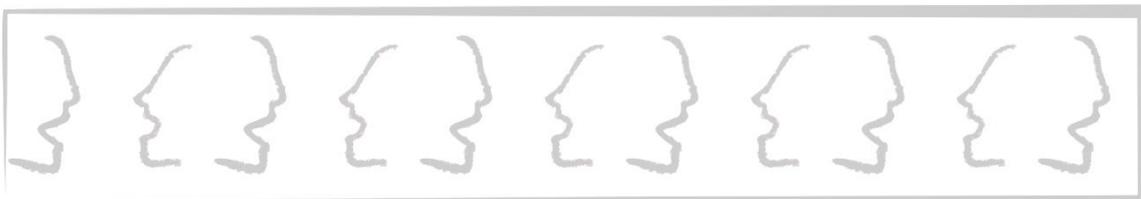


# Derecho y Control: problemáticas específicas

Análisis Jurisprudencial



Derecho y Control:

Problemáticas específicas

Análisis Jurisprudencial

Directores: Hernán G. Bouvier y Federico J. Arena

Editora: M. Florencia Pasquale



Derecho y control 2: problemáticas específicas: análisis jurisprudencial / Hernán Galo Bouvier...[et al.]; dirigido por Hernán Galo Bouvier; Federico José Arena; editado por Florencia Pasquale. - 1a ed. adaptada. - Mendiolaza: Hernán Galo Bouvier, 2018.

Libro digital, PDF - (Derecho y control / Bouvier, Hernán G.; Arena, Federico José; 1)

Archivo Digital: descarga y online  
ISBN 978-987-42-9841-6

1. Derecho. 2. Jurisprudencia. I. Bouvier, Hernán Galo II. Bouvier, Hernán Galo, dir. III. Arena, Federico José, dir. IV. Pasquale, Florencia, ed.

CDD 348.04



Los comentarios jurisprudenciales aquí reunidos son fruto del trabajo colectivo en el Proyecto “Derecho y Control. Problemáticas específicas” bajo la dirección de Hernán G. Bouvier y Federico Arena, radicado en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS). El proyecto contó con subsidio de la Secretaría de Ciencia y Técnica (SECYT, UNC, Proyecto “A” 30720150101173CB) y se encuentra incluido en el Programa “Autonomía, control y derechos fundamentales”. Se reúnen en el presente una serie de análisis jurisprudenciales que constituyen una parte de las investigaciones realizadas en el marco del Proyecto.



## Índice

<b>Dos oportunidades perdidas. La Corte sobre precedentes y generalizaciones en el caso Schiffrin.</b> Federico J. Arena. ....	p. 2
<b>Sindicalización de la policía.</b> Hernán G. Bouvier.....	p.20
<b>Uso de agravantes subjetivos en la determinación de la pena: Análisis de un caso de arbitrariedad.</b> Daniela M. Domeniconi.....	p.34
<b>Nota al fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sobre el agravante femicidio.</b> Samanta Funes.....	p.45
<b>Compensación económica: recorrido jurisprudencial.</b> Romina Lerussi y Romina D. Scocozza.....	p.61
<b>Prisión perpetua: ¿cambio de paradigma en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba?</b> M. Valentina Risso.....	p.77
<b>Derecho penal y crisis habitacional en Córdoba: análisis de casos en la jurisprudencia local.</b> Magalí Vereda, Sofía Pezzano y M. Florencia Pasquale.....	p.89



## Dos oportunidades perdidas

### La Corte sobre precedentes y generalizaciones en el caso Schiffrin

Federico J. Arena\*

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia del 28 de marzo de 2017, “Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos CSJN 159/2012 (48-S).

**Sumario:** Resumen 1. Introducción 2. El fallo de la Corte. Brevemente. 3. ¿Cuál teoría del precedente? 4. Generalizaciones y discriminación. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía y jurisprudencia.

**Resumen:** En estas breves notas se intenta mostrar que, aun cuando las conclusiones del fallo Schiffrin me parezcan correctas, la Corte podría haber aprovechado la ocasión para precisar su teoría del precedente y para completar sus premisas acerca del uso de la edad como categoría para distinguir grupos de personas. Creo que respecto de ambos temas la Corte perdió la oportunidad de ofrecer estructuras argumentativas que, a largo plazo, otorgan mayor estabilidad a su jurisprudencia. El trabajo comienza resumiendo brevemente el fallo de la Corte, deteniéndose sólo en las cuestiones aquí relevantes, y luego aborda las referencias allí realizadas sobre los precedentes y sobre las generalizaciones referidas a grupos sociales.

#### 1. Introducción

La reglamentación del procedimiento para el retiro de jueces federales que hayan cumplido los 75 años de edad, llevada a cabo por el Consejo de la Magistratura de la Nación a fines del 2017 (CMPJN, Res. 521, 21/12/2017), constituye una buena ocasión para volver sobre la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Schiffrin”. En esa decisión, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma expresada por el

---

\* Investigador Adjunto CIJS – Conicet y U.N.C. Profesor Adjunto de Filosofía y Lógica Jurídica, Universidad Blas Pascal, Córdoba, Argentina. fjarena@conicet.gov.ar



artículo 99 inciso 4to de la Constitución Nacional. Ese artículo impone, a los jueces federales que hayan cumplido los 75 años, la exigencia de renovar su nombramiento o, en alternativa, de retirarse (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S)). La cuestión, como es conocido, es espinosa ya que en los últimos años la discusión sobre la duración de los mandatos de los jueces estuvo teñida de controversias y pujas políticas, que alteraron incluso la relación entre los distintos poderes. Así, por un lado, las tensiones generadas por la duración del mandato del Juez Fayt, (quien se mantuvo en su cargo incluso 20 años después de haber cumplido los 75 años) y por el reemplazo del juez Zaffaroni (que renunció a su cargo a los 75 años sin siquiera solicitar el nuevo acuerdo del Senado), se mezclaron con la tensión entre la inevitable necesidad de una renovación del fuero federal y la protección de la independencia judicial.

En este marco, la Corte debía expedirse sobre el pedido del Juez Schiffrin para que se declare inconstitucional la reforma de 1994 en lo que se refiere al artículo 75 de la Constitución de 1953. Ello en cuanto, a entender del juez solicitante, los convencionales constituyentes habrían excedido su competencia, tal como ésta había sido fijada por la Ley del Congreso que declaró la necesidad de la reforma. En particular, según el argumento, la ley de necesidad de la reforma no incluía el artículo 96 de la Constitución del 53, donde se establecía la inamovilidad de los jueces y por lo tanto, concluye el argumento, la reforma no podía afectar la duración de sus mandatos, aun cuando ello fuera incluido en un artículo cuya reforma estaba autorizada. Este argumento, además, coincidía con el que la misma Corte había sostenido en el fallo “Fayt” de los años 90 (CSJN, Fayt, 19/08/1999, Fallos 322:1616). Más allá de la discusión acerca de si efectivamente los convencionales respetaron la ley de necesidad de la reforma o si se excedieron, el caso involucraba dos cuestiones relevantes que la Corte percibió como tales pero que, a mi juicio, no le dio el tratamiento que merecían. Dejando así pasar la oportunidad de pronunciarse, ya con una conformación estable de cinco miembros, con profundidad acerca de ellas. Las dos cuestiones son, por un lado, la concepción del precedente y, por otro lado, la justificación de normas basadas en generalizaciones sobre grupos sociales.

La primera surge en razón de que la Corte se había pronunciado con anterioridad, en el fallo “Fayt” (Fallos: 322:1616), sobre la constitucionalidad de ese mismo artículo y, por lo tanto, al decidir este caso de manera diferente, debía no sólo argumentar a favor del contenido de la nueva decisión, sino también ofrecer razones acerca de cómo encajar la



decisión actual con lo que, a primera vista, parecía una decisión pasada en sentido contrario. Como veremos, la práctica misma del precedente obliga a distinguir entre la corrección de una decisión pasada y razones para apartarse de ella o seguirla. Esto nos ubica, tal como la misma Corte lo advierte, en el ámbito de la teoría de los precedentes. La segunda cuestión surge porque la Corte, una vez revocado el precedente Fayt y señalada la constitucionalidad de la reforma, se pregunta también por la racionalidad o legitimidad de la exigencia impuesta por la norma a los jueces que cumplan 75 años. Se trata, de una norma apoyada en la generalización según la cual los jueces que superen esa edad tienden a estar en peores condiciones para ejercer sus funciones. Es decir, se trata de una generalización acerca de un grupo de personas y, por lo tanto, exige determinar si es una generalización legítima a la luz del principio de igualdad y/o de no discriminación.

Desde mi punto de vista, respecto de ambas cuestiones la Corte ha sido demasiado reticente en sus palabras y se ha limitado a afirmar dogmáticamente algunas nociones o ideas sin ofrecer mayores argumentos, por lo que en realidad no resulta posible conjeturar cuál será su línea de decisiones hacia el futuro. Algo que, en virtud del cambio de precedente, habría sido oportuno fijar. Comenzaré entonces por resumir brevemente el fallo de la Corte, deteniéndome sólo en las cuestiones que interesan para este trabajo, y luego me referiré a lo que de ello puede extraerse sobre los precedentes y sobre las generalizaciones referidas a grupos sociales.

## **2. El fallo de la Corte. Brevemente**

La reforma constitucional de 1994 fue dispuesta por Ley N° 24.309, en la que el Congreso de la Nación declaró la necesidad de la reforma (de ahora en más me referiré a ella simplemente como “Ley de reforma”). En esa ley se establecía, entre otras cosas, que la convención podía reformar los artículos referidos a las facultades del Congreso de la Nación y del Poder Ejecutivo. Respecto de este último, las facultades se encontraban establecidas en el artículo 86 del texto constitucional de 1853. En ese artículo, en el quinto párrafo, se establecía que el Presidente designa a los jueces de la Corte y al resto de los jueces federales mediante acuerdo con el Senado. El artículo nada decía sobre la duración de los jueces en sus funciones. En este sentido, la Ley de reforma nada señalaba respecto del artículo 96 de la Constitución del 53, en el que se fijaba la inamovilidad de los jueces



mientras dure su buena conducta<sup>1</sup>. A pesar de ello, los reformadores de 1994 establecieron en el tercer párrafo del inciso 4to del ahora artículo 99 (ex 86) que: *“Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”*. Es decir, la modificación introducida por la Asamblea implicó imponer un plazo, los 75 años de edad, a partir del cual los magistrados debían optar, o bien por jubilarse, o bien por solicitar un nuevo acuerdo del Senado. En cambio, antes de la reforma tal plazo no existía, siendo el cargo vitalicio. En el fallo *Fayt* la Corte sostuvo que la Asamblea reformadora había excedido los límites de la Ley de reforma, precisamente porque el artículo 96 no se encontraba dentro de los que podían ser modificados. Tal como la propia Corte lo reconstruye: *“En esa oportunidad, la mayoría declaró la nulidad de la reforma introducida por la Convención Constituyente de 1994 al artículo 86, inciso 5°, del texto constitucional de 1853, mediante la cual se estableció una limitación para la permanencia en el cargo - entre otros- de los magistrados de la Corte Suprema una vez cumplida la edad de setenta y cinco años (artículo 99, inciso 4°, del texto vigente de la Constitución Nacional). El Tribunal fundó su decisión en el entendimiento de que la Convención Constituyente había excedido el ámbito de actuación habilitado por el Congreso de la Nación al dictar la ley que declaró la necesidad de reforma de la Constitución Nacional (ley 24.309). En particular, consideró que la fijación del límite de edad para la duración del cargo de juez había importado una alteración del antiguo artículo 96 de la Constitución Nacional (actual artículo 110), que consagraba la garantía de inamovilidad de los magistrados en sus cargos.”*

Frente a estas consideraciones, el argumento central de la Corte en el fallo *Schiffirin* tiene la siguiente estructura (como adelanté, aquí no me interesa tanto discutir el argumento de la Corte acerca de la constitucionalidad o no de la reforma, sino que me interesa el modo en que la Corte justifica la revocación del precedente *Fayt*. Por ello, me limitaré a resumir

---

<sup>1</sup> “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta”. Este artículo 96 se encontraba en el capítulo primero de la sección dedicada al Poder Judicial. El título del capítulo era “De su naturaleza y duración”. A pesar de este título, la interpretación del artículo 96 era como estableciendo el principio de inamovilidad. No obstante, en su voto disidente, Rosenkrantz desacuerda.



brevemente el argumento sustancial, para luego concentrarme en la cuestión que nos atañe):

(a) La Asamblea constituyente reformadora, en cuanto poder Constituyente derivado, tiene límites fijados por la Ley de necesidad de la reforma. Por lo tanto, la Corte tiene facultades para analizar la concordancia entre la ley de reforma y lo realizado por la convención constituyente. En este sentido, la reforma constitucional tiene que ser analizada según dos criterios: (i) respeta los límites de la ley de necesidad de la reforma y (ii) respeta los principios fundamentales del estado de derecho (forma republicana y derechos humanos<sup>2</sup>).

(b) Respecto de los límites de la reforma, la interpretación no puede ser estricta, sino que ha de ser amplia, favorable a la reforma. De lo contrario, la reforma quedaría en manos del Congreso y no de la Asamblea. En términos de la Corte, basta con determinar que “no constituye una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente” (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S), p. 23). En el caso particular, la ley de necesidad confería a la Asamblea la facultad o mandato para reformar lo relativo a las atribuciones del Poder Ejecutivo, entre ellas la designación de magistrados.

(c) La Constitución consagra la inamovilidad de los magistrados, pero ello no implica que el cargo sea vitalicio. La inamovilidad puede garantizarse de diferentes formas y el artículo 96 de la Constitución del 53 no especificaba cuál de ellas prefiriere. La reforma Constitucional es compatible con la inamovilidad de los jueces, ya que esta última no es incompatible con la duración limitada del cargo.

(d) Una interpretación restrictiva de las facultades de la Asamblea reformadora llevaría a cuestionar otros contenidos de la Reforma de 1994, que ya pasaron a formar parte del bagaje constitucional del sistema jurídico argentino (La Corte cita numerosos ejemplos, entre ellos, la incorporación de la acción de hábeas data junto al hábeas corpus y la acción de amparo, el reconocimiento a los pueblos indígenas argentinos de la personería jurídica y de la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras, etc.)

---

<sup>2</sup> Ambos constituyen lo que en derecho constitucional suele designarse como contenido “pétreo” de la constitución. Véase (Bidart Campos, 1997).



(e) El límite de 75 años, al ser un límite previsible y objetivo, trata de modo igualitario a una categoría de individuos, sin sospecha de discriminación.

(f) Dado que la reforma no es ostensiblemente incompatible con la ley que la habilita y dado que no infringe el contenido pético de la constitución, debe ser respetada y, por lo tanto, el precedente Fayt debe ser revocado.

Veamos entonces los argumentos que propone la Corte para apoyar la revocación del precedente.

### 3. ¿Cuál teoría del precedente?

Vale la pena una aclaración inicial. No se trata aquí de determinar si la Corte respeta o no la regla del *stare decisis*, o si los precedentes de la Corte son obligatorios para ella misma. Ninguna respuesta a estas preguntas puede tener sentido acabado sin antes proponer una teoría del precedente, sobre todo, porque en la que es considerada la cuna misma de la práctica del precedente, i.e. el *common law*, no existe una teoría única. El punto entonces es intentar determinar cuál es la teoría del precedente propia de la Corte.

Si bien la Corte tiene una larga historia de usos y de referencias a sus propias decisiones pasadas<sup>3</sup>, no ha ofrecido expresamente a lo largo de esa jurisprudencia una teoría del precedente. Por teoría del precedente entiendo un conjunto de tesis conceptuales y normativas acerca de por qué y bajo qué condiciones está justificado seguir una decisión tomada en el pasado. Cuyo reverso son otras tesis acerca de bajo qué condiciones y por qué está justificado modificar o apartarse de una decisión pasada. Si bien aquí me interesaré en lo que suele conocerse como precedente horizontal, es decir, el seguimiento por parte de un tribunal de sus propias decisiones (o de decisiones de tribunales de igual jerarquía) y no entraré en la discusión del precedente vertical, i.e., de la obligatoriedad o no de las sentencias de la Corte para tribunales inferiores<sup>4</sup>, una teoría del precedente bien puede tener alcance general.

---

<sup>3</sup> Véase al respecto del detallado trabajo de (Garay, 1997).

<sup>4</sup> Véase, entre muchos otros (Iturralde, 2013). El seguimiento por parte de un tribunal de sus propias decisiones también es denominado “autoprecedente”.



Una teoría de este tipo ofrece estabilidad a la jurisprudencia de la Corte, no tanto porque mantenga una decisión de fondo determinada, sino porque ofrece un conjunto de elementos acerca de cuándo está permitido un apartamiento del precedente. Además, ello abre también la posibilidad de estimar cuándo es posible que la Corte efectivamente se aparte de un precedente.

El fallo Schiffrin era una buena oportunidad para formular expresamente una teoría de ese tipo. Tratándose de una decisión en la que la Corte misma señala que se aparta de un precedente, bien podría haber servido para diseñar los contornos de los criterios para tomar una decisión de ese tipo y así precisar su teoría. El problema es que la Corte en varios puntos parece anunciar que lo hará, pero luego se limita a formulaciones genéricas.

Para mostrar que la oportunidad fue desperdiciada comenzaré por resumir brevemente algunas teorías bien conocidas de los precedentes. Luego me referiré a las tesis de la Corte sobre la justificación y uso de precedentes e intentaré mostrar algunas inconsistencias y genericidades de su teoría putativa. Mi conclusión es que la posición de la Corte es pendular entre dos teorías de los precedentes lo que hace sospechar que considera como condición suficiente para apartarse de una decisión pasada que esa decisión sea equivocada, y esto es precisamente la negación del precedente.

Suelen distinguirse tres teorías (o modelos) del precedente. La teoría “natural”, la teoría de las reglas y la teoría de los resultados<sup>5</sup>. Las tres teorías se distinguen según qué respuesta den sobre el alcance y la justificación de los precedentes. El alcance de un precedente determina cuándo una decisión actual está alcanzada por la influencia de una decisión pasada y bajo qué condiciones se produce una distinción o una revocación. La justificación del precedente se refiere a las razones que hay para decidir según un precedente. Aquí me concentraré en la dimensión del alcance. La teoría “natural” considera a la decisión pasada sólo como uno más de los tantos hechos que debe considerarse para resolver el caso actual. La teoría de las reglas, en cambio, sostiene que al resolver un caso el tribunal expresa una regla, fijando antecedente y consecuente (e.g. “Si X, Y y Z entonces se debe resolver a favor de A2”). La teoría de los resultados, algo más compleja de presentar en pocas palabras, sostiene que aun cuando la suma de hechos actuales justifique una decisión

---

<sup>5</sup> En lo que sigue me apoyo, para la reconstrucción de estas teorías, (Alexander, 2015), (Raz, 1985 2da ed. [1975]) y (Schauer, 1987).



diferente a la tomada en el pasado, si los hechos adicionales del caso actual apoyan la misma decisión pasada, entonces hay que aplicar el precedente. Esquemáticamente: (a) en el pasado se decidió a favor de A cuando se dieron los H1, H2 y H3, (b) actualmente, se dan los hechos H1, H2, H3 y H4 que, en conjunto, apoyan una decisión a favor de B, (c) sin embargo, H4 aisladamente apoya una decisión a favor de A, (d) Dado el precedente y dado H4, la decisión actual debe ser a favor de B<sup>6</sup>.

De las tres teorías sólo las dos últimas permiten dar cuenta de la idea según la cual una decisión pasada es tratada como precedente cuando en el momento actual se la vuelve a tomar aun cuando se la considere incorrecta. En palabras de Alexander: “un determinado tribunal, de no haber precedente, resolvería el caso A vs. B a favor de A; sin embargo, como sí existe precedente, el tribunal debe resolver el caso a favor de B” (Alexander 2015, 160)<sup>7</sup>. Ambas teorías del precedente permiten, a su vez, diferenciar entre la distinción y la revocación de un precedente. Desde el punto de vista de la teoría de las reglas, la decisión actual introduce una distinción, sin revocar el precedente, cuando la regla modificada permite justificar las decisiones pasadas, de lo contrario, se trata de una revocación. En otras palabras, se trata de una distinción, y no de una revocación, si se dan dos condiciones: (a) se agrega una propiedad relevante a las identificadas por las decisiones pasadas; (b) la regla modificada justifica también todas las decisiones tomadas en casos pasados<sup>8</sup>. La teoría de los resultados, en cambio, afirma que una distinción se produce cuando un nuevo hecho, ausente en el caso pasado, justifica una decisión diferente. Esquemáticamente: (a) en el pasado se decidió a favor de A cuando se dieron los H1, H2 y H3, (b) actualmente, se considera que H1, H2, H3, también presentes, apoyan en cambio una decisión a favor de B, (c) además, está presente H4 que también apoya una decisión a favor de B, (d) si se decide finalmente a favor de B se ha introducido una distinción, i.e. H1, H2 y H3, entonces a favor de A, salvo que se dé también H4, entonces a favor de B.

A partir de esta breve y esquemática presentación de las teorías de los precedentes, veamos entonces cuáles son los indicios que la Corte ofrece sobre su propia teoría en el fallo

---

<sup>6</sup> Los defensores del modelo de resultados son, entre otros, Ronald Dworkin y Grant Lamond.

<sup>7</sup> El modelo natural no permite dar cuenta de esta exigencia precisamente porque la decisión pasada es considerada sólo uno, entre otros, hechos que determinan cuál es la decisión correcta en el momento actual.

<sup>8</sup> Ésta es la propuesta de Raz en (Raz, 1985 2da ed. [1975], 231-238). Si bien Alexander, también defensor de la teoría de las reglas, piensa de manera diferente. Véase (Alexander, 2015, 163-165).



Schiffrin. Acerca de la justificación, la Corte afirma que la existencia de un precedente “por razones de seguridad jurídica, impone la carga argumentativa de explicar por qué habría que modificarlo”. Es decir, la certeza acerca de las decisiones de la Corte, órgano jurisdiccional de última instancia puesto que sus decisiones son definitivas dentro del sistema jurídico argentino, exige adecuarse al precedente. Recuérdese que seguir un precedente implica ajustarse a él incluso si se considera equivocado. Ahora bien, seguir un precedente no implica respeto ciego, existe la posibilidad de formular una distinción o de revocarlo. La distinción y la revocación no atentan contra la práctica del precedente siempre que se fijen con precisión las condiciones para su procedencia y, sobre todo la segunda, sea excepcional. En su sentencia, la Corte afirma expresamente que el precedente Fayt debe ser revocado. Sin embargo, gran parte de sus afirmaciones parecen dirigidas, en cambio, a distinguir la situación del caso Schiffrin de aquella en la que se produjo el fallo Fayt. Es decir, mientras gran parte de sus afirmaciones hace sospechar que optará por la vía de la distinción, la Corte opta, en cambio, por la vía de la revocación.

Veamos algunos detalles. La Corte comienza señalando otros ejemplos de cambios de precedente: “en los últimos diez años esta Corte modificó numerosos precedentes, en materia previsional, laboral, ambiental, derechos fundamentales, lesa humanidad, penal, y otros, invocando una razón fundada que fue la plena aplicación de la reforma constitucional del año 1994. Es decir que en esos casos hubo una justificación basada en el cambio sustancial en el ordenamiento constitucional o en razones de excepción” y agrega “que el cambio del precedente "Fayt" (Fallos: 322:1616) puede ser subsumido en esta categoría.” [...] “La carga argumentativa de modificarlo corresponde a quien pretende apartarse del precedente, debiendo ser excepcional y fundada.”. Igualmente sostuvo, siguiendo lo dicho en otros fallos, que “es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos; ... más con parejo énfasis cabe igualmente aceptar que esa regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida...”. debiendo existir ‘causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio’” (Fallos: 248:115; 329:759; 337:47).

Ahora bien, por un lado, una modificación de una línea de decisiones en virtud de un cambio normativo, i.e., un cambio en la Constitución, no constituye estrictamente una



revocación. Pues cambiadas las premisas normativas, la decisión ha de ser inevitablemente diferente si es que la Corte se concibe a sí misma, ante todo, como guardiana de la Constitución y no de sus propias decisiones. De todos modos, el cambio en el texto Constitucional no puede ser alegado a favor de revocar el precedente Fayt, puesto que desde 1994 no ha habido cambios en el texto de la Constitución. Así, la categoría en la que, según la Corte, podría ser subsumido ha de ser “razones de excepción” o “causas suficientemente graves”.

La Corte afirma entonces que un precedente impone la obligación de seguirlo salvo que “exista una situación de excepción que exija una argumentación suficiente”. Es decir, parecería que sólo es posible revocar en situaciones de excepción. Dicho en términos de teoría del precedente, la decisión pasada debe ser mantenida en el caso actual, incluso si es equivocada, salvo que exista una situación de excepción que autorice la revocación. Esta referencia a la excepcionalidad parece alejar a la Corte de la teoría natural del precedente. No obstante, no resulta sencillo precisar qué entiende por “situación de excepción”. Hay dos circunstancias que, a partir de ciertas afirmaciones de la Corte, parecerían configurar la situación de excepción. Por un lado, el hecho que el juez Fayt ya no se encuentre en funciones y, por lo tanto, que no sea posible sospechar que la reforma estaba dirigida a afectar la situación de un juez en particular. Por otro lado, el hecho que, de seguirse con la línea jurisprudencial iniciada, a juicio de la Corte, con el fallo Fayt, deberían declararse inconstitucionales otras partes de la reforma que ya forman parte del bagaje constitucional de la cultura jurídica argentina. Como intentaré mostrar, basar el argumento de la revocación en ambas circunstancias lo vuelve inconsistente.

Efectivamente, la Corte afirma que “en primer lugar, [el caso Fayt es] el único caso en que la Reforma Constitucional no ha sido aplicada, y atendió a una situación transitoria, ya que estaba bajo análisis la posible afectación que podría acarrear la aplicación inmediata o sometida a plazo, de esta norma sobre la estabilidad de un magistrado en ejercicio con anterioridad a dicho cambio. En segundo lugar, ha transcurrido un tiempo suficiente, más de veintidós años, que disipa todo temor respecto de que su aplicación pudiera afectar la situación de independencia de los jueces, y por esa razón corresponde examinar en



profundidad los argumentos, sin que pueda afirmarse que la norma fue diseñada para la afectación específica de la estabilidad de un magistrado.”<sup>9</sup>

La Corte hace referencia aquí al conocido caso del Juez Fayt, quien se encontraba en funciones antes de la reforma y respecto de quien podrían presentarse sospechas de diseño, pues en 1994 contaba ya con 76 años. En cambio, al momento de decidir el Caso Schiffrin, el Juez Fayt había ya renunciado a su cargo y, unos meses antes, fallecido. No obstante, cabe señalar que varios jueces afectados por la reforma obtuvieron fallos favorables en distintas instancias judiciales, no recurridos por el Ejecutivo, que les permitió continuar en sus funciones (como la misma ministra de la Corte, Elena Highton de Nolasco -quien se excusó de participar en el fallo que analizamos).

En definitiva, más allá de los detalles, se trata claramente de circunstancias que hacen a los hechos del caso actual diferentes a los hechos del caso pasado, i.e., no es posible considerar la sospecha que la reforma de 1994 haya sido diseñada para provocar la salida del juez Schiffrin 20 años más tarde.

Lo extraño de estas afirmaciones de la Corte es que la decisión tomada en el caso Fayt nada tuvo que ver con la posible sospecha de afectación del cargo de un magistrado. Esas consideraciones no aparecen en ningún lugar de la sentencia. El precedente Fayt no resolvió sobre el fondo de la cuestión particular del juez Fayt, sino que se pronunció en abstracto acerca de la constitucionalidad de la reforma misma. La conclusión de ese fallo habría sido la misma incluso si Fayt hubiese tenido 60 años en ese momento<sup>10</sup>. Es más, si en ese caso la Corte hubiese considerado como relevante la situación del juez Fayt, le habría

---

<sup>9</sup> Y, más abajo, reitera que la decisión pasada “atendió a una situación transitoria, ya que estaba bajo análisis la posible afectación que podría acarrear la aplicación inmediata o sometida a plazo de esta norma sobre la inamovilidad de un magistrado en ejercicio con anterioridad a dicho cambio. Esta relación no subsiste en el momento presente, y es preciso iluminar las reglas estables que pueden perdurar en el tiempo para el funcionamiento del sistema.”

<sup>10</sup> Efectivamente, en el caso Fayt la Corte señaló, luego de concluir que la asamblea había excedido los límites fijado por la ley de necesidad de la reforma, “que esta sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza substancial que conciernen a la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada –juicio que no está en las atribuciones propias del Poder Judicial-, sino en la comprobación de que aquella es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la Convención reformadora”. Ciertamente, a pesar del intento de la Corte por evitar el análisis sustancial, sostener que la reforma excedió la autorización del Congreso exige interpretar tanto la cláusula del párrafo 4 del art. 99 de la Constitución reformada como el art. 96 de las Constitución del 53. Pues sólo de ese modo es posible sostener que la exigencia de un nuevo acuerdo afecta la “inamovilidad vitalicia” de los jueces federales consagrada por el artículo 96 de la Constitución del 53. De todos modos, esta incursión inevitable en la sustancia de la reforma tampoco se refiere al caso del juez Fayt.



alcanzado con el argumento literal esbozado por el Juez Bossert en su disidencia parcial: el artículo 99 está redactado en términos futuros, por lo que se aplica sólo a jueces que cumplan 75 años luego de la entrada en vigencia de la reforma (i.e., 5 años después según las cláusulas transitorias). Dado que en 1994 Fayt tenía 76 y, por lo tanto, tendría 81 al momento de la entrada en vigor de la cláusula, la reforma no se aplica a su caso.

