnos que estuviera un tiempo atado para poder nosotros llegar a Pergamino, pero todo se complicó cuando el hombre quiso resistirse en el auto, haciéndolo enojar a Diego para luego matarlo..."), se entendió que "...la ejecución de Rogelio Leoncio Gómez fue como consecuencia de que el menor C. tomó represalia por el golpe asestado a R., y su intención de resistir el accionar de quienes lo habían hecho víctima de la sustracción de sus pertenencias...".

Más adelante, se agregó que "...En el caso de autos, indudablemente que el homicidio fue un resultado del robo, aún cuando primigeniamente no estaba en la intención ni de R. ni del menor C. matar a Gómez; pero (...) no puede desconocerse que la muerte sobrevino como una secuela de la conducta emprendida para robar..." .

En tanto, en la sentencia emitida por la Jueza de Menores, el 10.08.2009, se entendió que se había demostrado la participación del menor D. F. C. en el mismo homicidio triplemente agravado por el uso de arma de fuego y su comisión con alevosía, y por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurarse el resultado "...pero no la atribución del mismo a C. en calidad de autor...", encuadrando finalmente su conducta como partícipe principal en los artículos 80 incisos 2 y 7, y 41 bis del C.P., todo en concurso real en los términos del artículo 55 del Código Penal.

La inconciliabilidad de las premisas fundamentales de las sentencias para calificar la conducta de ambos condenados luce clara.

Por un lado, la Jueza de Menores condenó a Diego C. por su participación en un homicidio agravado con alevosía y por homicidio "criminis causae" (arts. 45, 80 incisos 2 y 7 del C.P.), figuras típicas que se caracterizan por exigencias objetivas (en la alevosía, una situación de indefensión) y, sobre

todo, subjetivas particulares (tanto para la alevosía como el "criminis causae").

Mientras que Sala Cuarta de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe condenó a Cristian R. por resultar coautor del delito de homicidio en ocasión de robo (arts. 45 y 165 del C.P.), descartando que R. y C. hayan actuado con los aspectos subjetivos descriptos en las figuras antes indicadas.

No se trata de una apreciación distinta sobre las normas involucradas (ciertamente posible a la luz de las discusiones doctrinales y jurisprudenciales en torno al alcance del artículo 165 del C.P.) sino de la consideración contradictoria sobre la misma conducta de C. y el hecho común realizado, que trae consigo una causal de escándalo jurídico con tal relevancia que permitió la imposición de una pena de prisión perpetua a un menor y, sorprendentemente, una respuesta penal más benigna al mayor.

En definitiva, y por las razones expuestas, corresponde hacer lugar a la acción de revisión interpuesta respecto de la resolución número 875 de fecha 10.08.2009 dictada por la Jueza de Primera Instancia de Distrito de Menores Nº 2 de la ciudad de Santa Fe.

2. Sin perjuicio de ello, el señor Ministro doctor Erbetta en el voto que precede hace referencias concretas a vulneraciones al debido proceso constitucional (vid. puntos 2 y 3 del voto del señor Ministro doctor Erbetta).

Ante ello, corresponde señalar como premisa fundamental que el derecho de defensa en juicio debe ser real, porque de otro modo nos encontraríamos frente a un contradictorio aparente, puramente formal, donde el acusado no podría ejercer eficazmente las facultades que emanan de dicha condición.

Por supuesto que la defensa técnica es un derecho que tiene consagración normativa, no solo a partir de los artículos 8 de la ley 12734 (artículo 5 II de la ley 12.912) y 30 del Código Procesal del Menor, sino también de preceptos de orden superior, como el 9 de la Constitución Provincial y 18 de la Constitución nacional, sumado a ello la incorporación de los tratados internacionales (art. 75. inc. 22 de la Constitución nacional; art. 8.1.b Pacto San José de Costa Rica; art. 14.1 Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; 40 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño; punto 15 de las Reglas de Beijing; apartado 3, punto 17 y 18.a de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad).

No es ocioso recordar que la garantía de defensa en juicio posee como una de sus manifestaciones más importantes el aseguramiento de una defensa técnica a todo justiciable, manifestación ésta que, para no desvirtuar el alcance de la garantía y transformarla en un elemento simbólico, no puede quedar resumida a un requisito puramente formal, pues no es suficiente en este aspecto con que se asegure la posibilidad de que el imputado cuente con asesoramiento legal, sino que éste debe ser efectivo.

El celo impuesto por la Corte nacional en salvaguardar este principio, llevo incluso a disponer el apartamiento del defensor por evidenciar éste una falta de idoneidad manifiesta en su tarea ("Schenone", Fallos: 329:4248).

Sobre este último aspecto se impone recordar que la ley 12734 contiene en su artículo 118 (art. 88, ley 12912, que se aplica subsidiariamente en un

proceso de menores) la posibilidad otorgada al tribunal para disponer la separación del defensor en casos en que incurriera en "notorias omisiones o negligencia", coincidiendo con los alcances otorgados al derecho de defensa eficaz por las corrientes jurisprudenciales anteriormente mencionadas.

Por supuesto que ello implica también un indudable llamado a la prudencia con que esta tarea debe ser ejercitada, pues a la par de tutelarse el derecho de defensa en juicio, se erige como deber de los jueces respetar el ámbito imprescindible de libertad de opciones defensivas y evitar "restringir la amplia latitud que debe tener la defensa para tomar decisiones tácticas pues el acto u o misión de un defensor que ... es impropio en un caso puede ser legítimo e incluso inteligente en otro" (Strickland v. Washington, 466 U.S. 688, 1984).

En esta misma línea se han pronunciado algunos autores, que si bien reconocen la posibilidad del apartamiento de la defensa, sostienen una postura cautelosa recomendado que "...debe hacerse con mucho recelo y mucho cuidado..." (Alberto Binder, "Introducción al derecho Procesal Penal", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pág. 160) poniendo de manifiesto la complejidad que de suyo acarrea esta cuestión, por encontrarse en crisis la libertad del imputado para elegir a su defensor.

En el caso, las serias irregularidades procesales referidas por el señor Ministro doctor Erbeta imponen, así, que el Juez subrogante que deba juzgar nuevamente sobre la responsabilidad penal atribuida a C. verifique si el escrupuloso respeto del derecho de defensa en juicio ha sido resguardado en el procedimiento después de la declaración indagatoria del menor (acto jurisdiccional regular) hasta el dictado de las correspondientes sentencias, e inclusive, si considera lesionada dicha garantía, especifique los actos y diligencias que estime irregulares.

Mas resulta claro que -a posteriori- del dictado de la sentencia de imposición de pena se encuentra prístino el menoscabo al derecho al recurso por parte de la asistencia oficial del menor, en tanto no impugnó una condena de pena máxima, siendo ello incompatible con lo dispuesto por el artículo 145, inciso 9) de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece el deber de agotar los recursos legales contra las resoluciones, adversas a sus representados, consintiéndolas solamente cuando juzgan perjudicial la prosecución de la causa (norma regulatoria del art. 8.2 h, C.A.D.H.).

Y, en esta coyuntura, no pueden invocarse razones técnicas como exoneración a la falta de interposición del recurso ordinario previsto en el ordenamiento jurídico pues, la imposición de una pena máxima directamente fulmina la anteposición de cualquier criterio basado en la discrecionalidad letrada.

Es que, en rigor, el desarrollo que en los últimos años ha tenido el derecho al recurso, en los términos del artículo 8.2h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y los lineamientos que la Corte Interamericana ha trazado y delineado en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", del 02.07.2004 y la jurisprudencia sentada en "Casal" (del 20.09.2005) imponía la interposición de

los recursos legales a favor del menor por expresos mandatos constitucionales y convencionales.

