

_COLUMNA DE OPINIÓN

La Argentina y el comercio de armas

Ricardo Arredondo

I. Introducción

Poco tiempo después del final de la Guerra Fría, diversos Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas(1), cuyo propósito principal es el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, comenzaron a expresar su preocupación por las consecuencias negativas que traía aparejado el comercio —la importación, exportación y transferencia— de armas convencionales.

En considerables ocasiones estas armas terminaban en manos de quienes no deberían poseerlas. Asimismo, muchas armas se dirigen a países con un funesto historial de violaciones de los derechos humanos y/o del derecho internacional humanitario o a lugares donde se produce un agravamiento de los conflictos existentes o, en otros casos, a sitios donde contribuyen a facilitar la represión. En no pocos supuestos, la utilización de las armas con fines delictivos también podría ser el resultado de las actividades de intermediarios y comerciantes de armas ilegales que llegan a arreglos criminales tomando ventaja de la falta de un marco jurídico que regule este comercio, evadiendo los controles aduaneros y aeroportuarios, y falsificando documentos.

En este contexto y reconociendo que la ausencia de normas internacionales comunes para la importación, exportación y transferencia de armas convencionales es un factor que contribuye a los conflictos, el desplazamiento de personas, el delito y el terrorismo y, por ende, socava la paz, la seguridad, la estabilidad y el desarrollo sostenible, en diciembre de 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas(2) aprobó una resolución(3) por la que le solicitó al Secretario General de esa organización que estableciera un grupo de expertos y

CONTINÚA EN PÁGINA 5

La necesaria reforma del Código Procesal Penal de la Nación

(UNA NUEVA OPORTUNIDAD PARA SALDAR UNA DEUDA PENDIENTE)

Nicolás F. D'Albora

SUMARIO: I. Introducción.— II. Reseña del proyecto.— III. Conclusión.

➔ Se consagra como principio general que los fiscales no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal. Una especial mención merece la prohibición de delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos, censurable práctica a la que debemos desacostumbrarnos, al sancionar con la invalidez las actuaciones realizadas en esas condiciones y considerarlas como causal de mal desempeño en los términos de los arts. 53 y 115, Const. Nacional (art. 9º).

I. Introducción

Con fecha 21 de octubre de 2014 el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso de la Nación un “proyecto de reforma integral” del Código Procesal Penal de la Nación.

No es la primera oportunidad que se desarrolla un proyecto en este sentido para modificar el Código Procesal Penal nacional vigente. Los más recientes y conocidos son los denominados en el ámbito académico como “Proyecto Beraldi” y “Proyecto Albrieu” que, en esencia, persiguen los mismos objetivos que el proyecto actual: contar con un modelo de enjuiciamiento penal adecuado a nuestra Constitución Nacional (arts. 24, 53, 59, 75, inc. 12 y 118, CN). Porque el derecho procesal penal no es otra cosa —no debe ser otra cosa— que derecho

constitucional aplicado.(1) Sin embargo y por diferentes motivos no lograron prosperar.

El sistema procesal hoy vigente —conocido como “Código Levene”— fue sancionado en el año 1991 mediante ley 23.984. Su aporte más importante fue, sin duda, la instauración del juicio oral y público. Sin embargo y como lo destacó Daniel Pastor, nació “viejo y caduco”.(2) Mientras el legislador nacional copiaba el viejo Código Procesal de la Provincia de Córdoba, los legisladores de aquella provincia implementaban otro, con un perfil bastante similar al que acaba de presentar el Poder Ejecutivo Nacional.

A grandes rasgos el Código vigente representa lo que se conoce como *sistema mixto* —*inquisitivo* durante la etapa de instrucción y con aspectos de corte *acusatorio* durante la etapa de debate—. Por *inquisitivo* se alude a la concentración de funciones de investigación y juzgamiento en cabeza de un solo órgano —el juez— y por *acusatorio* —formal en este caso— se refiere a la separación de aquellas funciones, repartidas entre el juez —que juzga— y Ministerio Público Fiscal —que acusa—.

Pero no se trata solamente de implementar una norma de enjuiciamiento penal acorde a nuestra Constitución, sino también de *contar con una norma*. Porque si el Código vigente nació *viejo y caduco*, hoy, además, está *manco y rengu*.

En el prólogo a la octava edición del Código Procesal Penal de la Nación comentado pusimos hincapié en “...la necesidad imperiosa de una reforma estructural de nuestro sistema de enjuiciamiento penal que recepte los lineamientos fijados por la Corte Suprema en cuestiones trascendentes como la imparcialidad del tribunal, rol del querellante, garantía de la doble instancia, entre otros aspectos. Se trata de una cuestión no menor, porque, al no recibir dicha doctrina el debido *encauce legislativo*,

los tribunales inferiores la interpretan e implementan según su criterio y, lo que es peor, se pone a los justiciables en la incómoda situación de no saber cuál será el *procedimiento legal-jurisprudencial* aplicado por el juez del caso. Un colega que por primera vez ejerza el ministerio de la defensa en el orden nacional y pretenda guiarse sólo con el apoyo del Código, difícilmente llegue a buen puerto en el asunto que le fue encomendado, por la preocupante razón de que dicho procedimiento, a veces, difiere sustancialmente del aplicado en los tribunales”.(3)

Principalmente a partir de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los conocidos fallos “Quiroga”(4) y “Santillán”.(5)

En el primero se declaró la inconstitucionalidad del párr. 2º del art. 348, CPPN, en cuanto autoriza a la Cámara de Apelaciones, en los casos en que el juez no está de acuerdo con el pedido de sobreseimiento del fiscal, a apartarlo e instruir al que designe el fiscal de Cámara, a fin de producir la elevación a juicio. Se estableció, con acierto, que este sistema de consulta resulta violatorio de la independencia del Ministerio Público y de la garantía de imparcialidad del tribunal.

A fin de que la posición desincriminante del acusador público no quedara desprovista de control, mediante res. PGN 13/05 del 2/3/2005, el entonces Procurador General de la Nación instruyó a los fiscales a: plantear la inconstitucionalidad del párr. 2º del art. 348 en los casos en que se pretenda su aplicación, de conformidad con la doctrina sentada por la Corte Suprema, en “Quiroga” (art. 1º); en los supuestos en que se haga lugar a la inconstitucionalidad referida, “...soliciten al juez competente que remita las actuaciones al fiscal general que ac-

CONTINÚA EN PÁGINA 2

COLUMNA DE OPINIÓN. La Argentina y el comercio de armas

Ricardo Arredondo..... 1

DOCTRINA. La necesaria reforma del Código Procesal Penal de la Nación. (Una nueva oportunidad para saldar una deuda pendiente)

Nicolás F. D'Albora..... 1

NOTA A FALLO. Responsabilidad del fabricante de garrafas

Gastón Dell'Oca..... 7

La discriminación en el empleo público

Luis Emilio Pravato..... 8

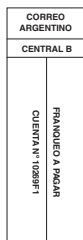
JURISPRUDENCIA

OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD. Incendio de una vivienda por la explosión de una garrafa vendida por una empresa petrolera. Daños derivados del vicio o riesgo de la cosa puesta en el mercado. Carga de la prueba. Relación de consumo. Indemnización. Disidencia (CNCiv.)..... 6

EMPLEO PÚBLICO. Discriminación arbitraria. Resolución del INADI revocada por incompetencia. Rechazo de la demanda. Inexistencia de daño (CNFed. Contenciosoadministrativo)..... 8

PANORAMA MENSUAL

Tribunales Superiores Provinciales..... 11



La necesaria reforma del Código Procesal Penal de la Nación

● VIENE DE TAPA

túe ante la Cámara de Apelaciones respectiva, para la decisión del conflicto...” (art. 2º).

En sus considerandos destacó que este control jerárquico interno “...no obsta a la facultad del magistrado judicial de revisar que el dictamen fiscal constituya una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias concretas del caso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 69 del CPP de la Nación y lo dispuesto en el art. 28 de la Ley Orgánica 24.946”. Es decir, reconoció la facultad del juez de analizar la motivación del dictamen fiscal —control negativo de legalidad—.

Pero también admitió la necesidad de una reforma legislativa que adecue el art. 348 a las funciones y jerarquía que la reforma constitucional de 1994 fijó para el Ministerio Público Fiscal. Decidió entonces reeditar el proyecto de ley oportunamente enviado a la Cámara de Diputados (art. 3º).

Pero como lo señalamos en su momento, reconocer la necesidad de una reforma legislativa no es compatible con la creación de un sistema de control jerárquico interno por medio de una instrucción a los fiscales. Más allá de los atendibles motivos brindados por el Procurador General, implica asumir funciones legislativas y, lo que es peor aún, en perjuicio del imputado. (6)

A casi diez años del dictado del fallo “Quiroga” la situación se mantiene igual: salvo el acotado control negativo de legalidad que puede efectuar el juez, no se estableció ningún mecanismo de revisión hacia los fiscales que, al cierre de la instrucción, solicitan el sobreseimiento del imputado. Y a ello debe sumarse que el legislador ni siquiera estableció un sistema de control para cuando, en el inicio del proceso, el fiscal requiere la desestimación de la denuncia (art. 180, CPPN). La incorrecta aplicación analógica —art. 2º, CPPN— del art. 348 íd., que impuso en su momento la casación (7), quedó trunca a partir de lo resuelto en “Quiroga”.

Un vacío legal similar se advierte con la situación del querellante a partir de “Santillán”.

Recordemos, en pocas palabras, que en el citado precedente la Corte resolvió que el tribunal de juicio se encuentra habilitado para dictar sentencia condenatoria, si al momento de alegar el Ministerio Público solicitaba la absolución del imputado y el querellante la con-

dena. La capacidad de rendimiento (8) de esta autonomía asignada al acusador particular para etapas anteriores a la del art. 393, CPPN, llevó al dictado del fallo “Bernstein” (9), por medio del cual la Corte habilitó la elevación a juicio de un proceso ante el solo requerimiento del querellante.

Si bien el anclaje constitucional de esta doctrina es el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima (arts. 8º y 25, CADH), no puede negarse que el Código vigente no estaba preparado —ni lo está— para esta doctrina. La vigencia del art. 5º, CPPN, en cuanto instituye al Ministerio Público Fiscal como único titular de la acción pública, nos deja sin respuesta normativa acerca de si debe estar presente, en resguardo de la legalidad del proceso, durante el debate, pese a no poder acusar por no haber formulado requerimiento de elevación a juicio (10) o si, por el contrario, debe ser excluido.

Y todavía está pendiente que la Corte resuelva si el querellante puede continuar el proceso en solitario desde el inicio del proceso, cuando el fiscal no formula requerimiento de instrucción y solicita la desestimación de la denuncia. La doctrina (11) y la jurisprudencia (12) están claramente divididas.

Otro gran cimbronazo al Código vigente puede advertirse en materia recursiva a través de fallos como “Girolidi” (13), “Arce” (14), “Di Nunzio” (15), “Casal” (16), “Kang” (17), “Sandoval” (18) y “Duarte”. (19)

Estos ejemplos ponen en evidencia que la reforma del Código es necesaria e inevitable.

II. Reseña del proyecto

Por razones de tiempo y extensión no es esta la oportunidad para efectuar un análisis detallado de todo el articulado que postula el proyecto. Es por ello que, por el momento, sólo nos ocuparemos de destacar los rasgos que más lo distinguen del Código vigente.

a. Principios y garantías procesales

Entre ellos cabe destacar que, bajo el título “Principios del proceso acusatorio” se establece que deben observarse los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización (art. 2º).

Se impide lo que en doctrina se denomina *efecto boomerang* (20) de las garantías constitucionales, al establecer que la inobservancia de una garantía no se hará valer en perjuicio del imputado (art. 11). También consagra los principios de progresividad y preclusión del fallo “Mattei” (21), al señalar que si la invalidez se fundase en la violación de una garantía establecida en favor del imputado, el procedimiento no podrá retrotraerse a etapas anteriores (art. 123, párr. 2º).

En el marco de la garantía de plazo razonable de duración del proceso, se establece que el retardo en dictar resoluciones o las dilaciones indebidas, si fueran reiteradas, constituirán falta grave y causal de mal desempeño de los magistrados (art. 18). El proceso —salvo procedimientos especiales (22)— tendrá una duración máxima de tres años contados desde el acto de formalización de la investigación preparatoria, quedando fuera del cómputo el tiempo necesario para resolver el recurso extraordinario federal (art. 113). (23)

Se alude finalmente a la implementación del juicio por jurados establecido en los arts. 24, 75, inc. 12 y 118 CN, aunque se lo supedita a la ley especial que a tal efecto se dicte (arts. 23 y 249).

b. Separación de funciones

Se consagra como principio general que los fiscales no pueden realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces no pueden realizar actos de investigación o que impliquen el impulso de la persecución penal (art. 9º). Si la doctrina emergente del fallo “Llerena” (24) fue entendida por algunos como “*el juez que investiga no puede juzgar*”, ahora se trata de que “*el juez juzga no debe investigar*”.

Existen varias referencias a las funciones del juez en el sentido indicado. El art. 105 establece que no podrá suplir la actividad de las partes y deberá sujetarse a lo que han discutido (contradictorio). El art. 128, inc. c) señala que los jueces no podrán de oficio incorporar prueba alguna. Durante el debate, los jueces no pueden formular preguntas a los testigos (art. 156, párr. 3º). No puede imponer medidas de coerción de oficio (arts. 176 y 190). Durante la investigación preparatoria no podrá consultar el legajo de investigación perteneciente al fiscal (art. 197). Le corresponde a su vez controlar el cumplimiento de los principios y garantías constitucionales y, a petición de parte, ordenar los anticipos de prueba si correspondiera, resolver excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa (art. 199). También es el encargado de otorgarle al fiscal la prórroga para la formalización de la investigación (art. 220, párrs. 3º y 4º) y de resolver la procedencia de las medidas probatorias solicitadas por la defensa o la querrela que fueron rechazadas por el fiscal (art. 227, párr. 3º).

Una especial mención merece la prohibición de delegación de funciones jurisdiccionales en funcionarios o empleados subalternos, censurable práctica a la que debemos desacostumbrarnos (25), al sancionar con la invalidez las actuaciones realizadas en esas condiciones y considerarlas como causal de mal desempeño en los términos de los arts. 53 y 115, Const. Nacional (art. 9º).

Con el objetivo de que los jueces se avoquen exclusivamente a su tarea constitucional

—juzgar—, el proyecto establece la creación de una oficina judicial, encargada —entre otros quehaceres— de organizar las audiencias, dictar los decretos de mero trámite, ordenar las comunicaciones, informar a las partes y colaborar en todos los trabajos materiales que los jueces le requieran. Nuevamente se alude a la proscripción de delegar funciones jurisdiccionales, en este caso, a la oficina judicial (art. 57).

Con relación a los fiscales se pone a su cargo la recolección de los elementos de prueba, imponiéndosele el deber de actuar bajo los principios de objetividad y buena fe, debiendo requerir orden judicial previa sólo en los casos en los cuales el proyecto así lo establece (26) (art. 128, inc. a). Las demás partes —querrela y defensa— podrán recolectar por sí las pruebas que consideren necesarias y sólo recurrirán al fiscal o al juez si fuere necesaria su intervención (art. 128 inc. b).

c. Disponibilidad de la acción penal

Este sea quizás uno de los cambios más importante del proyecto. Implica abandonar el principio de legalidad procesal (art. 71, Cód. Penal) que impone que todas las acciones penales deban perseguirse de oficio pero que, en la práctica judicial, constituye una falacia imposible de llevar a cabo y provoca que se lleven a cabo procesos de selección de casos para perseguir sin ninguna pauta objetiva y legal.

