

myf

REVISTA DEL COLEGIO
DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE


03

MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS

ENTREVISTA | FAM Y COLEGIO | JUSTICIA Y GÉNERO | POR LOS FUEROS | CLAVES JUDICIALES | SECRETARIOS

Dossier:
Reforma del Derecho Privado
Enfoques Generales | Áreas Temáticas

Año 3. N° 3



**COLEGIOS DE
MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL
DE LA PROVINCIA DE SANTA FE**

Delegación Norte Santa Fe

(Circunscripción Judicial N° 1)
25 de Mayo 1855, Planta Baja.
(0342) 458 0035
CP 3000, Ciudad de Santa Fe

Delegación Sur Rosario

(Circunscripción Judicial N° 2)
Balcarce 1551
(0341) 440 3081 - 449 2333
CP 2000, Rosario

Consejo Regional Venado Tuerto

(Circunscripción Judicial N° 3)
Saavedra 455
(03462) 46 1011
CP 2600, Venado Tuerto

Consejo Regional Vera - Reconquista

(Circunscripción Judicial N° 4)
• Eugenio Alemán 1852
CP 3550, Vera
• San Martín 1060
(03482) 42 5120
CP 3560, Reconquista

Consejo Regional Rafaela

(Circunscripción Judicial N° 5)
Alvear 226
(03492) 42 4172
CP 2300, Rafaela

Revista del Colegio
de **Magistrados y Funcionarios**
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

myf

STAFF

Revista del Colegio de Magistrados
y Funcionarios del Poder Judicial
de la Provincia de Santa Fe

Año 3/ N° 3
Septiembre 2013

Editor Responsable

Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

Coordinación General

Dr. Ariel Ariza
Dr. Sebastian Creus

Comité Editorial Santa Fe

Dr. Mario Barucca
Dr. Sebastian Creus

Comisión Editora

Dr. Ariel Ariza
Dra. Marcela De Luca
Dr. Néstor García
Dr. Gerardo Muñoz
Dra. Patricia Otegui
Dra. Susana Gueiler

Redacción y Administración

Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe
Balcарce 1551- 2000 Rosario | Pcia. de Santa Fe.

Dirección Editorial

Arq. Claudia Rivarola
Colaboración: Ave Comunicación

Diseño Editorial

DCV Cristian Tournier
Colaboración: Amancay Rocha

Fotografía

Dra. Viviana Cingolani

Correctora

Malena Cirasa

Preimpresión Digital e Impresión

Borsellino Impresos

Registro de propiedad intelectual en trámite.

Prohibida su reproducción parcial o total sin la autorización escrita extendida por el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe.

Las opiniones de las notas son exclusiva responsabilidad de los autores y no representan necesariamente el pensamiento de la Dirección de la Revista.

El nombre «Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe», el «myf» y su logotipo, son marca registrada.

Foto de Tapa: Estela del Código Hammurabi. Museo del Louvre, París, Francia.

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente

Dr. Ariel Carlos Ariza

Vicepresidente

Dr. Alfredo Palacios

Secretario

Dr. Eduardo Enrique Pastorino

Prosecretario

Dr. Mario Silvio Ruiz

Tesorero

Dr. Marcelo José Molina

Protesorero

Dr. Roberto Héctor Dellamónica

Vocales Titulares

Dr. Marcelo Nolberto Quiroga

Dra. Myrian Raquel Huljich

Dr. Nelson Martín Fogliato

Dr. Gustavo Alfredo Salvador

Dra. María Celeste Rosso

Dr. Mario César Barucca

Dra. Sandra Marina Valenti

Dra. María José Haquin

Dr. Norberto Nisnevich

Dr. Elido Guillermo Ercole

Dr. Jorge Alberto Galbusera

Vocales Suplentes

Dra. Marcela Julia De Luca

Dr. Alfredo Ivaldi Artacho

Dra. Graciela Nélide Argüelles

Dr. Jorge René Patrizi

Dr. Rubén Ángel Cottet

Dra. Susana Beatriz Ortis

Órgano de Fiscalización

Dra. Roxana Mambelli

Dr. Roberto Prieu Mantaras

Miembros Suplentes

Dra. Viviana Cingolani

Dr. Carlos Romero

Consejo Regional Vera - Reconquista

Presidente

Dr. José Luis Freijo

Vocales

Dra. Jorgelina Yedro

Dr. Oscar Fernández

Consejo Regional Rafaela

Presidente

Dr. Alejandro Mognaschi

Vocales

Dra. Alejandra Politti.

Dr. Fernando Gentile Bersano

Consejo Regional Venado Tuerto - Melincué Rufino - Firmat

Presidente

Dr. Jorge Raúl Gastonjauregui

Vocales

Meseri, Jorge

Pozzi, Jorge

SUMARIO

EDITORIAL

- 06 Dr. Ariel Ariza** | *La independencia judicial y los cambios que se necesitan.*
- 12 Dr. Alfredo Palacios** | *El Colegio en una nueva etapa.*

NOTICIAS DEL COLEGIO

Dra. Marcela De Luca / ZONA SUR

- 15** • *Noticias del Colegio de Magistrados y Funcionarios.*
- 16** • *Hacia una justicia actualizada*
- 18** • *Nuevo Consejo Directivo*
- 19** • *Consejo de la Magistratura*
- *Jubilados*
 - *En pos de la cobertura de vacantes*
- 20** • *Más allá de la jurisdicción, el alma.*
- 21** • *Porque no todo es trabajo: actividades de esparcimiento.*
- 22** • *Página web*
- *Charlas y conferencias en el Colegio*
 - *Fundación Italia*
 - *Taller de Discusión sobre Problemáticas en el Nuevo Sistema Procesal Penal*
 - *XXII Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina*
- 23** • *Por un Poder Judicial cercano a los más necesitados: espacio solidario*
- *VI Congreso Nacional del Secretariado Judicial y del Ministerio Público*
 - *Concluyendo*

Dr. Creus - Dr. Barucca / ZONA NORTE

- 24** • *Noticias del Colegio de Magistrados y Funcionarios.*
- *Ronda de reuniones para tomar contacto con la problemática de los asociados.*
- 25** • *La problemática de los asociados*
- *Quinta de San José del Rincón*
 - *Nueva Página Web*
 - *Realización de Torneos Deportivos Interzonales*

DESDE LA FAM

- 28 Dra. Viviana Cingolani** | *Federación Argentina de la Magistratura y de la Función Judicial.*
- 34 Dra. María Rosa Caballero de Aguiar** | *Límites de la discrecionalidad judicial. «responsabilidad y obligaciones de los jueces». V Conferencia Nacional de Jueces.*
- 42 Dra. Analía Durand de Cassis** | *Límites a la discrecionalidad judicial. Activismo judicial / División de poderes / Cumplimiento de las sentencias.*
- 46 Dra. Patricia Clerici** | *La organización judicial frente a la garantía de inamovilidad.*

50 SITIOS Y PORTALES DE INTERNET

- 52 COLMAGIS ROSARIO** | *Canal de You Tube Delegación Sur del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la provincia de Santa Fe*

JUSTICIA Y GÉNERO

- 54 Dra. Patricia Otegui** | *M&F y las cuestiones de género.*
- 58 Dra. Andrea Mariel Brunetti** | *El Derecho humano a una vida libre de violencia. Su tutela judicial efectiva*
- 76 Dra. Laura Rita Amalia Portero** | *El tratamiento judicial y de género de la violencia familiar en los tribunales rosarinos.*
- 82 Dr. Nicolás Falkenberg** | *El Derecho Penal frente a la Violencia de Género*
- 96 Dr. Guillermo Corbella** | *Contribución para el cambio «Estrategias para mejorar la respuesta en los casos de trata de personas con fines de explotación sexual»*

POR LOS FUEROS

- 98 Dra. Marcela De Luca** | *Una realidad desafiante.*
- 106 Dr. Adolfo Prunotto Laborde** | *Obligación de informar de Jueces y Fiscales, publicidad de las audiencias*
- 138 Dra. Georgina Elena Depetris** | *El Dictado de la Sentencia en el Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos Paradigmas?*
- 152 Dr. Juan José Bentolila** | *El desafío del trámite oral en los TCRE de Rosario a cincuenta años de su creación.*

154 **Dra. Cristina Noemí Herrera** | *Juicio por jurados. El Jurado Prejuiciado.*

168 ENTREVISTA

Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci | *La vida de estos seres humanos es tiempo que debemos respetar.*

DOSSIER: «Reforma del Derecho Privado»

ENFOQUES GENERALES

176 **Dr. Mario E. Chaumet** | *Recodificación (neoconstitucionalismo optimista) y reforma judicial (democracia mayoritaria).*

194 **Dr. Ariel Ariza** | *El rol de los Jueces en el nuevo sistema del Derecho Privado.*

202 **Dr. Gerardo Fabián Muñoz** | *La tutela de la persona humana.*

ÁREAS TEMÁTICAS

214 **Dr. Enrique Müller** | *La responsabilidad civil en el Proyecto 2012 del Código Civil y Comercial.*

228 **Dr. Edgardo Ignacio Saux** | *Breves apuntes sobre la regulación del régimen de la precontractualidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*

240 **Dra. Susana Silvina Gueiler** | *Idas y vuelta en materia de consumo.*

256 **Dr. Roberto Héctor Dellamónica** | *Panorama de los derechos reales en el proyecto de Código Civil y Comercial.*

264 **Dr. Marcelo Quiroga** | *El Derecho Comercial en el Proyecto de Unificación del Derecho Privado*

272 **Dra. Celeste Rosso** | *Los nuevos legitimados. La expansión de los legitimados activos para el reclamo por consecuencias no patrimoniales. [Daño moral]*

284 **Dr. Marcelo Bergia** | *Los contratos bancarios en el Proyecto de Código Civil.*

290 **Dr. Ricardo J. Dutto** | *Divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*

302 **Dra. María del Carmen Musa y Dra. María Gabriela Román** | *Las relaciones de familia en el anteproyecto del Código Civil y Comercial. de la Nación.*

322 **Dr. Rubén Ángel Cottet** | *Perfiles procesales del Derecho de Familia en el Proyecto del Código Civil y Comercial.*

330 **Dr. Marcelo Molina** | *Adopción y niñez*

CLAVES JUDICIALES

346 **Dr. Juan Ignacio Prola** | *Estrategia judicial.*

352 **Dr. Federico Lisa y Dr. Luciano Pagliano** | *Tendencias en materia procesal administrativa.*

370 **Dr. Hugo Alberto Degiovanni** | *La Universalidad de los Derechos Humanos frente al relativismo cultural.*

382 **Dr. Pedro Antonio Boasso** | *Los nuevos desafíos del poder judicial.*

390 **Dra. Verónica Silvana Lamas González** | *Menores. Su no punibilidad, diferencia con la inimputabilidad.*

392 **Dr. Horacio L. Allende Rubino** | *La Protección Constitucional de la víctima en el caso de accidentes. Convalidación del leading case «Camacho Acosta» en el caso «Pardo».*

402 **Dra. Noemí M. Z. Galván** | *La mayoría de edad a los 21 años y los alimentos. La necesidad de una modificación a la actual Legislación.*

412 **Dr. Hernán Fernando Postma** | *La inquisición en Cartagena de Indias.*

422 **Dr. Carlos María Corbo** | *Quiebra del cónyuge en el derecho comparado y el Derecho argentino. Proyecto de reforma.*

442 **Dr. Lisandro Gerbaudo** | *Criterios judiciales en materia de intereses.*

456 **Dr. Mauro R. Bonato** | *Aproximaciones al Derecho de Huelga en la Función Pública.*

SECRETARIOS

466 *Comisión Nacional Virtual de Secretarios Judiciales*

468 **Dra. María Laura Martínez** | *Un Sistema Convencional.*

472 **Dra. Myrian Raquel Huljich** | *Gestión judicial y los nuevos roles del secretario.*

480 **Dr. Pablo Cristian Silvestrini** | *Una magistratura que pone en dudas su propia autoridad.*

484 **Dra. Daniela de Lourdes Fuentes** | *Extensión de la responsabilidad societaria por fraude laboral.*

504 **Dra. Jéssica Cinalli / Dra. Jorgelina Entrocasi** | *Sugerencias para la optimización de la gestión judicial.*

508 **Dra. Magdalena María Mazzini** | *Unidad de información y atención de víctimas y denunciantes del ministerio publico fiscal.*

518 **Dra. Gabriela Valli** | *Delitos informáticos y evidencia digital.*

528 **Dr. Hernán Procajlo** | *Cuestiones relativas al inicio de la instrucción.*

536 **Dr. Mariano Ríos Artacho y Sebastián Suárez Mónaco** | *El querellante en el nuevo sistema penal.*

550 NOMBRAMIENTOS

La independencia judicial y los cambios que se necesitan



DR. ARIEL ARIZA

Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

Una nueva edición

En las dos ocasiones anteriores que nos dedicamos a la preparación de una nota editorial para la Revista lo hemos hecho sintiendo que un importante cúmulo de energías y de expectativas encontraba realización. La sensación que acompañó a esta tarea podría decirse que fluctuaba entre el beneplácito por ver concretado un proyecto y las ansias de continuar verlo crecer. En 2013 esta tarea de presentación de nuestra publicación se combina con otras perspectivas. Miramos la presentación del tercer número de esta publicación y constatamos cómo ha ido creciendo en importancia, en reconocimiento interno y en proyección a distintos ámbitos de la comunidad jurídica. No sólo se trata ahora de saber que el Colegio de Magistrados y Funcionarios de Santa Fe tiene en sus asociados mucho por decir acerca de nuestra actividad cotidiana, sino que es tangible la iniciativa y el deseo de un número creciente de juezas, jueces, funcionarias y funcionarios de estar presentes aquí dando sus puntos de vista. Sabemos también que los artículos y estudios que dieron contenido a los números de 2011 y 2012 perduran en el tiempo y sirven de herramienta para ser utilizados como material de trabajo.

Desde 2013 la Revista cuenta con su versión on line (<http://issuu.com/C.M.F.P.J.P.S.F.>), dando paso así a otro horizonte de lectores y destinatarios bastante más allá de los asociados de nuestra institución. A través de un formato ágil que permite aprovechar al máximo el diseño que se prepara para la edición impresa, podemos llegar ahora con mucha facilidad a cuanto destinatario tenga interés por hojear nuestras páginas.

En la edición de 2013 encontraremos como novedad una sección de entrevistas que en esta oportunidad inicial tuvo en Aída Kemelmajer de Carlucci a la jurista invitada para dialogar. Nada de lo que pueda decirse sobre la riqueza de esa conversación serviría para sintetizar esa fuerza de pensamiento y de compromiso ético que trasunta en todas sus consideraciones nuestra entrevista. Es indisimulable en ella ese respeto básico, consustancial, por el ejercicio de la magistratura y por su mejoramiento constante.

Nuestro dossier, como difícilmente hubiera podido concebirse de otro modo, buscó situarse de lleno en un terreno de actualidad: La reforma del Derecho Privado a partir de la discusión en el Congreso nacional del Proyecto de Có-

digo Civil y Comercial. Pocos momentos históricos han sido tan singulares como el que desde el año pasado transita la comunidad jurídica argentina asistiendo al armado y elaboración de un nuevo sistema de las instituciones del Derecho Privado. La persona, la familia, las obligaciones, los derechos reales, la sucesión, las figuras comerciales más utilizadas son los ejes troncales en los que sustenta el almacén del futuro derecho de la vida privada. Si bien los ritmos y los avatares de la tramitación legislativa determinan que los tiempos del Proyecto de Código Civil y Comercial aparezcan aún como inciertos, nuestra idea ha sido la de no estar ajenos a estas transformaciones, tratando de adquirir desde el inicio las herramientas para entender el nuevo régimen. Tiene como nota distintiva el dossier que el conjunto de trabajos que lo conforman proviene de integrantes del Poder Judicial santafesino.

Concretando el carácter flexible que se ha buscado asignar a cada una de las secciones de la Revista, encontramos por supuesto un espacio específico para quienes desde la función de Secretarios expresan sus inquietudes; la Sección Justicia y Género congregó notables aportes y desde luego Claves judicia-

les sigue constituyendo una sección en constante crecimiento. Contamos con la colaboración, siempre valorada, de colegas de otras provincias que, desde la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial, comparten sus experiencias sobre temas inherentes a la labor judicial. El valor agregado que estas miradas desde otras provincias le brindan a nuestra publicación es muy importante y por ello agradecemos especialmente estos esfuerzos.

Las líneas de otro período de gestión

Promediando el año 2013 vemos que la actividad desarrollada por el Colegio ha encontrado resultados en áreas que durante todo el año anterior habían sido objeto de serias preocupaciones para la generalidad de los Asociados.

En cuanto a la situación generada respecto del cobro de haberes fuera de los límites de tiempo que históricamente se cumplieron, el mes de febrero del corriente año encontró al Colegio sumido en la preocupación y gestando planteos en todos los frentes disponibles para la normalización de los pagos. Inclusive durante el mes de enero fue necesario concretar un encuentro con

Ministro de Economía a fin de exponer la afectación que generaba esta situación y reclamar una urgente solución. El panorama de Febrero hasta aquí se ha modificado en sentido favorable pero será necesario seguir de cerca la cuestión presupuestaria como para pueda retornarse a la brevedad a las fechas de cobro que desde hace tiempo correspondieron a nuestro sector.

El alejamiento de nuestro Colegio del proceso de selección de magistrados en el Consejo de la Magistratura de la Provincia constituyó para nuestra institución un problema irresuelto. El sentir negativo de los Asociados que intervenían en concursos sin contar con la intervención en el proceso de evaluación de integrantes del ámbito judicial era palpable. Desde luego, también lo era la existencia de una reglamentación de puntajes que desfavorecía injustamente a quienes estaban asumiendo responsabilidades en el ejercicio de la magistratura y la función judicial. Pudo encontrarse y constituirse una vía de solución a este problema institucional que hoy permite que el Colegio haya vuelto a formar parte de este proceso.

Así, se abrió espacio para una agenda más amplia del Colegio que permite referir a las demás cuestiones que conforman los ejes de la acción en este período

que conduce al año 2015. Por un lado, no es posible dejar de mencionar el espíritu de integración, trabajo coordinado, líneas de acción conjuntas, diálogo y complementación que impera y da identidad al Consejo Directivo provincial. Si bien la vida de las organizaciones tiene distintas etapas que oscilan entre la tensión y la distensión, es necesario remarcar que gracias al esfuerzo de muchos colegas desde hace un tiempo el Colegio emprendió la tarea de privilegiar los puntos de consenso y acuerdo internos para llegar a la situación actual en la que todos los temas que conciernen al interés institucional de todos merecen de nuestra asociación posiciones claras y respaldadas en una visión unitaria. Ese camino habrá de profundizarse.

La participación activa de los Asociados en la vida del Colegio es otro objetivo distintivo de la tarea que se viene realizando que también corresponderá incrementar. El intercambio de perspectivas generacionales nos indica que el Colegio tiene que aprovechar tanto la mirada renovadora y las iniciativas que siempre inquietan al sector de los Secretarios como igualmente aprovechar al caudal de experiencias y de vocación por brindarse a los colegas que constituye el valuarde de los Asociados jubilados. Las áreas de

Cultura, expresión artística, los diversos Talleres, los viajes culturales para compartir experiencias, serán algunos de los posibles espacios de encuentro.

Vaticinamos que será intensa la labor del al actualizar los reclamos para que se brinde una dimensión adecuada a la estructura de órganos jurisdiccionales y del Ministerio Público acorde con las necesidades de la sociedad y con los expectativas ciudadanas que cada vez más llevan sus reclamos al Poder Judicial. La efectiva cobertura de cargos en la Justicia Comunitaria de Pequeñas Causas, la creación de nuevos órganos jurisdiccionales para el Fuero Laboral, el dotar de mejores recursos a las Defensorías civiles, la aceleración de los trámites de concursos, serán entre muchos otros temas lo que se llevará a la autoridades del Poder Ejecutivo.

Todo lo anterior carecería de sentido si el Colegio no logra instalar de manera urgente entre los Asociados la conciencia de que el primer aspecto que tiene que resguardar el Estado es la integridad física de todos quienes ejercen funciones en el Poder Judicial, en especial cuando ella es puesta en cuestión por el accionar de grupos delictivos organizados. Algunos colegiados magistrados y funcionarios ya han tenido que soportar

hechos intimidatorios que buscan afectar seriamente la independencia de los cursos de investigación y, en definitiva, de la toma de decisiones lo que ha motivado una acción decidida de defensa y acompañamiento del Colegio que tendrá que mantenerse.

Hacia los cincuenta años del Colegio

Por encima de las metas cotidianas y del trabajo diario en el asociacionismo, se reconocen algunas áreas claves para entender lo por venir. Son desafíos que permitirán ver en qué medida nuestra institución logra mirar e interpretar el futuro y elaborar los proyectos y posiciones correspondientes para abordarlo.

En el año 2015 nuestro Colegio cumplirá cincuenta años desde su creación. Para los magistrados y funcionarios de la Provincia de Santa Fe que ejercieron y ejercen sus funciones en el Poder Judicial, constituye una oportunidad para recrear una historia signada por momentos, problemas y contextos diversos. Contextos y momentos que nos permitieron llegar hasta hoy. Corresponderá a nuestro Consejo Directivo crear las condiciones para arribar a nuestros cincuenta años para celebrar un hito en la vida de la institución.

Siempre resulta vigente la discusión sobre el sistema de selección de magistrados. Pareciera constituir éste un tema que reiteradamente se encuentra en debate. Desde los sectores políticos se instaura hoy en día la idea de transformar algunas estructuras y se discute sobre el mejor instrumento para concretar estas modificaciones (reforma constitucional, ley o decreto). Superando las coyunturas del presente es seguro que el tema de la institucionalización de un Consejo de la Magistratura perdurará.

Desde hace años hemos comulgado con la idea de un órgano estable que tenga aptitud para detectar las necesidades y problemas de funcionamiento del sistema de selección. Lograr que ese objetivo respete también la necesaria intervención del Colegio en el proceso de selección, afiance la independencia judicial y garantice el reconocimiento de la trayectoria de magistrados y funcionarios en el ejercicio de la función, serán metas ineludibles.

La implementación del nuevo sistema de enjuiciamiento penal oral está cada vez más próxima aunque las condiciones de infraestructura y recursos humanos así no lo indiquen. Las dudas que cada tanto se dejan entrever sobre la convicción de

los operadores judiciales en el nuevo sistema no tengo dudas que son desde hace años anacrónicas. Hemos participado de mesas de diálogo, magistrados y funcionarios han formado parte de concursos para el nuevo sistema o directamente han optado por el traspaso, hemos organizado actividades de capacitación en diversos espacios, entre muchas otras actividades tendientes a la puesta en funcionamiento del juicio oral y de los organismos que del proceso acusatorio.

¿Supone esto que también haya adscribir a una versión edulcorada de las necesidades de infraestructura mínimas para concretar la implementación? No. No puede pensarse en avalar una implementación exigua en estructura que luego llevará, entre otros serios problemas, a que tengamos que pasar a una justicia itinerante por las diferentes ciudades del interior provincial.

El año que la Justicia vuelve a ser objeto de debate público

Finalmente, en 2013 el sistema judicial ha sido puesto en el centro del debate sobre todo a partir de leyes que fueron debatidas y sancionadas por el Congreso Nacional concernientes a Consejo de la Magistratura, ingreso al Poder Judicial;

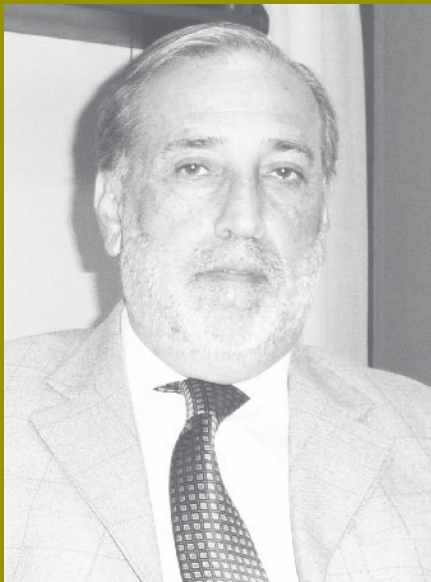
medidas cautelares, e información pública, etc. La discusión pública, previa y posterior a la sanción de estas leyes, ha generado gran interés en la opinión pública y en los partidos políticos en cuanto al alcance de la democratización del sector judicial y el mejor modo de aumentar los índices de confianza de la ciudadanía en el sistema judicial.

Este clima de debate tiene que ser visto como una inmejorable oportunidad para poner de resalto que la actividad de los jueces y funcionarios es algo que concierne de manera directa a la sociedad. Lo que ocurre cotidianamente dentro de los tribunales tiene que ser conocido por la mayoría de la ciudadanía correspondiendo a quienes ejercemos estas funciones mostrar cómo se desarrollan los procesos, la cantidad de causas que son resueltas por año, el incremento creciente de problemas que se confían al Poder Judicial para que sean resueltos y la evolución de los criterios adoptados en las sentencias a partir del afianzamiento que desde nuestro ámbito se ha concretado en materia de Derechos Humanos.

En síntesis, mostrar todo lo que se ha logrado en los últimos años pero también exponer todo aquello que se considera necesario modificar para brindar

un servicio de justicia más eficiente. En este sentido es importante apoyarnos en un documento programático que desde comienzo del año a esta parte se vino elaborando en el seno de la Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial que lleva como título «Poder Judicial para la República», en el que aparecen contenidas las diferentes propuestas y líneas de acción para mejorar y otorgar mayor calidad a los desempeños de los Poderes Judiciales. Como eje, y núcleo inmodificable, de todo este cúmulo de ideas y propuestas que hoy en día toman cuerpo en la discusión pública se encuentra ese principio que en toda instancia habrá de defenderse y que corresponde fortalecer: la independencia judicial. Un principio que tiene que servir como test de toda modificación que se proponga a fin de garantizar que las transformaciones que vayan a surgir se conformen al rol que la Constitución nacional asigna al Poder Judicial ■

El Colegio en una nueva etapa



DR. ALFREDO PALACIOS

Vicepresidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

Resulta verdaderamente auspicioso el lanzamiento del tercer número de nuestra revista, revelador del compromiso de los colegiados con la institución y su historia.

En este sentido, desde los inicios de esta etapa democrática el Colegio se ha venido consolidando institucionalmente en consonancia con los vaivenes propios de la democracia, con sus fortalezas y debilidades.

Al respecto, se atravesaron distintas etapas, una fuertemente vinculada con la recuperación de intereses sectoriales, tales como nuestro régimen salarial, y otra definida por el mejoramiento en la calidad de los servicios ofrecidos a los colegiados, tal el caso de la remodelación de nuestra quinta en San José del Rincón, como la adquisición de su sede.

La actual etapa se encuentra identificada con la necesidad de articular un proceso de debate, abierto y plural, que nos posicione internamente frente a los desafíos que nos plantea la sociedad, esto es, en el sistema democrático en el que estamos inmersos.

Precisamente, este tiempo se encuentra signado por fuertes cuestionamien-

tos y debates en orden a la legitimidad constitucional de jueces y funcionarios judiciales; al modo que estos se vinculan con los justiciables y la sociedad; a la discusión de los mecanismos legales y reglamentarios para la designación de magistrados, funcionarios y empleados; a la definición del perfil de los jueces; a la influencia de los medios de comunicación en el quehacer judicial, etc.

Los debates pendientes exigen encontrar los canales necesarios en aras de garantizar una mayor participación y un mejoramiento de la comunicación y apertura a la comunidad.

En este marco, se inscribe el rol institucional del Colegio en defensa de la función judicial, que no sólo se expresa en garantizar la independencia externa -de los poderes públicos y también de los fácticos-, sino de la independencia interna, en defensa y respeto a las distintas visiones del derecho de los jueces.

Con este espíritu, concurremos a cuanto ámbito debamos hacer conocer nuestra opinión y propuestas, vinculadas con todos y cada uno de los fueros que conforman la justicia provincial.

Para ello, debemos reconocer que la fuente de la legitimidad del sistema judicial proviene del sistema constitucional y democrático, que como el resto de las instituciones democráticas se alimenta de la diversidad de los intereses como de la diversidad de las ideas.

Finalmente, queremos dedicar estas últimas palabras a quién nos dejó este legado de trabajo, el doctor Daniel Rucci.

En efecto, no ha pasado inadvertido el desempeño de Daniel, luego de más de 10 años de trabajo en el Colegio, que dieron cuenta de su compromiso con la democracia, con la solidaridad y la honestidad, en definitiva de sus profundas convicciones por una mejor justicia y calidad institucional, y a quién despedimos con todo afecto y profundo respeto ■

DRA. MARCELA DE LUCA | Defensora General de Cámaras. Rosario.

DR. SEBASTIÁN CREUS | Juez de la Cámara de Apelación en lo Penal, Sala II. Santa Fe.

DR. MARIO BARUCCA | Juez de la Cámara de Apelación de Circuito. Santa Fe.

Noticias del Colegio

El Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Santa Fe realizó una prolífica e intensa actividad durante el segundo semestre del año 2012 y lo que va del 2013, con la finalidad de fortalecer y proteger plenamente los derechos de sus asociados.

En ese derrotero participó de diferentes encuentros y reuniones con autoridades, instituciones y sectores de los distintos Poderes del Estado para afianzar la Justicia y fortalecer la función jurisdiccional.

LA DEFENSA DE LOS ASOCIADOS

Noticias del Colegio de Magistrados y Funcionarios. Zona Sur (Rosario)

Nuestro colegio ha asumido como misión la defensa de la independencia del Poder Judicial frente a todas las formas posibles de ataques injustificados, incluso frente a embates «formales» o de sectores institucionalizados, y en resguardo de los magistrados de todos los fueros, a los fines de que cada Magistrado -Civil, Laboral, Penal, o del orden y grado que fuere- pueda desarrollar su tarea de brindar un servicio de Justicia sin perturbaciones, como sostiene la Carta Magna, provincial y nacional. Cabe recordar las diferentes circulares, comunicaciones y cartas en apoyo a los magistrados que han sufrido amenazas o han sido blanco de protestas sociales sin base legítima, citándose por caso las enérgicas defensas frente al pedido de jury de los jueces laborales, las preocupaciones por los ataques al de Primera Instancia de Distrito 6ta. Nominación, la independencia en la investigación llevada adelante por el Juez de Instrucción de la ciudad de Venado Tue-



ro la respuesta a las críticas del Defensor Provincial y, más recientemente, ante los embates de la criminalidad organizada, por la causa de público conocimiento que está instruyendo, así como para los funcionarios del Poder Ejecutivo provincial.

Nuestro Colegio encaró decidida y enérgicamente la defensa de los jueces y magistrados a cargo de la investigación de los hechos delictivos ya conocidos, ante las graves amenazas sufridas por éstos. Se convocó inmediatamente,

junto con el Colegio de Abogados de la Segunda Circunscripción, el Colegio de Procuradores de la Segunda Circunscripción y el Sindicato de Trabajadores Judiciales de la Provincia de Santa Fe, un acto conjunto de repudio, que se efectivizó el día 19 de junio de 2013 en el hall central del Palacio de Tribunales de Rosario.

Por otra parte, en relación al cobro de las remuneraciones, el Colegio, a través de sus autoridades, no cesó en la defensa del pago en tiempo y forma de los

Durante el acto de repudio, **Dr. Ariel Ariza** habla en el hall Central de los Tribunales de Rosario, junto al Procurador **Carlos A. Mastruleri**, al Secretario del gremio judicial **Juan Antonio Nucci** y al **Dr. Ignacio Del Vecchio** Presidente del Colegio de Abogados.

haberes de magistrados y funcionarios, que tanto desgaste viene sufriendo; el 14/2/2013 se adjuntó nota al Sr. Gobernador por el atraso en el pago de salarios y defendió la integridad e indemnidad de las remuneraciones del Poder Judicial; en el mismo sentido, se comunicó una semana antes con los miembros de la Corte Suprema, a los fines de poner en su conocimiento la preocupante situación en torno a este tema ■

Hacia una justicia actualizada

En otro orden, las actividades académicas en todo este período han sido muy prolíferas y de gran riqueza y variedad. Siempre se ha procurado diseñar una red de capacitación continua que, entendemos, se viene consiguiendo, en diversas jornadas, charlas y debates, tales como: «Primer Encuentro Provincial de Jueces y Funcionarios del Fuero de Familia de la Provincia de Santa Fe»; la conferencia sobre «El asociacionismo y la visión actual de los Secretarios» a cargo del Dr. Ariza, en el marco de la actuación del Instituto del Secretariado; la conferencia de la Dra. Nicolau sobre el Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y del Código de Comercio; las «III Jornadas de Terminología Jurídica Comparada entre dos Lenguas (español-inglés y español-portugués)», a cargo de la Facultad de Derecho de la UNR; la charla sobre el «Control de los aportes de la Caja Forense en los Expedientes Judiciales»; el VI Congreso Nacional del Secretariado Judicial y del Ministerio Público y la conferencia de la Dra. Oliva sobre las «Funciones fedatarias de los Secretarios».

Un ápice importantísimo de

la actualización y especialización de la función jurisdiccional fue el «Segundo Encuentro Provincial de Jueces y Funcionarios del Fuero de Familia». A continuación, presentamos las palabras de uno de los protagonistas y miembro del Fuero, Dr. Marcelo Molina:

«En nuestra Sede de la Ciudad de Rosario se desarrolló, durante los días 24 y 25 de junio, el Segundo Encuentro de Jueces y Funcionarios del Fuero de Familia que congregó a más de cincuenta colegiados de toda nuestra provincia, que fueron recibidos por el Sr. Presidente, Dr. Ariel Ariza y por el Sr. Vicepresidente, Dr. Alfredo Palacios, y el conjunto de la Comisión Directiva del Colegio.

Las palabras de apertura estuvieron a cargo de la Sra. Presidenta de la Corte Suprema de Justicia de la provincia, Dra. María Angélica Gastaldi, habiendo participado también los Sres. Ministros, Dres. Roberto Falistocco y Daniel Erbetta. Las dos jornadas, continuación de las realizadas el año pasado, tuvieron como objetivo general la mejora del servicio de Justicia de Familia.



Sr. Procurador General de la Corte, **Dr. Jorge Barraguirre**, junto a la Sra. Defensora General de Cámara de Rosario, **Dra. Marcela De Luca**, y a la Sra. Subsecretaria de Inclusión para Personas con Discapacidad, **Psic. Silvia Troccoli**.

En un primer encuentro se recibió la visita del Sr. Procurador General de la Corte, Dr. Jorge Barraguirre, de la Sra. Defensora General de Cámara de Rosario, Dra. Marcela De Luca, y de la Sra. Subsecretaria de Inclusión para Personas con Discapacidad, Psic. Silvia Troccoli. El debate se centró en el Ministerio Público y las Defensorías Generales Civiles, la representación promiscua del artículo 59 CC, la legislación actual en materia de Niñez y de Salud Mental, con especial atención a la representación de los niños y de

las personas que sufren enfermedades mentales y discapacidades en general, y las reformas necesarias en miras a la implementación del proyecto de Código Civil y Comercial en actual consideración parlamentaria.

Luego, acompañó a los asistentes el Sr. Ministro de Justicia, Dr. Juan T. Lewis, quien expuso acerca de los proyectos de unipersonalización de los Tribunales Colegiados de Familia y de Responsabilidad Extracontractual, las reformas procesales que el mismo conlleva, deteniéndose



Dr. Juan Lewis, Ministro de Justicia y Derechos Humanos con Jueces de Familia y Defensores, durante el Segundo Encuentro de Jueces y Funcionarios del Fuero de Familia.

en las nuevas vías recursivas a crearse. El Ministro recibió las distintas inquietudes y observaciones de los magistrados y funcionarios, haciéndose hincapié en la particular estructura de los tribunales de Familia en cuya competencia se encuentra Violencia Familiar y Niñez. También el Sr. Ministro adelantó el envío de un proyecto de Ley para crear cinco nuevas Defensorías Generales Civiles en Rosario durante 2013, previéndose una norma similar para Santa Fe para el año 2015. El cierre de la primera

jornada estuvo a cargo de la ex Miembro de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza e integrante de la Comisión de Reformas del Código Civil y Comercial, Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, quien disertó sobre «Lineamientos principales del Proyecto de modificación del Código Civil y Comercial. Especial atención a las consecuencias del divorcio o de la ruptura de la convivencia». Luego, la destacada Jurista compartió con los asistentes una cena de camaradería. Al día siguiente se conformó un taller de trabajo



La **Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci**, ex Miembro de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza e integrante de la Comisión de Reformas del Código Civil y Comercial, disertando al cierre de la Jornada de Familia.

sobre honorarios profesionales, aplicación de la Ley 6.767 y sus modificatorias, la unidad Jus y la tasa de interés, que contó con la participación del Sr. Presidente del Instituto de Derecho de Familia del Colegio de Abogados de Rosario, Dr. Rodolfo Ramos, y del Dr. Pablo Barceló, autor de diversas obras vinculadas con la materia. La evaluación general del Encuentro fue efectuada en un Taller de cierre, donde se sentó el compromiso de seguir trabajando en conjunto, desde una perspectiva provincial. Se encuentran dispo-

nibles en el Canal de Youtube del Colegio 1 entrevistas realizadas a las personalidades invitadas para exponer y trabajar en los Talleres: Dr. Jorge Barraguirre, Psic. Silvia Tróccoli; Dr. Juan Lewis y Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci» ■

ROSARIO

Nuevo Consejo Directivo

Se concretó el proceso electivo de nuevas autoridades, por conclusión del mandato de la Comisión Directiva en ejercicio durante los años 2011-2012, en los tiempos y formas que establece el Estatuto del Colegio. Oficializó una lista única de candidatos, con doscientos ochenta y ocho avales, conforme acredita la Junta Electoral de la Zona Sur del Colegio. En el mes de abril se celebró la Asamblea Anual Ordinaria en la ciudad de Santa Fe, en la que asumió el nuevo Consejo Directivo del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial para el período 2013-2015, bajo la presidencia del Dr. Ariel Carlos Ariza y la vicepresidencia del Dr. Alfredo Palacios; como secretario, el Dr. Eduardo E. Pastorino y como prosecretario, Mario S. Ruiz. Se aprobó la Memoria y Balance correspondiente al ejercicio comprendido entre el 1o de marzo de 2012 y el 28 de febrero de 2013.

