

AVANCES DEL DERECHO AL MEJOR DERECHO

Por Mario Alberto Juliano¹

1. La lucha por el derecho al mejor derecho (parafraseando a Lhering en una libre adaptación del título de su famoso obra), no es un camino sembrado de rosas, donde haya prevalecido la posibilidad de un diálogo franco y creativo para explorar los alcances de la idea. Por el contrario, el común denominador ha sido la desconfianza y el escepticismo ante un discurso que cuestiona muchos de los preconceptos adquiridos por la cultura jurídica tradicional. Atribuir los fracasos a la incomprensión o la incompetencia ajena, en cualquier orden de la vida, suele ser un recurso sencillo, al que solemos apelar para tranquilizar nuestras conciencias. Pero quizá corresponda indagar hasta qué punto las ideas no prosperan por nuestra propia incompetencia, por el modo equivocado o erróneo de plantearlas.

Para insistir en el planteamiento apelaremos no solo a sus aspectos teóricos, sino también a algunas consideraciones prácticas y concretas que, probablemente, contribuyan a una mejor comprensión y progreso de la idea.

2. Para comenzar es preciso recordar el concepto del derecho al mejor derecho, punto acerca del que existe coincidencia entre quienes hemos detenido la atención en el tema: el derecho al mejor derecho implica la posibilidad de reclamar la aplicación de una norma legal vigente en una jurisdicción territorial distinta a la del sitio en que se plantea el conflicto, pero que atiende los derechos y garantías de una forma más favorable a los intereses de quien la invoca.

3. Las coincidencias no son tantas a la hora de justificar la premisa, ya que existen distintas miradas sobre su fuente de legitimación².

¹ Presidente de la Asociación Pensamiento Penal y juez del Tribunal en lo Criminal 1 de Necochea

² Dejo constancia que se trata de visiones resumidas del pensamiento de los autores referenciados, con los riesgos que el reduccionismo puede implicar.

a) Nicolás García, entiende que la posibilidad de invocar el derecho al mejor derecho nace del artículo 28.3 de la Convención Americana³, de donde surge el principio de intangibilidad de la protección de los derechos convencionales en el caso de pactos comunitarios, como es el caso del Mercosur, que involucra a nuestro país⁴.

Sostiene que tal como lo ha dicho la Corte Interamericana en los casos “Almonacid Arellano” y “Trabajadores Cesanteados”: “*el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”, de donde los jueces tendrían la obligación de aplicar la norma más protectora de los derechos humanos que se encuentre vigente en la asociación de Estados.

b) Alfredo Pérez Galimberti⁵ tiene una mirada sobre el tema muy similar a la de García, en el sentido que esta categoría operaría a partir del artículo 28.3 de la Convención Americana y con relación a los Estados involucrados en pactos asociativos.

No obstante, como García, rescata la importancia de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley, consagrada por el artículo 24 de la Convención y la intolerancia ante a las *asimetrías insoportables* que suelen verificarse, no solo de un Estado asociado a otro, sino entre las provincias de un mismo Estado. Como un verdadero hallazgo, recurre a la figura de los *vasos comunicantes* entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho local, a los fines de graficar su íntima relación e interdependencia.

³ Cuando dos o más Estados Partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención

⁴ García, Gerardo Nicolás, “Igualdad y diferencia. A propósito del derecho al mejor derecho del acusado”, en “Derecho al mejor derecho y poder punitivo”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 17/31.

⁵ Pérez Galimberti, Alfredo, “Derecho al mejor derecho. El sistema de vasos comunicantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en “Derecho al mejor derecho y poder punitivo”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 49/89.

c) José Raúl Heredia, quien se refiere al derecho al mejor derecho como *aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana* encuentra que su fundamento radica en la naturaleza progresiva de los derechos humanos y el deber de aplicarlos *pro homine*⁶.

En esta dirección del pensamiento trae a colación las reflexiones del ex presidente de la Comisión Americana, Carlos M. Ayala Corao, para quien: *“La progresividad de los derechos humanos como principio de interpretación pro homine ha significado el abandono de las imbricadas teorías interpretativas del derecho, y su sustitución por una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional”*⁷.