Trasladado esto a una teoría del precedente, parecería que la Corte opta por una teoría de los resultados. No puede atribuirse una teoría de las reglas pues la propiedad “posibilidad de afectar un juez en particular” no fue en ningún momento mencionada por la Corte pasada como un elemento del antecedente de una supuesta regla. Ahora bien, atribuir esta teoría a la Corte nos enfrenta a la dificultad siguiente: bajo esta reconstrucción, habría bastado recurrir a una distinción y no a una revocación. Es decir, la Corte señala que en el caso pasado fueron relevantes los hechos H1, H2, H3 y H4, y que el caso actual es *diferente* al caso pasado puesto que, si bien están presentes H1, H2 y H3, no está presente H4. Aun cuando no haya sido expresamente mencionado por la Corte en el caso pasado, es plausible estimar que H4 determinó también el resultado en ese caso. Dado que H4 no está presente en el caso actual, la decisión ha de ser diferente. Es decir, el caso actual es *distinto* al caso pasado.

Más abajo, sin embargo, la Corte se refiere a una segunda circunstancia que, estimo, podría ser la considerada como la “situación excepcional” que permite la revocación. Ya no se trata de la situación del juez Fayt, sino de tres consecuencias que se seguirían de mantener la decisión tomada en Fayt. Así, la Corte señala que “el estándar utilizado en el precedente “Fayt” presenta consecuencias que, de generalizarse, demuestran claramente su improcedencia. En primer lugar, si se llevara al extremo, permitiría que el Congreso de la Nación dictara una ley de necesidad de Reforma Constitucional, estableciendo el contenido de modo preciso, y la Convención solo tendría la facultad de aceptarlo o no. [...O]tra consecuencia se relaciona con el resto de las reformas introducidas por la Convención Constituyente del año 1994. [...que] también se pondrían en tela de juicio y convertirían en cuestionables. [...Finalmente e]xistieron numerosas asambleas reformadoras antes de la del año 1994, sin que existieran pronunciamientos descalificadores de esta Corte Suprema. Luego de la mencionada reforma, la Corte aplicó todas sus cláusulas, siendo absolutamente deferente respecto de las decisiones del poder constituyente. El único caso distinto fue el del precedente “Fayt”, lo cual muestra claramente que no se inserta en la



tradición jurídica de este Tribunal” (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S), pp. 9-14).

Este modo de entender la revocación parece ahora acercar la posición de la Corte a la teoría de las reglas. La Corte parece sostener aquí que la regla fijada en el caso pasado, para considerar legítima una reforma constitucional, es demasiado exigente (o estricta) y, por lo tanto, ha de ser modificada. En este sentido, sostiene que “resulta necesario abandonar la doctrina del caso ‘Fayt’, y adoptar un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo expresada por la Convención Reformadora con las disposiciones que aprobare, pero que, a su vez, preserve en cabeza del Departamento Judicial la atribución para revisar dichas cláusulas y, como *ultima ratio* de la más marcada rigurosidad, descalificarlas. Ello será únicamente así, en caso de apartamiento de las competencias reconocidas por el Congreso de la Nación en ejercicio de su facultad pre-constituyente; o del sistema republicano como base del estatuto de poder constitucional o en caso que se avasallen derechos humanos fundamentales” (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S), p. 15 y 16). La modificación que la Corte propone de esa regla, para hacer más amplias (o favorables a la reforma) las condiciones de legitimidad, implica ciertamente revocar el precedente. Ello en cuanto la nueva regla, más amplia, no justifica la decisión tomada en Fayt, tal como exige la teoría de las reglas para considerar un cambio como un mero *distinguishing*. Además, una teoría de las reglas es la que mejor se adecua a la justificación de la práctica del precedente ofrecida por la Corte. En efecto, la Corte expresamente asocia el respeto del precedente con la idea de seguridad jurídica. Recordemos sus palabras: “es deseable y conveniente que los pronunciamientos de esta Corte sean debidamente considerados y consecuentemente seguidos en los casos ulteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica que resulta de dar una guía clara para la conducta de los individuos” (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S), p. 7).

En definitiva, y al menos en la decisión del caso Schiffrin, la Corte ha ofrecido indicios inconsistentes acerca de cuál es su teoría del precedente. No se trata de una cuestión de interés meramente teórico o académico. Por un lado, porque sólo sobre la base de una teoría sólida y consistente la Corte puede reclamar su derecho a hablar en términos de precedentes y respeto por decisiones pasadas. Por otro lado, porque conocer con precisión su teoría del precedente, a diferencia de la referencia a “situaciones excepcionales”, permite, bajo



ciertas condiciones, predecir cuándo la Corte modificará (distinguiendo o revocando) decisiones pasadas, asegurando así la certeza jurídica señalada por el mismo tribunal.

#### 4. Generalizaciones y discriminación

Por último, y aún más brevemente, quisiera referirme a lo que considero una segunda oportunidad perdida, a saber, la falta de profundidad de las consideraciones que la Corte realiza sobre la legitimidad del límite de edad impuesto por la Constitución a la función de los jueces de la Nación.

Respecto de este punto la Corte afirma que: “no cabe sino concluir que el límite de edad de 75 años introducido en la Reforma Constitucional del año 1994 no ha afectado la sustancia de la garantía de inamovilidad ni, por ende, el principio arquitectónico de independencia judicial. En efecto, se trata de una regulación admisible y legítima, que no coloca a los jueces en una situación de dependencia y precariedad, sino que simplemente establece un límite previsible y objetivo a la duración del cargo. Es una definición que el legislador constitucional adopta de modo general, a *priori*, aplicable a una clase de sujetos de modo igualitario, por lo que no es posible establecer sospecha alguna de discriminación ni de afectación del ejercicio independiente de la función” (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S), p. 25). Agrega además que “el límite de edad, a su vez, es una materia opinable. Puede argumentarse que una persona puede tener aptitud para ejercer la función judicial con 75 años o aún con más; así como también debe advertirse que hay constituciones que fijaran el límite en sesenta años, porque se elaboraron en épocas en que la expectativa de vida era sensiblemente menor que ahora. Es probable que, con la evolución de la medicina y de la propia conducta de los ciudadanos, la posibilidad de ejercer el cargo con idoneidad se extienda aún más. Sin embargo, no compete a esta Corte indicar la conveniencia o inconveniencia del sistema elegido por el constituyente, sino simplemente verificar que se haya respetado la esencia de los principios republicanos de organización del poder sobre los cuales se asienta nuestro sistema constitucional” (CSJN, Schiffrin, 28/03/2017, Fallos 159/2012 (48-S), p. 27).

Más allá de la corrección o no de la conclusión de la Corte, creo que las premisas ofrecidas son insuficientes, sobre todo para afirmar la inexistencia de discriminación. Es cierto, el punto más relevante aquí era la afectación de la independencia judicial y es precisamente



respecto de ella que la Corte se pronuncia con más precisión. Sin embargo, la Corte también se refiere a la inexistencia de discriminación, pero no se extiende sobre la cuestión. Sólo dos breves comentarios sobre este punto. Primero, que el rasgo o propiedad, i.e. los 75 años de edad, usado por el constituyente para indicar la categoría de personas alcanzadas por el artículo 99 haga referencia a una “clase de sujetos de modo igualitario” no permite, sin más, afirmar que no hay discriminación. El punto relevante, en cambio, es si el rasgo o propiedad utilizado es o no productor de discriminación. En este sentido, la Corte posee una larga jurisprudencia sobre la noción de “categoría sospechosa”<sup>11</sup>, i.e., rasgos o propiedades que, si utilizados para clasificar personas, levantan la sospecha de discriminación y exigen, por lo tanto, un examen más estricto. No es mi intención llevar adelante aquí un análisis crítico de esa jurisprudencia ni negar la relevancia del bagaje teórico-normativo construido por la Corte. Simplemente me interesa señalar algunos pasos que habría sido posible dar en este caso para avanzar en la construcción de una estructura argumentativa respecto de esta cuestión.

La edad es precisamente uno de esos rasgos, por lo tanto, no alcanza con advertir que todos los jueces que cumplieron los 75 años son tratados del mismo modo para concluir que el trato no es discriminatorio. Es necesario, además, analizar si la distinción entre jueces de 75 o más años y jueces de menos de 75 años lo es. La Corte parece sostener que el uso de la edad no es discriminatorio si está apoyado en algún tipo de generalización. Por ejemplo, que a partir de los 75 años se reducen las aptitudes para ejercer como juez de la Nación. De todos modos, si bien se trata aquí del análisis de una cláusula constitucional y no de una ley, creo que la Corte podría haber aprovechado la oportunidad para avanzar algunos pasos en este sentido y anticipar criterios para casos futuros en los que esté en juego la legitimidad de una norma de jerarquía inferior a la Constitución. Es decir, podría haber propuesto una estructura argumentativa susceptible de ser usada en casos futuros.

Una estructura de este tipo podría incluir las siguientes consideraciones, acerca de normas que incluyen categorías sospechosas apoyadas en generalizaciones. Para comenzar, vale la pena distinguir, siguiendo a Schauer, tres niveles en la estructura de las normas generales: el nivel del valor o meta, el nivel de la generalización y el nivel de la norma

---

<sup>11</sup> Un análisis preciso de esa jurisprudencia puede verse en (Saba, 2009).



propiamente dicha (Schauer, 2004, 86). Por ejemplo, en el caso de la norma constitucional estos tres niveles estarían representados del siguiente modo:

(i) Justificación: es valioso proteger el sistema judicial y por lo tanto es valioso contar con jueces con aptitudes suficientes para desempeñar su cargo.

(ii) Generalización: la propiedad de haber cumplido 75 años hace más probable que se presente la propiedad de carecer de (o comenzar a perder) las aptitudes para desempeñar el cargo de juez.

(iii) Norma general: si juez y cumplidos los 75 años de edad entonces obligatorio nuevo nombramiento precedido de acuerdo del senado (o alternativamente el retiro).

Así, la selección de las propiedades que formarán parte del antecedente de la norma se apoya en la conexión, a través de una generalización, con un valor o meta. La elección de la característica “haber cumplido los 75 años de edad” como propiedad relevante se apoya en una generalización según la cual esa característica está relacionada con otra característica (pérdida de aptitudes). Por ello, la exigencia para evitar la discriminación deber ir todavía más allá, es decir, debe mostrarse que la generalización posee base estadística. De otro modo, se trataría de manera diferente a personas que no poseen una diferencia relevante. Dicho con otras palabras, si la generalización acerca de los jueces que han cumplido los 75 años es falsa (i.e., no posee base estadística), entonces se trataría de manera diferente a jueces que han cumplido los 75 años cuando en realidad no poseen ninguna diferencia relevante, i.e. poseen aún aptitud para desempeñar el cargo, respecto de los jueces menores de 75 años. Se violaría la simple exigencia de igualdad formal.

Incluso si la generalización posee base estadística, un juez que haya cumplido los 75 años, pero demuestre aptitudes para desempeñar el cargo, podría argumentar que su caso individual es un caso de violación del principio de igualdad pues, de nuevo, se lo trataría igual que otros jueces que ya cumplieron los 75 años y que carecen de esas aptitudes, cuando en realidad se diferencia de ellos. Sin embargo, la sobre inclusión, junto con la sub inclusión, son consecuencias inevitables de las reglas generales (Schauer, 2004). Frente a esta situación un recurso disponible es la fijación de ajustes individuales, tal como efectivamente prevé la Constitución, puesto que no obliga al juez a jubilarse sino a solicitar, en caso de considerarlo oportuno, un nuevo acuerdo del Senado. Claro, el juez afectado podría todavía argüir que la exigencia de nuevo acuerdo es discriminatoria.



Lamentablemente nos encontramos aquí frente al límite de las posibilidades que posee la técnica de regular el comportamiento humano mediante reglas generales.

## 5. Conclusiones

En estas breves notas he intentado mostrar que, aun cuando las conclusiones del fallo Schiffrin me parezcan correctas, la Corte podría haber precisado sus premisas acerca de los precedentes y completado sus premisas acerca del uso de la edad como categoría para distinguir grupos de personas. Se trata de dos oportunidades perdidas para ofrecer a los juristas estructuras argumentativas que, a largo plazo, otorgan mayor estabilidad a la jurisprudencia de la Corte y, además, confieren el derecho o la legitimidad para hablar de precedentes jurisprudenciales.

## 6. Bibliografía y jurisprudencia

Alexander, L. (2015) “La vinculación del precedente, su alcance y su fuerza: un breve análisis acerca de sus posibilidades y sus virtudes”. En Bernal Pulido, C. y Bustamante, T. *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. (pp. 159-177).

Bidart Campos, G. (1997) *Manual de la constitución reformada. Tomo I*. Buenos Aires: Ediar.

Garay, A.F. (1997) El precedente judicial en la Corte Suprema. En *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*. Vol. (2), Núm. (1-2). (pp. 51-108). ISSN 0328-5642. Buenos Aires: Universidad de Palermo.

Iturralde, V. (2013) Precedente judicial. En *Eunomía. Revista de cultura de la legalidad*. Vol (4). Núm. (1). (pp. 194-201). ISSN 2253-6655. Madrid: UC3M.

Raz, J. (1985 2da ed. [1975]) *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*. Ciudad de México: UNAM.

Saba, R. (2009) “Igualdad, clases y clasificaciones: ¿Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?”. En Gargarella, R. *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires; Abeledo Perrot. (pp. 695-742).

Schauer, F. (1987) Precedent. En *Stanford Law Review*. Vol. (39). Núm (3). (pp. 571-605).

Schauer, F. (2004) *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Madrid: Marcial Pons.

Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, Resolución 521, del 21/12/2017, publicada en el Boletín Oficial del 26/12/17.



Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia del 28 de marzo de 2017, “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción meramente declarativa”, Fallos CSJN 159/2012 (48-S).

Corte Suprema de Justicia de la Nación, Sentencia del 19 de agosto de 1999, “Fayt, Carlos Santiago c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento”, Fallos CSJN Fallos 322:1616.



## Sindicalización de la policía

Hernán G. Bouvier\*

CSJN Argentina “Sindicato policial Buenos Aires c/Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales” (11/4/17). CSJ 909/2010 (46-S) CS 1.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. El caso y la normativa aplicable. 3. Condiciones y restricción de un derecho. 4. Contenido del art. 14 bis de la CN y otras normativas fundamentales. 5. Indeterminación constitucional y prohibición explícita. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.

**Resumen:** Se analiza la resolución de la Corte Suprema en la cual se deniega de manera definitiva el derecho a la asociación gremial de las fuerzas policiales. El artículo identifica los principales argumentos de la Corte e intenta mostrar que no son suficientes para concluir lo que el Tribunal concluye.

### 1. Introducción.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se ha expedido sobre el derecho a sindicalización de un grupo específico de policías<sup>1</sup>. La sentencia sostuvo (con dos votos disidentes) que el Congreso de la Nación o las Legislaturas provinciales competentes tienen la facultad de prohibir o permitir la sindicalización de sus fuerzas policiales. Esta conclusión se sigue según su perspectiva a partir de evidencia conformada por textos normativos e intenciones de algunos de sus creadores.

El presente texto analiza algunas de las argumentaciones de la Corte Suprema intentando conectarlas con otras ideas relevantes a nivel jurídico y político. Se impondrán algunas breves consideraciones explicativas y de contexto, necesarias para poder ver el problema en su alcance y porte.

---

\* Docente Facultad de Derecho, UNC. Investigador Adjunto (CONICET).

<sup>1</sup> CSJN Argentina “Sindicato policial Buenos Aires c/Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales” (11/4/17). CSJ 909/2010 (46-S) CS 1.



## 2. El caso y la normativa aplicable.

En el año 1997 el denominado “SI.PO.BA” - que agrupa a personal policial - solicitó su inscripción gremial ante la autoridad competente (Ministerio de Trabajo). La inscripción gremial otorga personería jurídica y una serie de derechos de acción y petición además de obligaciones. El Ministerio denegó la solicitud y en sede judicial la Sala V de la Cámara Nacional de apelaciones ratificó en fallo dividido el rechazo. Esto motivó que el solicitante se dirigiera con un recurso extraordinario ante la Corte Suprema<sup>2</sup>.

El fallo de la Corte Suprema fue precedido, además, por una audiencia pública frente a la misma Corte en el año 2015<sup>3</sup>.

La Corte Suprema, con votos de Highton, Lorenzetti y Rosenkrantz, confirmó la postura del rechazo. En especial, sostuvo que el rechazo es procedente en presencia de normativa que prohíbe expresamente lo solicitado por la actora.

Conviene repasar algunos de los argumentos centrales en orden a identificar la consideración genérica que justifica tal decisión, es decir, la norma o normas abstractas que considera aplicable la Corte y las razones para tal lectura. Se trata de una tarea imprescindible si se pretende aplicar esta decisión a otros casos o si se considera que sobre una determinada cuestión genérica relevante “la Corte ya se expidió”.

De acuerdo a la normativa internacional relevante los Estados parte tienen la facultad de prohibir o permitir la sindicalización o, dicho de otra manera, pueden determinar si y en qué medida otorgan derechos sindicales a sus fuerzas de seguridad.

En efecto, la ley 23.544, ratificatoria del convenio 154 de la OIT formuló una reserva con respecto a la aplicación universal de los derechos gremiales a las fuerzas policiales y de seguridad. En similar sentido el artículo 9 del Convenio 87 de la OIT. A esto debe sumarse, en primer lugar, la ley nacional 21.965 que prohíbe la sindicalización a los miembros de la Policía Federal. Esta ley no es directamente aplicable al personal de la Policía de la

---

<sup>2</sup> También recurrió al Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El Comité indicó que la normativa relevante (en especial el artículo 9 del Convenio 87) otorga a cada Estado la facultad de regular la agremiación o sindicalización de sus fuerzas de seguridad.

<sup>3</sup> Análisis detallado del trámite e historia del reclamo, con precisa síntesis normativa, en Rodríguez Games (2016).



Provincia de Buenos Aires, aunque indica el parecer legislativo nacional sobre la cuestión. En segundo lugar, la ley 13.982 de la Provincia de Buenos Aires según la cual la policía no puede llevar adelante ninguna tarea que sea incompatible con sus funciones. Por último, el decreto reglamentario de la ley (1050/09) que prohíbe expresamente la sindicalización.

De acuerdo a estas consideraciones se trata de un problema normativo que está exento del control y solución por los magistrados y la vía correcta para lograr su reconocimiento normativo es una ley. No se trata, en definitiva, de una falta que estén llamados a resolver los jueces y las juezas.

En resumen, se encuentran aquí dos grupos de argumentos. En primer lugar, uno tendiente a establecer que la normativa internacional y nacional faculta a cada Estado a prohibir o permitir derechos gremiales. Este primer grupo de consideraciones abona la conclusión según la cual existe competencia para prohibir. En segundo lugar, otra tendiente a mostrar que la prohibición es expresa para el caso de relevancia. Este segundo grupo apoya la conclusión sobre la prohibición efectiva.

### **3. Condiciones y restricción de un derecho**

Uno de los puntos más complicados - que vincula ambas consideraciones y fue sostenido por la reclamante - es el siguiente: el artículo de la Constitución que se refiere expresamente a los derechos gremiales (14 bis CN) no hace distinciones entre diferentes tipos de trabajadores. De acuerdo a este argumento debería concluirse lo siguiente.

Los Estados pueden reservarse el derecho a (o tienen la facultad de) prohibir o permitir la sindicalización policial. El Estado argentino ya tenía una normativa aplicable que otorga derecho a sindicalización a todos sin distinción. El artículo 14 bis indica que las leyes deben asegurar al trabajador, entre otras cosas, “organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”. Dicho de otra manera, la normativa constitucional interna aplicable no distinguió y por tanto la cuestión ya estaba decidida. Según la actora, entonces, siempre estuvo permitido el reconocimiento que pretende.

Según la Corte - por el contrario - el artículo 14 bis puede ser limitado por una ley, por lo que no implica que todo grupo de trabajadores tenga derecho incondicionado a formar un sindicato (considerando 8). En términos textuales



*“Sin embargo, en el marco del principio de razonabilidad, las leyes pueden establecer requisitos específicos para formar un sindicato. Pueden regular, entre otras cosas, desde la cantidad de afiliados que debe reunir hasta las condiciones que debe satisfacer el estatuto respectivo. Por ende, lo establecido en el artículo 14 bis no implica que todo grupo de trabajadores tenga un derecho incondicionado a formar un sindicato”.*

Esta consideración, sugerente cuanto equívoca, está fuera de lugar. La reclamante no solicitaba que se le permitiera inscribir un sindicato decidiendo las condiciones por su cuenta, gusto o humor (p.ej. a quién y cómo se lo iba a admitir). Nadie que tenga un derecho puede aspirar a tener un derecho fuera de toda regulación. Pero del hecho que uno no puede aspirar (so pena de “irrazonabilidad”) a gozar de un derecho sin regulación, no se sigue que puede suprimírsele si ese derecho existe o se lo posee. Reclamar un derecho con posibles condiciones no equivale a pedir un derecho sin limitaciones. El argumento según el cual las leyes pueden imponer límites a los derechos reconocidos y consagrados no dice nada, de aceptársele, sobre si el derecho sujeto a restricción razonable, como todo derecho, es uno que se puede invocar o no. Se trata de una ambigüedad que recae sobre “derecho incondicionado” y “condiciones”.

Lo que se reclama es que hay una “condición” que funciona como impedimento o supresión del goce del derecho, antes que como “limitación”. Puede ser difícil distinguir en muchos casos entre impedimento y limitación, eso no quiere decir que nunca pueda hacérselo. Una ley que condicionara el derecho de votar al género mediante un inciso que dijese “es condición para votar ser varón” impone mediante ley, a todas luces, una condición. Una condición que impide de plano el ejercicio mismo del derecho. Impide el ejercicio de la acción relevante (votar) para un grupo de personas.

La “condición” de no formar gremios policiales no les impone a los policías condiciones regulatorias sobre cómo ejercer su derecho de forma ordenada y fuera de todo capricho. Simplemente les impide ejercer cualquier acción de la clase relevante. No es que pueden agremiarse con limitaciones, lisa y llanamente no pueden agremiarse. No querer *ese* límite es diferente a no querer *ningún* límite.

En definitiva, nadie puede reclamar un derecho sin limitación. Si “condición” es usada en este sentido, es poco discutible la expresión “nadie tiene un derecho incondicionado”. Esto es compatible con sostener que existe una condición que no está sólo funcionando como



límite o restricción sino como supresión lisa y llana del derecho. Si un derecho puede ser sujeto a una “condición” que lo suprima, eso es equivalente a la eliminación o derogación del derecho. El argumento de la “condición” es válido para justificar restricciones, pero no puede justificar la supresión o no reconocimiento de un derecho. Si hay razones para justificar semejante “condición” (léase, supresión) deberá hallarse en otra consideración y no en la consabida “todos los derechos están sujetos a límites”<sup>4</sup>.

#### **4. Contenido del art. 14 bis de la CN y otras normativas fundamentales**

La discusión específica sobre si la permisión de agremiarse estaba ya decidida por el 14 bis de la Constitución es abordada por la Corte en el considerando 9.

Según su parecer, hay evidencia normativa suficiente para concluir que las fuerzas policiales estaban excluidas expresamente de los derechos sindicales. La evidencia normativa estaría conformada por textos normativos propiamente dichos y manifestaciones de quienes intervinieron en la sanción del artículo en el año 1957. De acuerdo a las citas, el miembro de la comisión redactora (Bravo) indicó al menos en dos oportunidades que las fuerzas policiales estaban excluidas del derecho a huelga.

Este argumento, como parece entrever la Corte, no es suficiente para fundar la prohibición de sindicalización. Dado que la huelga es uno de los derechos sindicales pero no el único, probar que estaba excluida la huelga para las fuerzas policiales no prueba que estén excluidos el resto de los derechos sindicales. Sindicalización no implica necesariamente (derecho a) huelga.

Para mostrar que lo decidido frente a la huelga se aplica también a la sindicalización la Corte procede en el apartado 9 de la siguiente manera. Por un lado, sostiene que dado las palabras y el contexto se hizo hincapié en el derecho a huelga de la policía porque era considerado el reclamo o derecho obrero por antonomasia. Por el otro, el orden de tratamiento y regulación, en conjunción con el contexto lingüístico demuestra que el policía no era considerado un trabajador con derechos sindicales.

---

<sup>4</sup> En la audiencia pública Hernán Gullco, como *amicus curiae*, anticipándose a esta consideración de la sentencia realizó una distinción entre restricción vs. supresión de un derecho. Véase Rodríguez Games 2016, op. cit. p. 43.



De acuerdo a la Corte:

*“Conviene resaltar que la huelga era para los convencionales el derecho sindical por antonomasia y el principal reclamo obrero. El Convencional Bravo, por ejemplo, al presentar la propuesta del texto del segundo párrafo del artículo 14 bis, dedicó casi todo su discurso al derecho de huelga. Por esa razón también, al debatir en particular cada parte del segundo párrafo del artículo 14 bis y cada uno de los derechos allí mencionados, la Convención discutió primero el derecho de huelga y recién después el resto de los derechos y garantías colectivos. De manera que la exclusión del derecho de huelga muestra que, para los Convencionales, los miembros de la policía no contaban como trabajadores con derechos sindicales a los fines del artículo 14 bis. Ello queda ratificado si se considera el contexto internacional en el que la norma fue dictada. En el sistema internacional de protección al trabajador existente al tiempo de la reforma tampoco se consideraba a los miembros de la policía como trabajadores con derechos sindicales.”*

Resulta dudosa la línea que permite unir estas premisas para que lleven a la conclusión “los policías siempre estuvieron excluidos”. Si ha de considerarse las palabras de uno de los redactores como fuente de derecho (primer paso) se sigue la conclusión de que el personal policial estaba excluido de la huelga. Para decir que cuando el o los redactores hicieron hincapié en la huelga, para la policía, en realidad pensaron también en su sindicalización se apela a un argumento adicional. La idea según la cual la huelga era el derecho sindical por antonomasia o “por excelencia” (sic). Esto no abona ninguna conclusión sobre la exclusión de los derechos sindicales. Salvo bajo la asunción de que el hablar de huelga policial fue una forma traspuesta, oblicua, implícita, económica o indirecta de referirse a todos los derechos sindicales, como quien utiliza el ejemplo más paradigmático sin que eso implique que la clase se agota en el ejemplo. Bajo esta idea, se citó una instancia paradigmática que no agota lo que estaba implicado, sino que lo ilustra. En definitiva, el o los redactores usaron una de las manifestaciones o instancias del derecho sindical por ser el más recurrente o claro, pero con la pretensión de referirse a la clase de todos los derechos sindicales de la policía (segundo paso).

Suponiendo que esta es la línea argumentativa, el razonamiento es el siguiente: la fuente normativa dijo que a la policía no le corresponde derecho a huelga; al decir huelga no se refería sólo a ella; por tanto, la fuente normativa se expresó usando “huelga” pero se refirió



a sindicalización, de lo que se sigue que la policía también estaba excluida de la agremiación que solicita.

Adicionalmente el apartado se refiere a artículos de la OIT de la misma época y ratificados un poco después por nuestro país, que indican que los derechos sindicales no se extienden necesariamente a la policía y que los Estados tienen competencia para regular la cuestión. Se cita el Convenio 87, art.9, y el 98. Ninguno de esos antecedentes excluía de los derechos sindicales a la policía, sostenían más bien que la pelota vuelve al campo normativo nacional. Dicho de manera directa: las normas que sostienen que “no necesariamente los derechos sindicales se extienden a la policía” no permiten concluir, sin consideraciones adicionales, que está prohibida efectivamente la sindicalización aquí y allá.

La idea según la cual el énfasis en la idea de huelga policial sólo debe tomarse como una forma ilustrativa, económica, implícita o indirecta de decir con eso que “los policías también están excluidos de los derechos sindicales” se topa con la evidencia normativa de un articulado que distingue entre huelga y otros derechos sindicales.

De manera tal que se trata de un mismo conjunto de hechos normativos que admiten al menos dos interpretaciones razonables contrapuestas.

El artículo constitucional distingue entre huelga y otros derechos con lo cual al menos en ese contexto hablar de uno no implica hablar de los demás, porque sino el articulado sería redundante. Bajo este punto de vista, incluso si se tiene por probado que la huelga estaba prohibida para la policía, como la huelga es tratada por separado en el artículo constitucional, no puede concluirse que también estaba prohibida la sindicalización. Una razón para esta consideración es que el articulado expreso sí distingue.

Ese mismo hecho es compatible, claro está, con el hecho de que cuando Bravo defendía sus ideas habló de huelga de la policía pero como una forma resumida de hablar del resto de derechos sindicales. Este puede ser el caso, pero esa conclusión no se sigue de la evidencia normativa de manera directa tal cual está citada. Como lo dicho resulta una apreciación basada en evidencia (basada en lo que se escribió y aprobó), se trata de una hipótesis interpretativa razonable. Salvo dato adicional, los mismos hechos pueden ser razonablemente tomados de manera contrapuesta.



Por lo demás, el canon interpretativo “si lo hubiera querido decir, lo hubiese dicho expresamente” se aplica también a los discursos del redactor (Bravo) a quien cabría preguntarle en este juego de hablar con difuntos (o interpretarlos) por qué no se refirió expresamente a huelga y sindicalización en su momento. Debería concluirse, bajo el canon referido, que dado que no lo dijo expresamente no lo quiso decir. Por tanto, no quiso decir que los policías estaban excluidos del derecho a sindicalización. El principio “si lo hubiera querido decir, lo habría dicho” puede entrar en contradicción con el principio “aunque no lo dijo lo implicó” y es probable que este sea el caso en el considerando de referencia. Se trata de la contradicción entre “no lo dijo, por tanto, no lo quiso decir” y “aunque no lo dijo, lo quiso decir”.

Un análisis semejante se aplica al orden en que se discutieron los temas en la convención constituyente. Las cuestiones, según el considerando 9, se discutieron por separado. Una vez discutido el derecho a huelga se pasó al resto de derechos sindicales. Este hecho milita en contra de la tesis interpretativa según la cual cuando se habló de huelga para los policías se sobreentendía la referencia al resto de sus derechos sindicales.

Sin embargo, lo dicho anteriormente debe ser tomado como una hipótesis de análisis y objeción, pues no es claro cómo en el considerando 9 están concatenadas las ideas de “huelga”, “sindicalización” y qué implicancias tiene la idea de que la huelga era considerada el derecho sindical por “autonomasia”.

El resto de normativa internacional citada (como el Convenio 154 de la OIT, en considerando 10) abonan de manera sólida la idea de que los policías no tienen los mismos derechos gremiales y colectivos que los demás. Sin embargo, estos textos dicen que esos derechos son especiales para la clase de referencia, no que no tengan derecho a agremiarse.