Como colofón de lo expuesto en el punto precedente ha de concluirse que el Juez subrogante al que se remite la causa deberá considerar, en suma, si los principios rectores que marcan el alcance de la garantía aquí analizada, han sido tutelados en el proceso seguido contra C. y, en caso contrario, deberá determinar -con posterioridad a la declaración indagatoria del menor- que actos procesales son irregulares en atención a la vigencia no ya formal sino efectiva del debido proceso constitucional.

En el contexto enunciado y ante las irregularidades observadas en el proceso seguido contra el menor C., se impone correr vista de todas las actuaciones al señor Procurador General a los fines de iniciar las investigaciones que correspondan.

3. Corresponde ahora examinar la causal de revisión prevista en el inciso 4) del artículo 489 del Código Procesal Penal en los términos de la resolución 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

3.1 El informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Allí se concluyó que Argentina "al imponer la pena de prisión perpetua a César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández, y de reclusión perpetua a Claudio David Nuñez, en incumplimiento de los estándares internacionales aplicables, violó en su perjuicio los derechos consagrados en los artículos 19, 5.1., 5.2, 5.6 y 7.3 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento" (cons. 189).

Para llegar a esa conclusión, se consideró que "los artículos 19 y 5.6 de la Convención Americana, leídos en su conjunto e interpretados a la luz de los estándares esbozados en los párrafos precedentes, incorporan: I) la obligación de los Estados de disponer las medidas necesarias para que el sistema de justicia penal aplicable a niñas, niños y adolescentes tome en especial consideración sus particularidades y necesidades de protección y, en consecuencia, establezca regulaciones distintas de las aplicables a los adultos; II) la obligación de los Estados de asegurar que la pena privativa de libertad sea establecida "como medida de último recurso" y "por el tiempo más breve que proceda", parámetros que en el caso de la prisión perpetua, debido a la severidad inherente a dicha pena, deben ser evaluados con especial cautela; y III) la obligación de los Estados de asegurar que la determinación del plazo para solicitar la excarcelación en el contexto de la pena de prisión perpetua, sea razonable y proporcional a la situación especial de los adolescentes, así como a la finalidad de resocialización como aspecto primordial de la pena" (cons. 167).

Evaluó la Comisión que "la Ley 22278 mantiene un régimen que en lo relativo a la determinación de las penas y la posibilidad de excarcelación, remite a la normativa aplicable a los adultos" (cons. 171) e hizo notar que "si bien la Ley 22278 dispone que los adolescentes infractores inicien el cumplimiento de su condena al momento de alcanzar los 18 años de edad, la

obligación de los Estados de disponer medidas especiales en materia de justicia penal de niños, niñas y adolescentes no se basa en la edad en la cual la condena será cumplida, sino en el momento en el cual se generó su responsabilidad penal. Por ello, la respuesta estatal a dichas infracciones debe ser distinta de las cometidas por adultos y además proporcional al menor juicio de reproche que debe existir frente a quienes ostentan la condición de niños bajo el derecho internacional" (cons. 172).

Puso de resalto que "la falta de parámetros especiales para la aplicación de sanciones penales a adolescentes, particularmente las penas privativas de libertad y las posibilidades de excarcelación, derivó en que las víctimas del presente caso fueran tratadas como adultos infractores, lo que resulta incompatible con los derechos contemplados en los artículos 19 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento" (cons. 173).

Se entendió que "Al imponer la pena privativa de libertad más severa omitiendo un análisis pormenorizado de estas cuestiones y sin explorar alternativas distintas a dicha pena, las autoridades judiciales asimilaron la situación de las víctimas a la de los adultos, en incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección especial de niños, según las cuales la privación de libertad sólo procede como medida de "último recurso" y "por el tiempo más breve que proceda" (cons. 177).

También se dijo que "en el caso concurrieron una serie de arbitrariedades y violaciones tanto procesales como sustantivas que hacen derivar a las penas impuestas a las víctimas en un trato inhumano, así como su privación de libertad en arbitraria en los términos de los artículos 5.1 y 5.2 y 7.3 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento" (cons. 187).

Estas pautas sirvieron para que la Cámara Federal de Casación Penal interviniera en un recurso de revisión y finalmente anulara la imposición de las penas perpetuas a quienes habían ocurrido ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

3.2 Esta doctrina de algún modo fue anticipada por el Máximo Tribunal de la Nación in re "Maldonado". Allí se sostuvo "...Que la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad. La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución, tal como se ha señalado, repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853-1860, en perfecta armonía con el art. 1 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948." (cons. 38 de "Maldonado", Fallos: 328:4343).

Agregó "Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto"; (Conf. Considerando 40 de "Maldonado").

3.3 Trasladando estas pautas al "sub iudice" se aprecia que la sentencia de la Jueza de Menores al imponer la prisión perpetua por los delitos de autor de robo calificado con armas y partícipe principal en homicidio triplemente agravado por alevosía, criminis causa y con armas de fuego (arts.166 inciso 2, 2do párrafo, 80 incisos 2 y 7, 41 bis del C.P.), carece de motivación y no resulta compatible con los postulados constitucionales y convencionales. Ello así, por cuanto en la sentencia se omitió justificar la prescindencia de la pena reducida, conforme la escala de la tentativa, y valorar de qué manera resultaba adecuada para promover la reintegración del menor, por lo que se equiparó al joven con el trato que se da a los mayores sin considerar su status diferenciado conforme los estándares internacionales.

Como si fuera poco, la omisión apuntada que, en el punto, debilita la decisión jurisdiccional al límite de su invalidez, se ve agravada por la circunstancia de que para aplicar la pena de prisión perpetua, la Sentenciante aludió, además, a consideraciones de tinte peligrosista, apartándose de la doctrina constitucional fijada por la C.S.J.N. in re "Maldonado".

Es que no obstante que el delito por el cuál condenó a C. prevé la pena de prisión perpetua "...la única forma de compatibilizar la sanción con los estándares de mínima intervención, resocialización, última ratio, subsidiariedad e interés superior del niño que rigen la materia, era decidir acerca de la aplicabilidad de la escala reducida de la tentativa en los términos del art. 4 de la ley 22278..." (en tal sentido causa "Mendoza y otros s/recurso de revisión", C.F.C.P., Sala II, causa nro. 14.087). En este sentido resulta crucial advertir que el régimen de pena aplicada a C. se estructura con el Código Penal y la 24660, modificadas por las leyes 25.892 y 25.948 que impiden la libertad condicional y los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por el delito previsto en el artículo 80, inciso 7) del Código Penal. Se trata entonces de un régimen más severo que el analizado por la Comisión Interamericana en el informe citado.

No empecé a lo expuesto que la Magistrada se haya referido a la prisión perpetua en los términos del artículo 37 inciso a) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pues no tuvo en cuenta la legislación nacional vigente, que veda todo beneficio de libertad, ni tampoco explicó de qué manera se debería efectivizar la revisión periódica de tal pena ni menos aún el período necesario para ello.

En definitiva, la condena a C. por hechos cometidos siendo menor a pena de prisión perpetua ha sido impuesta en desconocimiento de los estándares internacionales aplicables en la materia de justicia penal juvenil lo que determina la nulidad en este aspecto, de la condena impuesta.

Voto pues, por la afirmativa.

A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo:

1. El marco de la revisión conlleva inexorablemente a efectuar una compulsión de lo actuado en el proceso en que ha sido condenado D. F. C..