Durante la misma, se hizo entrega de un recordatorio al Dr. Daniel Rucci, presidente saliente del anterior Consejo Directivo,



La nueva **Comisión Directiva del Colegio de Magistrados** para el período 2013-2015, bajo la Presidencia del **Dr. Ariel Ariza** y el **Dr. Alfredo Palacios**.

Durante el acto de asunción de la nueva Comisión Directiva, el **Dr. Daniel Rucci** recibe un presente de manos del **Dr. Alfredo Palacios**, Vicepresidente del Colegio.

y se esbozaron unas breves pero emotivas palabras a cargo del Dr. Ariza, que destacaron la labor y su larga trayectoria como directivo del Colegio, en pos de la defensa de los intereses de los asociados y como luchador incansable del asociacionismo dentro del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe en todos los estamentos, aun en tiempos adversos. También se reconoció la labor desarrollada por el Dr. Reyes como secretario del Colegio de Santa Fe, al que se le hizo entrega de un merecido presente ■



CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Se logró la reincorporación del Colegio al sistema de selección de jueces para ser evaluadores de los Concursos que se instrumentaren en el futuro. Se pusieron a consideración las listas respectivas de nuestros asociados, y fueron remitidas al Poder Ejecutivo a tales efectos.

Se circularizaron los cuatro proyectos de Ley sobre el Consejo de la Magistratura pro-

vincial, que se encuentran en la Legislatura provincial para su tratamiento parlamentario, posibilitando que los asociados se impongan de su contenido, y puedan efectuar los aportes que consideren convenientes, ya que es un tema de suma trascendencia y vital implicancia para quienes integramos el Poder Judicial de la provincia de Santa Fe ■

JUBILADOS

En la Secretaría del Colegio se archivó copia de dos nuevas sentencias emanadas de la Justicia Federal, recaídas en recursos de amparo entablados por jubilados judiciales y referidas a las retenciones por Impuesto a las Ganancias, practicadas sobre los haberes previsionales de los mismos. Fue anoticiada a los socios adherentes, y puesta a disposición de cualquier interesado para su consulta.

En el mes de agosto del corriente año se convocó a los socios jubilados que deseen asistir, para nombrar a un representante y a un suplente, quienes defenderán sus intereses dentro de la comisión directiva, en los encuentros semanales que se realizan periódicamente ■

EN POS DE LA COBERTURA DE VACANTES

Otro de los frentes en los que el Colegio abogó por la salud de sus asociados -y en beneficio de la sociedad toda- fueron las notas enviadas al Poder Ejecutivo y a la Corte Suprema, en virtud de la gran cantidad de vacantes verificadas en todos los fueros, lo que genera sobrecarga en la tarea jurisdiccional y la depreciación del mismo. Se hizo notar puntualmente el lento proceso con que el Consejo de la Magistratura está llevando adelante los concursos.

En nuestro número anterior de la revista se expuso extensa y claramente la postura adoptada por el Colegio frente al dictado de las Resoluciones 260/10 y Nro.145/11. (Ver fs. 18/19). Esta última fue impugnada por la irrazonabilidad y arbitrariedad de sus términos, persiguiendo se revoque el Anexo «especialidad», que equiparaba la actividad de abogados y jueces, desfavoreciendo notoriamente a los magistrados. Ello evitó poder incorporarnos al Consejo de la Magistratura como evaluadores.

El Colegio comenzó un proceso de aproximación con las autoridades del Poder Ejecutivo, generando un canal de diálogo intenso y permanente, con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que finalmente dió sus frutos, con el dictado de la Resolución Nro 430, de fecha 7 de noviembre de 2012 por el que

se le otorgó puntaje de relevancia por las actividades académicas y de capacitación que se realizan en el marco del Centro de Capacitación Judicial. Este logro es de suma trascendencia ya que impacta en forma directa sobre el puntaje objetivo de aquellos concursantes que integran los estamentos judiciales y que con la reforma primigenia se veían afectados. Y permitió el reingreso del Colegio al Consejo de la Magistratura Provincial.

Ultimamente se desarrollaron críticas a las modificaciones en el sistema de selección de jueces, fiscales y defensores -instaurado por Decreto No 3904/12- que fueron objeto de una profusa editorial en su oportunidad. En este aspecto, se confeccionaron notas presentando las diferentes aristas que dichas modificaciones producían, siempre en pos de garantizar el debido proceso constitucional y la igualdad de los concursantes. Se destacó, además, que todas las reformas fueron inconsultas y se puntualizó la forma de anatematizar lo que esto representa, atento el diseño constitucional de la división del Poder público y la necesaria, saludable interacción que debe existir entre los integrantes de las diferentes funciones: Legislativa, Ejecutiva y Judicial. De estos avatares, los asociados estuvieron siempre informados y actualizados ■

ACTIVIDADES CULTURALES

Más allá de la jurisdicción, el alma

La Subcomisión de Cultura realizó el Concurso Fotográfico «Miradas de la Justicia», con la participación de varios de nuestros asociados, obteniendo el Primer Premio el cuadro titulado «*Papers Only Papers*», de la Dra. Laura Cossovich, quien recibió una cámara fotográfica, por su consagración.

Se presentó, en nuestra Casa, el espectáculo Magistrango-Texturas de Tango y Milonga, con la presencia del dúo Febre- Bergese (piano, bandoneón y voces) y de los bailarines Patricia Rigatuso y Martín Carr, generando una experiencia inusual e inolvidable en aquellos que concurren y compartieron la velada.

Se expuso, en el mes de agosto del año 2012, la muestra de arte del plástico Raúl Domínguez: «El pintor de las islas», inaugurándose la exposición con un acto en el que se hallaba presente la viuda del artista. La Dra. Silvia Cicuto, directora de la Subcomisión, di-

rigió unas palabras a los presentes, incluyendo la biografía del pintor y destacando momentos importantes de su trayectoria, fundamentalmente la trascendencia que su aporte representa para la ciudad de Rosario.

En el mes de octubre de 2012 se llevó a cabo la exposición colectiva de obras pictóricas de los alumnos del Taller de Pintura, y se exhibieron las fotografías presentadas para el concurso fotográfico antes mencionado. El evento contó con la animación musical de la banda «*The Blue Mood*».

Se anuncia sobre la salida a librerías de «Elementos de Medicina Legal», libro del Dr. Luis Alonso -médico forense del Tribunal de Rosario, profesional de vasta y madura experiencia en Medicina Legal- y Susana Swinny, editado por la Universidad Nacional de Rosario.

Ultimamente, en la sede del Colegio, se desarrolló la Muestra de Pintura y Pintura Corporal,

del artista plástico Jorge Alerto Molina, presente en la inauguración, quien explicó el origen y la técnica empleados para la realización de su obra, que permanecerá expuesta en el salón principal hasta el día 2 de Agosto de 2013.

Compartimos la carta de SS el Papa Francisco al Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Lorenzetti, con bendición apostólica para los operadores de la Justicia, circulando su copia entre nuestros asociados.

Como es de costumbre anualmente, se reabrieron los Cursos de Inglés que se dictan en la sede del Colegio para nuestros asociados en cuatro niveles: avanzado, intermedio, inicial y conversación, resultando de gran utilidad extracurricular para aquellos que los cursan.

Se presentó «La Decisión Judicial», Obra del Dr. Jorge Eduardo Douglas Price; es su tesis doctoral, obtenida en la Universidad de Lecce, Italia. El

autor es Camarista de la ciudad de Cipoletti, provincia de Río Negro, docente e investigador de reconocida solvencia intelectual, profesor de grado y posgrado de la Universidad de Comahue, y actualmente Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho ■

ESPARCIMIENTO

Porque no todo es trabajo: actividades de esparcimiento

Se efectuaron varios acontecimientos para que nuestros asociados pudieran disfrutar y compartir momentos placenteros, derrotando la rutina cotidiana y bajando el nivel de estrés a los que nos expone la función que cada uno desempeña, enriqueciendo nuestra vida en sociedad, y espiritualmente.

Se realizó un ciclo de etnología en la sede del Colegio: «Descubriendo y disfrutando los mejores vinos de Argentina», con una cena que tuvo la calidez y la calidad de los buenos vinos, y de la buena comida.

Se llevó a cabo un convenio con el gimnasio **Athlon**, se programó el inicio de talleres de yoga y la posibilidad de asistir a unas terapias holísticas acompañadas de tratamientos kinesiológico y quiropráctico, destinados a aliviar afecciones de la columna vertebral, ya que no sólo debemos nutrir nuestra área cogniti-

va, sino también propender a la actividad física para cuidar nuestra salud corporal.

Se participó de la cena de la Magistratura y Función Judicial, que tuvo lugar en la ciudad de Santa Fe.

Se culminó el año judicial con la Cena Anual de Camaradería de Magistrados y Funcionarios de la Zona Sur, en Punta Barranca, donde se agasajó a los socios activos y adherentes del Colegio, aprovechando esta velada para compartir una delicada cena y así reencontrarnos con nuestros compañeros de trabajo.

Se llevó a cabo el homenaje a los asociados que durante el transcurso del año 2012 cumplieron las Bodas de Plata -25 años- en el Poder Judicial, y a quienes accedieron a la jubilación, brindándoles un lunch en la Sede Social del Colegio, junto a sus familiares y seres queridos.

Se ofreció ayuda económica

vacacional a cincuenta y cinco asociados del Colegio, con la finalidad de satisfacer en parte los requerimientos económicos de los gastos vacacionales de la Feria de Enero de 2013, implicando un significativo esfuerzo para las finanzas del Colegio.

En materia de Deportes nuestros asociados compitieron -por invitación de la Asociación Rosarina de Tenis al Colegio- de la Edición 2012 del «Torneo para Abogados y Magistrados, Copa Európtica», que se realizó en las instalaciones del Club Palos Verdes. También se organizó el tradicional «Torneo de Fútbol», en el que jugaron las delegaciones de Rosario (dos), Venado Tuerto y Santa Fe. Este evento contó con el entusiasmo y dinamismo de sus concurrentes, quienes coronaron la jornada deportiva con una asado ofrecido por los organizadores pertenecientes a la ciudad de Venado Tuerto ■

EN LA WEB

Se produjo la modernización de nuestra página web, a cargo del Dr. Marcelo Quiroga y del Dr. Ariel Ariza, que tuvo como eje tres pilares fundamentales para su implementación: a) hacer más amigable la imagen de los sitios que componen la página. b) la creación del Blog del Colegio, para que nuestros asociados puedan mantenerse informados y comunicados internamente. c) la configuración del Canal YouTube que permite subir imágenes

relativas a nuestras actividades académicas y sociales, para ser reproducidas en cualquier tiempo por quien las consulte. Todos estos logros tuvieron como meta principal la rapidez y el facilitamiento de acceso a la página, para nuestros asociados, quienes son los beneficiarios de esta forma de comunicación on line ■

CHARLAS Y CONFERENCIAS

Ya de regreso, con el recuento de las diversas actividades, es auspicioso destacar que ha existido una eximia cantidad de charlas y conferencias en el marco de la actuación de diferentes Institutos que integran el Colegio, en las

distintas ramas del Derecho (Civil, Laboral, Penal, del Secretariado), que sería ocioso destacar por su abultado número ■

FUNDACIÓN ITALIA

En el marco del Seminario 2013 «La Argentina de Hoy y la Argentina Predecible», que organiza el Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Zona Sur conjuntamente con la Fundación Italia, se llevó a cabo, en el mes de mayo del corriente año, la conferencia del Dr. Víctor María Vélez, presidente

de la FAM, con nutrida audiencia y la participación activa de nuestros asociados, culminando la jornada con una cena de camaradería en la Sede del Colegio, en la que se agasajó al disertante y se le hizo entrega de un recordatorio y de dos ejemplares de la Revista del Colegio (años 2012 y 2013) ■

NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL/TALLER

El Colegio forma parte de la organización del Taller de Discusión sobre Problemáticas en el Nuevo Sistema Procesal Penal, juntamente con la Facultad de Derecho (UNR), con la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (PUCA), Ministerio de la Acusación y Servicio Público Provincial de Defensa Penal, Regional Rosario, y el Colegio de Abogados de Rosario. Las jornadas de trabajo de los distintos talleres cuentan con la presencia de nues-

tros asociados como inscriptos y como relatores integrantes de los diferentes paneles; encontramos a jueces y funcionarios del Fuego Penal del Tribunal de Rosario que fueron convocados a estos efectos. Los mismos se desarrollan en las Sedes de las Instituciones organizadoras, siendo próximamente nuestra Casa la que albergue este evento, que ya fue concretado con éxito en el ámbito de la Universidad de Rosario.

MAGISTRATURA ARGENTINA

Se llevaron a cabo las xxii Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina en la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos, en la que se evidenció una asistencia de nuestros asociados y de la Comisión Directiva que, a través de la figura de su presidente, el Dr. Ariza, conformó el panel del Asociacionismo Judicial, y la Dra. Huljich, como relatora del de Justicia y Género ■

ESPACIO SOLIDARIO

La Subcomisión de ayuda solidaria continuó con sus actividades de invierno: tejido de mantas; colectas de ropa, tapitas plásticas de botellas y alimentos; y formación de un Banco de dadores de sangre.

Concretándose, a fines del año pasado y a comienzos del presente, la entrega de tapitas al Hospital de Niños «Víctor J. Vilela», mereciendo ser destacada la masiva participación que tuvo esta iniciativa al recibir la colaboración, no sólo de nuestros asociados, sino de todos

los que transitan los Tribunales provinciales, ya que con este fin se dispusieron de seis bocas de recepción: dos de ellas en planta baja en cada una de las entradas por Moreno y por Balcarce; y las otras, una por piso.

Se colaboró con el Centro de Apoyo Integral Hemato Oncológico y Trasplante, adquiriendo entradas para el espectáculo que se ofreció en el Teatro Auditorio Fundación, finalizando así la campaña de ayuda solidaria ■

VI CONGRESO NACIONAL

Los Secretarios judiciales concurrieron al VI Congreso Nacional del Secretariado Judicial y del Ministerio Público que se materializó en la ciudad de Corrientes, y tomaron intervención en las distintas comisiones y temas que mantuvo el Encuentro, defendiendo los derechos y funciones que cumplen los Secretarios dentro del Poder Judicial, destacando la importancia del rol que desempeñan y la necesidad de que sus salarios estén protegidos por la intangibilidad establecida en la Constitución para los jueces y funcionarios del Ministerio Público. El Colegio de Magistrados y Funcionarios, a través de un comunicado de la Comisión

Directiva, agradeció la numerosa participación conseguida en dicha oportunidad.

Se ha trabajado en coordinación con otras organizaciones e instituciones, muy puntualmente con la Federación Argentina de Magistrados, siguiendo paso a paso las distintas declaraciones que se han emitido en ocasión de las reuniones periódicas que convocan a los integrantes a reflexionar sobre las problemáticas que afectan a la República ■

ROSARIO

Concluyendo

Resulta difícil culminar con el abordaje y relato de la infinidad de actividades encaradas por el Colegio de Magistrados y Funcionarios de la zona Sur, desde que se editó el segundo número de la Revista del Colegio, atento a la copiosa labor asumida. El muestreo que, en apretada síntesis más arriba se plasmó, demuestra acabadamente el firme y profundo compromiso asumido por el Colegio de Magistrados y Funcionarios en pos de la obtención de un Poder Judicial más independiente, más moderno, actualizado y acorde con los intereses reales que la sociedad reclama y persigue, para ser cada vez más conscientes, en nuestros asociados, de la defensa irrenunciable y el respeto que merecen nuestras instituciones y el Poder Judicial como garante del Estado de Derecho y de los derechos y garantías reconocidos a todos los ciudadanos en la Constitución Nacional.

Sabemos que los que formamos parte de esta Institución seguiremos bregando para que se logren nuestros anhelos en esa sintonía; que seremos incansables peregrinos, invocando y pregonando esas máximas como estandarte de nuestro accionar, en aras de una sociedad más justa para todos ■

Noticias del Colegio de Magistrados y Funcionarios. Zona Norte (Santa Fe)

En lo que va del año en curso, el Consejo Directivo de la Zona Norte ha venido desarrollando actividades en distintos frentes. De tal forma, en el frente externo, se han establecido canales de comunicación con el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, el Colegio de Abogados y la Universidad Nacional del Litoral, entre otros, con la perspectiva de ampliar el marco de relaciones institucionales a otros entes públicos y privados, que permitan una mejor inserción del Colegio de Magistrados y Funcionarios en nuestro medio.

Pero sin dudas, el mayor interés está puesto en la consolidación del frente interno. Así, se intenta llevar adelante una estrategia que permita acercar el Colegio a los asociados y viceversa; generando mayores instancias de participación, tratando de lograr una mayor toma de conciencia respecto de la

necesidad de apostar a la construcción de un espacio colectivo amplio y democrático, fortaleciendo los vínculos de solidaridad. En este mismo sentido, se trata de estrechar los vínculos existentes entre los Consejos Directivos de la Zona Norte y Sur, como asimismo con los Consejos Regionales Norte, Sur y Oeste, con la finalidad de construir un Colegio de Magistrados y Funcionarios fuerte y consolidado en todo el territorio provincial.

Para poder concretar estos objetivos, se ha dispuesto la conformación de las distintas Comisiones Internas de Trabajo, como forma de generar y coordinar las distintas tareas inherentes a la institución, las que quedaron conformadas de la siguiente forma, con la designación de los responsables de cada una de ellas:

1 - *Comisión de relaciones institucionales, Prensa y Comunicación:* Dr. Alfredo Palacios, 2 - *Comisión*

de Ministerio Público y Reforma Penal: Dres. Roberto Prieu Mántaras y Carlos Romero, 3 - *Comisión de Capacitación:* Dres. Mario Barucca y María José Haquin, 4 - *Comisión De Derechos Humanos Y Género:* Dres. Sandra Valenti, Susana Ortis y Norberto Nisnevich, 5 - *Comisión De Cultura y Deportes:* Dr. Mario Ruiz, 6 - *Comisión de Servicios e Infraestructura:* Dres. Rubén Cottet, Jorge Patrizi y Carlos Romero, 7 - *Comisión de Secretarios:* Dres. Susana Ortis y Mario Ruiz, 8 - *Comisión de Interior:* Dres. Elido Ercole, Jorge Galbusera y Sandra Valenti, 9 - *Comisión de Jubilados:* Dr. Américo Bayon y como encargado de la coordinación de la REVISTA, se designa al Dr. Mario Barucca. Se propenderá a que se integren a las mismas todos aquellos asociados que manifiesten su intención de sumarse a su aporte y colaboración para la

realización de los fines propios de cada una de ellas, como una forma de incentivar la participación interna.

Entre las actividades que se han comenzado a proyectar, podemos mencionar las que siguen a continuación ■

LA PROBLEMÁTICA DE LOS ASOCIADOS

Con la idea de tomar conocimiento directo con los distintos sectores, para conocer sus necesidades, requerimientos y propuestas, se vienen llevando a cabo una ronda de reuniones: con los Jueces de los Tribunales Colegiados de Familia y de Responsabilidad Extracontractual, con los integrantes del Fuero Penal de Rafaela y San Cristóbal, con los asociados de los Consejos Regionales Oeste y Norte, con los Jue-

ces Penales de Santa Fe y con los Secretarios de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Santa Fe. De estas reuniones, y como consecuencia de un intercambio muy fructífero, han surgido directrices de trabajo que ya se han comenzado a implementar, y esperamos poder obtener resultados favorables a la brevedad posible ■

NUEVA PÁGINA WEB

Con la idea de mejorar las prestaciones y calidad de la página web del Colegio, se decidió encomendar al *Ingeniero Pablo García Flappo* el diseño de una nueva página web *más ágil y funcional*. El resultado que viene arrojando este trabajo es de excelente calidad, y apostamos a que constituya una herramienta importante para mejorar la comunicación con los asociados y

la mejor prestación de servicios. En fecha próxima informaremos la presentación oficial de la nueva página ■

QUINTA DE SAN JOSÉ DEL RINCÓN

En el afán de brindar un mejor servicio a los asociados, se están evaluando distintas alternativas para mejorar y facilitar las condiciones de uso de la Quinta de los Magistrados y Funcionarios. Para ello se están considerando las modificaciones que requiere el Reglamento de Uso, como asimismo la realización de las refacciones y adquisición de elementos necesarios para brindar un mejor servicio ■


TORNEOS DEPORTIVOS INTERZONALES

En la continuidad del trabajo que se viene realizando desde el año 2011, se ha proyectado la realización del primer torneo de fútbol del año, en el que participarán equipos de las distintas Zonas que componen el Colegio de Magistrados y Funcionarios a nivel provincial. Así, han comprometido su participación equipos integrados por representantes de Rosario, Venado Tuerto, Rafaela, San Cristóbal, Vera, Reconquista, San Jorge y Santa Fe. Lo destacable de estos encuentros, más allá de los resultados deportivos, es la consolidación de los vínculos humanos y la sana camaradería

que generan. Cabe destacar la labor que ha venido desarrollando para la concreción de estos eventos, el Dr. Orlando Pascua, cuya participación en la Comisión de Cultura y Deportes es de fundamental importancia ■

Mesa Ejecutiva de la Federación Argentina de la Magistratura (FAM)





En la **V Conferencia Nacional de Jueces** llevada a cabo en la ciudad de Mendoza los días 18 y 19 de octubre de 2012, la **Federación Argentina de la Magistratura y la Función Judicial** tuvo participación institucional en los Paneles que abordaron las distintas temáticas, concretándose dicha intervención a través de las exposiciones de autoridades de **F.A.M.** y representantes de Colegios de Magistrados y Funcionarios de diferentes provincias argentinas. Presentamos seguidamente trabajos que fueron elaborados en base a dichas disertaciones, agradeciendo la disposición de las disertantes para publicar en nuestra Revista dichos enfoques.

Federación Argentina de la Magistratura y de la Función Judicial



DRA. VIVIANA CINGOLANI

Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe

A manera de introducción principiaremos por comentar brevemente y con el fin de anotar a aquellos socios nuevos, en que consiste la FAM.

Esta es una de Asociación de segundo orden que nuclea a los Colegio y/o Asociaciones de todas las provincias y de la CABA, estas últimas de primer orden, en la representación de sus asociados en cuestiones que son de interés y problemática común o particular.

Su fin consiste en la defensa, fundamentalmente de la independencia de los magistrados y funcionarios ante el avasallamiento de los demás poderes del estado, intangibilidad de las remuneraciones, régimen jubilatorio, igualdad de remuneraciones por igual servicio. Siendo esta una enumeración enunciativa, ya

que en oportunidades diversas la problemática que se trata en sus Asambleas exceden dichos conceptos.

Ahora bien, en lo que refiere a su actuación en las reuniones llevadas a cabo en el último año, podemos resumirlas de la siguiente manera:

- **83^{ava}.** Asamblea extraordinaria de la Junta de Gobierno. 9 y 10 de agosto 2012, San José del Rincón, Santa Fe, descubrimiento de una placa en Homenaje al ex Procurador de la CSJSF, Agustín «Chiche» Bassó, palabras de presidente de la FAM, contando con la presencia de familiares especialmente invitados. Seguidamente ya como motivo de la sesión que se llevó a cabo en esos días, la Declaración de Santa Fe, entre otras sostiene que es deber republicano afianzar el

principio de independencia judicial, que los distintos Consejos de la Magistratura deben garantizar, la imparcialidad en los procesos de selección y nombramiento de jueces y funcionarios judiciales y del Ministerio Público, evitando toda discrecionalidad, agilizando sus decisiones y respetando la carrera judicial. Reitera, también que los jueces no deben ser juzgados por el contenido de sus sentencias, evitando que el jury de enjuiciamiento se convierta en una tercera instancia, instando la inclusión, como integrantes del órgano de selección y juzgamiento, a los representantes de los Colegios o Asociaciones de Magistrados y del Ministerio Público. En dicha oportunidad la FAM apoyó la solicitud que nuestro Colegio al Poder Ejecutivo Provincial, en orden al sistema de puntajes del consejo de la Magistratura, sosteniendo también que

se respete la carrera judicial y la especialidad de los magistrados en ejercicio de la función.

- **84^{ava}.** Asamblea, 6 de agosto de 2013, realizada en Buenos Aires, la Federación expresó su más enérgico rechazo a todo intento de modificación de leyes que atenten contra el derecho de los ciudadanos a contar con magistrados naturales independientes e imparciales, garantía consagrada en los pactos internacionales que integran la Constitución Nacional. Reiteró que los sistemas judiciales del interior del país tienen jueces con la misma capacitación y se encargan de asuntos de similar importancia, por lo que no se justifica que se los retribuya con compensaciones inferiores, lo cual implica una grave inequidad. Asimismo, se hizo eco del atraso en los haberes percibidos por Magistrados y Funcionarios de nuestra provincia, que se prolongó a lo largo del 2012, exhortando al gobierno provincial a regularizar las fecha de pago. Así también se pronunció por la necesidad de la equiparación de las remuneraciones de los funcionarios del Ministerio Público y de la Defensa con la

retribución de los magistrados de la misma instancia.

- **Declaración de Buenos Aires.** Asamblea Ordinaria, 6 y 7 de diciembre de 2012, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En oportunidad de la realización dicha Asamblea, la Junta de Gobierno hizo suya la declaración de la Comisión de Independencia Judicial creada por la CSJN, en cuanto reitera el principio fundacional de la República, sobre la independencia del Poder Judicial, protegida por la CN (art. 109); postula el Estado de Derecho para el funcionamiento de la democracia, constituyendo una garantía fundamental para la defensa de los derechos de los ciudadanos. Así se exhorta a: las distintas autoridades provinciales y de la CABA a cubrir los cargos de tribunales vacantes en tiempo oportuno, mediante el procedimiento adecuado; a los Poderes ejecutivos a cumplir estrictamente con el art. 109 de la CN y evitar el uso de todo mecanismo de presión sobre los jueces que afecten su independencia; a los poderes políticos a no avanzar en la modificación de normas en perjuicio de la independencia y estabili-

dad de los magistrados; a no utilizar el instituto excepcional de la intervención federal como herramienta política o para satisfacer intereses sectoriales; a los medios de comunicación a promover el debate democrático de ideas. Seguidamente expresó su más enérgico rechazo a todo intento de modificación de leyes que atenten contra el derecho de los ciudadanos a contar con magistrados naturales independientes e imparciales, consagrado en los pactos internacionales que integran la Constitución Nacional. Reitera que no se justifica la retribución desigualitariamente a los integrantes de los distintos sistemas judiciales del país, lo cual implica una grave inequidad. Volvió a tratarse la situación de Santa Fe en cuanto se mantenía el atraso en los pagos de haberes de Magistrados y Funcionarios a lo largo del 2012, exhortando nuevamente al gobierno provincial a regularizar dicha situación.

- **85^{ava}.** Asamblea Ordinaria, 7 y 8 de marzo, 2013, Ciudad de San Juan. En esta ocasión declara seguir trabajando en propuestas concretas que afiancen la garantía constitucional de los ciudadanos de acceso

a la justicia y de la tutela judicial efectiva, insistiendo en mejorar el sistema de justicia, haciéndolo más accesible, especialmente a los más vulnerables. Todos los poderes públicos deben ser los actores de la reforma judicial, siendo el motor el propio Poder Judicial y el Ministerio Público. Es necesario examinar el servicio que se brinda, detectando las deficiencias y proponiendo las reformas necesarias, básicamente en cuanto a la organización y gobierno de la administración de justicia, agilización de procedimientos, la incorporación de medios tecnológicos, la revisión de los sistemas de designación y remoción de jueces y funcionarios, garantizando así su imparcialidad y profesionalidad. Rescatan ideas y proyectos emanados de la FAM, tanto a nivel nacional como en las distintas jurisdicciones que integran la Federación. Entre ellos: fondo estructural para el desarrollo de la justicia argentina, juicio por jurados, mediación obligatoria, juzgados de pequeñas causas, juzgados de paz y defensorías barriales, oficinas de atención al ciudadano, jueces en la escuela, juzgados especiales en violencia de género y doméstica, juzgados de familia departamentales, política judicial, oficina de defensa

de los derechos de los pueblos originarios, capacitación de jueces, funcionarios y empleados, procesos de gestión de calidad y transparencia, entre otros. En la presente Declaración también se sostiene que toda reforma del sistema judicial debe sustentarse en el consenso, garantizando la independencia de los poderes judiciales. El asociacionismo judicial ha entendido el deber de los magistrados, en forma individual como de modo asociativo, de honrar su función, fortaleciendo su imagen ante la opinión pública, tratando de hacer una justicia más efectiva, eficaz y cercana a la gente. Para que una Nación sea sólida, democrática y republicana no se puede socavar la confianza pública en su Poder Judicial, tendiendo un manto de sospecha sobre la integridad y autoridad moral de quienes la integran.

• **86^{ava}**. Asamblea Ordinaria, 6 y 7 de junio de 2013, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta Asamblea tuvo como particularidad la redacción de un documento titulado **«Poder Judicial para la República»**, en el mismo se pone de resalto que ante el debate planteado a nivel nacional que ha puesto al Poder

Judicial en su centro, las leyes nacionales recientemente sancionadas, no solo afectan el sistema republicano y federal de gobierno, sino que están imbuidas de centralismo, desconociendo la problemática de las distintas jurisdicciones. La problemática en los Poderes Judiciales no es mayor que en los demás poderes del Estado. Una auténtica reforma judicial debe asegurar la independencia de los poderes judiciales y de los jueces. Se trata de empoderar al ciudadano, no al poder político, el poder de las mayorías no es ilimitado. Que todos los ciudadanos puedan acceder, igualitariamente a la tutela judicial no es responsabilidad exclusiva del Poder Judicial, sino también de los otros dos Poderes del Estado (Preámbulo de la CN «afianzar la justicia»), para ello es necesario el dictado de leyes y presupuestos hábiles para que la función judicial se pueda cumplir adecuadamente. El documento sostiene que la CN es un notable programa de gobierno que lamentablemente ha experimentado y experimenta incumplimientos, es un proyecto vinculante cuya operatividad depende de cómo se eviten los abusos de derecho y de la calidad de los límites que

se impongan al poder. Más adelante dice que independencia (del PJ) no significa aislamiento, sino autonomía y libertad en el momento de la decisión, enmarcada por la prueba y por la ley.

El Poder Judicial es al único de los tres poderes al que los ciudadanos pueden acercarse cotidianamente a reclamar por sus conflictos, en la práctica basta ver la labor de jueces y funcionarios en condiciones adversas, desarrollando sus tareas dentro de un sistema abarrotado de causas. El apego a la Constitución y las leyes fundamentales legitima al Poder Judicial. Un poder Judicial fuerte, en democracia, es el que puede tomar partido por los más débiles, así impulsar los procesos de reforma legales adecuados a los mandatos constitucionales. Apoyar así proyectos tendientes a: la prevención de la corrupción administrativa, a la prevención y erradicación de la violencia de género, a la solución de los conflictos ambientales, a la creación de proyectos de justicia simplificada y a la mayor participación ciudadana.

Así el documento aborda cuatro ejes diferenciados e interrelacionados:

A) Los procesos

1. Juicio por jurados: se contempla que los jurados legos permiten la participación activa de la ciudadanía en el sistema judicial. La manda constitucional impone el juzgamiento por jurados para todo los juicios criminales. Se acota por la FAM, que sería auspicioso que los funcionarios de los tres poderes del Estado, imputados de delitos de corrupción administrativa, sean juzgados por jurados.
2. Transparencia, publicidad, oralidad y audiencias públicas: los procesos deben ser abiertos a la ciudadanía en general, el proceso escriturario no permite la publicidad y transparencia de los actos procesales, hay que avanzar a la oralidad para toda clase de juicios, con excepción de los asuntos de familia, los que involucren a menores y a la intimidad de las y los justiciables.
3. Duración de los procesos: tiempos razonables, con un mecanismo de control estricto de la duración de los procedimientos.

4. Justicia de proximidad y pequeñas causas: logrando un sistema procesal ágil, dinámico, expeditivo y flexible.

B) Sistema de Selección y remoción de los integrantes de los Poderes Judiciales

1. Sistema de selección de magistrados y funcionarios: El Consejo de la Magistratura configura un importante avance en esta materia, para que sea una herramienta que asegure la independencia, requiere de una composición equilibrada, respetando la representación estamentaria, permitiendo que la elección de los representantes sea hecha solamente por quienes integran cada estamento, e incorporar como consejeros a ciudadanas y ciudadanos legos, en tanto las Constituciones provinciales así lo determinen.

2. Sistema de remoción de magistrados: la remoción debe ser determinada por Jurados de Enjuiciamiento con adecuada integración, garantizando la imparcialidad en estos procesos. Las normas de remoción deben adaptarse a las pautas internacionales, el debido proceso, el principio de inocencia y el juez natural.

Para que los sistemas de remoción sean efectivos solo se deben expulsar a quienes no se desempeñaron correctamente, bajo ningún aspecto pueden ser utilizados como instrumentos de persecución para jueces y funcionarios independientes.

C) Organización Judicial

1. Fortalecimiento de la Defensa Pública: debe garantizar el acceso a la justicia de los sectores de menor poder económico y mayor vulnerabilidad, imprescindible que todas las provincias sancionen leyes reglamentaria de la Defensa Pública.

2. Autonomía del Ministerio Público Fiscal: representa los intereses de toda la sociedad asumiendo la persecución penal de los delitos tendiendo a la protección de los intereses sociales y de las víctimas, al igual que con la Defensa Pública resulta necesario que todas las provincias sancionen leyes reglamentarias del Ministerio Público Fiscal.

3. Códigos de ética: al determinar las reglas de la ética, estándares para la conducta de los jueces y funcionarios, dentro

de la organización judicial, con sus pares y los demás integrantes de la organización judicial, con los justiciables, con los abogados, en su vida social y hasta personal, es necesario que los Poderes Judiciales junto a los Colegios de Magistrados y Funcionarios dicten sus propios códigos de ética.

D) Política presupuestaria

Fondo estructural para el Desarrollo de la Justicia Argentina. Presentado por FAM en la segunda conferencia nacional de Jueces (Salta 2007), este fondo debe ser creado por ley nacional, con recursos para auxiliar a aquellas jurisdicciones que requieran de mejor infraestructura, más recursos humanos, tecnológicos, etc, asumiendo cada provincia y la CABA el compromiso de aumentar los recursos financieros paulatinamente ■

Nota: se invita a los asociados, en virtud que los documentos han sido sintetizados, a recurrir a nuestra *página web*, a los e-mails o a las circulares con el fin de aclarar lo que les resulte insuficiente.

Límites de la discrecionalidad judicial. Responsabilidad y obligaciones de los jueces

V CONFERENCIA NACIONAL DE JUECES



DRA. MARÍA ROSA CABALLERO DE AGUIAR

Vicepresidenta 1ª de la Federación Argentina
de la Magistratura y la Función Judicial

Es ficticia la motivación
que no expresa
y no justifica
las elecciones esenciales
de las cuales se compone
la decisión, pues ello
impide el control externo
sobre la validez
de dichos componentes.

MICHELE TARUFFO

I. Discrecionalidad e independencia judicial

La discrecionalidad, en general, supone moverse en el terreno de lo razonable y es opuesta a la arbitrariedad. En materia de discrecionalidad judicial, debemos considerar, en primer término, que este tema está íntimamente relacionado con el de la independencia judicial. No se discute que este principio hace a los derechos fundamentales. La responsabilidad del Juez frente a la sociedad es, entonces, abrumadora, pues esa condición de independiente le exige desprenderse de toda presión o influencia externa, provenga de donde proviniese (poder, vinculaciones, compromisos, afectos, medios de comunicación, y hasta de los comentarios doctrinarios en cuanto puedan ser tendenciosos) como también de su propia subjetividad, de sus prejuicios,

para poder así actuar con absoluta imparcialidad, aplicando las razones de la lógica jurídica, valores y principios, su intuición y su leal saber y entender, conforme las reglas del arte y la ciencia. En suma, la garantía constitucional de Juez independiente, se consuma con su independencia personal, en función de la cual se construirá la independencia del Poder Judicial.¹

El Juez no sólo debe ser independiente sino demostrarlo a través de la forma más directa y concreta que tiene de hacerlo, esto es, cuando dicta sentencia, de allí la importancia que tiene la fundamentación del acto jurisdiccional, y los límites a la discrecionalidad.