Considero que lo indicado plantea dudas sobre este argumento de la Corte destinado a bloquear *de entrada* (apelando a 1957 y los *writing-fathers*) la universalización de los derechos de asociación gremial.

Si se considera que los hechos normativos institucionales que se toman como prueba son inconcluyentes, o compatibles con dos lecturas o interpretaciones razonables, se impone decir que la cuestión no está decidida por la Constitución o, lo que puede ser semejante, que la cuestión está indeterminada constitucionalmente.



La anterior consideración puede resumirse así: no hay evidencia constitucional razonable para concluir que la sindicalización estaba excluida o prohibida desde el inicio (1957).

Sin embargo, subsiste una línea alternativa. La misma conclusión (prohibición de sindicalización) puede extraerse asumiendo la indeterminación constitucional al respecto. Pues parece claro que está determinado que los Estados están facultados a prohibirla y que hay leyes internas que la prohíben. Esta línea elimina de sus premisas la consideración sobre el artículo 14 bis-*Bravo*.

## 5. Indeterminación constitucional y prohibición explícita

Si se acepta que la cuestión está indeterminada o no decidida por la Constitución, en un contexto en que la normativa nacional e internacional *faculta* a los Estados a prohibirla (considerando 9 a 11), la cuestión depende de la normativa interna para el caso. Como se indicó, existe una ley provincial que regula el supuesto, pero sólo indica que no se puede permitir a la policía actividades incompatibles con su actividad (ley 13982, art.12), en conjunción con un decreto del poder ejecutivo que prohíbe la sindicalización.<sup>5</sup>

La cuestión es abordada de manera expresa en el considerando 17 con dos problemas menores pero relevantes. El primero es que la ley en cuestión sostiene que la policía no puede desarrollar actividades incompatibles con su actividad y que los fundamentos de la ley (nuevamente, la intención de su/sus creadores) sólo sostienen que la actividad de las fuerzas de seguridad debe ser *regulada*.

Luego se agrega que “de manera coincidente” el decreto prohíbe expresamente la sindicalización. Es evidente que aquí hay un abuso retórico persuasivo del “de manera coincidente” pues el decreto, con suerte, es compatible con la ley, pero no coincide con ésta. La ley no tiene el mismo contenido que el decreto. La ley y sus fundamentos resaltan que debe regularse la fuerzas de seguridad de acuerdo a su estructura y/o naturaleza, no dice que debe prohibírsele la sindicalización. Vale la pena citar el pasaje de la Corte

---

<sup>5</sup> Adicionalmente hay una ley para la policía federal (ley 26844) que confirmaría la hipótesis de que para nuestro Estado las policías no tienen derecho de agremiación. El punto (referido en considerando 10) es sólo ilustrativo para el caso SI.PO.BA, pues esa ley para la policía federal no se aplica a las policías provinciales.



*“En los fundamentos del proyecto de ley que remitiera el Poder Ejecutivo provincial a la Legislatura de la provincia se destaca de modo enfático que la policía tiene objetivos específicos que justifican someter a su personal a un régimen unificado especial. Se dice así que ‘[T]odo el personal comprendido en el sistema de seguridad debe ser alcanzado, de la rigurosidad del poder jerárquico, la disciplina y la impreterible prestación eficiente de la actividad de seguridad (con gravitación excluyente sobre cualquier interés individual o sectorial) por un estatuto que abastezca las exigencias nacidas de tal situación y establezca deberes y derechos para la seguridad en la relación entre [los] agentes y el estado’. De modo coincidente con lo expresado en los fundamentos del proyecto, al reglamentar la ley provincial 13.982, el decreto 1050/09 específicamente dispuso que ‘el personal policial no podrá en ninguna forma participar en actividades políticas, o gremiales, ni asistir a lugares o participar de reuniones que comprometan la dignidad o el decoro de la función policial’ (artículo 42, inciso b, énfasis añadido). El mismo decreto prohíbe también ‘acatar decisiones de asociaciones gremiales o profesionales contrarias a la prestación normal de los servicios que le corresponden a la misión de la Policía, sea ostensible o encubiertamente’ (artículo 205, inciso m, énfasis agregado).”*

Es posible que la ley y sus fundamentos apoyen de alguna manera la prohibición expresa contenida en el decreto, pero de ninguna manera “coinciden”.

Coincidan o no, es usual apelar al argumento de la “naturaleza del servicio policial” para justificar de una manera u otra la denegación del derecho de sindicalización. Se considera que este argumento hace razonable una ley que prohíba la sindicalización y eventualmente puede hacer razonable una sentencia u otro acto que se apoye en él.

El argumento de la “naturaleza del servicio” o análogos (como apelar al fin de la institución, su propósito, o “núcleo esencial de actividades”, etc.) no es del todo concluyente y depende de qué se entienda por tales expresiones.

Es obvio que sea lo que sean los derechos laborales y sindicales, ellos otorgan cuanto menos algún derecho de reclamo y expresión cualificado o especial, y algún tipo de autorización protegida para retirar la cooperación.

Se trata de derechos de expresión cualificados porque, por ejemplo, aquello que se tramita a través de un reclamo de una agrupación gremial tiene una entidad normativa diferente a cualquier ejercicio común del derecho de expresión y obliga a las autoridades a tratarlo de



manera especial. De hecho, un reclamo laboral impone un procedimiento especial diferente al que debe imprimírsele a las meras objeciones propias del normal ejercicio de la libertad de expresión.

Por su parte, implican algún tipo leve o drástico de retiro de la cooperación. Los derechos laborales autorizan en casos especiales a actividades extraordinarias basadas en la necesidad o defensa del derecho (p.ej. autorizan a no cumplir con ciertas imposiciones degradantes, o desatender una imposición de tareas, cambio de horarios, etc.).

La huelga es el quite de cooperación laboral más drástico, no el único. Como la sindicalización no implica necesariamente derecho a huelga, todo argumento que apele a la “naturaleza del servicio” para negar el derecho a sindicalización se enfrenta a un límite.<sup>6</sup> Es posible otorgar a la policía una serie de derechos de reclamo y expresión cualificados, de manera tal que lo dicho por su gremio o asociación policial cuente de manera diferente a cualquier manifestación aislada (por ejemplo, obligando a las autoridades que reciben el reclamo a darle un procedimiento especial). Incluso es posible acordarle el derecho a algún quite de cooperación sin que ello implique el derecho a huelga (y la consecuente supuesta anarquía, descontrol o desorden). Basta recordar que los numerosos países que reconocen derecho sindicalización a la policía no le reconocen el derecho a huelga pero sí admiten quites de cooperación más leves. Como la policía hace muchas más cosas de lo que se suele notar, que van más allá de las actividades imprescindibles para evitar daños, violaciones u homicidios, es posible sin problema que no haga algunas de las cosas que suele hacer sin poner en riesgo la sociedad en su conjunto. Puede rehusarse a garantizar la seguridad en actividades privadas masivas (como la asistencia en los partidos de fútbol, que normalmente implica que la autoridad competente deba suspender el encuentro) o rehusarse a realizar ciertos trámites que implican recaudación para el Estado. Hay suficiente experiencia internacional sobre los quites de cooperación razonables que puede realizar la policía sin poner en riesgo a la ciudad o grupo social de que se trate.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Desarrollo de manera más detallada el problema de la “naturaleza del servicio” en el trabajo en elaboración “Equidad y sindicalización de la policía”.

<sup>7</sup> Para diferentes medidas que puede tomar la policía cuando reclama puede consultarse las consideraciones de Holtrackers (funcionario policial y representante gremial en los Países Bajos) Holtrackers, Michiel. (2016).



De lo dicho se siguen dos consideraciones. En primer lugar, la ley provincial y el decreto no coinciden en un sentido relevante. Pero a su vez, reflexionar de manera mínima sobre el alcance de “naturaleza del servicio” trae un efecto sorprendente.

Asumido que existe algo así como un núcleo de la actividad que no puede estar sujeto a suspensión, cualquier reglamentación no orientada a garantizar ese núcleo es irrazonable y arbitraria. De lo que se sigue que una reglamentación (por decreto del ejecutivo) que restringe el derecho a sindicalización y que no es conducente a garantizar ese núcleo mínimo de servicio imprescindible, es irrazonable y desproporcionada.

Es irrazonable porque no sirve al principio o fin que supuestamente pretende tutelar y es desproporcionada porque existe una forma alternativa de limitar el derecho a sindicalización y garantizar el núcleo esencial del servicio sin impedir el ejercicio total del derecho. Si se considera que existe, por ejemplo, un conflicto entre “necesidad de garantizar el servicio mínimo” y “derecho a sindicalización” la vía que prohíbe la sindicalización honra el primero y en nada el segundo. La vía que otorga sindicalización sin derecho a huelga -en cambio- sacrifica en parte uno (quitándole la vía más drástica), garantiza el servicio mínimo y no niega de plano uno de los principios o derechos. Es una vía menos gravosa dado el conflicto de principios en cuestión. Dicho de manera directa: hay una vía o posibilidad normativa intermedia que conserva la relevancia de los dos principios y permite honrarlos conjuntamente.

Si aquello que se le deniega a la policía no está dirigido a garantizar el núcleo, esencia o naturaleza del servicio; si no está dirigido a garantizar la cooperación necesaria e imprescindible que se necesita de la policía, esa denegación es arbitraria pues carece de justificación.

La consideración algo sorprendente que se sigue de esto es doble.

Por un lado, un decreto u otro acto administrativo que pretenda justificar la prohibición de sindicalización en una norma que faculta a regular el núcleo necesario y esencial del servicio no puede invocar que la prohibición de agremiación se sigue de la necesidad de garantizar el servicio esencial. Esto es equivalente a decir que el acto administrativo es inválido o arbitrario pues parece fundarse en la razón contenida en la ley, pero no lo hace.



Si se aceptan estas consideraciones, ha de concluirse que todas las legislaciones provinciales y nacionales que facultan a regular y limitar los derechos sindicales de las fuerzas policiales, pero no hacen mención expresa a la prohibición de agremiación, no facultan a ninguna autoridad administrativa a denegar el derecho a sindicalización. Facultarían u obligarían, en su caso, a denegar pedidos de reconocimiento gremial de la policía que pretendan tener derecho a huelga o alguna otra quita de cooperación incompatible con la ley que alude al “núcleo esencial” de la tarea policial. Dicho de manera genérica, cualquier normativa que pretenda garantizar el servicio mínimo y necesario policial y deniegue el derecho a sindicalización, está injustificada. El punto es relevante porque la principal objeción de los votos disidentes (Maqueda, considerando 6; Rosatti, considerando 9) es que el decreto reglamentario no vale como “ley” lo cual viola una imposición fundamental y es que la limitación a los derechos fundamentales debe hacerse por ley y no por otro acto administrativo o gubernamental.

La mayoría considera que el decreto puede valer como “ley” en sentido amplio, sobre todo si está en línea con la ley que lo autoriza. Sin embargo, esta discusión puede sortearse o tenerse por irrelevante.

Incluso si el decreto se considera uno de los medios legales para reglamentar un derecho, no puede reglamentar de manera irrazonable o desproporcionada el derecho que debe ordenar. Bajo la argumentación que se acaba de desarrollar, el problema no es que sea un decreto del ejecutivo (o una resolución del Ministerio de Trabajo). El problema no es qué herramienta se ha elegido para regular el derecho (si decreto o ley) sino cómo se lo hace y qué contenido tiene. El problema es el contenido de la restricción, que resulta inconducente para lo que se quiere garantizar o asegurar.

Puede parecer diferente el supuesto en que la normativa legal indique expresamente que está prohibida la sindicalización. Es decir, que no se refiera de manera genérica a que debe prohibirse todo aquello que vaya en contra de la naturaleza del servicio, sino que la ley directamente diga que la sindicalización está excluida. En esta hipótesis surge la segunda consecuencia sorprendente. Frente a una ley que prohíbe la sindicalización expresamente y no de manera oblicua o indirecta apelando a “la naturaleza del servicio”, no tenemos el problema que se acaba de reseñar de relación entre ley-decreto. Sin embargo, la argumentación genérica antes reseñada sí es relevante, porque la prohibición de sindicalizarse, aunque autorizada por la normativa constitucional e internacional, no puede



de ninguna manera mostrar -en base a razones - que semejante restricción del derecho de sindicalización sea imprescindible, necesario o esencial. Es difícil mostrar que el sacrificio del derecho a agremiarse que se le exige a la policía sea directamente conducente, relevante, razonable y proporcional para lo que se pretende defender, garantizar o evitar. Incluso si viene establecido en la ley.

## 6. Consideraciones finales

Si las consideraciones anteriores son plausibles, tenemos el siguiente cuadro. La prohibición o exclusión de la policía de los derechos sindicales está indeterminada constitucionalmente pero determinada por algún decreto y/o algunas leyes. ¿Son estos actos normativos válidos constitucionalmente? Si se acepta que cualquier restricción inconducente a garantizar lo que se quiere garantizar resulta irrazonable y desproporcionada, y si se acepta que las restricciones irrazonables y desproporcionadas son inconstitucionales cada vez que se exista una vía alternativa de restricción que permite el respeto de los principios en conflicto (derecho a sindicalización vs. necesidad de contar con servicio policial sin huelga), debe concluirse que le corresponde razón a la reclamante. No porque el menoscabo a su derecho venga de un decreto, y tampoco porque su derecho estaba ya contenido en la Constitución desde el principio de manera más o menos expresa. Sino más bien por la sencilla razón de que la restricción de cualquier derecho fundamental que no pueda mostrar cómo tal restricción sirve a los fines que debe honrar, está fuera de lugar. El servicio imprescindible que se necesita de la policía puede garantizarse prohibiendo las acciones directas como la huelga sin tener por qué impedir el reconocimiento gremial.

## 7. Bibliografía

Rodríguez Games (2016), N. “Estudio introductorio” en Rodríguez Games, N. y Saín, M. *¿El gremio de la gorra? Trabajo y sindicalización policial: ejes para una discusión*. Editorial Octubre, UMET, 2016

Holtrackers, Michiel. (2016) “Los sindicatos policiales en los Países Bajos” en Sain, M. Rodríguez Games N. *¿El gremio de la gorra? Trabajo y sindicalización policial: ejes para una discusión*. Editorial Octubre, UMET, 2016. Cap. 4



## Uso de agravantes subjetivos en la determinación de la pena:

### Análisis de un caso de arbitrariedad

Daniela M. Domeniconi\*

Tribunal Oral en lo Criminal n°1 de la ciudad de La Plata, Expte. n° 1961/5141. 10/052016. “Córdoba, Luis Jaime p.s.a. comercialización de estupefacientes”

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Análisis fáctico. 3. Breve mención del derecho aplicable. 4. Análisis crítico de los argumentos del Tribunal: a) Condición de extranjería como agravante; b) Criminalización del trabajo sexual. 5. Tratamiento despectivo y discriminatorio de la imputada por su condición de género. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

#### 1. Introducción

En el fallo “Córdoba, Luis Jaime p.s.a. comercialización de estupefacientes, Expte. n° 1961/5141, 10/052016” el Tribunal Oral en lo Criminal n°1 de la ciudad de La Plata, condenó a Jaime Luis alias “Claudia” Córdoba a la pena de 5 años y 3 meses de prisión y multa de doscientos veinticinco pesos, como autor<sup>1</sup> del delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización. Entre las consideraciones tenidas en cuenta al momento de individualizar la pena entre el máximo y el mínimo de la escala penal, se tomaron como agravantes una serie de cuestiones de controvertida naturaleza. El análisis de este fallo se centrará en las consideraciones atinentes a la individualización de la pena en el caso concreto y se realizará un análisis crítico de los argumentos brindados por el tribunal.

#### 2. Análisis fáctico

En los autos referidos, se discute y establece la responsabilidad penal de una trabajadora sexual *trans* por una causa de tenencia y comercialización de estupefacientes. De este modo, el día 10 de mayo de 2016 el Tribunal Criminal n° 1 del Departamento Judicial de La Plata, integrado de modo unipersonal por el juez Juan José Ruiz se plantea las siguientes

---

\*Abogada (UNC), Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC). Email: danidomeniconi@gmail.com

<sup>1</sup> Debería haberse consignado “autora”, según Ley de Identidad de Género 26.743.



cuestiones: “1. ¿Se encuentran acreditados los hechos del proceso en cuanto su exteriorización material. 2. ¿Se halla justificada la autoría del acusado? 3. ¿Median eximentes? 4. ¿Concurren atenuantes? 5. ¿Existen agravantes? 6. ¿Cuáles son los fundamentos del veredicto dictado?”.

Como respuesta a la primera cuestión, el juez Ruiz sostiene que se encuentra legal y debidamente acreditado en autos que “el día 12 de abril de 2014, siendo alrededor de las 02.05 hs., en calle 4 y 64 de la denominada “zona roja” de la Ciudad de La Plata, personal policial de la D.D.I., que se encontraba realizando tareas investigativas, observó a una persona travestida realizar maniobras sospechosas, las mismas consistentes en subir y bajar de automóviles para retirarse, y al cabo de unos segundos, volver a subir y luego bajar de los automóviles ocasionales. Estos movimientos los consideraron compatibles con la venta de estupefacientes. En determinado momento llegó un motociclista y esta persona trasvertida se sube a la misma y se trasladaron hasta calle entre 64 y 65 donde fueron interceptados por los efectivos policiales, previo solicitar la presencia de un testigo hábil; los preventores procedieron a la identificación de los mismos. Observaron que el motociclista arrojó un envoltorio de nylon blanco transparente, el cual levantaron y resguardaron con el testigo de actuación. (...) Así hallaron la suma de pesos 200 en efectivo, lograron ver que al quitarse la ropa interior –bombacha- poseía un conchero de algodón donde había nueve envoltorios de nylon de diferentes colores. Realizados los test orientativos sobre los envoltorios arrojaron resultado positivo a la presencia de clorhidrato de cocaína en un total de 3,5 grs. Por lo que se procedió a su aprehensión.”

Con respecto a la segunda cuestión el juez Ruiz dijo “tengo por acreditada la autoría que le cupo a Jaime Luis Córdoba alias Claudia, además de los elementos computados al tratar el hecho en su exteriorización material”, paso seguido relata la prueba obrante en autos, la que incluye: indicio de oportunidad y presencia que emana de los propios dichos del encausado vertidos al momento de prestar declaración en el juicio, concordantes éstos dichos con lo manifestado por los policías y el testigo del acta de secuestro y aprehensión.

En relación a la tercera cuestión, sostiene el tribunal que no habiéndose comprobado ni alegado eximentes de ningún tipo, la respuesta a ésta cuestión debe ser negativa.

Luego, al tratar la cuarta y quinta cuestión, el tribunal considera que existen dos atenuantes y cinco agravantes. Los atenuantes son “la ausencia de condenas anteriores” y “el buen concepto aportado por los dos testigos que presentó la defensa”. Los agravantes por los



cuales el juez se aparta del mínimo de la escala penal son los siguientes: “1. La condición de extranjero del imputado”, “2. Mayor toxicidad de la sustancia ofrecida”, “3. Venta en la vía pública y los prejuicios que, por esta actividad, se ven sometidos los vecinos”, “4. La nocturnidad”, “5. Querer aparentar otro trabajo, para disimular la venta de estupefacientes”.

En lo que sigue, me centraré en el análisis de los agravantes considerados por el juez.

### 3. Breve mención del derecho aplicable

La objeción principal al fallo<sup>2</sup>, gira en torno a los agravantes considerados al momento de la determinación de la pena. La determinación judicial de la pena es el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito<sup>3</sup>. Los artículos que regulan la mensuración de la pena en el C.P. son los siguientes:

*“Artículo 40.- En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente*

*Artículo 41.- A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:*

*1º. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados; (circunstancias “objetivas”)*

*2º. La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.” (Circunstancias “subjetivas”)*

---

<sup>2</sup> Digo “objeción principal”, puesto que hay varias que pueden hacerse al fallo en general, previo al momento de la determinación de la pena, entre ellas, la discriminación institucional a Córdoba por su condición de género. De hecho, en el fallo se habla en masculino de Córdoba, se toma su nombre de mujer como un simple “alias”, cuando luego de la sanción en Argentina de la Ley de Identidad de Género n° 26743, el género es el autopercibido y debe tratarse a las personas según este estándar. Además, se refieren a ella en el fallo como “el travesti”, “persona travestida”, “el travestido”, etc.

<sup>3</sup> Ziffer, P., *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 23.



Ahora bien, los criterios proporcionados por estos artículos son tan amplios que dan lugar a un ámbito de discrecionalidad judicial más exagerado que cualquier otra facultad decisoria del juez. Si bien los jueces se encuentran limitados por la escala penal, no es algo menor la cuantía final de la pena a considerar en cada caso. Al respecto, algunos autores (Núñez, Baigún) sostienen que la determinación judicial de la pena es un “acto de discrecionalidad técnica del juez”<sup>4</sup>, mientras que Zaffaroni señala que el juez debe “aplicar el derecho también en la cuantificación penal y proceder con razonamiento claro y criterio jurídico”. El problema es que la falta de regulación clara y específica en materia de determinación de la pena deja un espacio bastante amplio a la mera discrecionalidad ya que no se especifican siquiera cuáles condiciones de las mencionadas por los referidos artículos son agravantes y cuándo, y cuáles resultan atenuantes y cuándo.

#### **4. Análisis crítico de los argumentos del Tribunal**

##### **4. a) Condición de extranjería como agravante.**

La primera y más importante condición de que se sirve el tribunal para agravar la pena de Córdoba es su condición de extranjería. En primer lugar, el juez se pregunta si “efectivamente existe entre los ciudadanos argentinos y los extranjeros igualdad ante la ley”. A este interrogante, el magistrado responde que:

“Con lo visto hasta ahora, todo indica que sí, que existe plena igualdad ante la ley; pero no es tan cierto, ni tan absoluto, como parece. Ahora veamos: el art. 21 de nuestra CN dice: “Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución... los ciudadanos por naturalización – punto intermedio entre extranjero y nacional- son libres de prestar o no este servicio” Es decir, mientras nuestros nietos, padres, hijos, hermanos y amigos, morían en el conflicto de Malvinas en defensa de la Patria; los extranjeros, que gozaban de todos los derechos (aunque no de todas las obligaciones, como se ve) veían desde la comodidad de su hogar el conflicto, sin temor a ser convocados. Me pregunto entonces si en este punto ¿existe igualdad ante la ley? Como derivación del art. 21, ejemplo éste, que bien pueden entender los que hoy tienen

---

<sup>4</sup> Citado por Ziffer, P., op. cit., pág. 26



más de 40 años, el ciudadano estaba obligado a hacer el servicio militar. Esto es, mientras muchos de nosotros debíamos postergar los estudios, en algunos casos, por más de dos años, sin contar las penurias que se pasaban; nuestros compañeros extranjeros que compartían los pupitres con nosotros en la escuela pública y gratuita, se recibían antes ¿Y la igualdad ante la ley?

Otra obligación del ciudadano es el voto (arts. 22 y 37 CN). Durante años debimos ir exclusivamente nosotros, a emitir el sufragio y a ser presidentes de mesas, durante las elecciones –aún, en medio de un brote de gripe A, como en las elecciones del 28-06-09-; mientras que los extranjeros se quedaban descansando en la seguridad en sus casas. En años recientes se les dio la posibilidad de elegir intendentes y concejales ¿Y la igualdad ante la ley? Podría seguir con los ejemplos, como el de presentar iniciativas de proyectos de ley, sólo posibles para ciudadanos argentinos (art. 39 CN); miembro del jurado en un juicio (art. 338 bis inc. 2do. “A” del CPP) etc., pero esta situación me hace recordar la obra de George Orwell “Rebelión en la granja” cuando concluía “Todos los animales son iguales, pero algunos animales son más iguales que otros” en su sátira al comunismo en donde se sostenía la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos, aunque los jefes, llevaban vidas de ricos. (...) En segundo término, es necesario saber si ¿el mentado derecho de igualdad ante la ley, deber ser absoluto para los extranjeros o también, como en el caso de los nacionales, admite excepcionalmente ser dejado de lado?”.

Los argumentos del tribunal están transcritos *in extenso*, debido a que para entender el problema de este fallo es necesario analizar también la forma de argumentación del juez. Como puede verse, el juez apela a circunstancias de hecho para justificar el tratamiento desigual de los extranjeros en materia penal. Se comete así la conocida “falacia naturalista”, ya que se deriva una proposición normativa o de “deber ser”, de los hechos, del ser. Así, el magistrado construye el siguiente razonamiento, lógicamente falaz: dado que los ciudadanos argentinos tienen obligaciones políticas tales como el voto o el servicio militar y los extranjeros no y por ello no hay “plena igualdad”, entonces, no debería considerárselos como iguales para las demás instituciones jurídicas, entre ellas, claro, el derecho penal.



Como conclusión de la “no igualdad” fáctica de los extranjeros, el tribunal arriba a la siguiente conclusión:

“Para cerrar el tema, el Estado puede y debe aplicar sanciones como pena accesoria a la de prisión y agravar las penas, a los extranjeros que cometan delitos comunes en el país, sin que ello importe violación a los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación entre otros, puesto que estamos en presencia de una medida excepcional, avalada por nuestra Constitución y Tratados Internacionales que la integran. Lo único inconstitucional, sería no hacerlo (Preámbulo, art. 25 a contrario sensu y 75 inc 22 de la CN; 27, 28 y 33 DADyDH; 14.1 y 14.2 DUDH; 22 PSJCR; 13 PIDCyP; 1.2 y 1.3 CIDR; entre otros; 168 y 171 Const. Prov. BA y 106 CPPBA). Así, según los fundamentos precedentes, a los cuales me remito, se puede considerar como un agravante de la pena en los términos de los arts. 40 y 41 del CP, que el hecho en análisis fuera cometido por un extranjero, por ser una medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad y el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.”

Por otro lado, e independientemente del razonamiento falaz, desde el punto de vista jurídico, estos argumentos constituyen una clara violación a los principios constitucionales presentes en nuestro sistema jurídico nacional y supranacional incorporado a través de los tratados internacionales. Cabe preguntarse, ¿puede constituir legítimamente la nacionalidad un motivo para agravar la pena de una persona? La respuesta constitucional es *no*. Si bien el art. 41 del Código Penal establece una amplia gama de circunstancias agravantes y/o atenuantes (sin distinguir qué agrava y qué atenúa), estas posibilidades se encuentran limitadas por los principios constitucionales vigentes en nuestro país, siendo el *principio de igualdad*, uno de sus pilares fundamentales.

En este sentido, autores como Peralta, sostienen que los criterios de individualización de la pena deben respetar el principio moral de la igualdad en la distribución del castigo, entendido éste como el principio que afirma que “a hechos iguales corresponden penas



iguales”.<sup>5</sup> Este principio de igualdad, entonces, implica que no se tengan en consideración circunstancias personales que nada tengan que ver con el hecho punible en cuestión o la culpabilidad, como es aquí el caso. Más aún, considero, cuando estas circunstancias sean en contra de la persona imputada y no en su favor, toda vez que en materia penal rige la prohibición de analogía *in malam partem*.

En definitiva, es importante recalcar aquí que los argumentos que brinda el Juez para agravar la pena en este caso concreto no sólo no respeta estándares mínimos de razonabilidad, sino que afecta el principio de igualdad en la distribución del castigo, y además, resulta discriminatorio por no respetar los lineamientos constitucionales incorporados a través de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial por el art. 75 inc. 22, que prohíbe expresamente la distinción basada en el origen nacional o étnico. Como estos principios deben analizarse a la luz de la concepción igualitaria que plantea nuestra Constitución Nacional, que no implica una igualdad absoluta, sino un trato de las personas como iguales, con “igual consideración y respeto” en igualdad de circunstancias; puede decirse que sí se viola el principio de no discriminación presente en la Convención, ya que la diferencia no es entre quienes hayan cometido delitos y quienes no (como plantea la reforma introducida mediante decreto 70/2017<sup>6</sup>), sino que se da entre personas que hayan cometido el mismo hecho, agravándose la pena sólo para aquellos que sean extranjeros.

#### **4. b) Criminalización del trabajo sexual, *obiter dictum***

El Juez, si bien no considera explícitamente el trabajo sexual de la imputada como una agravante, manifiesta que:

“Soportar, la venta de estupefacientes; los constantes desfiles indecorosos; el permanente ir y venir de compradores de dudosa reputación y gente de mal vivir; las reiteradas reyertas que se provocan; los procedimientos policiales; escenas de sexo en el umbral de la casa; ruidos que provocan sobresaltos y gritos en horas

---

<sup>5</sup> Peralta, José M., “Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena”, en: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 2008, pág. 600.

<sup>6</sup> Este decreto de necesidad y urgencia fue emitido por el presidente Mauricio Macri en enero de 2017 y modifica la ley 25871 en relación a los mecanismos para la expulsión de los inmigrantes perseguidos penalmente en nuestro país, acelerando dicho procedimiento.



reservadas al descanso; entre otras circunstancias, son a no dudar, molestias que ningún habitante de la Nación, ni de la Ciudad de La Plata, está obligado a tolerar, ni privado de su derecho al mantenimiento de la moral y las buenas costumbres.”

Argumentos como éste, claramente, criminalizan una actividad lícita como lo es en la Argentina el trabajo sexual voluntario y autónomo, ejercido por una persona mayor de 18 años. Así, se utiliza una sentencia judicial para desprestigiar la actividad llevada a cabo por la imputada, tomando la opinión extra jurídica del juez, quien añade estas consideraciones de modo completamente innecesario para la causa. Además, el juez busca teñir de cierta sospecha a todas las trabajadoras sexuales exhortando, *obiter dictum*, a la intendencia municipal de la ciudad de La Plata a que:

“tome las medidas que considere necesarias; ante la multiplicidad de delitos que, como en la presente, se vienen suscitando en la denominada Zona Roja de la ciudad de La Plata; y dé respuesta a los contantes reclamos de los vecinos por las molestias que causan (...)