En ese contexto, comparto las apreciaciones vertidas por el señor Ministro doctor Erbetta -puntos 2.2. y 3- de su voto.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de revisión de la sentencia del 10 de agosto de 2009, por la cual se declaró la responsabilidad penal de C., la que se deja sin efecto, debiendo remitirse los autos al Juzgado correspondiente, a fin de que a se tramite un nuevo proceso desde el último acto válido -declaración indagatoria-.

2. Sin perjuicio de lo decidido respecto de la invalidez constitucional del proceso seguido a D. F. C., corresponde ahora analizar la congruencia convencional de la sentencia del 01.06.2010 con el hecho nuevo invocado, concretamente el informe 172/10 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2.1. La Jueza de Primera Instancia de Distrito de Menores N° 2 de Santa Fe condenó a D. F. C. como autor penalmente responsable por los delitos de robo calificado por el uso de arma de fuego y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, en concurso real (arts. 166, inc. 2, seg. párr., 80, incs. 2 y 7, 41 bis y 55 del C.P.) a la pena de prisión perpetua "en los términos del art. 37, inc. a) de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Sanción que deberá cumplir bajo el régimen de adultos en el Instituto Correccional N° 1 de Coronda" (fs. 1117/1124).

Al respecto, se impone destacar que la Magistrada estructuró lo decidido a partir del análisis, ante todo, de si correspondía aplicar pena al menor y, en esa tarea, hizo mérito de diversas constancias de la causa en torno a los antecedentes del imputado, a informes psicológicos y ambientales, al tratamiento tutelar recibido a posteriori de la sentencia de atribución de responsabilidad penal, a la impresión causada en la audiencia de visu.

Sobre este último acto procesal, la Jueza valoró que "...me causó una impresión desagradable, muy inestable y especuladora. Se presentó delante de mí, una persona de mirada vidriada, fría, extremadamente demandante. El acto refleja (...) que no le importa nada, como que no sea él mismo; que se resuelva su causa y se lo traslade cerca de Pergamino donde viven sus familiares".

A continuación, agregó que "C. es un joven que transmite agresividad en cada uno de sus gestos, no se percibe en él culpa por los hechos que fuera responsabilizado. Este desprecio por los bienes jurídicos que el derecho tutela no ha podido ser revertido en el tiempo que lleva alojado primero en Pabellón

Juvenil de Las Flores y más tarde en la U.1 de Coronda donde se aloja su tío partícipe de los delitos por el que fuera responsabilizado en esta causa C." (fs. 1122 y v.).

Siguió diciendo - la Jueza- sobre este tramo de su resolución que "Demás está decir que encuentra en esta situación la causa eficiente para continuar sí, el esfuerzo por rehabilitarlo pero a través de la imposición de un condigno castigo -prevención especial- que la ley prevé para la especie" (f. 1122).

Para luego concluir que "estudiada paso a paso la realidad del justiciable surge evidente que aún con bases familiares de contención deficiente y con una historia adolescente regida por la violencia y su propia inmadurez en un medio que propicia el delito no puede pasar inadvertida la gravedad de uno de los hechos que le fueran intimados y del que también resultó culpable... Es así que considero a C. merecedor de pena... (fs. 1123/v.).

Y sobre la determinación de la pena, la Jueza dijo que la imposición de la pena máxima es técnicamente posible desde la previsión del art. 37 "a" 2do. párrafo de la CIDN, cuando se prevea la posibilidad de excarcelación y refirió que ".requiere de argumentos verdaderamente irrefutables, en un discurso que haya desplazado por completo la características de última ratio que la sanción privativa de libertad tiene en el cuerpo normativo vigente para los menores. Y esto aquí se ha dado...".

Citó en abono de su posición, el voto de la señora Ministra doctora Argibay en el caso "Maldonado", dictado por la Corte nacional el 7.12.2005, al interpretar que el artículo 37, inciso a) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño "otorga el derecho a toda persona condenada a prisión perpetua por delitos cometidos en su minoría de edad a requerir que se examine, en la etapa de ejecución, la conveniencia de continuar la misma modalidad de cumplimiento o disponerse un régimen de libertad. No es este derecho, que la Convención sí otorga, el que está en discusión a esta altura del proceso, sino el alegado derecho de Maldonado de haberse excluido de la pena de prisión perpetua...".

2.2 Por su parte en el informe señalado (172/10) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó - respecto de hechos que revestían "especial gravedad" (cons. 177)- que Argentina "al imponer la pena de prisión perpetua a César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Saúl Cristian Roldán Cajal y Ricardo David Videla Fernández, y de reclusión perpetua a Claudio David Nuñez, en incumplimiento de los estándares internacionales aplicables, violó en su perjuicio los derechos consagrados en los artículos 19, 5.1., 5.2, 5.6 y 7.3 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento" (cons. 189).

Para llegar a esa solución, se consideró que "los artículos 19 y 5.6 de la Convención Americana, leídos en su conjunto e interpretados a la luz de los estándares esbozados en los párrafos precedentes, incorporan: I) la obligación de los Estados de disponer las medidas necesarias para que el sistema de justicia penal aplicable a niñas, niños y adolescentes tome en especial consideración sus particularidades y necesidades de protección y, en

consecuencia, establezca regulaciones distintas de las aplicables a los adultos; II) la obligación de los Estados de asegurar que la pena privativa de libertad sea establecida "como medida de último recurso" y "por el tiempo más breve que proceda", parámetros que en el caso de la prisión perpetua, debido a la severidad inherente a dicha pena, deben ser evaluados con especial cautela; y III) la obligación de los Estados de asegurar que la determinación del plazo para solicitar la excarcelación en el contexto de la pena de prisión perpetua, sea razonable y proporcional a la situación especial de los adolescentes, así como a la finalidad de resocialización como aspecto primordial de la pena" (cons. 167).

Evaluó la Comisión que "la Ley 22278 mantiene un régimen que en lo relativo a la determinación de las penas y la posibilidad de excarcelación, remite a la normativa aplicable a los adultos" (cons. 171) e hizo notar que "si bien la Ley 22278 dispone que los adolescentes infractores inicien el cumplimiento de su condena al momento de alcanzar los 18 años de edad, la obligación de los Estados de disponer medidas especiales en materia de justicia penal de niños, niñas y adolescentes no se basa en la edad en la cual la condena será cumplida, sino en el momento en el cual se generó su responsabilidad penal. Por ello, la respuesta estatal a dichas infracciones debe ser distinta de las cometidas por adultos y además proporcional al menor juicio de reproche que debe existir frente a quienes ostentan la condición de niños bajo el derecho internacional" (cons. 172).

Puso de resalto que "la falta de parámetros especiales para la aplicación de sanciones penales a adolescentes, particularmente las penas privativas de libertad y las posibilidades de excarcelación, derivó en que las víctimas del presente caso fueran tratadas como adultos infractores, lo que resulta incompatible con los derechos contemplados en los artículos 19 y 5.6 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento" (cons. 173).

Se entendió que "Al imponer la pena privativa de libertad más severa omitiendo un análisis pormenorizado de estas cuestiones y sin explorar alternativas distintas a dicha pena, las autoridades judiciales asimilaron la situación de las víctimas a la de los adultos, en incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de protección especial de niños, según las cuales la privación de libertad sólo procede como medida de "último recurso" y "por el tiempo más breve que proceda"" (cons. 177).

También se dijo que "en el caso concurrieron una serie de arbitrariedades y violaciones tanto procesales como sustantivas que hacen derivar a las penas impuestas a las víctimas en un trato inhumano, así como su privación de libertad en arbitraria en los términos de los artículos 5.1 y 5.2 y 7.3 de la Convención Americana en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento" (cons. 187).