II. Motivación de la sentencia. Límite a la discrecionalidad

II.1. Justificación racional

Nuestra misión esencial es ayudar a preservar la paz social a través de la resolución de los conflictos sometidos a nuestra decisión, y ello sólo se logrará en la medida que las decisiones se sostengan en los principios morales que sean aceptados como tales por la sociedad a quien servimos. Enseña Dworkin que el deber moral primero de un Juez es tomarse en serio los derechos de las personas y de la sociedad, por lo que «es preciso exigir a los jueces que justifiquen *acceptablement* sus decisiones y solamente pueden ser aceptables las justificaciones fundadas en criterios racionales y objetivos de justicia ... el criterio o las máximas, conforme a las cuales un agente toma sus decisiones, solamente puede ser considerado como moralmente irreprochable si su aplicación general puede ser aceptada como razonable por parte de todos los posibles afectados por tales decisiones y por las consecuencias de éstas.»²

Básicamente, la decisión jurisdiccional debe ser ajustada a Derecho, a las normas legales. El problema se presenta

frente a la ambigüedad semántica, la laguna jurídica. Ante el silencio del texto, el intérprete debe llenar la laguna con otros materiales que se deben armonizar como piezas de un rompecabezas; aparece, entonces, la subjetividad del intérprete. Pero existen los «fundamentos de autoridad» para la interpretación (fuentes del Derecho, como la doctrina y jurisprudencia), los argumentos tópicos, lugares comunes, es decir, las reglas de apreciación ético-política o económica de los hechos, criterios de juicio extra normativo, integradores de la norma, como enseña Taruffo. Según este catedrático, lo que queda como remanente de la argumentación tópica, luego del análisis lógico, es el componente estrictamente retórico de dicha argumentación.³

II.2. Principios generales del Derecho

Para los casos difíciles, en los cuales el mero silogismo racional positivista no sirve para la solución del caso, aparece entonces como regla deontológica de la función judicial, el deber del Juez de hacer primar los principios generales del Derecho, a tal punto que en nuestro sistema es el propio Legislador quien

deja librado al juzgador, en numerosas oportunidades, la aplicación de los principios generales del Derecho, en el caso concreto. Esta es, a mi entender, la real trascendencia de la función judicial como garante de la paz social.

El Juez debe encontrar en el orden jurídico una norma aplicable al caso (art. 15 del Código Civil), y suplir las lagunas del Derecho recurriendo a las fuentes subsidiarias como la costumbre, los «principios generales», las «buenas costumbres», el «orden público», la «buena fe», la «equidad». Se ha dicho que los principios generales del Derecho del art. 16 es un documento en blanco que el Legislador otorga al Juez.⁴

Cuando debe resolver un conflicto de intereses conforme la «equidad», es cuando el Juez debe poner toda su preparación, formación, grandeza, independencia, ecuanimidad, para aplicar ese concepto sin caer en abuso o arbitrariedad. Si a ese deber-facultad, le agregamos la obligación-potestad de control difuso de constitucionalidad de las leyes, nos damos cuenta de la trascendencia

que el sistema republicano argentino, concebido a imagen del norteamericano, le atribuye al Poder Judicial. Precisamente por este deber-facultad de control de legalidad, es que Rawls sostiene que los tribunales de justicia se convierten en el paradigma de «la razón pública» por la que se busca el bien general... «el papel de los jueces consiste precisamente en hacer eso [justificar sus decisiones mediante la razón] y al hacerlo no pueden exponer otra razón que la pública, ni otros valores que los de la razón pública-política, es decir, los principios de justicia del derecho y de la Constitución»⁵.

La decisión judicial debe ajustarse, entonces, a los principios universales de la moral pública y a los derechos humanos, y debe ser respetuosa de la «ética», «es decir, de la forma de ser y los valores propios de las personas y de las diferentes comunidades» y así fundada debe, además, ser realizable⁶.

Creo que cada vez que el Juez dicta sentencia, debe buscar lograr un «fondo común de racionalidad»⁷. Es que cualquier decisión para ser moralmente válida debe sustentarse en una deliberación

racional, pero además, si consideramos que la sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia que crea y/o modifica la realidad cuando resuelve en forma definitiva una controversia entre partes con autoridad de cosa juzgada, la misma debe responder a los principios universales de justicia y solidaridad en los que debe fundamentarse la relación con los otros a la que alude el término «moral.»⁸

II.3. Dialéctica entre la realidad socio-cultural particular del Juez y la alteridad.

Ahora bien, ¿cómo logramos conjugar ese *fondo común de racionalidad* con la aplicación de los principios y valores? Si bien el Juez, como cualquier ser humano, no podrá prescindir de su propia identidad cultural, deberá considerar la *alteridad*, es decir, la interrelación de valores y costumbres, lo que Touraine resume en el *diálogo entre culturas*⁹, que no es otra cosa que reconocer la propia individuación y la del otro y reconocerlas como sujetos de derecho, la comprensión de «sí mismo como otro» en palabras de Ricoeur.¹⁰

Una vez, estudiando retórica, me pregunté «¿a quién está dirigida la voz de una sen-

tencia judicial?» y me contesté que: «En la sentencia, si bien habla el personaje [Juez], se encuentra al yo empírico, quien busca que su hacer sea aceptado por la sociedad a la cual está dirigida, llegar a su sistema de valores, a lo que una comunidad dada entiende como verosímil, como justo; y de este modo, *'se dirige a sí mismo en una autocomunicación'*¹¹ encuentro que sólo será feliz cuando exista concordancia entre el sentido de justicia de la propia voz y la razón, la probidad y la equidad modeladas en el discurso logrado»¹².

Ahora bien, el intérprete jurídico no puede aspirar a un resultado que sólo le satisfaga a sí mismo, tiene que llegar a un nivel de aceptación general al atribuir un significado a un texto jurídico. La interpretación jurídica siempre implica una selección entre alternativas (a través de la prueba y el error) y no puede basarse en reglas arbitrarias. «Cada ciudadano espera que la deuda de protección jurídica se respete cuando tiene que buscar justicia por medio de la maquinaria estatal»¹³, por lo que la jurisdicción no puede moverse en un ejercicio caprichoso y arbitrario de poder coercitivo. Aarnio

habla de «escalas» o «medidas» y dice que cada uno de tales criterios no es más que una «idea», como el modelo de un metro situado en París. «Es tarea de la teoría jurídica proporcionar a la comunidad jurídica tales criterios de un sistema jurídico ideal. El elemento ideal de esta noción es muy semejante al concepto de verdad en las ciencias naturales.»¹⁴

Esas escalas o medidas, son los principios generales, que Dworkin define como el «estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»¹⁵.

Dichos principios tendrán validez si se justifican racionalmente por sí mismos y si se contextualizan con la realidad social, cultural y económica a la que están dirigidos, circunstancias todas que el Juez no puede dejar de valorar, sólo así la solución ha de aproximarse mucho más a la aspiración de hacer justicia en el caso concreto. Es fundamental comprender el ámbito cultural de quien

acude a pedir justicia e intentar valorar su entorno, despojados de todo prejuicio, ver al fenómeno social en su integridad.¹⁶

III. Necesidad de la fundamentación de la decisión judicial

El Juez debe entonces, necesariamente, fundar sus sentencias en Derecho y argumentar, a los fines de explicar el sentido de sus decisiones; en otras palabras, debe justificar sus elecciones. Para ello cuenta con reglas que el arte de su profesión establecen. En nuestro derecho positivo los arts. 15, 16 y ccs. del Cód. Civil dan pautas para la interpretación de toda cuestión civil. Es la concepción democrática del ejercicio del Poder, según la cual quien ejerce un poder debe justificar las modalidades por las que éste es ejercido de un modo determinado y no de otro. «En este sentido, la obligación de motivar, garantizada constitucionalmente, asume un *valor político fundamental*: es el instrumento por medio del cual la sociedad está en disposición de conocer y de verificar las razones por las cuales el Poder jurisdiccional es ejercido en determinados modos en

los casos concretos. Se trata de un valor político *en sí*, puesto que la posibilidad de controlar el ejercicio del Poder coloca la base de la soberanía en la sociedad, que está en condiciones de poder ejercer su control. Se trata también de un valor político *instrumental*, debido a que a través del control sobre la motivación es posible verificar si se cumplió con otros principios fundamentales, como los de legalidad y de imparcialidad de la administración de justicia, que son típicos del moderno Estado de derecho»¹⁷.

También los juicios de valor pueden ser justificados por medio de argumentos racionales; para ello el Juez tiene que enunciar los criterios de valor que ha adoptado (y, eventualmente, justificando la elección de estos criterios de valor) y argumentar en torno a las razones por las cuales estos criterios fundan las valoraciones que él ha formulado en el caso específico. Del mismo modo, debe justificar el juicio relativo a la verdad o falsedad de los hechos de la causa e indicar qué pruebas ha considerado atendibles¹⁸, todo lo cual permite una valoración crítica de la coherencia inter-

na de ese conjunto, así como de su correspondencia con los valores que están codificados en el ordenamiento, con los valores asumidos como propios de la sociedad, o por una clase social en un momento histórico determinado, o con los valores asumidos como propios por el intérprete.¹⁹

IV. Fundamentación en equidad

Interpretar la Ley con equidad es, entonces, el gran desafío del Juez, cada vez que debe dictar sentencia, usando la razón y la ciencia, pero afinando su intuición; ser verdadero pretor cuando la justicia del caso concreto así lo exija.

Ya decía el Código de Manú que los fallos de los jueces «*se fundamentan en las circunstancias del caso, en la ley, las costumbres de cada comarca, los principios de la equidad y en las leyes eternas*» (Manú: Libro VIII, 3,178).²⁰

Es que interpretar una ley no es sólo el análisis gramatical y lógico de su texto expreso, el cual, por haberse dictado para una generalidad y en un momen-

to histórico determinado, nunca puede aprehender toda la realidad dinámica de la vida. Consecuentemente, cuando la Ley no garantiza el bienestar general ni sirve a los intereses de la sociedad, debe ser interpretada a la luz de la equidad, conforme el paradigma de los derechos sociales.

«Toda vez que la validez y, por lo tanto, la legitimidad de los precedentes jurídicos, hayan sido seriamente cuestionadas de manera razonable, o que el propio Juez haya llegado a la conclusión de que hay sólidas razones (ya sean pragmáticas, éticas o morales) para decidir en contrario, su responsabilidad personal le exige producir una reinterpretación o la revisión de la Ley. Se comprende, por lo tanto, que la función del Juez no puede consistir en aplicar ciegamente, como autómatas, la letra de la Ley sin escuchar o tener en cuenta las advertencias, fundadas en buenas razones sobre, por ejemplo, las desastrosas o trágicas consecuencias sociales, culturales o económicas de una decisión, ya sea para el procesado o para la sociedad.»²¹

V. La pasión del discurso

En el análisis de la motivación de la sentencia judicial, no excluyo a la *pasión* del discurso, en tanto y en cuanto se contraponga a la indiferencia frente a la injusticia, y alguna vez a la pregunta acerca de a quién se dirige el texto de una sentencia, respondí que «si se analizan sus fundamentaciones, surge claramente una intención persuasiva del emisor quien pretende convencer, desde su posición de autoridad, acerca de la certeza y justicia de la decisión. Entonces, ¿a quién se pretende persuadir? Si se considera que la decisión judicial se le impone al justiciable a quien va dirigida, (normalmente lego), las argumentaciones del fallo no parecen redactarse para él; más bien parecen expuestos para los letrados que lo representan, y/o (en el caso de jueces inferiores) para los tribunales superiores, ante la eventualidad de que la sentencia fuera apelada o recurrida. Pero ¿a quién va dirigida la *pasión* del discurso? La respuesta lleva a encontrar al verdadero receptor, quien no puede ser otro que el género humano, incluido al propio emisor. Es que la fuerza y las energía puestas en las argumentaciones denotan el anhelo de

satisfacer la utopía subyacente de encontrar «la verdad», de «hacer justicia» en el caso concreto.

Considera Calamandrei que la motivación de la sentencia no es el fiel resultado lógico-psicológico del proceso que ha llevado al Juez a la decisión, sino más bien la apología que el Juez elabora a posteriori de la decisión misma²².

El Juez emisor busca conmovir y conmovirse comunicando su «palabra interior», más allá de la aprobación o reproche que pudiere merecer por parte de los colegas y superiores. Como sostiene Sentís Melendo: «en el campo que nos movemos, no puede haber neutrales, indiferentes; ante los males que afectan a la Justicia...la indiferencia es inadmisibles»²³. Es que, a través de la función judicial, el Magistrado expresa, sin lugar a dudas, su ideología, su sentir.²⁴

El Juez debe entonces buscar afanosamente la sintonía con aquellos principios básicos de justicia que valgan para todos los hombres por igual, la empatía con la concepción que la humanidad tenga sobre

lo que es justo o injusto. Para ello deberá hacer su propia elaboración utilizando su intuición: «Necesitamos una facultad que nos permita ver el objetivo desde cierta distancia y esta facultad es la intuición»²⁵.

No propugno la adhesión conformista del Juez a las opiniones o a los prejuicios de las mayorías, a través de la adopción de un punto de vista simplificador y reduccionista, pues entiendo que las decisiones judiciales deben ser contra mayoritarias cuando los fundamentos de justicia, legalidad y rectitud lógica así lo exijan. Entonces, la argumentación tópica será útil para seleccionar y evidenciar los elementos metodológicos que sirven para el control externo sobre la misma motivación, pero de ningún modo sustituye el análisis lógico-estructural, sino que lo integra²⁶. Seleccionar en el sentido de adoptar una alternativa como 'verdadera', 'válida', 'justa', 'útil', etcétera. Cada elección es realizada de acuerdo a criterios y a reglas-guía (racionalidad de la elección, por ejemplo). La individuación de la norma y de las características peculiares del hecho sobre el que debe recaer la decisión en concreto.²⁷

En esencia, el Juez no debe perder de vista lo que Ciuro Caldani llama jusfilosofía trialista de la tarea judicial en la nueva Era, esto es, la dimensión sociológica, en tanto y en cuanto por su cercanía con los casos concretos pueden comprender mejor la realidad social; la dimensión normológica, por la cual debe pasar de la abstracción normativa a la concreción de la solución en el caso concreto, encuadrándolo en la norma y para lo cual puede contar con aportes de otras ciencias²⁸; la dimensión dialéctica, «para reconocer las exigencias de justicia».

Este sistema de autorregulación tendrá legitimidad en el resto de la sociedad, en tanto y en cuanto se plasme en una sentencia justa y objetiva, que muestre una «fundamentación externa», como pide Habermas²⁹, y que excluya cualquier atisbo de arbitrariedad ■

¹ Conf. DE ZAN, JULIO, con cita de García Pascual, Legitimación democrática y poder judicial, Valencia, 1997, PÁG. 111.

² DE ZAN, JULIO, ob. cit. PÁG. 130.

³ TARUFFO, MICHELE, «*La motivación de la sentencia civil*». Traducción de Lorenzo Córdova Vianello. ed. Trotta, S.A., Madrid 2011, PÁG. 175 y ss.

⁴ AFTALIÓN, Los Principios generales del derecho y la reforma del código civil; L.L. 15-32.

⁵ RAWLS, JOHN, citado por De Zan, Julio, ob. cit. PÁG.67.

⁶ Idem, PÁG. 62.

⁷ KIBÉDI VARGA, ARON, «*Teoría Literaria. ed. Siglo XXI*», México 1989, PÁG.251

⁸ Conf. DE ZAN, JULIO, con cita de Habermas, Justicia y solidaridad; ob. cit. PÁG. 51.

⁹ TOURAINE ALAIN. Igualdad y diversidad. Las nuevas tareas de la democracia, PÁG. 54 y ss. ed. Fondo de cultura económica, Brasil, 2000.

¹⁰ Cita de De Zan, Julio, ob. cit. PÁG. 55.

¹¹ BOSSI ELENA, Leer poesía, leer la muerte. Un ensayo sobre el lenguaje poético, ed. Beatriz Viterbo Editora, Bs. As. 2001. PÁG.58

¹² CABALLERO DE AGUIAR, MARÍA ROSA, Una mirada de la sentencia judicial desde la retórica, Revis Edicere del Colegio de Magistrados de Jujuy, No 1, año 2004.

¹³ AULIS AARNIO. Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica. <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141715.pdf>.

¹⁴ AULIS AARNIO. Sobre la ambigüedad semántica en la interpretación jurídica. <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141715.pdf>.

¹⁵ DWORKIN, LAW'S EMPIRE, CAMBRIDGE, MASSACHUSETTS, PÁG. 53, citado por De Zan, ob, cit, PÁG.134

¹⁶ «...la caracterización que pretendemos apunta a penetrar las formas y desordenar el conocimiento para recobrar la capacidad de analizar las condiciones necesarias y suficientes, la dimensión transfenoménica de los sujetos (Sartre) o lo que está debajo de la superficie (Foucault) o el posicionamiento de él o de los sujetos frente al Derecho, que pretendemos mostrarlo como herramienta para el acceso a la justicia y la dignidad humana y no como fin en sí mismo, abstracto e inalcanzable» Metodología de

la investigación en ciencias jurídicas, ed. Gowa, 2001, Carlos Alberto Ghersi PÁG.24

¹⁷ Taruffo, ob. cit. PÁG. 19.

¹⁸ Idem, PÁG. 24.

¹⁹ Idem. PÁG. 84.

²⁰ Citado por Fernández, Alberto V., Función creadora del juez, ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1970, PÁG 11

²¹ HABERMAS, citado por De Zan, Julio, ob. cit. PÁG. 63.

²² CALAMANDREI, cit. por Taruffo, ob. cit. PÁG. 32.

²³ SENTÍS MELENDO, SANTIAGO, en la Introducción de la obra *Proceso, Ideologías, Sociedad*, Cappeletti Mauro Ed. E.J.E.A., Bs As., 1974, traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf.

²⁴ «Otra particularidad, objeto de la jurisprudencia, está en que el Derecho consiste no sólo en el saber (lo que se halla en la cabeza de los hombres) sino también en el sentir (lo que se halla en el pecho de los hombres) Este aditamento no figura en otras ciencias, a las cuales son enteramente extraños los prejuicios sentimentales. Pero en el Derecho, cuánto apasionamiento, cuánta pasión; en la mayor parte de

los problemas jurídicos ha contestado el sentimiento antes que principie la interrogación científica. Esto no importa juzgar peyorativamente al Derecho; al contrario, tal vez consiste en ello su supremo valor»)
Novoa Montreal, «Elementos para una crítica y desmitificación del derecho» ed. Ediar, 1985, PÁG. 27, citado por Ghersi, ob. cit. jurisprudencia)

²⁵ RAWLS, ob. cit, con cita de Heri Pincaré, PÁG.33

²⁶ TARUFFO, ob. cit. PÁG. 184 y ss.

²⁷ Idem. PÁG. 211.

²⁸ «A él le incumbe la tarea de resolver la relación a veces tensa entre norma y principios...es el encargado de desarrollar el 'espíritu' de la ley en el nuevo tiempo» Caldani Ciuro, Miguel A., El juez en el cambio histórico. Revista LL de fecha 31 de julio de 2001.

²⁹ HABERMAS, citado por De Zan, Julio, ob. cit. PÁG.140.ZSS

Límites a la discrecionalidad judicial. Activismo judicial / División de poderes / Cumplimiento de las sentencias



DRA. ANALÍA DURAND DE CASSIS

Presidenta del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Corrientes

Si vamos al título que encabeza ese panel podemos presuponer que debemos volver a dar una doble mirada a la temática. Desde el punto de vista de la justificación de las facultades de los jueces, y desde una perspectiva procesal de la misma. Y en particular me detendré, en el tiempo del que dispongo, en el cumplimiento de las sentencias.

Sin dudas que debemos volver a dar una mirada a la «dificultad contra mayoritaria» que presenta el Poder Judicial. Es decir, cuando el Órgano con menor legitimidad democrática dentro de la división de poderes, impone su autoridad sobre los restantes.

Desde el punto de vista procesal, podemos referirnos al «activismos vs. garantismo», o al neoprocesalismo en el decir

de Gozaini. Pero para ello se debe tomar posición al respecto.

Ya R. Gargarella, en el año 1996, en su obra «La Justicia frente al Gobierno», se formulaba este interrogante:

«Dado que queremos que nuestro sistema político responda de un modo adecuado a la voluntad de las mayorías, y que asegure la protección de las minorías ¿cuál podría ser el papel del Poder Judicial dentro de este sistema?»

La respuesta no debe buscarse solamente en la visión procesal de la problemática activismo vs. garantismo, sino también en la obligación del Juez de motivar adecuadamente sus decisiones, analizando los efectos y consecuencias de las mismas. En el desarrollo de la labor interpretativa

debemos ser un tanto consecuencialistas, pues no debemos olvidar que la toma de decisiones requiere tener en cuenta la opinión de cada uno de los posibles afectados, de acuerdo a nuestro sistema representativo de Gobierno.

Es decir que debe reducirse o circunscribirse la mera discrecionalidad tratando de convertir la decisión judicial en una **tarea normativa más justificable.**

Sin embargo, los problemas de interpretación normativa permanecen y demuestran sus dificultades, como también los problemas de justificación en la interpretación de la Ley.

Es que, pese a los esfuerzos realizados, aún hay un amplio margen de indeterminación en la Legislación, que permite la

discrecionalidad. Las propuestas o alternativas para responder a esta situación son variadas, habiendo estudios sobre la justificación y fundamentación de las decisiones judiciales, excelentes, y que han sido señeros para delinear el perfil del Juez que hoy requiere la sociedad. Cuando evidentemente deben tomarse decisiones que implican la injerencia o revisión de alguna política pública que pueda dar origen a una sentencia exhortativa o a un supuesto de reenvío, técnica que dentro de la corriente constitucional es vista muchas veces como más valedera que la declaración directa de inconstitucionalidad. La misma debería generar un diálogo entre poderes, para fortalecer la vinculación, y así avanzar hacia la búsqueda de consensos en el diseño de las políticas de Estado. Esta es una de las tantas propuestas a la temática.

Sin embargo, no podemos dejar de reparar brevemente la función del Juez finisecular y su ingreso a esta nueva centuria, para dejar instalado el tema a través de interrogantes que, entre todos, trataremos de responder, dejando entrever realmente el sentir de la judicatura en el tema.

Durante el desarrollo del siglo pasado, en particular en los últimos cincuenta años, vemos cómo se produce el tránsito del Juez, «boca de la Ley», al puesto más participativo, activista, comprometido, que interpreta -dice la Ley- ya no sólo en los casos difíciles. Asume el reto de que las leyes son imperfectas, utilizan un lenguaje vago, de textura abierta -normatividades indeterminadas- que, por lo tanto, requieren, en relación con el caso, de reconocimiento, interpretación, determinación, aplicación y síntesis. Así funciona la norma.

Lo que ha sucedido es que ha entrado en crisis el conocimiento clásico, lineal; la sociedad tiene otros requerimientos; hoy la norma en su versión clásica, pura, despojada de sus dimensiones histórica y sociológica ya no es suficiente, y así lo fáctico reingresa a través de la decisión judicial.

Ante esta situación, la discrecionalidad o activismo, no es buscado por el Juez, sino que se encuentra, como un *poder intersticial*, en las normas que deben interpretarse, ensamblarse y aplicarse a los casos concretos que no pueden dejar

de resolverse, como lo prevé el art. 21 del CC, art- del nuevo proyecto.

Estas carencias de las normas, más la ausencia o insuficiencia de políticas públicas en temas sensibles, socialmente, que se agrega a una visión de los derechos fundamentales como los derechos humanos, hacen que el Poder Judicial vaya interviniendo en cuestiones de «amparo»; de gravedad institucional; que las cuestiones políticas no justiciables se vayan reduciendo; que la cosa juzgada írrita sea revisable, como también las cuestiones arbitrarias; que la abstracción cambiaria empiece a verse golpeada por la relación de consumo, por citar algunas de las más variadas problemáticas que llegan a los tribunales, y cómo se responde, ya no sólo en el caso difícil, sino en todos, en los caos de derecho común, reflejando una toma de posición del Juez.

Aun siendo éste el estado de situación, no podemos dejar de formularnos los siguientes interrogantes:

¿Qué es ser Juez?; ¿Cuáles son los lími-

Límites a la discrecionalidad judicial.
Activismo judicial / División de poderes /
Cumplimiento de las sentencias

tes que deben regir su desenvolvimiento?; ¿Qué fenómenos nos interpelan hoy?

¿Se toman decisiones ejecutables? ¿Se cumplen las decisiones judiciales, tanto en el ámbito del Derecho privado como público? Se afecta la división de poderes? Las intervenciones en otras áreas del poder del Estado ¿deben ser justificadas, tanto en su aspecto interno (*racionalidad*) como en su aspecto externo (*razonabilidad*), con mayor rigor?

Sin dudas que cada vez que polemizamos o nos referimos a la función del Juez y al papel que desempeña la interpretación, estamos discutiendo acerca de cómo concebimos al Derecho.

Desde el punto de vista de la teoría crítica y utilizando las metáforas de François Ost, partimos de un Juez Júpiter, artífice de las soluciones que provienen de Dios, para pasar por Hércules, que carga sobre sus espaldas todo el peso y resuelve los casos difíciles, hasta llegar a Hermes, el de la comunicación, que resuelve, intermediando.

Hermes es el Juez que percibe la complejidad, la diversidad y el gran número de actores que participan de la escena jurídica; por lo tanto, el Derecho no debe ser mirado desde una visión reduccionista, sino como una *práctica social discursiva*, como un discurso más amplio, que requiere de otras disciplinas, a las cuales el Juez situado recurre. Así tratamos de responder al primer interrogante.

Al segundo interrogante debemos responder sosteniendo enfáticamente que las decisiones deben estar justificadas y fundamentadas, para que no resulten calificadas como meros actos de discrecionalidad y así tranquilizar a todos aquellos que temen el «gobierno de los jueces», pero que en la actualidad, el activismo bien entendido, medido, racional, es una herramienta para hacer justicia en el caso concreto. Como decía en un artículo que tiene muchos años ya, Julio Cueto Rúa: el buen Juez no sólo debe tener conocimiento del Derecho vigente, sino de la realidad social, autoconciencia de su función creadora, objetividad y realismo en su función, capacidad expresiva en la enunciación de los fundamentos de su decisión, sabio ejer-

cicio de la autoridad; tener como misión central la realización de la justicia mediante la aplicación del Derecho. No debemos olvidar que cumplimos un acto de servicio.

Ante el tercer interrogante ¡cuántas cosas podríamos decir, contar! Solamente advertimos que el siglo XXI trajo en su mochila muchos de los viejos problemas de la humanidad, con otro ropaje, a veces. Cuestiones estructurales, diría Roberto Saba, como ser: pobreza, que trae aparejados problemas de vivienda, salud, de asistencia social, que se manifiestan bajo las más variadas peticiones; acceso al trabajo regular; desestructuración de los grupos familiares básicos; desarrollo científico, con cuestiones de bioética, biotecnología; cuestiones de derecho ambiental, entre otros.

Entonces las sentencias que resuelven aun los casos denominados del Derecho común, se encuentran atravesadas por el Derecho Constitucional y los Derechos Humanos, en donde nos desenvolvemos con normas pero esencialmente con *principios*, los que son de textura abierta y generalmente requieren de un método

interpretativo para su aplicación. Por ello es que hacemos hincapié en el rigor de la argumentación, que debe manejar el Juez situado en su circunstancia. El *constitucionalismo discursivo* con sustento en la ponderación - como lo propone Robert Alexy - es una excelente alternativa para sostener una posición, cuando se encuentran en juego principios del mismo peso.

Herramientas existen y variadas, el núcleo del tema se encuentra en cómo se ejerce y se desarrolla el poder de convicción ante una ciudadanía descreída, cómo se legitima al Poder Judicial.

Estado de situación: ¿se cumplen las sentencias?

Para responder a este interrogante debemos distinguir entre las sentencias entre particulares y entre un particular y un Poder del Estado, generalmente el P.E.

Al primer supuesto, decimos que en general es dificultoso el cumplimiento, habiendo un alto porcentaje de ejecuciones de sentencia.

En el segundo supuesto, en las de contenido económico, existen prácticamente en todas las provincias, siguiendo los lineamientos de la Legislación nacional, un procedimiento a seguir para lograr el cumplimiento. El índice de cumplimiento voluntario es mayor en las causas de menor cuantía.

Especial mención merecen aquellas sentencias exhortativas o integrativas, que condenan a tener o no tener determinadas conductas y en ciertos plazos, como son los casos paradigmáticos de la SCJ, como ser el «Caso Mendoza».

Colofón

Podemos formular una conclusión provisoria. El activismo es una herramienta de protección constitucional, siempre que fuere utilizado con sustento en criterios de racionalidad, razonabilidad y prudencia ■

Corrientes, 14 de octubre del 2012.

La organización judicial frente a la garantía de inamovilidad



DRA. PATRICIA CLERICI

Presidenta del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Neuquén

Cuando se aborda la problemática de la inamovilidad de los integrantes de la magistratura judicial la mirada se ubica, generalmente, en aquellos factores externos al Poder Judicial, que de un modo u otro afectan o quieren afectar esta garantía.

Sin embargo, encontramos también dentro del Poder Judicial situaciones que influyen gravemente sobre la inamovilidad de la magistratura, y que muchas veces no son visualizadas como tales. Ello me ha movido a escribir unas breves consideraciones sobre el rol de la organización judicial frente a la garantía de inamovilidad de magistrados y funcionarios judiciales.

El Poder Judicial como organización puede actuar facilitando la actividad de sus integrantes, o constituyéndose en una herra-

mienta de opresión y persecución para éstos. Cuando el Poder Judicial genera conductas internas persecutorias para magistrados y funcionarios, se erige en uno de los factores más preocupantes de afectación de la garantía de inamovilidad en el cargo de magistrados y funcionarios. El quebrantamiento físico y moral de jueces y funcionarios, que estas conductas persecutorias provoca, se constituye en una vía directa e indirecta para obtener la separación del cargo.

Vía directa, porque la enfermedad física o psíquica obliga al usufructo de licencias prolongadas, y finalmente a la obtención de la jubilación (ordinaria o por invalidez).

Vía indirecta, porque un magistrado agobiado, un juez acosado por multiplicidad de requerimientos y preocupaciones es, indu-

dablemente, un juez propenso a cometer errores, cuya sumatoria lo puede llevar al enjuiciamiento y posterior destitución.

Si bien existen múltiples aspectos de la tarea judicial de los cuales se pueden derivar conductas opresivas y persecutorias, voy a centrar la atención en tres ámbitos. Uno se vincula con los recursos presupuestarios de la organización judicial, otro con la introducción de la tecnología a la actividad judicial, y el tercero, con el ejercicio del poder disciplinario por parte de los órganos superiores de la jerarquía organizacional.

Es un lugar común de los Poderes Judiciales de las provincias argentinas la escasez de recursos económicos. Año a año se reiteran debates, en cada uno de los cuerpos legislativos locales, respecto a la suficiencia o insuficiencia del

presupuesto del Poder Judicial, los que concluyen casi invariablemente con el otorgamiento de fondos insuficientes para solventar el desenvolvimiento de la actividad judicial.

Hacia dentro del Poder Judicial la escasez del presupuesto se constituye en una fuente generadora de problemas que repercute negativamente en magistrados y funcionarios.

Frente a una demanda que no cesa en su crecimiento, el Poder Judicial debe dar respuestas no obstante la insuficiencia de sus recursos económicos. Entonces, la variable de ajuste, en términos de los economistas, pasa a ser el juez y el funcionario.

No se crean nuevos organismos, y el juez y el funcionario deben atender cada vez mayor cantidad de causas. Un organismo judicial tiene en trámite, actualmente, un número de expediente que duplica o triplica, según el caso, la cantidad de causas que su estructura puede procesar.

Para este número excesivo de causas no se designa más personal, ni administrativo ni letrado. Los recursos presupuestarios

no alcanzan para incrementar las plantas de personal.

Consecuencia también de la escasez presupuestaria es que esta actividad se lleva a cabo en edificios sin mantenimiento, que no han sido proyectados para permitir el funcionamiento de juzgados, fiscalías o defensorías oficiales, y con muebles y útiles obsoletos, o fuertemente desgastados.

Resulta importante, entonces, considerar que los presupuestos judiciales insuficientes perjudican, en primer lugar a la sociedad, ya que no le permite contar con un Poder Judicial acorde a sus requerimientos; pero también pone en riesgo la integridad psicofísica de magistrados y funcionarios, obligados a proveer presentaciones y dictar resoluciones en plazos que se vuelven breves por el desborde en la capacidad operativa del organismo. Se dirá que para superar la crisis –permanente– de las dependencias judiciales se ha de acudir a las ciencias de la administración, concretamente a la gestión, implementando modalidades de trabajo y de manejo del expediente que optimicen los recursos con los que

se cuenta. Ello es cierto, más la gestión mejora pero no soluciona la problemática estructural, y menos aún es útil para aliviar al magistrado y funcionario de la función decisional.

Junto a la problemática presupuestaria, aparece aquella que se vincula con la introducción de la tecnología a los procedimientos judiciales.

Nadie puede oponerse, en la actualidad, a utilizar herramientas tecnológicas en su trabajo diario. Hoy pareciera que un organismo judicial no puede funcionar sin la computadora, sin las bases de datos, sin los sistemas de gestión informatizados. Indudablemente estos instrumentos han producido un vuelco cualitativo en la actividad judicial en su conjunto, involucrando a los operadores internos y externos.

La amenaza de la tecnología sobre el desempeño de magistrados y funcionarios aparece cuando se olvida que aquella es un instrumento, para convertirla en el objetivo principal. Entonces, es más importante «cargar» la providencia o la resolución en el sistema, que su contenido. El secreta-

rio se ve más apremiado por alimentar el sistema, que por controlar efectivamente el despacho.

La entronización de los sistemas informáticos nos obliga a trabajar para la estadística, para el número, y a colocar en un segundo plano el contenido de nuestro trabajo. Como jueza de una Cámara de Apelaciones advierto que se han incrementado las apelaciones referidas a temas procesales, y advierto también que se cometen graves errores de procedimiento, con consecuencias como la nulidad de lo actuado. Ello se debe, en gran parte, a la celeridad con la que se obliga a proveer y resolver para conformar al sistema.

Reitero, lo dicho no importa una oposición al avance tecnológico. Lo celebro y me parece sumamente útil. El error está en privilegiar a la informática por sobre las personas. La tarea del magistrado y funcionario requiere de reflexión, de prudencia, de análisis, de sopesar los intereses comprometidos. Ciertamente es que tal tarea debe ser también eficaz, o sea producir un resultado en tiempo oportuno. Pero

eficacia no es instantaneidad. La eficacia requiere de plazos prudenciales, para que el resultado que se brinde sea el adecuado, y no genere revocatorias, apelaciones y nulidades; en suma, mayor dilación de los tiempos del proceso.

Finalmente existe, dentro de la organización judicial, el factor disciplinario.

Aquí cabe distinguir entre dos aspectos de esta potestad disciplinaria. Uno es el que ejerce la cabeza del Poder Judicial, aplicando sanciones a magistrados y funcionarios, previo sumario administrativo. Esta facultad, en cuanto permita el ejercicio pleno del derecho de defensa del imputado, y sea utilizada razonablemente por las Cortes Supremas y Tribunales Superiores –sin intenciones persecutorias–, es un instrumento de control organizacional y de corrección de conductas contrarias al interés de la institución.

Para ello, resulta necesario, además de la prudencia en la decisión de abrir un procedimiento sumarial, que la investigación sea resuelta en un plazo relativamente breve. De modo tal que el sumario admi-

nistrativo abierto no se convierta en una permanente espada de Damocles para el magistrado y funcionario, y fuente de presiones sobre éstos.

Más, existe otro aspecto de la facultad disciplinaria que se está utilizando cada vez con mayor frecuencia, y que deja al magistrado y funcionario en un estado de indefensión, y es la que se ejercita dentro de los fallos de las Cámaras y Cortes Supremas o Tribunales Superiores.

No es difícil encontrar dentro de estas sentencias, párrafos o apartados enteros dedicados a denostar y criticar la actuación de un juez o de un funcionario. Pareciera que no basta con la revocación de la sentencia de grado, sino que hay que exponer al juez y al funcionario a críticas personales, acompañadas de recomendaciones y advertencias.

Estas conductas colocan, como lo dije, al magistrado y funcionario en estado de indefensión, ya que se realizan afirmaciones que no pueden ser rebatidas por aquellos. A la vez se expone a quién es objeto de la crítica frente a las partes y

sus letrados, y a la sociedad en general, sin que, reitero, el acusado y condenado, tenga derecho a explicar y a contradecir las imputaciones.

Y más grave aún es que, ante la falta de aplicación de una sanción disciplinaria, los dichos del tribunal de alzada pueden ser usados como fundamento para solicitar una pena correctiva, o, incluso, para pedir la apertura del procedimiento de remoción.

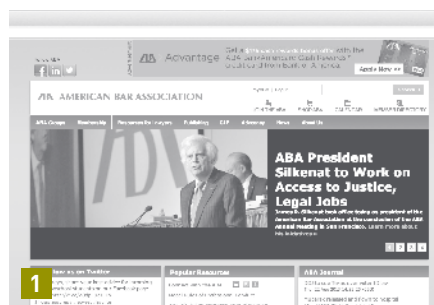
Las conductas que brevemente se han descripto, repetidas diariamente, pueden constituirse en un peso agobiante para el magistrado y funcionario. Piénsese en jueces y funcionarios a cargo de juzgados, fiscalías y defensorías oficiales desbordadas en su capacidad de atender y dar respuestas a los distintos requerimientos; trabajando en condiciones edilicias y materiales inadecuadas; con exigencias de celeridad impuestas por la tecnología, para cumplir con metas numéricas, y nos encontraremos ante una persona vulnerable, propensa a equivocarse gravemente. Frente a ello, los estamentos superiores de la organización no sólo no contemplan solu-

ciones adecuadas, sino que arbitran los instrumentos sancionatorios, o exponen públicamente la conducta que entienden equivocada.