El proyecto permite al fiscal disponer de la acción penal pública en cuatro supuestos, salvo que el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciera como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias, o en supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del Ministerio Público Fiscal fundadas en criterios de política criminal (art. 30):

c.1 Criterios de oportunidad

El fiscal puede prescindir total o parcialmente de ejercicio de la acción pública o limitarla a alguna de las personas —divisibilidad de la acción— que intervinieron en el hecho, con la consecuente extinción de la acción penal (art. 32), en los siguientes supuestos (art. 31):

— hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público;

— si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional;

— si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) BAUMANN, Jürgen, “Derecho Procesal Penal”, Depalma, Bs. As., 1986, p. 29.

(2) “Código Levene; ¿Nacerá viejo y caduco?”, en *No hay Derecho*, Bs. As., 1992, n.º 6.

(3) D’ALBORA, Francisco, “Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado”, Abeledo-Perrot, actualizado por Nicolás F. D’Albora.

(4) Fallos: 327:5863.

(5) Fallos: 321:2021.

(6) “Código Procesal Penal de la Nación...”, 9ª edición, p. 640. En similar sentido, CCC, sala I, 12/11/2003, “Hidalgo”, c. 21.876; CFed., sala I, 29/06/2005, “AFIP”, www.eldial.com.ar del 01/07/2005; CNPE, sala A, 08/02/2006, “Icys”, SJP, LA LEY del 27/04/2006, p. 84; consultar el trabajo de Suriz, “La elevación en consulta como actividad requeriente del Juez de Instrucción”, SJP, LA LEY del 26/07/2007, p. 12, en el que se citan criterios concordantes de la CNCP; en contra, admite este mecanismo CCC, sala VII, 24/02/2005, “Cucho Muñoz”, SJP, LA LEY del 29/04/2005, p. 32; TOC nro. 10, 07/08/2007, “Pelozo”,

RDP, LexisNexis, p. 2394, citado por Bazano - Miño, “Actualidad en la jurisprudencia de los Tribunales Orales 4-2007”; CNCP, sala III, 24/11/2008, “Kalstein”, RDP, AbeledoPerrot, 6/2009, p. 1081.

(7) CFCP, Sala II, “Blanca Ávila”, LA LEY, 1994-A, 363, f. 91.979.

(8) Correctamente advertida por Santiago MARTÍNEZ en *El querellante en el proceso penal... Y después de ‘Santillán’, ¿qué?*; CDJP, 10-A, ps. 453/477.

(9) 29/04/2008, “Bernstein, Jorge Héctor y otros s/ recurso extraordinario”, B.505.XLIII.

(10) Fallos: 329:2596.

(11) A favor, Francisco Castex, “¿Y al agente fiscal quién lo controla?”, SJP, LA LEY del 28/02/2006, p. 32; “El derecho a la venganza (legal) y sus límites”, SJP, LA LEY del 30/11/2006, p. 21. En contra, ALMEYRA, Miguel, “¿Querellante autónomo o adhesivo? Dos palabras acerca del ejercicio de la acción penal pública por la víctima”, SJP, LA LEY del 29/2/2005, p. 16; “Límites al derecho a la venganza legal —o quien puede promover la persecución penal—”.

(12) A favor, CFCP, sala I, 08/02/2006, “López González”,

SJP, LA LEY del 27/04/2006, p. 77; íd., “Pacheco”, citado por INCHAUSTI - MÁNGANO - RODRÍGUEZ PONTE, “Actualidad en jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal 1-2010”, RDP, AbeledoPerrot, 3/2010, p. 490 o SJP, LL, del 16/02/2010, p. 53. En contra, CFed., sala I, 01/09/2005, “H. T.”, SJP, LA LEY del 28/02/2006, p. 32; CCC, sala V, 02/05/2006, “De Santis”, JA del 26/07/2006, p. 90; SJP, LA LEY del 30/12/2006, p. 56; CCC, Sala I, SJP, LA LEY 16/04/2010; CFCP, Sala III, SJP, LA LEY del 16/04/2010, p. 51.

(13) Fallos: 318:514.

(14) Fallos: 320:2145.

(15) Fallos: 328:1108.

(16) Fallos: 328:3399.

(17) Fallos: 334:1882.

(18) Fallos: 333:1687.

(19) CS, D. 429.XLVIII “Duarte, Felicia s/recurso de casación”, rta. el 05/08/2014.

(20) Ver, en ese sentido, el trabajo de Daniel PASTOR, “Recurso de casación y anulación de oficio”, NDP, 1997/B, ps. 669 y sgtes., donde se refiere al problema bajo la denominación de “interpretación perversa de las garantías”,

por el efecto que tienen para los derechos del imputado.

(21) Fallos: 272:188.

(22) Arts. 293 y 294.

(23) El incumplimiento de este plazo hará incurrir al juez y al fiscal en falta grave y causal de mal desempeño.

(24) Fallos: 328:1491. Cuya doctrina es receptada en el proyecto a través del art. 59, inc. b).

(25) SJP, LA LEY del 30/08/2004, f. 107.971; con nota favorable de MARTÍNEZ, Santiago “Delegación de funciones y rol de los jueces en un Estado Democrático de Derecho”, o RDP, LexisNexis, nro. 4, p. 757, con nota favorable de ORCE, Guillermo “Declaración indagatoria sin la presencia del juez. Garantía constitucional y deber funcional”.

(26) Requisita (art. 130), allanamiento (art. 133); cabe destacar la expresa mención de que la orden judicial no podrá ser suplida por el consentimiento de quien habita el lugar), interceptación (art. 143); incautación de datos (art. 144), obtención de ADN en caso que la persona objeto de examen se niegue (art. 169), reconocimiento en rueda (art. 171), exámenes corporales en caso que la persona objeto de examen se niegue (art. 175).

que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena (*pena natural*);

— si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero (27);

c.2 Conversión de la acción

A pedido de la víctima la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos (art. 33):

— si se aplicara un criterio de oportunidad (art. 31);

— si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria (28);

— si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido.

Si existe pluralidad de víctimas es necesario el consentimiento de todas, aunque sólo una de ellas haya ejercido la querrela.

c.3 Conciliación

Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y fiscales en el art. 22 (29), el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos, si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con todas las partes. El cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal. En caso contrario, la víctima o el fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación (art. 34).

c.4 Suspensión del proceso a prueba

Los supuestos de aplicación de este instituto (art. 35) son acordes con el criterio amplio fijado por la Corte Suprema en el fallo “Acosta” (30):

— cuando el delito prevea un máximo de pena de tres años de prisión y el imputado no hubiere sido condenado a pena de prisión o hubieran transcurrido cinco años desde el vencimiento de la pena.

— cuando las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable.

— cuando proceda la aplicación de una pena no privativa de la libertad.

Un nuevo supuesto se incorpora en el proyecto que disparó la polémica apenas fue presentado por el Poder Ejecutivo Nacional.

Se trata de la posibilidad de aplicar el instituto respecto del extranjero en situación irregular en el país que haya sido sorprendido en

flagrancia de un delito (31) o imputado por un delito con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no fuere superior a tres años de prisión. La aplicación del trámite previsto en este artículo implicará la expulsión del territorio nacional, siempre que no vulnere el derecho de reunificación familiar. La expulsión dispuesta judicialmente conlleva, sin excepción, la prohibición de reingreso que no puede ser inferior a cinco años ni mayor de quince.

No es la ocasión para analizar la constitucionalidad de esta variante. Sólo queremos destacar, frente a algunos cuestionamientos que se ventilaron, que su eventual aplicación es en el marco de un procedimiento voluntario para el imputado, dirigido a evitar la realización del debate y la posibilidad que recaiga una condena en su contra.

d. Víctima y querellante

Se amplían notablemente los derechos de la víctima no constituida en parte querellante (art. 79) al permitírsele, entre otras cuestiones, examinar documentos y actuaciones (art. 79, inc. f) y, principalmente, requerir la revisión al fiscal superior de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, solicitado por el fiscal (arts. 79, inc. j, 219 y 237, inc. a).

Respecto del acusador particular, el proyecto establece la figura del querellante autónomo (art. 85), poniendo fin, de esta manera, a la discusión que, con el Código vigente, todavía existe respecto a la naturaleza de su intervención, a partir de los resuelto por la Corte en “Santillán”. Se le brinda la posibilidad de formular acusación pese al pedido de sobreseimiento del fiscal, en cuyo caso la función de este cesará (arts. 237, inc. b y 239, 243, incs. a y b).

Cabe destacar, con relación a las previsiones para la unidad de representación, la posibilidad —en caso de acuerdo entre los querellantes— que unifique representación aun cuando se trate de querellantes particulares y entidades de sector público (art. 83).

Sin perjuicio de nuestros reparos en torno a la actuación del Estado como querellante (32), expresamente reconocida en el proyecto a través del art. 85, párr. 3º, estimamos que también debiera preverse la unidad de representación entre el Fiscal y Estado querellante salvo, por supuesto, que no mediare identidad de intereses.

Se consideran supuestos de desistimiento tácito de la querrela la no comparecencia a prestar declaración testimonial o a realizar cualquier medida de prueba para cuya producción sea necesaria su presencia, si no formulase acusación en la oportunidad procesal legalmente prevista (33) o si no concurriera a la audiencia de debate o no presentare sus conclusiones (art. 84).

e. Medidas de coerción

Se consagra el principio *nulla coactio sine lege* (34) al señalar que las facultades que el Código reconoce para restringir o limitar el goce de derechos reconocidos por la Constitución Nacional o por los instrumentos internaciona-

les de derechos humanos deben ejercerse de conformidad con los principios de idoneidad, razonabilidad, proporcionalidad y necesidad (art. 16).

Las medidas restrictivas de la libertad sólo podrán fundarse en la existencia *real* de peligro de fuga u obstaculización de la investigación —peligros procesales— (art. 17).

A pedido del fiscal o querellante, el juez podrá imponer alguna (o algunas) de las medidas de coerción establecidas en el art. 177, con el fin de neutralizar el peligro procesal que el caso presente, mucho menos lesivas que la prisión preventiva.

Respecto a esta última se establece que corresponde su dictado en función de la gravedad de las circunstancias, naturaleza, conmoción social del hecho y de las condiciones del imputado, que sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso previstos en el proyecto (art. 185).

La alusión a la conmoción social del hecho ya generó una incipiente polémica. La redacción es cuando menos curiosa y debe ser debatida con extremo cuidado. No se trata de una causal autónoma para el dictado de la prisión preventiva, sino de una pauta para decidir los criterios de peligro de fuga (art. 188) y entorpecimiento (art. 189). Bajo estas condiciones resulta difícil suponer cómo un estado emocional de un conjunto indeterminado de personas ajenas al proceso penal en ciernes, la mayoría de las veces condicionado por la intensidad y forma con la que los medios de comunicación dan tratamiento al caso, puede *servir* para determinar un peligro procesal de la actitud que eventualmente el imputado pueda asumir en el proceso: los peligros procesales se construyen respecto de actos llevados a cabo por el imputado, no por la sociedad.

Más aún si se tienen en cuenta cuáles son las pautas no taxativas de peligro de fuga que brinda el proyecto: arraigo, las circunstancias y naturaleza del hecho, la pena que se espera como resultado del procedimiento, la posibilidad de declaración de reincidencia y el comportamiento del imputado durante el procedimiento (art. 188). Otro tanto puede decirse respecto de las pautas para determinar peligro de entorpecimiento: indicios que justifiquen que destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba; influirá para que testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente o inducirá a otros a realizar tales comportamientos (art. 189).

f. Investigación preparatoria

f.1 Desformalización

El fiscal formará un legajo de investigación que contendrá la enumeración de los documentos y elementos de convicción recogidos, un resumen de todas las diligencias practicadas, la identidad de los sujetos intervinientes y de los entrevistados (art. 197). La querrela tendrá su propio legajo que será anexado al del fiscal y, la defensa, el suyo (arts. 128 inc. b y 197, último párrafo). El legajo de investigación de la defensa no es público para las restantes partes y puede ser presentado al fiscal durante la investigación, utilizado en audiencias prelimina-

res o al momento de la audiencia de control de la acusación (art. 200, párr. 2º).

Sin perjuicio de sus facultades de investigación autónoma, las partes pueden proponer al fiscal diligencias en cualquier momento de la investigación preparatoria cuando se tratare de medidas cuya realización puede verse frustrada de no ser practicadas en esa oportunidad o dependiera de ellas la resolución de una medida cautelar (art. 227). También podrá requerirse el anticipo jurisdiccional de prueba en los casos previstos por el art. 229. (35)

Las actuaciones de la investigación preparatoria no tendrán valor para fundar la condena del imputado, pero sí para solicitar o fundar una medida cautelar, plantear excepciones e instar el sobreseimiento (art. 198).

Un denominador común durante toda esta etapa es la oralidad: las excepciones (art. 37) se deducen oralmente en audiencias (art. 38), también las solicitudes de saneamiento —art. 123— o nulidad —art. 125— (art. 126), objeción de las medidas que adopten el fiscal, sus auxiliares o los funcionarios policiales (art. 148), el requerimiento e imposición de una medida de coerción (art. 190), la objeción del fiscal a la intervención del querellante en el proceso (art. 209), la formalización de la investigación preparatoria (art. 221), la oposición del fiscal a que el imputado y el pretense querellante accedan a la investigación (art. 223). El juez, por su parte, resolverá los planteos en audiencia (art. 199, párr. 2º).

De acuerdo con el principio establecido en el art. 2º, para las declaraciones testimoniales regirán las reglas del principio de desformalización, debiendo garantizarse el contenido de las mismas (art. 154, párr. 2º).

f.2 Valoración inicial

Dentro de los quince días de iniciada la investigación, el fiscal deberá adoptar o proponer alguna de las siguientes decisiones: a) desestimación de la instancia por inexistencia de delito (36); b) archivo (37); c) aplicación de un criterio de oportunidad o disponibilidad (38); d) iniciar la investigación previa a la formalización (39); formalización de la investigación (40); la aplicación de alguno de los procedimientos especiales previstos (41) (art. 215).

f.3 Investigación previa a la formalización

El fiscal puede realizar medidas probatorias con el objetivo de satisfacer los requisitos de la formalización de la investigación. Si el imputado está individualizado, debe comunicarle la existencia del proceso.

El plazo para formalizar la investigación es de noventa días, prorrogables por el mismo término si el juez lo considera pertinente (art. 220).

f.4 Formalización de la investigación preparatoria, desarrollo y cierre

Es el acto por el cual el fiscal comunica en audiencia (42) al imputado, en presencia del

CONTINÚA EN PÁGINA 4

{ NOTAS }

(27) Si a una persona se le imputan 20 hechos de estafa (art. 172, Cód. Penal), no tiene ningún sentido perseguir su totalidad si por el máximo de la pena que se puede llegar a imponer, a partir de las reglas de concurso real (art. 55, Cód. Penal), no va a poder resultar superior a 50 años de prisión. Desde el punto de vista de la eficacia en la persecución penal y una correcta administración de los recursos humanos, basta con perseguir 9 de los hechos imputados.

(28) Dándose así un cauce normativo a lo resuelto por la Corte Suprema en el fallo “Bernstein”, ya citado.

(29) “Los jueces y los representantes del Ministerio Público procurarán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social”.

(30) Fallos: 331:858.

(31) Art. 184: “Habrá flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar en un delito”.

(32) “Código Procesal Penal de la Nación...”, op. cit., p.165.

(33) Sobre las distintas posturas asumidas respecto del código vigente por algunos tribunales orales, ver BAZANO - MIÑO, “Actualidad en la jurisprudencia de los Tribunales Orales 3-2007”, RDP, LexisNexis, 10/2007, p.1931; FERNANDO - SEVILLANO, “Actualidad en jurisprudencia de los Tribunales Orales 2-2008”, RDP, Abeledo-Perrot, 8/2008, p.1393. En contra de la separación, CCC, sala VII, 06/02/2007, “Najblat”, c. 30.858, difundido por el servicio de correo electrónico de la Secretaría de Jurisprudencia, CCC.