No solo eso, Heredia detecta una importante cita de la Corte federal en el conocido caso “Verbitsky”, que también apoyaría la tesis que defendemos: *“Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía. Una asimetría total en cuanto a la legislación procesal penal destruiría la necesaria unidad en materia penal que se mantiene en todo el territorio en virtud de un único Código Penal. Partiendo de la conocida afirmación de Ernst von Beling, de que el derecho penal no toca un solo pelo al delincuente, es sabido que incumbe al derecho procesal penal tocarle toda la cabellera y, por ello, se debe entender que, sin pretensión de cancelar las asimetrías, para la prisión preventiva —que es donde más incidencia represiva tiene el derecho procesal penal— las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el*

⁶ <http://new.pensamientopenal.com.ar/02042007/heredia.pdf>

⁷ CORAO, Carlos M. Ayala, “La recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” <http://turan.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/carlosayala.pdf>

mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio. Por lo demás, no puede soslayarse, que en esta materia la legislación procesal nacional, receptoría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestro bloque constitucional federal”.

d) En mi caso particular⁸, comparto la mayoría de las ideas de mis apreciados colegas, pero a su diferencia (principalmente, a diferencia de García y Pérez Galimberti), entiendo que la fuente del derecho al mejor derecho no nace y se justifica –necesariamente- a partir del pacto asociativo que consagra el artículo 28.3 de la Convención, sino del derecho a la igualdad de trato frente a la ley, sin discriminaciones de ninguna índole (artículo 24), y particularmente la derivada del lugar de nacimiento (artículo 1).

Una visión de esta índole amplía de modo exponencial las posibilidades de reclamar la aplicación del mejor derecho, ya no entre los Estados vinculados por un pacto asociativo, como el Mercosur, sino a la totalidad de los signatarios de la Convención (quedando abierto, inclusive, el interrogante respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Estas diferencias quizá no sean tan relevantes y hasta, posiblemente, sean meramente aparentes, habida cuenta los innegables canales complementarios y confluyentes de la idea general.

5. Como se dijo al comienzo, la idea del derecho al mejor derecho no ha sido pródiga en cultores y, mucho menos, en aplicaciones concretas y efectivas por el mundo judicial. Sin embargo, advertí dos precedentes que, en mi interpretación, se hicieron eco del derecho al mejor derecho, aún sin mencionarlo de modo expreso, uno más claramente que en el otro.

a) El primer caso (el más claro), fue seguido por la supuesta comisión del delito de amenazas calificadas y tramitó ante el Juzgado en lo Correccional

⁸ Juliano, Mario Alberto, “La igualdad de los ciudadanos frente a la ley y el derecho al mejor derecho”, en “Derecho al mejor derecho y poder punitivo”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 33/48.

1 de Paraná, a cargo de Pablo Virgala. Para la completa comprensión del caso, es preciso decir que la provincia de Entre Ríos resolvió implementar su reforma procesal penal en forma progresiva, de tal modo que hasta el momento del fallo (3 de octubre de 2011), sobre la margen del río Uruguay regía un código procesal de corte acusatorio, con posibilidad de implementar resoluciones alternativas a los conflictos (ley 9754), mientras que sobre la margen del río Paraná seguía rigiendo el código “mixto” (ley 4843). Lo cierto y lo concreto es que las partes arriban a un acuerdo conciliatorio para poner fin al pleito, solicitando al juez la aplicación de las normas del nuevo código que, como se dijo, no se encontraba vigente en la jurisdicción. Luego de conferir un traslado al fiscal, que emitió dictamen favorable al acuerdo de las partes, el juez Virgala, aún sin hacer mención expresa al derecho al mejor derecho, se expide en términos muy similares a los que enarbolamos quienes postulamos la idea.