Como puede verse en el desarrollo de la sentencia, el Tribunal considera a la actividad lícita, voluntaria y autónoma de Córdoba como una actividad ilícita e inmoral, que debería ser investigada y para ello exhorta al Poder Ejecutivo, extralimitándose completamente en las atribuciones que la ley le brinda en el caso concreto. En este sentido concuerdo con Gustavo Arballo cuando explica el argumento democrático en contra de las sentencias de esta índole, al sostener que:

“(...) los jueces no deben sobreactuar su rol de adjudicación y dejar que las cuestiones más delicadas sean dirimidas por los actores políticos que tienen un respaldo comicial, y actúen en base a un consenso popular más amplio y un debate público más nítido que el que puedan hacer nueve jueces sentados alrededor de una mesa...”<sup>7</sup>

En definitiva, si el trabajo sexual no es un delito, tal como sucede actualmente en Argentina, los/as jueces/as no deberían adjudicarse roles políticos en la detección de posibles delitos vinculados a esta actividad, cuando en verdad lo que esto genera es criminalización y persecución policial *de facto* de una actividad lícita. En este sentido, cabe traer a colación lo con lo observado por Amnistía Internacional en su informe anual

---

<sup>7</sup> Arballo, G., “El discreto encanto del obiter dictum”, en: *Saber Leyes no es Saber Derecho*, publicación online, 16/12/2005 en <http://www.saberderecho.com/2005/12/el-discreto-encanto-del-obiter-dictum.html>.



sobre Argentina en que: “el control a las trabajadoras y los trabajadores sexuales basándose en su apariencia y sus modales, y no en pruebas de la comisión de un delito, viola el derecho a la igualdad de protección ante la ley (o trato equitativo en virtud de la ley), así como el derecho a la libertad de expresión”.<sup>8</sup>

## **5. Tratamiento despectivo y discriminatorio de la imputada por su condición de género**

Por último, debe señalarse el constante trato discriminatorio que se exhibe en el fallo en contra de la imputada por su condición de transgénero. La Ley de Identidad de Género 26743 se encuentra vigente en Argentina desde el 23/05/2012. Esta ley obliga al reconocimiento institucional del género auto percibido por los y las ciudadanas. No obstante, en el fallo se trata constantemente a Córdoba como “el acusado”, “el travestido”, “el travesti”, “persona vistiendo ropas de mujer”, y términos similares.

El fallo entonces no sólo no cumple con la Ley de Identidad de Género argentina, sino que además, incumple la normativa internacional asumida convencionalmente por Argentina. Este fallo se encuentra claramente en contradicción con la mayoría de los principios y derechos humanos básicos incorporados, a través del art. 75 inc. 22, en: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2), Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 2), Convención Americana Sobre Derechos Humanos (art. 1) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer.

Asimismo, los *Principios de Yogyakarta* –que son una serie de principios sobre cómo se aplica la legislación internacional de derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género- específicamente prevén en su regulación el derecho a un juicio justo y un trato igualitario en los tribunales en su principio n° 8. El mismo sostiene que:

*“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad y con las debidas garantías, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal competente,*

---

<sup>8</sup> Amnistía Internacional (2016) *“Lo que hago no es un delito”*. *El coste humano de penalizar el trabajo sexual en la ciudad de Buenos Aires, Argentina*. AMR 13/4042/16. Recuperado de <https://amnistiainternacional.org/publicaciones/249--lo-que-hago-no-es-un-delito-el-coste-humano-de-penalizar-el-trabajo-sexual-en-la-ciudad-de-buenos-aires-argentina.html>



*independiente e imparcial, establecido por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada en su contra, sin prejuicios ni discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.*

*Los Estados: A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de prohibir y eliminar el trato prejuicioso basado en la orientación sexual o la identidad de género en todas las etapas del proceso judicial, en procedimientos civiles y penales y en todo procedimiento judicial y administrativo que determine los derechos y las obligaciones, y asegurarán que no se impugne la credibilidad o el carácter de ninguna persona en su calidad de parte, testigo/a, defensor/a o tomador/a de decisiones en base a su orientación sexual o identidad de género (...)*”

Como puede verse, esto se encuentra expresamente previsto en los principios que sirven de interpretación a los tratados de Derechos Humanos en materia de género puesto que es una problemática real que atraviesan las personas que sufren la discriminación por su condición sexogenérica en las instituciones. Argentina se comprometió internacionalmente a no tolerar estas situaciones de discriminación y sin embargo, muchos de sus jueces todavía no se han capacitado en esta materia, haciendo incurrir eventualmente a la Argentina en responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones asumidas.

## **6. Conclusiones**

En este trabajo ha analizado los principales argumentos del fallo “Córdoba, Luis Jaime p.s.a. comercialización de estupefacientes, Expte. n° 1961/5141, 10/052016”. Este fallo, como se ha mostrado, resulta arbitrario -además de discriminatorio- en cuanto a las condiciones que se tienen en cuenta para agravar la pena de la imputada debido a que su condición de extranjería se vuelve el elemento más relevante en la ponderación para alejarse del mínimo de la escala penal. Además, el tribunal durante recurrentemente en la sentencia vierte dichos prejuiciosos y discriminatorios sobre la condición de género de la imputada, tratándola siempre en masculino; violando con ello la Ley de Identidad de Género 26.743 y los estándares convencionales de interpretación en materia de género. Por



último, criminaliza el trabajo sexual, exhortando al Poder Ejecutivo a investigar la zona donde Córdoba trabajaba debido a una supuesta “multiplicidad de delitos” y “ruidos molestos” que refieren los vecinos de la zona.

En virtud del análisis realizado a lo largo del trabajo y de las consideraciones aquí vertidas, considero que el fallo examinado es un claro caso de arbitrariedad en el uso de agravantes subjetivos en la determinación de la pena. Estos niveles de arbitrariedad entran en contradicción con el principio de igualdad en la distribución del castigo, pero también dañan la noción misma de Estado de Derecho en tanto los jueces parecen no encontrarse sometidos a estándares mínimos de razonabilidad en la individualización de la pena.

## 7. Bibliografía

Amnistía Internacional, *"Lo que hago no es un delito". El coste humano de penalizar el trabajo sexual en la ciudad de Buenos Aires, Argentina*, 2016, AMR 13/4042/16. Recuperado de <https://amnistiainternacional.org/publicaciones/249--lo-que-hago-no-es-un-delito-el-coste-humano-de-penalizar-el-trabajo-sexual-en-la-ciudad-de-buenos-aires-argentina.html>

Arballo, Gustavo., “El discreto encanto del obiter dictum”, en: *Saber Leyes no es Saber Derecho*, publicación online, 16/12/2005 en <http://www.saberderecho.com/2005/12/el-discreto-encanto-del-obiter-dictum.html>.

Mañalich, Juan Pablo, “¿discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?”, en: *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal*, Centro de Documentación de la Defensoría Pública, Chile, 2009

Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Raperrtor, Barcelona, 2011

Peralta, José M., “Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena”, en: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 2008.

Van Weezel, Alex de la Cruz, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol 24, N°3, pp. 459-205.

Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005



## Nota al fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sobre el agravante femicidio.

Samanta Funes\*

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, sentencia n° 56 de fecha 09/03/2017. “Lizzarralde, Gonzalo Martín p.s.a. homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa” (Expte. nro. 2015401)

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Hechos. 3. El fallo. 4. Análisis del fallo del TSJ. 4.1. Interpretación expuesta por la Cámara para no aplicar el art. 80 inc. 11 CP (fs. 86); 4.2 Aplicación de la norma al caso concreto; 4.3 Argumentos del Tribunal Superior de Justicia; 5. Evaluación final. 6. Bibliografía.

### 1. Introducción

El fallo que comento es el dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (en adelante TSJ), que agrega el agravante de violencia de género (art. 80 inc. 11 CP) a la imputación dada por la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Décimo Primera Nominación de Córdoba de (y sólo respecto a el) “homicidio calificado por alevosía” a Gonzalo Lizzarralde. Lizzarralde fue condenado por matar a Paola Acosta (e intento de homicidio contra su hija M.).

Este análisis se centrará en la evaluación que hace el máximo tribunal provincial de la interpretación del agravante realizada por la Cámara del Crimen (en adelante, “la Cámara”) y de las consideraciones de hecho y de derecho para fundar la inaplicabilidad del 80 inc. 11 del Código penal. Principalmente, me interesa destacar la interpretación que hacen ambos tribunales sobre el concepto de violencia de género y sobre los hechos traídos bajo análisis (contexto).

El comentario se estructurará del siguiente modo. En primer lugar, los argumentos dados por la Cámara para fundamentar la no aplicación del agravante; en segundo lugar, la interpretación de ese tribunal para no subsumir los hechos en la norma (exclusión); y por

---

\* Abogada (Universidad Nacional de Córdoba). Perteneciente al Cuerpo de Abogadas Feministas de Córdoba (CAF). Email: [samantaborz@gmail.com](mailto:samantaborz@gmail.com).



último, la evaluación del TSJ sobre la línea de interpretación adoptada por la cámara para no aplicar el art. 80 inc. 11.

Vale precisar que el código penal no utiliza el término *femicidio* sino *violencia de género* para referirse a la agravante prevista en el art. 80 inc. 11, que dice que: “*se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el art. 52 al que matare... a una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediar violencia de género*”. Sin embargo, está aceptada socialmente la asimilación<sup>1</sup> de ambos términos y es de ésta forma cómo la aplican los tribunales<sup>2</sup>. Otra asimilación se realiza con los términos *violencia de género* y *violencia contra las mujeres*, toda vez que ambos tribunales utilizan la definición del art. 4 de la Ley 26.485 para definir violencia de género (el artículo define lo que es violencia contra las mujeres). La ley establece que la violencia contra las mujeres es “*toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. Se considera violencia indirecta, a los efectos de la presente ley, toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón*”. Posturas más contemporáneas<sup>3</sup> sostienen que violencia contra las mujeres es una especie de violencia de género, y que esta última integra la violencia que pueda sufrir toda persona, sin distinguir su sexo, por la identidad de género que asuma, siendo posibles víctimas de esta violencia tanto hombres, como mujeres, trans, lesbianas, queer, etc. Sin embargo, se insiste, está socialmente aceptado utilizar los términos *violencia de género* y *contra la mujer* como sinónimos, desplazando las discusiones sobre las divergencias a los ámbitos académicos o de militancia política.

---

<sup>1</sup> En el marco del agravante del CP, *asimilación* significa que ambos términos -violencia de género y femicidio- se refieren a lo mismo. Distinta es la utilización de dichos términos fuera de la aplicación (o apelación) al agravante, pues en dicho caso femicidio es una forma (especie) de violencia de género.

<sup>2</sup> Sobre este punto, puede verse la asimilación que se hace de los agravantes del inc. 4 y 11 del art. 80 del Código Penal. Ver Peralta, J. M., *Homicidios por odio como delitos de sometimiento (sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio)*, InDret, Barcelona, 2013.

<sup>3</sup> Ver Facio A. y Fries, L., *Género y Derecho*, La Morada, Santiago de Chile, 1999.



## 2. El fallo

Por sentencia n° 46 de fecha 22/10/2015, la Cámara en lo Criminal y Correccional de Décimo Primera Nominación de la ciudad de Córdoba, resolvió: “Declarar a GONZALO MARTÍN LIZARRALDE, ya filiado, autor penalmente responsable de los delitos de HOMICIDIO CALIFICADO POR ALEVOSÍA (arts. 45, 80 inc. 2°, 2° supuesto, del Código Penal) en contra de Paola Soledad Acosta, y HOMICIDIO CALIFICADO POR EL VÍNCULO Y POR ALEVOSÍA, EN GRADO DE TENTATIVA (arts. 45 y 42, art. 80 inc. 1°, 2° supuesto, e inc. 2°, 2° supuesto del Código Penal) en contra de su hija M.L., todo en concurso real (art. 55 del Código Penal), e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de PRISIÓN PERPETUA, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (arts. 5, 9, 12, 40, 41 y 29 inc. 3ero. CP, 550 y 551 del Código Penal)” (fs. 2406).

La sentencia fue casada por ambas partes. Por un lado, el Dr. Walter Gerardo Ferrero, defensor de Gonzalo Martín Lizarralde, interpuso recurso de casación por considerar que el fallo carecía de debida fundamentación en cuanto a la conclusión sobre la existencia de la participación de su asistido en los hechos que se le endilgaron y por la ausencia de motivación. Por el lado del querellante particular, Hernán Rubén Faerher, patrocinado por el Dr. Juan Carlos Sarmiento, casó la sentencia en tanto consideraba que había sido indebidamente inobservado el art. 80 inc. 11 del Código Penal.

Arribada a casación, los puntos a resolver por el Tribunal en la sentencia fueron los siguientes: (1) si ha sido indebidamente fundada la conclusión acerca de la participación de Lizarralde en los hechos atribuidos, (2) si ha sido indebidamente fundada la inobservancia del art. 80 inc. 11 del CP, y (3) qué solución corresponde dictar. En este análisis me concentraré en el segundo y tercer punto.

## 3. Hechos

El 21 de Septiembre de 2014, Paola Acosta fue encontrada muerta en una alcantarilla de la Ciudad de Córdoba, junto a su hija de dos años quien aún permanecía con vida. La última persona que tuvo contacto con las víctimas fue el padre de la niña, Gonzalo Lizarralde, el día 18 de septiembre. 22 días antes, se había homologado el acuerdo judicial que preveía una cuota alimentaria, obra social y régimen de visitas, tras haberse confirmado el vínculo paterno que unía a Gonzalo con la niña.



Gonzalo trabajaba en la panadería de sus padres, haciendo repartos y Paola era empleada de un call center. Ambos se habían conocido por redes sociales y luego de unos encuentros ella queda embarazada. Ante la noticia del embarazo, Gonzalo niega la paternidad y le sugiere hacerse un aborto; luego solicita un ADN al feto, le otorga información parcial a Paola sobre enfermedades familiares, y por último, corta todo tipo de comunicación con Acosta. Ante esto, Paola decide continuar con el embarazo, siendo acompañada por familiares y amigos/as (también) al momento del parto.

Ya nacida la niña, Paola pierde su trabajo en el call center e inicia los trámites judiciales ante la asesoría letrada para obtener el reconocimiento paterno y lograr la manutención de su hija. Iniciado los trámites, Acosta se encuentra con obstáculos para notificar a Lizzarralde y diligenciar oficios, ya que éste cambiaba constantemente de domicilio o su familia la hacía esperar largas horas para firmar los oficios. Finalmente, se realizan las audiencias y el análisis de ADN, comprobándose la paternidad y firmándose un acuerdo judicial en el que se pacta cuota alimentaria, obra social y régimen de visitas. Pese a la homologación del acuerdo (22 de agosto de 2014), Gonzalo persistió con su actitud renuente, no inscribiendo a la niña en la obra social, no pagando la cuota alimentaria y sólo iniciando los trámites de inscripción en el Registro de las Personas.

Tras sucesivas excusas para alcanzar el dinero de la cuota al domicilio de Acosta, el miércoles 18 de septiembre, Gonzalo le pide que a las diez de la noche, baje con la niña a la vereda de su domicilio a los fines de abonar la cuota y entregarle un regalo a su hija. Así las cosas, Paola baja acompañada por la pequeña sin sus cosas personales, y ambas son entretenidas por Gonzalo hasta tanto la cuadra queda liberada de tránsito y de locales comerciales abiertos, para así hacerlas ingresar forzosamente a la camioneta para luego a matar a Paola y herir de muerte a la niña. Creyendo que ambas estaban muertas, se dirige con su camioneta a la esquina de una panadería clienta y las arroja a una alcantarilla. Gonzalo vuelve a su domicilio.

A la otra mañana, Lizzarralde llega al trabajo más temprano de lo habitual con la camioneta (mal) lavada y es a la tarde cuando la lleva a un lavadero, dejando una propina poco habitual. En el medio, realiza una denuncia de un falso secuestro, esquiva los llamados de los amigos de Paola para saber su paradero e inventa sucesos sobre la noche del 18 de septiembre.



Finalmente, tras comprobarse que Gonzalo había sido la última persona que había tenido contacto con las víctimas y de tener motivos suficientes para considerarlas un obstáculo en su vida, la Cámara lo condena por homicidio agravado por alevosía contra Paola, proporcionando fundamentos para no aplicar el agravante del art. 80 inc. 11 del Código Penal.

#### 4. Análisis del fallo del TSJ

##### 4.1. Interpretación expuesta por la Cámara para no aplicar el art. 80 inc. 11 CP (fs. 86)

La Cámara adopta distintas líneas interpretativas para dotar de significado el texto del art. 80 inc. 11. Para ello el tribunal realiza en primer lugar, un análisis general para luego ir precisando sobre cuestiones más terminológicas y semánticas. Sobre los elementos del tipo penal de la norma considera que, a diferencia de cualquier otra, el art. 80 inc. 11 se integra con que *“la víctima debe ser una mujer y el sujeto activo un hombre, completándose el tipo penal con la exigencia de que debe mediar violencia de género”*. Seguidamente, y para analizar el concepto de violencia de género, tiene en cuenta las interpretaciones auténticas (citando los dichos del diputado Albrieu) y citas de definiciones vertidas en documentos y organismos internacionales.

En segundo lugar, puntualiza las dificultades interpretativas que presenta la expresión violencia de género al decir que *“no refiere a ninguna relación previa entre víctima y victimario, no alude al momento en que debe ejercerse la violencia...”*. Se refiere a éste como un elemento normativo extralegal del tipo, que no está previsto en el código penal sino en el art. 4 de la ley 26485, y a su vez, que esa *relación desigual de poder* ha sido conceptualizada por el decreto reglamentario nro. 101/2010 como *“aquella que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de inferioridad de las mujeres y la superioridad de los varones...”* (el subrayado me pertenece).

En calidad de cita interpretativa, y luego de tener en cuenta consideraciones y conceptos elaborados por doctrina y jurisprudencia nacional y provincial, el Tribunal destaca *que no toda violencia contra la mujer es violencia de género*, en tanto esta última presupone *“un espacio ambiental específico de comisión y una determinada relación entre la víctima y el agresor; la violencia es poder y el poder genera sumisión, daño, sufrimiento, imposición*



*de una voluntad, dominación y sometimiento, y por lo general, posiciones diferenciadas, relaciones asimétricas y desiguales de poder”.*

Dichas consideraciones son las que le permiten al tribunal de juicio concluir que lo que caracteriza al femicidio (y es lo que permite la existencia de una relación desigual de poder y justifica, a su vez, el mayor contenido del injusto del hecho típico es la muerte de una *mujer vulnerable* en un contexto de violencia de género, sosteniendo que *“el fundamento de la mayor penalidad debe buscarse en la condición del sujeto pasivo y en las circunstancias especiales de su comisión: violencia ejercida en un contexto de género”*. Agrega que para salvar la existencia de un trato desigualitario entre hombres y mujeres, sólo desde esta perspectiva basada en ese componente adicional que acompaña la conducta típica (es decir, la relación desigual de poder) se justifica la agravación de la pena -cuando el autor del homicidio es un hombre y la víctima una mujer-.

Finalmente, señala que el concepto de violencia de género es un concepto normativo extralegal que no admite interpretación judicial libre ni puede ser creado judicialmente, en tanto *“está en la ley y sólo la ley dice que es violencia de género”*.

Por lo que, y a modo de conclusión, los requisitos que -según la Cámara- deben darse para la aplicación del art. 80 inc. 11 son los siguientes:

1. violencia de género: entendida como aquella que exige un poder que genere sumisión, desvalorización, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento, a través de amenazas, humillaciones o vejaciones.
2. prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de inferioridad de las mujeres y superioridad de los varones (...) que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas.
3. que todas esas conductas sean funcionales a la perpetuación de un modelo de sociedad patriarcal.
4. su núcleo es el desprecio hacia la mujer por el hecho de serlo, en rebajarla a la condición de objeto susceptible de ser utilizado por cualquiera,
5. esa violencia está arraigada en estructuras sociales construidas en base al género más que acciones individuales o acciones al azar.



6. se la priva a la mujer intencional y no justificada legalmente, de recursos para el bienestar físico o psicológico y de hijos,
7. supone relaciones de desigualdad y de poder asimétricas entre los sexos, que subordinan a la mujer, sea en su vida pública o privada,
8. siempre se está en presencia de una víctima mujer vulnerable.

#### 4.2. Aplicación de la norma al caso concreto

A los fines de la subsunción del caso, la Cámara evalúa si los hechos previamente descritos son considerados violencia de género (o contra la mujer) según la ley nacional. Así, comienza por determinar *“si existe un posicionamiento machista que lo ligue con los estándares del ideario patriarcal que cimienta la violencia de género”*. Para ello, resume la *“real situación”* entre el autor y la víctima y considera: a) que Acosta y Lizzarralde tenían una relación informal y poco duradera -de unos pocos meses-, *“en la que mantuvieron más que nada contactos virtuales y algunas salidas nocturnas”*. El Tribunal consideró al vínculo poco fluído pues el imputado lo ocultó de sus amigos y familia y Paola no lo presentó a sus familiares o amigos. Conclusión: el objeto de interpretación aquí fue el tipo de vínculo.

Previo al hecho, el acusado -supuestamente- no ejerció violencia física psicológica o económica en contra de las víctimas, aun cuando fue reticente en asumir su responsabilidad como padre hasta que un ADN lo determinara. *“Ello, a su criterio, era entendible pues podía dudar de su paternidad en tanto su relación no era estable”*. A pesar de ello, *“pidió hacer un examen durante el embarazo”*, lo que fue descartado por la víctima atento que acarrearía riesgos para el embarazo. La cámara acentúa, *“desde el punto de vista legal, él no tenía la obligación de contener psicológicamente ni económicamente a la víctima más allá de que eventualmente pudiera caberle algún reproche de tipo moral”*.

(Y es que) Lizzarralde concurrió, finalmente, a la asesoría letrada del fuero de familia, llevándose a cabo las respectivas audiencias y exámenes biológicos, donde se acredita el vínculo paterno. Esto le permitió concluir a la Cámara que *“esos 22 días que pasaron entre la celebración del acuerdo y la muerte de Paola, no fue tiempo material suficiente como para considerar que hubo conductas omisivas y esquivas del imputado en relación a sus obligaciones como padre de M que constituyeran violencia psicológica o económica”*. Sin



embargo, los sentenciantes tuvieron en cuenta que luego del acuerdo, el acusado abonó a Paola el proporcional de la cuota y *“hasta inició el trámite en el registro”*.

En base a estas consideraciones de hecho y derecho, la Cámara niega que haya sido una relación asimétrica, desigual, como lo exige la ley, al tiempo que Lizzaralde no ejerció realmente sobre Paola un poder generador de sumisión, daño, sufrimiento, imposición de una voluntad, dominación y sometimiento, que son las conductas y secuelas propias de la violencia de género. Tampoco *“existió en este caso, además de ser sus protagonistas un hombre y una mujer, un componente subjetivo, misógino, que es lo que movía la conducta del autor, esto es, causar un daño por el hecho de ser mujer”*. Concluyen diciendo que, tales negaciones se corresponden con las características de la personalidad de Paola Acosta puestas de manifiesto en la propia acusación en la medida que *“se trataba de una mujer que no fue dócil a la postura que asumió lizzaralde -sobre su paternidad- sino que decidió empoderarse en defensa de sus derechos y los de su hija”*.

La Cámara insiste en que la “violencia de género” exige la presencia de una víctima mujer vulnerable y también *“relaciones de desigualdad y de poder asimétricas entre los sexos, que subordinen a la mujer”*, condiciones que -supuestamente- no se dan en el presente caso. Sino que por el contrario, el Tribunal consideró que Acosta no era una mujer vulnerable, sumisa, dominada, víctima de una desigualdad de poder, sino más bien *“una mujer fuerte, decidida, pero atacada sorpresiva y alevosamente”*.

### **3. Argumentos del Tribunal Superior de Justicia**

El Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) expone: (1) los argumentos dados por la Cámara para desestimar la aplicación del art. 80 inc. 11 del CP, e inmediatamente otorga (2) los justificativos de por qué no son suficientes aquellos argumentos para sostener la conclusión.

1. En el análisis de los argumentos utilizados por la Cámara, se pone en evidencia lo siguiente.
  - a. La utilización de una noción restringida de violencia de género.
  - b. La contemplación, por un lado, de elementos propios de violencia, y por otro lado, su desconocimiento en la consideración del caso.



- c. El condicionamiento que el concepto restringido genera para el examen de los elementos fácticos.

1.a. Con respecto al punto A, el TSJ analiza las condiciones que tuvo en cuenta la Cámara para excluir la figura (agravante del art. 80 inc. 11). A saber, 1. la necesidad de la existencia de un especial vínculo entre víctima y victimario, 2. la concurrencia de una relación de dominio, sumisión o poder por parte del autos sustanciada a través de amenazas, humillaciones o vejaciones; 3. y la presencia de características inherentes a esta clase de víctima (la necesidad de que se trate de una mujer vulnerable).

Sobre el primer punto, el TSJ entendió que la interpretación propiciada por la Cámara se asienta en el *caso común* conocido en tiempos recientes como femicidio, que resulta del homicidio cometido por el cónyuge o ex cónyuge o el novio o ex novio, en contra de su pareja o ex pareja mujer. Frente a esto entiende, que si bien la mayoría de los casos de violencia doméstica configuran violencia de género, lo cierto *“es que esta restricción al alcance de violencia de género resulta una condición no prevista en ninguno de los tratados internacionales examinados, ni en la legislación nacional. Al contrario, la proyección de violencia de género es entendida de modo transversal, en la medida que ésta tenga lugar dentro del grupo familiar o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal -con o sin convivencia con el agresor-, en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona, o que sea perpetrada o tolerada por el propio estado o sus agentes donde quiera que ocurra”* (TSJ cita a la convención Do Pará, art. 2). El TSJ concluye diciendo que *“la violencia de género y la violencia familiar pueden o no concurrir simultáneamente en un caso concreto, pero ninguna de las dos se absorbe completamente”* (TSJ, sala penal, “Trucco<sup>4</sup>”, cit.).

Sobre el segundo punto (la relación de desigualdad) identifica que la Cámara ha puesto acento en las formas en que la violencia *debe* manifestarse, a saber: amenazas, daños o vejaciones. Contrariamente, el TSJ critica la idea de la Cámara según la cual la violencia se reduce a ciertos hechos graves que constituyen expresiones de violencia (incluso delictivas) y no incluye violencias escondidas detrás de estereotipos tolerados socialmente,

---

<sup>4</sup> En este fallo el tribunal sentó interpretación respecto a la irrelevancia de que el agresor integre o no una relación interpersonal.



y sostiene que “*cerrar el círculo de violencia a ese grupo se corre el riesgo de esperar la presencia de lesiones visibles omitiendo situaciones de suficiente gravedad que califiquen como modos de violencia.*”

Respecto al tercer y último punto, sobre la personalidad de la víctima, como mujer vulnerable y asimilable a una persona débil de carácter -rebajada a la calidad de objeto-, el Tribunal de juicio delimita el ámbito de mujeres que pueden ser víctima de violencia. Esto se debe, insiste el máximo tribunal, a que las mujeres, todas ellas, independientemente de sus propiedades personales, sociales o culturales, están alcanzadas por la normativa internacional y nacional. Estas premisas normativas de alcance general, no toman como parámetro otra realidad que la de ser mujer, sin más: “es la violencia contra la mujer por el hecho de serlo”. Lo contrario sino, ubicaría a un colectivo de mujeres fuera del alcance protectorio de las normas. Además, claro está, de permitir la consideración de un presupuesto no contemplado para esta clase de casos previstos normativamente.

En base a los argumentos dados por la Cámara, el TSJ expone los argumentos de por qué los considera insuficientes: sostiene que el concepto *violencia de género* no requiere necesariamente que exista un tiempo previo en el que se manifieste este tipo de violencia, ni que ese tiempo debe darse en personas con algún tipo de relación íntima (conocido como femicidio íntimo). Tampoco hace falta que la relación de desigualdad se presente a través de formas delictivas sino que deberá ser examinada caso por caso atendiendo al contexto, el cual revelará la concurrencia de estereotipos y prácticas sociales que son modos cultural y socialmente aceptados de tolerar la desigualdad entre hombres y mujeres; y por último, las víctimas no deben tener algún rasgo especial en su carácter para adquirir dicho estado. Acto seguido, desarrolla las condiciones erróneamente aplicadas y los extremos fácticos omitidos en razón del concepto restringido de violencia de género.

Dicho esto, y relacionado a la contemplación de elementos propios de la figura desconocidos en la consideración del caso, se presentan extremos del hecho tenidos por cierto por la cámara pero no considerados para la aplicación de la noción de violencia de género. Estos extremos muestran elementos del contexto en el que se produjo el homicidio que justifican la aplicación de la agravante, tal como los estándares apuntados anteriormente exigen.



Estos hechos son, entre otros, (1) que el conflicto entre L y A devino con el embarazo de esta última, que se erige *per se* como indicio del móvil que tuvo el imputado para terminar con la vida de las víctimas, quienes además constituían un obstáculo a sus planes familiares futuros; (2) que frente a esta noticia, el tribunal trajo a colación los dichos de varios testigos que dieron cuenta de la reacción del imputado y su actitud posterior; (3) el peregrinaje judicial por el que tuvo que afrontar Acosta para conseguir la citación judicial para el reconocimiento de la paternidad por parte de Lizzarralde, (4) y que éste ocultó su vínculo con Acosta y la niña a su entorno de amigos y a su novia, quienes tomaron conocimiento de ello con los hechos fatales. Y es a partir de estos hechos, que el TSJ consideró que surgían los elementos indicadores de violencia requeridos para calificar el homicidio cometido en contra de Acosta.

El máximo tribunal provincial ya había señalado que *“la existencia de una relación informal, poco duradera y no fluida no condiciona la existencia de esta clase de violencia”*. Que a pesar de ello, insiste, no ha sido el vínculo inicial entre L y A lo que puso en evidencia la escalada de violencia en medio de la cual se gestó el homicidio sino que fue el embarazo y los acontecimientos que siguieron lo que modificó la situación entre ambos. De allí que resulta intrascendente evaluar el estado emocional o amoroso que había entre aquellos. También quedó acreditada la actitud adoptada por el imputado a lo largo de todo el proceso judicial iniciado en agosto de 2013 para lograr el reconocimiento de la paternidad.