Estas pautas sirvieron para que la Sala Segunda de la Cámara Federal de Casación Penal interviniera en el recurso de revisión en la misma causa donde se elaborara el informe de la Comisión y finalmente anulara la imposición de

las penas perpetuas quienes habían ocurrido ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Esta doctrina de algún modo fue anticipada por el Máximo Tribunal de la Nación in re "Maldonado".

Allí se sostuvo "...Que la única vía para determinar la pena correspondiente a un hecho cometido por un niño siguiendo idénticos criterios que los que se utilizan respecto de un adulto sería prescindiendo del principio de culpabilidad, y apelando a la vieja peligrosidad. La concepción del ser humano que subyace en nuestra Constitución, tal como se ha señalado, repudia este concepto, de cuño claramente positivista, francamente enfrentado a la concepción de toda la ética tradicional, enraizado en las peores teorías racistas del siglo XIX, producto de un materialismo rudimentario y grosero, asentado sobre el determinismo mecanicista de la época y, por ende, totalmente incompatible con el concepto de persona, base de nuestra Constitución de 1853-1860, en perfecta armonía con el art. 1 Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948." (cons. 38 de "Maldonado", Fallos: 328:4343).

Agregó "Que en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto"; (conf. cons. 40 del voto de la mayoría en "Maldonado").

2.3. Trasladando estas pautas al "sub judice" se aprecia que la Jueza de Menores impuso la prisión perpetua por los delitos de autor de robo calificado con armas y partícipe principal en homicidio triplemente agravado por alevosía, criminis causa y con armas de fuego (arts. 166 inciso 2, 2do párrafo; 80 incisos 2 y 7 y 41 bis del C.P.) en los términos del artículo 37 inciso a de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

Esa imposición de pena a C. (fs. 1117/1124), carece de motivación y no resulta compatible con los postulados constitucionales y convencionales "ut supra" delimitados.

Ello así, por cuanto en la sentencia se omitió justificar la prescindencia de la pena reducida, conforme la escala de la tentativa, y valorar de qué manera resultaba adecuada para promover la reintegración del menor, por lo que se equiparó al joven con el trato que se da a los mayores sin considerar su status diferenciado conforme los estándares internacionales.

Como si fuera poco, la omisión apuntada que, en el punto, debilita la decisión jurisdiccional al límite de su invalidez, se ve agravada por la circunstancia de que para aplicar la pena de prisión perpetua, la Sentenciante aludió -como se expresara en el punto 2.1-, a consideraciones de tinte

peligrosista, apartándose de la doctrina constitucional fijada por la C.S.J.N. in re "Maldonado".

Ahora bien, todo este indiscutible panorama jurisprudencial nacional e internacional refractario a la aplicación de penas perpetuas hacia menores se agrava si se repara en que la Comisión Interamericana evaluó que "el lapso de 20 años sin que las autoridades judiciales puedan ejercer una revisión individualizada del desarrollo en el proceso de resocialización y, como consecuencia de un resultado positivo en dicha revisión, disponer la liberación de una persona condenada por hechos ocurridos antes de cumplir 18 años de edad, es per se, irrazonable y contrario al requisito de periodicidad" (Cons. 179).

En este sentido resulta crucial advertir que el régimen de pena aplicada a C. se estructura con el Código Penal y la 24660, modificadas por las leyes 25892 y 25948 que impiden la libertad condicional y los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados a por el delito previsto en el artículo 80, inciso 7) del Código Penal. Se trata entonces de un régimen más severo que el analizado por la Comisión Interamericana en el informe citado.

No empecé a lo expuesto que la Magistrada se haya referido a la prisión perpetua en los términos del artículo 37 inciso a) de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pues no tuvo en cuenta la legislación nacional vigente, que veda todo beneficio de libertad, ni tampoco explicó de qué manera se debería efectivizar la revisión periódica de tal pena ni menos aún el período necesario para ello.

En definitiva, la condena a C. por hechos cometidos siendo menor a pena de prisión perpetua ha sido impuesta en desconocimiento de los estándares internacionales aplicables en la materia de justicia penal juvenil lo que determina la nulidad en este aspecto, de la condena impuesta.

3. Finalmente y ante las irregularidades observadas en el proceso seguido contra el menor C., se impone correr vista de todas las actuaciones al señor Procurador General a los fines de iniciar las investigaciones que corresponda.

Así voto.

A la tercera cuestión, la señora Presidenta doctora Gastaldi y los señores Ministros doctores Gutiérrez y Spuler dijeron:

Atento al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde: 1. Hacer lugar al recurso de revisión de la condena de prisión perpetua impuesta el 01.06.2010 a C. por el Juzgado de Distrito de Menores de la Segunda Nominación de Santa Fe, la que se deja sin efecto. 2. Hacer lugar al recurso de revisión de la sentencia de fecha 10.08.2009 por la cual el Juzgado de Menores declaró a D. F. C. como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego (Arts. 166 inc. 2, 2 párrafo del C.P.) y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real (Arts. 80 inc. 2 y 7; 41 bis; 55 del C.P.; fs. 964/970, Autos principales), anulándose el decisorio e instancias procedimentales a partir del acto de autoincriminación. 3. Remítanse los autos al Juzgado que corresponda, para que tramite el

proceso de conformidad a las consideraciones y lineamientos precedentemente efectuadas. 4. Córrase vista de todas las actuaciones al señor Procurador General a los fines de iniciar las investigaciones que correspondan.

Así votamos.

A la misma cuestión, los señores Ministros doctores Erbetta, Falistocco y Netri dijeron que la resolución que correspondía dictar era la propuesta por los señores Ministros preopinantes y así votaron.

En mérito de los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia

RESOLVIO:

1. Hacer lugar al recurso de revisión de la condena de prisión perpetua impuesta el 01.06.2010 a C. por el Juzgado de Distrito de Menores de la Segunda Nominación de Santa Fe, la que se deja sin efecto.

2. Hacer lugar al recurso de revisión de la sentencia de fecha 10.08.2009 por la cual el Juzgado de Menores declaró a D. F. C. como autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de fuego (Arts. 166 inc. 2, 2 párrafo del C.P.) y partícipe principal de homicidio triplemente agravado por alevosía, por haber sido cometido para ocultar otro delito y asegurar su resultado y por el uso de arma de fuego, ambos en concurso real (Arts. 80 inc. 2 y 7; 41 bis; 55 del C.P.; fs. 964/970, Autos principales), anulándose el decisorio e instancias procedimentales a partir del acto de autocriminación.

3. Remítanse los autos al Juzgado que corresponda, para que tramite el proceso de conformidad a las consideraciones y lineamientos precedentemente efectuadas.

4. Córrase vista de todas las actuaciones al señor Procurador General a los fines de iniciar las investigaciones que correspondan.

Registrarlo y hacerlo saber.

Con lo que concluyó el acto, firmando la señora Presidenta y los señores Ministros por ante mí, doy fe.

Fdo.: Gastaldi - Gutiérrez - Spuler - Erbetta - Falistocco - Netri.

SOCIEDADES COMERCIALES. Sociedad en formación, validez de los actos otorgados por la sociedad en formación.

Descripción del Caso: El Tribunal de Apelaciones confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó la acción de nulidad incoada contra la compra de un inmueble efectuada por las autoridades de la sociedad que se encontraba en formación.