“...aunque aún en esta jurisdicción no tenga plena vigencia el nuevo código procesal penal (Ley Nº 9754) no por ello aquellas normas que consagran nuevas garantías, nuevas formas de acometer la solución de los conflictos penales, no podrán ser utilizadas por los magistrados locales en pos de resolver con justicia e igualdad los casos sometidos a su escrutinio... no veo como no se vulneraría el principio de igualdad si un hombre sometido a proceso en la ciudad de Paraná, no tuviese los mismos derechos que un par (las negrillas no son casuales) en la ciudad de Concordia -por ejemplo-. Concretamente, negarle -en este caso a CACERES- la posibilidad de obtener su sobreseimiento en los términos del acuerdo alcanzado con la víctima nada más que con la excusa de que aún no se halla vigente en la jurisdicción la herramienta de que pretende valerse, hace tabla rasa con principios basales de nuestro sistema procesal-constitucional, tales como el debido proceso o la igualdad ante la ley...”⁹.

Las ideas de la igualdad y de *pares* (para referirse a los vecinos que habitan la misma provincia) a los fines de la aplicación de una normativa aún no vigente en la jurisdicción territorial del conflicto, pero que contempla mejor los derechos de quienes la invocan, son ejes evidentes del decisorio, coincidentes con los postulados del derecho al mejor derecho.

⁹ Juliano, Mario Alberto, “Una concreta aplicación del derecho al mejor derecho”, Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, febrero 2012

b) El segundo caso está referido a un conocido precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰, resuelto el 12 de febrero de 2012, al que haremos una breve referencia. La ciudadana argentina Karina Dana Germano había sido condenada en el Brasil a la pena de treinta años de prisión. Acogiéndose al Tratado sobre Traslado de Condenados entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil, solicitó cumplir la condena en su país de origen (la Argentina). Lo cierto y lo concreto es que (omitiremos algunos detalles que pueden ser vistos con más amplitud en otro trabajo de autoría del suscripto¹¹) en un momento determinado los consortes de causa, que cumplían la misma condena en el Brasil, merced a la mayor benignidad de las leyes de ejecución penal del vecino país, acceden a salidas controladas, lo que no le era permitido a Germano, de acuerdo a las disposiciones de la ley 24.660. Por esta razón solicita se le acuerde el mismo “beneficio” que a los consortes de causa brasileños, requerimiento que fue sucesiva y repetidamente rechazado por distintas instancias locales, hasta que, por segunda vez llega el caso a la Corte, con dictamen favorable de la Procuración.

En esta segunda ocasión, la Corte resolvió que: “...una pena que se ejecuta de modo diferente se convierte en una pena distinta y, por ende, en caso de ser más gravosa su ejecución resulta una modificación de la pena impuesta en perjuicio del condenado... El tratado que permite el cumplimiento de la pena en el país, con el propósito de posibilitar la reinserción del condenado -si bien se rige por la legislación local en su modo de ejecución- no puede habilitar una pena diferente y más gravosa, pues implicaría una contradicción con su objetivo... Que se plantea en el caso como hecho nuevo la circunstancia de que los co-condenados en la misma causa que la presentante, que cumplen su pena en Brasil, han accedido al régimen de salidas transitorias que ya se ha concretado, por lo que corresponde proceder con igual temperamento con respecto a Germano... En consecuencia, la disposición contenida en el artículo 7 de la ley 24.660 que invoca el señor Procurador Fiscal en su dictamen, resulta una aplicación más respetuosa de la obligación internacional y de los principios pro homine, igualdad y no contradicción...”

Desde nuestra perspectiva, las genéricas invocaciones a los principios pro homine, igualdad y no contradicción, no hacen más que encubrir (por así decirlo, en un sentido amplio) la lisa y llana aplicación de una legislación no

¹⁰ G. 942 XLIV “Germano, Karina Dana s/recurso de casación”

¹¹ Juliano, Mario Alberto, “El derecho al mejor derecho llegó a la Corte Suprema de Justicia”
http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/06/elderechoalmejorderechollegalacortesupremadejusticia.doc_3.pdf

vigente en la República Argentina que, en este caso, confiere mayores y mejores derechos a los intereses de quien la invocó.

6. El precedente prolegómeno es la necesaria plataforma para presentar un nuevo fallo que, hasta donde llegan nuestros conocimientos, es el primer precedente jurisprudencial que resuelve un caso con expresa y explícita aplicación del derecho al mejor derecho, lo que además de resultar una excelente noticia para quienes postulamos la idea, implica la confirmación empírica de la tesis defendida.