Sin embargo, para el TSJ el caso revistió la característica de *“caso sospechoso”*, requiriendo suma atención al cuadro completo en que ocurrieron los hechos, considerando el contexto y las situaciones personales y sociales en las que se encontraban víctima y victimario. Así, se tuvo en cuenta (a) que la conducta de Lizzarralde estuvo orientada a ocultar a su entorno familiar y a sus amigos su conexión con Acosta y su hija, lo que no le demandó mayores esfuerzos hasta momentos antes de la instancia de reconocimiento judicial; (b) que sus obligaciones legales hacían visibles dicho lazo lo que problematizaba su plan de vida del que pretendía mantenerlas al margen. Es que hasta el homicidio el acusado transitó lo que había evadido los dos años y medios antes; (c) finalmente, la necesidad de Acosta de integrar a Lizzarralde a la vida de su hija era contrarrestada por una marcada indiferencia y reticencia a cumplir con las cargas que ello le demandaba. Esta, según el TSJ, es la clave para leer la realidad del caso que evidencia que existía un claro



estado de desigualdad entre ambos, pues mientras Acosta transitó un embarazo y la intensa gestión judicial, Lizzarralde se mantuvo al margen de todo ello sin mayor esfuerzo.

El TSJ concluye que *“se advierte la necesidad de prevenir la discriminación operada hasta la muerte de Acosta, pudo no encontrar respuestas formales e institucionales oportunas y eficaces, pero tal omisión no puede condicionar el examen del caso a tal punto que desconozca los episodios de violencia transitados según los códigos establecidos a nivel nacional e internacional.”*

## 5. Evaluación final

Luego de la presentación *jurisprudencial*, me interesa destacar la interpretación que hacen ambos tribunales del agravante y del término violencia de género en sí, puesto que considero que es lo que condiciona lo resuelto en cada sentencia.

a- Previo a ello, y con fines aclaratorios, expondré algunas premisas troncales que no se discuten explícitamente en los fallos pero sí surgen de los conceptos utilizados y aplicados por cada tribunal.

En primer lugar, parece claro que la ley que agrega el agravante se dictó con el propósito de intervenir activamente en una desigualdad de hecho, machista y opresiva. Pero del hecho que ese haya sido el propósito relevante, no se sigue que tenga que evaluarse o verificarse la circunstancia de opresión para aplicar la norma (suponiendo que pueda haber algo como eso mientras la sociedad niega fervorosamente el machismo y la violencia de género). Es decir, las *razones para dictar* la norma no tienen por qué ser relevante para la *aplicación de la norma*. Volviendo a la suposición anterior, en el caso de que la víctima de un homicidio en un contexto de violencia de género sea una mujer no oprimida, esa situación no cuenta para no aplicar la norma, porque la norma no distingue. De nuevo, que la desigualdad real y fáctica haya sido la razón para dictar la norma, no implica necesariamente que sea relevante para aplicar la norma.

En segundo lugar, en las condiciones de aplicación de la norma, hay dos lecturas. Una restringida, adoptada por la Cámara, y otra amplia, sostenida por el TSJ.



En tercer lugar, la norma no distingue acerca de la personalidad de la víctima, solo dice “mujer”. Sin embargo, la tesis restringida pareciera incluir esta discusión (requisito) en la condición de aplicación del concepto de violencia de género.

En cuarto lugar, el tipo de vínculo entre víctima y victimario es irrelevante para la aplicación de la norma, puesto que si bien la mayoría de los casos de femicidio son del tipo “íntimo” (razones para dictar la norma), la norma no lo exige como condición de aplicación. Es decir, no sólo que la violencia puede darse con vínculo previo o no, sino que esto no es relevante para aplicar la norma.

En quinto lugar, el TSJ admite que está ante un caso sospechoso, por lo que habilita el análisis de contexto de la causa.

b- Interpretación de los tribunales: Cámara. Este tribunal (al igual que el TSJ) apela a la ley nacional para definir el elemento del tipo, violencia de género, incluso trae a colación jurisprudencia y doctrina de los más altos tribunales nacionales e internacionales sobre la materia y describe los hechos del mismo modo que se hace en la instancia superior. Sin embargo, es interesante resaltar que pese a la descripción individual que hace de cada hecho, luego no los subsume en el agravante. Todo ello, pese a la remisión doctrinal y jurisprudencial hecha en unos considerandos más arriba.

*Conclusión nro. 1:* la Cámara le agrega requisitos al agravante del inc. 11. al requerir un tipo de vínculo y una personalidad de la víctima. A estos puntos no los menciona ni el código penal ni la ley nacional.

*Conclusión nro. 2.* Pese a dar por probados ciertos hechos (e insisto, con la remisión de doctrina y jurisprudencia nacional e internacional citada previamente), no los entiende a éstos como machistas, constitutivos de violencia de género. Por ejemplo, la postura tomada por Lizzaralde a lo largo de todo el peregrinaje judicial (y pre judicial) asumido por Paola, la Cámara lo lee como una posible obligación moral con derecho a duda del imputado, no advirtiendo las distintas conductas comisivas y omisivas de Gonzalo para disuadir todo avance judicial<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Ya probado el vínculo, las excusas expuestas por el imputado y los vaivenes de citas para “la contribución” en la salud de la niña, lo que finalmente le sirve de excusa para aplicar su arremetida final: mantenerlas entretenidas el mayor tiempo posible en la vereda, a largas horas de la noche, para finalmente obligarlas a entrar a su camioneta y darle muerte a Paola e internar lo mismo contra la niña, arrojándolas en la alcantarilla



Al margen de los hechos descritos en el párrafo anterior, a lo largo de toda la sentencia se dan por probados estos hechos (los hechos estrictos del asesinato y tentativa de) y también todos aquellos que el TSJ consideró como parte del “contexto” que es lo que determinó la aplicación del agravante.

Con las conclusiones mencionadas anteriormente, se identifica claramente que la interpretación restringida adoptada por la Cámara del art. 80 inc. 11 (restringida y errónea) condiciona la lectura (no así la descripción) de los hechos probados en la causa. Sumado a la ausencia de perspectiva de género, la Cámara dicta una sentencia que niega el comportamiento machista y el ejercicio de violencia de género contra Paola.

*Sentencia del Tribunal Superior.* En ella pueden identificarse ciertas premisas interpretativas que marcan la diferencia con la sentencia de Cámara y claramente, le permite no sólo fundar los argumentos para aplicar el agravante sino para interpretar y considerar como insuficiente la sentencia de la instancia inferior.

Los puntos a resaltar son: que el TSJ (1) también apela a la ley nacional para definir violencia de género, (2) que considera a este elemento como un elemento legal del tipo (la cámara lo considero extralegal), (3) que aplica una perspectiva de género para evaluar los hechos e interpretar la norma. Esta perspectiva de género, exige para la doctrina y jurisprudencia clásica, una lectura de 360 grados de la normativa nacional e internacional y de los hechos traídos bajo análisis.

Como se dijo más arriba, el Tribunal adopta una interpretación amplia de la normativa, pues considera que basta con ser mujer (sin ningún tipo de requisito relacionado a la personalidad) para ser sujeto de derecho, y que no existe ninguna exigencia legal que requiera algún tipo de vínculo entre víctima y victimario, etc. Sobre los hechos, al margen de la ausencia de requerimiento sobre algún tipo de vínculo, el tribunal considera que el hecho detonante y desencadenante fue la noticia del embarazo no así el (tipo de) vínculo entre ambos, lo que saca bajo la órbita de análisis el tipo de vínculo entre Paola y Gonzalo.

---

de un lugar de paso común para él. A esto hay que sumarle los comportamientos y hechos realizados por Lizzarralde *a posteriori* de la noche del 19 de septiembre, lo que deja de manifiesto su voluntad de ocultar (y disuadir al resto) el delito.



Siguiendo la misma línea interpretativa, el TSJ consideró ilegal y constitutivo de maltrato y expresión de desprecio aquello que la Cámara consideró irrelevante o librado a la moral. Así, la Cámara le concede al imputado el "beneficio de la duda" para explicar su actitud renuente previo a la confirmación de la paternidad; en cambio, el TSJ consideró que Paola se vio inmersa en un peregrinaje judicial al verse plagada de trámites judiciales, notificaciones, pérdida de trabajo, mientras Lizzarralde afrontó sin ningún problema esta instancia.

Por último, también forma parte de la postura amplia del TSJ, la necesidad de tener en cuenta el contexto al evaluar las características de la violencia de género en un caso sospechoso o dudoso. Así, el TSJ expresamente dijo que *"el examen de la figura penal en cuestión identifica necesariamente la subsunción típica con la subsunción convencional, pues entre sus elementos normativos requiere la concurrencia de "violencia de género". Sobre el particular, hemos dicho recientemente que ante casos sospechosos las características de la violencia de género deben revisarse según el contexto en que ocurre. Dicho contexto demanda la exploración de la relación autor/víctima, sin caer en estereotipos, a través de informes o pruebas técnicas que incluyan también las personalidades de ambos, y el análisis de las características cualitativas de la violencia, en vista al rasgo que hace a la identidad central de la violencia de género. Todo caso sospechoso, debe ser investigado en lo atinente al contexto para descartar o confirmar si se trata de violencia de género, contexto que en el supuesto bajo examen ha sido suficientemente explicitado."*

Esta postura es muy importante, dado que en los delitos fatales de violencia de género, las circunstancias de motivación no pueden circunscribirse a la situación en concreto, sino que necesariamente debe evaluarse -desde una perspectiva de género- los hechos que precedieron a la fatalidad. Este contraste puede advertirse al analizar la línea interpretativa de la Cámara y del TSJ: por ejemplo, el tránsito de la gestación y los trámites judiciales por filiación. Según la Cámara, el imputado contaba con el beneficio de la duda, y según el TSJ, Paola se vio inmersa en un peregrinaje judicial y obstaculización personal por parte de Lizzarralde, mientras que el acusado lo transitó sin ningún problema.

A modo de conclusión, quiero destacar la variedad de bibliografía sobre doctrina, legislación y jurisprudencia nacional e internacional sobre los derechos de las mujeres y violencia de género citada en el fallo, así como resaltar la obligación del Estado a proceder



con la diligencia debida para prevenir, investigar, enjuiciar y castigar esos actos de violencia por motivos de género, dado que la falta de investigación en casos en los que existan indicios o sospechas de violencia de género, puede constituir en sí misma una discriminación basada en el género o una violencia institucional por parte del Estado.

Las mujeres tenemos el derecho a vivir una vida libre y sin violencia y el Estado es el principal obligado a procurarlo. Si sos víctima de violencia de género llama al 144 o acercate a la unidad judicial más cercana.

## 6. Bibliografía

Facio A. y Fries, L. (1999) *Género y Derecho*. Santiago de Chile, La Morada.

Peralta, J. M. (2013) Homicidios por odio como delitos de sometimiento (sobre las razones para agravar el femicidio, el homicidio por odio a la orientación sexual y otros homicidios por odio), En *InDret*, Núm. 4, Vol. 2013. ISSN 1698-739X. Lugar de publicación: Barcelona.

Legislación:

Ley N° 11179. Código Penal

Ley N° 26.486. Ley de Protección Integral a las Mujeres.

Ley N° 9283. Ley de Violencia Familiar.

Jurisprudencia:

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sentencia N° 56 de fecha 09/03/2017. “Lizzaralde, Gonzalo Martín p.s.a. homicidio calificado y homicidio calificado en grado de tentativa” (Expte. N° 2015401)

Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Penal, Sentencia N° 140 de fecha 15/04/2016. “Trucco, Sergio Daniel p.s.a. amenazas - Recurso de Casación” (Expte. N° 655293)



## Compensación económica: recorrido jurisprudencial<sup>1</sup>

Romina Lerussi\*

Romina D. Scocozza\*

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (CACyCOM) (Junín, Buenos Aires). Sentencia n° 57 de fecha 25/10/2016, “G., M. A. C/ D. F., J. M. s/alimentos” (Expte. N° JU-7276-2012).

Cámara Civil y Comercial (CámCC), sala 3ra. (Mercedes, Buenos Aires). Sentencia de fecha 24/10/2017, “G., S. D. C. c/C., R. L. s/acción de compensación económica”.

Cámara Nacional de Apelaciones (CNA) en lo Civil, sala J. Sentencia de fecha 07/10/16, “S., A. A. c/P., O. R. s/fijación de compensación arts. 524 y 525, CCCN” (Expte 46.075/16).

Cámara Nacional de Apelaciones (CNA) en lo Civil, sala 1ra. Sentencia de fecha 13/09/2016, “M. L. N. E. c/D. B., E. A. s/ fijación de compensación”. En *La Ley*, 7/11/2016 (cita online: AR/JUR/64925/2016).

Juzgado de Familia (JF) (Paso de los Libres, Corrientes). Sentencia de fecha 06/07/2017, “Incidente de compensación económica, L., J. A. C/ L., A. M. s/divorcio” (Expte. I03 13301/02).

Juzgado Nacional Civil (JNC), nro. 92 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Sentencia de fecha 06/03/2018, “K. M., L. E. c/ V. L., G. s/Fijación de compensación” (Expte. 45317/2016).

Juzgado de Familia (JF), 2da nom. (Córdoba). Sentencia n° 142 de fecha 20/03/2017, “D. P., R. A. c/ A., M. D. C. – Divorcio vincular – Contencioso” (Expte. 236351).

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Las sentencias que la otorgan. 3. Las sentencias que rechazan la solicitud. 4. Las sentencias que colaboran para clarificar aspectos procesales: 4.a. Plazo de caducidad; 4.b. Precisión del monto demandado. 5. Algunas reflexiones. 6. Bibliografía.

---

<sup>1</sup> El presente comentario jurisprudencial es una extracción revisada y actualizada de un artículo de nuestra autoría titulado: "Elaboraciones jurisprudenciales en torno a la Compensación Económica a dos años de vigencia del Código Civil y Comercial Argentino", en *Derecho y Ciencias Sociales*, Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica (La Plata), núm. 19 (octubre/2018), en prensa.

\* Romina Lerussi. Doctora en Ciencias Sociales. Investigadora Asistente (CIFYH-UNC/CONICET). Correo electrónico [rclerussi77@gmail.com](mailto:rclerussi77@gmail.com)

\* Romina Daniela Scocozza. Abogada (UNC). Litigante en los Fueros Civil, Laboral y Familia. Diplomada en Desarrollo Humano con Perspectiva de Género y Derechos Humanos (UNC-INECIP). Investigadora asistente (CIJ-SECyT). Docente de Derecho Constitucional. Correo electrónico [romyscocoza@gmail.com](mailto:romyscocoza@gmail.com)



## 1. Introducción

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante CCC)<sup>2</sup> entró en vigencia en agosto de 2015 e incorporó importantes modificaciones en materia de divorcio y cese de uniones convivenciales.

Entre las innovaciones más destacadas encontramos la figura de la compensación económica, institución prevista como un eventual efecto tras la disolución del matrimonio por divorcio o por nulidad (en este último caso, siempre que el cónyuge que reclama sea de buena fe), o ante el cese de la unión convivencial (arts. 441, 428, 429 y 524, del CCC respectivamente)<sup>3</sup>.

El presente trabajo propone recorrer el material jurisprudencial elaborado en torno a la compensación económica desde la sanción del nuevo Código hasta la actualidad, centrandolo en el análisis en los aspectos fácticos calificados como relevantes para determinar la procedencia o rechazo de la fijación judicial ante la falta de acuerdo entre los ex miembros de la pareja matrimonial o convivencial y, en caso de fijación, los elementos dirimentes para la cuantificación de la suma otorgada.

Aportamos finalmente algunas reflexiones referidas a las complejidades y los desafíos identificados en relación a esta institución que si bien es novedosa para el derecho argentino cuenta con sólidos antecedentes en el derecho comparado<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Ley N° 26.994 (B.O. 08/10/2014).

<sup>3</sup> A lo largo del presente artículo usamos indistintamente el término compensación económica o su abreviación CE.

<sup>4</sup> La CE encuentra antecedentes en el derecho comparado, siendo reconocida tanto entre las legislaciones europeas (tal es el caso de Francia, Italia, Dinamarca, Alemania, España) como en el ámbito americano (como en Quebec/Canadá, El Salvador y Chile). Una fuente por excelencia es la solución prevista en el art. 97 del Código Civil español, conforme la reforma introducida por la ley n° 15 de 2005, en cuanto dispone que: “*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia...*”. En materia de sistematización de derecho comparado español, se sugiere como antecedente local un documento preparado en el año 2015 por la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia (Defensoría General de la Nación, Argentina), en ocasión de la implementación del CCC en nuestro país y del instituto de la compensación, bajo el título: “Jurisprudencia: compensación económica”. Allí pueden consultarse fallos de relevancia de: Tribunal Constitucional Español, Tribunal Supremo y Tribunal Superior de Justicia (de Cataluña y de Zaragoza),



## 2. Las sentencias que la otorgan

El primer fallo de análisis es el emanado de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de la ciudad de Junín (Buenos Aires, Argentina) en el año 2016<sup>5</sup>. En primera instancia, el Juzgado Civil y Comercial n° 2, consideró que el cese de la convivencia ocasionó a la demandante un abrupto descenso en su nivel de vida, juzgando equitativo fijar en su favor una compensación económica bajo la modalidad de renta mensual, sin fijación de plazo de duración y con efecto retroactivo al día de la presentación de la demanda.

Dicha sentencia fue apelada y la Cámara decidió: “(...) *fijar la compensación económica en favor de la actora y a cargo de su ex cónyuge Sr. D. F. en la suma única de pesos ciento cincuenta mil \$ 150.000*”.

Lo primero que podemos observar es que en el fallo se indica que la CE: “*constituye una valiosa herramienta proactiva para lograr una mayor igualdad real, no solo formal, como pretende el Código en todo su articulado, tomándose como eje la protección al más vulnerable o débil. La recepción de esta figura contribuye a que el cónyuge que sufrió un menoscabo económico pueda lograr su independencia económica hacia el futuro, evitando recurrir al pago de alimentos para poder rehacer su vida*” (Herrera *et al*, 2014 citada en CACyCom Junín, 2016).

Es decir, tres elementos son sustanciales para que proceda la solicitud de CE, a saber: la existencia de un manifiesto desequilibrio económico provocado por la ruptura del vínculo, en este caso, matrimonial, que se traduzca en un menoscabo económico tal que no permita que la parte afectada pueda rehacer su vida a futuro de manera más o menos equilibrada. De lo que se infiere, demostrado lo anterior, una situación fáctica de desigualdad (de allí, la afectación a este derecho) provocada por la ruptura del vínculo en donde una de las partes, frente al divorcio, queda en una clara situación de vulnerabilidad. Dicho en otros términos, frente a la ruptura del plan de vida existencial (Pellegrini, 2014) o de la comunidad de vida (Solari, 2014) y a partir de los roles y las funciones desempeñados

---

además de material doctrinario español, así como una breve aproximación a la realidad jurídica argentina en la materia.

<sup>5</sup> CACyCom (Junín, Buenos Aires). Sentencia n° 57 de fecha 25/10/2016.



durante la vida en común, una de las partes queda en clara situación de desventaja económica.

La figura de la CE, *“se erige como una herramienta legal que posibilita y favorece una cierta igualdad real en las condiciones y oportunidades en que cada cónyuge se encuentra una vez finalizado su proyecto de vida en común, condiciones que se vieron afectadas y desbalanceadas justamente a causa de dicho quiebre”* (Pellegrini, 2014:459). Tanto casuísticamente en la Argentina cuanto en la literatura comparada, por ejemplo española (Belio Pascual, 2013), se observa que esto ocurre muy especialmente a raíz de la dedicación no remunerada de una de las partes al hogar, al trabajo de cuidados y a las tareas domésticas, en parejas heterosexuales mayoritariamente la mujer.<sup>6</sup>

En definitiva, siguiendo el tono de los Fundamentos del Anteproyecto del CCC (2014), el instituto se aleja de todo contenido asistencial por un lado y, por el otro, coloca la mirada en la función protectoria (Pellegrini, 2014), a lo que podríamos agregar, por lo dicho anteriormente, su función garantista de los derechos económicos y patrimoniales en especial de las mujeres (Lerussi y Robba, 2018).

En palabras de la CACyCom referida en el fallo en estudio, *“lo equitativo y razonable no es aquí la búsqueda de una nivelación o igualación patrimonial entre las partes sino la recomposición del correspondiente a uno de ellos por el empobrecimiento –generalmente por la frustración o postergación del crecimiento propio, pérdida de chances u oportunidades y ayudas que hubiere brindado- a la par y vinculado al enriquecimiento del otro, durante la convivencia”*. Es decir, tal como lo indica la Cámara, por un lado la CE procura equilibrar una situación de desigualdad que, agregamos, ya estaba instalada en la forma en la que se había configurado el matrimonio. Este es el aspecto que nos parece central y en el que la Cámara no acentúa la argumentación o al menos no de este modo. Aspecto sí, que se insinúa en una cita de doctrina comparada en el propio fallo en cuestión: *“cuando uno de los cónyuges ha aportado mucho mayor cantidad de trabajo para*

---

<sup>6</sup> En este sentido, no es casual que a nivel internacional existan precedentes que establecen los criterios de no discriminación y el de igualdad para evaluar el instituto en estudio. Véase la decisión tomada en el año 2004 por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) con arreglo al Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en donde se declaró inadmisibile no otorgar una compensación económica a una mujer alemana que solicitó su procedencia en instancia internacional por no tener acogida en la nacional (Comunicación No. 1/2003, Sra. B.-J. c. Alemania).



*satisfacer las necesidades del seno familiar que el otro, y no ha recibido restitución alguna o ella ha sido muy insuficiente, tiene derecho a exigir al final del régimen, una compensación económica del otro cónyuge, si es que resultó una desigualdad patrimonial manifiesta y se operó un enriquecimiento injusto a favor del otro*". Es precisamente a esa situación a la que refiere, a nuestro entender, la expresión "*compensar las situaciones de desigualdad real*".

La figura de la CE nos permite ver lo que estuvo oculto a lo largo del pacto matrimonial (en este caso). Es decir, ver precisamente esa situación de desigualdad real en donde una de las partes dedicó total o parcialmente su tiempo personal a la vida en común, mientras la otra dedicó total o parcialmente su tiempo personal al desarrollo del proyecto individual, independientemente de la aportación dineraria necesaria para la manutención de la vida en común. Es ese capital individual acumulado (por ejercicio y desarrollo de una profesión, oficio, comercio, industria, actividad laboral) el que, dada la ruptura de la comunidad, se hace visible y hay que compensar.

En otro orden, en el fallo en análisis se destaca que la suma solicitada y la modalidad de pago propuesta obtuvieron acogimiento en primera instancia pero el criterio fue modificado en instancia de apelación. En este caso, para proceder a la cuantificación, ninguno de los juzgadores utiliza la herramienta de las fórmulas. En primera instancia se fija a favor de la actora una renta del 20% del total facturado mensualmente por el demandado, sin límite temporal y con efecto retroactivo al día de la presentación de la demanda. En segunda instancia, este aspecto es revocado, ya que si bien se mantiene la decisión de fijar una CE a favor de la demandante, la misma es fijada en una suma única y total de pesos ciento cincuenta mil (\$150.000), pagaderos en tres cuotas iguales y consecutivas. Se advierte también en este caso que la objetividad pretendida por el CCC y la igualdad como principio reciben diferentes significaciones según sea aplicada la prudencia judicial.

La segunda resolución judicial que traemos a estudio fue dictada por el Juzgado de Familia de Paso de los Libres<sup>7</sup>, donde luego del divorcio, la Sra. A. M. L. promovió incidente solicitando la fijación de una CE a su favor. Este pedido fue rechazado por el Sr. J. M. L., quien a su vez interpuso reconvencción solicitando la fijación de la CE a su favor.

---

<sup>7</sup> JF (Paso de los Libres, Corrientes, Argentina). Sentencia de fecha 06/07/ 2017.



Se trataba de un matrimonio cuya duración de 22 años tuvo como fruto dos hijas que al momento de la ruptura matrimonial ya habían alcanzado la mayoría de edad. Durante la vigencia del vínculo matrimonial, la vida familiar se organizó en torno a la asignación social estereotípica de roles, en función de la cual en una pareja conformada por personas de distinto sexo el varón desarrolla un rol predominantemente proveedor de recursos económicos realizando trabajos remunerados fuera del hogar, en tanto la mujer cumple con el cuidado de la casa particular, la crianza y cuidado de hijas(os) y eventualmente, de adultos mayores o personas con algún tipo de discapacidad permanente o transitoria.

En el caso, el esposo se desempeñó siempre como empleado en relación de dependencia, con ingresos netos de entre 30 y 40 mil pesos mensuales y, al momento de la solicitud de CE, contaba con 30 años de antigüedad (dato importante a los fines previsionales). En tanto que la esposa registraba sólo tres años de trabajo en relación de dependencia (al comienzo del matrimonio) y al momento del divorcio se encontraba empleada en una actividad por la que percibía un ingreso mensual equivalente al 10% de los haberes que percibía el esposo (poco más de 3000 pesos argentinos; al momento de la sentencia ni un 50% de lo que equivaldría a un Salario Mínimo Vital y Móvil).

El juzgador entendió que en este punto se configuraba, de cara al futuro de ambos ex cónyuges, el manifiesto desequilibrio que exige la normativa que regula la CE. En el fallo se lee: *“el desequilibrio existente entre los medios de vida de cada uno de los ex cónyuges surge palmario, aproximadamente treinta mil pesos mensuales contra aproximadamente tres mil pesos mensuales”*.

Para la determinación de la procedencia, además de las pruebas informativas y documentales aportadas, el tribunal valoró especialmente las declaraciones de testigos que daban cuenta de que a la dedicación de la mujer al hogar se sumaba un pequeño aporte que lograba con la venta por las tardes, desde su casa e informalmente, de artículos diversos como discos de música (cd's) y ropa, cuyos frutos devenían en aportes a la economía familiar. También se valoró que la dedicación a las tareas de cuidado y del hogar excedía lo que estrictamente se puede definir como tareas domésticas. De hecho, en el caso bajo estudio, quedó acreditado que la familia contaba con servicio doméstico contratado, circunstancia que no fue valorada (de manera acertada, a nuestro entender) como un factor en contra de la fijación de la CE a cargo del ex esposo y a favor de la ex esposa.



Ahora bien, una vez decidido el juzgador a reconocer el derecho de la mujer a obtener una compensación por el desequilibrio económico que le ocasionó la ruptura matrimonial, enfrentó el problema de la fijación de su cuantía.

En este punto, la parte hizo una propuesta para definir el modo de calcular la suma dineraria, la cual fue rechazada por el órgano jurisdiccional. La mujer propuso multiplicar el equivalente a un Salario Mínimo Vital y Móvil (SMVM), que al tiempo de la sentencia de divorcio (con fecha 14/10/2016) ascendía a la suma de 6.810 pesos por doce meses, y que el resultado fuera multiplicado por los años que permanecieron unidos en matrimonio. La fórmula propuesta sería la siguiente:

$$\$6.810 \times 12 \text{ meses} = \$81.720 \text{ por año} \times 22 \text{ años de casados} = \$1.797.840$$

El monto al que se arribó aplicando este cálculo fue rechazado por el juez y calificado como *abultado*. Para sostener este calificativo, argumentó que: “*no estamos en presencia de una indemnización por pérdida de chances, daños o perjuicios, ni de una cuota alimentaria, sino de una compensación económica que daría la oportunidad a la solicitante de paliar el desequilibrio que el divorcio le produjo*”. A renglón seguido, propuso otro modo de cálculo diferente. El juez tomó también como base el SMVM, pero el vigente a la fecha de su resolución (ya ascendía a la suma de 8.860 pesos, según la modificación vigente desde el 01/07/2017). Lo multiplicó por 12 meses y al resultado obtenido, lo volvió a multiplicar por la cantidad de años laborales que le quedaban a la mujer (restando a 65 la edad de la ex esposa que al tiempo de la resolución tenía 47 años). Sobre el resultado, el juzgador calculó el 10% y fijó este monto como el procedente para la compensación solicitada. La fórmula quedaría así:

$$\$ 8.860 \times 12 \text{ meses} = \$ 106.320 \times 18 \text{ años} (65 \text{ años} - 47 \text{ años}) = 1.913.760 = 10\% =$$

$$\$ 191.376$$

La diferencia entre el valor reclamado (casi dos millones de pesos) y la suma fijada judicialmente (menos de doscientos mil) es, cuanto menos, impresionante. El criterio de la prudencia judicial se combina en este caso con el uso de fórmulas, hasta dar con una suma que, a criterio del juzgador, se aproxima más a un monto adecuado y no *abultado*.

En fin, en los casos bajo análisis basta con observar que ante la misma plataforma fáctica, los cálculos realizados en primera y segunda instancia modifican significativamente las



compensaciones acordadas a las demandantes. Lo importante en este punto es resaltar que cualquiera sea el método de cuantificación adoptado por el juez o la jueza, debe cumplirse acabadamente el deber de explicitar la decisión a la que se ha arribado.

El camino recorrido, los parámetros tomados en cuenta y valorados o dejados de lado en cada caso concreto, eventualmente la o las fórmulas escogidas, incluso, agregamos, las razones por las que el juzgador tome la cuantificación ensayada por las partes (o se aparte de ella), deben ser parte de la fundamentación, con ningún otro objetivo más que el de que las partes puedan conocer, controlar y eventualmente controvertir la conclusión obtenida (Acciarri, 2015).

La sentencia más reciente a la que hemos tenido acceso es la recaída en autos “K. M., L. E. c/ V. L., G. s/Fijación de compensación” procedente del Juzgado Nacional Civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.<sup>8</sup> En el caso, la solicitante es la mujer, quien interpone la acción contra su ex esposo, demandando el pago en concepto de CE de una suma equivalente a ochocientos mil pesos (\$800.000). En su demanda destaca que la convivencia fue prolongada, que la unión matrimonial duró once años y que durante la vida matrimonial ella se dedicó a las tareas del hogar y de crianza del hijo en común mientras que el marido desarrolló una próspera carrera como comerciante. Esta dinámica les permitió llevar, en palabras de la solicitante, una vida de “*clase media, clase media alta*” mientras duró el matrimonio. A su vez, la ex esposa sostuvo que al quebrarse la unión sufrió como consecuencia directa e inmediata un grave perjuicio económico al no contar con título habilitante para el ejercicio de oficio o profesión alguna y tener 54 años de edad, por lo que se dificulta aún más su acceso al mercado laboral. También destacó en su planteo que el demandado no colaboraba con la liquidación de la comunidad de bienes, obstaculizando el proceso de variadas formas.