Sumario:

1. La "sociedad en formación" es aquella que se encuentra en el etapa comprendida entre la instrumentación del negocio fundacional de conformidad a uno de los tipos dispuestos en la ley de sociedades comerciales y su inscripción en el Registro Público de Comercio. No obstante, la Ley de Sociedades Comerciales se refiere a ella de igual modo en los arts. 38 y 183, el Doctor Benseñor manifiesta que por tratarse de una sociedad ya formada (arts. 4, 11, 165, 166 de la ley 19550) es inapropiado denominarla como "sociedad en proceso de registración", pues solo le falta cumplir con su inscripción registral.
2. Antes de su inscripción se puede invocar la existencia del contrato social, en las "sociedades en formación", situación que se encuentra prohibida a la sociedad irregular y de hecho, por tal motivo se considera dudoso que el ente societario que ha iniciado a desplegar su actividad, como tal, a partir de la suscripción del contrato social, necesita del funcionamiento de sus órganos administrativos y, representativos. La representación de este ente estará a cargo de las personas que hayan sido designados en el contrato pendiente de inscripción.
3. Solo en el caso en que se hubiere probado que la sociedad demandada, una vez inscripto el contrato social, no aprobó la compra, entonces sí podría

cuestionarse el acto en sí mismo. La ley en su art. 184 confirma que, en el iter constitutivo pueden celebrarse actos válidos en nombre de la sociedad, sin que tal negocio pueda ser declarado nulo.

4. La adquisición inmobiliaria, originada o efectuada a través de la estipulación en favor de terceros, es como un acto asimilable al que compone el dominio fiduciario que regula el art. 2262 del Código Civil. Ello, en tanto existe una compra de un bien determinado que se efectúa para otro, que está dirigido a transmitirle el dominio a ese tercero, al cumplimiento de una condición resolutoria por parte de aquel, futura e incierta, que es la aceptación.

Es así que la doctrina ha denominado a la adquisición inmobiliaria, originada o perpetrada a través de la estipulación en favor de terceros, como un acto asimilable al que establece el dominio fiduciario que regula el art. 2262 del Código Civil. Esto se considera así, porque se ha realizado una compra de un bien determinado para otro individuo, que se le transmite el dominio y queda supeditado a la observancia de una condición resolutoria por parte de aquel, futura e incierta, que es la aceptación (conf. Orelles, José María R., Compra de inmuebles por y para terceros, Buenos Aires, 1977, pág. 7).

Quinta Cám. Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. Primera Circ. Jud. Mendoza, 2/11/2012, Expte. n.º 14.049, "Fernández, Matilde Isabel c/ Viñas del Este SRL, Víctor Lombardo y Lorentina Lomellini por acción de nulidad"

En la Ciudad de Mendoza, a dos de noviembre de dos mil doce, se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excm. Quinta Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario, los Sres. Jueces Dres. Adolfo M. Rodríguez Saa y Oscar A. Martínez Ferreyra y trajeron a deliberación la causa n.º 14.049 caratulada "Fernández, Matilde Isabel c/ Viñas del Este SRL, Víctor Lombardo y Lorentina Lomellini por acción de nulidad", originaria del Tercer Juzgado en lo Civil de la Ciudad de Rivadavia, Tercera Circunscripción Judicial, en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 126, en contra de la sentencia obrante a fs. 115/122.

Llegados los autos al Tribunal, a fs. 141/147 expresa agravios la apelante, contestados por Víctor Lombardo y Viñas del Este SRL a fs. 150/153 y por Lorentina Lomellini a fs. 156/157.

Practicado el sorteo de ley quedó establecido el siguiente orden de estudio: Dres. Martínez Ferreyra y Rodríguez Saa.

En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del CPC se plantearon las siguientes cuestiones:

Primera cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada?

Segunda cuestión: Costas.

Sobre la primera cuestión el Dr. Martínez Ferreyra dijo:

I. La sentencia recurrida desestima la acción de nulidad interpuesta por la señora Matilde Isabel Fernandez, en contra de Viñas del Este SRL, Víctor Lombardo y Lorentina Lomellini.

A fin de llegar a tal conclusión la señora Juez a quo tiene en cuenta que los instrumentos que se denuncian como nulos son la aceptación de compra formulada por el señor Lombardo, en representación de la sociedad, los instrumentos que a la misma se hayan acompañado como supuesta gestión de negocios y la escritura mediante la cual la sociedad vende con posterioridad el inmueble a los señores Tondini y Moran de Tondini.

En primer lugar trata el pedido de redargución de falsedad de tales instrumentos, a tenor del art. 989 del Código Civil diferenciando entre los hechos que pasan por ante el notario y aquellos que el mismo recepta de las declaraciones de los comparecientes, aplicando en cada caso las normas de los arts. 994 y 995 del mismo cuerpo legal, llegando a la conclusión que no existe falsedad alguna que los afecte, ello en tanto la notaria asienta la causa de la aceptación y la acreditación de personería conforme los estatutos sociales, confeccionados por ante la misma.

En cuanto a la nulidad de escritura por la supuesta constancia de gestión de negocios, la señora Magistrada dice que la compra la realiza la actora bajo la forma de estipulación a favor de terceros, contemplada por el art. 504 del Código Civil, no pudiéndose confundir ambas figuras.

Rechaza el argumento de la actora en tanto no se ha podido identificar los componentes de la sociedad en formación, en tanto el tercero puede establecerse aun cuando no estuviere determinado, o inexistente, pero cuya existencia se prevé en el futuro.

Agrega que el hecho que se consigne en la inscripción de la aceptación como gestión de negocios no invalida tal aceptación, siendo que en todo caso la actora debió haber requerido a terceros los instrumentos de los que estos entendieron surgía tal tipo de gestión.

Respeto de la legitimación sustancial pasiva del señor Lombardo, entiende el mismo carece de ella en tanto la estipulación, y la aceptación, lo han sido para la sociedad, persona distinta del demandado, quien no ha actuado por si en las escrituras que se impugnan.

Por último, entiende tampoco puede declararse la nulidad de la escritura n.º 157 ya que, además de no resultar nula la escritura n.º 19, en autos no sea demandado a los adquirentes del inmueble.

II. Que, al fundar su recurso, la parte actora se agravia por la falta de análisis de las pruebas incorporadas, en tanto la aceptación de la compra se efectúa el día 19 de febrero de 2003, pero la sociedad queda inscrita el día 5 de mayo del mismo año, no siendo suficiente el mero contrato social, lo que obvió la escribana interviniente.

Critica la sentencia en tanto tiene al codemandado Lombardo con falta de legitimación en la presente, siendo que se trataba de una sociedad en formación, aún no concluida, lo que admite la señora Juez a quo y que aparece como un contrasentido. Reiterando que el señor Lombardo ha actuado por derecho propio.

Se agravia por cuanto la sentencia impone a su parte la carga probatoria, siendo que han sido los demandados quienes invocaron una supuesta gestión de negocios, de la que no aportaron ninguna prueba.

III. Que, adelantando opinión y a los fines de ordenar la exposición del presente voto, diré que el recurso en trato debe ser desestimado, confirmándose el decisorio de primera instancia.

Sin perjuicio de avanzar luego sobre la denunciada gestión de negocios y su pretendida nulidad, el punto central sobre el que la ahora apelante centra su crítica se refiere al momento en que el señor Lombardo formaliza la aceptación de compra, esto es entre la constitución de la sociedad, en el mes de diciembre de 2002 y la inscripción registral de la misma, en el mes de mayo de 2003, argumentando que al no estar debidamente constituida la sociedad, el aceptante no podía celebrar tal aceptación, por lo que la escritura es nula y, como consecuencia de ello, el señor Lombardo resulta legitimado pasivamente.