(34) BRUZZONE, Gustavo “La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal”, en AA.VV., *La justicia penal hoy. De su crisis a la búsqueda de soluciones*, Di Plácido, Buenos Aires, 2000.

(35) a) Si se tratara de un acto que, por las circunstancias o por la naturaleza y características de la medida, debiera ser considerado como un acto definitivo e irreproducible; b) si se tratara de una declaración que proba-

blemente no pudiera recibirse durante el juicio; c) si por la complejidad del asunto existiera la probabilidad de que el testigo olvidara circunstancias esenciales sobre lo que conoce; d) si el imputado estuviera prófugo, fuera incapaz o existiera un obstáculo constitucional y se temiera que el transcurso del tiempo pudiera dificultar la conservación de la prueba.

(36) Art. 216.

(37) Art. 217.

(38) Art. 218.

(39) Art. 220.

(40) Art. 221 y ccs.

(41) Previstos en el Libro II, Procedimientos Especiales.

(42) Art. 224.

VIENE DE PÁGINA 3

juez, el hecho que se le atribuye, su calificación jurídica, su grado de participación y los elementos de prueba con que cuenta. A partir de este momento comienza a correr el plazo de duración del proceso (43) (art. 221).

Antes de la formalización, el imputado o la víctima que haya solicitado ser tenida como querellante, pueden pedir al fiscal información sobre los hechos, las diligencias practicadas y las pendientes de ejecución. Si el fiscal se opusiere, pueden ocurrir ante el juez, quien resolverá en audiencia luego de oír por separado a las partes (art. 223).

Está obligado a formalizar la investigación cuando se encuentre cumplido el plazo de noventa días indicado en el art. 220 o cuando solicite la aplicación de la prisión preventiva (art. 222).

La etapa preparatoria tendrá una duración máxima de un año desde la formalización de la investigación (art. 232), prorrogable por hasta ciento ochenta días (art. 233) y con los supuestos de suspensión previstos en el art. 234 (rebeldía, suspensión del juicio a prueba y acuerdo reparatorio).

Finalizada la investigación preparatoria, el fiscal la declarará cerrada (art. 235) y podrá: a) solicitar el sobreseimiento (44), de manera fundada, por escrito (45) y luego en audiencia (46), de acuerdo a alguna de las causales previstas en el art. 236; b) acusar.

f.5. Acusación. Audiencia de control

Las diferencias más sustanciales entre los requisitos que exige el actual art. 347, CPPN para el requerimiento de elevación a juicio y los de la acusación regulada en el art. 241 del proyecto son los siguientes:

— el ofrecimiento de prueba que propone para el juicio (art. 241, inc. f).

— las circunstancias de interés para determinar la pena o la medida curativa y educativa, con expresión de los medios de prueba que propone para verificarlas en el juicio sobre la pena (art. 241, inc. g).

— el requerimiento de pena estimado, a los efectos de la determinación del juez (art. 241, inc. h).

Se permite expresamente la acusación alterna (47)

Formulada la acusación, se emplazará al imputado (arts. 244) y luego la oficina judicial convocará a las partes y a la víctima a una audiencia de control de la acusación (art. 246).

Como cuestiones previas el acusado y su defensa podrán: a) señalar defectos formales de la acusación o la demanda civil; b) oponer excepciones; c) instar el sobreseimiento; d) proponer reparación, conciliación, suspensión del juicio a prueba o la aplicación del procedimiento de juicio abreviado; e) solicitar que se unifiquen los hechos objeto de las acusaciones cuando la diversidad de enfoques o circunstancias perjudiquen la defensa; f) plantear la unión o separación de juicios; g) contestar la demanda civil.

Resueltas las cuestiones preliminares, cada parte ofrecerá su prueba para las dos etapas

de juicio —debate y audiencia de determinación de pena—.

Con posterioridad el juez dictará auto de apertura a juicio oral que contendrá: a) el órgano jurisdiccional competente para intervenir en el juicio oral; b) la acusación admitida; c) la decisión fundada sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la prueba ofrecida para el debate y el juicio de la pena; d) los fundamentos por los cuales se rechazó, total o parcialmente, la oposición a la apertura del juicio; e) la decisión acerca de la legitimación del querellante para habilitar la apertura del juicio o para intervenir en él y, en caso de pluralidad de querellantes, la orden de unificar personería, si fuera procedente; f) cuando el acusado soporte una medida de coerción, la decisión acerca de la subsistencia de la medida o su sustitución; g) en su caso, la indicación de cómo ha quedado trabada la *litis* en la demanda civil y su contestación (art. 247).

g. Juicio

Como se puede apreciar de lo hasta aquí expuesto, el proceso llega a manos de los jueces del debate con todo lo necesario para que comience. Ya viene decidida, en el auto de apertura del juicio; y por parte del juez de garantías, la admisibilidad de la prueba a producir en el debate. Es decir, no existe en los jueces con funciones de juicio, ninguna contaminación previa, tal como ocurre actualmente a través de las disposiciones de los arts. 354 y concordantes del Código vigente.

Tal es el resguardo que el proyecto busca brindar a la imparcialidad de los jueces que llevarán a cabo el debate, que se prohíbe al órgano jurisdiccional que tome conocimiento o solicite a la oficina judicial el auto de apertura o demás constancias que aquélla o el fiscal posean (art. 248, párr. 2º).

El juicio (48) se divide en dos etapas —cesura del debate— (art. 250): en la primera, se determinará la existencia del hecho, su calificación y la responsabilidad penal del acusado (art. 261). Si hubiere veredicto de culpabilidad se pasa a la segunda, tendiente a determinar la sanción a imponer, su modalidad y lugar de cumplimiento (art. 270).

Las únicas excepciones (art. 256) a la oralidad en el debate y que permiten su incorporación por lectura son: a) las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo de jurisdiccional de prueba (art. 229), siempre que no sea posible la presencia de quien participó o presenció el acto; b) la prueba documental o de informes y las certificaciones.

Toda otra prueba que se pretenda introducir al juicio por su lectura no tendrá ningún valor, sin perjuicio de la presentación de documentos al testigo, perito o al imputado para facilitar su memoria o dar explicaciones sobre lo que allí consta, previa autorización de los jueces. En todo caso, se valorarán los dichos vertidos en la audiencia (art. 256, último párrafo).

Consecuente con la oralidad y el contradictorio que pregona el proyecto, se introduce lo que en el derecho estadounidense se conoce como *opening statement*. (49) Al declararse abierto el debate, el fiscal y la querrela deberán presentar su caso ante el tribunal, explicando el contenido de la acusación, las pruebas que producirán y la calificación legal que pretenden. Luego, se invitará al defensor a presentar su caso. No se podrá leer el acto de la acusación ni de la defensa (art. 261).

En la discusión final —alegatos— no se podrán leer memoriales, sin perjuicio de la lectura parcial de notas (art. 268).

Si el tribunal arriba a un veredicto de culpabilidad, el juez fijará audiencia de determinación de la pena (art. 270).

Se elimina el principio *iura novit curia* —“el juez conoce el derecho”— que actualmente rige a través del art. 401 CPPN. En efecto, el art. 273 del proyecto establece que la sentencia no podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la de la acusación, salvo que sea en beneficio del imputado y siempre que haya sido objeto de debate.

También se extiende la prohibición de *reformatio in pejus* a la instancia, al establecer que los jueces no podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores (50) y deberán absolver en el caso que ambos así lo requieran. (51)

h. Procedimientos especiales

h.1 Delitos de acción privada

Está previsto no sólo para los delitos de acción privada establecidos en el Código Penal (art. 73), sino también para los casos de conversión de la acción penal pública en privada (art. 33 del proyecto).

h.2 Procedimientos abreviados

h.2.1 Acuerdo pleno

Las diferencias más significativas con el art. 431 bis del Código vigente están dadas por la posibilidad de, en caso de varios imputados, arribar a un acuerdo abreviado solamente con alguno de ellos (art. 288, párr. 3º del proyecto).

De extrema relevancia es lo establecido por el art. 289, párr. 3º, en cuanto impone al juez asegurarse de que el imputado preste su conformidad en forma libre y voluntaria, que conozca los términos del acuerdo, sus consecuencias (52) y su derecho a exigir un juicio oral.

No vemos acertado que se mantenga el tope de seis años para su procedencia (53) (art. 288, párr. 1º). Cuando menos debiera extenderse a quince años, tal como lo establece el art. 395 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

Se permite pactar no sólo el monto de pena, sino también su forma de ejecución (art. 290, párr. 2º).

h.2.2 Acuerdo parcial

El proyecto introduce una nueva modalidad de acuerdo, exclusivamente sobre los hechos (art. 291). En el mismo deberá solicitarse un juicio sobre la culpabilidad y la pena. Esta modalidad de acuerdo procederá, a diferencia del acuerdo pleno, para todos los delitos.

h.2.3 Acuerdo de juicio directo

En la audiencia de formalización de la investigación preparatoria (arts. 221 a 225), las partes podrán acordar la realización del juicio directo (art. 292). Es decir, que las partes pueden acordar prescindir del desarrollo y cierre de la investigación preparatoria. Esta modalidad de acuerdo también rige para todos los delitos.

i. Recursos

El art. 21 materializa la garantía constitucional de la doble instancia (arts. 8º.2.h. CADH y 14.5 PIDCP) al señalar que toda persona tiene derecho a recurrir la sanción penal que se le haya impuesto ante otro juez o tribunal con *facultades amplias* para su revisión.

Se postula una *organización horizontal* en materia recursiva, al asignar competencia a jueces con funciones de revisión (arts. 53 y 303). Sin embargo, pareciera advertirse una inconsistencia al momento de propiciar la creación de cargos para el Ministerio Público Fiscal y de la Defensa con la misma organización *vertical* y *en espejo* a la del Poder Judicial que rige actualmente (Anexo II del proyecto).

En cuanto a la impugnabilidad objetiva del imputado, se le permite recurrir (art. 305): a) la condena y la pena impuesta; b) las medidas de coerción, demás cautelares y la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba; c) la revocatoria del sobreseimiento; d) la decisión de aplicar a un proceso el procedimiento para procesos complejos (art. 293 y siguientes) y la denegatoria de dicha aplicación si ésta hubiese sido solicitada por el imputado; e) las decisiones que se tomen durante la ejecución de la pena.

En cuanto al querellante y el fiscal (arts. 306 y 308), no compartimos que se amplien sus facultades recursivas al eliminarse los límites cuantitativos para recurrir la absolución (arts. 306 y 308, inc. b), tal como sí lo establece el art. 458, inc. 1º del Código vigente, cuya constitucionalidad fue reconocida por la Corte Suprema en el fallo “Arce”. En el caso del fiscal, los límites cuantitativos que se le imponen (art. 308, incs. a y c del proyecto), no rigen si el imputado es funcionario público y el hecho se ha cometido en el ejercicio de la función o en ocasión de ella (art. 308, último párrafo).

Además de las decisiones impugnables señaladas, corresponde agregar al rechazo de la pretensión de constituirse en parte querellante, las decisiones sobre cuestiones de competencia, las excepciones y los procedimientos abreviados (arts. 309).

A la audiencia en la que se decidirá el recurso deben concurrir todas las partes —contradictorio— (art. 314).

i.1 Motivos especiales para el recurso del condenado

Desde su creación la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que la valoración de los hechos y las pruebas pertenecen al tribunal de juicio y quedan exentas del control casatorio. Mediante esa muletilla se privó a un gran número de condenados del derecho constitucional a obtener una revisión del fallo, sacralizándose para ello la inmediación que surge del debate oral.

Esta visión restringida del recurso de casación fue cuestionada por la Corte Suprema en el conocido fallo “Casal” (54) al señalar, entre otras cuestiones, que “...la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de dere-

NOTAS

(43) Tres años, según lo dispuesto en el art. 113.

(44) En los casos en que se trate de delitos de trascendencia pública, crimen organizado o hayan intervenido funcionarios públicos, el fiscal deberá contar con el acuerdo del fiscal revisor para solicitar el sobreseimiento al juez con funciones de garantías (art. 238).

(45) Art. 237.

(46) Art. 239.

(47) CS, LA LEY, SJP del 30/05/2003, f. 105.571. Consultar el trabajo de GUZMÁN, Nicolás, “La acusación fiscal alternativa o subsidiaria. Reflexiones en torno a su validez lógica y jurídica”, RDPyPP, LexisNexis 10/2006, p.1877.

(48) La audiencia será grabada en forma total mediante soporte de audio o video (art. 276, último párrafo).

(49) GUZMÁN, Nicolás, “La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica”, Del

Puerto, 2ª ed., Bs. As. 2011, p.158.

(50) Fallos: 330:2658 (disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni).

(51) Fallos: 327:120 y “Santillán”, ya citado.

(52) BRUZZONE, Gustavo y D’ALBORA, Nicolás, “Juicio abreviado y derecho al recurso”, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, PITLEVNIK, Leonardo (Director), Hammurabi (en prensa).

(53) BRUZZONE, G., “Hacia un juicio abreviado sin ‘tope’ y otras adecuaciones constitucionales” y sus citas, en el libro El procedimiento abreviado, AA.VV., MAIER y BOVINO coordinadores, Editores del Puerto, Bs. As., 2001; también en: *Estudios en homenaje al Dr. Francisco D’Albora*, AA.VV., LexisNexis, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2005, pp.229 y sgtes.

(54) Fallos: 328:3399.

cho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional y que, por otra parte, es la que impone la jurisprudencia internacional”.

El Proyecto pretende transformar en ley esta interpretación al incorporar como motivos especiales para acudir en casación *si se hubiera omitido la valoración de prueba decisiva o se hubiera valorado prueba inexistente* (art. 311, inc. e) y *si se hubiera, erróneamente, valorado una prueba o determinado los hechos que sustentan la sentencia condenatoria y la pena* (art. 311, inc. f). Esta posibilidad solamente es conferida al imputado, ya que es el único beneficiario de la garantía constitucional de la doble instancia. (55)

El inc. i) del art. 311 establece otro motivo especial a través del cual el imputado puede recurrir en casación: *si se diera alguno de los supuestos que autoricen la revisión de la sentencia condenatoria firme*. Esta inclusión resulta acertada, ya que, como destaca Maier, “...agregarle al recurso de casación los motivos que habilitan el recurso de revisión, autorizado en forma atemporal contra la sentencia de condena, no sólo es legítimo, sino, además, políticamente conveniente, pues no hay necesidad de esperar a que la sentencia quede firme para intentar su modificación o revocación por motivos graves que la inhabilitan desde el punto de vista principal de la reconstrucción fáctica”. (56)

Otra de las innovaciones que presenta el proyecto es el párr. 6º del art. 313. Se estipula allí que si se advirtieran defectos formales en la impugnación, deberá intimarse a quien la interpuso para que en el plazo de cinco días los subsane. Pero esta posibilidad debiera circunscribirse a la situación del imputado recurrente. Siendo el único beneficiario de la garantía constitucional de la doble instancia, sólo a él debiera conferirse la posibilidad de subsanar los defectos formales que pudiera presentar el recurso (57), a fin de que la revisión de la condena sea efectiva y no una mera facultad sujeta al

desempeño del letrado que ejerce el ministerio de la defensa. (58)

i.2 Recurso y producción de prueba

Un párrafo aparte merece la posibilidad de que el impugnante requiera la producción de prueba (art. 314, párr. 3º).