En cuanto al modo de cuantificación, se expone sucintamente un planteo curioso: la suma demandada, al momento de la petición, equivalía a cincuenta mil dólares, monto que teniendo en cuenta la cantidad de años que duró el matrimonio (once años) no alcanzan a

---

<sup>8</sup> JNC nro. 92 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Sentencia de fecha 06/03/2018.



representar quinientos dólares por año de matrimonio. Esta propuesta se aleja de los planteos que vimos en los fallos reseñados anteriormente y se destaca por su originalidad.

El demandado no contestó oportunamente la demanda, lo cual nos priva de conocer en profundidad los motivos de su oposición al pedido de la actora.

El jugador resolvió entonces en base a los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales del derecho comparado y estableció que: *“la CE presenta una naturaleza particular o sui generis, pues muestra semejanzas con instituciones como los alimentos y los daños y perjuicios pero no se confunde con ellas”* y cuenta con *“un fundamento resarcitorio basado en la equidad”* que no debe tampoco confundirse con un planteo indemnizatorio, ya que no existe una conducta del cónyuge deudor que resulte objetivamente ilícita ni reprochable subjetivamente. Dejó sentado, a su vez, que el instituto se basa en los principios de igualdad real y solidaridad familiar.

En orden a la fijación de la CE, el juzgador tomó especialmente en cuenta el tiempo transcurrido desde la separación de hecho (junio de 2012), el inicio del proceso de divorcio (2014, con vigencia del Código Civil derogado) y el dictado de la sentencia de divorcio bajo el imperio del nuevo CCC. En este caso, el tribunal consideró que el tiempo que pasó desde la ruptura tenía un *“valor relativo”*, porque sólo desde el dictado de la sentencia de divorcio se habilitaba la posibilidad, procesalmente hablando, de interponer la acción que solicitaba la CE. Valoró también que durante la tramitación se fijaron alimentos provisorios a favor de la mujer, lo cual dio cuenta de la delicada situación económica atravesada por ésta. A su vez, consideró el tiempo de relación total (más de veinte años) y no solamente el vínculo estrictamente matrimonial. De las probanzas incorporadas concluyó: *“resulta que estamos ante una pareja conformada durante más de veinte años por una profesora de gimnasia y un empresario, quienes sostuvieron un proyecto familiar sobre la base de una división de roles tradicional por la cual el hombre generaba los ingresos que le permitieron al matrimonio vivir con holgura y la mujer se dedicaba a las tareas domésticas y al cuidado del hijo propio y los hijos afines. En ese contexto, el desequilibrio económico entre ambos, que se mantuvo silenciado o compensado durante la unión, emerge latente tras su ruptura.”*

Es destacable en este fallo, finalmente, que de manera expresa para decidir acerca de la procedencia de la CE incorpora y tiene en cuenta la perspectiva de género, cumpliendo



adecuadamente con la manda constitucional que así lo ordena (art. 75 inc. 22, Constitución Nacional Argentina, Convención de Belem Do Pará). Resaltamos especialmente la reflexión y cita en el fallo en tratamiento, en torno a la desigualdad real que ocasiona el funcionamiento del mercado laboral, “(...) *la libertad de mercado se basa en la ideología igualitaria, combinada con una ética individualista; mientras que la familia privada combina una ideología jerárquica con una ética altruista. La interacción entre estas dos ideologías ha provocado una reforma de la familia que parece excluir la jerarquía pero, en verdad, crea una igualdad falsa que disimula las reales diferencias de poder entre hombres y mujeres (Olsen, Frances, “The Family and the Market”, en Harvard Law Review, Vol. 96, N° 7, mayo, 1983, p. 1497. Cita de fallo).*

Con respecto a la cuantificación, el juzgador acogió el pedido de la demandante por considerarlo prudente y razonable a la hora de equilibrar el desequilibrio económico constatado. Fijó la CE en el monto de \$800.000 y habilitó la posibilidad de pago en 10 cuotas mensuales, consecutivas e iguales de 80 mil pesos cada una. No hay mayores elaboraciones argumentales en torno a esta decisión, solamente el reconocer que en materia de CE no rige el principio de reparación plena, se han ensayado algunas fórmulas para su cálculo pero no obstante, indica el fallo, “*no es posible prescindir del tinte netamente subjetivo inherente a la visualización de todo tipo de chances, al mensurar sus factores*”.

### **3. Las sentencias que rechazan la solicitud**

En cuanto a solicitudes de CE que han sido rechazadas, hemos tenido acceso a la resolución recaída en autos “G., S. D. C. c/C., R. L. s/acción de compensación económica” dictada por la Cámara Civil y Comercial de la localidad de Mercedes, provincia de Buenos Aires<sup>9</sup>.

El fundamento para así decidir se centró en la afirmación de que la admisión del pedido configuraría una situación jurídica abusiva. El pedido fue rechazado en primera instancia y confirmado su rechazo por el órgano de apelación.

En el fallo indicado, la mujer adujo que iniciaron la relación en el año 1996 y que en febrero de 2014 se produjo la separación de hecho. Al separarse de hecho la accionante empezó a

---

<sup>9</sup> CámCC (Mercedes, Buenos Aires). Sentencia de fecha 24/10/2017.



trabajar en blanco, situación que al tiempo de la sentencia se mantenía, trabajando medio día de 7 a 13 horas en una agencia de quiniela y percibiendo por tal tarea alrededor de nueve mil pesos mensuales. La demandante sostuvo que durante toda la relación fue una esposa abnegada, totalmente dedicada a las tareas domésticas y de crianza, demandando al ex esposo por una CE que sea fijada en forma de cuota, en una suma mensual equivalente al 20% de los ingresos que percibe el demandado y el mantenimiento de la obra social de la que goza éste último como ex empleado del Banco Provincia de Buenos Aires.

Para decidir sobre el rechazo, el juzgador tuvo especialmente en cuenta la conducta asumida por el demandado con posterioridad a la ruptura. Destacó que siguieron conviviendo hasta que la mujer consiguió trabajo, que se llevó adelante la partición de la comunidad de gananciales de manera privada, obteniendo la actora una suma considerable, que durante los dos primeros años posteriores a la ruptura el demandado tomó a su cargo el pago del alquiler del inmueble en donde habitaba su ex esposa y que le aportó diez mil pesos para amoblarlo. Además, destacó las edades de ambos: la mujer contaba con cincuenta años y estaba inserta laboralmente, en tanto el esposo se encontraba ya jubilado y apartado de toda actividad productiva.

Se destacó que en función de lo acreditado, fijar una CE redundaría en una situación abusiva ya que no se verificaba en los hechos el manifiesto desequilibrio que la normativa exige para decidir afirmativamente sobre la procedencia del instituto. En este sentido, el tribunal sostuvo que: *“(...) debe tenerse presente que la compensación económica no persigue igualar patrimonios, ni garantizar al cónyuge beneficiario el derecho a mantener el nivel de vida que tenía durante el matrimonio, pues es de carácter excepcional y debe resultar de un claro desequilibrio producido a raíz del divorcio y debo decir que en autos esto no sucede”*.

#### **4. Las sentencias que colaboran para precisar aspectos procesales**

##### **4.a. Plazo de caducidad**

En referencia a los tiempos de la solicitud de la CE, caducidad y su tratamiento jurisprudencial, encontramos dos sentencias relevantes. La primera, como precedente reciente, una sentencia en autos “D. P., R. A. c/ A., M. D. C. – Divorcio vincular –



Contencioso” del Juzgado de Familia de Segunda Nominación de Córdoba<sup>10</sup>. Luego, una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en autos “S., A. A. c/P., O. R. s/fijación de compensación arts. 524 y 525, CCCN”<sup>11</sup>, donde se resolvió el rechazo *in limine* de la pretensión de fijación de CE debido a que había vencido el plazo de caducidad previsto por el art. 442 CCC.

En ambos casos, tanto en primera instancia en el caso cordobés como en segunda instancia en la Cámara de Apelaciones, se enfatizó el hecho de que el plazo de seis meses está establecido con tal brevedad con el objetivo de que los cónyuges resuelvan todas las cuestiones patrimoniales que se derivan de la ruptura de manera simultánea al divorcio. Resulta relevante, en el primer caso, que para el ordenamiento procesal de la Provincia de Córdoba se haya establecido el agotamiento de la etapa pre judicial como requisito de admisibilidad de la demanda de CE<sup>12</sup>, aun cuando se haya introducido dicho pedido en la propuesta de convenio regulador (requisito de admisibilidad de la solicitud de divorcio unilateral, art. 438 CCC) y se haya llevado a cabo (o no) la audiencia de conciliación prevista por el mismo artículo.

#### **4.b. Precisión del monto demandado**

Los casos reseñados hasta este apartado contienen una solicitud de compensación que especifica claramente las razones para su procedencia. Además, se expresa el monto pretendido y la forma en la que ese monto fue calculado, estipulando los parámetros tenidos en cuenta para ese fin. En todos, los demandados rechazaron ambos extremos y, ante la falta de acuerdo e incluso ante la presencia de reconvencción, el juzgador es quien debió determinarlos.

Ahora bien, en este orden de dilemas, ¿qué ocurre cuando el/la demandante no aclara el monto pretendido sino que se limita a formular la solicitud pero no expresa un monto determinado o determinable sino que deja ese aspecto completamente librado al arbitrio del(a) juez(a)?

---

<sup>10</sup> JF, 2da nom. (Córdoba). Auto N° 142 de fecha 20/03/2017.

<sup>11</sup> CNA en lo Civil, sala J. Sentencia de fecha 07/10/16.

<sup>12</sup> Ley 10.305, Código Procesal de Familia (B.O. 08/10/2015), arts. 16 inc. 2, 56 inc. 1 d), 65 y 76.



Es un interrogante interesante que recibió una posible respuesta jurisprudencial a través de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.<sup>13</sup> En este caso fue admitida la posibilidad de que se introduzca el pedido de CE sin precisar el monto solicitado en el escrito que dio inicio a la demanda. El criterio adoptado, tanto en primera como en segunda instancia, fue el de rechazar la excepción de defecto legal opuesta por el demandado y confirmar que la no especificación del monto requerido no poseía una gravedad tal que colocara a éste último en una situación de indefensión.

No podemos compartir el criterio sostenido en estas resoluciones, por los siguientes argumentos. El pedido de CE articulado judicialmente constituye una demanda, más allá de que según el ordenamiento procesal provincial adopte forma incidental. Razón sobrada para entender que debe designarse con precisión qué es lo que está siendo objeto de ese acto procesal, es decir, cuál es la pretensión esgrimida. Suma a este argumento la instancia de conciliación prevista en casi la totalidad de los ordenamientos procesales, instancia que se vería seriamente afectada en sus posibilidades de éxito si el demandado no conoce con exactitud cuánto es lo que se le está demandando.

Lo único que puede demandarse es una prestación que puede consistir en una prestación única o en una renta por plazo determinado o, excepcionalmente, indeterminado.<sup>14</sup>

Por todo lo manifestado, resulta violatorio del principio constitucional de defensa en juicio la admisión de un reclamo que no designe con precisión el objeto reclamado.

Las dificultades para la cuantificación no son exclusivas de la CE (Pellegrini, 2017). Cuantificar un pedido que busca una justa recomposición (Anteproyecto CCC, 2014) ante el desequilibrio constatado de posibilidades económicas de los ex cónyuges o ex convivientes conlleva desafíos que, como estamos viendo, no resultan de fácil solución. No obstante, consideramos que no debe eximirse sin más a la parte demandante de realizar el esfuerzo y proponer un monto, como así también explicitar los parámetros en los que se haya basado para realizar el cálculo y una modalidad de pago, aunque finalmente lo demandado pueda no ser de recibo de acuerdo con el criterio que el tribunal decida aplicar.

---

<sup>13</sup> CNA Civil, sala 1ra. Sentencia de fecha 13/9/2016.

<sup>14</sup> En este sentido, el art. 441 del CCC es claro al disponer que *puede pagarse* con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o que determine el juez. Las bastardillas son nuestras.



## 5. Algunas reflexiones

En el presente artículo presentamos algunos aspectos y problemas que emergen del análisis jurisprudencial relativo a la figura de la CE.

Desarrollamos las respuestas dadas por los tribunales en fallos recientes, algunas dispares, que ensayan criterios y argumentos de asignación o no, de cuantificación y procedencia frente a un instituto que, en nuestro contexto, requiere sin dudas de maduración y apropiación en todas las instancias del derecho y en la sociedad en su conjunto.

Al ser una institución nueva en el derecho argentino las discusiones en torno a su naturaleza (asistencial, resarcitoria, protectoria, *sui generis*) y a los presupuestos de procedencia, dan lugar a planteos que van desde lo creativo y novedoso, a lo que podemos calificar como audaz, temerario e incluso, en algunos casos, desconocedor de lo postulado por la legislación en relación a esta figura.

Simultáneamente advertimos por parte de los tribunales a nivel nacional una gran cautela al momento de determinar el reconocimiento de este rubro y fundamentar satisfactoriamente una cuantificación.

Este último es un punto delicado desde la perspectiva de la parte vulnerable que reclama el derecho a una CE, en la mayoría de casos, mujeres. Además de aspectos asociados a la potencial vulneración de sus derechos económicos y patrimoniales (Ley Nacional 26.485, art. 6 b.), pueden asomarse situaciones de violencia institucional por parte de jueces que ante la falta de acuerdo entre partes procedan a resolver los planteos sin una adecuada perspectiva de género.

Como se desprende de la lectura de este artículo, los fallos citados dejan en evidencia que hay jurisdicciones que a la fecha carecen por completo de decisiones jurisprudenciales que aborden el tema, sea para receptar el pedido y cuantificarlo, sea para fundamentar su rechazo. Sin pretensiones de científicidad pero sí con la clara intuición que la práctica académica y privada nos dan, nos preguntamos preliminarmente si esta escasez de decisiones judiciales se debe a la ausencia de una adecuada perspectiva de género en el análisis de los casos concretos que involucran una solicitud de CE.

Luego de la reseña de fallos seleccionados, podemos afirmar que a casi tres años de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil aún resulta difícil identificar criterios o



tendencias jurisprudenciales que caractericen adecuadamente el *centro de gravedad* (Pellegrini, 2017) de la CE mediante su acogimiento o rechazo. De allí la importancia y quizás, la urgencia de insistir en la profundización y argumentación garantistas respecto de la CE, dentro de los desafíos del nuevo CCC y en el marco del progresivo proceso de constitucionalización del derecho privado.

## 6. Referencias bibliográficas

Acciarri, H. A. (2015) *Elementos de Análisis Económico del Derecho de Daños*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Belio Pascual, A. C. (2013) *La pensión compensatoria*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

CEDAW (2004) “Decisión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”. Comunicación No. 1/2003 de fecha 14/07/ 2004, “Sra. B.-J. c. Alemania” (Res. A/59/38, Anexo VIII). Recuperada de [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/decisions-views/BJ%20v.%20Germany\\_S .pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/decisions-views/BJ%20v.%20Germany_S.pdf)

Herrera, M., Kemelmajer de Carlucci, A. y Lloverás, N. (Eds.) (2014) *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.

Lerussi, R. y Robba, M. (2018) “Compensaciones económicas por trabajo doméstico y de cuidados tras la disolución del matrimonio por divorcio, o de la pareja por cese de la unión convivencial en Argentina. Una lectura jurídica feminista”. En *Ius et Praxis*, Chile, en prensa.

Ojeda, R. (2013) Justificación de la ley 26.844. En *Revista de Derecho Laboral*, Vol.2013 – 2 (pp. 41-56).

Pellegrini, M. V. (2014) “Comentario a los artículos 441 a 442”. En Herrera, M., Kemelmajer de Carlucci, A. y Lloverás, N. (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, tomo II (pp. 412 – 480). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.

Pellegrini, M. V. (2017) Dos preguntas inquietantes en la compensación económica. En *RCCyCm*, Vol. 28 (cita online AR/DOC/356/2017). Recuperado de <http://thomsonreuterslatam.com/2017/05/dos-preguntas-inquietantes-en-la-compensacion-economica/>

Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Defensoría General de la Nación (2015) “Jurisprudencia: compensación económica”. Ministerio Público de la Defensa, Argentina, septiembre. Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Boletines/2015.09.%20Compensaci%C3%B3n%20econ%C3%B3mica.pdf>

Solari, N. (2014) Criterios de fijación de la prestación compensatoria. En *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Vol. 27, junio (cita online: AR/DOC/1556/2014, revista sujeta suscripción).



#### Legislación:

Constitución Nacional Argentina (CN) (1853; 1994). Recuperada de <http://bibliotecadigital.csjn.gov.ar/Constitucion-de-la-Nacion-Argentina-Publicacion-del-Bicent.pdf>

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (2014). Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/textos-oficiales-2/>

Ley Nacional N° 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación (2014), Argentina. Recuperada de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>

Ley N°10.305, Código Procesal de Familia (B.O. 08/10/2015).

Ley Nacional N° 26.485, sobre Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (2009), Argentina. Recuperada de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>

#### Jurisprudencia:

Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial (CACyCOM) (Junín, Buenos Aires). Sentencia n° 57 de fecha 25/10/2016, “G., M. A. C/ D. F., J. M. s/alimentos” (Expte. N° JU-7276-2012).

Cámara Civil y Comercial (CámCC), sala 3ra. (Mercedes, Buenos Aires). Sentencia de fecha 24/10/2017, “G., S. D. C. c/C., R. L. s/acción de compensación económica”.

Cámara Nacional de Apelaciones (CNA) en lo Civil, sala J. Sentencia de fecha 07/10/16, “S., A. A. c/P., O. R. s/fijación de compensación arts. 524 y 525, CCCN” (Expte 46.075/16).

Cámara Nacional de Apelaciones (CNA) en lo Civil, sala 1ra. Sentencia de fecha 13/09/2016, “M. L. N. E. c/ D. B., E. A. s/ fijación de compensación”. En *La Ley*, 7/11/2016 (cita online: AR/JUR/64925/2016).

Juzgado de Familia (JF) (Paso de los Libres, Corrientes). Sentencia de fecha 06/07/2017, “Incidente de compensación económica, L., J. A. C/ L., A. M. s/divorcio” (Expte. I03 13301/02).

Juzgado Nacional Civil (JNC), nro. 92 (Ciudad Autónoma de Buenos Aires). Sentencia de fecha 06/03/2018, “K. M., L. E. c/ V. L., G. s/Fijación de compensación” (Expte. 45317/2016).

Juzgado de Familia (JF), 2da nom. (Córdoba). Sentencia n° 142 de fecha 20/03/2017, “D. P., R. A. c/ A., M. D. C. – Divorcio vincular – Contencioso” (Expte. 236351).



## Prisión perpetua: ¿cambio de paradigma en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba? \*

M. Valentina Risso\*

Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, Sentencia n° 366, de fecha 07/08/2017, autos “*Venosta*”.

**Sumario:** 1. Introducción al caso. 2. Antecedentes de la causa. 3. Argumentos del T.S.J. 4. Análisis del fallo. 5. Reforma de la ley 27.375 en relación a las penas perpetuas. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.

### 1. Introducción al caso

El fallo bajo examen aborda el tema de la unificación de penas (art. 58, C.P.), en el caso concreto se trata de un condenado que está cumpliendo una pena en virtud de una condena pronunciada por sentencia firme- pena de prisión perpetua- que luego comete otro delito mientras estaba gozando de la libertad condicional y se lo condena nuevamente- en esta oportunidad a una pena temporal-, mientras sigue en vigencia la primera pena impuesta.

En concreto, en el fallo “*Venosta*”, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, T.S.J.) hizo lugar, parcialmente, al recurso de casación presentado por la defensa del condenado y, en consecuencia, rectificó el cómputo de pena formulado. La particularidad del fallo es que admite la conversión de una pena perpetua en una pena temporal, unificando el tribunal de casación las penas recaídas sobre el interno en una *pena única de 17 años de prisión con declaración de reincidencia* y reenviando la causa al Juzgado de Ejecución para que tramite la petición de la libertad asistida formulada por el penado.

---

\* Este trabajo se encuentra publicado en la revista “Foro de Córdoba. Publicación de Doctrina y Jurisprudencia”, Año XXVII, Marzo 2018, ISSN: 1853-8401, págs. 127-140. Agradezco especialmente al Dr. Horacio Carranza, por enseñarme en cada debate y por sus acertados comentarios al fallo.

\* Abogada (UNC), Especializanda en Derecho Penal (UNC), adscripta de la cátedra “Derecho Penal I” (UNC). E-mail: vale0288@hotmail.com



## 2. Antecedentes de la causa

Tal vez resulta útil al lector tener en cuenta, de manera sintética, algunos aspectos de la condena que estaba cumpliendo el interno que ayudarán a comprender el caso bajo examen, a saber:

Venosta había sido condenado, en el año 1995, a la pena única de prisión perpetua e inhabilitación absoluta por encontrárselo responsable, entre otros delitos, de homicidio calificado. Luego, durante el año 2011, el juzgado de ejecución a cargo le concedió la libertad condicional, dado que la ley vigente al momento del hecho- anterior a la leyes n° 25.892, B.O. 26/5/2004, y n° 27.375, B.O. 28/07/2017- preveía en el art. 13 del C.P. la posibilidad de la concesión de la libertad condicional una vez cumplido, entre otros recaudos, el requisito temporal de 20 años de encierro<sup>1</sup>. Cabe precisar que, al momento de efectuarse el cómputo de pena, se consideró que el condenado hubiera cumplido íntegramente dicha condena el 24/10/2016, ello en virtud de que el art. 16 del C.P. regula que, en caso de que haya transcurrido el plazo de cinco años desde la concesión de la libertad condicional sin que ésta haya sido revocada, la pena quedará extinguida lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12 C.P.

Sin embargo, la extinción de pena nunca ocurrió por cuanto el día 25/07/2013 Venosta fue detenido nuevamente debido a la comisión de nuevos delitos, resultando condenado a la postre a la pena de 12 años de prisión, con declaración de reincidencia, revocándole el tribunal la libertad condicional oportunamente acordada y unificando ésta condena impuesta con lo que le restaba cumplir de la anterior (es decir, aquella condena a prisión perpetua impuesta en el año 1995 a la que hice referencia). En definitiva, la Cámara Criminal y Correccional de Villa María le impuso la pena única de prisión perpetua, con costas y declaración de reincidencia.

Finalmente, en el año 2016 el condenado solicitó la concesión de la libertad asistida, la que fue rechazada por parte del Juzgado de Ejecución Penal de Villa María, por estimarla improcedente (Auto n° 51, de fecha 15/04/2016). En síntesis, el juzgador adujo que la libertad asistida peticionada no puede ser aplicada al interno debido a la imposibilidad de

---

<sup>1</sup> El interno se encontraba detenido desde el día 1/2/1993 y, además, resultó beneficiado por la aplicación de la ley 24.390, conocida como la del 2x1, en relación al cómputo de prisión preventiva, razón por la cual se consideró en condiciones de obtener su libertad condicional el día 24/10/2011.



determinar la fecha de agotamiento de su pena perpetua, que es uno de los requisitos previstos para la concesión de dicho beneficio pues supone la existencia de un cómputo total, al que se le pueda efectuar el cálculo de los últimos seis meses.

Contra dicha decisión el defensor del condenado interpuso recurso de casación, fundado en la imposibilidad de establecer una fecha cierta de agotamiento de su condena -dado que se encontraba cumpliendo una pena de prisión perpetua y el instituto solicitado de la libertad asistida sólo es aplicable en caso de penas temporales-. Asimismo, la defensa formuló el pedido de declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, en el caso concreto, como así también del instituto de la reincidencia.

### 3. Argumentos del T.S.J.

El máximo tribunal provincial, en el fallo comentado, sostuvo:

a) *En relación a la libertad asistida*, la norma - art. 54 de la ley 24.660- exige para su procedencia, entre otros requisitos, contar con un tiempo cierto de agotamiento de la condena de que se trate, ello a los fines de poder efectuar el cómputo de los seis meses previos a dicho vencimiento, que es el tiempo en el cual el condenado podría gozar de dicho beneficio<sup>2</sup>.

b) *En cuanto al cómputo de penas*, afirmó que la propia ley procesal penal (art. 504 del C.P.P.) admite la posibilidad de corrección de los cálculos de pena erróneamente practicados, siendo conteste la doctrina y la jurisprudencia de dicho tribunal en admitir que los errores de cómputo pueden corregirse a petición de parte y de oficio por el Juez o Presidente del Tribunal, pues no existe resolución que haga cosa juzgada. En razón de ello, el cimitero tribunal admitió que los cálculos de pena pueden revisarse y rectificarse en cualquier momento.

En el caso de pena única- conformada por la unificación de varias sanciones penales- resulta claro que el artículo 58 del C.P. regula supuestos de diversa naturaleza y, para el caso de condenas que se están purgando, la porción ya extinguida por su cumplimiento parcial también deba excluirse de la unificación. Por lo tanto, a los fines de la aplicación

---

<sup>2</sup> La ley 27.375 modificó el art. 54 de la ley de ejecución n° 24.660 y, entre otras exigencias, redujo el plazo para la obtención de la libertad asistida a tres meses antes del agotamiento de la pena temporal.



del art. 58 del CP, debe tenerse en cuenta la vigencia de la primera condena y la fecha del nuevo hecho, de modo tal que cometido el nuevo ilícito antes de extinguirse la primera pena por su cumplimiento, ya rige el art. 58 del C.P. aunque el curso del proceso por el nuevo delito exceda temporalmente a la duración de la primera pena.

c) **Aplicación al caso**, el T.S.J. consideró mal denegado el beneficio de la libertad asistida del interno, toda vez que el Juzgado de Ejecución Penal de Villa María adoptó esa decisión considerando la pena de prisión perpetua, con costas y declaración de reincidencia, cuya unificación efectuó la Cámara Criminal y Correccional de Villa María, producto de un cómputo errado respecto de la pena anterior cuya libertad condicional revocó con la pena temporal que impuso. Ese cómputo errado derivó en la unificación y se proyecta en la ejecución. En efecto, de las constancias de la causa surge que el interno, en relación a la condena a pena perpetua impuesta, obtuvo el beneficio de la libertad condicional con fecha 24/10/2011, estableciéndose al momento de efectuar el cómputo de sus sanciones que cumplía íntegramente su condena el día 24/10/2016. Es decir, que las condiciones a él impuestas al momento de concederle la libertad condicional regirían por 5 años más a contar desde el día del otorgamiento, tal como lo establecía el texto del art. 13, entonces vigente (anterior a la ley 25892).

Por lo tanto, el T.S.J. sostuvo que “...conforme al tiempo de cumplimiento parcial de la condena, debía ser computado y estaba sujeto entonces a la determinación judicial de la pena única los cinco años de prisión pendientes de cumplimiento, y no el total de la prisión perpetua, como erradamente consideró la Cámara al efectuar la unificación”. E insiste el *ad quem* en que Tribunal unificador debió haber advertido, al momento de dicha tarea, que “se encontraba **frente a dos condenas temporales**” (el resaltado proviene del fallo). Al así decidir, el Tribunal unificador incluyó lo que no debió considerarse, “esto es una pena perpetua que ya no debía ser tal por cumplimiento parcial que devino en su conversión como pena temporal”.

En consecuencia, el tribunal de casación sostuvo que el cómputo erróneamente practicado por la Cámara de Villa María, sin chances de establecer una fecha final cierta de cumplimiento de la condena del interno –sustentado en la defectuosa unificación de penas– al resultar revisable en cualquier instancia, puede ahora ser rectificado en favor del imputado, salvaguardando su derecho de defensa y evitándole posibles futuros perjuicios.



Con estos argumentos, resuelve que “*si se hubiese computado adecuadamente el tiempo de pena temporal que restaba cumplir al condenado, en el supuesto que derivaría de la opción del método aritmético, conduciría a la pena única de 17 años de prisión. Sobre ese tiempo divisible debería practicarse el cómputo, a los fines de establecer el plazo de agotamiento de la misma. Una vez establecido dicho tope, le será posible a Venosta conocer los tiempos posibles para acceder a los beneficios de la ley 24660 a los fines de la flexibilización de su encierro en aras del régimen de progresividad y reinserción social previsto por dicha normativa*”.

d) Por otra parte, el T.S.J. rechazó los planteos de inconstitucionalidad de la pena perpetua y del impedimento del art. 14 para conceder la libertad condicional a los reincidentes, dado que consideró que eran extemporáneos a la vez que argumentó que el defensor había equivocado la vía para formularlos, por cuanto lo correcto hubiera sido realizarlo mediante el planteo del recurso de inconstitucionalidad. Destaco que no abordaré esta cuestión en esta oportunidad. Sobre este punto no extenderé mi análisis, razón por la cual lo he consignado brevemente.

#### **4. Análisis del fallo**

##### **a) Aclaraciones preliminares**

Debo aclarar, ante todo, mi posición contraria a la legitimidad de la pena perpetua en nuestro Código Penal, ello por razones de índole humanitarias y jurídicas, en función de la vulneración del principio de proporcionalidad, culpabilidad, reinserción social y por tratarse de una pena cruel e inhumana, al trascender la expectativa de vida de una persona, asemejándose a una pena de muerte de la persona sujeta a ella<sup>3</sup>.

Considero que el fallo analizado tiene la virtud de poner un límite al alcance de la pena de prisión perpetua, fundado en que ella se ha extinguido por su cumplimiento *parcial*, al haber obtenido el penado la libertad condicional. Estimo que la conversión de la pena perpetua en pena temporal, que realiza el tribunal, sería favorable en general al reo cuando

---

<sup>3</sup> Para un completo estudio de los argumentos contrarios a la pena de prisión perpetua recomiendo la lectura del libro de Juliano, Mario Alberto y Avila, Fernando: *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*, 1ª Ed., Editores del Puerto S.R.L., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012.



cumpliere las condiciones impuestas durante la libertad condicional e, incluso, cuando las incumpliere por la comisión de nuevos delitos, siempre que la segunda condena que se le impusiera lo fuera a una pena de corta duración.