Maria Luján A. Lalanne, en su trabajo "La personalidad jurídica de la sociedad en formación y su distinción con la sociedad no constituida regularmente" (Microjuris, 4964) claramente nos dice que "La "sociedad en formación" es aquella que transita el período comprendido entre la instrumentación del negocio fundacional conforme a uno de los tipos previstos en la ley de sociedades comerciales y su inscripción en el Registro Público de Comercio. Si bien la Ley de Sociedades Comerciales la menciona de igual manera en los arts. 38 y 183, el Doctor Benseñor (2) sostiene que tratándose en verdad de una sociedad ya formada (arts. 4, 11, 165, 166 de la ley 19550) es más acertado designarla como "sociedad en proceso de registración", dado que solo resta cumplir con su inscripción registral, previa verificación del

cumplimiento de los recaudos legales y fiscales impuestos (arts. 5, 6, 7, 38, 149, 167 y 187 de la ley citada)."

Por su parte, Eduardo Favier Dubois, en su trabajo "Derecho Societario Registral" admite que, plenamente, se pueda invocar la existencia del contrato social, antes de su inscripción, en las sociedades en formación, cuestión esta que le está vedada a la sociedad irregular y de hecho, con lo que no existe duda que el ente societario que ha comenzado a desarrollar su actividad, como tal, a partir de la suscripción del contrato social, requiere del funcionamiento pleno de sus órganos administrativos y, por supuesto, representativos frente a terceros, representación esta que recaerá en cabeza de quienes hayan sido designados como tal en el contrato pendiente de inscripción.

De tales conceptos doctrinales tenemos como consecuencia que solo en el caso que en autos se hubiere probado que la sociedad demandada, una vez inscripto el contrato social, no aprobó la aceptación de la compra, entonces sí podría llegar a cuestionarse el acto en sí mismo, asumiendo quien actuó en calidad de representante las obligaciones que correspondan por dicho acto.

Ello emerge de la expresa letra de la ley en su art. 184, lo cual no hace sino confirmar que, en el iter constitutivo pueden celebrarse actos válidos en nombre del ente societario, sin que tal negocio quede teñido de nulidad tal como se pretende en autos.

Con lo dicho queda sino rechazar aquellos agravios de la actora apelante en tanto pretende triunfar en la presente en tanto la aceptación de la comparas aconteció entre la celebración del contrato social y su inscripción.

Así también, conforme a la misma línea, queda sin sustento alguno la pretendida nulidad de cualquier instrumento que aludiera a gestión de negocios por parte de la actora. En efecto, ni en la escritura que obra a fs. 9/11, mediante la cual la actora compra el inmueble, ni en la "Aceptación de compra" cuya escritura obra a fs. 12, se hace mención alguna a gestión de compra sino que, tal como correctamente lo hace ver la señora Juez a quo, no hay duda alguna que nos encontramos frente a la figura prevista por el art. 504 del Código Civil, esto es la estipulación a favor de un tercero.

Es así que la doctrina especializada ha calificado a la adquisición inmobiliaria, originada o efectuada a través de la estipulación en favor de terceros, como un acto asimilable al que compone el dominio fiduciario que regula el art. 2262 del Código Civil. Ello, en tanto existe una compra de un bien determinado que se efectúa para otro, que está dirigido a transmitirle el dominio a ese tercero, supeditado al cumplimiento de una condición resolutoria por parte de aquel, futura e incierta, que es la aceptación (conf. Orelles, José María R., Compra de inmuebles por y para terceros, Buenos Aires, 1977, pág. 7)

La anotación registral que en la matrícula respectiva (fs. 6) obra como D-2, haciendo alusión a una "gestión de negocios", evidentemente resulta errónea ya que, al referirse al asiento A-1 (compra de la actora) vemos que en tal asiento claramente se lee "NOTA: La adquirente manifiesta que la compra la realiza para Viñas del Este S.R.L.(En formación) que oportunamente aceptará", no pudiéndose pretender que aquella "Observación" de la columna "D", pueda cambiar la manifestación de voluntad plasmada en escritura pública, salvo prueba fehaciente en contrario, que en autos no existe.

Por otra parte, pese a lo que pareciera decir la actora apelante, los demandados en ningún momento han esgrimido en su defensa que la actora actuara como gestora de negocios sino que, por el contrario, siempre afirmaron que la compra fue a tenor del ya citado art. 504 del Código Civil, por lo que ninguna otra prueba tendrían que haber aportado, salvo las constancias de las mismas escrituras que se acompañaron al demandar.

Así voto.

Por el mérito del voto que antecede el Dr. Rodriguez Saa adhiere al mismo.

Sobre la segunda cuestión el Dr. Martínez Ferreyra dijo:

Que atento al resultado de la cuestión que antecede y lo normado por el art. 36 del Código Procesal Civil corresponde que las costas de la Alzada sean soportadas por la parte actora, recurrente vencida.

Así voto.

Por el mérito del voto que antecede el Dr. Rodriguez Saa adhiere al mismo.

Con lo que se terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

SENTENCIA

Mendoza, 2 de noviembre de 2012

Y Vistos

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal

RESUELVE:

1º) No hacer lugar al recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 126, en contra de la sentencia obrante a fs. 115/122.

2º) Imponer las costas de la Alzada a la recurrente vencida.

3º) Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta tanto se practique la misma en primera instancia.

Notifíquese y bajen.

Fdo.: Martínez Ferreyra - Rodríguez Saa.

NOVEDADES LEGISLATIVAS

LEYES NACIONALES

Buenos Aires, 27 de Febrero de 2013 (B.O. 1 de Marzo de 2013)

Ley 26.843

Se aprueba el "Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Islámica de Irán sobre los temas vinculados al ataque terrorista a la sede de la AMIA en Buenos Aires el 18 de julio de 1994".

Buenos Aires, 29 de Noviembre de 2012 (B.O. 21 de Enero de 2013)

Ley 26.832

Día Nacional del Periodista de Exteriores de Radio y Televisión.

Buenos Aires, 29 de Noviembre de 2012 (B.O. 21 de Enero de 2013)

Ley 26.812

Se modifica la ley 26.529, sobre derechos del paciente, historia clínica, y consentimiento informado.

Buenos Aires, 28 de Noviembre de 2012 (B.O. 21 de Enero de 2013)

Ley 26.811

Día Nacional de la Lucha Contra la Violencia Institucional

Santiago del Estero, 26 de Febrero de 2013 (B.O. 6 de Marzo de 2013)

Ley 7.113

Creación del programa crédito Argentino del Bicentenario para la vivienda única familiar (Pro.Cre.Ar). Adhesión de la provincia al decreto nacional 902/2012.

Córdoba, 6 de Febrero de 2013 (B.O. 5 de Marzo de 2013)

Ley 10.125

Creación de un Juzgado Civil de Primera Instancia y Séptima Nominación en la Segunda Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Río Cuarto. Se modifica la ley 9451.

La Rioja, 22 de Noviembre de 2012 (B.O. 1 de Marzo de 2013)

Ley 9.317

Suspensión de las ejecuciones hipotecarias sobre los mutuos que tengan por objeto la vivienda única y familiar del deudor. Modificación de la ley 9103.

Ciudad de Buenos Aires, 18 de Octubre de 2012 (B.O. 28 de Febrero de 2013)

Ley 4.339

Se modifica el Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires aprobado por ley 2.148.

La Rioja, 15 de Noviembre de 2012 (B.O. 26 de Febrero de 2013)

Ley 9.309

Edición y distribución de libros. Se deroga la ley 8639 y se modifica la ley 6539.