La posibilidad de producir prueba en el ámbito recursivo de manera tal de permitir una verdadera *revisión integral* (59) de la sentencia condenatoria ya había sido exigida por Daniel Pastor, al señalar que la casación tiene que “descender” a los hechos y “manchase las manos” para comprobarlos, a través del procedimiento probatorio para ello necesario. (60) Pero este ingreso a los hechos es sólo para el recurso del imputado. No para los acusadores. Que la garantía de la doble instancia beneficia sólo al imputado es una “...cuestión que no es problemática ni para el más dormido”. (61)

i.3 Sentencia

Los arts. 316 y 317 del proyecto modifican ostensiblemente el sistema de casación positiva y negativa que el CPPN vigente regula a través de los arts. 470 y 471.

El art. 316, párr. 2º, establece que si de la correcta aplicación de la ley resultara la absolución del acusado, la extinción de la acción penal, o fuere evidente que para dictar una nueva sentencia no será necesaria la realización de un nuevo juicio, el órgano jurisdiccional resolverá directamente sin reenvío.

Es decir, la regla es el ejercicio de competencia positiva y, la excepción, el reenvío (criterio enfatizado en el art. 317, párr. 1º).

Se garantiza el derecho al recurso de la persona que resulta condenada por los jueces de revisión —por prosperar un recurso acusador contra la absolución—, al permitir su revisión ante otros tres jueces. (62)

El límite de la *reformatio in pejus* se ve protegido al señalarse que si existe reenvío, en el nuevo juicio no podrá aplicarse una pena supe-

rior a la impuesta en el primero (art. 317, párr. 2º).

Por otra parte, se garantiza la imparcialidad impidiéndose que en el nuevo juicio —ordenado como consecuencia del reenvío— intervengan los jueces que conocieron del primero (art. 317, párr. 2º).

Se establece por último que si en el nuevo juicio se obtiene una segunda absolución, esta decisión no será susceptible de impugnación alguna (art. 317, párr. 3º). Si bien resulta loable que se pretenda fijar una barrera a la reiteración indiscriminada de juicios merced a recursos acusatorios, creemos que el proyecto, en este aspecto, no avanza todo lo que sería recomendable.

Es que si se considera que la garantía contra el *ne bis in idem* protege también al imputado absuelto contra la posibilidad de que el acusador —sea por deficiencias propias o del Tribunal— logre la realización de un nuevo debate (63), el proyecto impediría el *ter in idem* pero autorizaría el *bis in idem*. Esta aparente inconsistencia sólo estaría justificada si el proyecto adhiriera a la postura que señala que “no parece... que, por aplicación del principio *non bis in idem*, toda sentencia absolutoria sea irrecurrible, pues dicho principio impide la doble persecución penal en causas sucesivas pero en modo alguno el doble grado de conocimiento dentro de un proceso único”. (64) De ser así, el único fundamento por el cual se impide la impugnación de la segunda sentencia absolutoria parecería ser la preservación del plazo razonable de duración del proceso.

i.4 Revisión de sentencia condenatoria firme

Aquí creemos importante efectuar una observación. La inclusión como motivo de revisión “cuando la sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiese declarado en fallo posterior irrevocable” (art. 318, inc. c), debiera ser el único supuesto en el que la impugnabilidad subjetiva de este recurso se extienda también al acusador.

Es que si se comprueba en una sentencia irrevocable que en el juicio absolutorio hubo fraude o connivencia (65), la reapertura del juicio simulado (*sham trial*) no importaría una doble persecución penal, porque un juicio realizado en esas condiciones es considerado una ficción toda vez que el acusado no estuvo en ningún momento en peligro de ser encontrado culpable de ningún delito. (66)

j. Ejecución

Respecto de esta etapa vale la pena destacar dos cuestiones.

La primera, el reconocimiento a la víctima de ser informada y escuchada respecto del cualquier forma de liberación anticipada del condenado (art. 325).

La segunda que el proyecto pone fin a la confusión existente entre ejecutoriedad y firmeza de la condena que hoy persiste (67), al señalar que sólo podrán ser ejecutadas las sentencias firmes.

III. Conclusión

Luego de lo expuesto no cabe duda que nuestra posición es en general favorable a la sanción del proyecto, con las recomendaciones que formulamos a lo largo de este comentario.

La reforma no es solamente un imperativo constitucional, sino también una necesidad de poner fin a la preocupante situación de incertidumbre jurídica que, por diferentes razones, padece el sistema procesal vigente.

A su vez, el modelo de enjuiciamiento penal que propone el proyecto está en sintonía con las reformas procesales implementadas en diferentes provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La necesidad de la reforma se sobrepone a cualquier bandera política. La reforma llegó para quedarse. ●

Cita on line: AR/DOC/3975/2014

{ NOTAS }

(55) Fallos: 320:2145 “Arce”.

(56) “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, Fundamentos, Ed. del Puerto, Bs. As. 1996, p. 722.

(57) MAIER señaló al respecto que “Una reforma correcta... debería permitir al tribunal de casación, antes de declarar improcedente el recurso por razones meramente formales, advertir al recurrente acerca de las deficiencias del planteo, para que lo complete convenientemente antes de decidir sobre su procedencia”, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, “Fundamentos”, Ed. del Puerto, Bs. As. 1996, p. 727.

(58) Fallos 5:459; 192:152; 237:158; 255:91 y 311:2505.

La CS aplicó este principio al ámbito recursivo en Fallos 327:5095. En el mismo sentido, CFPC, Sala III, causa 6385 “Blanco, Diego A. s/recurso de queja”, voto en disidencia de la jueza Ángela Ledesma, rta. el 02/03/2006.

(59) Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Herrera Ulloa”, del 02/07/2004.

(60) “La nueva imagen de la casación penal”, Ad-Hoc, Bs. As., 2001, p. 197.

(61) PASTOR, op. cit., p. 131.

(62) CS, fallo “Duarte”, ya citado.

(63) Ver nuestros trabajos, “Facultades recursivas del

acusador en los sistemas procesales estadounidenses y argentino: el límite de la doble persecución penal”, CDJP, Casación N° 2, ps. 567/588; “El fallo ‘Kang’: ¿Hacia una visión amplia del *ne bis in idem* en el ámbito recursivo?”, CDJP, Casación, N° 6 (en prensa).

(64) PALACIO, Lino E., “La sentencia penal absolutoria y la garantía de la doble instancia”, LA LEY, SJP, 27/09/1999, p. 1. En el mismo sentido, voto en disidencia de los jueces Holmes, White y McKenna, “Kepner c. United States”, 195 US 100, del 31/05/1904.

(65) US, “People c. Aleman” —en este caso se compro-

bó que el imputado había sobornado al juez—, citado por la corte norteamericana en “People c. Deems”, 81 III.2d 384.

(66) “Facultades recursivas del acusador en los sistemas procesales estadounidenses y argentino: el límite de la doble persecución penal”, ya citado.

(67) D’ALBORA, Nicolás, “Ejecutoriedad de la sentencia condenatoria a pena privativa de la libertad no firme”, XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba 2013, Rubinzal-Culzoni, ps. 190/200.

_COLUMNA DE OPINIÓN

La Argentina y el comercio de armas

● VIENE DE TAPA

recabara la opinión de los Estados Miembros para negociar un instrumento jurídicamente

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) En adelante, “ONU”.

(2) En adelante, “AGNU”.

(3) Doc. A/RES/61/89. 61/89. “Hacia un tratado sobre el comercio de armas: establecimiento de normas internacionales comunes para la importación, exportación y transferencia de armas convencionales.” Resolución aprobada el 6 de diciembre de 2006, sobre la base del informe de la Primera Comisión (A/61/394). La resolución 61/89 de la Asamblea General, aprobada con 153 votos a favor

vinculante que estableciera normas internacionales comunes para la importación, exportación y transferencia de armas convencionales (4).

El informe de dicho grupo, concluido en 2008, motivó un debate en el seno de la AGNU, que generó la adopción de una nueva resolución (5) instando a los Estados Miembros a iniciar negociaciones para celebrar un

demostró la disposición de la amplia mayoría de la comunidad internacional de continuar fortaleciendo los instrumentos vigentes en materia de desarme y no armamento.

(4) ALCALDE, Javier, “El tratado sobre comercio de armas... ¿un poco más cerca?”, Real Instituto Elcano, ARI N° 122/2006, 5 de diciembre de 2006.

(5) A/RES/63/240. “Hacia un tratado sobre el comercio de armas: establecimiento de normas internacionales comunes para la importación, exportación y transferencia de armas convencionales”. Resolución aprobada el 24 de

tratado sobre el comercio de armas. Entre 2009 y 2011 se llevaron a cabo negociaciones, que se preveía iban a concluir con la adopción del tratado en 2012 (6). Sin embargo, ese año no se pudo alcanzar el consenso necesario (7) y, finalmente, el 2 de abril de 2013, en el marco de Conferencia Final de las Naciones Unidas relativa al Tratado sobre el Comercio de Armas celebrada en Nueva York (8), se adoptó el texto del *Tratado sobre el Comercio*

diciembre de 2008, sobre la base del informe de la Primera Comisión (A/63/389).

(6) GARCÍA MORITÁN, Roberto, “Hacia un Tratado sobre el Comercio de Armas Convencionales”. Real Instituto Elcano ARI N° 108/2010, 23 de junio de 2010.

(7) Realizada entre el 2 y el 27 de julio de 2012, la Conferencia tenía por objetivo negociar un tratado sobre el comercio de armas que establezca normas comunes rigurosas para el comercio internacional de armas convencionales. A pesar de los esfuerzos, la Conferencia no pudo lle-

de Armas (9) en una votación abrumadoramente mayoritaria de la AGNU (10).

El Tratado quedó abierto a su firma y ratificación desde el 3 de junio de 2013 y entrará en vigor 90 días después de haber sido ratificado por 50 Estados. Al momento de la redac-

● CONTINÚA EN PÁGINA 6

gar a un acuerdo sobre el texto del tratado. El informe final puede en el Doc. A/CONF.217/4

(8) El informe final de la Conferencia (Doc. A/CONF.217/2013/2) así como las resoluciones previas y otros trabajos preparatorios pueden verse en <http://www.un.org/disarmament/ATT/documents/>.

(9) Doc. A/RES/67/234 B.

(10) 156 Estados votaron a favor, 3 tres Estados votaron en contra (Irán, Siria y Corea del Norte) y 22 se abstuvieron.

VIENE DE PÁGINA 5

ción de esta columna, lo habían ratificado 45 Estados, lo cual hace presuponer que pronto se alcanzará el número necesario para que el tratado entre vigor (11).

II. El Tratado sobre el Comercio de Armas

El Tratado sobre el Comercio de Armas constituye el primer instrumento jurídicamente vinculante que establece normas comunes para regular el comercio internacional de armas convencionales y prevenir y eliminar el tráfico ilícito de estas armas convencionales y su desvío. Su finalidad es evitar que las armas sean utilizadas para cometer violaciones graves del derecho internacional humanitario (12) y de los derechos humanos (13), o sean desviadas hacia terroristas (14) o grupos criminales (15), contribuyendo de este modo a la paz, la seguridad y la estabilidad internacionales, al fomento de confianza entre los Estados partes y a reducir el sufrimiento humano (16).

Para ello, el Tratado establece criterios comunes para la evaluación de las autorizaciones de exportación que permitirán dar previsibilidad a las transferencias de armas convencionales y garantizar que sean realizadas conforme los principios del derecho internacional vigente (17). Al mismo tiempo y como quedó asentado desde los inicios de las negociaciones, el acuerdo respeta y reconoce el derecho inherente de cada Estado a desarrollar y/o adquirir las herramientas necesarias para su legítima defensa, de conformidad con lo establecido en el art. 51 de la Carta de la ONU (18).

Según lo establecido en el art. 7º, salvo en los casos de prohibiciones expresas, el principio general es que, antes de autorizar la exportación de armas convencionales, los gobiernos deberán a evaluar el riesgo de transferir armas, municiones o componentes a otros países donde puedan ser utilizados para cometer o facilitar graves violaciones del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. Los Estados han acordado que, si ese riesgo fundamental es real y no puede mitigarse, la transferencia no se lleve a cabo (19). El Tratado adoptado afecta a las principales categorías de

armas convencionales, incluidas las armas pequeñas y las armas ligeras (20), que producen cantidades ingentes de víctimas civiles y proliferan en países con conflictos internos u otras situaciones de violencia armada. El Tratado no se aplica al transporte internacional realizado por un Estado parte, o en su nombre, de armas convencionales destinadas a su propio uso, siempre que éstas permanezcan bajo la propiedad de ese Estado parte (21).

Los Estados se comprometen a no autorizar transferencias de armas convencionales cuando dicha transferencia suponga una violación de una resolución adoptada por el Consejo de Seguridad de la ONU, en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en particular los embargos de armas (22); o de sus obligaciones asumidas en otros acuerdos internacionales de los que sea parte (23); o si tiene conocimiento de que las armas o sus elementos podrían utilizarse para cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad u otras violaciones graves del derecho internacional humanitario (24).

El Tratado prevé asimismo la adopción de determinadas medidas de transparencia y control (25) y mecanismos para la cooperación entre los Estados Partes (26). Se establece un dispositivo de seguimiento y ejecución de sus disposiciones a través de una Conferencia de los Estados Partes (27) y el futuro establecimiento de una Secretaría (28). De igual manera, se contempla un procedimiento para solución de las controversias que puedan surgir como consecuencia de la interpretación o aplicación de sus normas (29).

III. La República Argentina y el Tratado de Comercio de Armas

La República Argentina, consciente de la necesidad de contar con normas multilateralmente negociadas que introduzcan previsibilidad a las transferencias de armas convencionales, se mostró partidaria de contar con un instrumento multilateral que identificara parámetros comunes a escala global y que facilitara un entendimiento común respecto de cuáles son los factores y las circunstancias que los Estados deberán tener en cuenta a la hora de evaluar las autorizaciones de transferencias de armas convencionales, con el objetivo

de evitar su desvío hacia actores o usos no autorizados por el derecho internacional vigente (30). Por este motivo, durante el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General, presentó, junto con Australia, Costa Rica, Finlandia, Japón, Kenia y el Reino Unido, un proyecto de resolución destinado a evaluar la viabilidad de contar con un instrumento internacional, jurídicamente vinculante, que estableciera normas internacionales comunes para la importación, exportación y transferencias de armas convencionales. Por otra parte, nuestro país favoreció la participación de las organizaciones de la sociedad civil que realizaron contribuciones con el objetivo de promover un entendimiento común respecto de esta importante cuestión.

De conformidad con los postulados de su política exterior, la Argentina estuvo activamente involucrada y lideró las negociaciones desde sus inicios y a lo largo de los siete años que duró el proceso que culminó con la adopción del Tratado. Consecuentemente, la Argentina estuvo entre los primeros 65 primeros países que suscribieron el Tratado sobre el Comercio de Armas y es el único que emitió un compromiso a aplicar provisionalmente los arts. 6º y 7º del Tratado de forma inmediata (31). Dichos artículos hacen referencia a lo que se conoce como la “Regla de Oro”.

El 27 de agosto de 2014, la Cámara de Diputados votó favorablemente la sanción definitiva (32) de la ley 26.971, que aprueba el Tratado sobre el Comercio de Armas, la que fue promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional. El 25 de septiembre de 2014, en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Canciller Héctor Timerman depositó el instrumento de ratificación (33) del Tratado de Comercio de Armas ante el Secretario General de la ONU en Nueva York. Al hacerlo junto a otros seis países, se alcanzó el número establecido de cincuenta Estados para que el Tratado entre en vigor, lo que sucederá dentro noventa días contados desde esa fecha. De este modo, “se ratificó el compromiso argentino con el establecimiento de mecanismos de control de transferencias internacionales de armas que impidan el tráfico ilícito y el desvío de armas, contribuyendo así a evitar muertes en la población civil” (34).