Sin embargo, en el caso analizado no veo con claridad la benignidad de la decisión, por cuanto el T.S.J. sostuvo que la rectificación del cómputo lo era “*en favor del imputado, salvaguardando su derecho de defensa y evitándole posibles futuros perjuicios*”, lo cual no es cierto. En el caso concreto, se termina convalidando un encierro total de 37 años de prisión: Venosta ya cumplió 20 años de prisión- previos a obtener su libertad condicional- y ahora se unificó su nueva pena (de doce años de prisión) con lo que le restaba cumplir de su primer condena (según el T.S.J., cinco años) en una pena única de 17 años de prisión, los que se computarán a partir de la nueva detención por la segunda condena (25/07/2013), omitiendo el tribunal por completo mencionar éste último dato, de central importancia para el penado. Es decir, su condena recién se extinguirá el 25/07/2030. Al actuar de este modo, el tribunal de casación evade tratar la cuestión atinente a la crueldad de la pena de prisión por su larga duración, la que al equipararse en el caso concreto a una pena de por vida debería declararse inconstitucional, pues no satisface la finalidad de reinserción social del penado.

#### **b) Errónea interpretación de la ley**

Además de lo expuesto, considero que el T.S.J., al resolver el caso, realiza una errónea interpretación del art. 16 del C.P., contraria a su sentido lingüístico y teleológico. Veamos:

*“Artículo 16.- Transcurrido el término de la condena, o el plazo de cinco años señalado en el artículo 13 sin que la libertad condicional haya sido revocada, la pena quedará extinguida, lo mismo que la inhabilitación absoluta del artículo 12”.*

El T.S.J. consideró que el condenado, al haber obtenido su libertad condicional tras el cumplimiento de 20 años de encierro (esto conforme al art. 13 del C.P. anterior a la ley n° 25.892, B.O.26/5/2004), le restaba por cumplir de dicha pena perpetua sólo cinco años de prisión, conforme la norma aludida y el Auto de concesión del beneficio mencionado, tras lo cual la pena quedaría extinguida. Dicha solución sería correcta si el penado hubiera cumplido con las condiciones de la libertad condicional y ésta no le hubiera sido revocada, pero ello no ocurrió en el caso analizado, desde que Venosta infringió la libertad



condicional mediante la comisión de nuevos delitos durante el plazo de cumplimiento del beneficio, razón por la cual no debió de ser operativo el art. 16 recién aludido.

Por lo tanto, el T.S.J. partió de una premisa errónea- que la pena del condenado se extinguía a los 25 años de prisión, esto es, cinco años después de la concesión de la libertad condicional sin ningún otro presupuesto- y, en función de ello, consideró que había dos penas temporales para unificar. En efecto, al tratarse de un caso de unificación de penas, al no haberse extinguido la primera pena en su totalidad, justamente por tratarse de una pena perpetua sin plazo de caducidad y no haberse verificado los requisitos del art. 16 del C.P., la pena no sólo no estaba extinguida sino que tampoco podía tenerse por válido el plazo restante de cinco años de prisión a contar desde la concesión de la condicional.

Una correcta interpretación del art. 16 del C.P., a los fines de considerar extinguida la pena de prisión perpetua o bien proceder a su conversión en una pena temporal, requeriría el cumplimiento de tres condiciones:1) que se trate de un condenado primario, esto es, que no haya sido declarado reincidente y 2) que haya sido beneficiado con la libertad condicional y cumplido con las condiciones impuestas al serle concedida la misma, durante el término de cinco años y 3) que no le haya sido revocado dicho beneficio. En el caso bajo examen, el penado cumplió la primera condición, no así las restantes, al cometer delitos en el plazo de cumplimiento de la libertad condicional y serle revocado dicho beneficio, razón por la cual no debería haberse considerado que *“lo que le restaba por cumplir”* eran cinco años de prisión de aquella pena perpetua. Es decir, al no haberse verificado los requisitos del art. 16 del C.P. no procede la extinción de la pena perpetua- ni total ni parcial, como arguye el tribunal de casación-.



### c) ¿Cambio de paradigma?

Por otra parte, otros problemas del fallo analizado, es que no resulta claro para qué otros casos podrá ser aplicado dicho precedente:

Una **primera hipótesis** sería considerar que el fallo sólo es redituable en los casos de los condenados a penas perpetuas que hayan sido beneficiados con la libertad condicional y luego ésta les es revocada, operando la conversión de la pena perpetua en una pena temporal. Si la revocación fuera por la comisión de nuevos delitos, resulta claro que, según este fallo, la unificación sólo debería tener en cuenta “*lo que le resta cumplir a dicho condenado*” (cinco años de prisión). Sin embargo, si la revocación lo fuera por un motivo distinto (por ejemplo, por violar la obligación de residir en determinado domicilio) ¿debería considerarse extinguida la pena de prisión perpetua a los 25 años de prisión (o 40 años, conforme la reforma de la ley 25.892 al art. 13 del C.P.)? ¿o sólo tendrá la posibilidad el penado de acceder a la libertad asistida? Y si se diera este supuesto cabe preguntarse ¿tendrá que cumplir también el plazo de cinco años desde su concesión para que opere la extinción de la pena perpetua (aplicación analógica del art. 16 del C.P.)?

Una **segunda hipótesis**, la que considero que es la más beneficiosa para los penados, sería considerar que el tribunal ha formulado un *obiter dictum*, en el sentido de que todo condenado- incluso los penados a prisión perpetua- tienen derecho a contar con un **tiempo cierto de agotamiento de la condena** de que se trate, ello a los fines de poder efectuar el cómputo de cuándo podrán acceder a la libertad asistida. Avala esta hipótesis, además de lo dicho en el fallo, la reiterada jurisprudencia del T.S.J. que, al rechazar los planteos de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, admite como forma de flexibilización del encierro de estos condenados la posibilidad de obtener el beneficio de la libertad asistida (T.S.J. Cba., en pleno: S. N° 162, 22/06/10, “Rosas”; S. N° 271, 18/10/10, “Bachetti”; S. N° 424, 20/12/13, “Gosteli”; S. N° 468 de 19/10/2015, “Maldonado”, entre otros).

Admítase que resultaría contradictorio por parte del máximo tribunal cordobés sostener que los condenados a penas perpetuas con declaración de reincidencia pueden egresar mediante la libertad asistida y, luego, mantener la incertidumbre al no llevar a cabo la determinación de un tiempo cierto de agotamiento de la condena de que se trate, ello a los



finde de poder efectuar el cómputo de los seis meses previos a dicho vencimiento para la concesión de la libertad asistida.

Téngase presente que es un problema reiterado en los estrados de los juzgados de ejecución de la provincia de Córdoba – y que justamente se advierte en el fallo comentado- el de las personas condenadas a pena perpetua reincidentes, quienes en virtud del art. 14 del C.P. no pueden acceder a la libertad condicional y, además, les es denegado el acceso a la libertad asistida, fundado en que dicho instituto solo es aplicable a penas temporales, pues la norma permite el reintegro del penado al medio libre seis meses antes del agotamiento de la pena temporal (actualmente el plazo se reduce a tres meses antes del agotamiento, según ley 27.375). En función de ello, se niega la concesión de la libertad asistida a los condenados a perpetuidad<sup>4</sup>.

Por lo tanto, si esta segunda hipótesis fuera de recibo (esto es, que todo condenado a pena de prisión, incluidos los sometidos a pena de prisión perpetua, deben poder contar con un tiempo cierto de agotamiento de la condena a los fines de determinar la fecha de acceso a la libertad asistida), lo decidido debería tener repercusión favorable en el caso de los condenados a penas perpetuas con anterioridad a la ley n° 25.892 (B.O.26/5/2004), es decir, aquellos que con anterioridad al año 2004 se encuentren purgando una pena de prisión perpetua sin haber obtenido la libertad condicional a los veinte años de prisión (por ser reincidentes o por no cumplir con los requisitos estipulados en el art. 13 del C.P.) o a quienes les hubiera sido revocada la libertad condicional concedida en esas circunstancias. En efecto, estos condenados deberían poder requerir a las Tribunales de juicio o bien la rectificación de los cómputos de pena- fijados *sine die*- y la determinación de un plazo de agotamiento cierto de condena conjuntamente con la fecha en que podrían acceder a la libertad asistida o, en su caso, requerir a los juzgados de ejecución actuantes la libertad asistida seis meses antes del cumplimiento de los 25 años de prisión.

---

<sup>4</sup> Cfr. López, Axel y Machado, Ricardo Machado: *Análisis del régimen de ejecución penal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2004, p. 183. En el mismo sentido, Dr. José D. Cesano, cuando ejercía la titularidad del Juzgado de Ejecución Penal de Primera Nom. de la cdad. de Cba., Resolución N° 871/2013, 09/10/2013, autos “Suárez”.



## 5. Reforma de la ley 27.375 en relación a las penas perpetuas

La última reforma a la ley de ejecución de pena privativa de la libertad n° 24.660 y al Código Penal Argentino, operada mediante ley 27.375 (B.O. 28/07/2017), ha tenido poca repercusión tanto mediática<sup>5</sup> como desde el ámbito académico<sup>6</sup>.

En esta oportunidad no es mi intención realizar un análisis exhaustivo sobre dicha reforma sino que, en relación al fallo comentado, deseo destacar que el legislador nacional en la ley 27.375 no sólo ha mantenido la existencia de las penas perpetuas (indivisibles) sino que ha endurecido el régimen penitenciario existente, en orden a la obtención de institutos tendientes a la flexibilización del encierro por parte de estos condenados, limitando de esta manera sus posibilidades de reinserción social.

En concreto, para los condenados a pena de prisión perpetua se introdujeron las siguientes modificaciones:

- a) Para poder acceder al *período de prueba*, que significa una atenuación del encierro dado que se rige por el autogobierno<sup>7</sup>, anteriormente se requería al condenado- sin la accesoria del art. 52 del C.P.- haber cumplido, entre otros requisitos, los 12 años de prisión. Actualmente, la reforma exige el término de 15 años de prisión.
- b) La ley anterior impedía la obtención de la libertad condicional, la libertad asistida, las salidas transitorias y la incorporación al régimen de semilibertad a los condenados por ciertos delitos considerados aberrantes (...). Actualmente, con esta reforma (que modificó entre otros el art. 14 del C.P. y los arts. 54 y 56 bis de la ley de ejecución), se amplió el catálogo de delitos incluidos en la prohibición y, por lo tanto, ningún condenado a pena perpetua puede acceder a estos institutos.

---

<sup>5</sup> Diario La Voz del Interior, 28/07/2017, describió la reforma bajo título “Promulgan la ley que limita las excarcelaciones de condenados por delitos graves”. Versión *on line*: <http://www.lavoz.com.ar/sucesos/promulgan-la-ley-que-limita-las-excarcelaciones-de-condenados-por-delitos-graves>, consultado 15/11/17.

<sup>6</sup> El criminólogo e investigador Mariano Gutiérrez, criticó duramente la reforma y la calificó como de “demagogia punitiva”. <http://www.politicargentina.com/notas/201704/20522-esta-ley-es-100-demagogia-punitiva-busca-patear-una-crisis-hoy-para-que-no-explote-antes-de-la-proxima-eleccion.html>, consultado 15/11/17.

<sup>7</sup> El art. 15 de la ley 24.660 regula el período de prueba, en el cual se permite, paulatina y sucesivamente, a) la incorporación del condenado a un establecimiento abierto, semiabierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; c) la incorporación al régimen de semilibertad.



c) La novedad legislativa fue la inclusión, en el art. 56 quater de la ley de ejecución, de un “*régimen preparatorio para la liberación*” para los condenados por los delitos previstos en el art. 56 bis (todos los condenados a pena perpetua, entre otros). Este régimen consiste en un programa específico, individual, que se realizaría un año antes del cumplimiento de la condena, siempre y cuando el penado haya observado con regularidad los reglamentos carcelarios y previo informe de peritos que pronostiquen en forma individualizada y favorable la reinserción social del interno.

A su vez, este régimen preparatorio se encuentra elaborado en función de tres etapas: la primera, dentro del establecimiento, con una duración de tres meses, dedicada a la preparación del condenado para su liberación; la siguiente etapa por el término de seis meses, prevé la concesión al interno de salidas de la prisión con acompañamiento de personal penitenciario y, finalmente, la tercer etapa en los últimos tres meses de cumplimiento de condena, en la cual el interno podrá acceder a salidas del establecimiento sin supervisión del personal. En todos los casos, las salidas son diurnas y por el plazo máximo de doce horas.

En mi opinión no está claro cuándo podrá ser aplicado este régimen, puesto que el Código Penal, en los casos de penas perpetuas, no determina un plazo cierto de agotamiento de la condena. Además, si se tiene en cuenta que la ley N° 25.892 (B.O.26/5/2004) amplió el plazo para obtener la libertad condicional a los condenados a perpetua luego de transcurridos treinta y cinco años de prisión<sup>8</sup>, si se realizara la misma interpretación del fallo comentado- que se extingue luego de 5 años de dicho plazo- habría de sostenerse que el condenado podría ser beneficiario de este régimen luego de 39 años de prisión, en caso de que siguiera vivo y, además, reúna los requisitos exigidos (observancia regular de reglamentos y dictamen favorable de peritos).

---

<sup>8</sup> Dicho plazo está estipulado en el art. 13 del C.P., lo que no fue suprimido con la nueva reforma, ley 27.375, pese a que ésta modificó el art. 14 del C.P. prohibiendo la libertad condicional, entre otros supuestos, a todos los condenados por delitos que en definitiva suponen la pena perpetua calificados (arts. 80, 124, art. 142 bis, anteúltimo párrafo, 144 ter inc. 2, primer supuesto, 170, anteúltimo párrafo, C.P.).



## 6. Consideraciones finales

En mi opinión, no resulta atinada la solución del caso por parte del tribunal de casación, pero al menos vislumbro en esta decisión la voluntad de poner un límite a la pena de prisión perpetua. Creo que en la medida en que se sigan utilizando artilugios interpretativos como los empleados por el tribunal para evadir la declaración de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, sólo se aumentará la inseguridad jurídica y la desigualdad ante la ley.

Queda mucho camino por recorrer, por los juristas pero aún más por la sociedad, para que la pena de prisión perpetua corra la misma suerte que antaño tuvo la pena de muerte, es decir, para que sea desterrada de una vez y para siempre de nuestras legislaciones. Si bien una de las razones del surgimiento de las prisiones fue la de dotar de “humanidad” las penas, erradicando los castigos corporales, no pareciera que ello pueda predicarse hoy de la pena perpetua, ni siquiera cuando se admite una remota posibilidad para algunos condenados de obtener la libertad condicional tras 35 años de encierro efectivo.

## 7. Bibliografía

Juliano, Mario Alberto y Avila, Fernando, *Contra la prisión perpetua. Una visión histórica y comparada de las penas a perpetuidad*, 1ª Ed., Editores del Puerto S.R.L., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2012.

Lopez, Axel y Machado, Ricardo Machado: *Análisis del régimen de ejecución penal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2004.

Lurati, Carina, *El sistema de pena única en el Código Penal Argentino: la unificación de penas y condenas y su máximo posible*, 1ª Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2008.

Zaffaroni, Eugenio Raúl -Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Ed., Ediar, Buenos Aires, 2008.



## Derecho Penal y Crisis Habitacional en Córdoba: análisis de casos en la jurisprudencia local\*

Magalí Vereda\*

Sofía Pezzano\*

M. Florencia Pasquale\*

Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba, A.I. n°238 de fecha 26/08/2008 “GUALDA, Jorge Alberto p.s.a. amenazas calificadas, hurto, usurpación” (Expte. G-18/07).

Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017 “ALVAREZ, Marcos Martín y otros p.s.a usurpación -Recurso de Casación-” (Expte. N° 2181627).

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Jurisprudencia: a) Caso Gualda: análisis de probabilidad; b) Caso Álvarez: flexibilización del criterio de Gualda; 3. Crítica a los argumentos del Vocal López Peña en el precedente “Álvarez”: a) Medidas de coerción en el proceso penal: interpretación restrictiva. Consideraciones sobre el desalojo; b) Art. 302: impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores. c) Análisis de probabilidad. d) ¿Obiter dictum? ¿Ampliar consideraciones para restringir derechos?; e) La consideración de la “crisis habitacional” repudia desalojos, no los justifica. 4. Otras discusiones posibles. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

### 1. Introducción

En el presente trabajo se analiza jurisprudencia reciente de los Tribunales de la Provincia de Córdoba en materia de desalojo. Dicho análisis se centra en la procedencia de esta medida cautelar contenida en el art. 302 del Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (CPP) en relación al delito de usurpación (art. 181 Código Penal), durante la etapa procesal de Investigación Penal Preparatoria (IPP), considerando fundamentalmente los casos de tomas de tierras y/o asentamientos. En especial se destacarán dos criterios disímiles aplicados por la Justicia cordobesa reciente en la interpretación del referido art.

---

\* Una primera publicación de este trabajo fue realizada en la Revista Crítica y Resistencias, Revista de Conflictos sociales latinoamericanos, ISSN: 2525-0841, Nro. 6. Año 3, editada por el Colectivo de Investigación “El llano en llamas”. Agradecemos a las y los evaluadores anónimos del trabajo, y especialmente a Martin Hissa y Lucas Carranza por sus comentarios, sugerencias y observaciones críticas.

\* Magalí Vereda. Abogada maguivereda@gmail.com

\* Sofía Pezzano. Abogada. Integrante del Cuerpo de abogadas feministas (CAF) pezzanosofia@gmail.com

\* María Florencia Pasquale. Abogada. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Becaria posdoctoral Conicet-Ceve. flopasquale@hotmail.com



302 del CPP. Si bien el análisis realizado se circunscribe a una cuestión jurídico-procesal, se considera que el mismo puede constituir un aporte en pos de dar cuenta de criterios recientes (2008-2017) del Poder Judicial cordobés, así como un instrumento que contribuya a investigaciones integrales para abordar la comprensión de los conflictos por la tierra en la Provincia de Córdoba.

Los problemas relativos a acceso a la vivienda en la provincia de Córdoba son atribuidos a múltiples factores. Dentro de dicho panorama se destaca la persistencia del déficit habitacional a lo largo del tiempo, unido a la ineficacia de las políticas públicas. Un análisis realizado por M. Rodríguez (2016), en sentido concordante con el informe del colectivo de investigación “El Llano en Llamas” (2013), indican que el déficit habitacional total en 2001 afectaba a 416.622 hogares en toda la provincia. La ineficacia de las políticas públicas se evidenció claramente cuando el Censo 2010 mostró un incremento de las situaciones de déficit total, pasando del 47,5% al 48,4% de hogares afectados (Rodríguez, Eula, Camisasso, Maniaci, 2016).

En la composición del déficit habitacional, los datos relativos a la evolución del censo nacional de población, hogares y vivienda, reflejan una clara prevalencia del déficit cualitativo sobre el déficit cuantitativo<sup>1</sup>. Rodríguez afirma en este sentido que, en la Provincia de Córdoba, el Censo 2001 mostró una relación de 9 a 1 (por cada 9 hogares que necesitan algún arreglo o ampliación, existe 1 que necesita vivienda nueva completa), tendencia mantenida casi igual en lo registrado por el Censo 2010. A nivel nacional, en 2001 esta relación era de 8 a 2, modificándose levemente en 2010, siendo de 7 a 3 según este último registro.

La inseguridad en la tenencia conforma una porción importante del déficit habitacional argentino. En Córdoba, la tenencia informal de vivienda o tierra alcanza al 9,3% de los hogares para el año 2010 (Ciuffollini, 2017, p. 31). Se trata de familias que tienen posesión de la tierra o vivienda, pero sus habitantes no son titulares ni inquilinos. Suele corresponderse con préstamo de terceros o con la ocupación de hecho.

---

<sup>1</sup> Se entiende por vivienda con Déficit Cualitativo, en general, a la vivienda con precariedad constructiva, y por vivienda con Déficit Cuantitativo a la vivienda con hacinamiento de hogar.



Los datos relativos a asentamientos informales representan un indicador ostensible que permite aproximarse a la cuantificación de la inseguridad en la tenencia. De acuerdo al relevamiento realizado por la organización Techo (2016) en Argentina existen 2.432 asentamientos, donde viven aproximadamente 650.685 familias. Según dicho informe, en la provincia de Córdoba existen 170 asentamientos, representando un total de 18.755 familias.

En este trabajo se utilizará el concepto de “toma de tierras”. Autoras como Clichevsky N. (2000), afirman que los asentamientos y tomas se diferencian de las "villas", callampas y favelas, porque los primeros son organizados, con asesoramiento técnico de ONGs, poseen un trazado regular de terreno y se desarrollan con un patrón urbano similar a los barrios de loteos legales. Estudios más recientes incorporan distinciones entre asentamientos y tomas. El concepto de “Toma” se utiliza para hacer referencia a los procesos colectivos de varias familias que se organizan a partir de la necesidad y escasez de políticas públicas y/o privadas destinadas a atender la problemática de la tierra y la vivienda. La diferencia con los asentamientos radica en que *“en las tomas hay una clara intención de habitar y hacer del espacio un lugar de sociabilidad e integración al resto del territorio urbano, en tanto y en cuanto sus pobladores hacen claramente expresa su intención de cumplir –en la medida de sus posibilidades– con todas las obligaciones que surgen de su ocupación del lugar, a fin de lograr su completa integración a la ciudad”* (El Llano, 2013, p.7). En este sentido las tomas constituyen procesos de organización auto-convocada por los que se “toma posesión” de terrenos debido a dificultades de acceso al mercado inmobiliario formal. Entre los rasgos se destaca la previa verificación del estado de abandono del inmueble, y la expresa intención de cumplir con la normativa urbana y legislación en general.

En este contexto provincial surge el interés de analizar los criterios jurídicos del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (TSJ) en relación al delito de usurpación y la medida cautelar de desalojo dictada durante el proceso penal. Analizaremos dos fallos.

El fallo "Gualda" (CA - A.I. n° 238 de fecha 26/08/2008) representa un antecedente importante en la provincia de Córdoba en tanto estableció criterios de interpretación novedosos en relación al dictado de la medida cautelar de desalojo de inmuebles en general,



terrenos tomados de modo colectivo, y/o asentamientos, durante la sustanciación de la IPP<sup>2</sup>, frente a una supuesta usurpación. Esto es relevante porque ello permitiría proceder al desalojo de inmuebles de manera preventiva, sin la necesidad de una sentencia firme al respecto. Posteriormente el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba<sup>3</sup> en el fallo "Álvarez" (TSJ - Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017), un caso de toma de tierras, tira por la borda el criterio establecido en Gualda y agrega algunas consideraciones. Actualmente, los fundamentos esgrimidos en este último fallo son relevantes, en tanto fue un vocal del TSJ el que se expidió con supuestos fines de evitar futuras discusiones y contradicciones entre los distintos tribunales. Resulta importante analizar los dos casos jurisprudenciales a fin de visibilizar los criterios disímiles bajo los cuales se interpreta la norma procesal, y de qué manera esa disputa hermenéutica tiene implicancias prácticas en el acceso al hábitat y a una vivienda digna por parte de sectores de la población históricamente excluidos.

A continuación, se presentará un breve resumen de los fallos y luego se analizarán los principales argumentos.

## 2. Jurisprudencia

### 2.a) Caso Gualda: análisis de probabilidad

El precedente "Gualda" (CA - A.I. n° 238 de fecha 26/08/2008) fue dictado por la Cámara de Acusación<sup>4</sup> en el marco de una investigación penal preparatoria, donde se investiga un delito de usurpación de un inmueble en el que el Sr. Gualda es el presunto autor. Durante la investigación, el Fiscal de Instrucción de la causa decide disponer el desalojo del inmueble en virtud de las facultades conferidas por el artículo 302 del CPP, que establece que *"la investigación penal preparatoria deberá impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o*

---

<sup>2</sup> El proceso penal se divide en dos etapas: la Investigación Penal Preparatoria y el debate oral y público. La primera es una etapa preparatoria que se practica ante la hipótesis de un delito, la lleva adelante un fiscal de instrucción, se realiza en forma escrita, limitadamente pública, tendiente a reunir los elementos de prueba útiles para fundamentar una acusación o determinar un sobreseimiento.

<sup>3</sup> El Tribunal Superior de Justicia (TSJ) constituye la máxima instancia judicial de la provincia de Córdoba.

<sup>4</sup> La Cámara de Acusación en general actúa en los recursos que se deducen contra las resoluciones de los Jueces de Control y en las cuestiones de competencia que se suscitaren entre los tribunales inferiores (art. 35 CPP).



*determinar el sobreseimiento*”. El defensor de Gualda interpuso un recurso de apelación ante la confirmación del desalojo por parte del Juzgado de Control<sup>5</sup>.

El defensor sostuvo que la decisión del Fiscal agravía a su defendido debido a que no se encuentran acreditadas, con el grado de probabilidad requerido, la realización de la conducta ilícita ni la participación del imputado.

El Vocal Salazar, en minoría, expresó que la resolución apelada debe ser revocada dando nuevos argumentos sobre el grado de probabilidad requerido para dictar un desalojo, lo que deberá ser corroborado por el Fiscal en base a la prueba de la IPP.

Intentaremos enumerar, siguiendo el razonamiento del fallo, los argumentos principales:

1. No existe en el ordenamiento provincial una norma que regule el desalojo como medida cautelar. En cambio, sí se encuentra regulada en el art. 238 bis. del Código Procesal Penal de la Nación (CPPN), que requiere para la procedencia del desalojo, la solicitud de la víctima, verosimilitud del derecho y posibilidad de fijar una caución. Ante la ausencia de norma en Córdoba, la Cámara entiende que el desalojo se encuentra dentro de las facultades que el art. 302 del CPP otorga al Fiscal, ya que la norma está redactada en forma genérica, lo que implica que no se circunscribe a algún tipo de delito específico. En el caso del delito de usurpación por despojo, expresa la Cámara, el único modo en que el Fiscal puede cumplir el deber de impedir que el delito genere consecuencias ulteriores es disponiendo lo necesario para que la posesión del inmueble sea restituida a quien es considerado presunto damnificado. Expresa en el considerando III.2): *“Lo que el art. 302 del CPP permite lograr, en tal caso, es volver las cosas a su probable estado anterior (posesión del inmueble por el presunto damnificado), situación que habría sido alterada por el probable delito que habría provocado un efecto disvalioso que no debe ser tolerado (posesión del inmueble por el presunto autor)”* (CA - A.I. n° 238 de fecha 26/08/2008, III.2).

2. A continuación menciona los requisitos que son de necesario cumplimiento para poder disponer la medida de desalojo y hace una comparación con los que se mencionan en el artículo 238 bis del CPPN (verosimilitud, pedido de parte y contracautela). Con respecto a la verosimilitud, establece una variante con respecto al CPPN, ya que considera que debe

---

<sup>5</sup> Los Juzgados de Control en general tienen por función controlar el respeto de las garantías constitucionales durante la investigación penal preparatoria.



llegarse a un grado de probabilidad tal que en la práctica coincide con el requerido para elevar la causa a juicio. Con respecto a los otros dos requisitos, estima que en el ordenamiento provincial no serían necesarios.

3. Luego, entra en el análisis de la *oportunidad*, que es la cuestión que genera divergencias en la doctrina y jurisprudencia. Existen, señala el vocal del primer voto, tres posibles posturas que se pueden tomar en este sentido: a) al inicio de la investigación si se entendiera que sólo se exige una *mínima verosimilitud* del hecho denunciado; b) cuando la investigación esté más avanzada o en el requerimiento de elevación a juicio, exigiéndose en ambos casos *probabilidad* sobre los extremos de la imputación; y c) al momento de dictar la condena el tribunal de juicio, requiriéndose en ese caso un estado intelectual de *certeza*. Descarta la primera opción ya que la gravedad que reviste la medida no permite que se tome de una forma apresurada y sin actividad probatoria, o con escasa prueba. Se inclina por la segunda posición porque entiende que para que el Fiscal haga cesar los efectos del delito, debe hacerlo con una base probatoria idónea para acreditarlo. Además, destaca que la finalidad de la IPP no es solo hacer cesar los efectos del delito, sino reunir las pruebas necesarias para dar base a la acusación o el sobreseimiento. Por último, descarta la última postura ya que implicaría desconocer la facultad del Fiscal durante la investigación de impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores. Para resumir, el dictado de la medida de desalojo usualmente coincidirá con el momento de elevación de la causa a juicio.

Por su parte, el Vocal Pérez Barberá expresó, que comparte lo sostenido por Salazar, pero con una salvedad: *“si bien sólo una resolución de mérito que ofrezca el grado de convicción adecuado puede fundamentar la medida de lanzamiento de un inmueble –con lo cual coincido plenamente con mi distinguido colega–, considero que ese grado de convicción no necesariamente debe coincidir con la probabilidad requerida para la elevación a juicio de la causa, en especial no con el momento temporal propio de esa resolución (esto es, con la clausura de la investigación preliminar). En efecto, estimo que esta medida –que en la práctica configura un desalojo– puede ser dictada en cualquier momento de la investigación, siempre y cuando exista en la causa un caudal probatorio tal que permita afirmar como consistente –aun provisoriamente– la prueba tendiente a acreditar los extremos de la imputación. En tal sentido, entiendo que la prueba reunida debe ser de suficiente entidad como para fundar un juicio al menos provisorio de*



*probabilidad respecto al delito de usurpación, cuyo efecto precisamente se intenta hacer cesar, debiendo quedar claro que, en este contexto, con el término “probabilidad” no se está haciendo referencia al grado de convicción propio de la elevación a juicio de la causa, sino a un nivel convictivo consistente, en todo caso similar al requerido para el dictado de la prisión preventiva” (C de A, A.I.Nº 238, 26/08/2008 p. 17). El Vocal Spinka adhirió a las consideraciones de Pérez Barberá.<sup>6</sup>*

4. Por último, la Cámara entra en el análisis de lo que será el argumento principal para revocar la resolución apelada, que es la *necesidad de fundamentación del decreto del Fiscal* que ordena el desalojo. Ésta surge del art. 154 del CPP que establece que los requerimientos y conclusiones de los fiscales deben ser fundados, para respetar el derecho de defensa, quedando únicamente exentos de este requisito los decretos de mero trámite. La fundamentación se encuentra vinculada con el caudal probatorio necesario y la probabilidad requerida para poder dictar la medida, lo que significa que, a mayor probabilidad, mayor fundamentación, y viceversa. Siguiendo la postura del fallo, la fundamentación requerida será la necesaria para demostrar que *los elementos de cargo son cualitativamente superiores a los de descargo*.