La Plata, 18 de Diciembre de 2012 (B.O. 25 de Febrero de 2013)

Ley 14.484

Organización de la Justicia en la Provincia de Buenos Aires, modificación de las leyes 5827, 12074 Y 13773. Fuero contencioso-administrativo.

Tribunales de trabajo. Creación del departamento judicial Avellaneda:Lanús.

La Plata, 22 de Noviembre de 2012 (B.O. 25 de Febrero de 2013)

Ley 14.438

Normas protocolares en el tratamiento a la bandera Nacional y a la bandera de la provincia de Buenos Aires, tanto en actos oficiales como privados.

Resistencia, 13 de Diciembre de 2012 (B.O. 25 de Febrero de 2013)

Ley 7.168

Se modifica el Código Procesal Penal, ley 4538.

La Plata, 13 de Diciembre de 2012 (B.O. 21 de Febrero de 2013)

Ley 14.441

Normas de procedimiento para el enjuiciamiento de magistrados y funcionarios. Se modifica la ley 13.661.

Ushuaia, 19 de Diciembre de 2012 (B.O. 21 de Febrero de 2013)

Ley 918

Internet. Programa Tierra del Fuego Digital.

La Plata, 2 de Diciembre de 2012 (B.O. 18 de Febrero de 2013)

Ley 14.475

Se suspenden los trámites de juicios y medidas cautelares contra establecimientos dedicados al alojamiento de personas de carácter temporal, por el cobro de aranceles por la posesión de aparatos receptores de audio y televisión dentro de habitaciones, en el marco de la ley 11.723.

La Plata, 22 de Noviembre de 2012 (B.O. 18 de Febrero de 2013)

Ley 14.473

Se crea el Sistema de Refugios para Víctimas de Trata de Personas con fines de Explotación.

Ciudad de Buenos Aires, 5 de Febrero de 2013 (B.O. 18 de Febrero de 2013)

Ley 4.446

Se crea el Registro Único, Público y Unificado de Agencias del modelaje e

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2013- A3.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

imagen publicitaria. Promoción y degustación publicitaria.

Córdoba, 19 de Diciembre de 2012 (B.O. 18 de Febrero de 2013)

Ley 10.124

Se garantizan los derechos del consumidor, se asegura la defensa de la competencia y se promueve la generación de empleo genuino en el marco de la comercialización de productos por intermedio de grandes superficies comerciales y cadenas de distribución.

Ciudad de Buenos Aires, 18 de Octubre de 2012 (B.O. 14 de Febrero de 2013)

Ley 4.330

Prevención, sanción y erradicación de la violencia en el ámbito laboral del sector público de la Ciudad Autónoma de Buenos. Se modifica la ley 1225.

Resistencia, 12 de Diciembre de 2012 (B.O. 13 de Febrero de 2013)

Ley 7.166

Pago contribución de mejoras sobre propiedad rural con beneficio por traza de camino. Se modifica la ley 597.

Resistencia, 12 de Diciembre de 2012 (B.O. 13 de Febrero de 2013)

Ley 7.164

Se establece la regulación, organización, misión y funcionamiento de las Asociaciones Civiles de Bomberos Voluntarios en la Provincia. Derogación de la ley 5110.

Resistencia, 12 de Diciembre de 2012 (B.O. 13 de Febrero de 2013)

Ley 7.163

Régimen de premios artísticos

La Plata, 22 de Noviembre de 2012 (B.O. 8 de Febrero de 2013)

Ley 14.437

Código Contencioso Administrativo. Pago de costas. Causas en materia de empleo público o previsional. Modificación del artículo 51 de la ley 12.008.

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2013- A3.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

La Plata, 13 de Diciembre de 2012 (B.O. 8 de Febrero de 2013)

Ley 14.434

Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Denegatoria de la excarcelación. Aplicación temporal. Modificación de la ley 11.922.

Resistencia, 12 de Diciembre de 2012 (B.O. 8 de Febrero de 2013)

Ley 7.162

Creación de la ley de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes.

La Rioja, 8 de Noviembre de 2012 (B.O. 8 de Febrero de 2013)

Ley 9.301

Ley electoral provincial. Electores provinciales, ciudadanos argentinos de ambos sexos. Se modifica la ley 5.139 (texto ordenado decreto 34/122 P.L.).

La Rioja, 5 de Julio de 2012 (B.O. 8 de Febrero de 2013)

Ley 9.238

Estatuto para el personal de la administración pública provincial y municipal. Licencias, justificaciones y franquicias. Fallecimiento de familiares .Se modifica el Inciso g) del artículo 48 del decreto-ley 3.870.

La Plata, 15 de Noviembre de 2012 (B.O. 6 de Febrero de 2013)

Ley 14.472

Protección ambiental. Se establece la incorporación al pie de todos los correos electrónicos oficiales la frase "Piense antes de imprimir. Ahorrar papel es cuidar el medio ambiente".

La Plata, 22 de Noviembre de 2012 (B.O. 6 de Febrero de 2013)

Ley 14.453

Se adoptan medidas de prevención, lucha y erradicación tanto del delito de "trata de personas" como así también los delitos conexos, y la protección y asistencia para las víctimas y posibles víctimas. Creación de la Oficina Provincial para la Lucha contra la Trata de Personas. Modificación del Código

La Plata, 22 de Noviembre de 2012 (B.O. 6 de Febrero de 2013)

Ley 14.450

Personas que durante el período comprendido entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 hayan sido condenadas por un Consejo de Guerra. pensión graciable. Se modifica el artículo 1º de la ley 14.042.

La Plata, 29 de Noviembre de 2012 (B.O. 6 de Febrero de 2013)

Ley 14.444

Se prohíbe la utilización de equipos de emisión de rayos ultravioletas para bronceado -camas solares o similares-, a personas menores de dieciocho años.

Ciudad de Buenos Aires, 18 de Octubre de 2012 (B.O. 6 de Febrero de 2013)

Ley 4.331

Se crea el Mapa del Trabajo Precario e Informal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Mendoza, 26 de Diciembre de 2012 (B.O. 5 de Febrero de 2013)

Ley 8.524

Se crea el Registro Único y Equipo Interdisciplinario de Adopción. Se establece su funcionamiento. Creación del Consejo Asesor Mixto de Adopción y Familia (CAMISAF).

San Juan, 20 de Diciembre de 2012 (B.O. 1 de Febrero de 2013)

Ley 8.347

Se declara la inembargables los fondos o recursos públicos municipales provenientes del cobro de la Tasa de Alumbrado Público y Derecho Municipal. Alcance.

Rawson, 18 de Diciembre de 2012 (B.O. 29 de Enero de 2013)

Ley 60

Se aprueba la ley sobre prevención, sanción y erradicación de la violencia en

el ámbito laboral público.

Ciudad de Buenos Aires, 18 de Octubre de 2012 (B.O. 22 de Enero de 2013)

Ley 4.329

Semana de la acondroplasia y otras bajas tallas.

Ushuaia, 19 de Diciembre de 2012 (B.O. 18 de Enero de 2013)

Ley 914

Régimen Electoral de elecciones ordinarias y extraordinarias. Electores ciudadanos argentinos. Se modifican los artículos 4º y 13 de la ley provincial 201.

Ushuaia, 19 de Diciembre de 2012 (B.O. 18 de Enero de 2013)

Ley 910

Se crea el Programa "La Legislatura y la Escuela, cuyo objetivo es incorporar en los jóvenes, valores propios del debate democrático de las ideas y búsqueda de acuerdos en un marco de convivencia y respeto de las distintas opiniones.

Rawson, 23 de Diciembre de 2012 (B.O. 11 de Enero de 2013)

Ley 108

Se crea el Programa de recupero del sector pesquero.