IV. Conclusión

La falta de un marco jurídico general, global y vinculante permitió que una gran cantidad de armas y municiones llegaran a manos de gobiernos que violan los derechos humanos de sus propias poblaciones o terminarían en el mercado negro, mientras algunos Estados, organizaciones y/o personas obtenían enormes beneficios económicos (35).

La adopción de este Tratado y su próxima entrada en vigor, al establecer ciertos límites para el tráfico global de armas, constituye un paso fundamental para prevenir este tipo de situaciones, cuyo costo en vidas humanas es incommensurable.

Para que los objetivos y principios globales del Tratado cobren plena vigencia resulta necesario que sean incorporados a la normativa nacional. En la actualidad, la mayoría de los Estados Miembros de la ONU cuentan con diversos regímenes de control de transferencias y varios de ellos realizan un exhaustivo tratamiento de cuestiones que son objeto de este tratado. Por otra parte, el establecimiento de criterios comunes permitirá a las autoridades nacionales con competencia en la autorización de transferencias la fácil identificación de las circunstancias y los factores que deberán tenerse en cuenta, a fin de evitar que las armas sean desviadas hacia usuarios o usos prohibidos por el derecho internacional vigente.

La implementación de dichos criterios comunes seguirá siendo una facultad exclusiva de los Estados, que deberían incorporar los mismos a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos y crear los regímenes de control de transferencias acordes a lo establecido en el instrumento.

Conforme a lo señalado precedentemente, la implementación del Tratado debería ser llevada a cabo a nivel nacional mediante la incorporación al ámbito interno de las directrices globales y la adecuación de los regímenes de control de transferencias correspondientes. ●

Cita on line: AR/DOC/3701/2014

NOTAS

(11) El estado de las ratificaciones actualizado puede verse en <http://disarmament.un.org/treaties/t/att/deposit/asc>

(12) Art. 7.b) i).

(13) Art. 7.b) ii).

(14) Art. 7.b) iii).

(15) Art. 7.b) iv).

(16) Art. 1.

(17) Último PP.

(18) Conforme lo estipulado en el último párrafo preambular (en adelante, “pp”), donde se expresa que los Estados se manifiestan “Resueltos a actuar de conformidad con los siguientes principios: — El derecho inmanente de todos los Estados a la legítima defensa individual o colectiva reconocido en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas”.

(19) Art. 7.3.

(20) El art. 2.1 menciona expresamente las siguientes categorías: a) Carros de combate; b) Vehículos blindados

de combate; c) Sistemas de artillería de gran calibre; d) Aeronaves de combate; e) Helicópteros de ataque; f) Buzos de guerra; g) Misiles y lanzamisiles; y h) Armas pequeñas y armas ligeras.

(21) Art. 2.3.

(22) Art. 6.1.

(23) Art. 6.2.

(24) Art. 6.3.

(25) V.g. arts. 12, 13 y 14.

(26) Arts. 15 y 16.

(27) Art. 17.

(28) Art. 18.

(29) Art. 19.

(30) Los lineamientos de la posición argentina se recogen en el documento ONU Doc. A/62/278 (Part II), de 17 de agosto de 2007, disponible en <http://www.un.org/disarmament/ATT/documents/>.

(31) Conf. Art. 23.

(32) Cabe recordar que el Senado ya le había dado media sanción al proyecto de ley el 2 de julio de 2014 (Expte. 62/14).

(33) La Constitución Nacional, establece qué órganos están autorizados para celebrar los actos vinculados a la celebración de un tratado. En su art. 99, inc. II, estipula que el Poder Ejecutivo “Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras”. A la vez, el art. 75, inc. 22, dispone que el Congreso de la Nación puede “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”. De ello, surge, como lo expresara la CSJN en diferentes pronunciamientos, que la celebración de tratados es un acto complejo y orgánicamente federal porque en un tratado internacional constitucionalmente

celebrado, incluyendo su ratificación internacional, interviene el Poder Ejecutivo, que concluye y firma tratados, el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional. Véase Arredondo, Ricardo. Manual de Derecho Internacional Público. La Ley - Thomson Reuters, Buenos Aires, 2012, p. 37 y ss.

(34) Cancillería. Información para la Prensa N°: 251/14. Disponible en <http://www.cancilleria.gov.ar/la-argentina-deposita-instrumento-de-ratificacion-en-naciones-unidas-contribuyendo-la-entrada-en>

(35) Amnistía Internacional. “El Tratado Internacional sobre el Comercio de Armas”. Disponible en <https://www.es.amnesty.org/temas/armas/tratado-internacional-sobre-el-comercio-de-armas/>

JURISPRUDENCIA

Obligación de seguridad

Incendio de una vivienda por la explosión de una garrafa vendida por una empresa petrolera. Daños derivados del vicio o riesgo de la cosa puesta en el mercado. Carga de la prueba. Relación de consumo. Indemnización. Disidencia.

Véase en página 7, Nota a Fallo

Hechos: Una persona adquirió a una empresa petrolera una garrafa cuya válvula estaba

falseada. Cuando lo intentó instalar en un cubículo de su vivienda explotó, se incendió la morada y resultaron heridos sus ocupantes. A raíz de ello, inició acción de daños. La sentencia no hizo lugar a la demanda. La Cámara revocó el decisorio y, por mayoría, admitió parcialmente la acción, atribuyendo una responsabilidad del 70% a la demandada.

1.- Una empresa petrolera que vendió un tubo de gas defectuoso y el adquirente que lo instaló en un cubículo de su vivienda son responsables en forma concurrente por los perjuicios derivados de su explosión —en un 70% y 30%, respectivamente—, pues, mientras aquella

incumplió con la garantía de inocuidad debida al consumidor, cual es la de asegurarle que el normal uso de un producto no le ocasionará daños, este último incumplió con la normativa que establece que el tubo de gas debe colocarse en lugares bien ventilados.

2.- La sola existencia de un daño sufrido en el ámbito de ejecución de la relación de consumo —en el caso, por la explosión de una garrafa defectuosa vendida por una empresa petrolera— alcanza para tener por configurado un incumplimiento de la obligación de seguridad a cargo del fabricante-vendedor, sin que sea necesario que el consumidor acredite a cien-

cia cierta cuál fue la cosa generadora de ese perjuicio y qué características tenía.

3.- La falta de prueba contundente sobre el defecto de un bien de consumo —en el caso, una garrafa vendida por una empresa petrolera— no libera automáticamente de responsabilidad al proveedor o productor, quienes, para excusarse, deberán demostrar la inexistencia del defecto, la culpa del consumidor u otra causa ajena que logre el rompimiento del nexo causal.

4.- El daño estético posee autonomía indemnizatoria, pues se trata de una manifestación

distinta de la que es objeto el daño moral, pero que comparte con éste la característica de referirse a bienes jurídicos extra-patrimoniales de las personas (del voto del Dr. Alvarez Juliá).

5.- Una empresa petrolera no es responsable por los daños derivados del incendio de la casa del actor, a quien le había vendido previamente una garrafa que éste colocó en esa vivienda, pues, si bien el dañado tenía la ventaja de contar con la presunción de que los deterioros fueron ocasionados por el riesgo o vicio de la cosa, no acreditó para ello la participación activa de ésta en el siniestro y la pro-

ducción del daño (del voto en disidencia del Dr. Díaz Solimine).

! CUANTIFICACION DEL DAÑO	
El hecho dañoso:	Explosión de garrafa
Referencias de las víctimas:	
Víctima 1:	Sexo: Femenino Edad: 39 años Actividad: Ama de casa
Víctima 2:	Sexo: Masculino
Observaciones:	Se otorgó una indemnización por

\$ 10.000.- por daños materiales. Se atribuyó a las víctimas un 30% de responsabilidad por el suceso.

Componentes del daño:	
Daño moral genérico:	1. \$ 70.000.- 2. \$ 49.000.-
Daño patrimonial	
Incapacidad sobreviniente:	1. \$ 140.000.- 2. \$ 84.000.-

118.136 — CNCiv., sala C, 01/07/2014. - S., M. Á. y otros c/ Repsol YPF Gas S.A. s/ daños y perjuicios.

Cita on line: AR/JUR/45138/2014

! COSTAS
Se imponen a la demandada, salvo respecto de la acción del coactor vencido, que se imponen a éste.

! INTERESES
Tasa pasiva desde el hecho y hasta el día anterior de la sentencia de segunda instancia, y tasa activa del plenario "Samudio de Martínez" desde la sentencia de Cámara hasta el efectivo pago.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Preview]

NOTA A FALLO

Responsabilidad del fabricante de garrafas

SUMARIO: I. Introducción. — II. El fallo. — III. El defecto como actuar antijurídico. — IV. Responsabilidad. Exoneración. Prueba del nexo causal. — V. Uso indebido del producto como eximente de responsabilidad. — VI. Conclusión.

Gastón Dell'Oca

I. Introducción

La sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dictó la sentencia que comentamos en autos "SMA c/ Repsol YPF S.A. s/ Daños y Perjuicios". La decisión, con voto dividido, hizo lugar a la demanda por vicios de fabricación de un tubo de gas de 45 kg fabricado por la empresa demandada. Estos productos son particularmente peligrosos y con frecuencia son instalados en condiciones no adecuadas. En efecto, el fallo determinó que la instalación del tubo de gas en un lugar inapropiado quiebra parcialmente el nexo causal atribuyendo parte de la responsabilidad del damnificado.

Un aspecto importante del fallo comentado se encuentra determinado por la forma en que se valoró la prueba producida bajo la lupa de la Ley de Defensa del Consumidor. Eso será motivo de análisis en los párrafos que siguen.

Es interesante lo que afirma la sentencia en este sentido, al remarcar que, siendo la obligación de seguridad una obligación de resultado, es el proveedor quien debe demostrar la inexistencia de defecto generador de responsabilidad.

Esta no es la primera sentencia que analiza referida a defectos de fabricación de garrafas, y es importante apreciar la evolución jurisprudencial al respecto (1).

Advierto al lector que en este comentario me limitaré a analizar la responsabilidad del fabricante o elaborador del producto aparentemente defectuoso y no me detendré en los rubros indemnizatorios reclamados.

II. El fallo

A. Antecedentes:

De la sentencia se desprende que —en lo que a este comentario interesa— el actor intentó conectar un tubo de gas de 45 kg que pocos minutos antes le habría entregado una camioneta

de YPF. Al quitar su tapón, comenzó a salir el gas en forma violenta. El actor intentó cerrar la válvula del tubo de gas, pero la misma estaba falseada, por lo que el gas continuó saliendo, concentrándose de la tal forma dentro de la vivienda que generó un estallido y un posterior incendio.

Como consecuencia de los hechos relatados, la parte actora reclamó daños por la destrucción e incendio de parte de su vivienda, por daños físicos, psíquicos y estéticos, y daño moral.

Quedó demostrado en la causa que el actor incumplió con la normativa que dispone que los tubos de gas deben instalarse en lugares ventilados, alejados de cualquier abertura del edificio y en lugares usados únicamente para dicho fin. La norma indica la forma en que debe procederse a la conexión, la que tampoco habría sido respetada por los actores.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda promovida por los actores y les impuso las costas del proceso.

B. La decisión que comento

Apelada la sentencia, fue llamada a decidir la sala C de la Cámara Nacional en lo Civil. En un fallo dividido, se revocó la sentencia de grado y se hizo lugar a la demanda, estableciéndose la culpa concurrente del actor en un 30%.

El voto de la minoría (Dra. Díaz Solimine) consideró que no se encontraba probada que la cosa defectuosa tuviera un rol activo en la producción del daño.

Por el contrario, el voto de la mayoría (Dres. Cortelezzi y Álvarez Juliá) entendió que de las pruebas incorporadas al juicio surge que el producto tuvo injerencia en el proceso ígneo, por lo que constituyó fuente generadora de los daños reclamados.

Sostiene la mayoría que la falta de prueba contundente sobre el defecto del bien de consumo no libera de responsabilidad al proveedor y en consecuencia debe responder.

III. El defecto (2) como actuar antijurídico

Ya hemos dicho que en los daños ocasionados por productos elaborados la antijuridicidad se patentiza a través del defecto del producto en la medida en que el mismo implica introducir un riesgo que se termina concretando en daño (3). Si bien en la doctrina y la jurisprudencia nacional muchas veces se refiere a vicio o defecto del producto como sinónimos, nos encontramos que, como bien recuerda Pizarro, "la ley argentina no hace referencia a los daños causados por productos defectuosos (ni menos aún define qué se entiende por productos y qué por producto defectuoso), sino que utiliza una terminología fuertemente emparentada con el art. 1113 del Cód. Civil: daños resultantes del riesgo o vicio de la cosa (o de la prestación del servicio)" (4). En igual sentido se ha expresado el legislador al incorporar el art. 40 a la Ley de Defensa del Consumidor. Parece entonces que en nuestro derecho, el defecto queda comprendido en los conceptos de vicio y de riesgo.

"Vicio es un defecto de la cosa, de fabricación (u originario) o sobreviviente (desgaste, cansancio de materiales, mal o excesivo almacenamiento, rotura, etc.), que la hace impropia para su destino normal o funcionamiento regular" (5). Es decir, una cosa es viciosa cuando presenta un defecto de fabricación, de funcionamiento, de conservación o de información, que la tornan inepta para la función a que está destinada de acuerdo con su naturaleza. Se ha dicho también que el concepto de vicio puede extraerse del texto del art. 2164 del Cód. Civil, en cuanto define los vicios redhibitorios. Así, el vicio consiste "en los defectos ocultos de la cosa que la hacen impropia para su destino" (6). Pero ese vicio se torna relevante para la responsabilidad civil cuando se convierte en defecto, es decir, con "virtualidad suficiente para convertirse en una fuente potencial de riesgos para terceros conforme lo que sucede según el curso normal y ordinario de las cosas" (7).

La doctrina en general, siguiendo al derecho comparado, ha caracterizado —ante el reclamo por daños ocasionados por productos elaborados— tres tipos posibles de defectos: defectos de fabricación, defectos de diseño y defectos en las instrucciones o información

brindada junto al producto. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no hace esta distinción, podemos subsumir cada uno de los defectos antes mencionados dentro de la noción de vicio.

Claramente el supuesto contemplado por el fallo bajo análisis encuadraría dentro de los denominados defectos de fabricación. Estos se caracterizan por la disconformidad entre un producto determinado y los demás de su serie o, también, por la disconformidad entre una unidad-producto y el diseño que debió seguirse en su manufactura. Prácticamente no existen en doctrina divergencias en punto a esa definición. Así, se ha dicho que: "existirá un vicio de fabricación cuando en la elaboración del producto se introduce al mismo una característica que el fabricante no deseaba que el producto tuviera. Tal característica puede revestir cualquier naturaleza (por ejemplo puede consistir en la omisión de incluir partes del producto, no ajustar suficientemente sus partes, incluirle partes equivocadas, no someterlo a procesos químicos, etc.), lo único requerido es que el fabricante no quería que existiese en el producto la característica en cuestión y que la misma, de alguna manera, se introdujo en el proceso de fabricación" (8).

Concluimos, pues, que el obrar antijurídico de los demandados se encuentra dado por el defecto en la válvula del tubo de gas, que no sólo permitió que saliera el gas con presión, si no que, al intentar cerrarla, no pudo cortarse el escape de gas porque se encontraba falseada.

IV. Responsabilidad. Exoneración. Prueba del nexo causal

En un régimen de responsabilidad objetiva como aquel en que ha devenido la materia de los daños por productos elaborados, acreditado el vicio del producto, el demandado se exonera probando la interrupción del nexo causal, es decir, que la causa del daño le ha sido ajena. En ese concepto de interrupción de nexo causal o causa ajena se pueden subsumir todos los supuestos que se mencionan de ordinario, esto es, el hecho o culpa de la víctima, el hecho de un tercero por quien no se deba responder, o el caso fortuito ajeno a la cosa y a la actividad.