De este modo, no sólo se afecta la salud psicofísica del magistrado y funcionario, sino que se va arrojando migas, tal como lo hacían Hansel y Gretel, que marcan el camino que conduce a los procedimientos de remoción del cargo.

Neuquén, Mayo de 2013.

Portales y sitios de interés



1. STANDING COMMITTEE ON JUDICIAL INDEPENDENCE (ABA)

WWW.AMERICANBAR.ORG/GROUPS/JUSTICE_CENTER/JUDICIAL_INDEPENDENCE.HTML

Desde la mirada local puede sorprender el énfasis con que esta prestigiosa Asociación afronta la necesidad de trabajar por un sistema judicial independiente. Vale la pena mirar cómo se enlaza ese objetivo con novedosos mecanismos, conceptos y proyectos para alcanzarlo. Se trata de un interesante sub sitio de la página de la American Bar Association. Lo dirige el «Comité Permanente por la Independencia Judicial» creado por la conocida asociación de abogados estadounidenses para promover la conciencia pública del valor de un sistema judicial independiente, responsable y eficiente.

Según su Director el sitio «... está diseñado para proveer información y recursos actualizados sobre temas que tienden a una justa e imparcial administración de justicia a través de los Tribunales, la preservación de un poder judicial independiente como una co-igual rama de gobierno, y la pública comprensión de nuestra «rama del poder menos com-

prendida». Con esta última expresión se refiere a la iniciativa «*The Least Understood Branch*» cuyo objetivo es comunicar a la comunidad el mensaje de la importancia en la democracia de Tribunales justos e imparciales.

Son ricos los enlaces internos a los Proyectos (propios o en colaboración con otros grupos de ABA como el Justice Center o la Judicial Division –puede verse sus links internos- o entidades externas), Publicaciones, Resoluciones e Informes y Referencias a otras publicaciones.

Sobrevolando los distintos Proyectos, los tópicos o inquietudes que se tratan son variados. Entre ellos: a) Fortalecer la garantía de total imparcialidad de los jueces ante conflictos de intereses (Judicial Disqualification and Disclosure). b) Resaltar la importancia y trabajar en pos de un adecuado presupuesto Judicial como base para lograr el logro de la función judicial constitucional y proveer el acceso a la justicia. En este sentido se promueve el análisis del impacto de la insuficiencia o reducción de fondos en la habilidad de los tribunales para lograr su función. c) Publicitar socialmente el valor de una justicia imparcial y justa (*TheLeastUnderstoodBranch*).



2. THE EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE

WWW.COE.INT/T/DGHL/COOPERATION/CEPEJ/DEFAULT_EN.ASP

El Consejo de Europa cobija este sub sitio en el que la actividad judicial de los países que conforman la Unión es el tema central y excluyente. Existen aquí noticias que llaman la atención por la cantidad de actividades que conciernen al sector así como también por la especificidad y variedad de alternativas para los operadores de cada poder judicial. Reside aquí un apartado exclusivamente dedicado a la evaluación de los sistemas judiciales en el que se describen los resultados de los procesos anteriores y en el que se explica la realización del informe correspondiente al período 2014.

La información que el sitio brinda se complementa con documentos disponibles, actividades en línea, calidad de la justicia, administración y distintas propuestas de capacitación.

Si bien el diseño del sitio parece haber privilegiado la información y el texto por encima de la facilidad de lectura, este espacio se muestra como una venta al



tratamiento de los temas judiciales en los países europeos, proporcionando elementos comparativos de gran valor profesional y técnico.

3. CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS

WWW.CEJAMERICAS.ORG/INDEX.PHP/ES/

Encontrar en el mundo virtual estudios específicos sobre la administración de Justicia puede ser azaroso y en muchas oportunidades los hallazgos no garantizan la calidad de los trabajos. No es habitual dar con desarrollos que permitan mirar el servicio de justicia desde los conceptos con que actualmente se evalúa y analiza su desempeño. El Centro de Estudios de Justicia de las Américas ofrece una variedad de alternativas para conocer la agenda con que hoy en día se afronta la tarea jurisdiccional, sin renunciar a su característico enfoque en torno a la eficiencia y la relación del sistema judicial con la economía.

En la solapa Diálogo Nueva Justicia, aparece una opción Centro de Documentación que contienen entre varios materiales un Estudio Comparativo de la Justicia Civil de Pequeñas Causas para las Américas, un abordaje sobre la colaboración Estado-Sociedad para el acceso a la Jus-

ticia y la Gobernabilidad; Justicia Especializada en Niñez y Adolescencia, entre una diversidad de trabajos que consideran la gestión judicial.

La opción Biblioteca depara a quien la explore una sorprendente cantidad de recursos específicos, desde publicaciones periódicas del CEJA, hasta documentos que tratan las particularidades de la implementación de reformas procesales penales, la gestión por resultados en la administración de justicia; hasta obras sistemáticas en las que se plantea el interrogante de qué hacer con el sistema judicial ante los desafíos que imponen los cambios sociales. Con el sesgo distintivo de este Centro de Estudios se destaca, en formato digital, la publicación «Cifrar y descifrar: Manual para generar, recopilar, difundir y homologar estadísticas e indicadores judiciales», en dos volúmenes.

COLMAGIS ROSARIO

Canal de **You Tube** Delegación Sur del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la provincia de Santa Fe

Como parte de la moderna estrategia comunicacional llevada adelante por el Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Santa Fe, la Delegación Zona Sur puso en marcha un canal propio en el popular sitio web You Tube. Ingresando a través de nuestra página web <http://magistrados-santafe.org.ar> haciendo *click* en el símbolo de **You Tube** de la front page se puede acceder a un canal exclusivo de nuestro Colegio con entrevistas y notas de video relativas a la vida institucional y científica de nuestra asociación. Otra forma de ingresar es hacerlo directamente a través del sitio de **YOU TUBE** (www.youtube.com) y luego tipear en el buscador el nombre de nuestro canal: **COLMAGIS ROSARIO**.

En dicho canal pueden verse, entre otro material de interés, entrevista al Dr. Ricardo Lorenzetti Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo de su disertación en los Tribunales Provinciales de la Ciudad de Rosario y en la Facultad de Abogacía de la Universidad Nacional de Rosario respecto

de «Lineamientos generales del Proyecto de Código Civil y Comercial», en el marco de los nuevos paradigmas del Derecho Privado frente al proyecto de unificación y reforma, con visión desde la actividad judicial; también la disertación del Dr. Ricardo Lorenzetti, en el Acto de Apertura a las XXII Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, realizado en la Ciudad de Paraná (Entre Ríos), el pasado 16 de Mayo de 2013; el acto realizado el miércoles 19 de Junio de 2013 en los tribunales de Rosario: «La comunidad jurídica, en defensa de las reglas básicas de convivencia pacífica», para expresar su apoyo y solidaridad con el juez Viena, el ministro de Seguridad Raúl Lamberto y los efectivos de la División Judicial de la policía rosarina que sufrieron intimidaciones, en ella el Colegio puso de manifiesto que la labor cotidiana de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial se ejerce con la conciencia de que en determinados casos los intereses que se afectan imponen una fuerte determinación de ánimo para sobrellevar sinsabores y una

templanza de espíritu que permita arribar a conclusiones basadas en las pruebas y en la ley; también en el marco del Segundo Encuentro Provincial de Jueces, Secretarios y Funcionarios del Fuero de Familia de la Provincia de Santa Fe, realizado en la Ciudad de Rosario los días 24 y 25 de junio de 2013, organizado por el Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe -que congregó a más de cincuenta colegiados de toda nuestra provincia que fueron recibidos por el Sr. Presidente Dr. Ariel Ariza y por el Sr. Vicepresidente Dr. Alfredo Palacios y el conjunto de la Comisión Directiva- se presentan las entrevistas al Señor Ministro de Justicia, Dr. Juan T. Lewis, y a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, en relación a su Disertación: «Lineamientos principales del Proyecto de Modificación del Código Civil y Comercial. Especial atención a las consecuencias del divorcio o de la ruptura de la convivencia»; están publicadas además las entrevistas al Señor Procurador de la Corte, Dr. Jorge Alberto

Canal de You Tube Delegación Sur del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la provincia de Santa Fe



Barraguirre, y a la Señora Subsecretaria de Inclusión para Personas con Discapacidad, Psicóloga Silvia Elena Troccoli en el marco del ya mencionado Segundo Encuentro Provincial de Jueces, Secretarios y Funcionarios del Fuero de Familia de la Provincia de Santa Fe; además puede verse el video de presentación en sociedad de la Revista de nuestro Colegio «MAGISTRADOS y FUNCIONARIOS o MyF, Número 01; Editada en 2011 y que diera el puntapié inicial a una nueva política comunicativa.

Este canal propio representa una verdadera modernización en materia de difusión de las actividades institucionales, ya que por primera vez todos los asociados y no asociados tenemos acceso al material de video producido por nuestro Colegio o por sus miembros, sea este de carácter científico o institucional. En el mismo pueden encontrarse videos con una alta resolución de imagen que oportunamente han sido recogidos por los canales de televisión, entrevistas que vieron la luz en diarios del medio así como también actividades

culturales realizadas en nuestro ámbito. **COLMAGIS ROSARIO** en **YOU TUBE** abre una nueva puerta a la comunicación entre nuestro Colegio y la comunidad ■



DRA. PATRICIA OTEGUI | Jueza de Primera Instancia de Distrito Laboral, 6ª Nominación. Rosario.

Magistrados & Funcionarios y las cuestiones de género

Como podrá observarse, este es el segundo volumen de **M&F** que contiene una sección dedicada, específicamente, al abordaje de las cuestiones de género.

No fue casualidad este diseño. Nuestra Revista visualiza y reconoce que las cuestiones de género constituyen causa inaceptable de violencia y discriminación contra la mujer, y no permanece ajena a su debate. Pretende perseverar en el aporte de voces –reflejadas en los trabajos que componen la sección– que colaboren con la definitiva eliminación de la intimidación y la desigualdad por diferencias género.

Se suma así a otras voces, las que desde diversos segmentos sociales (gubernamentales y no gubernamentales) comparten el mismo anhelo: «*La realidad de las mujeres de América Latina nos muestra una región teñida por la*

desigualdad: con alarmantes índices de mortalidad materna y mortalidad infantil, desigual acceso a la salud y a la educación de calidad, discriminación de las mujeres rurales y de las mujeres pertenecientes a pueblos originarios, y una violencia sexista que persiste aún frente a las herramientas legales implementadas en los países de la región. Los avances en la conquista de los derechos claramente no encuentran un correlato en la transformación de la realidad de muchas mujeres»¹

La violencia de género es violencia contra la mujer. Y esta violencia, su ejercicio, lo es desde las más heterogéneas expresiones: física, psicológica, económica, sexual, bullying laboral, escolar, etc. Se transforma así en un instrumento para dominar y para someter. «*La cuestión, no es nueva. Lo nuevo es el interés que*

ha despertado en la sociedad moderna la efectiva protección de los derechos humanos de quienes sufren el impacto de esta violencia. Paso a paso pero en forma segura, los Estados van comprendiendo que lo que hoy por hoy más preocupa, es el modo de garantizar el derecho de todas las mujeres a vivir una vida sin violencia y sin discriminaciones»²

El Poder Judicial no ha permanecido indiferente. La creación de la Oficina de la Mujer (OM) y la Oficina de Violencia Doméstica (OVD) en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, son muestra de ello. Iniciativa que se ha visto replicada en la justicia provincial (Río Gallegos, Chubut, Córdoba, Mendoza, Tucumán) y también en el nuevo Observatorio de Género, dependiente de la Magistratura de la CABA; por citar algunos ejemplos.

Se trata, en definitiva, de investigar, promover, apoyar actividades, facilitar el acceso a la justicia, asesorar y llevar a cabo, efectivamente, acciones positivas que incorporen la perspectiva de género, poniendo énfasis en la complejidad del problema y en sus distintas manifestaciones. Para ello se requiere la modificación de estereotipos culturales, el diseño de estrategias apropiadas y la transversalización de la perspectiva de género en todo el mapa judicial argentino.

En mi quehacer como jueza del trabajo compruebo cómo las cuestiones de género afectan peyorativamente el progreso laboral de las mujeres, su estabilidad, su remuneración. Inhiben, muchas veces, la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo.

Desde esta perspectiva, aunque ahora dirigida al interior de la judicatura, resulta significativo observar el Mapa de Género de la Justicia Argentina, resultado de la primera investigación que proyectó la Oficina de la Mujer de la CSJN y cuya realización fue posible merced a la colaboración de todas las jurisdicciones

del país. La iniciativa recibió también la adhesión de la Procuración General de la Nación, por resolución PGN N° 154/09 y la Defensoría General de la Nación por resolución DGN N° 1659/09.

No obstante la limitación de su temporalidad, este mapa resultó una herramienta de suma utilidad para proporcionar información sobre la forma en que se distribuyen los cargos en la justicia. El relevamiento, que tuvo como fecha de corte octubre de 2009, permitió observar que si bien el poder judicial se integra mayormente por mujeres, sus posibilidades de acceso a cargos decisorios disminuye a medida que aumenta la jerarquía de los tribunales.

El último Mapa de Género de la Justicia Argentina, corte 2012, también elaborado por la OM de la CSJN, arroja los siguientes datos destacados:

Desagregación por cargo y sexo:

En la distribución por cargo según sexo en los distintos niveles, confirmamos la

existencia del «techo de cristal» que dificulta el ascenso de las mujeres a la cima de la pirámide jerárquica.

Analizando la totalidad de Superiores Tribunales y Cortes, se observa que las mujeres acceden en un 21% al cargo de Ministra –idéntico porcentaje que en 2011–; un 31% al de Camaristas -1% más que en 2011–; un 44% al de Jueza - 1% más que en 2011–, un 45% a Jueza de Paz- 2% más que en 2011–; 58% al de Secretaria de Corte -2% menos que en 2011– y 65% a los de Secretarías de Cámara y de Juzgado -1% menos que en 2011–.

La situación en las Cámaras Federales y Nacionales en relación al año 2011 indica que el acceso de mujeres al cargo de Camarista aumentó en un 1%, asciende al 25%; mientras que en el de Juezas ha caído un 5%, actualmente es del 31%. Las Secretarías de Cámara y de Juzgados son un 51% -1% menos que el año pasado.

Desagregación por cargo y fueros:

El análisis de la segregación horizontal

se dificulta por la heterogeneidad con que se organizan los fueros en cada jurisdicción. No obstante contrastando la distribución por cargo y sexo en los Ministerios Públicos Fiscales y de la Defensa se observa una relación prácticamente inversa. Por su parte, en el orden nacional y federal se evidencia la feminización o masculinización de determinados fueros, por ejemplo, en Seguridad Social, Trabajo y Civil las mujeres representan entre un 46 y un 50% de la magistratura, en el otro extremo se ubican los fueros Criminal y Correccional Federal, Electoral y Penal Económico con un porcentaje de magistradas que oscila entre el 6 y el 15%.

Total de integrantes:

Tomando el total del personal de los estamentos relevados -99.004 personas- podemos afirmar que el Sistema Judicial argentino está integrado mayoritariamente por mujeres (55%).

Esta relación se presenta en forma inversa en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (43%) y la Procuración General de la Nación (47%).

Estos valores se mantienen respecto del 2011, salvo en la PGN en que el porcentaje de mujeres bajó en 1 punto.

Distribución por nivel y sexo:

La distribución del total de personal del sistema judicial del país en los cuatro niveles establecidos indica un descenso de la presencia de mujeres en los estamentos superiores que es del 40% en la Magistratura -8.409 personas-; 60% en el Funcionariado -23.454 personas- y 60% en el Personal Administrativo -55.546 personas.

Cabe aclarar que el porcentaje del 40% se alcanza por la gran cantidad de mujeres que acceden a la magistratura en los Ministerios Públicos de la Defensa (nacional 46% y provinciales 57%), ya que en el resto de los organismos la relación es notoriamente inferior.

Respecto de la variación del acceso de mujeres al nivel de la magistratura entre 2011 y 2012 ha aumentado en la DGN del 43% al 46%, en los Superiores Tribunales y Cortes provinciales del 39% al 41% y en

los Ministerios Públicos Fiscales provinciales del 36% al 38%. Ha disminuido en las Cámaras Federales y Nacionales del 30% al 28%, en la Procuración General de la Nación del 26% al 24% y en los Ministerios Públicos de la Defensa provinciales del 59% al 57% y se mantiene en el 29% en la CSJN»³

Ojalá el lector, hombre o mujer, que comienza la lectura de estas páginas, se reconozca como uno más de aquéllos que desean construir una sociedad en igualdad y sin discriminaciones y que M&F le ayude en ese propósito ■

¹ Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, www.ela.org.ar-ela@ela.org.ar, agosto 2013

² BUOMPADRE, JORGE EDUARDO «*Los delitos de género en la reforma penal Ley N° 26791*». Publicado febrero 6, 2013, www.pensamientopenal.com.ar.

³ CSJN, Oficina de la Mujer, Centro de Información Judicial- Agencia de Noticias del Poder Judicial- agosto 2013- www.cij.gov.ar



DRA. ANDREA MARIEL BRUNETTI | Jueza del Tribunal Colegiado de Familia N° 7. Rosario.

El derecho humano a una vida libre de violencia Tutela Judicial Efectiva

«...nadie consagrado a pensar sobre la Historia y la Política puede permanecer ignorante del enorme papel que la violencia ha desempeñado siempre en los asuntos humanos, y a primera vista resulta más que sorprendente que la violencia haya sido singularizada tan escasas veces para su especial consideración»

Hannah Arendt¹

Cuadro de situación

El derecho humano a una vida libre de violencia fue primeramente reconocido como un derecho implícito en el texto de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979)² y posteriormente, en forma expresa en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará, 1994) que al respecto expresa: «es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres», y reconoce que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye el derecho a ser libre de toda forma de discriminación.³ Derecho que concordantemente reconoce la Ley 26.485 de Protección Integral para Pre-

venir, Sancionar y Erradicar la violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (2009)⁴, a la que recientemente adhirió la provincia de Santa Fe.⁵

Como resultado de los movimientos feministas en las décadas del '60 y '70 y la actuación de distintas organizaciones de mujeres, se construyeron estándares tuitivos desde una perspectiva de género en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, establecidos en Convenciones Internacionales y Regionales, principalmente las Convenciones señaladas,⁶ los que han sido receptados en nuestro país, a través de la sanción de la Ley 26.485 de Protección Integral de la mujer.⁷

El derecho internacional de los derechos humanos ha establecido el deber de los

Estados de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres en condiciones de igualdad, y libre de toda forma de discriminación. Los principios vinculantes de la igualdad y la no discriminación constituyen el eje central del sistema interamericano de derechos humanos, así como de sus instrumentos: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) y la Convención de Belém do Pará (1994).⁸

A partir de la Reforma Constitucional de 1994 se contemplan mayores derechos y garantías, consagrándose la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres, el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos a los que se les otor-

ga jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) y se garantizan, además, las medidas de acción positiva del Estado para hacer efectivos los derechos (art. 75, inc. 23).

De este modo, los derechos consagrados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional, pasan a ser directamente aplicables, y conforman el *corpus juris* de los Derechos Humanos que los jueces, como garantes de estos derechos, debemos aplicar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha estatuido que el «*corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), así como las decisiones adoptadas por los Organos».⁹

Si bien en el comienzo de protección legislativa la terminología utilizada refirió a violencia familiar o doméstica, aludiendo al ámbito en el que se manifiesta la violencia, los debates ocasionados en su consecuencia – aún vigentes – aconsejaron el uso apropiado del término violencia de género, que es más amplio, comprensivo de otras figuras y ámbitos, y que representa las relaciones de des-

igualdad social y cultural, existentes entre varones y mujeres.¹⁰

Precisamente, la compleja problemática de violencia de género, que encuentra su causa en múltiples factores sociales, culturales, educacionales, individuales, entre otros, refiere al empoderamiento y dominación del hombre sobre la mujer por su condición de tal. Reflejado ello en la manifestación de comportamientos y actos que revisten distintas formas -no sólo el de la agresión física- y que superan en ocasiones el ámbito íntimo o familiar.¹¹

Se ha sostenido que los conflictos de género se traducen en la vulneración de los derechos de las mujeres, e implican una negación de su carácter de sujeto y, por tanto, de su humanidad.¹²

No obstante los avances legislativos, sumados a los movimientos de distintas organizaciones y la mayor difusión que se ha otorgado al problema, no han sido suficientes, y la violencia de género continúa siendo un flagelo social a punto tal, que constituye una prioridad en la agenda política de los Estados, aunque las respuestas continúan siendo insuficientes.¹³

Se exige, necesariamente, por tanto -como ha concluido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos- que «los Estados continúen adoptando esfuerzos diligentes para aplicar los estándares del sistema interamericano de derechos humanos en las intervenciones de todas las esferas del poder público. El desarrollo jurídico de parte del sistema interamericano en las esferas de la violencia y la discriminación contra las mujeres debe estar acompañado de iniciativas estatales para implementar estos estándares a nivel nacional.» La Comisión analiza diferentes sentencias dictadas en Estados partes, y en virtud de ello concluye que de este modo «ponen de manifiesto el potencial del Poder Judicial como un sector clave en la protección de los derechos de las mujeres y en el avance de la igualdad de género.»¹⁴

La prevención y erradicación de la violencia de género exige políticas públicas a nivel nacional, provincial y local, de conformidad con los compromisos asumidos internacionalmente por los Estados. Es una tarea conjunta que involucra a los tres poderes y que exige ineludiblemente la interactuación y convocatoria de distintas disciplinas, principalmente del campo de la Medicina, la Psicología,

Justicia y Género

El derecho humano
a una vida libre de violencia
Tutela Judicial Efectiva

la Asistencia Social, la estadística, etcétera, además de la Jurídica.

Al mismo tiempo, se han generado cada vez más y con mayor frecuencia, denuncias de mujeres en legítimo reclamo de la tutela judicial de sus derechos.¹⁵ Denuncias que llegan a los estrados judiciales en búsqueda de soluciones jurisdiccionales a una problemática fundamentalmente social y que, como tal, debe encontrar respuestas en políticas de Estado que involucren además las otras disciplinas.

Desde el ámbito judicial, podemos afirmar que no existe efectividad de la Ley si no se cuenta con las herramientas jurídicas y mecanismos necesarios que posibiliten el cumplimiento de la garantía constitucional de acceso a la Justicia en su concepción más amplia de tutela judicial efectiva. En efecto, el acceso a la Justicia no sólo implica contar con la amplia posibilidad de petitionar a las autoridades y patrocinio jurídico gratuito, sino también políticas públicas que aseguren un seguimiento de la problemática planteada durante el proceso y a posteriori del mismo.¹⁶

El derecho humano de acceso a la Justicia integra el elenco de garantías jurisdiccio-

nales del debido proceso, que conforman en su totalidad el concepto de tutela judicial efectiva.¹⁷ Como ya lo precisara la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el concepto de tutela judicial efectiva «puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto»¹⁸.

Al mismo tiempo se reconoce una amplia legitimación activa a efectos de posibilitarse el acceso a la Justicia. Efectivamente, conforme nuestra Constitución Nacional, en el nuevo capítulo segundo de «Derechos y garantías» se establecen los derechos de incidencia colectiva. Como señalara Bidart Campos, el hecho de admitir este tipo de derechos implica reconocer la legitimación judicial para su defensa y ejercicio.¹⁹ Por tanto, se reconoce legitimación procesal a las organizaciones representativas de la mujer a efectos de reclamar ante la Justicia el cumplimiento de las garantías constitucionales por violación de los derechos constitucionales de igualdad y no discriminación a la mujer. Al mismo tiempo que en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se

reconoce amplísima legitimación para denunciar la violación de estos derechos humanos ante la Comisión Interamericana. Por ende, entendemos, se exige una necesaria adecuación en el ámbito del Derecho interno.²⁰

Asimismo la Corte Interamericana ha sostenido en reiteradas ocasiones que la garantía de tutela judicial efectiva exige una interpretación más justa y beneficiosa conforme el principio *pro actione*, en cuanto al análisis de los requisitos de admisibilidad, extremando las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción, «El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. Este principio implica lógicamente un conjunto de garantías elementales en la tramitación de los procesos judiciales. Sin embargo, puede darse el caso que la incertidumbre o falta de claridad en la consagración de estos requisitos de admisibilidad constituya una violación a dicho derecho fundamental.» El derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 25 de la Convención, el cual impide que el acceso a la Justicia se

convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares.»²¹

Bien señala Haydée Birgin, «el desafío ya no es consagrar o justificar derechos suficientemente reconocidos en el ordenamiento jurídico sino garantizar su ejercicio efectivo».²² Y a esto refiere la tutela judicial efectiva y el debido proceso. En el entendimiento que el proceso constituye la garantía adecuada para el efectivo cumplimiento de los Derechos Humanos, siendo el Juez -imparcial e independiente- el principal garante de los Derechos Humanos y bajo el irrestricto respeto por la Constitución Nacional.

Es preciso tomar conciencia ciudadana de que la garantía de acceso a la Justicia es un derecho, y que es un deber del Estado garantizarla.

Una de las respuestas jurisdiccionales y conforme a los estándares tuitivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la posibilidad de obtener resoluciones en tiempo razonable, siendo la urgencia la característica detonante en las causas de violencia. Así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a que el derecho de

acceso a la Justicia, debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. Y esa falta de razonabilidad en el plazo constituye, por sí misma, una violación de las garantías judiciales.²³

Ahora bien, estas resoluciones deben contar con una fuerza tal que se logre el efectivo cumplimiento de los derechos. De poco sirve obtener una resolución en tiempo razonable para luego ser impunemente desobedecida.

Bajo ningún concepto podemos permitir impunidades; en lo que respecta a violencia de género los efectos son perjudiciales no sólo para la víctima -que resulta expuesta y desprotegida- sino también para toda la sociedad, que pasa a ser así una mera espectadora de un nuevo empoderamiento del agresor, ya sin límite siquiera ante la autoridad judicial. «Cuando en los hechos se instala la *impunidad* se afecta la administración de justicia, *no hay justicia* para la víctima.»²⁴

En lo que respecta a los operadores jurídicos, a efectos del cumplimiento de la garantía de acceso a la Justicia, es sumamente importante la erradicación de prácticas discriminatorias que atentan contra

la protección de los derechos de las mujeres, y que ocasionan mayor violencia -en el caso, institucional- lográndose tal objetivo con la permanente y amplia capacitación sobre violencia de género, su abordaje, y tutela de derechos.

En este sentido, las políticas estatales deben tener por objeto causar un impacto tal en la sociedad a modo de ejemplaridad, de manera que se produzca un quebrantamiento en los estereotipos de desequilibrio de género construidos histórica y culturalmente, como es la condena social al agresor, acompañado de mecanismos judiciales que le otorguen efectividad a las medidas jurisdiccionales que se adopten al respecto.

Es oportuno señalar en este punto, la importancia de los medios de comunicación al respecto, pues resulta necesario que los mismos acometan las noticias sobre violencia contra las mujeres desde una perspectiva de género y en base al conocimiento y respeto de sus derechos. Se exige una condena social a la violación de los Derechos Humanos, y aquí el rol de los medios es crucial como formadores de realidad y de opinión.²⁵

Así fue puesto de manifiesto en el segun-

do informe hemisférico presentado por el Mecanismo de Seguimiento de la CE-DAW (MESECVI): «El Comité de Expertas os valora positivamente el creciente uso que el Estado viene haciendo de los medios de comunicación como un instrumento de educación y sensibilización sobre la violencia contra las mujeres.²⁶

La tutela judicial efectiva de los Derechos Humanos, en el caso de las mujeres, implica, en definitiva, la construcción de una sociedad más democrática, pluralista e incluyente, que sólo puede concebirse como tal si se parte también del desafío de afrontar la desigualdad de género.²⁷

La tutela judicial efectiva en el actual paradigma del Estado Constitucional de Derecho: humanización del Derecho.

A partir de 1994 nuestro país incorporó un número de Tratados Internacionales de los Derechos Humanos, lo que se dio en llamar en doctrina como el «bloque de constitucionalidad federal» o según la terminología de Hart²⁸ «regla de reconocimiento constitucional» como más abarcador y preciso, que legalidad o supremacía constitucional, que constituyen

un parámetro de validez de normas secundarias. Y, como ya tiene dicho la Corte Suprema de la Nación al respecto, deben aplicarse tal como vienen dados, sin poder modificarlos o reinterpretarlos.²⁹

En este sentido, este bloque de constitucionalidad, constituye un conjunto de «principios de derecho fundamental» utilizando la terminología de Alexy³⁰, que delimita el marco de validez y permanencia de una norma infra constitucional al ordenamiento jurídico argentino, debiéndose adecuar por tanto a la Constitución Nacional y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.³¹

Bien señala Bidart Campos³², respecto de este conjunto de normas, principios y valores, que en el Estado democrático de Derecho, «la Constitución tiene fuerza normativa en toda su integridad en todas sus partes en todos sus contenidos y también en sus implicancias». Es el eje obligatorio e imperativo de todo el ordenamiento jurídico político. Al decir de Dworkin,³³ la Constitución Nacional como límite al Poder Estatal y al mismo tiempo como protección ciudadana.

Por ende, los jueces deben aplicar la Ley

conforme estos principios fundamentales, universales e inalienables, y así se asegura la democracia.³⁴ Es el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho,³⁵ en el que la persona es el eje de protección, y particularmente en el Derecho de Familia, la persona en sus relaciones familiares, entendido esto en una acepción amplia del concepto de familia.³⁶ Ya no se trata de un derecho privado ajeno al derecho público sino que es Derecho constitucional integrado con las normas propias del derecho de familia,³⁷ que demarcan el campo de acción de los operadores jurídicos, como también su tutela jurisdiccional.

Ahora bien, el Estado es responsable ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente. Es el principal obligado -junto con la familia- a realizar las acciones positivas destinadas a dar satisfacción a los derechos. Entendido el Estado como administrador, sin perjuicio de las obligaciones que tiene el mismo en un sentido amplio, comprensivo de los tres Poderes, frente a la efectiva protección de los derechos.

En el caso del Poder Judicial, reviste primordial importancia, pues el Juez tiene el deber de aplicar los Tratados Interna-

cionales de Derechos Humanos, descartar las normas internas incompatibles o contrarias a ellos y suplir los vacíos legales internos, garantizando así la debida tutela jurisdiccional.

En el Estado Constitucional de Derecho, el Juez se erige como principal garante de los Derechos Humanos y «necesariamente de una manera muy concreta: por medio del proceso»,³⁸ puesto que la herramienta idónea para la efectivización de todos los derechos humanos es precisamente el proceso judicial.³⁹

Así los Tratados y Convenciones de carácter supralegal refieren un mínimo o estándar de garantías jurisdiccionales que conforman además la garantía del debido proceso legal, que no puede ser soslayado por las normas infraconstitucionales y que constituyen el marco de interpretación de las decisiones judiciales.⁴⁰ Esto es, en definitiva, la tutela judicial efectiva.⁴¹

Es indispensable, en este contexto -que exige respuestas concretas, sencillas y expeditivas en protección de la dignidad humana- prescindir de meros tecnicismos que, por el contrario, producen el fracaso en la tutela de los derechos.

Hoy se exigen nociones amplias y asegurativas de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, especialmente de los vulnerables: niños, discapacitados, adultos mayores, mujeres en situación de violencia.

El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular, La Convención Americana (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), artículo 8 y 25, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), artículo 2.3. y 14.1, establecen el conjunto de garantías jurisdiccionales que implementan la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales reconocidos por los Tratados Internacionales y las Constituciones de los Estados. Dichas garantías importan el derecho de presentarse ante la autoridad judicial (acceso a la Justicia propiamente dicho), a obtener un procedimiento judicial y al cumplimiento de la sentencia que, en consecuencia, se dicte. Conformando todo ello en conjunto las garantías del debido proceso legal que, siguiendo a Alvarado Velloso, significa el proceso (lógicamente concebido) que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional.⁴²

Ahora bien, la efectiva tutela de los dere-

chos humanos es aún más amplia que el debido proceso y no se agota en el derecho a la jurisdicción. Comprende además el deber estatal de proporcionar a la ciudadanía un servicio de Justicia independiente -y eficiente- donde el eje central de protección y respeto por los Derechos Humanos se constituye por el principio de igualdad y de no discriminación. Esta tutela reconoce, aún más, la posibilidad de los ciudadanos de acudir a un ámbito jurisdiccional internacional desde un amplio concepto de legitimación procesal que, de modo alguno, limite ese derecho a la jurisdicción. Es que la realización de los derechos humanos sólo se concibe si se los dota de mecanismos y garantías jurisdiccionales que aseguren su efectivo cumplimiento. Y precisamente el proceso constituye el medio idóneo para la tutela judicial efectiva.

Los instrumentos internacionales establecen estándares de protección de los derechos humanos que aseguran el derecho a la jurisdicción -como un acceso sin restricciones-, el derecho a presentarse ante Juez competente -Juez natural- y, a través de un recurso sencillo y rápido -proceso- en que se respete la defensa en juicio y la igualdad de las partes a obtener un pronunciamiento funda-

Justicia y Género

El derecho humano
a una vida libre de violencia
Tutela Judicial Efectiva

do, en tiempo razonable. Es el proceso, entonces, el medio por el cual se logra la tutela judicial efectiva de los derechos humanos.⁴³

Citando a Gozáni, el proceso es el remedio ordinario para la protección de los derechos humanos, y puede proyectarse como la auténtica garantía para el correcto y legal enjuiciamiento, sea para los procedimientos comunes (civiles, comerciales, administrativos, etcétera) o para los procedimientos penales; y aun para frenar las intemperancias de los demás Organos que ejercen el Poder del Estado, frenando sus autoritarismos despóticos, o controlando el apego de las leyes al principio de la supremacía constitucional.⁴⁴

Violencia de género y acceso a la justicia

La garantía de acceso a la Justicia es un derecho humano fundamental en un Estado democrático de Derecho,⁴⁵ constituyendo la vía para reclamar el cumplimiento de los derechos ante el Poder Estatal, y para garantizar la igualdad ante la Ley. Al mismo tiempo constituye un deber del Estado al que se ha comprometido internacionalmente; de allí su responsabilidad por falta de cumpli-

miento.

Decíamos que en materia de Derechos Humanos, entendemos el acceso a la Justicia desde una concepción amplia, que no sólo implica contar con la vasta posibilidad de peticionar ante las autoridades, y patrocinio jurídico gratuito, sino también políticas de Estado que aseguren respuestas y acciones positivas a la problemática planteada durante el proceso y en un tiempo razonable. Entendiéndolo como un derecho humano de la ciudadanía y al mismo tiempo como un deber del Estado.

Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de su Oficina de la Mujer, exhortando a efectuar esta tarea desde una mirada con perspectiva de género en el Poder Judicial, capacitándose necesariamente a todos sus integrantes a fin de proporcionarles herramientas que les permitan detectar situaciones de discriminación respecto de estereotipos sociales predeterminados.⁴⁶

Señala la Corte, que esto no es una mera elección de preferencia en la formación que asuman quienes prestan el servicio de justicia sino que es un compromiso asumido por el Estado argentino internacionalmente al suscribir las Conven-

ciones internacionales respectivas y los documentos formulados en el marco de la Cumbre Judicial Iberoamericana: la «Declaración de Cancún» y las «Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia a las personas en condición de vulnerabilidad» [2008].⁴⁷

No podemos dejar de advertir, que el problema de violencia de género debe ser abordado a través de políticas públicas que comprendan la atención primaria y preventiva en interacción con otras disciplinas, desempeñando ello un rol decisivo, a efectos de evitar la transformación del conflicto en litigio judicial. Reiteramos que no es posible atribuir toda la responsabilidad sobre la problemática al Poder Judicial cuando en verdad se requiere de una profunda tarea preventiva para su abordaje, que es tarea propia del poder administrador.

Pero mientras ese ideal no se logra, ante la violación de estos derechos fundamentales, necesariamente debe acudir-se a la Justicia en busca de tutela legal a fin de que se ordenen las medidas de protección y sancionatorias respectivas para poner fin a la situación de violencia. Al mismo tiempo, la tutela judicial efectiva de estos derechos debe comprender

inexorablemente el seguimiento de la problemática donde nuevamente la interacción con organismos municipales, provinciales y nacionales de atención primaria se hacen presente, coordinando mecanismos de actuación conjunta, a fin de dar atención integral al conflicto ya judicializado. Nada impide que un abordaje terapéutico de la problemática de violencia pueda ser ordenado judicialmente y llevado a cabo por organismos no gubernamentales. Recordamos que cuando definíamos el derecho a la jurisdicción lo hacíamos comprensivo de varios aspectos: derecho a reclamar al Estado la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales y derecho al debido proceso y su sostenimiento.