El caso¹² fue resuelto el 15 de marzo de 2013 por la Cámara Primera del Crimen de Paraná, integrada por los jueces Perotti, Chemez y Giorgio, y como la jurisprudencia no se fija por generación espontánea, es preciso y justiciero señalar que los abogados que la promovieron fueron Guillermo Vartorelli (que ya había intervenido en el anterior precedente entrerriano) y Miguel Angel Cullen, de quienes conozco sus convicciones por la irrestricta defensa de los derechos y garantías de las personas sometidas a proceso penal.

La causa había sido iniciada por la supuesta comisión del delito de Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar (ley 13.944) y, a grandes rasgos, presentaba la misma problemática que había tenido que resolver el juez Virgala unos meses atrás: la convivencia en el territorio de la misma provincia de dos órdenes procesales penales, con diferentes regímenes de derechos y garantías. Aquí también las partes solicitan al tribunal se homologue la conciliación a la que había arribado las partes involucradas, aplicando las disposiciones del nuevo código que aún no regía en la jurisdicción.

El tribunal apeló a los siguientes argumentos para acoger la solicitud de las partes:

4- Así las cosas, debemos destacar en forma liminar que en esta Jurisdicción Paraná aún no se encuentra vigente la aplicación de la Ley N° 9754 (nuevo Código Procesal Penal de la Prov. de E. Ríos) el cual contiene -como saludable novedad- una instancia de conciliación antes de la apertura de la causa.-

No obstante, dos importantes razones nos llevan a pensar en la concreta posibilidad de aplicar estos modernos institutos de solución de conflictos; el

¹² <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/04/fallos03.pdf>

primero de ellos, es que desde la doctrina (casi pacífica en este punto) se viene abogando cada vez más por la aplicación de medios (instrumentos, herramientas) que resulten útiles y eficaces para solucionar realmente el conflicto subyacente, de manera consensuada, representando así una vía o camino alternativo que confluye con el método tradicional de procesar y resolver un litigio, sólo en su forma punitiva.-

En segundo lugar, encontramos apoyatura legal para la aplicación de estos mecanismos en la norma contemplada en el Art. 65 de la Nueva Constitución de Entre Ríos, (luego de la reforma operada en el año 2.008) que en su último párrafo dice: "Se promueve la utilización, difusión y desarrollo de las instancias no adversariales de resolución de conflictos, especialmente a través de la mediación, negociación, conciliación y arbitraje".-

Siendo así, y aunque sabemos que en esta Jurisdicción no tiene plena vigencia la Ley 9754 (nuevo C.P.P.E.R.), creemos que ello no puede representar un impedimento para usar aquéllas normas e institutos que, contemplados en la nueva normativa procesal entrerriana, consagran nuevas garantías, o cuanto menos, prevén otras formas de arribar a la solución de conflictos penales, siempre en pos de resolver con justicia los casos sometidos a nuestro juzgamiento. Para las partes involucradas sería, ni más ni menos, que la aplicación de un "mejor derecho".-

La tesis del derecho al mejor derecho, entendida como la posibilidad de invocar y reclamar la aplicación de la ley de una jurisdicción diferente a la que rige en el sitio en que reside quien la invoca, pero que atiende de mejor manera sus intereses, es una idea-fuerza recientemente expuesta por Mario JULIANO, Alfredo PEREZ GALIMBERTI y otros, y su objetivo es dotar de mayores cuotas de racionalidad al ejercicio del poder punitivo estatal. (en "Derecho al mejor derecho y poder punitivo" Edit. del Puerto, Bs. As. 2011).-

Debemos tener presente que esto implica un cambio de paradigma, ya que entendemos que no todos los casos deben culminar con una respuesta punitiva, sino que debe procurarse que los verdaderos protagonistas del conflicto superen o atenúen el mismo, arribando a soluciones conciliatorias, en la búsqueda -así- de un sistema procesal más racional y equitativo.-