De los principios emanados del art. 377 del CPCCN surge que si la acción se funda en los perjuicios causados por un producto elaborado,

CONTINÚA EN PÁGINA 8

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) SPROVIERI Luis E. - DELL'OCA Gastón, "Daños por productos elaborados", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 127.

(2) SPROVIERI Luis E., "El concepto de defecto en la responsabilidad por productos elaborados", RDCO, vol. 246, Enero - Febrero 2011.

(3) SPROVIERI Luis E. - DELL'OCA Gastón, ob. cit., p. 228.

(4) PIZARRO, Ramón D., "Algunas reflexiones en torno a la relación de causalidad, a la legitimación pasiva y a las eximentes en la responsabilidad civil por productos", Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, vol. 2003-2, p. 321.

(5) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y PARELLA-DA, Carlos A., "La responsabilidad por el empleo de las cosas", en "responsabilidad civil", Mosset Iturraspe, Jor-

ge (director) y Kemelmajer de Carlucci, Aída (coord.), 2ª reimposición, Hammurabi, Buenos Aires, 1987, p. 388.

(6) GARRIDO, R. y ANDORNO, L., "El art. 1113 del Código Civil", Hammurabi, Buenos Aires, 1983, ps. 412/413.

(7) PIZARRO, Ramón D., "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", cit., t. II, p. 124. "Una cosa es viciosa cuando la irregularidad que presente, sea por defecto de fabricación o de mala calidad la tomen inepta para

la función a que esté destinada y esa irregularidad, ajena al hecho del hombre, la transforme en una fuente potencial de daños en los términos de la norma citada [art. 1113, CCiv.] (CN Com., sala A, 14/4/2000, "E., S. M. y otros v. Villalba Hnos. S.R.L.", LA LEY, 2000-E, 261; DJ, 2000-3-750; RCyS, 2000-765).

(8) KELLY, Julio A., "Responsabilidad del fabricante por vicios del diseño", LA LEY, 1993-D, 1023.

● VIENE DE PÁGINA 7

deberá acreditarse que dicho producto era portador de un vicio, existente al tiempo de la adquisición. El fallo de la mayoría que comentamos releva a la parte de una rigurosa prueba sobre la mecánica del evento, y por otro lado, establece que la falta de prueba no libera automáticamente de responsabilidad al proveedor.

El principio general del art. 377 del CPCCN ha sido flexibilizado en la sentencia a partir del deber de colaboración que pasa sobre las partes del proceso, dando lugar a presunciones. En el caso bajo análisis el fallo menciona que la actividad probatoria de la parte demandada ha sido prácticamente inexistente. Ello choca contra los aspectos procesales incluidos en el art. 53, tercer párrafo de la ley 24.240, modificada por la ley 26.361 (9).

No es infrecuente leer fallos en lo que, ante la necesidad de acreditar la intervención activa de la cosa riesgosa o viciosa en el suceso dañoso, se traslada al demandado la carga de probar alguna de las eximentes de responsabilidad. Como consecuencia de la falta de prueba, el voto de la mayoría no consideró el argumento de la demandada de que el tubo de gas habría sido conectado de forma inadecuada, conforme instrucciones contenidas en el producto, pues ninguna prueba se había producido al respecto.

Por el contrario, los sentenciantes valoraron la conducta de la actora a la luz de la normativa dictada por la Secretaría de Energía y Minería, detentora del Poder de Policía en materia de Gas Licuado de Petróleo que establece la

forma en que deben estar instalados los tubos de gas como el involucrado en los hechos que dan origen al fallo comentado. Según la sentencia, la violación a la norma enerva la responsabilidad del fabricante con fundamento en el comportamiento del damnificado, quebrando parcialmente el nexo causal (10).

Recordemos que la conducta de la víctima puede tener relevancia en la generación del resultado dañoso al punto de eximir al demandado de responsabilidad, total o parcialmente. De lo que se trata es de determinar que la conducta del damnificado desplazó como causa adecuada al riesgo o vicio de la cosa. En este caso en particular, por tratarse de un incumplimiento a las normas que regulan la instalación de los tubos de gas (deben ser instalados en lugares ventilados, alejados de aberturas en los edificios) es eficaz para interrumpir el nexo causal, aunque, como hemos dicho, no en forma total. El fallo expresa en este sentido que: “de haberse instalado el tubo en una casilla, fuera de la vivienda, otra hubiera sido la graduación del resultado dañoso”.

V. Uso indebido del producto como eximente de responsabilidad

La culpa de la víctima se presentará en esta materia, muchas veces, relacionada con el uso indebido del producto o su alteración riesgosa posterior a la salida de fábrica. Y, a decir verdad, es acertada la referencia de algunos tribunales y doctrinarios a las infinitas posibilidades de uso indebido de un producto que pueden presentarse (11).

En el campo de los daños derivados de productos elaborados el uso indebido del producto

tiene gran importancia. Se trata de acoger una regla del derecho común que podemos caracterizar de la siguiente manera: no corresponde indemnizar a quien ha ocasionado su propio daño (art. 1111, Cód. Civil).

Ahora bien, en el caso que comentamos, la cosa no fue utilizada con una finalidad diferente para la que fue fabricada. Fue el lugar donde se pretendió conectar el tubo de gas lo que habría ocasionado —de acuerdo a lo que surge de la sentencia— mayores daños. Si bien el producto debe elaborarse teniendo —o debiendo tener— en cuenta un uso previsible por parte del consumidor, incluyendo no sólo los usos normales o apropiados sino también aquellos no habituales pero previsibles dentro de una razonabilidad objetiva, de tal modo que deben quedar excluidos los usos completamente irracionales; el fallo de la mayoría considera que no puede justificarse la instalación inadecuada, *so pena* de que esto se convierta en una regla aceptable.

Por “uso indebido” entendemos entonces aquel que es anormal o imprevisible ante el destino para el cual fue creado determinado producto. Si bien se le puede exigir al fabricante que prevea cómo puede actuar el destinatario del producto, anticipándose a comportamientos comunes, no puede pretenderse que advierta sobre usos objetivamente imprevisibles que se erigen en verdaderas consecuencias remotas (art. 906, Cód. Civil) (12).

Es por ello que no siempre el mal uso de un producto libera —*per se*— de responsabilidad a su fabricante por ruptura del nexo causal. Si el pretendido “mal uso” es habitual, o esperable, ya no actúa como eximente y se convierte tan

sólo en una consecuencia mediata previsible (art. 904 Cód. Civil). Por lo tanto, si el daño es consecuencia del “uso incorrecto” o del cambio de destino para el cual fue elaborado el producto, el fabricante no será responsable (13).

VI. Conclusión

Respecto a la prueba del vicio de la cosa, si bien es el reclamante quien tiene su carga, no es menos cierto que esta regla se ha visto flexibilizada por presunciones, por la objetivación de la responsabilidad y por las denominadas cargas probatorias dinámicas. Es por ello que se debe exigir a todas las partes del proceso una participación activa en la conservación y producción de las pruebas que servirán al Juez para resolver las diferentes pretensiones que se le presentan. En este sentido, deberá cargar con las consecuencias de su actuar quien no cumple con esta premisa. Así lo entendió el tribunal al sentenciar.

Por uso indebido del producto debe entenderse aquel que es anormal o imprevisible ante el destino para el cual fue creado determinado producto. El fabricante debe prever el comportamiento ordinario del consumidor, pero no puede pretenderse que se anticipe a usos objetivamente imprevisibles, que serían consecuencias remotas en los términos del art. 906 del Cód. Civil. En cualquier caso, al servir el uso indebido como eximente de responsabilidad, su configuración no se presume en ningún caso y debe ser debidamente probada por el elaborador o proveedor que pretende liberarse. ●

Cita on line: AR/DOC/3743/2014

{ NOTAS }

(9) “Los proveedores deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.”

(10) Mal podría hablarse de concurrencia de culpas ya que en el marco de la responsabilidad objetiva no hay “culpa” del demandado que pueda ser identificada y que pueda “concurrir” con la culpa del actor damnificado.

(11) SPROVIERI Luis E. - DELL’OCA Gastón, ob. cit.

p. 71 y 323.

(12) SPROVIERI, Luis E. - DELL’OCA, Gastón. “Reparación en garantía, reemplazo del producto defectuoso y otras lecciones de un fallo interesante”, RDCO, vol. 2009-B, Abeledo-Perrot, 2009, p. 884.

(13) Incluimos dentro del concepto de uso indebido del producto su alteración por parte del consumidor. Esa alteración, para exculpar al fabricante debe ser sustancial, de forma tal que anule mecanismos de seguridad del producto o agrave su riesgo.

Empleo público

Discriminación arbitraria. Resolución del INADI revocada por incompetencia. Rechazo de la demanda. Inexistencia de daño.

Véase en esta página, Nota a Fallo

Hechos: Un funcionario de la AFIP fue declarado incurso en discriminación arbitraria contra otro. Posteriormente, el Poder Ejecutivo declaró la incompetencia del IN-

ADI para intervenir en el trámite y revocó sus decisiones por incompetencia. El agente denunciado promovió acción de daños contra el Estado Nacional y el mencionado Instituto. La sentencia la admitió y la Cámara la revocó.

La acción de daños promovida por un agente de la AFIP contra el Estado Nacional y el INADI, a fin de reclamar un resarcimiento por haber sido declarado incurso en discriminación arbitraria contra otro funcionario, debe rechazarse, pues no puede presumirse la

existencia concreta de un perjuicio, en tanto no se le imputó ilícito penal alguno, y la entidad pública para la que se desempeñaba no tomó medidas que lo mortificaran, sino que optó por requerir la intervención del Tesoro de la Nación, que revocó lo actuado por el mencionado Instituto por incompetencia.

118.137 — CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 12/08/2014. - Deguisa, José c/ EN-Mº Interior-INADI Resol. 7-9-01 (expte. 282 Men) s/ daños y perjuicios.

Cita on line: AR/JUR/43530/2014

COSTAS

Al actor.

2ª Instancia. - Buenos Aires, agosto 12 de 2014.

La doctora *do Pico* dijo:

I. La sentencia de fs. 1086/1095 hizo lugar a la pretensión esgrimida por el Sr. José Deguisa

NOTA A FALLO

La discriminación en el empleo público

SUMARIO: I. Antecedentes del caso. — II. La causa judicial. — III. La discriminación en el empleo público.

Luis Emilio Pravato

I. Antecedentes del caso

Previo a ingresar al análisis del fallo bajo glosa, dictado el 12/08/2014 por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en los autos “Deguisa José c/ EN-Ministerio Interior-INADI Res. 7-9- (Expte 282 MEN) s/daños y perjuicios”, a efectos de su mejor comprensión, corresponde sintetizar los hechos que dieron origen a la mentada causa, según lo que pudo extraerse de la prueba producida en la misma, a criterio de la Cámara:

Causa n° 41.412/99-AFIP.

— En fecha 8/11/99 se dictó la disposición n° 612/99 (SGRH) mediante la cual se resolvió “Artículo 1º: Dar por finalizadas las funciones que le fueran asignadas oportunamente al abogado Dr. Ricardo Germán Belli (...) en el carácter de Jefe Titular del Departamento Auditoría Jurídica Operativa de la Dirección de Auditoría” y “Artículo 2º: Asignar al funcionario mencionado en el artículo anterior dentro de su actual agrupamiento escalafonario de revista (Grupo 25, Función 01, Jefe

de Departamento) la Función 03 (Asesor Principal de Ira) de la Clase Administrativo y Técnico del ordenamiento previsto en el laudo n° 15/91”. En fecha 1/12/99 el Sr. Belli inició acción de amparo contra la resolución de la AFIP antes referida, que tramitó ante el juzgado n° 2 del fuero Contencioso Administrativo Federal.

— En fecha 13/03/00, se decretó la suspensión cautelar de los efectos de la Disposición n° 612/99.

— El 19/04/00, el titular del juzgado n° 2 del fuero hizo lugar al amparo, decretó la nulidad de la Disposición n° 612/99 y ordenó la reincor-

poración del actor al cargo de Titular de la División Auditoría Legal y Técnica.

— En fecha 27/06/00, la Sala III desestimó la apelación interpuesta, confirmando el fallo de primera instancia.

— En fecha 20/12/00, por Disposición n° 972/00 (AFIP), se designó al Sr. Belli Titular de la División Auditoría de Procesos Legales y de Administración de la Dirección de Auditoría. Causa n° 10.935/00 (Con trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 6).

— A raíz de la decisión judicial que ordenó la reincorporación del funcionario, se suscitaron inconvenientes en la forma de cumplimiento de la misma, lo que dio lugar a que el propio

y condenó a la demandada, Estado Nacional, Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), al abono de la suma de pesos treinta mil (\$30.000) en concepto de daño moral. Aclaró que por aplicación de la ley 25.725 el monto de condena se encuentra consolidado e impuso las costas a la demandada vencida.

II. Para así decidir, el magistrado de la anterior instancia sostuvo que:

(i) En primer lugar, no se encontraba controvertido que el INADI, por resolución de fecha 07/09/2001, declaró al actor incurso en la comisión de discriminación arbitraria en perjuicio del Dr. R. G. B.

(ii) El tratamiento de la nulidad articulada por el demandante respecto de la resolución resultaba innecesaria, ya que no se encontraba vigente, pues el decreto 1855/2004 del Poder Ejecutivo Nacional revocó la actuación del INADI, por carecer de competencia para actuar como lo hizo.

(iii) Correspondía enmarcar la pretensión resarcitoria en el ámbito de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita, lo que lo llevó a considerar lo dispuesto por el art. 1078 del Cód. Civil.

(iv) Luego de citar los fragmentos del dictamen jurídico al cual remite el Sr. Interventor del Instituto para fundar su decisión, argumentó que algunas de las expresiones allí vertidas (las que destacó) le permiten concluir que, si bien no advierte que se lo trate de corrupto, como afirma el actor, ello no obsta a que por otras conductas que se le endilgan -arbitrariedad, discriminación, abierta violación a los preceptos constitucionales- haya podido verse afectado como hombre de derecho. En virtud de ello, presumió un padecimiento espiritual

por parte del Sr. Deguisa, con un grado de certeza suficiente como para permitirle traducirlo en daño moral resarcible.

III. Contra dicho pronunciamiento interpuesto recurso de apelación la parte demandada, a fs. 1098, fundado mediante expresión de agravios de fs. 1106/1111, la que fuera replicada por la actora a fs. 1115/1119.

En lo sustancial, el Estado Nacional se quejó de la decisión de grado por entender que:

(i) No es una derivación razonada del derecho vigente, puesto que la resolución atacada no quedó firme. Indica que la propia AFIP planteó un conflicto de competencia ante la Procuración del Tesoro de la Nación, lo que derivó en el dictado del decreto 1855/04, que la revocó. A raíz de ello, señala, la resolución que origina el reclamo no ha podido producir el supuesto daño que se busca resarcir.

(ii) El juez se apartó de las constancias de autos, por cuanto de las mismas se desprende que no procede la indemnización por daño moral. Explica que, a su criterio, el actor no ha cumplido con la carga de la prueba sobre la realidad y certeza del daño cuya reparación pretende. Por ello, al condenar a su parte, el juez se apartó de la jurisprudencia que cita, sin siquiera hacer un análisis de las pruebas rendidas. Destaca, en su crítica, ciertas constancias arrimadas al expediente (sentencia de la causa penal, contestación de la Asociación de Empleados de la AFIP) de donde desprende la falta de prueba del daño moral. Concluye entonces que el magistrado presume la existencia del daño sin elementos que así lo avalen.

(iii) El juez fundó su pronunciamiento mediante una argumentación autorreferencial que trasunta una parcialidad inusitada, al uti-

lizar el plural -incluyéndose- para hablar del padecer del actor como hombre de derecho.