Entiéndase que las mujeres víctimas de violencia se encuentran en una condición tal de vulnerabilidad respecto al acceso a la Justicia, que va más allá de lo económico, sino que se relaciona con cuestiones sociales, políticas y culturales. Por ello, la garantía de acceso a la Justicia debe operar desde el momento mismo en que la mujer decide recurrir a la autoridad. En tal sentido, las recomendaciones efectuadas por el mecanismo de seguimiento de la CEDAW, señalan la necesidad de contar con amplias posibilidades

de receptor la denuncia o presentación. Y en este punto, es preciso resaltar las cuestiones que se presentan desde un punto procedimental local, dado que es distinto el tratamiento de una provincia a otra, y particularmente en los que nos atañe: Santa Fe; aún actuamos bajo los lineamientos de la Ley de Violencia Familiar. Urge readecuar el sistema procedimental a los estándares exigidos por la Convención, tal como lo ha efectuado la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la Oficina de la Mujer, a efectos de evitar desigualdades y discriminación en la administración de Justicia.⁴⁷

En efecto, el segundo informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará, (MESEC-VI), en el punto referente al acceso a la Justicia,⁴⁸ la CIDH recomendó el uso de mecanismos como los Juzgados de paz y defensorías comunitarias para las mujeres afectadas por la violencia que viven en zonas rurales, marginales y pobres, principalmente en consideración a aquellas que no viven en las ciudades o centros urbanos. En cuanto al tipo de unidad receptora, expresa el informe, que las comisarías especializadas en asuntos de violencia contra las mujeres, especialmente en violencia familiar, siguen

siendo una alternativa para la recepción de denuncias, con personal femenino especializado, que ofrece un tratamiento sensible a las necesidades de las víctimas. Otras instancias de recepción de denuncias reportadas por los Estados son las procuradurías de derechos humanos, defensorías, juzgados de paz y, en algunos países del Caribe, las líneas de emergencia, aunque en estos casos no se brinda mayor información sobre el trámite seguido, luego de recibir las denuncias.

En cuanto a las medidas que garanticen el acceso a la Justicia y el debido proceso, tomadas por los Estados Partes, recomienda el informe -entre ellas- asegurar la presencia de personal especializado en género y derechos humanos, espacios con privacidad, a modo de no revictimizar a mujeres agredidas y no violar su derecho a la dignidad; servicios legales gratuitos, intérpretes de idiomas indígenas; confidencialidad y protección de los datos de las víctimas, sus familiares o testigos/as.

El Comité de Expertos/as, recomendó a los Estados Partes, prohibir tanto el uso de métodos de conciliación, mediación y otros orientados a resolver extrajudicial-

Justicia y Género

El derecho humano
a una vida libre de violencia
Tutela Judicial Efectiva

mente casos de violencia contra las mujeres, como el uso del criterio o principio de oportunidad, y armonizar la legislación procesal con estas prohibiciones. Incluir en los planes nacionales de violencia contra las mujeres estrategias de cooperación con los medios de comunicación y agencias de publicidad para difundir los derechos de las mujeres, y la Convención de Belém do Pará; otorgándole asignación presupuestaria para asegurar su continuidad y un mecanismo de evaluación de impacto. Vigilar su proceso de aplicación, realizando evaluaciones y estudios sobre su implementación y efectividad, a fin de adoptar las medidas correctivas y/o de fortalecimiento apropiados. Implementar mecanismos para el cumplimiento de las medidas de protección otorgadas a favor de las mujeres, sus familiares y/o testigos/as. Asegurar fondos para traslados; mecanismos de rescate de mujeres; cambio de identidad de las víctimas; protección de testigos/as; salvoconductos para salir del país; redes seguras de referencia, entre otras. Adoptar e implementar protocolos de atención para las víctimas de violencia contra las mujeres en la policía o entidades receptoras de denuncias, las fiscalías y los servicios de salud, en los idiomas indígenas cuando proceda. Realizar estudios o compilaciones de la aplicación de la Con-

vencción de Belém do Pará en sentencias y dictámenes sobre violencia contra las mujeres, a fin de que sirvan como herramientas para el trabajo de las y los jueces, fiscales, operadores de justicia y estudiantes de Derecho. Realizar estudios sobre sentencias y dictámenes que contengan estereotipos, prejuicios, mitos y costumbres en los casos de mujeres víctimas de violencia, así como el uso de la historia personal de la víctima y/o su experiencia sexual para denegarle justicia.

El acceso a la Justicia como un deber, implica el aseguramiento de los derechos al brindar el servicio de justicia, el acceso a la justicia como un deber estatal destinado a garantizar el acceso efectivo a los más desfavorecidos.⁵⁰ Hicimos referencia anteriormente al derecho a un debido proceso, un Juez imparcial e independiente, garante de los derechos humanos y del respeto irrestricto de las garantías jurisdiccionales constitucionales. Cuando hicimos alusión al concepto del debido proceso, citamos al Dr. Alvarado Velloso quien enseña que «debido proceso no es ni más ni menos que el proceso (lógicamente concebido) que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional».⁵¹

Precisamente, el marco constitucional y convencional de principios y garantías jurisdiccionales en materia de derechos humanos, específicamente el que nos ocupa, derecho humano a vivir una vida libre de violencia, ha influido notablemente en la idea de proceso, entendiéndolo en la actualidad necesariamente desde una perspectiva de género.

Bajo esta perspectiva y marco constitucional de protección al vulnerable, en momentos como los actuales, donde el flagelo social de la violencia de género ha cobrado matices alarmantes, con un aumento constante de femicidios,⁵² se exige protección a la mujer víctima de violencia que denuncia, comenzando con una primerísima cuestión: «creer en su palabra».⁵³

Los informes de organismos internacionales dan cuenta de que «la descalificación de los dichos de las mujeres, así como la consideración de que su testimonio no es suficiente para sostener una acusación, son fenómenos que se repiten con preocupante frecuencia en los tribunales latinoamericanos... la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho...»⁵⁴

Es preciso reafirmar que los estándares tuitivos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de modo alguno exigen prueba de la certeza de los hechos que se denuncian, pues en muchas ocasiones tal prueba resulta sumamente dificultosa por lo privado e íntimo del ámbito en el que se producen. Es sumamente importante destacar esto, pues no es posible el cumplimiento de la tutela judicial efectiva de los derechos de una mujer víctima de violencia de género si no hacemos hincapié en este aspecto, en creer en su palabra. Que además constituye un mandato internacional que responsabiliza al Estado que se ha obligado a cumplir. Sin perjuicio de que se puedan adoptar en casos concretos, medidas pertinentes y que involucran el trabajo interdisciplinario (informes médicos, psicológicos, ambientales, etcétera). Debe advertirse que los procedimientos de violencia que establecen las legislaciones son de tipo especiales, diferenciados o urgentes, en los que el contradictorio y el debate no se presentan como inmediatos, aunque ello no signifique de modo alguno no respetar el derecho de defensa y la posibilidad de amplitud probatoria, pero ya ante el seguimiento y sostenimiento de la medida.⁵⁵

A partir de la denuncia ante la autoridad estatal, se deben poner en marcha mecanismos de protección y de tratamiento a la problemática expuesta. En esta etapa el servicio de Justicia debe proporcionar los medios necesarios para asistir a la víctima de violencia, y a su familia, a través de la intervención de profesionales de distintas disciplinas que aborden el problema desde una asistencia terapéutica, conciliadora y aportadora de soluciones, como también a través de la adopción de medidas judiciales de protección a la víctima y a su núcleo familiar, como también medidas restrictivas y sancionatorias respecto del agresor, que en forma inmediata pongan fin a la situación de violencia que se padece, y que al mismo tiempo funcionen como ejemplificadoras ante conductas socialmente reprochables (condena social al agresor).

Cabe tener especialmente en cuenta que, conforme datos aportados desde la psicología y la antropología social,⁵⁶ el problema de la violencia de género, que existe desde antigua data, seguirá existiendo si no se toman medidas contundentes, a los efectos de neutralizar estos comportamientos, pues el aumento en la condición de vulnerabilidad de la mujer se relaciona directamente con la impunidad de la persona agresora.⁵⁷

Adviértase en este punto, que ello no significa que corresponda atribuir toda la responsabilidad sobre el abordaje de la problemática al Poder Judicial, puesto que se exige una frondosa tarea de prevención, que le es propia al poder administrador.

Por su parte, respecto de los procedimientos el decreto 1011/2010 reglamentario de la Ley de protección integral de la mujer, describe el acceso a la Justicia bajo estos mismos conceptos, como deber del Estado nacional facilitando los recursos administrativos y judiciales para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de las mujeres víctimas de violencia, y también con la condición insoslayable de poder contar con servicio de asistencia jurídica gratuita, las garantías del debido proceso, la adopción de medidas positivas para asegurar los costos de aquél y el acceso efectivo a la vía judicial (reglamentación art. 2, inc. f y 20, Ley 26.485)⁵⁸

Vemos entonces que el acceso a la Justicia compromete a los tres Poderes del Estado. Si bien le cabe al Poder Judicial el administrar el servicio de justicia, esto se puede lograr mediante los recursos y herramientas legales necesarias que aporten los otros dos Poderes, a efectos

Justicia y Género

El derecho humano
a una vida libre de violencia
Tutela Judicial Efectiva

de cumplir con la garantía de tutela judicial efectiva, resolviendo los conflictos en tiempo razonable⁵⁹ y en debida forma (debido proceso legal).

Volviendo entonces al concepto amplio de acceso a la Justicia, concluimos que comprende primeramente el derecho de presentarse ante la autoridad en reclamo de la tutela de sus derechos (acción-proceso- servicio del sistema judicial) vinculado al significado de la igualdad de oportunidades ante la Ley, contando con debida asistencia jurídica y gratuita. Ampliando el concepto, significa también la posibilidad de obtener una respuesta justa y en tiempo razonable (derecho al debido proceso y su sostenimiento), vinculado a obtener todas aquellas medidas de protección, restrictivas y sancionatorias específicas del caso; como también la posibilidad de poder sostener el proceso en su totalidad; esto es, sobre aquellas personas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad económica y social, para quienes es preciso brindar un servicio de justicia que contemple la gratuidad, no sólo el beneficio de litigar sin gastos, sino también todos aquellos gastos que tengan que ver con traslados, transporte, pérdida del jornal, etcétera (mujeres pobres o indigentes

que no pueden concurrir a los Tribunales porque no tienen con quién dejar a sus niños, las que concurren con ellos a cuestras, las personas con trabajos precarios que pierden el jornal por asistir al Tribunal; las personas que tienen dificultades de traslado, sea por discapacidades y/o por razones económicas, entre muchas otras situaciones)⁶⁰

El poder acceder a la Justicia implica, además, el debido asesoramiento en el conocimiento de los derechos, y su protección legal. Y es obligación asumida por el Estado brindarlo en forma gratuita.

En la práctica se presentan distintos obstáculos que limitan el ejercicio de estos derechos, ya sea de índole económicos (costos del servicio y excesiva duración de los procesos) y culturales (desconocimiento de los derechos por parte de los ciudadanos y falta de confianza en los resortes de la Justicia y de sus operadores), a lo que se suma la complejidad de los procedimientos judiciales.⁶¹ En materia de violencia de género se observan estos mismos obstáculos, sumados a aquellos debidos a la propia condición de vulnerabilidad en que se encuentra la persona denunciante, tales como temor de presentarse ante la autoridad, temor

que esa presentación genere mayor grado de agresividad en su pareja, temor por la pérdida de vivienda y manutención, etcétera, lo que en definitiva se relaciona directamente con el desconocimiento de los derechos que las amparan y la debida protección legal.

Por todo ello, insistimos una vez más en la necesidad de políticas públicas respecto al cumplimiento de la garantía de acceso a la Justicia en general, y particularmente en lo que respecta a la tutela judicial efectiva del derecho humano a vivir una vida sin violencia. Políticas que contemplen el acceso a la Justicia en su acepción más amplia, comprensiva no sólo de la posibilidad de acceder a un proceso judicial sino a la solución del conflicto,⁶² y posibilitando el mejoramiento de condiciones a las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad. Revistiendo, en este aspecto, vital importancia la necesidad de brindar educación a la comunidad. «Quien carece de educación desconoce sus derechos, los medios para hacerlos respetar y lograr el efectivo ejercicio de los mismos»⁶³ ■

¹ ARENDT, HANNAH, Sobre la violencia, Alianza Editorial, Madrid, 2005, PÁG. 16

² Observación Gral. N° 11 Comité CEDAW. Observatorio de sentencias judiciales www2.ohchr.org/spanish/bodies/cedaw

³ Derecho humano de la mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 3 de la Convención de Belém do Pará)

⁴ La Ley 26.485, a través de diversos artículos, dispone de manera expresa pautas que constituyen los cimientos de políticas públicas con una perspectiva de género, donde la educación, capacitación y formación de los operadores, junto con el abordaje interdisciplinario, constituyen herramientas fundamentales para la construcción de un empoderamiento no sólo de los sujetos intervinientes, sino también de las instituciones, logrando una concientización en toda la sociedad de que el tratamiento de la violencia hacia las mujeres, su prevención, erradicación y sanción, son cuestiones de Estado.

⁵ En fecha 30-05-2013, la Cámara de Diputados dio la media sanción correspondiente (por unanimidad) a través de la cual la provincia de Santa Fe adhiere a la Ley nacional 26.485, para lo cual el proyecto ya contaba con media sanción del Senado. www.lacapital.com.ar, [\[notife.com/region/articulos/1/PROVINCIA.htm\]\(http://notife.com/region/articulos/1/PROVINCIA.htm\), \[www.sinnordaza.com\]\(http://www.sinnordaza.com\); \[www.unosantafe.com.ar\]\(http://www.unosantafe.com.ar\), entre otros.](http://www.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁶ Art. 75 inc. 22 Y 23 CN

⁷ Ya en la década del 90 se sancionaron leyes nacionales y provinciales que establecieron mecanismos para lograr medidas de protección rápidas ante la violencia familiar. Por otra parte es dable destacar, que en 1989 se sancionó el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional que consideró como crimen de lesa humanidad a la violencia contra las mujeres en conflictos armados.

⁸ Informe Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/SER.L/V/II.143 DOC. 60 3 noviembre 2011 ESTANDARES JURIDICOS VINCULADOS A LA IGUALDAD DE GENERO Y A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: DESARROLLO Y APLICACIÓN.

⁹ CIDH, El derecho a la información sobre la Asistencia consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión consultiva OC-16/99 de 10 de octubre de 1999, Serie A nro. 16, párr. 115. La República Argentina ha asumido compromisos internacionales en diversos instrumentos: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

Culturales (PIDESC), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), y los tratados específicos sobre las mujeres, entre ellos, los más importantes son la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, ratificado en 1985, incorporado a la cn art. 75 inc. 22) y su Protocolo Facultativo (ratificado en 2007), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará de 1994, ratificada en 1995). Los tratados se complementan con una importante jurisprudencia, en constante crecimiento, sobre la violencia de género de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); y con instrumentos no vinculantes, como la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y los subsiguientes procesos de seguimiento de cinco, diez y quince años, resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (ONU), y Recomendaciones Generales adoptadas por organismos de derechos humanos de las Naciones Unidas como «herramientas de interpretación autorizadas. Casos emblemáticos v. gr. Corte IDH, caso Penal Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México. 16 de noviembre de 2009. Caso L. C. vs. Perú, 4 de noviembre de 2001, entre otros. Fuente: Christine Chinkin Violencia de género: estrategias de litigio

Justicia y Género

El derecho humano
a una vida libre de violencia
Tutela Judicial Efectiva

para la defensa de los derechos de las mujeres. 1a Ed. - Buenos Aires: Defensoría General de la Nación, 2012, PÁG. 17

¹⁰ «Ambas opciones presentan ventajas y desventajas. Aludir al ámbito en que la violencia tiene lugar cuenta con la ventaja, a nivel legislativo y judicial, de permitir un tratamiento único tanto a las víctimas mujeres como a los niños y adultos mayores, quienes suelen sufrir también en alta proporción las consecuencias de la violencia familiar, doméstica o interpersonal. En términos de técnica legislativa, debe tenerse en cuenta que las leyes tienden a la universalidad de sujetos. Esta opción no implica desconocer que las mujeres son mayormente las víctimas de este tipo de violencias, pero son las políticas públicas las que deben focalizarse según las personas destinatarias. Por otra parte, referir a la violencia contra las mujeres, sexista, machista o de género, pone en cuestión a los sujetos involucrados y destaca las relaciones de poder y desigualdad involucradas en este tipo de conflictos.» DURÁN, JOSEFINA. Derecho a vivir una vida libre de violencia. La Justicia en construcción: derechos y género ante los tribunales y los medios de comunicación de América Latina / dirigido por Natalia Gherardi – 1a Ed. - Buenos Aires: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género- ELA; 2012. pág. 43. Por su parte, la noción de «género» aparece cuando en 1955 el antropólogo y sexólogo John Money utiliza la ex-

presión rol de género (gender role) para designar los comportamientos asignados socialmente a hombres y mujeres, y en 1968 por el psicólogo estadounidense Robert Jesse Stoller quien al estudiar los trastornos de identidad de género, diferenció entre sexo (diversidad agregada corporalmente) y género (cualidad adquirida social, culturalmente). Ossola, Alejandro, Violencia Familiar, Advocatus, Córdoba, 2011. PÁG. 71

¹¹ Debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 1); y se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende entre otros, violencia, maltratos y abuso sexual.

¹² DURAND, J., op. cit.

¹³ Véase: RECOMENDACIONES GENERALES adoptadas por el Comité de la CEDAW. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

¹⁴ CIDH, op. cit.

¹⁵ Véase el Trabajo de la Dra. Laura Portero, El tratamiento judicial y de género de la violencia familiar en los Tribunales rosarinos, en esta misma obra.

¹⁶ BIRGIN, HAYDÉE señala, por caso, la existencia y las condiciones de los refugios para víctimas de situaciones de violencia intrafamiliar para atender la urgencia inmediata, las subvenciones económicas, las preferencias para planes de vivienda, los planes de capacitación que se ofrecen a mujeres víctimas de violencia, y una infraestructura de servicios de cuidado para los niños, niñas y otras personas dependientes del hogar, de modo de permitir a las mujeres su inserción laboral... sin un Estado activo, no habrá acceso efectivo a la Justicia. (...) Acceso a la Justicia y violencia: Una deuda con los derechos de las mujeres. La Justicia en construcción: derechos y género ante los tribunales y los medios de comunicación de América Latina / dirigido por Natalia Gherardi – 1a Ed. - Buenos Aires: Equipo Latinoamericano de Justicia y Género- ELA; 2012

¹⁷ Cfm. ALVARADO VELLOSO, «debido proceso no es ni más ni menos que el proceso (lógicamente concebido) que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional.» Alvarado Velloso, Adolfo. El debido proceso de la garantía constitucional. Ed. Zeus, Rosario, 2003

¹⁸ CIDH, informe 105/99, caso 10.194, Palacio, Narciso - Argentina, del 29/9/1999, L L, 2000-F, 594.

¹⁹ BIDART CAMPOS, «La legitimación procesal activa en el párrafo segundo del art. 43 de la Constitución,» ED, 166: 860

²⁰ Véase Jeanneret de Pérez Cortés, María, «La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La Reforma Constitucional de 1994 y la jurisprudencia,» LL, 2003- B, 1333

²¹ Informe N° 105/99, caso Argentina 10.194, 29/9/99. Narciso Palacios. Puntos 57, 58 y 61 <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Argentina10.194.htm>

²² BIRGIN, op. Cit, quien cita a Norberto Bobbio: «el problema... no es filosófico, sino jurídico y, en sentido más amplio, político. No se trata tanto de saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados. (Bobbio, 1991:64)

²³ CIDH. Caso Forneron e hija vs. Argentina. Sentencia de 27 de abril de 2012 www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.doc

²⁴ La Cámara Penal de Rosario, Sala II, revocó la resolución de la Jueza correccional entendiendo que la conducta del imputado en un proceso de violencia familiar de incumplimiento de la prohibición de acercamiento es pasible de encuadrar en el delito de desobediencia, art. 239 del Cód. Penal. En sus fundamentos, la Cámara expresa que el incumplimiento del agresor en un proceso de violencia familiar compromete el normal desenvolvimiento de la administración de justicia y que debe garantizarse a la víctima el acceso a la Justicia, castigando los actos de violencia. Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rosario, sala II ~ 2013-03-11 ~ Denuncia de L., A. A. DFyP, mayo 2013, con comentario de Jofré, Graciela Dora.

²⁵ La violencia tiene prensa. Morelli Mariana y Rey Paula. Análisis de la cobertura periodística de la violencia contra las mujeres en los medios gráficos de América Latina. En La Justicia en construcción: derechos y género ante los tribunales y los medios de comunicación de América Latina, op. Cit. P. 339. Allí refieren las autoras que el Observatorio «Las Mujeres en los Medios» implementado por la Articulación Regional feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú se propuso contribuir a mejorar las intervenciones de política pública para erradicar la violencia contra las mujeres en la región. A partir del monitoreo de la presencia de noticias sobre el tema

en la prensa gráfica, se indagó sobre los significados de la violencia en el discurso público, su relevancia, la profundidad de su análisis.

²⁶ Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará. Mecanismo de seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI) Abril de 2012. <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeHemisferico-ES.pdf>.

²⁷ Grynspan refiere que El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha elaborado varios indicadores a través de los Informes de Desarrollo Humano. En el informe de 2010 se generó un nuevo índice de inequidad de género que incluye tres dimensiones: salud reproductiva (por primera vez), empoderamiento de las mujeres e inclusión en el mercado laboral. Las cinco variables que fueron consideradas para estas tres dimensiones son las siguientes: participación de las mujeres en la fuerza de trabajo; logros educativos de las mujeres desde la secundaria, considerando estudios superiores; participación de las mujeres en los parlamentos; mortalidad materna y fertilidad adolescente. Estas dos últimas variables son las que han sido incluidas por primera vez para calcular el Índice de Desigualdad de Género (IDG). Este índice se calculó para ciento cuarenta y siete países, con algunas dificultades para la recopilación de la información. El promedio mundial del IDG es

Justicia y Género

El derecho humano
a una vida libre de violencia
Tutela Judicial Efectiva

de 0,56. El índice va de 0 a 1 (siendo el 0 total igualdad y el 1 total desigualdad). El número a nivel global significa que se está perdiendo un 56% del potencial que se podría alcanzar si esa inequidad no existiera. En el IDG la brecha es amplia, pues va desde 0,17 en Holanda hasta 0,85 en Yemen. Regionalmente en los países de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), es alrededor de 0,32 y en América Latina es casi el doble, 0,60. Por lo tanto, en América Latina existe más inequidad que en Europa. Sin embargo, presenta mejor posición relativa que los países Árabes, el sur de Asia y África Subsahariana. Agrega que Argentina, Costa Rica, Chile y Uruguay son los países de América Latina que tienen los mejores niveles de equidad de género; sin embargo, estos altos niveles se encuentran donde existe elevado IDH (Índice de Desarrollo Humano) y elevado IDG (Índice de Inequidad de Género). Por otra parte encontramos países donde existe un mismo nivel de inequidad social pero la inequidad de género se mueve en el eje horizontal, donde si bien hay una alta correlación, la relación está lejos de ser de uno a uno. Grynspan, Rebeca. Nuevos desafíos de la equidad de género para el Siglo XXI. En La Justicia en Construcción... op. Cit. pág. 33

²⁸ Hart, Herbert L. A.: El concepto de Derecho. Bs. As., Abeledo Perrot, PÁG. 117, 1998. Para quien el Derecho es un sistema complejo de reglas, conformado por reglas primarias o imperativas y reglas secundarias: 1- reglas de decisión; 2- reglas de modificación y 3-

reglas de reconocimiento: éstas establecen los criterios de validez que debe cumplir una regla para poder pertenecer al sistema jurídico. Por su parte, Dworkin parte de Hart y critica su positivismo como muy estrecho, señala que el Ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su pedigree), sino por la adecuación de su contenido a la moral. Véase: Dworkin, Ronald: Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1995

²⁹ Caso «Giroldi»; CSJN; 7/4/1995; L.L., 1995-D, 462. Otro: Caso «Bramajo», CSJN, 12/9/1996; L.L., 1996-E, 409, entre otros. Nuestra Corte Suprema venía sosteniendo con anterioridad a la Reforma Constitucional, en el conocido caso Ekmekdjian (CSJN, 7-7-92; LL, 1992-C-543), la jerarquía superior de los tratados internacionales y, con posterioridad, ha tenido una rica evolución al respecto en distintos pronunciamientos paradigmáticos sumamente importantes e interesantes, cuyo tratamiento excede el marco de este trabajo (véase entre otros: CSJN, «Méndez Valles Fernando c/A.M. Pescio SCA s/Ejecución de alquileres» (ED Boletín N° 8976 del 09/04/96), La Corte Suprema en abril de 1998, dentro de los autos «Petric Domagoj c/Diario Pagina 12» (L.L.1998 - C, 284)

³⁰ Siguiendo en ello a Alexy, para quien el rasgo crucial para diferenciar reglas y principios se halla en que és-

tos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. En este sentido, los principios son «mandatos de optimización», que pueden ser cumplidos en diferente grado y conforme las posibilidades fácticas y jurídicas (principios y reglas opuestas). En cambio, las reglas, son «mandatos definitivos» o concluyentes, normas que pueden ser cumplidas o no; la distinción se funda en que la regla es válida y por tanto debe ser cumplida, o no válida. Los principios siempre son válidos. En definitiva, la diferencia entre reglas y principios es cualitativa. Véase: Alexy, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

³¹ Véase al respecto: SAGÜES, NÉSTOR P.: Los tratados internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994, en La Ley del 8/11/94.

³² BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa. Bs. As. Ediar, 1995

³³ Véase: Dworkin, Ronald: Los Derechos en serio. Barcelona: Ariel Derecho S.A.; 1989; La lectura moral de la Constitución y la premisa mayoritaria, Trad. Imer Flores, en Cuestiones Constitucionales 7, México, 2002

³⁴ Acorde al concepto de democracia sustancial que expresó Ferrajoli, consistente en las normas sustanciales de validez, las cuales vinculan la tutela y el respeto de los derechos fundamentales y los demás principios axiológicos establecidos en ellas. En Derecho y Razón, op. cit. pág. 864

³⁵ Cabe aclarar que Estado Constitucional de Derecho y Estado de Derecho no son términos sinónimos como ha señalado Ferrajoli: Un Estado Constitucional implica un Estado de Derecho, pero no todo Estado de Derecho implica necesariamente ser un Estado Constitucional. La legitimidad constitucional del actual modelo de Estado que propone la corriente neoconstitucionalista cuyo eje principal estaría marcado por la primacía, garantía y defensa de los derechos fundamentales. El Estado de Derecho representa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, el Estado Constitucional específica que es a la Constitución a lo que ante todo y primariamente se somete el Estado. Ferrajoli, Luigi, Pasado y futuro del Estado de Derecho, en Neoconstitucionalismos, Trotta, Madrid, 2003

³⁶ GIL DOMINGUEZ, ANDRÉS; FAMÁ, MARÍA; HERRERA, MARISA. (2006). Derecho Constitucional de Familia. Con prólogo de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci. Bs. As.: Ediar

³⁷ LLOVERAS, NORA Y SALOMON, MARCELO: El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional. Bs. As. Universidad, 2009

³⁸ Moción de Valencia. España, 2006.
<http://www.academiadederecho.org/>.

³⁹ Entendido como método dialéctico de debate entre dos partes, actuando en un plano de igualdad, ante un tercero imparcial, imparcial e independiente. Alvarado Velloso, Adolfo. Introducción al estudio del derecho procesal, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. 1., 19928

⁴⁰ GOZÁINI, OSVALDO A.: El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la Magistratura Constitucional. En Cuestiones Constitucionales Núm. 7 julio-diciembre 2002 <http://www.journals.unam.mx/index.php/cuc/article/view/2061>

⁴¹ COUTURE, EDUARDO, El debido proceso como tutela de los derechos humanos, Páginas de ayer 2004-8, Sup. Esp. Páginas de Eduardo J. Couture en L.L. agosto 2008, Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo III, 53. L.L.P. octubre 2008, 1005, L.L.72, 802

⁴² ALVARADO VELLOSO A. El debido proceso... op. cit.

⁴³ El derecho a ser oído queda constitucionalizado y

afirmado como un derecho de acceso sin restricciones, postergando, en consecuencia, los repliegues de la legitimación procesal y, en todo caso, dándole cabida en la sentencia, pero nunca en la antesala del proceso. Predomina en la noción de justicia preconizada la defensa en juicio, lo que significa que ninguna persona puede ser privada de su vida, honor, libertad o propiedad, sin darle oportunidad a ser escuchada en sus razones y mediando una adecuada defensa jurídica que debe prestar un profesional abogado. Gozáini, Osvaldo. Derecho Procesal Constitucional, p.

⁴⁴ *Ibidem*, p.

⁴⁵ La Constitución Nacional en su art.16 dispone que todos los habitantes son iguales ante la Ley y en el art. 18 consagra el derecho de defensa en juicio

⁴⁶ Jofré, Graciela Dora. Violencia de género e impunidad. Perspectiva de género en la aplicación del Derecho. DF Y P, mayo 2013, 01/05/2013. 96

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ El Proyecto de Reforma al Código Civil de la Nación establece en su art. 706: «Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediatez, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad,

Justicia y Género

El derecho humano
a una vida libre de violencia
Tutela Judicial Efectiva

oralidad y acceso limitado al expediente. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la Justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables y la resolución pacífica de los conflictos. Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario...»

⁴⁹ <http://www.oas.org/es/mesecvi/docs/MESECVI-SegundoInformeHemisferico-ES.pdf>

50 Foro de Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina. IIDH. Costa Rica 2000, cit. por Lezcano, Juan M., «El elemento cultural en la Teoría General del Acceso a la Justicia.» LL. Sup. Act. 06/03/2012, 06/03/2012, 1

⁵¹ ALVARADO VELLOSO A., op. cit.

⁵² A partir de los asesinatos masivos de mujeres en Ciudad Juárez, México, se extendió el uso el concepto de femicidio (o feminicidio, que se emplean en esta presentación como sinónimos), que nació en el seno académico y que aludió inicialmente a las muertes de mujeres a consecuencia de diversas formas de discriminación. Luego su uso se fue restringiendo a la definición de los asesinatos de mujeres en razón de su género. Durán, Josefina. Derecho a... op. cit.

⁵³ Amnistía Internacional, en su reciente dictamen (marzo de 2013), en calidad de amicus curiae ante el Tribunal Superior de Justicia de Tucumán en la causa por la desaparición de Marita Verón, expresa que el diagnóstico general que comparten diversos organismos de la comunidad internacional es el tratamiento desigual y discriminatorio que reciben las mujeres por parte de los sistemas de administración de justicia. La respuesta de la Justicia para combatirlo es aún ineficiente. En estos tiempos, en los que la violencia de género reviste caracteres de pandemia con un aumento constante de feminicidios, la protección a la mujer víctima de violencia debe iniciarse desde su denuncia: creer en su palabra. El escaso valor dado al testimonio de la mujer víctima de violencia ha sido una de las cuestiones recaladas en el dictamen mencionado de Amnistía Internacional: detrás del grito silencioso inserto en cada denuncia de maltrato de una mujer cuando es madre va el padecimiento de niños, niñas y adolescentes que integran ese grupo familiar. Con ella y su denuncia se hace visible lo que en una familia se encontraba silenciado. Jofré, Graciela Dora. Violencia de género e impunidad. Perspectiva de género en la aplicación del Derecho. DF y P, mayo 2013, 01/05/2013.

⁵⁴ *Ibidem*

⁵⁵ Véase: Peyrano, Jorge W., Anotaciones provisionales a la Ley 11.529 de protección contra la violencia fami-

liar, Doc. y Jur. de Santa Fe N° 35, Sta. Fe, 1998; Medidas Autosatisfactivas y la Necesidad de su Regulación Legal, L.L. 2006-E, 949

⁵⁶ Véase Money John, Desarrollo de la sexualidad humana, Morata, Madrid, 1982; Lamas, Martha, El género: construcción cultural de la diferencia sexual, UNAM, México, 1996; Stoller, Robert Jesse, Sex and Gender, Vol. I, New York, 1968 cit. por Ossola, Alejandro, Violencia.. op. cit. Masterman Silvia, Más allá de los estereotipos de género: la inclusión de la complejidad en el abordaje de la violencia en la pareja, en La Familia en el nuevo Derecho, (A. Kemelmajer de Carlucci, Directora, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2009; Grosman Cecilia, Masterman, Silvia, Violencia en la familia. La relación de pareja, 3° de., Universidad, Bs. As., 2005; Hirigoyen Marie- France, Mujeres maltratadas. Los mecanismos de la violencia en la pareja, Paidós, Barcelona, 2006, entre otros

⁵⁷ MATTIOZZI, RAÚL LAMBERTI, SILVIO. Violencia masculina intrafamiliar. Reflexiones sobre el decreto 1011/2010, de reglamentación de la Ley 26.485, de protección integral a las mujeres. DF y P septiembre 2010, 01/09/2010, 38

⁵⁸ *Ibidem*

⁵⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos

ha dicho que el derecho de acceso a la Justicia, debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. Corte Interamericana de Derechos Humanos ~ 2012-04-27 ~ Forneron e hija c. Argentina

⁶⁰ BERGIN, HAYDÉE. Acceso a la Justicia y violencia: una deuda con los derechos de las mujeres. La Justicia en construcción... op. cit. pág. 17

⁶¹ LORENZETTI, RICARDO L. Políticas de Estado para el Poder Judicial. LL,

⁶² *Ibíd*em

⁶³ CORADI, FABIANA M. VÁZQUEZ, JULIETA. Acceso irrestricto a la jurisdicción. DJ2005-3, 1067.



DRA. LAURA RITA AMALIA PORTERO | Secretaria de Violencia Familiar del Tribunal Colegiado de Familia N° 3. Rosario.

El tratamiento judicial y de género de la violencia familiar en los tribunales rosarinos

Estas líneas tienen por objeto, dar a conocer el tratamiento que se da en la justicia santafesina a la problemática de violencia familiar en sus múltiples aspectos.

Si bien en el pasado, el Estado tenía una actitud neutral frente a la problemática, cuando comienza a inmiscuirse en el entramado familiar, lo hace desde la órbita penal presentando diversos obstáculos, ya que el juez penal era reacio a tomar medidas de fondo con el solo testimonio de la víctima, implicando una baja cantidad de condenas por carecer de prueba determinante.

Esencialmente se apuntaba a probar la configuración del delito -lesiones o amenazas-, y no a un trabajo integral con medidas de protección a las víctimas y rehabilitación de victimarios, ya que el objetivo final era el castigo, no eliminando las conductas violentas.

Ante la insuficiencia que presentaba el Derecho Penal, el tratamiento de la problemática comienza a virar hacia el fuero civil -y específicamente al fuero familiar en los distritos que estén creados-, por-

que se aborda el conflicto de una manera más integral, ya no se exige la prueba de la comisión de un delito, sino la verosimilitud del hecho dañoso, sin perjuicio de darle la opción a la víctima de poder instar la acción penal si así lo desea.

Este nuevo abordaje, es acompañado legislativamente con distintas herramientas jurídicas, dándole un marco legal al problema, que antes no existía. La primera ley de violencia familiar N°39, data del año 1992 de Tierra Del Fuego, y posteriormente se expande en las distintas provincias -en Santa Fe en año 1997, con la Ley N 11.529-.

Como corolario legislativo se dicta en el año 2009 la Ley N° 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar, Erradicar la violencia contra la mujer en el ámbito en que se desarrollen sus relaciones interpersonales.

Esta nueva Ley de Protección Integral se convierte en un instrumento rector de las políticas públicas para los distintos tipos de violencia, -incluyendo la doméstica-, al crear en el artículo 8 el Consejo Na-

cional de la Mujer el cual tiene la función de diseñar las respuestas que el Estado debe dar a las demandas de la sociedad para combatir el flagelo.

En este contexto en el año 2008, se crea en la Pcia. de Sta. Fé, una cuarta secretaria en los juzgados de familias, con competencia específica en Violencia Familiar, en el marco de un Convenio celebrado entre la Corte Provincial y la Nacional, con el objeto de concentrar la atención de las víctimas en un solo lugar y ante un único funcionario.

Posteriormente, a partir del año 2010 se suma el Gabinete Interdisciplinario especializado en la materia, integrado en la actualidad por dos Licenciadas en Trabajo Social, una Psicopedagoga, una Psicóloga, y una Psiquiatra Infante-Juvenil, que conjuntamente con los restantes efectores provinciales y municipales trabajan diariamente en las causas ingresadas.

Si bien el equipo interdisciplinario es imprescindible para abordar la problemática de una manera integrada, es necesario en la actualidad una mayor cantidad

de profesionales, pudiendo implementarse el sistema de pasantías a través de un acuerdo con las distintas universidades, otorgando una formación específica desde la perspectiva de género.

Cabe destacar además, que la atención a las víctimas es ininterrumpida, las 24 hs. todos los días del año, ya que en las horas y días inhábiles se implementa un sistema de turnos con un Juez, y Secretario del juzgado de familia, un Defensor General, y un Médico Forense, que atienden las denuncias en forma urgente.

Si bien la violencia familiar abarca tanto a hombres como a mujeres, niños, niñas y adolescentes puede erigirse como una problemática de género, ya que las mujeres soportan este conflicto, de manera desproporcionada con respecto a los hombres, -en casi un 90% de los casos recibidos en nuestras oficinas la presentantes son mujeres, con edades varias, principales víctimas de este flagelo-.