Dijo Jorge A.L. GARCIA "Uno de los aspectos más trascendentes de la racionalización del discurso penal aplicativo es la relativización del principio de oficialidad de la acción penal, mediante la introducción de criterios de oportunidad, con mecanismos consensuales de reparación o mediación para los delitos leves, en la interpretación amplia de alternativas procesales como la "diversion", juicios

abreviados garantizando la voluntariedad de su aceptación por el imputado, etc" (al prolongar la obra "Código Procesal Penal de la Prov. de Entre Ríos", editado por NOVA TESIS, coautoría de CHIARA DIAZ- ERBETTA-ORSO-FRANCESCHETTI").-

En el caso de autos, cualquiera sea la naturaleza jurídica y aún las formas que dicho acto conciliatorio asuma, lo cierto es que, en esta causa, la expresa manifestación de quienes resultaron los ofendidos por la comisión del delito, no deja lugar a dudas en cuanto a la necesidad de dar finiquito al conflicto penal que diera origen a estas actuaciones, extinguiendo la acción penal y desvinculándose definitivamente al encausado mediante el dictado del sobreseimiento en su favor.-

7. Celebramos la aparición de esta resolución que inaugura un camino en la búsqueda de la racionalidad jurídica que, esperamos, sea seguida por otros organismos jurisdiccionales, buscando la reparación de las iniquidades que, hasta ahora, no habían tenido otras vías de solución.

Es que ciertas asimetrías en el plano de los derechos y las garantías resultan intolerables e incomprensibles para el estado democrático de derecho. ¿Cómo puede justificarse que personas que habitan un mismo Estado, amparados por la misma Constitución política, reciban un trato desigual frente a la ley, consagrando la existencia de ciudadanos de primera y segunda categoría, por la sola circunstancia de su distinto lugar de nacimiento? Irracionalidad que se agudiza cuando la asimetría sucede respecto de individuos que se encuentran en una misma provincia, como es el caso de Entre Ríos¹³.

Por supuesto que, en un mundo globalizado como el que vivimos y en una región ampliamente interrelacionada, que cuenta con organismos de protección de los derechos humanos y aplicación de la Convención Americana (Comisión y Corte interamericanas), tratado que nos promete que todos los ciudadanos que nos encontramos amparados por sus alcances somos iguales ante la ley y que además los Estados signatarios tienen el deber de respetar los derechos y libertades establecidos en la carta, encontrándose además obligados a promover

¹³ Es de destacar que las asimetrías derivadas de las implementaciones progresivas de la reforma procesal penal no es patrimonio exclusivo de la provincia de Entre Ríos, ya que lo propio ocurre en Salta, Santiago del Estero y La Pampa.

todas las iniciativas necesarias para garantizarlas, tampoco encontramos justificado la existencia de las aludidas asimetrías, las que en los hechos y en el derecho implican un incumplimiento de los compromisos asumidos al suscribir la Convención.

8. Para finalizar, señalaremos otro aporte claramente orientado en la misma dirección de la promoción del derecho al mejor derecho, esta vez correspondiente al Reglamento Interno General de la Defensa Pública de la provincia del Chubut, que de modo expreso admite la aplicación supletoria de las normas del Reglamento Interno General del Poder Judicial o del Reglamento del Ministerio Público Fiscal *“cuando importe un mejor reconocimiento de derechos entre posiciones equivalentes de aquellas agencias y de este Ministerio Público”*, de acuerdo a lo previsto por su artículo 128¹⁴.

Es probable que para algunas miradas el aporte de la defensa pública chubutense aparezca como modesto. Sin embargo, a nuestro criterio, representa la clara demostración de la factibilidad de privilegiar la extendida vigencia de los mejores derechos en beneficio de los intereses de sus destinatarios.

9. El interrogante que nos plantea el derecho al mejor derecho consiste en saber si las generaciones actuales y futuras seremos capaces de construir una comunidad jurídica signada por la desaparición de fronteras artificiales que impiden remover ciertas asimetrías intolerables en materia de garantías y si realmente podremos hacer verdadero el postulado que nos indica que todos los seres humanos, por la sola condición de tales, somos merecedores de un trato igualitario frente a la ley. De la materialización de estas premisas dependerá la suerte de muchas personas y la construcción de una sociedad caracterizada por la racionalidad y la igualdad.

¹⁴ <http://www.defensachubut.gov.ar/?q=node/3092/#Titulo5>