(iv) Finalmente, critica el fallo por contradictorio y carente de fundamentos de lo que deslinda su arbitrariedad.

IV. A fin de examinar la cuestión en litigio, estimo prudente realizar un relato sucinto de los hechos relevantes del caso, según lo que puede extraerse de la prueba producida, para pasar luego al tratamiento de los agravios traídos a conocimiento de esta alzada.

Causa n° 41.412/99 (copias certificadas reservadas en sobre marrón)

- En fecha 08/11/1999 se dictó la disposición n° 612/99 (SGRH) mediante la cual se resolvió "Artículo 1°: Dar por finalizadas las funciones que le fueran asignadas oportunamente al abogado Dr. R. G. B. (...) en el carácter de Jefe Titular del Departamento Auditoría Jurídica Operativa de la Dirección de Auditoría" y "Artículo 2°: Asignar al funcionario mencionado en el artículo anterior dentro de su actual agrupamiento escalafonario de revista (Grupo 25, Función 01, Jefe de Departamento) la Función 03 (Asesor Principal de Ira) de la Clase Administrativo y Técnico del ordenamiento previsto en el laudo n° 15/91".

- En fecha 01/12/1999 el Sr. B. inició acción de amparo contra la resolución de la AFIP antes referida, que tramitó ante el juzgado n° 2 del fuero.

- En fecha 13/03/2000 se decretó la suspensión cautelar de los efectos de la Disposición n° 612/99.

- El 19/04/2000 el titular del juzgado n° 2 del fuero hizo lugar al amparo, decretó la nulidad de la Disposición n° 612/1999 y ordenó la rein-

corporación del actor al cargo de Titular de la División Auditoría Legal y Técnica.

- En fecha 27/06/2000 la Sala III desestimó la apelación interpuesta, confirmando el fallo de primera instancia.

- En fecha 20/12/2000, por Disposición n° 972/2000 (AFIP), se designó al Sr. B. Titular de la División Auditoría de Procesos Legales y de Administración de la Dirección de Auditoría.

Causa n° 10.935/00 (con trámite ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 6)

- A raíz de la decisión judicial que ordenó la reincorporación del funcionario, se suscitaron inconvenientes en la forma de cumplimiento de la misma, lo que dio lugar a que el propio B. denuncie en sede penal a ciertos funcionarios entre los que se encuentra el aquí actor, por incumplimiento de los deberes de funcionario público y abuso de autoridad (14/09/2000, ver constancia del cargo de fs. 18).

- A fs. 716/734, por sentencia de fecha 23/12/2003, se resuelve sobreseer a los Sres. F. I. R., B. L. F., O. L. V., A. L. L. d. G., E. J. V., M. S. P. d. B. y J. A. M.

-En paralelo a ello, el Sr. B. realizó otra denuncia, en este caso ante el INADI con fecha 16/04/2001 (ver cargo obrante en la copia de denuncia acompañada a fs. 10 de estos autos). Ello derivó en el dictado de la resolución del Sr. Interventor de dicho organismo fechada el 07/09/2001, por la cual aquí se reclama. En tal oportunidad, el Sr. Interventor, con remisión al dictamen de la asesoría jurídica n° 175,

CONTINÚA EN PÁGINA 10

Belli denunciara en sede penal a ciertos funcionarios entre los que se encontraba el luego actor, por incumplimiento de los deberes de funcionario público y abuso de autoridad.

— A fs. 716/734, por sentencia de fecha 23/12/03, se resuelve sobreseer a los Sres. Fabiana Inés Reinaldo, Beatriz Luisa Fontau, Omar Luis Valdemoros, Analía López Ledesma de González, Eduardo Jorge Vanney, Mirta Silvia Peralta de Botindari y Jorge Alberto Marini. En paralelo a ello, el Sr. Belli realizó otra denuncia, en este caso ante el INADI con fecha 16/04/01. Ello derivó en el dictado de la resolución del Sr. Interventor de dicho organismo fechada el 7/09/01. En tal oportunidad, el Sr. Interventor, con remisión al dictamen de la asesoría jurídica n° 175, del 6/09/01, ordenó a la AFIP el inmediato cese de toda persecución y/o discriminación contra el agente Belli. (MFN n° 282)

Expediente n° 1-252814-2003 (conflicto de competencia entre AFIP e INADI)

— Planteado el conflicto de competencia entre la AFIP y el INADI, la Procuración del Tesoro de la Nación emitió dictamen en apoyo de la postura asumida por el ente recaudador.

— En fecha 15/12/04 el Poder Ejecutivo Nacional, mediante decreto n° 1855, dispuso declarar la incompetencia del INADI para intervenir en el trámite de ciertas denuncias —entre las que se encontraba la MFN n° 282— y revocar las decisiones allí adoptadas.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) IVANECA, Miriam, "Mobbing, acoso y discriminación en el empleo público", LA LEY, 16/05/2012, 1.

II. La causa judicial

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la pretensión esgrimida por el Sr. José Deguisa y condenó a la demandada, Estado Nacional, Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), al abono de la suma de pesos treinta mil (\$30.000) en concepto de daño moral. Para así decidir, el magistrado sostuvo que: (i) En primer lugar, no se encontraba controvertido que el INADI, por resolución de fecha 7-/09/01, declaró al actor incurso en la comisión de discriminación arbitraria en perjuicio del Dr. Ricardo German Belli. (ii) El tratamiento de la nulidad articulada por el demandante respecto de la resolución resultaba innecesaria, ya que no se encontraba vigente, pues el decreto 1855/04 del Poder Ejecutivo Nacional revocó la actuación del INADI, por carecer de competencia para actuar como lo hizo. (iii) Correspondía enmarcar la pretensión resarcitoria en el ámbito de la responsabilidad del Estado por actividad ilícita, lo que lo llevó a considerar lo dispuesto por el art. 1078 del Cód. Civil. (iv) Luego de citar los fragmentos del dictamen jurídico al cual remite el Sr. Interventor del Instituto para fundar su decisión, argumentó que algunas de las expresiones allí vertidas (las que destacó) le permitían concluir, que el actor pudo sentirse afectado como hombre de derecho. En virtud de ello, presumió un padecimiento espiritual por parte del Sr. Deguisa, con un grado de certeza suficiente como para permitirle traducirlo en daño moral resarcible. Contra dicho pronunciamiento interpuesto recurso de apelación la parte demandada —Estado Nacional—. (En homenaje a la brevedad, remitimos su lectura al texto de la sentencia)

La Cámara de Apelaciones hizo lugar al recurso de apelación, revocando el decisorio del inferior, con costas en ambas instancias al perdedor. Para fundar su decisión, concluyó en que no se podía presumir la existencia concreta del daño, cuyo resarcimiento el Sr. Deguisa

pretendía al instar la acción. Infririó que dicho requisito era indispensable para la procedencia de toda demanda por responsabilidad por accionar ilícito del Estado.

En tal sentido, interpretó que: i) No existía en la causa penal referida, imputación al Sr. José Deguisa por presunto cometimiento de ilícito alguno, más allá de la inclusión del actor en la denuncia del Sr. Belli. ii) En ningún momento el fiscal actuante pidió su citación a indagatoria. iii) Es decir que la comunicación de la resolución del INADI al juzgado donde tramitó dicha causa no tuvo posibilidad de generarle perjuicio alguno. iv) Misma conclusión entendió aplicable respecto de la resolución del Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal n° 2, donde tramitó el amparo promovido por el agente Belli, ya que sus únicos intervinientes fueron el propio Belli y la AFIP. v) La notificación a la AFIP, tampoco generaba daño alguno. Al anoticiarse de la resolución, lejos de adoptar medidas que perjudicaran al Sr. Deguisa, la AFIP optó por requerir la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación a fin de que se declarara la incompetencia del INADI. Ello fue lo que sucedió con la intervención del Poder Ejecutivo de la Nación, quien revocó lo actuado por el INADI por incompetencia.

III. La discriminación en el empleo público

Más allá de las vicisitudes del glosado caso judicial y su resolución, el mismo nos sirve de disparador para reflexionar sobre una situación lamentablemente presente en el ámbito del empleo público nacional, provincial y municipal, cual es la discriminación que muchas veces sufren los dependientes de la Administración pública.

Discriminar implica diferenciar, distinguir, separar, excluir. Es una situación en la que una persona es tratada de manera prejuiciosa, persecutoria que traduce una forma de

violencia pasiva; convirtiéndose, a veces, este ataque en una agresión física. Aquellos que discriminan aplican un trato inferior, diferencial, distinguen a las personas por razones de raza, género, edad, cultura, nacionalidad, religión, incapacidad o ideología (1).

La protección contra la discriminación encuentra su fundamento en el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, que reconoce antecedentes en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia y que se completa con el artículo 20 que protege una categoría sospechosa de violar la igualdad. Esta norma reconoce a los extranjeros iguales derechos civiles que a los ciudadanos. A su vez, el artículo 37, 2° párrafo Constitución Nacional también garantiza la igualdad "de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos..." y atribuye al Poder Legislativo nacional —conforme al artículo 75, inc. 23— la atribución de "...legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

Dentro de los variados tipos de discriminación que derivan en situaciones de violencia, podemos individualizar a las vinculadas al ejercicio arbitrario del *ius variandi*.

La ley 23.592 establece en el artículo 1° que: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material

CONTINÚA EN PÁGINA 10

● VIENE DE PÁGINA 9

del 06/09/2001, ordenó a la AFIP el inmediato cese de toda persecución y/o discriminación contra el agente B.

Expediente n° 1-252814-2003 (conflicto de competencia entre AFIP e INADI)

—Planteado el conflicto de competencia entre la AFIP y el INADI sobre determinados casos entre los que se incluía el de la resolución aquí cuestionada, la Procuración del Tesoro de la Nación emitió dictamen en apoyo de la postura asumida por el ente recaudador (fs. 153/160).

— En fecha 15/12/2004 el Poder Ejecutivo Nacional, mediante decreto n° 1855, dispuso declarar la incompetencia del INADI para intervenir en el trámite de ciertas denuncias —entre las que se encontraba la MFN n° 282— y revocar las decisiones allí adoptadas (fs. 214/217).

V. Ahora bien, creo conveniente remarcar que no observo, en la causa penal referida, que se hubiera imputado al Sr. José Deguisa por presunto cometimiento de ilícito alguno, más allá de la inclusión del actor en la denuncia del Sr. B. En ningún momento el fiscal actuante pidió su citación a indagatoria, lo que explica que no se lo incluya en el pronunciamiento de fs. 716/734 ya aludido, ni obviamente en la sentencia de fs. 1198/1208 que lo confirma. Tampoco se incluye al actor en las resoluciones de fs. 218/219, 261/262, 326, 376, 508/509, 1047/1049 y 1136. Es decir que la comunicación de la re-

solución del INADI al juzgado donde tramitó dicha causa no tuvo posibilidad de generarle perjuicio alguno, aun el que se encuadra como daño moral. Misma conclusión entiendo aplicable respecto del informe de la resolución al Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal n° 2, donde tramitó el amparo promovido por el agente B., ya que sus únicos intervinientes son el propio B. y la AFIP.

Por otro lado, como bien señala la demandada, la respuesta de la Asociación de Empleados Fiscales e Ingresos Públicos (A.E.F.I.P.) al oficio remitido por la actora (ver fs. 797/800), desconoce si la resolución del INADI fue notificada a la institución, por lo que tampoco puede presumirse daño moral alguno proveniente de tal comunicación.

En lo que respecta al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, según la contestación de oficio que obra a fs. 821, no puede colegirse daño alguno proveniente de la puesta en conocimiento de dicha resolución.

La notificación a la AFIP, tampoco parece capaz de generar daño alguno. Al anoticiarse de la resolución, lejos de adoptar medidas que perjudiquen al Sr. Deguisa, lo mortifiquen o hagan sufrir padecimiento que encuadre en la figura del daño moral resarcible, la AFIP optó por requerir la intervención de la Procuración del Tesoro de la Nación a fin de que se declare la incompetencia del INADI. Ello fue lo que sucedió con la intervención del Poder Ejecutivo de la Nación, quien revocó lo actuado por el INADI con incompetencia.

desprende directamente “de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona” y que, por el otro, “posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17-9-2003, Serie A N° 18, párrs. 87/88 —y sus citas— y 100). De tal suerte, cuadra poner de relieve que el principio de igualdad y prohibición de discriminación ha alcanzado, actualmente, un nivel de máxima consagración y entidad: pertenece al *jus cogens*, “puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”. 4) El ingreso del principio de igualdad y prohibición de discriminación al dominio del *jus cogens* revela que éste se emplaza en uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional, produciendo, a su vez, un efecto disuasivo, por cuanto señala a todos los miembros de dicha comunidad y a los individuos sometidos a las jurisdicciones estatales, que el principio exhibe un valor absoluto del cual nadie puede desviarse (doctrina del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, caso Furundzija —“Prosecutor v. Anto Furundzija”—, sentencia del 10/12/1998). 5) De lo expuesto precedentemente se sigue que la interdicción de discriminación y la exigencia internacional de realizar, por parte de los Estados, acciones positivas dirigidas a evitar y sancionar dicha discriminación, deben reflejarse en los órdenes internos en un doble sentido, al menos: el de su legislación, “de lo cual es un ejemplo la ley 23.592” y, también, el “de la interpretación que de tales leyes hagan los tribunales” (Partido Nuevo Triunfo, Fallos: 332:433, 439). 6) Al respecto, es notorio que la ley 23.592 ha tendido a conjurar un particular modo de menoscabo del pleno ejercicio de los derechos y garantías fundamentales reconoci-

Sustenta con mayor énfasis la tesis de la recurrente el hecho que, en el ámbito laboral del actor, se aprecie que el Administrador Federal asegura que a criterio de esa “Administración Federal se descarta que se hubiera producido discriminación arbitraria en contra del funcionario denunciante (B.)” (ver nota dirigida a la Lic. B. L. F. obrante a fs. 535). Colijo de tal aserto, así como de la actitud adoptada por el organismo al recurrir a la Procuración del Tesoro de la Nación planteando el conflicto de competencia con el INADI, que, en su esfera de trabajo, al Sr. Deguisa no se le generó un padecimiento con origen en la resolución del INADI. Por el contrario, se sigue de los términos de la nota antes referida —que aunque no fuera dirigida al aquí actor define la postura asumida frente a su situación—, que las autoridades del organismo recaudador apoyaron a los funcionarios alcanzados por la denuncia del Sr. B.

VI. Como corolario lógico de las apreciaciones hasta aquí vertidas concluyo en que no se puede presumir la existencia concreta del daño cuyo resarcimiento el Sr. Deguisa pretende al instar la presente acción. Constituye éste un requisito indispensable para la procedencia de toda demanda por responsabilidad por accionar ilícito del Estado. Criterio también expuesto por la sala IV en la causa n° 41.365/03, “López Ledesma de González Analía c. EN-M° INTERIOR-INADI-RESOL 07/09/2001 (ESTE 282) s/Daños y perjuicios” (pronunciamiento del 11/06/2013), que sostuvo: “cabe concluir que asiste razón al Estado Nacional en que la accionante no ha logrado pro-

bar el daño moral alegado. En consecuencia, no encontrándose configurado uno de los presupuestos inexcusables para la determinación de la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, corresponde revocar la sentencia de grado y rechazar la pretensión indemnizatoria de la actora”.

Es así que la falta de constatación del requisito mencionado, existencia concreta del daño, obliga a la recepción del recurso interpuesto por la demandada, con la consiguiente revocación de la sentencia de primera instancia y el rechazo de la demanda incoada por el Sr. José Deguisa.

VII. En cuanto a las costas de ambas instancias, por no encontrar méritos para su dispensa, se imponen al actor vencido (arts. 68 y 279 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Por todo lo expuesto, voto: por hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Estado Nacional y, a su consecuencia, revocar el pronunciamiento de grado, rechazando la demanda, con costas.