Para fundamentar esta afirmación paso a detallarles -en números- los meses de mayor flujo de denuncias ingresadas en

el año 2012 en el tribunal Colegiado de Familia N 3, donde me desempeño:

Estadísticas del Tribunal Colegiado de Familiar N° 3 de Rosario -sobre los meses del año 2012 como mayor ingreso de expedientes- en base al tipo de denunciante/ denunciando

Marzo 2012

Denunciantes / denunciados:

Mujeres c/ hombres	115
Hombres c/ hombres	4
Hombres c/ mujeres	22
Mujeres c/ mujeres	10

Septiembre 2012

Denunciantes / denunciados:

Mujeres c/ hombres	82
Hombres c/ hombres	5
Hombres c/ mujeres	12
Mujeres c/ mujeres	9
Niños	1

Noviembre 2012

Denunciantes / denunciados

Mujeres c/ hombres	78
--------------------	----

Hombres c/ hombres	6
Hombres c/ mujeres	8
Mujeres c/ mujeres	7

Diciembre 2012

Denunciantes / denunciados

Mujeres c/ hombres	113
Hombres c/ hombres	9
Hombres c/ mujeres	9
Mujeres c/ mujeres	6

Las víctimas concurren al ámbito judicial para denunciar un situación de violencia, y es tarea de nuestro equipo avocarnos exclusivamente a este tipo de pleitos, brindar una mayor contención y celeridad en el trámite, priorizar las urgencias, asegurar la reserva y la privacidad de las cuestiones denunciadas, evitar la revictimización de la persona, agilizar al adopción por parte del juez de medidas autosatisfactivas, porque es imperioso que la víctima se retire del tribunal con una respuesta concreta a la situación límite que esta viviendo.

Una vez identificados los factores de vulnerabilidad de la parte -sea denunciante o denunciada-, se trabaja también mancomunadamente con los organismos asistenciales barriales o

Justicia y Género

El tratamiento judicial y de género de la violencia familiar en los tribunales rosarinos

comunales en su caso, a los fines de brindar una contención y un seguimiento de los casos presentados.

El fenómeno es amplio y complejo, abarca tanto la violencia física, y que es abordada en forma urgente.

Cuando las víctimas llegan a nuestras secretarías, inmediatamente son examinadas por el Médico Forense, quien se comunica telefónicamente, -para una mayor celeridad- informando sobre el tipo y grado de lesiones que presenta, y posteriormente se expiden los oficios de exclusión del hogar, y/o prohibición de acercamiento del agresor al domicilio y lugares que la víctima, sus hijos menores y su grupo familiar conviviente, frecuentan con asiduidad – sea domicilio laboral, colegios o lugares de esparcimiento-.

Resalto que la violencia física, no solo se acota al maltrato corporal sino también lleva implícita la violencia psicológica, y en muchos casos la violencia sexual, que en reiteradas oportunidades no es denunciada al inicio, debido al pudor que esto genera, pero surge posteriormente, después de un abordaje mas profundo que realizamos los profesionales actuantes.

La violencia física en sus múltiples aspectos, se presenta en un 40% de los casos.

Un 60% de los casos se encuadran bajo la violencia psicológica, aquí las medidas de fondo se dilatan un tiempo más, - salvo casos que ameriten intervención urgente- ya que es necesario una serie de entrevistas, abordadas ya sea por las psicóloga, y cuando hay involucrados menores víctimas del conflicto, -que es en la mayoría de los casos - la Psiquiatra Infanto-Juvenil o Psicopedagoga, integrantes todas del Equipo Interdisciplinario.

La labor también se extiende a otros profesionales con los que trabajamos a diario como ser, el Centro de Asistencia a la Víctima de Violencia Familiar y Delitos Sexuales, cuerpo de psicólogos especialistas que funcionan en el mismo tribunal, o la Cátedra de Paidosiquiatría de la Facultad de Medicina de nuestra ciudad, que son los organismos que entienden en el mayor número de causas judiciales.

Cabe destacar, que la violencia psicológica no solamente abarca humillaciones, insultos, amenazas, sino también limitaciones a la libertad personal, o violencia de carácter patrimonial o económica.

El concepto de grupo familiar debe tomarse desde una concepción amplia; ya sea matrimonios, uniones de hecho de igual o distinto sexo, convivientes o no, familias uniparentales o ensambladas, sea hacia adultos, adultos mayores, menores o filioparentales.

Si bien se ha avanzado mucho sobre el tema, es necesario recorrer todavía un vasto camino, ya que a pesar de la importancia de la temática se carece de estadísticas generales, estadísticas nacionales o provinciales sobre la cantidad de causas existentes, particularidades de violencia, clases de denunciados, etc., y ello imposibilita una implementación de políticas públicas, no solo para tratar la problemática una vez instalada en el grupo familiar, sino fundamentalmente para prevenirla.

Seguidamente quiero dar a conocer, como aporte personal, un relevamiento estadístico que he realizado, desde el año 2000 al 2012, de la totalidad de causas ingresadas en el fuero familiar de Rosario, y el número de causas de violencia familiar, conforme datos proporcionados por la Mesa de Entrada Unica de los Colegiados de Rosario, para tener un panorama concreto de la situación:

Año 2000

Total de causas ingresadas: 6733
Causas de violencia familiar: 526

Año 2001

Total de causas ingresadas: 6893
Causas de violencia familiar: 764

Año 2002

Total de causas ingresadas: 7141
Causas de violencia familiar: 921

Año 2003

Total de causas ingresadas: 8287
Causas de violencia familiar: 1340

Año 2004

Total de causas ingresadas: 9306
Causas de violencia familiar: 1495

Año 2005

Total de causas ingresadas: 9795
Causas de violencia familiar: 1744

Año 2006

Total de causas ingresadas: 9849
Causas de violencia familiar: 1760

Año 2007

Total de causas ingresadas: 10027
Causas de violencia familiar: 1738

Año 2008

Total de causas ingresadas: 10706
Causas de violencia familiar: 2128

Año 2009

Total de causas ingresadas: 11159
Causas de violencia familiar: 2637

Año 2010

Total de causas ingresadas: 11346
Causas de violencia familiar: 3481

Año 2011

Total de causas ingresadas: 13205
Causas de violencia familiar: 4151

Año 2012

Total de causas ingresadas: 13875
Causas de violencia familiar: 4898

Año 2013 -hasta el 31 de abril-

Total de causas ingresadas: 10518
Causas de violencia familiar: 1820

Como puede reflejarse, los números hablan por sí solos, las causas por violencia ascienden en poco más de una década del 7,8%, al 36% aproximadamente, del total de causas tramitadas en los juzgados colegiados de familia.

Sumado a ello, existe una particularidad en las ferias judiciales, de acuerdo a los

número arrojados en el período estival de enero de 2010, ingresan un total de 500 causas que ameritan la habilitación de feria judicial; de las cuales 410 fueron de violencia familiar, este número ascienden en el último receso a un total de 825 causas de familia que trabajó en tribunal feriante, y 583 abordaron la problemática de la violencia intrafamiliar.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta, es la forma de presentación de las denuncias.

En un mínimo de causas -alrededor de un 5% aproximado- la presentación puede ser realizada por un tercero -ya sea integrante conviviente o no conviviente del grupo familiar, vecinos, institución escolar a la que concurren los menores, profesionales que asistieron previamente a la víctima, etc-, pero considero que es imprescindible que quien padece el problema, tenga un participación activa en el proceso, porque es necesario que haya una desición personal de la víctima para judicializar la causa, ya que si no se sostiene en el tiempo la medida otorgada, o no se somete voluntariamente a la intervención de los distintos profesionales que la asisiten, los esfuerzos por protegerla resultan infructuosos.

Justicia y Género

El tratamiento judicial y de género de la violencia familiar en los tribunales rosarinos

Distinto es, cuando los sujetos pasivos del flagelo son menores, y no existe un adulto a cargo que pueda protegerlos de la situación.

Estas causas llegan a nuestro conocimiento por presentaciones que realiza generalmente la institución escolar donde asisten, o los centros de atención familiar a los que concurren, e inmediatamente bajo el marco de la Ley Nacional N° 26.061, de Protección y Promoción Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente, se le da intervención a la Dirección Provincial del Niño, Niña y Adolescente, debiendo los jueces de familia, llevar adelante el control de legalidad de las medidas excepcionales tomadas por el organismo provincial.

En casi la totalidad de las causas que involucran a adultos de una manera directa, la presentación es personal y reservada, si bien antiguamente, se patrocinaba desde el inicio de la causa, -tarea que mayoritariamente recae sobre los Defensores Generales- desde el mes de Diciembre del año 2009 se crea la Unidad de Información y Atención a Víctimas y Denunciantes del Ministerio Público Fiscal, que comienza a tomar casi en forma exclusiva las denuncias efectuadas, y en un porcentaje ínfimo a través de letrados.

Posteriormente se remiten a la Mesa de Entradas Unica del Fuero Familia, tras lo cual se distribuyen entre los cuatro tribunales colegiados existentes en nuestra ciudad.. Sin perjuicio que las posteriores presentaciones deban realizarse con patrocinio o representante legal, ya sea del ministerio público o abogados particulares.

Seguidamente pasaré a detallar en número, y sobre los meses del año 2012 que mayor ingreso de expedientes tuvo en el tribunal colegiado de familia N°3, la modalidad de inicio de la causa.

Estadísticas del Tribunal Colegiado de Familia N°3 de Rosario -sobre los meses del año 2012 como mayor ingreso de expedientes- en base a modalidad de inicio de la causa

• Marzo 2012

Inicio por:
Unidad de Información y Atención de Víctimas y Denunciantes del Ministerio Público Fiscal: 147. Profesional: 4.

• Septiembre 2012

Inicio por:
Unidad de Información y Atención de Vícti-

mas y Denunciantes del Ministerio Público Fiscal: 103. Profesional: 5.

• Noviembre 2012

Inicio por:
Unidad de Información y Atención de Víctimas y Denunciantes del Ministerio Público Fiscal: 83. Profesional: 19.

• Diciembre 2012

Inicio por:
Unidad de Información y Atención de Víctimas y Denunciantes del Ministerio Público Fiscal: 115. Profesional: 16.

Conclusiones

Este flagelo es la expresión de una de las manifestaciones más atroces que se da precisamente por las relaciones de desigualdad entre los géneros, basándose en el abuso del poder y la dominación de varones sobre mujeres, en el fuero más íntimo de la familia, desigualdad que existió desde los tiempos más remotos y que aún en la actualidad se sigue sosteniéndose.

La violencia de género, es un fenómeno complejo, que no se supera ni con instrumentos legales, ni con el abordajes interdisciplinarios solamente, sino que debe ser acompañada por una política

social activa que sostenga a las mujeres en su decisión de exponer ante la justicia su fuero más íntimo.

Los organismos de atención a la mujer, que existen tanto a nivel nacional, como provincial, deben actuar con suficiente articulación, pero carecen actualmente de recursos suficientes, sea económicos o administrativos, para llevar adelante políticas concretas y unificadas, no solamente que tengan como eje el fortalecimiento para mujeres víctimas de abuso, sino también programas diferenciados para agresores, ya que en la ciudad hay una total precariedad de los recursos institucionales existentes en ese sentido.

El abordaje desde una perspectiva de género, debe intentar cumplir con todos los estándares internacionales de derechos humanos, y desde los primeros grados de la educación inicial, los niños deben tener un asesoramiento sobre la problemática, a los fines de evitar que se conviertan en potenciales víctimas o victimarios, repitiendo el esquema familiar, si lo vivieron desde su infancia.

Es necesario también, la capacitación permanente, la difusión y el debate entre los operadores jurídicos, funcionarios y aca-

démicos, ya que el trato ameno, la escucha activa, la reserva y la prontitud en la toma de medidas, deben ser las herramientas cotidianas a utilizar en todos los casos.

Por último, y como principal factor, es necesario garantizar el acceso inmediato a la justicia, con un patrocinio jurídico gratuito, ya que en un 80% de las causas ingresadas, las presentantes pertenecen a una clase social media-baja, no porque no exista la problemática en otros estratos sociales, sino porque no se judicializa, ya sea por vergüenza o porque puede llegarse a una solución más rápida, ya que al contar con medios económicos el agresor puede retirarse del domicilio con mayor facilidad que en las estratos más pobres, donde generalmente el tema habitacional es uno de los mayores inconvenientes, porque habitan en un mismo inmueble varias generaciones con todos los conflictos que esto puede generar.

Más aún para tener un acceso a la justicia se requiere, además el conocimiento de los derechos que le asisten y los instrumentos legales para ejercerlos; y que los tiempos de la justicia estén a tono con los tiempos de la gente, ya que un pronunciamiento tardío puede acarrear la pérdida de la vida.

Es innegable que el fenómeno crece desde principio de siglo de una manera apabullante, y ello no debe verse solamente como un aumento en la cantidad de episodios de violencia familiar, sino también como una reacción de la sociedad ante la problemática, que ya no se esconde, sino que las personas involucradas van utilizando cada vez en mayor medida, las herramientas legales para lograr una protección ■



DR. NICOLÁS FALKENBERG | Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Instrucción de la 2° Nominación. Santa Fe.

El derecho penal frente a la violencia de género

Inaplicabilidad del Instituto de la suspensión del juicio a prueba

Introducción

A través del presente comentario pretendo poner de manifiesto la imperiosa necesidad de *aggiornar* los moldes estancos que tradicionalmente integraron las canteras del fuero penal a los modernos esquemas constitucionales, cuyo imperativo exige analizar los diversos hechos objeto de investigación y juzgamiento, bajo el prisma del bloque constitucional.

A tales fines, vale señalar que contemporáneamente se ha producido una evolución en el juzgamiento penal, producto de la aplicación de diversos instrumentos internacionales y del influjo de nuevas ideas que han inspirado revolucionarias modificaciones en los Códigos de procedimientos, cuyos beneficios son invariablemente revalorizados por los diversos operadores.

Así, se ponderó la conveniencia de los sistemas acusatorios y el uso del proceso adversarial por sobre los esquemas inquisitivos; se consideró un triunfo del principio acusatorio la imposibilidad de avanzar en una investigación sin el impulso de una parte que requiera válidamente la realización de una

investigación¹, cuestión que se extiende a los diversos institutos que rigen el sistema procesal penal, tales como reconocer que la facultad de juzgar conferida por el Estado a los Tribunales de Justicia debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación² y que la falta de una acusación válida impide el desarrollo de un juicio o el dictado de una condena³. Asimismo, se profundizó en el derecho del imputado a una defensa eficaz, en la duración razonable del proceso penal⁴ y en el alcance del derecho al recurso⁵.

Esta evolución en el reconocimiento de las diversas garantías procesales ha sido el primer paso que cimenta los moldes teórico-dogmáticos que rigen el juzgamiento en materia penal, contando con un amplio consenso, toda vez que pareciera ya no existen discusiones en los diversos foros o congresos científicos que revivan el espíritu combativo, que otrora inspirara a los por entonces revolucionarios que bregaban por un cambio.

Se ha llegado a un punto en el que se tratan siempre los mismos temas y los diversos expositores revelan una verdad dogmática, que ya nadie pretende cuestionar.

Ahora bien, advierto que la realidad de los sistemas penales debe dar un segundo gran paso, que no ha de estar vinculado estrictamente con las garantías de las personas sujetas a juzgamiento, cuestión que como se dijera integró el primer paso evolutivo. Por el contrario, el avance está dado por el reconocimiento de cuestiones constitucionales, que en adelante brindarán una nueva fisonomía a los diversos esquemas -o subsistemas- de juzgamiento penal.

En este sentido, véase el moderno -y correcto- tratamiento que ha dado el máximo Tribunal de la Nación al juzgamiento de los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar al considerarlos imprescriptibles y sujetos a juzgamiento, en razón de los compromisos internacionales que rigen la materia⁶, la importancia que cabe dar a la víctima a través del reconocimiento internacional del derecho a la jurisdicción y la tutela judicial efectiva⁷, sin descartar la evolución de otros subsistemas.

Vale decir, el próximo desafío de la Justicia penal será desentrañar cuándo estamos en presencia de casos que por su naturale-

za han merecido la elevación del rango de protección a nivel Constitucional a través de la suscripción de tratados internacionales y consecuentemente, determinar las implicancias que ello debe acarrear.

Con estas breves palabras he llegado al tema que pretendo analizar y que se vincula a la relación existente entre el juzgamiento penal y una de las más antiguas manifestaciones agresivas del hombre, cual fuera la Violencia de Género, la que, si bien tradicionalmente integró las diversas figuras delictivas, ha adquirido una nueva fisonomía a partir de la singular trascendencia que cabe dar a tales casos, por el reconocimiento realizado en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional que revalorizan el objeto de tutela y que por ello exigen una especial atención.

En particular, habré de analizar un reciente decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa «Góngora»⁸, en la cual se dispuso revocar lo resuelto por la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal que, a su turno, anuló el decisorio del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 9 de la Capital Federal en cuanto recha-

zaba la solicitud de suspensión del juicio a prueba, por cuanto entendió el máximo tribunal que el hecho a juzgar era constitutivo de conductas de violencia, especialmente dirigidas contra la mujer. Ello, no sin antes pasar revista por los distintos antecedentes jurisprudenciales que datan del año 2010 sobre este tópico y que marcaron el camino que finalmente terminó de definir el máximo Tribunal de la Nación en el precedente referido.

Hacia una definición de la Violencia de Género

En primer lugar podemos decir que la Violencia de Género comprende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres, inclusive la amenaza de tales actos, la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en el ámbito privado.

En tal sentido, la IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer de Beijing, celebrada el 15 de septiembre de 1995

establece el alcance de la «violencia contra la mujer» como todo acto de violencia basado en el género, que se ha presentado históricamente como una manifestación desigual de las relaciones de poder entre hombres y mujeres, como una forma de discriminación contra la mujer y como una interpretación de obstáculos contra su pleno desarrollo.

Ha de tenerse presente que nuestro país asumió compromisos internacionales relacionados a esta temática al ratificar en 1985 por medio de la Ley 23.179 la «Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer» (CEDAW), y unos años más tarde, en 1996, hizo lo propio por medio de la Ley 24.632, respecto a la «Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer» (Convención de Belém do Pará).

Este último documento establece las obligaciones del Estado respecto de la erradicación de la violencia de género y afirma que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y limita total

o parcialmente a la mujer en el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades. Asimismo, reconoce que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, y establece que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social, y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de la vida. Define a la violencia contra la mujer, como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 1) y dispone que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prosti-

tución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo; así como, en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra (art. 2).

Por su parte, la CEDAW pone de resalto que, a pesar de los esfuerzos de los instrumentos internacionales por garantizar al hombre y a la mujer igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales y políticos; se ha comprobado que las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones. En ese orden, resalta que la discriminación contra la mujer viola los principios de igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

Asimismo, define la expresión «discrimi-

nación contra la mujer», como «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera» (art. 1). En su artículo 2, inc. a) establece que los Estados partes se comprometen a «...Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones Nacionales y en cualquier otra Legislación apropiada el principio de igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por Ley u otros medios apropiados la realización práctica de este principio. En su artículo 15 dispone que: «Los Estados partes reconocerán la igualdad con el hombre ante la Ley...»; y en el artículo 16, establece que: «Los Estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer».

Como decía anteriormente, estos instrumentos internacionales, a partir de la Reforma Constitucional de 1994, tienen

jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías enumerados en la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22 de la CN).

En igual cometido, las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, marzo de 2008) define lo que se considera violencia contra la mujer, prescribiendo que ella consiste en «...cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica» (art. 19).

A su turno, la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (B.O. 14/04/09) establece expresamente que garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y

Erradicar la Violencia contra la Mujer, entre otros, y en especial los referidos a una vida sin violencia y sin discriminaciones; a la seguridad personal; a la integridad física, psicológica, sexual, garantizando también, un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u omisión que produzcan revictimización. A su turno, en el art. 4 define qué se entiende por violencia contra las mujeres, puntualizando que 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». Por último, en el art. 5 establece y define los distintos tipos de violencia contra la mujer, dividiéndola en física, psicológica, sexual, simbólica, económica y patrimonial. Conceptualiza la violencia física como «la que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato o agresión que afecte su integridad física»

y a la violencia psicológica como aquella que «causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación, aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia, sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación». Finalmente, en su artículo 6 precisa las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, y en su artículo 16 expresamente se establece que «...los organismos del Estado (entre ellos el Poder Judicial, este agregado me pertenece) deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos

Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente Ley y en las leyes que, en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:... inc. d) A que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte... inc. i) A la amplitud probatoria para acreditar los hechos denunciados, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos...».

Derecho Penal y Violencia de Género

Señala Jorge Eduardo Buompadre que el Código Penal no suministra una definición de Violencia de Género ni tampoco nos brinda herramientas conceptuales que nos permitan lograr una respuesta unívoca para las figuras que -como veremos seguidamente- han sido incorporadas en la Legislación Penal argentina.

Este autor sostiene que la evolución legislativa del flagelo de la violencia contra la mujer, permite diferenciar dos etapas bien definidas: una primera etapa en la que se pone el acento exclusivamente en los casos

de malos tratos en el ámbito familiar y donde el punto de interés reside en el empleo de la violencia doméstica, sin ninguna distinción de género, encontrando cobijo en la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar. Por su parte, la segunda etapa representa un paso importante en la lucha contra el fenómeno de la violencia sexista, pues aparece con la sanción de la Ley 26.485, cuyo antecedente es la Convención de Belém do Pará, circunscribiendo así su arco protector exclusivamente a la mujer, instalando la problemática de Género en el centro del debate argentino, pues «*ya no basta con la presencia de un sujeto pasivo integrante de un determinado grupo familiar sino de un sujeto que ha sufrido un hecho de violencia por su pertenencia al género femenino, aun cuando este sujeto haya sido víctima de violencia desplegada en el seno de un grupo familiar*»⁹.

Coincidiendo con este autor, una tercera etapa correspondería a la incorporación de los delitos de Género al Código Penal. Ello así, pues en consonancia con los compromisos internacionales vinculados a la materia, se ha vislumbrado una evolución legislativa en las diversas ramas del Dere-

cho, no resultando ajeno a ello el ámbito penal, que para adaptarse a las exigencias internacionales ha derogado la figura del avenimiento¹⁰, como causal de extinción de la acción penal en materia de delitos sexuales, a la vez que incorporó la figura del femicidio al catálogo de agravantes de homicidio, por ser cometido contra una mujer y por su sola condición de tal¹¹.

Cabe destacar que, pese a tal liminar impulso legislativo, existen institutos dentro del Código Penal cuya aplicación a casos de Violencia de Género contraría las obligaciones internacionales vinculadas a la necesaria persecución de delitos cometidos contra las mujeres, tal el caso de la suspensión del juicio a prueba, al cual me referiré en lo sucesivo.

La suspensión del juicio a prueba frente a los casos de Violencia de Género

El instituto de la suspensión del juicio a prueba, regulado en el Título XII del Libro Primero del Código Penal, se asienta fundamentalmente en la necesidad de recurrir a alternativas sustitutivas de las re-

acciones más gravosas en los casos de delitos de menor gravedad y principalmente en la pretensión de obviar el juzgamiento de los casos de menor trascendencia penal, en pos de preservar para el juicio oral aquellos casos más graves y complejos.

La Ley establece ciertos requisitos en orden a su procedencia. Concretamente, entre otros recaudos, la oferta razonable del imputado de reparar el daño causado en la medida de sus posibilidades y su cumplimiento para la subsistencia del beneficio.

La finalidad del instituto radica precisamente en que se erige como un medio para alcanzar el empleo racional de los recursos estatales y para descongestionar el sistema penal, evitando la realización de procesos penales y el dictado de sentencias en casos que de todos modos -aun de ser condenatorias- no derivarán en la imposición de penas privativas de libertad efectivas¹².

Así, de verificarse las condiciones objetivas y subjetivas previstas para su viabilidad en el artículo 76 bis del Código Penal la consecuencia directa de ello es su concesión

y la consecuente suspensión de la realización del debate. Por tanto, en caso de cumplir el imputado con las exigencias que impone la Ley de fondo durante el tiempo de suspensión fijado por el Tribunal, la posibilidad de realización del juicio se cancela definitivamente al extinguirse la acción penal a su respecto (art. 76 ter CPen)

Ahora bien, conforme lo indicara en la introducción de este trabajo, la más actual función de la Magistratura es velar por el reconocimiento de los derechos y garantías constitucionales, y si bien en materia de violencia de género aún no se avanzó legislativamente para suprimir la posibilidad de aplicar el instituto de la suspensión del juicio a prueba en tales casos, la jurisprudencia ha comenzado con dicha labor.

La jurisprudencia frente a la Violencia de Género y la suspensión del juicio a prueba

Sin pretender agotar el análisis de fallos que hasta el momento se han ocupado de recortar la viabilidad de la suspensión del juicio a prueba en casos de Violencia

de Género, basta señalar que desde el año 2010 en adelante, diversos tribunales han comenzado a vislumbrar como impedimento para la procedencia del instituto, la circunstancia de mediar Violencia de Género en los hechos investigados por considerar que la razón de ser de este instituto resulta inconciliable con el deber que tiene el Estado de investigar y esclarecer los hechos de violencia contra la mujer y de sancionar a sus responsables.

Así, la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal rechazó un recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado contra la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 que, a su turno, resolvió no hacer lugar a la suspensión del juicio a prueba solicitado por la defensa. Allí se sostuvo que, como la Argentina aprobó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) a través de la Ley 24.632, «*el consentimiento fiscal para la suspensión del juicio a prueba debe ser ponderado por la instancia jurisdiccional en relación con las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos como los aquí considerados,*

pues estos aspectos hacen al compromiso asumido por el Estado al aprobarla. En ese marco la opinión fiscal favorable a la suspensión del juicio a prueba entra en colisión manifiesta con las obligaciones asumidas por el Estado argentino. En consecuencia, existe un óbice formal de naturaleza legal que impide al Ministerio Público disponer de la persecución penal»¹³.

En posteriores resoluciones, la Sala referida insistió en sostener el criterio de que la suspensión del juicio a prueba frente a casos de Violencia de Género constituiría una infracción a los deberes del Estado asumidos por la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará) y, por tanto, resulta este instituto inconciliable con el deber que tiene el Estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías¹⁴.

En igual criterio, la Sala I del mismo cuerpo resaltó que «no resulta viable la probation cuando el delito imputado implica un

caso de violencia de género, pues el art. 7 de la Convención de Belém do Pará -ratificado por ley 24.632- y el art. 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, traen aparejada la responsabilidad del Estado Argentino en caso de no investigar sucesos como los que se ventilan en la causa en que se imputa una actitud desplegada contra la ex pareja del imputado, con quien tiene cuatro hijos en común»¹⁵.

Por su parte, la Sala III de la Cámara rechazó el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado contra la denegación de la suspensión del juicio a prueba de un procesado acusado de los delitos de amenazas coactivas y lesiones a una mujer, es decir actos de violencia de género, por compartir la postura del fiscal en orden a que la conducta del imputado enrolaba en la violencia de género y por tanto debía hacerse hincapié en la «necesidad de la realización del juicio para escuchar con amplitud lo que ocurrió, a la búsqueda de la verdad objetiva, y que el eventual pedido de pena dependería de lo que allí ocurra no descartando que aquella pudiera ser de efectivo cumplimiento...»¹⁶.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba tuvo oportunidad de expedirse por primera vez en el año 2011 al considerar que el dictamen fiscal que se había opuesto a la concesión de la probation se construía en la necesidad de que el juicio se realice por el contexto en que sucedió el hecho y la naturaleza del mismo (violencia familiar) «es congruente con los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino con relación a los casos de violencia dirigidos a la mujer. Es que, nuestro país a través de la Ley N° 24.632 aprobó la «Convención de Belém Do Pará», que busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (...). Cabe destacar que la orientación política criminal seguida por el Fiscal de Cámara, también se encuentra en armonía con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresadas en el documento sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las América (Doc. 68, 20/1/2007)».¹⁷

El precedente «Góngora, Gabriel Arnaldo s/ causa N°14.092» de la CSJN

Siguiendo el camino pretoriano iniciado por diversos Magistrados del país, nuestro máximo Tribunal recientemente ha venido a refrendar el criterio según el cual no resulta admisible la suspensión del juicio a prueba, en aquellos casos en que mediere Violencia de Género.

En el caso, la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar al recurso deducido por la defensa del imputado y anuló el auto por el que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de la Capital Federal rechazó la solicitud de suspensión del juicio a prueba a su favor.

Para así decidir, la Cámara de Casación sostuvo -entre otros argumentos- que la obligación de sancionar aquellos ilícitos que revelen la existencia de violencia, especialmente dirigida contra la mujer en razón de su condición, no impide a los jueces la posibilidad de conceder al imputado de haberlos cometido la suspensión del juicio a prueba, prevista en el artículo 76 bis del Código Penal.

Contra dicho pronunciamiento, el Fiscal General ante ese tribunal dedujo recurso

extraordinario federal, cuya procedencia fue declarada por la Corte, revocando el pronunciamiento recurrido.

Liminarmente, la Corte precisa que el debate se centra en el alcance del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará¹⁸, no estando en crisis la calificación de los sucesos investigados como hechos de violencia contra la mujer, pues el recurrente cuestiona únicamente la posibilidad de otorgar el referido beneficio legal a hechos como los que son objeto de análisis.

Seguidamente, el Tribunal sostiene que la decisión de la casación desatiende el contexto del artículo en el que fue incluido el compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos, concretamente prevenir, sancionar, y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer (art. 7, primer párrafo de la Convención), contrariando así las pautas de interpretación del art. 31, inciso primero de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁹. Agrega que siguiendo una interpretación que vincula a los objetivos mencionados con la necesidad de establecer «un procedimiento legal justo y eficaz para la mujer» que

incluya «un juicio oportuno» (inciso f, art. 7 de la Convención), «*la norma en cuestión impone considerar que en el marco de un ordenamiento jurídico que ha incorporado al referido instrumento internacional, tal el caso de nuestro país, la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente*»²⁰.

Sostiene la Corte nacional que «*el desarrollo del debate es de trascendencia capital a efectos de posibilitar que la víctima asuma la facultad de comparecer para efectivizar «el acceso efectivo» al proceso (...) de la manera más amplia posible, en pos de hacer valer su pretensión sancionatoria*», cuestión que -a criterio del máximo Tribunal- es incompatible con el marco legal, sustantivo y procesal que regula la suspensión del proceso a prueba.

Concluye así que prescindir de la sustanciación del debate implicaría contrariar una de las obligaciones que asumió el Estado al aprobar la Convención de Belém do Pará para cumplir con los deberes de prevenir, investigar y sancionar sucesos como los allí considerados²¹.

Proyecto de Reforma al Código Penal

Cabe destacar la existencia de un proyecto de Reforma al Código Penal, que fuera presentado en el año 2012, tendiente a modificar el Código Penal con el claro objetivo de dejar establecida la prohibición de otorgar el beneficio de la suspensión del juicio a prueba (probation) en casos de Violencia de Género o violencia doméstica, el que fue girado a la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación. Concretamente, propone la modificación del artículo 76 bis²² e incorpora el artículo 76 ter²³ que establece los supuestos en los que no procederá el beneficio, entre los que se estipula, «*cuando existiese violencia de género o violencia familiar*» (inciso d).

Conclusión

Para concluir, basta resaltar que si bien la Violencia de Género ha comenzado a ocupar un lugar preponderante en la agenda legislativa y el Derecho Penal no ha sido ajeno a esta realidad, para lo cual cabe re-

cordar la derogación de la figura del avencimiento y la incorporación del femicidio, lo cierto es que, en virtud del necesario respeto a los diversos compromisos internacionales asumidos por nuestro país, el criterio que se impone como creación pretoriana es que la concesión del beneficio de suspensión del juicio a prueba, en aquellos casos en que se ventilan hechos de Violencia de Género, importa afectar las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar hechos de violencia, circunstancia que podría poner en crisis los compromisos asumidos por el Estado argentino al aprobar las Convenciones Internacionales referidas anteriormente.

Hemos visto la importante labor que en materia constitucional han venido realizando los diversos tribunales del país, lo cual ha sido ratificado recientemente por el fallo «Góngora» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como asimismo el proyecto de Ley que busca modificar el Código Penal, a fin de evitar que los imputados por Violencia de Género o violencia doméstica puedan beneficiarse con el instituto de la suspensión del juicio a prueba, no surge aislado en la arena del debate,

sino que reconoce como base los antecedentes jurisprudenciales anteriormente reseñados.

Es que aquellos casos donde se ventilan hechos de violencia contra la mujer no pueden dar lugar a una supresión de una etapa fundamental para el esclarecimiento de lo sucedido, como es la propia instancia del debate; por el contrario, debe pasarse por ella y llegarse a una resolución, ya sea de condena o absolución.

En este escenario, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha remarcado recientemente «el potencial del Poder Judicial como un sector clave en la protección de los derechos de las mujeres y el avance de la igualdad de género», como también recomendado «de forma consistente a los Estados el adoptar esfuerzos concretos y específicos para garantizar, por un lado, la universalidad del sistema interamericano de derechos humanos, y por otro, iniciativas para cumplir con las decisiones, recomendaciones y órdenes de tanto la CIDH como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) el desarrollo jurídico de estándares en el marco del sis-

tema interamericano de derechos humanos debe estar acompañado por esfuerzos de los Estados de ponerlos en práctica»²⁴.

A mayor abundamiento y de *lege ferenda*, cabe señalar que así como se ha avanzado en la necesidad de regular la prohibición de otorgar el beneficio de suspensión del juicio a prueba en casos de Violencia de Género, también resultaría de fundamental relevancia incorporar la temática en diversas cuestiones, tales como la necesidad de agilizar este tipo de procesos a través de procedimientos abreviados y ágiles, eliminando etapas innecesarias como el auto de procesamiento, previsto por los diversos códigos como auto interlocutorio necesario para poder superar la etapa instructoria. Cabe resaltar la necesaria sustanciación de estos hechos mediante juicio oral y público, situación ésta que en la provincia de Santa Fe reclama un urgente tratamiento, ante la todavía vigente aplicación del sistema escrito para esa etapa del proceso.

Ello sin descartar la posibilidad de considerar a la Violencia de Género como

circunstancia a tener en cuenta a la hora de ponderar la aplicación de la prisión preventiva, independientemente de la calificación legal de los hechos investigados, cuando éstos revisten una gravedad tal que podrían poner en riesgo la integridad física de la mujer, tal el caso de los delitos de lesiones y coacciones, que en la práctica se sustancian con el imputado en estado de libertad, situación que muchas veces facilita la reiteración de las conductas violentas ■

¹ cs «Quiroga» (Fallos: 327:5863) y su jurisprudencia consecuencial

² cs «Amodio, Héctor Luis s/ causa 5530» (Fallos: 330:2658) – voto en disidencia de los doctores Ricardo Luis Lorenzetti y Eugenio Raúl Zaffaroni. Criterio reiterado por los disidentes en «Godoy» (Fallos: 331:2827), «Perucca» (16/11/2009, EN LL2010-A, 477) y «Corbalán» (22/02/2011, en LLSup. Penal 2011-mayo-, 31)

³ cs «Tarifeño» (29/12/1989, LL 1995-B, 32). Criterio sostenido en «García» (Fallos: 317: 2043); «Catonar» (Fallos: 318: 1235) y «Cáseres» (Fallos: 320:1891); abandonado en «Marcilese» (Fallos: 325:2005) y retomado en «Mostaccio» (Fallos: 327:120)

⁴ cs «Núñez» (Fallos: 327:5095). Criterio similar en «Domínguez» (Fallos: 330:5052); «Schenone» (Fallos: 329:4248) y «Noriega» (Fallos: 330:3526); entre otros

⁵ cs «Mattei» (Fallos: 272:188); continuando con igual criterio en autos «Mozzatti» (Fallos: 300:1102), «Baliarde» (Fallos: 301:197), «Barra» (Fallos: 327:327), «Podestá» (Fallos: 329:445) y «Oliva Gerli» (del 19/10/2010), entre muchos otros. Para profundizar sobre los precedentes de la CSJN v. Pastor, Daniel R. «*El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*», ed. AD-Hoc, Buenos Aires, 1ª edición, 2002.

⁶ Corte I.D.H., caso «Herrera Ulloa vs. Costa Rica», sentencia del 02/07/2004 y cs «Casal» (Fallos: 328:3399)

⁷ Los fallos paradigmáticos dictados por la cs en torno a la aplicación de la normativa internacional sobre imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en nuestro ordenamiento jurídico, fueron iniciados con «Arancibia Clavel» (Fallos: 327:3312) y más tarde con «Simón» (Fallos: 328:2056) que declaró la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 (Punto Final) y 23.521 (Obediencia Debida), negándole a dichas normas cualquier efecto que pudiera oponerse al avance de los procesos o al juzgamiento y eventual condena de los responsables u obstaculizara las investigaciones en curso. Esta línea argumentativa fue continuada

luego en el precedente «Mazzeo» (Fallos: 330:3248) que confirma la inconstitucionalidad del indulto.