## **2.b) Caso Álvarez: flexibilización del criterio de Gualda**

El criterio sentado en "Gualda" en cuanto al mérito exigido para ordenar el desalojo del inmueble fue modificado en "Álvarez" (TSJ, Sala Penal. Snº17 de fecha 15/02/2017). Dicha resolución se da en el marco de un caso de toma de tierra colectiva, en el que el Fiscal de la causa ordenó el desalojo de los supuestos ocupantes en virtud del art. 302 CPP. La resolución del Fiscal fue apelada y como consecuencia la Cámara de Acusación la dejó sin efecto al no contar con el grado de probabilidad establecido en "Gualda". El querellante particular (víctima), representante de Urbanor S.A., recurrió en casación la resolución de la Cámara de Acusación.

---

<sup>6</sup> El TSJ ratificó posteriormente el criterio sostenido por estos dos vocales en autos "Bustos" (TSJ - Sentencia Nº 271 de fecha 16/09/2013).



El TSJ resolvió declarar por mayoría<sup>7</sup> abstracto el planteo, pues la causa ya había sido elevada a juicio, siendo la IPP una etapa cerrada. Sin embargo, el Vocal López Peña decidió igualmente pronunciarse sobre la discusión en torno a la aplicación del art. 302.

Así, el mencionado vocal, se expidió sobre la interpretación de la procedencia del desalojo durante la IPP en casos de tomas de tierra. En particular afirma que la *“invocación de nociones distintas de probabilidad (...) acarrea serios inconvenientes a la defensa de las partes afectadas”* (TSJ Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017, pp. 16). Afirma, además, que no existe necesidad jurídica que justifique la probabilidad equivalente a la requerida para elevar la causa a juicio. La misma, al decir del tribunal *“(...) carece de todo respaldo jurídico en nuestro ordenamiento procesal penal local vigente. En efecto, nuestra legislación ritual no contempla ninguna disposición específica que exige tal grado de probabilidad o siquiera enuncie expresamente los requisitos y oportunidad para ordenar la medida de referencia, por lo que debe estarse a lo dispuesto por el art. 302 del código de rito provincial que no contiene ninguna restricción de ese tipo”* (TSJ Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017, pp. 16) expresa el Vocal.

En ese marco, *“para la determinación de la procedencia del lanzamiento del ocupante de un inmueble con el objetivo de restablecer las cosas a su probable estado anterior al delito presuntamente cometido -para así hacer cesar los efectos del delito- carece de sustento legal en el ámbito local la exigencia de un grado de probabilidad equivalente al requerido para elevar la causa a juicio (art. 354 del CPP). Más aún si se tiene en cuenta que las medidas tendientes a hacer cesar los efectos del delito pueden ordenarse en cualquier momento de la investigación penal preparatoria, incluso desde su inicio, y se toma en consideración, además, que en el supuesto del delito en cuestión el lanzamiento aparece en ciertas ocasiones como una medida que debe adoptarse con carácter urgente, entre otros casos, frente a aquellos que se encausan en la problemática social actual vinculada a la crisis habitacional y a las consecuentes ocupaciones masivas de inmuebles de manera ilegítima”* (TSJ Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017, pp. 16-17).

---

<sup>7</sup> Debe destacarse que una de las vocales opinantes, Tarditti, resolvió la inadmisibilidad formal del recurso casatorio ya que no se encontraba probado el gravamen irreparable que el rechazo de la medida cautelar causaría al querellante, debido a que el gravamen irreparable en casos de desalojo incumbe a los imputados (desalojados).



Consideramos necesario detenernos en este punto a fin de sistematizar los argumentos sobre la interpretación del art. 302 esgrimidos por el Vocal:

1. No hay ninguna norma que expresamente establezca que es necesario realizar el análisis de probabilidad establecido en el caso Gualda para dictar la medida de desalojo de un inmueble posiblemente usurpado.
2. El desalojo puede dictarse en cualquier momento de la IPP, incluso desde su inicio.
3. Refuerza el argumento anterior afirmando que el desalojo en muchas ocasiones aparece como una medida que debe tomarse urgentemente debido a la problemática que denomina “crisis habitacional” y que provoca ocupaciones a inmuebles masivas e ilegítimas.

### **3. Crítica a los argumentos del vocal López Peña en el precedente “Álvarez”**

#### **3.a) Medidas de coerción en el proceso penal: interpretación restrictiva. Consideraciones sobre el desalojo**

En ninguno de los dos fallos los tribunales expresan qué se entiende por “*impedir consecuencias ulteriores*” ni qué medidas concretas autorizaría el art. 302. Se da por supuesto que el artículo autoriza al Fiscal a dictar medidas cautelares o de coerción.

Parte de la doctrina, señala que las medidas referidas poseen el fin cautelar de asegurar los fines del proceso: descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto. Es decir, no tienen un fin en sí mismas, sino que son instrumentales y nunca podrían ser utilizadas con fines sancionatorios. Los requisitos de procedencia de toda medida cautelar son la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la contracautela (cuando sea necesaria).

Estas medidas siempre implican una limitación a derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceros y llevan consigo la posibilidad de emplear la fuerza pública, es por ello que debe procederse con reserva a la hora de aplicarlas, y su aplicación debe ser de interpretación restrictiva ya que, de lo contrario, se desvirtuaría su uso (De Cicco y Bella, 2005, p.172).

Sus caracteres son los siguientes: 1. Excepcionalidad: deben ser absolutamente necesarias para alcanzar los fines del proceso, lo que obliga a verificar que no existe otra medida que resulte menos gravosa. 2. Instrumentalidad: no son un fin en sí mismas. 3. Restrictividad:



debido a que implican limitaciones y restricciones a derechos (en el caso del desalojo ya está adquirido el derecho posesorio del imputado), nunca pueden interpretarse ampliamente, debiendo limitarse a lo que establece expresamente la ley. 4. Proporcionalidad: la medida debe ser proporcional al peligro procesal que se pretende evitar y la violencia que se aplica nunca puede ser mayor a la que correspondería si se aplicara la pena. 5. Transitoriedad: si desaparece la situación de peligro la medida debe cesar (De Cicco y Bella, 2005, p. 179).

Si consideramos que el desalojo es una de las medidas más violentas, gravosas y que provoca un daño irreparable al imputado, es oportuno preguntarse si los tribunales han considerado la posibilidad de aplicación de otras medidas menos gravosas, y si en general verificaron el cumplimiento de los requisitos.

La posibilidad de aplicación de un desalojo no surge expresamente de la norma del art. 302, lo que lleva al incumplimiento del requisito de la “restrictividad”. Tampoco se estaría cumpliendo con este requisito si se aplica por analogía un art. del CPPN. Además, no es posible asegurar que esta medida sea, en los casos analizados, absolutamente necesaria para alcanzar los fines del proceso (descubrimiento de la verdad y actuación de la ley sustantiva), ya que eso no ha sido probado, lo que lleva a que se incumplan los requisitos de la “excepcionalidad” y de la “instrumentalidad”.

Asimismo, surgen interrogantes tales como ¿qué ocurre en aquellas causas en que el imputado es desalojado, y luego la causa es archivada? Y en caso de llegarse a una sentencia, ¿si ésta resulta absolutoria? ¿Qué ocurre si se trataba de un conflicto entre posesiones? ¿Con el desalojo no se estaría beneficiando a unas de las partes?

En resoluciones como las analizadas, el desalojo parece estructurarse, de modo quizás tácito, como el fin mismo del proceso. Esto es así tanto en casos en que los imputados son declarados culpables, como en supuestos de sentencias absolutorias. En el primer caso, la condena frente a la comisión del delito de usurpación implica el desalojo de las personas que están usurpando, siendo así, la medida de coerción funcionaría como adelanto de opinión. Por otro lado, si la sentencia es absolutoria, el haber desalojado con anticipación a las personas incurriría en daños irreparables para ellas y en vulneración de derechos constitucionales. Por último, debe agregarse que cuando la causa no es elevada a juicio (lo



que ocurre en la mayoría de los casos), la medida de desalojo opera como sentencia definitiva.

### **3.b) Art. 302: impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores**

¿Qué significa el artículo 302 del CPP al referirse a “*impedir que el delito cometido produzca consecuencias ulteriores*”? La interpretación de la norma debería ser acompañada de un análisis jurisprudencial más amplio respecto del alcance y contenido que la jurisprudencia ha atribuido a dicha norma. Este trabajo, sin embargo, se circunscribirá a una comprensión limitada de fallo analizado.

La interpretación del art 302 realizada en “Álvarez” se sostiene en una *interpretación literal* de la norma al afirmar que dicha disposición no realiza distinciones respecto a los requisitos y oportunidad procesal para ordenar el desalojo.

Es posible afirmar que, si el razonamiento del TSJ buscara ser coherente con esta estrategia argumentativa, debería no solo no admitir distinciones que la norma *no* realiza (tal como sucede con el análisis que realiza el fallo), sino que a la vez debería asumir un compromiso con aquellas distinciones que de modo *expreso* la letra de la norma *si* realiza.

En este último sentido, cabe mencionar que el art. 302 expresamente califica de “ulteriores” a las consecuencias del delito que deben impedirse. Dichas consecuencias deben distinguirse, en general, de una acción que busque “volver las cosas al estado anterior”. Ahora bien, ¿En qué sentido ambas interpretaciones se distinguen?

La primera interpretación (impedir que el delito produzca consecuencias ulteriores) tiene proyección a *futuro*, mientras que, la segunda (volver las cosas al estado anterior) tiene su foco en el *pasado*.

Podría decirse, a fin de comprender la implicancia práctica de comprometerse con “*evitar que el delito produzca consecuencias ulteriores*” que esta norma cuenta con dos dimensiones: en un sentido negativo, se propone *evitar* continuidad *futura* de la acción presuntamente delictiva. Pero a esta se agrega un sentido afirmativo, que se propone centralmente *resguardar* el estado *actual* de cosas. Esta última dimensión consideramos, asimismo, que guarda un compromiso fuerte con el principio de inocencia. A modo de ejemplo, consideramos que puede darse el caso de que las consecuencias ulteriores se



eviten ordenando que en el *futuro* no se ingresen materiales a los fines de seguir edificando. Sin embargo, esto no significaría que por ello deba demolerse lo ya construido *antes*, volviendo las cosas al estado anterior de la imputación (el cual, además, no podría conocerse con exactitud con la sola denuncia como prueba, sin afectar palpablemente la objetividad, el derecho de defensa efectiva y el principio de inocencia). Esta pauta tendría vinculación con la posibilidad de buscar medidas cautelares menos gravosas que se limiten a evitar consecuencias “*ulteriores*”, pero sin tener que volver las cosas al estado anterior, hasta tanto se dirima, en la sentencia, la comisión del delito.

En otras palabras, la resolución comentada es contradictoria al seguir una lógica argumental literal para afirmar que “*la legislación ritual no contempla ninguna disposición específica (...)*”, o bien, “*(...) no contiene restricciones*” respecto al grado de probabilidad o los requisitos de oportunidad, y, al mismo tiempo, elude abordar aquellas restricciones que la norma sí realiza, tal como el carácter restrictivo en que deben entenderse las “consecuencias” que puede el fiscal evitar en la IPP.

Asimismo, una observación que podría realizarse antes de analizar las posibilidades de medidas a tomar para “*impedir consecuencias ulteriores del delito*”, se vincula a la interpretación del artículo 302 de la palabra “consecuencias”. Aún es posible preguntarse qué implican esas consecuencias ulteriores que se quieren evitar; señalando que no se puede evitar lo que no se conoce, por ello es necesaria la demostración –aunque sea provisoria- de los extremos delictivos. El resultado de una acción siempre es una consecuencia, hay algunas consecuencias que están ligadas a la acción de tal manera que no pueden separarse de ella, la definen. No es posible decir que, porque hay delito, hay consecuencias *ulteriores*, porque ese es simplemente el resultado de la acción. Pero, si partimos de la idea de que a veces existen las consecuencias ulteriores que refiere el artículo, serían algunas más gravosas que sí pueden separarse de la acción misma del delito, y en este caso habría que probarlas, porque exceden lo que normalmente implica una acción determinada.



### 3.c) Análisis de probabilidad

En los dos casos analizados, la discusión central y el punto de discordancia entre ellos, gira en torno a la probabilidad requerida para dictarse el desalojo.

Tal discusión, en “Gualda” se centra en la prueba necesaria y suficiente para el dictado de la medida cautelar. En “Álvarez” directamente se afirma que no es procedente un análisis de probabilidad debido a que el requisito carece de sustento legal, y por lo tanto el lanzamiento puede realizarse en cualquier momento de la IPP.

Pese a lo señalado en los argumentos anteriores, si seguimos la línea argumentativa de ambos fallos, es erróneo afirmar, como se hace en “Álvarez”, que un análisis de probabilidad carece de sustento legal. Esto es así porque los magistrados están convencidos de que el artículo 302 del CPP habilita al dictado de cautelares, y en este caso, un requisito que surge de la ley es la *verosimilitud en el derecho*, y eso no puede darse “*en cualquier momento de la IPP*”, ya que es necesario determinado caudal probatorio. Entonces, si de cautelares hablamos, el análisis de probabilidad es procedente.

Sin embargo, la posibilidad de dictar el desalojo en cualquier momento de la IPP, incluso de dictarla durante la IPP, se encuentra limitada por dos ideas básicas del derecho: el juicio previo y el principio de inocencia (De Cicco y Bella, 2005, p. 173). Afirma Binder que “*es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño que el que puede evitar el Estado con todo su aparato investigativo: policía, fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, no puede cargarse esa ineficacia en la cuenta del imputado*” (Binder, 1999, p.203).

Por lo tanto, la procedencia de esta o cualquier otra medida cautelar durante la IPP debería ser de interpretación restrictiva y excepcional, siendo deber de los tribunales analizar el caso concreto y los derechos en juego. En causas como las analizadas, entendemos que no sería posible dictar el lanzamiento antes de la sentencia condenatoria porque se estarían afectando la inocencia y el debido proceso legal dejando a las partes en desigualdad, considerando especialmente que medidas de este tipo conllevan peligro de irreversibilidad de las consecuencias que ocasiona su dictado (González Zamar, 2005, p. 134).



### 3.d) ¿Obiter dictum?: ¿ampliar consideraciones para restringir derechos?

El fallo “Álvarez”, en especial el voto de los vocales López Peña y la adhesión de Cáceres de Bollati, es susceptible de analizarse en tanto *obiter dictum*. En especial, la inflexión de la argumentación del voto se observa al afirmar: “*No obstante* (se refiere a que a pesar de haber resuelto el carácter abstracto del planteo casatorio por haber sido la causa ya elevada a juicio) *la ocasión resulta propicia para realizar –a mayor abundamiento- una breve consideración sobre las posiciones doctrinarias sustentadas en el voto de la mayoría del Tribunal de apelación en relación con esos grados de probabilidad –el voto en minoría de la Vocal Farías se orientaba, por el contrario, a confirmar la resolución del Juez de Control favorable al desalojo*” (TSJ Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017, pp. 15-16).

Seguidamente, el voto se expresa en referencia a la interpretación del art. 302, en los términos que hemos venido comentando, acompañando asimismo argumentaciones adicionales que no guardan vinculación alguna con la cuestión debatida, tales como la referida a la crisis habitacional como crisis de los propietarios de tierras supuestamente usurpadas: “...*en el supuesto del delito en cuestión el lanzamiento aparece en ciertas ocasiones como una medida que debe adoptarse con carácter urgente, entre otros casos, frente a aquellos que se encausan en la problemática social actual vinculada a la crisis habitacional y a las consecuentes ocupaciones masivas de inmuebles de manera ilegítima*” (TSJ Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017, pp. 16-17).

Lo que se pretende analizar, en primer término, es si la expresión citada constituye o no un *obiter dictum* en nuestro derecho.

La expresión del latín *obiter dictum* significa “*dicho de paso*”, refiere a los argumentos escritos en la parte considerativa de una sentencia que corroboran la decisión principal, pero que carecen de poder vinculante pues su naturaleza es meramente complementaria (Domenech, 2014). La doctrina afirma que los *obiter* de una sentencia son algo así como un decir de más, un decir no relevante para justificar la decisión que se adopta (Gordillo, 2000). Es una relación entre una afirmación o un argumento y una resolución adoptada por un tribunal, por la cual esa afirmación o argumento contribuye a la fundamentación de la decisión adoptada. Sin embargo, lo que ocurre en “Álvarez” es que se resuelve en abstracto, toda vez que la causa se encontraba ya elevada a juicio, destacando que la minoría se inclinó por la inadmisibilidad formal del recurso, por lo que los dichos que se cuestionan



no argumentan, ni aun débilmente, la decisión principal. Entonces, ¿debe ser tenida en cuenta como criterio que sienta jurisprudencia? Puede considerarse que tanto la afirmación citada, como la argumentación referida a la crisis habitacional y el criterio de probabilidad, no han sido decisivas ni relevantes para fundar la decisión del tribunal.

Respecto a los posibles usos que pueden darse a los *obiter*, la doctrina trata varios. Consideramos que los que podrían relacionarse con la causa “Álvarez” son aquellos que se emplean para justificar un cambio de opinión del Tribunal o para adelantar esa posibilidad, los que buscan destacar la extrema singularidad del caso que se decide, los que salvan (o imponen) una opinión personal en relación al tema, los que expresen puntos de vista o ideas relacionados, y los que reseñan criterios jurisprudenciales y contextualizan la decisión en una línea o criterio de interpretación (Domenech, 2014).

En aquellos casos en que los *obiter* se utilizan para dar un contexto o situación vinculada a una doctrina determinada, esa interpretación podría visibilizar un posicionamiento político-ideológico que avanza sobre los modos de interpretar un texto legal. Atendiendo a las expresiones del Vocal, parecería que la crisis habitacional es una crisis en la que la empresa que aduce la propiedad de las tierras -grandes extensiones de tierra en el caso- sería la víctima, sin dar fundamentos. ¿Necesitaba el Vocal describir la situación de la crisis habitacional en la provincia como condición argumental de la decisión que adoptaba? En principio no, porque resuelve la cuestión en abstracto, y si así no fuese, el mayor centro de interés de este fallo radica en afirmar si procede o no una medida cautelar, a la luz de la interpretación del art. 302 del CPP.<sup>8</sup>

Por otro lado, entendemos que el Vocal se expide en sentido contrario a la jurisprudencia de nuestra provincia que, incluso anteriormente al precedente “Gualda”, viene afirmando hace años la necesidad de la declaración del imputado como oportunidad para poder ejercer efectivamente el derecho de defensa previo al dictado de la medida cautelar, y que el mencionado ejercicio del derecho de defensa le otorga mejores elementos y herramientas al Fiscal para valorar minuciosamente las circunstancias de cada caso, toda vez que *“no es lo mismo un damnificado que hace años que no ocupa el bien (...) que aquel que le burlan*

---

<sup>8</sup> Ahondar en las razones que el Vocal opinante tuvo para expresarse de la mencionada manera no es objeto del presente trabajo, sin embargo sus autoras consideran de importancia dejar abierta la cuestión para trabajos ulteriores.



*en sus narices lo que legítimamente ocupaba hasta ese momento*” (Clemente y Romero, 2011, pp. 253-256), como serían la verosimilitud del derecho del accionante o bien la falta total de legitimidad del imputado para poseer el inmueble que ocupa<sup>9</sup>. Además, es importante destacar que López Peña omite señalar al legislador la ausencia de requisitos en la norma para la procedencia del desalojo, omite invitarlo a “salvar” la laguna procesal.

Así, el vocal opinante, lejos de ampliar las consideraciones a tener en cuenta a los fines del dictado de la medida, viene a reducirlas a cero, proponiendo la urgencia de la medida de desalojo aún en el inicio de la IPP, momento en el que no podría haber suficiente caudal probatorio sobre los extremos de la imputación. Esto se agrava por el hecho de que no tenía facultades para hacerlo, ya que la causa se había declarado abstracta y no había ninguna necesidad de sentar un criterio de este tipo para resolver la discusión. Lo que podría surgir de este análisis, aún no saldado, es que los argumentos podrían no ser encuadrados ni siquiera en un caso de *obiter dictum*, porque no se trata argumentos periféricos, secundarios o que buscan dar fuerza al argumento principal.

### **3.e) La consideración de la “crisis habitacional” repudia desalojos, no los justifica**

El voto en “Álvarez” busca justificarse en la comprensión de la “crisis habitacional” para resolver, en lo sustancial, dejando en mayor vulnerabilidad a aquellos a quienes precisamente la crisis más afecta. Tomando distancia de dicha postura, en este trabajo se considera que recurrir al contexto de “crisis habitacional” debería poder sostenerse mínimamente en la comprensión de datos objetivos relativos al contexto de “déficit habitacional” en la provincia de Córdoba. En esta línea de análisis intenta introducirse el contexto habitacional al inicio de este trabajo.

La resolución buscó construir un argumento adicional que sostenga una interpretación amplia del referido art. 302 apelando a la consideración del contexto de crisis habitacional, sin embargo, consideramos que dicha interpretación se aleja de la comprensión real del contexto. La interpretación amplia del 302 sería correcta, al decir del tribunal: *“más aún si se tiene en cuenta que las medidas tendientes a hacer cesar los efectos del delito pueden ordenarse en cualquier momento de la investigación penal preparatoria, incluso desde su*

---

<sup>9</sup> Ver Juzgado de Control - N° 7 “D’giuseppe”; Auto N° 123 del 11/06/04.



*inicio, y se tiene toma en consideración, además, que en el supuesto del delito en cuestión el lanzamiento aparece en ciertas ocasiones como una medida que debe adoptarse con carácter urgente, entre otros casos, frente a aquellos que se encausan en la problemática social actual vinculada a la crisis habitacional y a las consecuentes ocupaciones masivas de inmuebles de manera ilegítima” (TSJ Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017, pp. 17).* Amerita detenernos en estas afirmaciones a fin de destacar la contradicción que representa un intento de *repudiar* la crisis habitacional para resolver, al mismo tiempo, *reproducirla*.

Si la intención del argumento ha sido *repudiar* la crisis, la relación de causalidad podría estructurarse del siguiente modo: la causa o antecedente: en este caso serían los procesos de exclusión y segregación espacial (los que no deberían dejar de considerarse junto a la ausencia de políticas habitacionales y de suelo urbano, entre numerosas causas), y el consecuente: la crisis habitacional. La exclusión es CAUSA de la crisis habitacional.

Una concepción opuesta partiría de presuponer que la crisis habitacional justifica la exclusión. Este sería el caso del fallo bajo análisis. La relación de causalidad se invierte atribuyendo a la crisis una fuerza legitimadora de la resolución que ordena la exclusión (en el fallo se materializa con la orden de lanzamiento del ocupante de un inmueble en pos de hacer cesar los efectos del delito, sin distinguir oportunidad procesal ni mérito requerido). Bajo esta estructura, de modo inverso a la anterior, la crisis es CAUSA de la exclusión.

La recurrencia al contexto de crisis habitacional, debería presuponer, al menos, la comprensión de una situación generalizada donde se torna relevante *quienes* son principalmente *afectados*. En este sentido, serán los ocupantes, y no los propietarios privados, los que podrían verse amparados bajo dicha consideración del contexto.

#### **4. Otras discusiones posibles**

Dado que no es posible analizar en profundidad todos los problemas que se presentan al analizar la procedencia del desalojo en estos casos, interesa dejar planteados algunos interrogantes adicionales:

¿Deben abordarse de igual modo los procesos de usurpación individuales y colectivos?  
¿Qué sucede si la usurpación es la última medida, luego de agotar todas las vías administrativas, legales, y negociaciones, frente a la falta de respuesta estatal con respecto



a un problema de vivienda? ¿Es posible incorporar consideraciones de hecho como el destino que le daba el propietario del inmueble usurpado, si se encontraba en estado de abandono, etc.? ¿Existe competencia del derecho penal cuando lo que ambas partes alegan es tener un mejor derecho de posesión?

Resulta importante la mención de estos interrogantes para futuras investigaciones y para ser tenidos en cuenta al momento de decidir sobre un caso similar.

## 5. Conclusiones

Este trabajo ha tenido por objeto realizar un análisis del art. 302 del CPP, en relación al delito de usurpación (art. 181 Código Penal), considerando especialmente los casos de tomas de tierras. Se presentaron los principales argumentos de dos fallos relevantes de la provincia de Córdoba.

El precedente "Gualda", en lo sustancial, incorpora una distinción respecto a la oportunidad procesal y el mérito requerido para dictar la medida de desalojo (art.302 CPP), ante la posible comisión del delito de usurpación. Siendo así, la orden de desalojo requiere ser justificada por un grado de probabilidad cualificado.

El fallo "Álvarez", por su parte, interpreta que el art. 302 no realiza distinción alguna, motivo por el cual, sería admisible ordenar el desalojo "*incluso desde el inicio*" de la IPP.

Este trabajo buscó construir una interpretación alternativa a fin de cuestionar el voto mayoritario presentado en "Álvarez" y "Gualda". La estructura del análisis presentó cinco argumentos centrales: en primer lugar, una argumentación relativa a la interpretación restrictiva que debe darse a las medidas de coerción en el proceso penal. En segundo lugar, se destacó la relevancia de distinguir el carácter "ulterior" que deben reunir las consecuencias susceptibles de ser impedidas durante la IPP, y la contradicción que supone omitir dicho carácter bajo una argumentación de tipo literal. En tercer lugar, se buscaron alternativas al análisis de probabilidad realizado en "Gualda" y se dieron fundamentos para que el desalojo sólo pueda dictarse en la sentencia. En cuarto lugar, se analizó el rasgo del pronunciamiento en "Álvarez" como *obiter dictum* y se concluyó que no cumple los requisitos para serlo, ya que no existen argumentos principales por haber sido declarada abstracta la causa, por lo que no puede sentar ningún criterio. Por último, se buscó evidenciar el modo en que el argumento relativo al contexto de "crisis habitacional" es



utilizado para legitimar una interpretación que, lejos de comprometerse con dicho contexto, contribuye a su reproducción.

Si bien el análisis del trabajo se circunscribe a la cuestión jurídico procesal, se considera que el mismo puede constituir un aporte en pos de dar cuenta de los criterios recientes (2008-2017) de la justicia cordobesa, así como un insumo que contribuya a investigaciones integrales que aborden la comprensión de los conflictos por la tierra en la Provincia de Córdoba.

## 6. Bibliografía

Binder, A. (1999) *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.

Ciuffolini M. A. (Comp.) (2017) *Lucha por la tierra. Contexto e historias de las tomas en Córdoba*. Córdoba: Ed. Educ.

Clemente, J. L. y Romero, G. S. (2011) *El delito de usurpación*, Córdoba: Ed. Lerner.

Clichevsky, N. (2000). *Informalidad y segregación en América Latina. Una aproximación*. División Medio Ambiente y Asentamientos Humanos. Chile: CEPAL-ECLAC.

De Cicco, A. y Bella, G. (2005) “Teoría general del proceso: medidas de coerción en el proceso penal”. En Ayan, Manuel y De la Rúa, Angelina (eds.) *Medidas Cautelares (Lecciones y ensayos de derecho procesal)*. Córdoba: Alveroni.

Domenech, E. (2014) Dicho sea de paso. Obiter dicta. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Num. (44) Año (11) (pp. 127-147) ISSN (0075-7411). Lugar de publicación: U.N.L.P. Recuperado de:

[http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43586/Documento\\_completo.pdf?sequence=1](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/43586/Documento_completo.pdf?sequence=1)

González Zamar, L. “Las medidas cautelares y la tutela anticipatoria en el proceso colectivo”. En AYAN, Manuel y DE LA RUA, Angelina (eds.) *Medidas Cautelares (Lecciones y ensayos de derecho procesal)*. Córdoba: Alveroni.

Gordillo, A. (2000) *Introducción al Derecho. Derecho Público y privado. Common-Law y derecho continental europeo*. Buenos Aires: Editorial Fundación de Derecho Administrativo.

Llano en llamas (2013) “*Tomas de tierras en la Provincia de Córdoba*”. Informe. Recuperado de: <http://www.llanocba.com.ar/site/>.

Rodríguez E., Eula M., Camisasso M., y Maniacci A. (2016) “Desempeño de las políticas habitacionales nacionales y en la Provincia de Córdoba. Datos de la baja capacidad responsiva del Estado”. Ponencia presentada en III Foro latinoamericano. Facultad de Trabajo social. Universidad Nacional de La Plata. 2016. Eje Temático: 4. Balances y perspectivas sobre las políticas públicas en la región.



Techo (2016) “Relevamiento de asentamientos informales”. Recuperado de: [http://relevamiento.techo.org.ar/downloads/informe\\_relevamiento\\_TECHO\\_2016.pdf](http://relevamiento.techo.org.ar/downloads/informe_relevamiento_TECHO_2016.pdf)

Legislación:

Provincia de Córdoba. Ley N° 8193. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (CPP).

Argentina. Ley N° 23984. Código Procesal Penal de la Nación (CPPN).

Argentina. Ley N° 11179. Código Penal de la Nación Argentina (CP)

Jurisprudencia:

Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba, A.I. n°238 de fecha 26/08/2008 “GUALDA, Jorge Alberto p.s.a. amenazas calificadas, hurto, usurpación” (Expte. G-18/07).

Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, Sentencia n°17 de fecha 15/02/2017 “ALVAREZ, Marcos Martín y otros p.s.a usurpación -Recurso de Casación-” (Expte. N° 2181627).

Tribunal Superior de Justicia, Sala Penal, Sentencia N° 271 de fecha 16/09/2013 “BUSTOS, María Norma y otros p.ss.aa. amenazas, etc -Recurso de Casación” (Expte. “B”, N° 43/2013)



ISBN 978-987-42-9841-6



9 789874 298416