Los doctores *Grecco* y *Facio* adhieren al voto precedente.

En virtud del resultado que informa el Acuerdo que antecede, el tribunal resuelve: revocar el pronunciamiento apelado y rechazar la demanda interpuesta, con costas de ambas instancias a cargo del actor vencido. — *Clara M. do Pico*. — *Carlos M. Grecco*. — *Rodolfo E. Facio*.

● VIENE DE PÁGINA 9

ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha: 07/12/2010, en autos caratulados “Álvarez, Maximiliano y otros c. Concusud S.A.” (2), fijó doctrina sobre la citada normativa federal. Así, consideró que: 1) El principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, presente en la Constitución Nacional desde sus orígenes, (art. 16, C.N.), no ha hecho más que verse reafirmado y profundizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos de éste que, desde 1994, tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22, 2° párr., C.N.). Igual principio se encuentra sustentado por las organizaciones internacionales en el marco de las cuales fueron elaborados los instrumentos: Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3.1) y Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3 y concs.). 2) Cabe sumar a lo indicado, lo proveniente de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como lo es el Convenio N° 111 sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958, ratificado en 1968), de jerarquía supralegal dada su naturaleza (Milone, Fallos: 327:4607, 4616), por el cual el Estado se obligó a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con el objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2°). 3) El mencionado *corpus iuris*, al enunciar y reiterar el principio de igualdad y prohibición de discriminación, resulta el persistente eco de una noción que, por un lado, se

dos en la Constitución Nacional: el acto discriminatorio. Y ha previsto, por vía de imponer al autor la obligación de “dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y [...] reparar el daño moral y material ocasionados” (art. 1°), una reacción legal proporcionada a tamaño agresión pues, y sobre ello cabe poner el acento, el acto discriminatorio ofende nada menos que el fundamento definitivo de los derechos humanos: la dignidad de la persona, al renegar de uno de los caracteres ínsitos de ésta: la igualdad en dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, de la cual deriva, precisamente, el principio de igualdad y prohibición de toda discriminación, destinado a proteger en la existencia dicha igualdad en esencia, intrínseca o inherente a aquéllos. 7) El Anexo II del Pacto Federal del Trabajo, ratificado por la ley 25.212, emplazó, entre las infracciones “muy graves”, las “decisiones del empleador que impliquen cualquier tipo de discriminación en el empleo o la ocupación por motivos de: raza, color, ascendencia nacional, religión, sexo, edad, opinión política, origen social, gremiales, residencia o responsabilidades familiares” (art. 4°a), haciéndolas pasibles de las multas más elevadas (art. 5°), y previendo que, en caso de reincidencia, pueda ser clausurado el establecimiento y quedar el empleador inhabilitado para acceder a licitaciones públicas y suspendido de los registros de proveedores o aseguradores de los estados nacional y provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 5°a.5.a y b). 8) Este orden de ideas conduce, sin hesitación, a descartar de plano la pretendida inaplicabilidad de la ley 23.592 al ámbito del derecho individual del trabajo. Nada hay en el texto de ley ni en la finalidad que persigue que indique lo contrario. La proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como “santuarios de infracciones”. El decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales antes aludidos y muy especialmente del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.1), sumado al principio *pro homine*, connatural con estos documentos, determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana (Cardozo, Fallos: 329:2265, 2272/2273, y Madorrán, cit.,

p. 2004, Fallos: 289:430, 437; asimismo: Fallos: 293:26, 27). 9) La reinstalación, por lo demás, guarda singular coherencia con los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos, tendientes a la plena reparación (*restitutio in integrum*) de los daños irrogados, vgr., por un despido (v. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia del 2/2/2001, Serie C N° 72, párrs. 202/203 — y su cita— y 214. 7, y “Madorrán”, cit., p. 2005). Con arreglo a todo ello, sólo un entendimiento superficial del art. 14 bis llevaría a que la “protección contra el despido arbitrario” implicara una suerte de prohibición absoluta y permanente a toda medida de reinstalación.

La doctrina de los publicistas ha continuado esta línea de inferencias. Así, en un brillante trabajo, *Mobbing, acoso y discriminación en el empleo público* (3), Miriam Ivanega, a nuestro criterio, una de las principales administrativistas del país y quien mejor ha desarrollado el tema, nos advierte que en materia de *mobbing*, acoso y discriminación producidas en el marco del empleo público también debe seguirse, principalmente, a la doctrina laboral que profundizó las causas y las consecuencias que se ciernen sobre ese tipo de conductas y a las interpretaciones de la Corte Suprema respecto de la aplicación de la ley 23.592.

Ivanega interpreta que se debe emplear una noción amplia de empleo público, no limitada exclusivamente a la definida en los respectivos Estatutos. Por el contrario, esa relación jurídica se define por el empleador, la organización en la que se desarrolla y la función que se cumple. Luego, están alcanzados el personal de planta y el transitorio (locación de servicios, jornalizados, etc.)

En cuanto a la Administración, el *ius variandi* que tiene atribuido para ordenar sus funciones y adecuar su estructura debe ser ejercido a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Lo señalado es extensivo a situaciones especiales que se configuran en la Administración Pública, y que ella suele encuadrar en el *ius variandi*, esto es, a la supresión del cargo que ocupa el agente público y a las leyes de prescindibilidad, las que afectan la garantía de la estabilidad (4).

{ NOTAS }

(2) LA LEY, 2011-A, 177.

(3) LA LEY 16/05/2012, 1.

(4) Ver con relación a las inconstitucionales leyes de prescindibilidad, un caso de la provincia de Río Negro en

PRAVATO, Luis Emilio, “Ley 4735 de Río Negro. Declaración de disponibilidad de empleados públicos”. Publicado en: LLPatagonia 2012 (octubre), 471 Cita Online: AR/DOC/5271/2012.

Nos indica Ivanega que respecto al primer supuesto, la facultad constitucional y legal (la modificación de estructuras e incluso la eliminación de un cargo) no puede implicar el cercenamiento de los derechos de los empleados (entre ellos, el de la no discriminación), lo que sucede cuando existe un simple cambio de denominación de funciones, o se modifica su ubicación dentro de la estructura (cambio de jerarquía —un departamento que se convierte en dirección— o que pasa a depender de otra área dentro del mismo organismo). La Administración debe especificar el alcance de la reestructuración administrativa y dar las razones de separación del agente. Es decir, indicar la relación directa para llegar a ese resultado disvalioso y las causas que imposibilitaron la reubicación del empleado en otro organismo, aun en un agrupamiento distinto al que se encontraba (5).

Si bien la organización del aparato administrativo es competencia del poder administrador, tal facultad debe encuadrarse en el principio de legalidad y razonabilidad y con el debido respeto a los derechos fundamentales del trabajador público.

En tal sentido, la Cámara Nacional del Trabajo, sala VI, en autos caratulados “Silveyra Teresa Delia c/ Administración Federal de Ingresos Públicos AFIP s/ diferencias de salarios”, sentencia del 06/08/2007, analizó el cese de una agente que cumplió durante varios años funciones interinas, fundado en un cambio de estructura. En el voto mayoritario del Tribunal, se expresa que el organismo no había acreditado el nuevo perfil requerido en la nueva estructura, ni las carencias de la actora para ocupar los nuevos cargos, ni había justificado

si existieron en las tareas, o las razones que pudieran justificar la ausencia de llamado a concurso para cubrir las vacantes en cuestión. Consideró que se presentaba un uso abusivo del *ius variandi* y de las facultades de dirección y organización de la demandada (artículos 64 y 65 LCT) y la transgresión al artículo 78 de la ley laboral, pues el desempeño de la actora como interina se extendió en exceso de los plazos fijados por el Laudo 15/91, “sin cumplir con el llamado a concurso establecido en el mismo ordenamiento”. Se hizo lugar al reclamo de la actora en cuanto a que se le respetara la categoría que desempeñaba a su cese y se le reconocieron las remuneraciones adeudadas en consecuencia. En su voto en minoría, el Dr. Fernández Madrid encuadra la situación en la ley antidiscriminatoria (23.592) en disposiciones de orden superior tales como arts. 14 bis, 16 y 75 inc. 22, Constitución Nacional; y Tratados y Pactos internacionales. Por ello, propicia que la resolución que dio por finalizadas las funciones se declare nula, de nulidad absoluta y por consiguiente, se retorne a la actora al cargo del que fue privada (6).

La reforma de la Constitución Nacional de 1957 (7), en el art. 14 bis, logra introducir los llamados derechos de segunda generación (Constitucionalismo Social), como el de la estabilidad absoluta del empleo público o la prohibición de discriminación. Dicho artículo preceptúa el derecho a no ser privado o separado del empleo o cargo, sino por las causas y los procedimientos establecidos en las normas. Se busca proteger al empleado público de la arbitrariedad estatal, de las diferencias político-partidarias que muchas veces han fundamentado las cesantías de aquellas personas que hubiesen sido incorporadas a la Administración por gestiones de diferente bandera política (8). Por otra parte, la reforma constitucional de 1994 amplió el mentado paradigma tuitivo al dar jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, CN). ●

{ NOTAS }

(5) Conforme Ivanega, ob. cit.

(6) Citado por Ivanega en ob. cit.

(7) Reforma de facto cuyo vicio fue purgado por la Re-

forma constitucional de 1994, al ratificarla.

(8) ABALOS, María Gabriela, LLGran Cuyo 2010 (junio), 427.

Cita on line: AR/DOC/3943/2014

↓ PANORAMA MENSUAL
TRIBUNALES SUPERIORES PROVINCIALES

Sumarios de sentencias relevantes

Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Astreintes. Embargo de la remuneración del Jefe de Gobierno.

El rechazo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la decisión que embargó el sueldo del Jefe de Gobierno para efectivizar el pago de las astreintes impuestas al Gobierno local debe ser revocado, pues el juzgador omitió analizar los planteos del apelante para determinar si al momento actual existe incumplimiento deliberado de la orden judicial —tendiente a colocar baños químicos en un parque público— y sostuvo la “firmeza” de la decisión sin considerar la provisoriedad que la caracteriza (del voto de la Dra. Conde).

TS Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Fernández, Graciela M. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) - 06/08/2014

Firmantes: Ana M. Conde. — Luis F. Lozano. — Inés M. Weinberg. — José O. Casás.

Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

Topo de la indemnización laboral. Quiebra

El rechazo del incidente de revisión de crédito laboral en la quiebra del empleador, en el cual se alegó la inconstitucionalidad de la res.1050/96 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación y del laudo 1/75 que imponía un tope indemnizatorio de la indemnización por antigüedad, debe ser revocado, pues el resarcimiento determinado conforme el tope allí establecido constituye una quita superior al 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador, a la que se refiere el primer párrafo del art. 245 de la LCT.

SC Buenos Aires, Castiñeras, Víctor Omar y ot. c/ Frigorífico Mellino S.A. s/ Quiebra-Inc. de pronto pago y verif. tardía - 10/09/2014

Firmantes: Daniel F. Soria. — Héctor Negri. — Luis E. Genoud. — Hilda Kogan. — Eduardo J. Pettigiani. — Eduardo N. de Lazzari.

Destitución del intendente. Irregularidades en una licitación pública

La decisión del Concejo Deliberante de destituir al intendente municipal por encontrarlo responsable de los cargos a él imputados, en relación con la licitación pública para la adquisición de equipamiento hospitalario, debe ser confirmada, pues aquél, ni en el proceso de destitución ni en el proceso judicial justificó las razones por las cuales la licitación se llevó a cabo de la manera irregular —aprobación de pliegos sin firma de la autoridad del área; no exigencia de acreditación de personería o garantías en el acto de apertura de la oferta—, ni probó la falsedad de los hechos.

SC Buenos Aires, Tellechea, Horacio c/ Concejo Deliberante de Necochea s/ conflicto - art. 196, Constitución de la Provincia - 23/09/2014

Firmantes: Héctor Negri (en disidencia). — Luis E. Genoud. — Hilda Kogan. — Eduardo J. Pettigiani. — Eduardo N. De Lazzari.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco

Costas en el incidente de verificación tardía de crédito deducido por la AFIP

La sentencia que en un incidente de verificación tardía de crédito deducido por la AFIP se limitó a considerar tardía la conducta de ésta y le impuso las costas con fundamento en la ley concursal, sin dar respuesta a los argumentos relativos a que la concursada se acogió al plan de facilita-

des de pago otorgado por la ley 26.476, que establece la imposición de las costas al deudor, es arbitraria y debe ser anulada por contener una motivación insuficiente.

ST Chaco, Administración Federal de Ingresos Públicos (D.G.I. - D.G.A.) s/ inc. Verificación tardía de Crédito - 07/07/2014

Firmantes: Alberto M. Modi. — Ramón R. Ávalos.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut

Revocación del sobreseimiento

El sobreseimiento decretado con fundamento en el agotamiento del plazo de la etapa preparatoria debe revocarse, pues desde la fecha en la que se celebró la primera audiencia de apertura de la investigación hasta el momento en que se dictó dicho decisorio no se cumplió el intervalo establecido por el art. 282 del Cód. Procesal Penal del Chubut (del voto del Dr. Pflieger).

ST Chubut, P., J. A. s/ denuncia de falsificación de firma - 08/07/2014

Firmantes: Jorge Pflieger. — Alejandro J. Panizzi. — Daniel A. Rebagliati Russell.

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba

Conflicto de poderes entre el Poder Ejecutivo municipal y el Concejo Deliberante

El conflicto de poderes entablado por un intendente de la Provincia de Córdoba entre el Poder Ejecutivo y el Concejo Deliberante derivado del proceso de destitución que este último inició en su contra debe rechazarse, pues no se vislumbra agravio suficiente para sostener la intervención jurisdiccional, la que, de sustanciarse, sólo entorpecería un proceso en marcha con las elecciones en vista, tramo que habilita, a su vez, el pronunciamiento del cuerpo electoral, que fue quien invistió de autoridad al funcionario cuestionado.

TS Córdoba, Villanueva, Marcelo Gustavo - Intendente Municipal de la ciudad de Cosquín s/ conflicto interno - 03/09/2014

Firmantes: Carlos F. García Allocco. — Domingo J. Sesín. — Luis E. Rubio. — Aída L. Tarditti. — Mercedes Blanc de Arabel. — Humberto Sánchez Gavier. — Ángel A. Gútiez.

Poder de policía. Restringir la franja horaria del funcionamiento de los locales de juegos de azar. Inconstitucionalidad.

El art. 2º de la Ordenanza 262/79 del Concejo Deliberante de la Municipalidad de Río Cuarto, en cuanto pretende restringir la franja horaria del funcionamiento de los locales de juegos de azar cuando el marco normativo provincial otorga plena libertad al respecto, es inconstitucional, pues, tratándose de un conflicto entre dos órdenes de normas que tienen respaldo constitucional en preceptos atributivos de competencias materiales concurrentes, se aplica el principio de la prevalencia de la norma de mayor jerarquía.

TS Córdoba, CET S.A. c/ Municipalidad de Río Cuarto s/ acción declarativa de inconstitucionalidad - 15/08/2014

Firmantes: Carlos F. García Allocco. — Domingo J. Sesín. — Aída L. Tarditti. — Luis E. Rubio. — Armando S. Andruet (H). — Mercedes Blanc de Arabel. — Pilar Suárez Ábalos de López.

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Corrientes

Abandono del hogar conyugal. Presunciones en el Derecho de Familia

La circunstancia de que uno de los cónyuges abandone el hogar conyugal no genera automáticamente la presunción *hominis* relativa a la voluntariedad y el carácter malicioso del alejamiento, pues se trata de casos difíciles donde deben atenderse a las circunstancias particulares, que revelen la intención de quienes están involucrados en el drama, sin que puedan aplicarse reglas generales.