⁸ En precedentes como «Bulacio» (caso «Bulacio vs. Argentina», sentencia del 18 de septiembre de 2003), o «Bueno Alves» (caso «Bueno Alves vs. Argentina», sentencia del 11 de mayo de 2007), al igual que en «Velázquez Rodríguez» (caso «Velázquez Rodríguez vs. Honduras», sentencia del 29 de julio de 1988), la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece claramente la conexión que existe entre las obligaciones estatales de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos esos derechos (arts. 1 y 2 de la CADH), y la necesidad de investigar, esclarecer y sancionar aquellos delitos que impliquen graves violaciones a los Derechos Humanos imputables al Estado. En este sentido, en el considerando 111 de la sentencia dictada en el caso «Bulacio», la Corte expresó que «*La protección activa del derecho a la vida y de los demás derechos consagrados en la Convención Americana, se enmarca en el deber estatal de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de todas las personas bajo la jurisdicción de un Estado, y requiere que éste adopte las medidas necesarias para castigar la privación de la vida y otras violaciones a los derechos humanos, así como para prevenir que se vulnere alguno de estos derechos por parte de sus propias fuerzas de seguridad o de terceros que actúen con su aquiescencia*».

⁹ CS «Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092», del 23/04/2013

¹⁰ Buompadre, Jorge Eduardo, «Los delitos de género en la Reforma Penal (Ley No 26.791)». Publicado en Revista Pensamiento Penal, Edición 152 – 04/02/13

¹¹ La Ley 26.738 (B.O. 07/04/2012) derogó la figura del avenimiento, sustituyendo el artículo 132 del Código Penal por el siguiente texto: Artículo 132: En los delitos previstos en los artículos 119: 1o, 2o, 3er párrafos, 120: 1er párrafo, y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas. Dicho cambio legislativo se sustentó precisamente en la cuestión vinculada a la problemática de Género, la que fue plasmada en los fundamentos del proyecto de Ley finalmente sancionado y promulgado. La jurisprudencia se ha hecho eco de ello y ha denegado el beneficio de suspensión del juicio a prueba en estos casos, pues si bien se entiende que «*al desaparecer la figura del avenimiento específicamente prevista para determinados delitos sexuales y la procedencia de la suspensión del juicio a prueba queda reconducida a la norma general del artículo 76 bis. Sin embargo, en tanto ha variado el marco supranacional ya referido, la aplicabilidad de la probation debe ser analizada a la luz de las obligaciones internacionales dirigidas*

a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, como así también las que protegen al niño de todo abuso físico y mental» (Sala Penal del Tribunal Superior de Córdoba, 25/07/2012 «P., M. de los A. p.s.a. Abuso sexual simple- Recurso de Casación»)

¹² Ley 26.791 (B.O. 14/12/2012) sustituye los incisos 1° y 4° del artículo 80 del Código Penal que quedaron redactados de la siguiente forma: Artículo 80: Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 1°. A su ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge, o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediare o no convivencia. 4°. Por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión. Asimismo, incorporó en los incisos 11 y 12 del artículo referido, los siguientes textos: 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género. 12. Con el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que se mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inciso 1°. Por último, sustituye el artículo 80 in fine del Código Penal, el cual quedó redactado de la siguiente manera: Cuando en el caso del inciso 1° de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el Juez podrá aplicar prisión o reclusión de ocho (8) a veinticinco (25) años. Esto no será aplicable a quien anteriormente hubiera rea-

lizado actos de violencia contra la mujer víctima. En cuanto a la constitucionalidad de las agravantes de Género por eventual afectación de los principios de igualdad y culpabilidad, ver Laurenzo, Patricia: «*El Derecho Penal frente a la violencia de género*». R. EMERJ, Río de Janeiro, v. 15, N° 57, año 2012, págs. 142/154

¹³ CSJSF «Palazzesi» (A Y S T 244 P 287-293)

¹⁴ CFCP (Sala II) «Ortega, René Vicente s/recurso de casación», reg. 17.700, del 07/12/2010

¹⁵ v. CFCP (Sala II) «Calle Aliaga s/recurso de casación», reg. 17632, 30/11/2010

¹⁶ CFCP (Sala I) «Sosa, Ramón Norberto s/recurso de casación», reg. 19201, del 14/02/2012. En igual sentido, «Serrano Gallardo, Eduardo Nicolás s/recurso de casación». Reg. 20341, del 7/11/2012

¹⁷ CFCP (Sala III) «Bonelli, Rubén Daniel s/Recurso de Casación», reg. 612/2013, del 30/04/2013. En la misma línea de fundamento, »Meza, Marco Antonio s/recurso de casación», reg. 588/2013, del 26/04/2013

¹⁸ TSJ de Córdoba, Sala Penal, «Guzmán», STC. N° 239, 31/08/2011. Criterio reiterado en «P,

L.L. p.s.a. Coacción calificada- Recurso de casación», STC. No 336, 06/12/2012.

¹⁹ Artículo 7. «Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:...b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer;...f. establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos».

²⁰ En cuanto establece que «I. Un tratado deberá interpretarse de buena conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin»

²¹ Considerando 7

²² Cabe destacar que el doctor Eugenio R. Zaffaroni compartió los fundamentos expuestos por el Procurador Fiscal en orden a que la oposición del Fiscal es vinculante para el otorgamiento del beneficio, no expidiéndose respecto a la interpretación y alcance del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará.

²³ «ARTICULO 76 bis.- El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba. En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años. Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El Juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente. Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio. Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente. El imputado deberá abandonar en favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena».

²⁴ «ARTICULO 76 ter.- El beneficio de la suspensión del juicio a prueba no procederá en los siguientes casos: a) cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito. b) cuando los delitos de que se tratare fueran reprimidos con pena de inhabilitación. c) cuando fueran ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. d) cuando existiese violencia de género o violencia familiar».

²⁵ CIDH, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 de enero de 2007.



DR. GUILLERMO CORBELLA | Fiscal a cargo de la Unidad de Investigación y Atención de Víctimas y Denunciantes del Ministerio Público Fiscal. Rosario.

Contribución para el cambio

Estrategias para mejorar la respuesta en los casos de trata de personas con fines de explotación sexual

1) Son factores condicionantes que favorecen la trata de personas con fines de explotación sexual y/o impiden su adecuado tratamiento, aquellos elementos en común, interrelacionados, que inciden en la predisposición de la víctima a caer en la de trata, a saber: *la escasez de recursos económicos, la inexistencia de oportunidades y la falta de soportes emocionales*. Entiendo que los dos primeros están ligados directamente a la existencia de un proceso de exclusión social registrado en los altos índices de desempleo y trabajo inestable, de deserción escolar, de desnutrición, de violencia, el cual encuentra su punto más frágil y vulnerable en los niños, niñas y adolescentes, no sólo por la situación de indefensión, sino también porque aún no han completado su desarrollo físico e intelectual que les permita tener opciones para salir de la miseria, y por lo cual termina condicionando sus expectativas de vida. Las estadísticas del INDEC (Instituto Nacional de Estadística y Censos) revelan que el 60% de los menores de 14 años de la Argentina vive en hogares pobres. Y son esos mismos menores los que deben salir a la calle a pelear para sobrevivir. La situación violenta de la pobreza extrema, donde hay padres que no pueden garantizar la educación, la salud, la alimentación de sus hijos –problema generado en el seno social- y los fenómenos

de exclusión, son los que dan lugar a una población cada vez más marginal con altos índices de desocupación, sin oportunidades de desarrollar un oficio ante la falta de instrucción adecuada, generadora de inseguridad y de más violencia. Los números manejados por la UFASE a partir de los casos en los que intervino desde la sanción de la ley 26364, indican que el 98% de las víctimas de trata para explotación sexual en la Argentina son mujeres y el 27% de ellas menores de edad. En ese marco es donde se evidencian las prácticas más o menos encubiertas de victimización sin tener conciencia de esta situación, ya sea a través de la seducción y tácticas amistosas que introducen a estas personas desvalidas –muchas de ellas mujeres extranjeras o argentinas que fueron trasladadas desde sus provincias de origen, en el sub mundo de la prostitución y explotación sexual, teniendo como modalidad comisiva las falsas ofertas de trabajos precarios ubicados lejos del domicilio de las afectadas; como las otras de carácter violento, intimidatorio, coaccionante, fraudulento, que convierten a la víctima en un verdadero sujeto pasivo de un delito, con prácticas de sometimiento como el endeudamiento, las amenazas, apropiación de documentos, el encierro y una serie de limitaciones a su libertad. En cuanto a la falta de soportes emocionales

depende del contexto familiar o relaciones afectivas con que cuente la persona.

2) Desde la Unidad de Información y atención de víctimas y denunciantes del Ministerio Público Fiscal, que se encuentra a mi cargo, se actúa a partir del conocimiento de conductas que prima facie tipificaran como delitos conexos a la trata de personas, que son los vinculados con la facilitación, promoción y explotación de la prostitución ajena, arts. 89, 90, 91, 125 bis, 126, 127, y art. 15 y 17 de la ley 12.331, conocimiento al que se llega por denuncias que se recepcionan en la Fiscalía e inclusive a través de denuncias anónimas. Que de esta manera se da cumplimiento a los lineamientos trazados en el Protocolo de Actuación del Consejo Federal de Política Criminal de la República Argentina, buscando concretar la elaboración de una línea de acción armónica y unívoca desde el rol reglamentario que compete a la Fiscalía con miras a obtener más allá de la judicialización, investigación y penalización de conductas ilícitas, una actitud colaborativa tendiente a la erradicación de estas prácticas y que a la vez desaliente la instalación de las mismas en la provincia de Santa Fe, además de dar protección y contención a las víctimas. Cabe señalar que la República Argentina se ha obligado, mediante la ratifi-

cación de tratados, a castigar la explotación de la prostitución ajena en todas sus formas, desconociendo incluso el consentimiento de la víctima, surgiendo como fundamental la Convención contra la trata de personas y explotación de la prostitución ajena, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas en diciembre de 1949, ratificada por decreto ley 11.925 y posteriormente por las leyes 14.467 y 15.768. Bajo estos lineamientos la Procuración General de la Corte Suprema de Justicia dictó una instrucción para todos los Fiscales en el mes de octubre de 2009, instando a que impulsen proactivamente las investigaciones de los delitos conexos a la trata de personas, ya enumerados, con las siguientes estrategias de acción: 1) *atender a todo lo relacionado con la ausencia (por acción u omisión) de controles administrativos lo que también habrá de ser perseguido y reprimido en orden al incumplimiento de los deberes de funcionario público, encubrimiento o grado alguno de participación criminal en las conductas antes señaladas;* 2) *exigir información y colaboración de los organismos públicos nacionales, provinciales y municipales;* 3) *actuar de oficio en la verificación de actividades que se desarrollen en locales y establecimientos nocturnos habilitados para funcionar como wiskerías, boites, cabarets,*

etc. y toda otra actividad que pueda merecer sospecha de que se trata de casas de lenocinio o que se ofrece intermediación para dicha actividad, solicitando para ello a los jueces competentes ordenes de allanamiento a fin de constatar la existencia de personas que se encuentren en situación de víctima de los delitos antes aludidos (ley 12.331); 4) *actuación diligente y flexible del Ministerio Público Fiscal para que sea eficaz la intervención que le corresponde, debiendo mantener los fiscales una fluida, constante y reservada comunicación entre sí con el objeto de compartir información y establecer estrategias de actuación eficaces.*

Concretamente, ante un caso que eventualmente podría derivar en la calificación de los hechos como conductas encuadrables en los art. 145 bis y 145 ter del C. Penal y siempre teniendo como principio rector que el «consentimiento de la víctima» no opere como un obstáculo para el avance de las investigaciones, ya que ese consentimiento suele ser dado por personas en situación de vulnerabilidad, en las que se conjugan factores como la pobreza, la condición de mujer y de inmigrante, desde esta Unidad Fiscal de recepción de denuncias se actúa requiriendo la instrucción de sumario y el

diligenciamiento de medidas de investigación: 1) Dando intervención a personal policial capacitado (División Judiciales de la UR II) a fin de que identifique el domicilio que se menciona como sospechado de funcionar como casa de prostitución, y realice una discreta vigilancia tendiente a establecer quienes son sus moradores, personas que lo frecuentan, horarios y actividad que se realiza en el mismo; 2) Librando oficio al Registro General de la Propiedad Inmueble para que informe quien es el titular dominial. Asimismo requiriendo de Telecom SA informe si existe línea telefónica fija que corresponde a ese domicilio y en su caso los datos de identidad del titular, y los movimientos de llamadas entrantes y salientes por determinado período; 3) Solicitando ordenes de allanamiento y registro domiciliario a fin de constatar y en su caso secuestrar elementos que acrediten los extremos contemplados en la ley 12.331. De comprobarse alguna posible infracción a las normas tipificadas en los arts 145 bis y 145 ter. del CP se dará inmediata intervención al Juzgado Federal en turno remitiendo copia de los actuados. Todas estas medidas se realizan con conocimiento y posterior intervención del Fiscal que en definitiva corresponderá en definitiva ejercer la acción penal pública ■



Una realidad desafiante

DRA. MARCELA DE LUCA | Defensora General de Cámaras. Rosario.

«...Lo que atormenta al cliente y lo impulsa a pedir ayuda es la enemistad. Ya las causas civiles, pero sobre todo las causas penales, son fenómenos de enemistad...»

FRANCESCO CARNELUTTI*

La Defensa Pública Oficial constituye hoy uno de los pilares más importantes en la prestación del servicio que debe ofrecer la administración de Justicia.

El objeto de su función se centra, fundamentalmente, en asistir y asesorar técnica y jurídicamente a los más necesitados en cuestiones de índole civil, como también a aquellos que -expuestos a la violencia ejercida por el Estado, materializada en medidas de privación de la libertad, o por imputárseles algún delito- puedan contar, en forma gratuita, con la presencia de un asesor letrado que, desde los inicios del proceso, defienda sus derechos en todas las instancias.

Esto demuestra la delicada materia que aborda la Defensa pública, puesto que su esfuerzo está dirigido de manera directa a proteger y garantizar de forma efectiva los derechos y garantías que poseen todo los ciudadanos y que le son reconocidos por la

Constitución Nacional y los Pactos internacionales al que nuestro país adhiere.

Los tiempos han cambiado y los estándares de defensa también. Las exigencias son mayores, lo que coloca a la Defensa pública frente a nuevos desafíos, no sólo por el caudal de trabajo que ha ido creciendo exponencialmente en los últimos años, sino también por las situaciones críticas que llegan a las puertas de nuestras Defensorías.

Lamentablemente, cada vez más frecuentes son los casos que se atienden sobre maltrato y violaciones infantiles, violencia de Género, personas en estado de abandono, sin familiar a quien acudir; personas privadas de la libertad, que padecen enfermedades venéreas, tuberculosis o lepra -que la mayoría de la sociedad considera, de manera errada, que fueron erradicadas-; detenidos que viven en penales o comisarías inhabitables y

que no cuentan con recursos suficientes para el mantenimiento edilicio ni de los internos que se encuentran habitando en ellos, sumado al problema de hacinamiento que es, sin más, el reflejo del aumento en la actividad delictiva.

Frente a estas situaciones y al momento de crisis por la que atraviesa nuestra sociedad que, desgraciadamente repercute -con mayor ruido- en las personas que acuden a las Defensorías, nuestros defensores asumen el compromiso de brindar el mejor servicio de Defensa dentro de las razonables posibilidades.

La demandante situación social, el alto grado de pobreza y de indigencia que padece la sociedad, sumado al incremento en el tráfico y consumo de sustancias psicotrópicas entre las clases sociales más postergadas, que propician la caída al delito, hace que los imputados por causas penales sean en mayor pro-

porción las personas de bajos recursos, estrato social que casi sin excepción son atendidos por la defensa pública.

El incremento de causas fue inmenso, tanto a nivel civil como penal. Sólo para brindar ejemplos actuales, puedo decir que, en materia penal, en el año 2011 hubo un total de ocho mil ochocientos treinta y siete causas atendidas, mientras que en el transcurso del año 2012 se atendió un total de diez mil novecientos cuarenta y dos causas.

Para mayor abundamiento en el cuadro de la derecha expuesto, se grafica la cantidad de causas a las que se avocan tan sólo las Defensorías penales, y el marcado aumento de dicho número, año tras año.

Los recursos con los que cuenta la Defensa Pública Oficial

La situación de las Defensorías Penales

Disponen Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad: el acompañamiento de la Defensa a la persona en estado de vulnerabilidad, tanto en el ámbito de la asistencia legal -brindando una adecuada consulta jurídica en toda cuestión suscep-

AÑO 2011	DEF.6	DEF.7	DEF.8	DEF.9	DEF.10	DEF.11	TOTAL MENSUAL
FEBRERO	161	99	113	147	136	194	850
MARZO	130	102	100	151	136	152	771
ABRIL	135	113	137	134	142	157	818
MAYO	149	165	145	171	165	181	976
JUNIO	145	124	135	170	163	170	907
1ER.SEM.	0	0	0	0	0	0	
JULIO	77	62	86	94	89	65	473
AGOSTO	144	113	137	126	131	101	752
SEPTIEMBRE	178	111	128	150	161	194	922
OCTUBRE	152	87	158	123	152	145	817
NOVIEMBRE	112	76	131	127	140	111	697
DICIEMBRE	139	118	166	129	167	135	854
TOTAL ANUAL	1522	1170	1436	1522	1582	1605	8837

AÑO 2012	DEF.6	DEF.7	DEF.8	DEF.9	DEF.10	DEF.11	TOTAL MENSUAL
FEBRERO	140	123	175	112	141	141	832
MARZO	210	186	252	185	206	186	1225
ABRIL	192	139	142	125	178	149	925
MAYO	232	148	186	150	187	196	1099
JUNIO	192	122	181	140	130	164	929
1ER.SEM.	0	0	0	0	0	0	
JULIO	100	85	79	66	63	117	510
AGOSTO	235	184	171	151	188	210	1139
SEPTIEMBRE	168	143	183	116	186	165	961
OCTUBRE	171	158	176	148	200	187	1040
NOVIEMBRE	222	198	170	157	196	165	1108
DICIEMBRE	224	166	187	176	227	194	1174
2DO.SEM.	0	0	0	0	0	0	
TOTAL ANUAL	2086	1652	1902	1526	1902	1874	10942

Por los Fueros

Una realidad desafiante

tible de vulnerabilidad-, en el ámbito de la Defensa, defendiendo derechos en todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales, y en el ámbito de la asistencia Letrada al detenido (*regla 28*).

En este marco de asistencia, cabe destacar que la Defensa Penal Pública cuenta actualmente en Rosario, con tan sólo seis Defensores penales y seis empleados, sumado al hecho de estar a cargo de las causas que tramitan ante el Juzgado de Ejecución y con el agravante de que, en localidades pertenecientes a la Circunscripción No 2 como Villa Constitución, Casilda, Melincué, San Lorenzo, Venado Tuerto y Cañada de Gómez sólo cuentan con un defensor, ejerciendo una doble función, tanto en materia Civil como Penal.

Es importante resaltar que, desde los veinticuatro años que han transcurrido desde el desdoblamiento de la Defensa pública en Rosario entre Defensores Civiles y Penales (ocurrido en el año 1987), no ha habido ninguna incorporación o aumento en lo que hace a la cantidad de Defensorías penales, ni en lo relativo al número de Defensores, ni en relación al número de empleados asignados a las Defensorías penales; sólo en este último tiempo se incorporaron pasantes a cada una de las Defensorías para paliar el dé-

ficit de recursos humanos que necesita la función defensorista.

El carácter anacrónico de la cantidad de integrantes que componen la Defensa Pública en nuestra ciudad se vuelve todavía más evidente si efectuamos una comparación con la cantidad de cargos previstos para funcionarios y empleados del Nuevo Sistema Penal.

Dispone la Ley 13.014, para el Distrito Judicial de Rosario, ocho Defensores Públicos y veintiséis Defensores Públicos Adjuduntos, lo que da un total de treinta y cuatro Defensores solamente para la ciudad de Rosario (Ley 13.014); cinco veces más de la cantidad de Defensores actuales.

Desde el año 2005 al año 2012 hubo un aumento superior al 52% en la cantidad de público asistido por las Defensorías; ello sin contar los imputados privados de la libertad, cuyo número también se vio incrementado.

A esto hay que agregar que el período de transición por el que transitamos, con la finalidad de abandonar un paradigma de enjuiciamiento penal de base inquisitiva, a otro de marcada tendencia acusatoria, trajo aparejado nuevas exigencias para la actividad defensorista, tales como: exigencia

de la presencia real del Defensor, con el consiguiente deber de asistir a toda declaración indagatoria que preste cualquiera de sus representados; obligación de entrevistarlo con anterioridad a dicho acto; audiencias de mediación, de probation; los juicios abreviados; las conclusiones y las diversas medidas probatorias, como reconocimiento de rueda de personas o careos.

Todo esto se afronta con el mismo número de defensores del que disponía el sistema de enjuiciamiento de la Ley 6.740.

No es difícil deducir que, con el número de defensores con los que se cuenta en la actualidad y el número de causas señaladas más arriba, el trabajo de las Defensorías penales termina siendo desproporcionado frente a los treinta y siete Juzgados penales que cuentan con siete empleados cada uno, además de los practicantes y pasantes que pueden tener asignados, todo lo cual incurre en una flagrante violación al principio de igualdad de armas del que hablan los Tratados internacionales y que pregona el Nuevo Sistema Penal.

La situación en las Defensorías civiles

Los defensores civiles tienen -en relación a nuestra Ley- una amplia competencia, a saber:

- **Poseen una doble función:** como abogados de parte y como representantes promiscuos
- **Son abogados de parte** para las personas en condiciones de vulnerabilidad en el fuero civil, con carencias de recursos económicos; en concreto, intervienen en los asuntos judiciales o extrajudiciales que se relacionen con la persona o con intereses de menores incapaces, ausentes o pobres, a fin de asumir la defensa de sus derechos en todas las instancias.
- **Intervienen de forma promiscua:** representan a los incapaces como parte legítima y esencial de todo asunto de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en la que los incapaces demanden o sean demandados, so pena de nulidad del acto, de conformidad con el artículo 59 del Código Civil.
- **Actúan como conciliadores.**
- **Intervienen ante el Fuero Civil y Comercial,** como parte esencial en todos los asuntos contenciosos o voluntarios que se relacionen con menores, incapaces o ausentes.
- **Se constituyen como curadores ad litem cuando fuere necesario.**
- **Solicitan medidas de internación.**
- **Asumen las obligaciones del defensor del niño:** a veces, ante la ausencia del cargo, corresponde a los Defensores civiles la competencia asignada por Ley 23.061 al Defensor de los Derechos de

las Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 47 a 64), hasta su regulación definitiva en el ordenamiento provincial (que adhiriera al régimen de la Ley N° 23.061 por Ley provincial N° 12.967, y por disposición también del artículo 145 inc. 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial), cuando puedan existir intereses distintos del niño con sus representantes legales y/o presentantes

- **Escuchan a los menores** (art. 24, Ley 26.061)
- **Tienen asignados turnos semanales para los casos de urgencia.**
- **Intervienen en todos los casos de violencia de género contra mujeres,** por disposición de la Ley de Protección Integral de las Mujeres (Ley N° 26.485).

Esa amplia competencia de los Defensores civiles comprende, entre otros, una multiplicidad de trámites, tales como:

- adopciones
- alimentos y litis expensas
- amparos
- acciones de *hábeas data*
- apremios
- trámites para cremaciones
- curadurías *ad litem*
- daños y perjuicios
- declaratorias de herederos
- declaratorias de pobreza
- causas por cobro de pesos y desalojos:

en ambos casos, la cantidad se ha incrementado por la situación económica existente

- divorcios de carácter contencioso
- divorcio por presentación conjunta
- filiaciones
- guardas
- homologaciones
- inscripciones tardías
- internaciones psiquiátricas
- liquidaciones de sociedades conyugales
- trámites por pérdida o suspensión de la patria potestad
- protección de persona
- rectificación de partidas
- régimen de visitas
- reintegro de menores
- separaciones contenciosas
- informaciones sumarias para diversos fines
- tenencias, tutelas y curatelas
- tutorías especiales
- venias,
- dispensas
- causas por violencia familiar

Compulsados los datos que aporta la Mesa de Entradas Unica de Defensorías Civiles se observa que los Defensores deben concurrir, en promedio, a unas mil audiencias al año, número elevado, pero que es concordante con el número de causas y seguimientos atendidos en el lapso de un año, tal como mostramos a continuación: *(Cuadro 1)*

Por los Fueros

Una realidad desafiante

CUADRO 1 DEFENSA CIVILES			
PERÍODO: 01/02/2012 AL 24/10/2012			
DEFENSORA	CAUSAS ATENDIDAS	SEGUIMIENTOS ATENDIDOS	FICHA INGRESADA
DEFENSORÍA N° 1	1604	5048	1997
DEFENSORÍA N° 2	1680	6401	2057
DEFENSORÍA N° 3	1512	6001	2020
DEFENSORÍA N° 4	1722	6218	2010
DEFENSORÍA N° 5	1619	5876	2104
TOTALES	8137	29544	10188

CUADRO 2 CANTIDAD DE PERSONAS ATENDIDAS POR LAS DEFENSORÍAS CIVILES DE ROSARIO	
PERÍODO: 01/02/2013 AL 23/04/2013	
Personas atendidas por primera vez	3.062
Personas en seguimiento de causas	9.722
Total de personas atendidas durante el periodo (del 1º de Febrero al 23 de Abril del corriente):	12.784

CUADRO 3 CANTIDAD DE PERSONAS ATENDIDAS POR LAS DEFENSORIAS CIVILES DE ROSARIO	
PERÍODO: 01/01/2012 AL 31/12/2012	
Personas atendidas por primera vez en el año 2012	10.027
Personas en seguimiento de causas iniciadas con anterioridad	39.716
Total de personas anotadas para ser atendidas por las defensorias civiles de rosario durante el año 2012	49.743

Sin ir más lejos, en lo que va del año 2013, la cantidad de personas atendidas es la siguiente (Cuadro 2):

En función de ello, podemos deducir que las Defensorías Civiles están atendiendo alrededor de cuatro mil trescientas (4.300) personas por mes.

De un año calendario completo, contamos con la información de 2012, en el que, siguiendo el mismo criterio del cuadro anterior, confeccionamos el siguiente, que muestra a las claras el ingente caudal de trabajo y la cantidad de público que pasa por las Defensorías (Cuadro 3):

No obstante, y más allá de la información numérica que podamos reunir, siempre resta contemplar -y es justo reconocerlo- un remanente de actividad que no queda cristalizada en ningún registro, tal es el caso de la función de nexos e interrelación que cumplen las Defensorías civiles con los otros Poderes del Estado y con entes de carácter administrativo (Dirección de la Vivienda, Subsecretaría de la Niñez, entre muchos otros) u organizaciones intermedias, siendo a menudo el primer vínculo que tienen los más vulnerables para orientar sus pretensiones, dentro de la compleja estructura estatal.

Además cabe mencionar que, impulsado por la apremiante realidad económica por la que atraviesa nuestra sociedad, también se asiste a un número importante de personas que, por contar con sueldos mínimos que no llegan a cubrir sus necesidades básicas, mal pueden buscar letrados particulares que los asistan y pagar los costosos trámites judiciales. De esta manera se derrota a una de las barreras más frecuentes para el acceso a la Justicia, por los altos costos que encierran los asuntos judiciales.

Sin perjuicio de esto y del caudal de funciones que detentan las Defensorías civiles, también -en los últimos tiempos- intervienen y asisten a este grupo de personas en asuntos tales como los desalojos masivos, cobros de pesos, reclamos de daños, etcétera.

Este cúmulo de tareas y trabajo, se reparte sólo entre cinco Defensorías civiles, número que se mantiene desde hace treinta años, ya que desde su creación no fueron modificadas ni en número ni en composición, a partir de lo cual los operadores deben multiplicar sus esfuerzos para dar acabado cumplimiento de sus funciones y obtener una tutela legal efectiva de los derechos de los más necesitados, de cara a las *Reglas de Brasilia*.

Es innegable *la función social* que día a día desempeñan estas Defensorías civiles y la dedicación que tienen cada uno de los funcionarios que las componen.

La situación de las Defensorías Zonales

A esa función social, las Defensorías civiles hoy la comparten con las Defensorías zonales, que se erigen ya como pruebas cabales de una descentralización exitosa al lograr acercar la Justicia al más vulnerable, ya no en la sede tribunalicia sino allí donde el más vulnerable tiene su centro de vida, gracias a la loable actividad de los Defensores zonales que con gran vocación ejercen su función en territorios carenciados, marcados por la pobreza y aun por la miseria, volviendo accesible el servicio a personas que de otro modo no tendrían posibilidad de tenerlo, patrocinando judicialmente ciertos asuntos de jurisdicción voluntaria.

Originadas por la Resolución N° 30 de la Procuración General de la Excm. Corte Suprema de Justicia, de fecha 22 de Octubre de 1996, las Defensorías Generales Zonales están autorizadas «a patrocinar judicialmente trámites relativos a: declaración y cesación de incapacidad; declaración de ausencia con presunción de fallecimien-

to; declaración de simple ausencia; nombramiento y remoción de tutor o curador; autorización para contraer matrimonio; sumaria información; rectificación de partidas e inscripción tardía de nacimiento» (art. 1°). Por su parte, la Resolución N° 22, de fecha 30 de Noviembre de 2009, ahonda en las competencias de las Defensorías zonales incluyendo: «1) Declaratoria de Herederos con fines previsionales o para transferencia de viviendas sociales. 2) Separación Personal por presentación conjunta (art. 205 del CC). 3) Divorcio vincular por presentación conjunta (art. 215 del CC). 4) Separación de Hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse (art. 214, inc. 2° del CC). 5) Solicitud de Homologación judicial de convenios (art. 2°)»; debiendo cesar de inmediato su intervención si se planteara litigio, siendo reemplazados los Defensores zonales por el correspondiente Defensor General con asiento en los Tribunales (art. 3°).

Tomar los resultados arrojados por los datos relevados por una única Defensoría nos permite apreciar su actividad como también el caudal de trabajo que registran estas Defensorías (*Cuadro 4*):

Por los Fueros

Una realidad desafiante

CUADRO 4		DEFENSORÍA ZONAL N° 4 - AÑO 2012
MANIFESTACIONES DE POBREZA		360
MEMORIALES remitidos a las Defensorías Generales con sede en Tribunales		69
CONSULTAS SOBRE CUESTIONES JURIDICAS		
a) Civiles	1526	
b) Penales	4	
c) Previsionales	7	
d) de Faltas	1	
e) Laborales	3	
f) comunicaciones Ley 11.529	1	
g) otros	10	
Rubros principales		
Tenencia, Visitas y Alimentos	59	
Filiación	4	
Protección de persona	3	
Consultas sobre temas relacionados a trámites del Registro Civil		441
Total de consultas evacuadas		1.963
Audiencias efectivamente realizadas		636
Cantidad total de escritos (patrocinando asuntos de jurisdicción voluntaria)		815
Cantidad de actas labradas		107
Legajos confeccionados durante el año bajo análisis		113

Reflexión final

Desde siempre, la tarea de la Defensa pública fue y sigue siendo silenciosa, paciente y firme, sin tener un marcado significado dentro de los estamentos judiciales.

Sin embargo, la labor y función que cumplen cada uno de los funcionarios que detentan el cargo de Defensor, denota un compromiso y una profunda vocación por los más necesitados. Su actividad dedicada importa una lucha permanente por conseguir el respeto de los derechos humanos y sociales tales como, derecho a la vivienda, a la salud, a la educación, al acceso a la Justicia, entre otros.

Esta tarea titánica es asumida diariamente por los Defensores y ha sido reconocida en los distintos Foros y en especial por aquellos Tribunales de Familia que certifican expresamente la entrega colectiva que poseen quienes representan a los más vulnerables.

Todo lo expresado precedentemente refleja de manera acabada el inmenso espectro que, a nivel jurídico y social, cubren las Defensorías Civiles, Penales y Zonales en las funciones que les son propias y que desarrollan cotidianamente, con la finalidad que se cumplan los derechos y garantías

constitucionales y los estándares internacionales en favor de los más vulnerables, de manera de hacer efectivo el ejercicio de esos derechos frente a los Poderes del Estado, y de las sociedades intermedias que lo conforman.

Entiendo que la Defensa pública se siente llamada a cubrir o a dar respuestas a un prolífero número de problemáticas de neto carácter social, que de ordinario deberían haber encontrado respuestas en otros Poderes del Estado, en la protección de la Ley y en el amparo de la Administración.

Hoy la Defensa Pública no sólo cuenta con la finalidad de brindar a las personas en condición de vulnerabilidad una defensa técnica, real y efectiva de sus derechos, sino que también acompaña y escucha.

Parafraseando a Francesco Carnelutti: «...El protagonismo del defensor, es el de socorrer a aquellos que se presentan ante la sociedad enemistado...»

De esta manera el rol que desempeñan las Defensorías es más importante que el que desempeñaba en sus orígenes porque no sólo tutela los derechos constitucionales de las personas vulnerables sino que, hoy por hoy, cumple una función social de inestimable valor ■



Obligación de informar de Jueces y Fiscales, publicidad de las audiencias

DR. ADOLFO PRUNOTTO LABORDE | Juez de la Cámara de Apelación en lo Penal, Sala II, Rosario.

1. Introducción. Democracia o Autoritarismo.

Lo primero que debemos preguntarnos es si queremos vivir en una sociedad democrática, constitucional y respetuosa de los derechos humanos o si queremos vivir en una sociedad autoritaria; la respuesta que demos condicionará el entendimiento del tema a desarrollar.

Para ello podemos válidamente recurrir al siguiente cuadro comparativo. *(Derecha)*.

La comparación que hemos desarrollado¹ parte de la premisa de dos Estados en su concepción pura; la historia, no obstante, nos enseña que no se dan en su forma pura, sino que se mezclan, siendo la preponderancia de uno o de otro lo que nos llevará con diversos matices a una democracia respetuosa de los derechos humanos, a una dictadura del proletariado, o a un Estado fascista.

Pero la postura que adoptemos, en el diario ejercicio de nuestras profesiones o nuestros roles, nos conducirá a una u otra y nos per-

ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO	ESTADO DE POLICIA o ESTADO AUTORITARIO
• Tiene y respeta una Constitución	• No tiene o no la respeta
• Decisiones de los representantes del pueblo	• Decisiones del gobernante
• La mayoría decide lo que es bueno con respeto de las minorías	• Un grupo decide lo que es bueno
• Reglas permanentes	• Decisiones transitorias
• Sometimiento a las reglas antes establecidas	• Sometimiento a la Ley es obediencia al Gobierno
• Conciencia de lo bueno, pertenece a todo ser humano por igual	• Conciencia de lo bueno, pertenece al grupo hegemónico
• Justicia procedimental	• Justicia sustancialista
• Derecho personalista	• Derecho transpersonalista (sano sentimiento del pueblo, conciencia del proletariado)
• Respeto a todos los seres humanos por igual	• Debe castigar, enseñar y tutelar a sus súbditos
• Fraternal	• Paternalista
• Busca resolver los conflictos	• Busca suprimir los conflictos
• Las agencias son proveedoras de soluciones	• Las agencias son realizadoras de la voluntad supresora
• Las agencias controlan el respeto a las reglas establecidas	• Las agencias controlan el respeto de la voluntad hegemónica
• Respeto los Derechos Humanos, positivizados	• No respeta los Derechos Humanos, positivizados o no
• Busca positivizar más Derechos Humanos	• No le interesa positivizar los Derechos Humanos

mitirá entender o no, los conceptos que desarrollaremos a continuación.

Si verdaderamente anhelamos vivir en una sociedad pluralista, democrática, respetuosa de los derechos humanos, debemos respetar a rajatabla la Constitución Nacional, y además promover su respeto.

1.1 Acusación vs. Inquisición

También debemos tomar postura en otro debate que aún presenta actualidad.

Nos referimos a la consagración del Juez como tercero, imparcial e imparcial, como nos enseña el Profesor Alvarado Velloso²; ese juez independiente de las partes como árbitro del proceso, o ese Juez Inquisitivo que busca *La Verdad*, que crea Derecho, como en las «medidas autosatisfactivas». *(Cuadro de la derecha)*.

Vale también aquí la aclaración respecto a que no siempre se dan puros estos dos modelos; inclusive, en doctrina se habla de sistemas mixtos, que reconocen características de ambos, pero la realidad nos indica que el más ajustado a un Estado democrático constitucional de Derecho es, sin duda alguna, el Acusatorio o Dispositivo.

Decíamos que hay que optar, entre:

- a) «un proceso que sirva y pueda ser utilizado como medio de opresión, tal cual lo han pensado y puesto en práctica los regímenes totalitarios basados en filosofías políticas perversas alejadas de toda idea de Gobierno republicano o,
- b) por lo contrario un proceso que sirva como *último bastión de la libertad en la tutela de los derechos y garantías constitucionales* y que resulte útil para hacer el intercontrol de poderes que elementalmente exige la idea de República». ³

Nos enseña Ferrajoli que para que sea posible el control de la efectiva aplicación de las garantías constitucionales en el proceso penal «es necesario un segundo conjunto de garantías, instrumentales o secundarias respecto de las primeras: la publicidad y la oralidad del juicio, la legalidad o la ritualidad de los procedimientos y la motivación de las decisiones. Se trata de garantías que cabe calificar de segundo grado, es decir, garantías de garantías... la publicidad y la oralidad son también rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio formado por las garantías primarias,

SISTEMA ACUSATORIO (O DISPOSITIVO)	SISTEMA INQUISITIVO
1) El proceso se inicia sólo por acción del interesado	1) El proceso se inicia por acción (acusación), denuncia o de oficio
2) El impulso procesal lo efectúan los interesados, no el Juez	2) El impulso procesal es efectuado por el Juez
3) El acusado (o demandado) sabe desde el comienzo quién y por qué se lo acusa (o demanda)	3) El acusado (o demandado) no sabe desde el comienzo quién ni por qué se lo acusa (o demanda)
4) Las partes saben quién es el Juez	4) El acusado puede no saber quién es el Juez
5) El proceso es público , lo que elimina automáticamente la posibilidad de tormento	5) El proceso es secreto , lo que posibilita el tormento
6) El proceso es público , lo que permite el control del pueblo	6) El proceso es secreto , lo que impide el control del pueblo
7) El Juez se rige por el Derecho	7) El Juez «crea» Derecho

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales, publicidad de las audiencias

mientras que el secreto y la escritura son a su vez elementos caracterizadores del método inquisitivo».⁴

En idéntica sintonía encontramos al profesor Benaventos, para quien «sólo el Derecho penal de «mínima» y el Derecho procesal de corte «acusatorio» representan la instrumentación del respeto por la persona y la dignidad humana que prometen los pactos supranacionales y las Cartas Magnas. Así de sencillo».⁵

En la provincia de Santa Fe nos encontramos en un proceso de transición hacia la oralidad y el sistema acusatorio, que implica un cambio de paradigmas y refuerzo del Debido Proceso Constitucional, parafraseando al profesor Adolfo Alvarado Velloso.