Ushuaia, 22 de Noviembre de 2012 (B.O. 21 de Febrero de 2012)

Ley 916

Hidrocarburos. Titulares de concesiones de exploración y explotación deberán contratar servicios y adquirir bienes de personas físicas o jurídicas efectivamente radicadas en la Provincia.

DECRETOS NACIONALES

Buenos Aires, 28 de Febrero de 2013 (B.O. 7 de Marzo de 2013)

Decreto 242/2013

Autorización a la Gendarmería Nacional Argentina del Ministerio de Seguridad para la importación de vehículos blindados en condición de usados.

Buenos Aires, 5 de Marzo de 2013 (B.O. 6 de Marzo de 2013)

Decreto 250/2013

Declaración de Duelo Nacional en todo el territorio de la República Argentina por el término de Tres (3) días a partir del día de la fecha, con motivo del fallecimiento del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, D. Hugo Rafael Chávez Frías.

Buenos Aires, 28 de Febrero de 2013 (B.O. 5 de Marzo de 2013)

Decreto 246/2013

Haber Mensual para el Personal en actividad de la Gendarmería Nacional y de la Prefectura Naval Argentina. Decreto N° 1.307/2012. Modificación.

Buenos Aires, 28 de Febrero de 2013 (B.O. 5 de Marzo de 2013)

Decreto 245/2013

Establecimiento de los haberes mensuales del Personal Militar de las Fuerzas Armadas en sus distintas jerarquías.

Buenos Aires, 28 de Febrero de 2013 (B.O. 5 de Marzo de 2013)

Decreto 244/2013

Modificación del monto de las deducciones anuales en concepto de ganancia no imponible, cargas de familia y deducción especial, computables para la determinación del impuesto a las ganancias correspondiente a personas físicas y sucesiones indivisas.

Buenos Aires, 8 de Febrero de 2013 (B.O. 21 de Febrero de 2013)

Decreto 204/2013

Se modifica la estructura organizativa, de la Autoridad Federal de Comunicación Audiovisual, en el marco del decreto N° 1765/2012.

Buenos Aires, 7 de Febrero de 2013 (B.O. 8 de Febrero de 2013)

Decreto 174/2013

Memorandum de entendimiento con la República Islámica de Irán sobre los temas vinculados al ataque terrorista a la sede de la Amia. Convocatoria al Congreso de la Nación a sesiones extraordinarias.

Buenos Aires, 4 de Febrero de 2013 (B.O. 8 de Febrero de 2013)

Decreto 145/2013

Modelo de Contrato de Préstamo a celebrarse entre la República Argentina y el Banco Interamericano de Desarrollo, destinado a financiar el "Programa de Innovación Tecnológica III".

Buenos Aires, 4 de Febrero de 2013 (B.O. 7 de Febrero de 2013)

Decreto 142/2013

Personal jubilado y pensionado del régimen para el Personal Civil de Inteligencia de los Organismos de Inteligencia de las FFAA, se dejan sin efecto las compensaciones no remunerativas, no bonificables.

Buenos Aires, 29 de Enero de 2013 (B.O. 6 de Febrero de 2013)

Decreto 125/2013

Ampliación desde el 1 de enero de 2013, y hasta el 31 de diciembre de 2013, del plazo establecido en el artículo 23 de la Ley N° 26.476 que establece la reducción de contribuciones patronales.

Buenos Aires, 28 de Diciembre de 2012 (B.O. 6 de Febrero de 2013)

Decreto 2.736/2012

Impuesto Adicional de Emergencia sobre el Precio Final de Venta de Cigarrillos. Disminución de la alícuota establecida en el Artículo 1 de la Ley N° 24.625.

DECRETOS PROVINCIALES

Santa Fe, 18 de Febrero de 2013 (B.O. 4 de Marzo de 2013)

Decreto 201/2013

Campañas electorales. Se modifica el dec. 2239/05.

Ciudad de Buenos Aires, 21 de Febrero de 2013 (B.O. 27 de Febrero de 2013)

Decreto 70/2013

Se reglamenta la ley 4007 sobre Foros de seguridad pública (FOSEP) constitución y regulación.

Rawson, 15 de Febrero de 2013 (B.O. 25 de Febrero de 2013)

Decreto 143/2013

Docentes. Adicional no remunerativo no bonificable por gastos de movilidad. Se reglamenta el art. 3 de la ley VIII-97.

Córdoba, 25 de Enero de 2013 (B.O. 22 de Febrero de 2013)

Decreto 36/2013

Ministerio de Educación. Constitución y conformación de la Unidad Provincial de Certificación y Alcance de Títulos.

Ciudad de Buenos Aires, 7 de Febrero de 2013 (B.O. 18 de Febrero de 2013)

Decreto 60/2013

Se crea el Cuerpo Especial de Mandatarios para el cobro judicial y extrajudicial de las deudas originadas en las multas, en el marco de la ley 265.

Ciudad de Buenos Aires, 23 de Marzo de 2012 (B.O. 13 de Febrero de 2013)

Decreto 60/2012

Se cita a Sesión Especial de la Legislatura a los efectos de considerar los expedientes relacionados con la situación del transporte de subterráneos,

premetro y colectivos, y su traspaso a la Ciudad.

Ciudad de Buenos Aires, 28 de Febrero de 2012 (B.O. 13 de Febrero de 2013)

Decreto 31/2012

Se convoca a la Legislatura para el 1º de Marzo de 2012, a efectos de dar inicio al período de Sesiones Ordinarias.

Córdoba, 31 de Diciembre de 2012 (B.O. 6 de Febrero de 2013)

Decreto 1.702/2012

Se establece que las entidades recaudadoras podrán prestar servicios de cobranza y de captura de datos de los importes correspondientes a tributos provinciales, acreencias no tributarias del Sector Público, sus intereses, recargos, multas y cualquier otro recurso que administre la Dirección General de Rentas. Medios de pago habilitados. Derogación del dec. 487/1993.

Ciudad de Buenos Aires, 29 de Enero de 2013 (B.O. 5 de Febrero de 2013)

Decreto 54/2013

Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Condiciones psicofísicas de los conductores. Presencia de sustancias que disminuyen la aptitud para conducir. Se modifica el Capítulo 5.4 inciso 8 del anexo I del decreto 588/10.

Neuquén, 28 de Diciembre de 2012 (B.O. 1 de Febrero de 2013)

Decreto 2.379/2012

Régimen de preferencia en la adquisición y locación de bienes y servicios a favor de proveedores neuquinos. Aprobación del decreto reglamentario de la ley 2755.

Neuquén, 28 de Diciembre de 2012 (B.O. 1 de Febrero de 2013)

Decreto 2.378/2012

Programa de Incentivo para la Producción Ganadera ♦ Fase III. Aprobación del decreto reglamentario de la ley 2768.

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2013- A3.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

San Juan, 21 de Noviembre de 2012 (B.O. 28 de Enero de 2013)

Decreto 1.681/2012

Regulación de la prestación del servicio de vigilancia, custodia, seguridad de personas y bienes. Prestación del servicio de la seguridad pública. Modificación del decreto 649/2012. Norma complementaria de la ley 7775.

Santa Rosa, 5 de Noviembre de 2012 (B.O. 16 de Noviembre de 2012)

Decreto 1.108/2012

Ejercicio del derecho de enseñar y aprender. Se establece la integración y funcionamiento del Consejo Provincial de Educación, Trabajo y Producción, creado por el artículo 58 de la ley 2511. Norma complementaria.

CONSULTAR:

http://www.infojus.gov.ar/index.php?kk_seccion=novedades&tipo=leyes_provinciales