2. ¿Hay una obligación de los jueces a informar?

Debemos tener presente que sólo hay una obligación legal específica de los jueces penales y contencioso-administrativos en particular, de brindar información, sea a la prensa o a otras personas que no sean las partes constituidas en el proceso, referida a la publicidad de las sentencias firmes, por expresa disposición del artículo 14 inciso 1o in fine

del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, incorporado al texto constitucional con la Reforma de 1994, que dispone: «...*toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales, o a la tutela de menores*».

Es decir que, incluso la única obligación legal de informar impuesta constitucionalmente a los jueces (sólo penales y contencioso-administrativos), no es absoluta sino que prevé algunas limitaciones.⁶

Entendemos que la Convención abarca también otros fueros como el civil, comercial, y laboral.

Lo que hay específicamente legislado, tanto constitucionalmente como en otras leyes, son *prohibiciones de informar*, lo que nos lleva como primera aproximación a afirmar que:

- Las Sentencias de los juicios penales son de publicidad restringida.
- Las Sentencias de los juicios contencioso-administrativos son de publicidad restringida.

- Las Sentencias de otros fueros -laboral, civil, comercial-, son de publicidad restringida.

- Los procesos penales, en su etapa de Investigación Penal Preparatoria pueden ser:
 1. De publicidad prohibida.
 2. De publicidad restringida.

- Los procesos penales, en su etapa del juicio, son de publicidad restringida.

Un aspecto muy importante a tener en cuenta sobre esta obligación de informar, es que en ningún texto legal constitucional o de otro tipo se establece que dicha información deba ser brindada en forma personal por el Juez.

Lo que el Juez puede hacer es darla a conocer personalmente o no; en este último supuesto puede distribuir copias de la sentencia, o bien hacerla saber por medio de un vocero de su Juzgado, o de un vocero designado por los tribunales superiores.

2.1 Algunos bemoles en torno a los procesos concluidos por sentencia firme

Se presentó en la Cámara de Apelaciones de Rosario, Sala Tercera, una situación muy interesante: el periodista Reynaldo

Sietecase -que a la postre escribiera el libro «Un crimen argentino»- solicitó el acceso a todo el sumario de un sonado caso de secuestro extorsivo, seguido de muerte, y la expedición de copias del mismo, que a la sazón se encontraba en el archivo de los Tribunales, pues ya se había cumplido la condena impuesta a su autor.⁷ El libro, que luego publicara, relata dicho caso.

Ya hemos visto que la obligación de informar que tienen los jueces se limita a las sentencias firmes; en el caso que nos ocupa, los magistrados que integraban la Sala originariamente (debió integrarse en dos oportunidades hasta lograr mayoría de votos concordantes) plantearon tres posiciones:

1. acceso sólo a las resoluciones judiciales
2. acceso a todas las constancias del sumario
3. denegar el acceso al mismo

La postura que, a la postre, resultó triunfante fue la segunda (de acceso a todas las constancias del sumario). Recomendamos la lectura de este fallo por la riqueza de sus debates y porque nos da una idea sobre la complejidad del tema, que no se agota con la publicidad de la sentencia.⁸

Otro caso fue el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación «Florencio Mon-

zón» fallos 317: 2046, donde el Superior Tribunal permitió obtener fotocopias al periodista, pese a no ser parte, conforme el art. 63 del Reglamento para la Justicia Nacional y 103 del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.⁹

En un fallo relacionado al tema que nos ocupa, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chubut, ha sostenido: «A criterio de este Superior Tribunal de Justicia, el Señor Juez ha obstaculizado incorrectamente, pero no irrazonablemente, la solicitud del diario Crónica de acceso directo y personal al protocolo de sobreseimiento por prescripción de la acción penal deducida, apuntalando su negativa en la prohibición cuya inobservancia reprime el delito de violación de secretos de registros penales, siempre que la norma en cuestión, evitadora de la estigmatización social del delito, está sólo dirigida -salvo que se violente la prohibición de la analogía in peius que repugna el principio constitucional de legalidad-, al «ente oficial que lleve registros penales».¹⁰

3.- Publicidad de los actos de Gobierno, juego de distintos principios constitucionales

Al analizar el concepto de publicidad a

la luz de los preceptos constitucionales, encontramos la llamada «publicidad de los actos de Gobierno», como garantía genérica, aplicable al Poder Judicial por ser uno de los tres Poderes de Gobierno, con reconocimiento constitucional.¹¹

En nuestro sistema, el Organo Judicial no es sólo un ente administrador de justicia, sino un Poder del Estado que, estando ubicado en un plano de igualdad con los restantes poderes, tiene a su exclusivo cargo el ejercicio del control de constitucionalidad que asegura la vigencia del principio de la supremacía constitucional, establecido por el art. 31 de la Ley Fundamental. En su condición de Poder del Estado e integrante del Gobierno, su funcionamiento está sujeto al principio republicano de la publicidad de los actos gubernamentales.¹²

Relacionado con el tema a tratar encontramos el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Recordemos que el *principio de reserva* dispone: «Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe», siendo el complemento necesario del principio de legalidad, ya que no sólo se

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales,
publicidad de las audiencias

requiere que esté regulado lo que es obligatorio o prohibido, sino que además dicha regulación sea previa, por lo que todo lo no regulado previamente forma parte de la zona de libertad de una persona.

Para poder comprender cómo juegan *la publicidad de los actos de Gobierno y el principio de reserva*, debemos tener claro el concepto del principio de legalidad¹³, principio básico de una democracia.

No hay crimen, no hay pena, sin Ley previa; es decir, no hay conductas prohibidas conminadas con una sanción, sin el previo dictado de una Ley.

En una posición que no compartimos, el profesor Soler llama en forma indistinta al principio de legalidad y al principio de reserva; por lo que reiteramos que la denominación de principio de reserva debe darse exclusivamente al enunciado en el artículo 19, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, que hemos transcrito precedentemente.

Sí compartimos plenamente la brillante exposición que hace Soler al explicar la analogía y el significado del artículo 19 -principio de reserva- de la Constitución Nacional, estableciendo la sistemática del Código Penal; ha dicho el maestro: «Las

disposiciones penales son exhaustivas, un Código Penal no es un producto sino una suma, una mera yuxtaposición de incriminaciones cerradas, incomunicadas, entre las cuales no hay más relaciones que las establecidas por las mismas disposiciones. La zona entre una y otra incriminación es zona de libertad (art. 19 C.N.), y las acciones que en ella caigan son acciones penalmente irrelevantes.

El problema de las «lagunas de la legislación» no existe para el Derecho Penal, que es un sistema discontinuo de ilicitudes».¹⁴

Hacemos especial hincapié en cuál es el principio de reserva, pues nos hemos encontrado en el ejercicio de la cátedra con que los alumnos -y algunos autores- lo confunden con el principio de exterioridad también receptado en el artículo 19 de la Carta Magna y que dice: «Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados». Estamos frente a la máxima latina cogitationes poenam nemo patitur, uno de los pilares del Derecho Penal liberal que defendemos, ya que no sólo no se penan los pensamientos, sino que tampoco se penan las acciones privadas que no violen la Ley Penal; es decir sólo

se penarán aquellas que exteriorizadas -salidas de la mente de la persona- sean contrarias a una Ley previa; de allí su nombre: principio de exterioridad y también su relación con el principio de legalidad.¹⁵

Acciones que además de exteriorizadas y contrarias a una Ley Penal previa, hayan afectado a terceros en la libre disponibilidad de sus bienes jurídicos tutelados, pues si no existe esa afectación no puede ser perseguida la conducta; los delitos como presupuesto de la pena no pueden consistir en actitudes o estados de ánimo interiores, ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas.

Se puede enunciar este principio como *nulla iniuria sine actione*; no hay delito sin acción o conducta.

3.1 Publicidad de los procesos o etapa investigativa, limitaciones.

Volviendo al juego de *la publicidad de los actos de Gobierno y el principio de reserva*, en una primera aproximación podemos pensar que todos los actos judiciales son públicos, pero esa concepción arraigada en forma equivocada en algunos comunicadores sociales, es *errónea y antidemocrática*.

Es errónea y antidemocrática, pues su aplicación implicaría ignorar el resto de las garantías constitucionales, consagradas no sólo en el texto constitucional propiamente dicho, sino en el texto constitucional enriquecido por la incorporación de las declaraciones, tratados, convenciones y pactos internacionales de Derechos Humanos, que imponen límites, para asegurar:

- las garantías individuales,
- las garantías a la sociedad.

La ignorancia de las garantías -en cuanto al no respeto de las mismas-, implica asumir una postura autoritaria y por ende contraria a la democracia, que por definición es respetuosa de los derechos humanos.

Las garantías individuales, entre otras, comprenden el derecho al honor, el respeto a la intimidad, el estado de inocencia, el Debido Proceso, la Defensa en juicio, y también el derecho de justicia, que desarrollaremos luego.

Las garantías de la sociedad, entre otras, son la de *Afianzar la Justicia*, enunciada en el preámbulo de la Carta Magna, el derecho a que se persiga al delito y se sancione a los delincuentes, más genéricamente, que se esclarezcan los hechos delictivos como forma de *consolidar la*

paz interior y promover el bienestar general; es lo que se denomina derecho de justicia, que está consagrado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XVIII: «*Toda persona puede concurrir a los Tribunales a hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la Justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*»; artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 14 del Pacto de Nueva York.

El derecho de justicia reconoce tres aspectos:

1. el individual, de la persona que puede concurrir a hacer valer sus derechos
2. el del imputado a un juicio justo
3. el de la sociedad a que se atiendan y solucionen los conflictos, sean civiles o penales

Con esto queremos significar que una publicidad en el momento inadecuado puede hacer fracasar una investigación, y con ello conculcar el derecho de justicia de la sociedad, de la víctima y del imputado, amén de otros derechos y garantías constitucionales.

Incluso, una persona que fuera sospechada de un delito tiene el derecho de concurrir a los Tribunales a fin de que se establezca su culpabilidad, o bien que se respete su inocencia.

Toller llega a justificar una prohibición judicial de publicar, «si es hecha «en el interés de la justicia», pero no de su autoridad o imparcialidad, sino de su eficacia. La eficacia del proceso penal no sólo es importante por estrictas razones de bien común, como «la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito» (art. 10.2 CEDH), sino también para la protección de los derechos fundamentales, dado que -como afirmó la STC 13/1985- este proceso tiene como uno de sus fines fundamentales tutelar los derechos constitucionales. Y una información podría perjudicar seriamente la investigación de un ataque delictivo a un derecho fundamental, y quizá junto a ello también la posible reparación civil a la víctima o sus deudos».¹⁶

3.2 Publicidad de las audiencias de los juicios, limitaciones del texto constitucional enriquecido

Entienden Binder y Bovino, que la publicidad de los juicios incluida en los pactos internacionales de Derechos Humanos,

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales,
publicidad de las audiencias

constituye una garantía establecida a favor del imputado, por lo que «por tratarse de un derecho garantizado al imputado, de jerarquía constitucional, él siempre está facultado jurídicamente a exigir el estricto respeto de su derecho de ser sometido a juicio penal públicamente».¹⁷

Entendemos que uno de los aspectos es éste de garantía del imputado, pero debe interpretarse no en forma unívoca, sino con el resto de las garantías como la del Derecho a la Justicia que, conforme ya explicáramos, también tiene la sociedad. No siendo además un derecho absoluto que no admita limitaciones como seguidamente veremos; pero lo que queremos recalcar es que no ha sido puesta como garantía para la prensa, sino para el imputado, amparado en el *estado de inocencia*.

Además del *clearing* de valores que debe hacerse en la interpretación y aplicación de las distintas garantías constitucionales, encontramos otra referencia constitucional a la publicidad, en el art. 8º inc. 5 del Pacto de San José de Costa Rica, que dispone: «El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia».¹⁸

Como vemos, la publicidad puede ser limitada para preservar los intereses de la Justicia, que no son otros que los intereses

de la sociedad en la correcta implementación de la Justicia, sea en su etapa investigativa, como en el desarrollo del juicio.

Y además, por la aplicación del art. 13 de dicho Pacto, que consagra la libertad de pensamiento y de expresión, pero también las *responsabilidades ulteriores*, cuando se afecten:

- el respeto a los derechos de las personas,
- el respeto a la reputación de las personas,
- la Seguridad Nacional,
- el orden público,
- la salud moral pública.

Otra muy clara limitación a la publicidad surge de lo dispuesto en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, que dispone en su inciso primero: «...La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la Justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones refe-

rentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores».

De aquí se desprenden las siguientes limitaciones:

- por consideraciones de orden moral,
- por consideraciones de orden público,
- por consideraciones basadas en la seguridad nacional,
- cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes,
- cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la Justicia, en opinión del tribunal.

En concordancia con esto, en cuanto a la publicidad de las audiencias de debate, el Código Procesal Penal de la Nación, en su artículo 363, dispone: «El debate será oral y público, bajo pena de nulidad; pero el tribunal podrá resolver, aun de oficio, que total o parcialmente se realice a puertas cerradas cuando la publicidad afecte la moral, el orden público o la seguridad.

»La resolución será fundada, se hará constar en el acta y será irrecurrible.

»Desaparecida la causa de la clausura, se deberá permitir el acceso al público».

El art. 364 del citado ordenamiento legal, establece asimismo otras prohibiciones de acceso: «No tendrán acceso a la sala

de audiencias los menores de dieciocho (18) años, los condenados y procesados por delitos reprimidos con pena corporal, los dementes y los ebrios.

»Por razones de orden, higiene, moralidad o decoro el tribunal podrá ordenar también el alejamiento de toda persona cuya presencia no sea necesaria o limitar la admisión a un determinado número».

Como vemos, también se tiene en cuenta el decoro, al impedirse el acceso de ebrios; la tranquilidad que debe existir durante las audiencias al impedir el acceso de dementes y, por último, una cuestión edilicia de capacidad de la sala de audiencias.

Los artículos 372 y 373 del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba, contienen disposiciones similares, con alguna diferencia, como la edad de admisión que baja a 14 años.

De donde podemos establecer las siguientes limitaciones genéricas:

- cuestiones que afecten la moral,
- cuestiones que afecten la seguridad pública,
- cuestiones que afecten el desarrollo del proceso.

Y las siguientes limitaciones personales:

- edad menor a 18 años,

- razones de orden,
- razones de higiene,
- razones de moralidad o decoro,
- innecesariedad de la presencia de una persona,
- limitación numérica por capacidad, o cualquiera de las razones genéricas ya enunciadas.

Por último, el art. 369 del ordenamiento nacional estipula algunas obligaciones y restricciones a los asistentes: *«Las personas que asistan a la audiencia deberán permanecer respetuosamente y en silencio; no podrán llevar armas u otras cosas aptas para molestar u ofender, ni adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contraria al orden y decoro debidos, ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos».*

El nuevo Código procesal santafesino regula el tema en su artículo 311, disponiendo la oralidad y publicidad de la etapa del juicio; no obstante, a pedido de parte o de oficio puede disponer se realice a puertas cerradas, cuando la publicidad pueda afectar a la víctima, a terceros o a seguridad del Estado, dejando a una reglamentación posterior otros supuestos, en los que dicha reglamentación deberá contener las pautas de las declaraciones, pactos y convenciones con

jerarquía constitucional.

Por último, el art. 315 impide a los asistentes a las audiencias llevar armas u otros elementos aptos para molestar u ofender, imponiéndoles silencio e impidiéndoles adoptar conductas intimidatorias, regulando el art. 314 el poder de disciplina y policía de los Magistrados en las audiencias.

También encontramos limitaciones en la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su artículo 40, inc. 2º, apartado VII, cuando dispone que los Estados partes garantizarán «que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento».

Fácilmente se puede colegir que los jueces, al brindar información, deben tener presente estas limitaciones y también deberían tenerla los comunicadores sociales.

Debemos tener presente, a este respecto, el llamado Deber de obediencia a la Ley, consagrado en el artículo XXXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dice: *«Toda persona tiene el deber de obedecer a la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquel en que se encuentre»*, deber que abarca

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales,
publicidad de las audiencias

a todos los ciudadanos, inclusive jueces y periodistas.

Y que además de las obligaciones constitucionales, este principio se refiere a las obligaciones establecidas en las leyes penales, en las leyes procedimentales, en los reglamentos y acordadas.

3.3 El principio de publicidad de las audiencias de los juicios, alcance del mismo

El texto constitucional plantea la publicidad de las audiencias de los juicios. Debemos precisar que con la palabra juicio nos referimos al contradictorio, que se plantea entre el Fiscal y la Defensa, frente a un Juez o Tribunal, que debe ser imparcial, *imparcial* e independiente.

Doctrinariamente se ha fundado este principio de publicidad, en nuestra forma republicana de Gobierno, consagrada en el art. 1o de la Carta Magna, en los artículos que imponen el juicio por jurados, en la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 10o, en el Pacto de San José de Costa Rica, en su art. 25, y en el Pacto de Nueva York, en su art. 14.

El principio de publicidad exige que el debate sea de libre acceso al público, «salvo excepciones legales. Sin embar-

go, y por diversas razones, no es éste absoluto, sino que tiene limitaciones a fin de proteger la moral, tutelar la minoridad, prevenir desórdenes, evitar el entorpecimiento de los trámites o la propaganda de la espectacularidad, garantizar la independencia y hasta el resguardo de la administración de justicia».¹⁹

Estamos frente a un «principio complejo que representa al mismo tiempo un derecho del imputado y un derecho de las personas extrañas al caso de asistir al juicio para controlar los actos de administración de justicia».²⁰

Sobre un tema relacionado, la exhibición televisiva de un video -filmación de un juicio- se expidió nuestra Corte Suprema, en el caso «Gagero, Juan José, s/Recurso de Queja», Fallos 320:1179.

Nos recuerda por ello Fayt que se producen tensiones entre la publicidad de la prensa, que no es neutral, ya que selecciona la información y recorta o estereotipa la realidad y al imputado en un proceso penal, debiendo tenerse en cuenta que «el imputado no elige someterse a la jurisdicción del Juez, sino que está obligado a ello y sobre él se imponen cargas, así como sucede, entre otros, con peritos y auxiliares que se encuentran

obligados a formar parte de aquel proceso. Toda medida de coerción procesal -aunque necesaria- implica la injerencia por parte del Estado en la vida privada de las personas involucradas. Atento a ello, las afectaciones que necesariamente derivan de la coerción procesal deben restringirse a lo que sea adecuado al fin que se persigue y en la medida de lo estrictamente necesario. De no ser así, esto es, de no haber proporcionalidad con la finalidad perseguida, se vería violentado el principio de inocencia y se podrían alterar, incluso, la independencia de las partes o el proceso mismo de enjuiciamiento. No hay, pues, que entender a la prensa como sinónimo de publicidad, ni pretender ver una violación a la libertad de prensa donde no la hay, por establecerse limitaciones a la publicidad. Nuestro ordenamiento asienta como regla la publicidad inmediata, pero no fundamenta por ello un derecho a la prensa. Como publicidad de la audiencia principal y de la lectura de la sentencia, procura evitar influencias ajenas al objeto del proceso que distorsionen la investigación o perjudiquen la espontaneidad o perturben los roles procesales».²¹

En Alemania prohíben las grabaciones para radio, televisión y cine, así como las grabaciones de sonido con fines de re-

producción pública: en Inglaterra, en el *Old Bailey* se permite el acceso al público en general, pero se impide el acceso, no sólo con cámaras de fotos, filmadoras o grabadores, sino inclusive con teléfonos celulares²²; «el derecho danés establece el principio de publicidad no sólo para el juicio penal, sino además para algunas audiencias ante el tribunal durante la investigación preliminar. Existe un derecho general, reconocido a la prensa, de publicar información sobre los acontecimientos del juicio. Sin embargo, la televisión y la radio no pueden transmitir desde la sala de audiencias. En algunos casos los medios de prensa tienen acceso a la audiencia pero se les prohíbe informar nombres y otros datos».²³ En el proceso judicial de los Estados Unidos de Norteamérica, también se impide al público en general, incluidos los periodistas, el ingreso con dispositivos de grabación, video-filmación, celulares y cámaras fotográficas.²⁴

4.- Limitaciones surgidas del Derecho Penal y Procesal Penal. Violación de Secretos

El Derecho Penal ha establecido una fuerte protección al derecho a la intimidad, en concordancia con el texto constitucional, considerándolo como parte de la libertad de una persona, derecho

humano fundamental que le permitirá desarrollarse en plenitud.

El bien jurídico tutelado es la libertad, pero en directa relación con la intimidad de las personas, con su esfera de reserva.

Según Soler, las figuras básicas contempladas en el capítulo III, del título V, estarían divididas en dos: la intrusión en la esfera de secretos y la propalación de secretos.²⁵

Precisemos un poco qué significa secreto, según el Diccionario de la Real Academia Española: *es lo que cuidadosamente se tiene reservado u oculto, y cuando se lo usa como adjetivo lo oculto, ignorado, escondido y separado de la vista o del conocimiento de los demás.*²⁶

No obstante, el concepto jurídico nos enseña que *el secreto no desaparece porque lo conozca un número determinado de personas que, a su vez, están obligadas a guardarlo.*²⁷

En cuanto a las limitaciones establecidas en el Derecho Procesal Penal en cuanto a las audiencias de la etapa del debate, nos remitimos a las explicadas precedentemente; a las referidas al secreto las veremos seguidamente.

4.1 Violación del secreto profesional.

De las diferentes figuras contempladas en el capítulo III -ya referenciado- la que nos interesa es la prevista en el art. 156 del Código Penal: «Será reprimido con multa de mil quinientos a noventa mil pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, al que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa».

Se busca amparar con ella la libertad individual, el derecho a la intimidad y la esfera de reserva, cuando la persona debe confiar por necesidad u obligación, sus secretos a personas que desempeñan determinado oficios, empleos, artes o profesiones; se trata de lo que Núñez denomina *violación del secreto de los particulares*.

No se requiere del daño efectivo sino de la posibilidad de su ocurrencia; la justa causa debe ser analizada a la luz del estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento del deber.

Se incluyen los secretos entre cliente y abogado, paciente y médico, requiere en el obligado a guardar secreto de una ca-

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales, publicidad de las audiencias

lidad profesional; por ejemplo masajista, cerrajero, etcétera.

Específicamente pueden incurrir en este delito los peritos convocados a una causa judicial por las partes, para actuar como peritos de control, lo cual nos recuerda a la actuación televisiva de algunos de estos peritos en causas en trámite de gran trascendencia pública, y pensamos en la participación que les cabe a los productores y periodistas que los entrevistan y difunden sus declaraciones.

No debe olvidarse que nos encontramos frente a un delito de acción privada, por lo que se requiere que el damnificado inicie la correspondiente querrela.

4.2 Revelación del secreto Oficial

La revelación de secreto Oficial es penada por el artículo 157: «Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por uno a cuatro años el funcionario público que revelare hechos, actuaciones o documentos que por la Ley deben quedar secretos».

Al analizar algunas declaraciones de policías, fiscales o magistrados, efectuadas a la prensa, pensamos que las mismas pueden estar violando este tipo penal,

según lo que disponga el ordenamiento procesal pertinente.

Obviamente, los jueces y demás funcionarios entran en conocimiento de secretos que no pueden divulgar; lo que constituye otra limitación legal a la información que pueden brindar; esto debe entenderse para evitar esas preguntas que formulan algunos periodistas, sabiendo o debiendo saber que el Magistrado o el Fiscal no pueden contestarlas, que dan como resultado que el Juez o el Fiscal, al negarse a responderlas, queden como encubriendo algo o como unos tontos, lo que claramente habla de la «*real malicia*» del que formula esa pregunta.

Debe tenerse en cuenta que basta con revelar el secreto a una persona que esté fuera del grupo obligado a guardarlo, no requiere divulgación ni publicidad alguna, con mayor razón se da el tipo penal, si se produce la divulgación del secreto.

Los peritos judiciales que revelen actuaciones pueden incurrir en esta figura si las mismas estuvieran amparadas por el secreto y revistieran la calidad de funcionarios públicos por tener una designación permanente en el Servicio de Justicia, verbigracia, peritos contadores oficiales, médicos forenses, etcétera.

Pensamos que también alcanza a los peritos de la lista de sorteo que serían funcionarios públicos en esa causa, de acuerdo al concepto introducido por el artículo 77 del Código Penal.

Aquí estamos frente a un delito de acción pública, ya que es una de las excepciones que prevé el art. 73 del Código Penal.

4.3 Acceso ilegítimo a un banco de datos y revelación de la información contenida en el mismo

Guarda relación con este tema el art. 43 de la Constitución Nacional, que en su tercer párrafo dispone: «*Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos.*»

Que diera fundamento a la Ley de hábeas data, No 25.326²⁸ o Ley de Protección de los Datos Personales²⁹, que tiene directa aplicación sobre la información de los prontuarios, sean provinciales o federales, pues los mismos no son otra cosa que bancos de datos públicos, conforme

el art. 23 y concordantes, reformada por la Ley 26.388, en forma indirecta, al cambiar por ejemplo el art. 157 bis.

El *hábeas data* es una de las garantías constitucionales más modernas, y su fundamento «estriba en otorgar una garantía especial al derecho a la intimidad»³⁰ o a la privacidad, que es una derivación del derecho a la dignidad.

La mencionada Ley incorporó el art. 157 bis al Código Penal, que reprime al que acceda a sabiendas e ilegítimamente a un banco de datos personales, y en un segundo inciso al que *proporcionare o revelare a otro, información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la Ley*, previendo una inhabilitación especial para ejercer cargos públicos, en caso de que el autor fuere funcionario público, categoría que ostentan los funcionarios policiales.

Finalmente, la Ley 26.388 incluyó, en el inciso 3º del art. 157 bis del CPen, «un tipo similar al antes contenido en el inciso 1º del art. 117 bis del CPen, transformando así un delito contra el honor, en uno contra la libertad. En la nueva versión se castiga la conducta de quien ilegítimamente inserta o hace insertar

datos en un archivo de datos personales. Lo que se pena es la acción de quien no tiene autorización o excede la que posee, e inserta -mediante cualquier medio idóneo o apto-, tanto personalmente como valiéndose de terceros, cualquier información no contenida anteriormente en el archivo, el cual podrá a su vez formar parte de un banco de datos personales. A diferencia de la anterior versión, la actual no exige que los nuevos datos que se consignan sean falsos, pudiendo incluso ser veraces. No fue receptada por el nuevo artículo la supresión de datos, sí el cambio, dado que éste implica la inserción de datos nuevos. Se sanciona la mera conducta, por lo que no se demanda un resultado dañoso, tratándose de un delito de peligro abstracto. El autor puede ser un sujeto autorizado para tener acceso a los archivos, pero no para insertar datos».³¹ Entendemos, junto con Villada, que es un delito de acción pública, contrariamente a Ghersi, que cree es una omisión legislativa el no haberlo incluido en el art. 73 del CPen.

Dispone el art. 157 bis: «Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que:

1. A sabiendas e ilegalmente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a

un banco de datos personales.

2. *Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro, información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la Ley.*

3. *Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.*

Cuando sea funcionario público sufrirá además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años».³²

4.3.1 Disposiciones procesales sobre el secreto de las actuaciones

En el Código Procesal Penal de la Nación, en el de la provincia de Santa Fe, en el de Río Negro y en el de la provincia de Córdoba 33, el principio es el secreto limitado o publicidad limitada a las partes.

Dice el art. 204, del Código Procesal Penal Nacional: «El sumario será público para las partes y sus defensores, que lo podrán examinar después de la indagatoria, dejando a salvo el derecho establecido en el segundo párrafo del art. 106. Pero el Juez podrá ordenar el secreto por resolución fundada, siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, exceptuándose los actos definitivos e irreproducibles,

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales, publicidad de las audiencias

que nunca serán secretos para aquéllos. La reserva no podrá durar más de diez (10) días y será decretada sólo una vez, a menos que la gravedad del hecho o la dificultad de la investigación exijan que aquélla sea prolongada hasta por otro tanto. No obstante, podrá decretarse nuevamente si aparecieren otros imputados. El sumario será siempre secreto para los extraños». Notemos que incluso se puede imponer el secreto a los defensores por resolución fundada.

El artículo 312 del Código Procesal Penal de Córdoba, dispone: «Carácter de las Actuaciones. El sumario podrá ser examinado por las partes y sus defensores después de la declaración del imputado; pero se podrá ordenar el secreto, por resolución fundada, siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, con excepción de las actuaciones referentes a los actos mencionados en el artículo 308. La reserva no podrá durar más de diez días y será decretada sólo una vez, salvo que la gravedad del hecho o la dificultad de su investigación exijan que aquélla sea prolongada hasta por otro tanto. En este caso, el Fiscal deberá solicitar autorización al Juez de Instrucción, y éste, cuando corresponda investigación jurisdiccional, a la Cámara de Acusación. »El sumario será siempre secreto para los extraños, con excepción de los abo-

gados que tengan algún interés legítimo. Las partes, sus defensores y los sujetos mencionados en el párrafo anterior, estarán obligados a guardar secreto sobre los actos y constancias de la investigación».³⁴

El ordenamiento procesal cordobés, incluso, extiende la obligación de guardar secreto sobre la investigación, a las partes y a sus defensores; interesante disposición que evita esas declaraciones que efectúan algunos defensores en forma poco ética, cuando buscan presionar al Tribunal a través de los medios de prensa, como ocurre en esos shows televisivos a que nos tienen acostumbrados algunos profesionales porteños, con la connivencia de los medios de comunicación.

Mientras que el Código Procesal Penal de la prov. de Buenos Aires, respecto a las actuaciones en causas criminales, en su art. 280 establece que todos los procedimientos son públicos, pero podrá disponerse el secreto de la investigación por cuarenta y ocho horas, prorrogables otras veinticuatro horas por auto fundado, siempre que la publicidad:

- ponga en peligro el descubrimiento de la verdad
- entorpezca las diligencias
- quite eficacia a los actos realizados o a realizarse

Art. 280: «Todos los procedimientos son públicos. No obstante, en las causas criminales y en la Etapa Penal Preparatoria, cuando fuera necesario para la investigación del hecho, podrá disponerse el secreto de la investigación sólo por cuarenta y ocho horas, siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, entorpezca las diligencias o quite eficacia a los actos, realizados o a realizarse, siendo prorrogable por veinticuatro horas, todo lo que deberá resolverse por auto fundado.

»Dicha medida no será oponible al Ministerio Público Fiscal, ni tendrá efecto sobre los actos irreproducibles».

El sistema seguido por el Código ritual bonaerense es diametralmente opuesto al que rige en el Código Procesal Penal de la Nación y en el de la provincia de Santa Fe; en ambos -como ya dijimos- el principio es el secreto limitado o publicidad limitada a las partes.

Un sistema al que podríamos denominar intermedio, pero más cercano al cordobés, sigue siendo el Código Procesal Penal de Río Negro que, al tratar el «Carácter de las actuaciones», en su Artículo 195, dispone: «El sumario será público para las partes y sus defensores

que lo podrán examinar después de la indagatoria, pero el Juez podrá ordenar el secreto por resolución fundada, siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, exceptuándose los actos definitivos e irreproducibles, que nunca serán secretos para aquéllos.

»La reserva no podrá durar más de diez (10) días y será decretada sólo una vez a menos que la gravedad del hecho o la dificultad de la investigación exijan que aquélla sea prolongada hasta por otro tanto. No obstante, podrá decretarse nuevamente si aparecieren otros imputados.

»El sumario será secreto para los extraños salvo las excepciones que el Tribunal podrá autorizar, cuando exista fehacientemente un interés legítimo y en la medida que ello no interfiera la normalidad del trámite».

Decimos intermedio, pues no establece la publicidad de los procedimientos como hace el Código bonaerense; inclusive puede deducirse que, al igual que en el Código cordobés, antes de la indagatoria el sumario es secreto para las partes y sus defensores, luego estipula el secreto para los extraños, pero no obliga a guardar secreto a los que tomen conocimiento del mismo en los supuestos autorizados.

Pensamos como más prácticas las disposiciones de los Códigos nacional, cordobés, rionegrino y santafesino, ya que, a la abrumadora actividad que impone una investigación trascendente y delicada, se suma recordar imponer el secreto por Resolución fundada; ahora bien: ¿quién pide ese secreto en la prov. de Buenos Aires? ¿el Ministerio Público Fiscal, la policía? ¿O lo dispone el Juez de las garantías, que no ha tomado contacto con las actuaciones, pues las lleva adelante el Ministerio Público Fiscal?

¿A quién y de qué forma debe notificarse la resolución del secreto?, todo esto implica demoras, pérdida de valioso tiempo y burocracia que, a la postre, van a afectar la eficacia y el resultado de la investigación y, por ende, la ya tan afectada imagen del Servicio de Justicia.

Mas no crean que las críticas sólo alcanzan al ordenamiento bonaerense, la imposición de secreto a los defensores; nos referimos al no acceso al sumario, no a la prohibición de hacer declaraciones del Código cordobés; nos parece violatoria del derecho de defensa consagrado constitucionalmente.

Para comprender lo que sostenemos es menester recordar que el ordenamiento

procesal penal santafesino -texto según Ley 12.912-, dispone en su **art. 194.- Reserva de las actuaciones y observancia de las formalidades:** *«El sumario de prevención es siempre secreto y se cumplirán en éste las mismas formalidades que deben observar los Jueces en la instrucción con las limitaciones establecidas en el presente capítulo.»*, que se complementa con lo dispuesto en el **art. 204.- Reserva de las actuaciones:** *«Las actuaciones son secretas durante los primeros diez días desde su iniciación o desde la recepción en el Juzgado del sumario de prevención. El Juez si lo considera conveniente para el éxito de la investigación podrá decretar la prórroga del secreto hasta por otro tanto. El Juez podrá disponer la cesación del secreto en cualquier momento. Las resoluciones sobre prórroga o cesación del secreto son irrecurribles. Para el Ministerio Fiscal las actuaciones nunca serán secretas. Una vez concluido el término del secreto no podrá negarse el examen de los autos a las partes y a los abogados inscriptos en la matrícula que acrediten un interés legítimo».*

El nuevo ordenamiento procesal santafesino, aún no vigente en su totalidad, regula este tema en los arts. 257, 258 y 259, estableciendo el secreto de las actuaciones para quienes no sean parte en el procedi-

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales, publicidad de las audiencias

miento o no tengan expresa autorización para conocerlas; inclusive respecto del imputado, su defensa y el querellante, también son secretas, hasta que se produzca la audiencia imputativa del art. 274, o bien pasados quince días desde que esta audiencia haya sido peticionada por el Fiscal y no se haya producido.

Cuando las actuaciones gozan del secreto por disposición legal o por resolución fundada, el funcionario policial o judicial que brinde información crucial³⁵ sobre las mismas comete el delito de violación de secreto oficial, y los periodistas que lo den a publicidad, a través del dispositivo ampliatorio del tipo conocido como participación, pueden ingresar al delito, pues no cabrían muchas dudas de que su conducta sería la de un partícipe necesario.³⁶

Sobre el art. 157 del Código Penal, Soler, decía «se trata evidentemente de un caso de propalación y no de intrusión».³⁷

Es a la luz de estas reflexiones que debe interpretarse el art. 108-II del texto santafesino, introducido por la Ley 12.162, consagradorio de los derechos de las víctimas, que en su inciso tercero dispone debe brindarse: «*Información de los órganos judiciales sobre los derechos que este código les reconoce, la marcha del*

procedimiento, la situación del imputado, el resultado de la investigación o de cualquier acto procesal en el que haya participado y la sentencia recaída en el proceso»; es decir, la información deberá brindarse siempre y cuando no afecte el desarrollo de la investigación, o sea en el momento que el Magistrado considere oportuno.

Si bien esta disposición nos parece muy adecuada a la necesidad de información que tienen las víctimas, dada la situación emocional que las mismas generalmente padecen como consecuencia del injusto, sería preferible que todas esas informaciones les sean brindadas en compañía de un profesional, sea particular u oficial, inclusive el Fiscal o el Instituto de Asistencia a la Víctima de la Defensoría del Pueblo que, luego de recibida la información, pueda contenerlas y explicarles, ya que si no se recargarán los Juzgados -de por sí ya desbordados- con una labor que puede afectar seriamente el normal desarrollo de sus tareas, y afectar la imparcialidad e imparcialidad que deben tener respecto al avance de la causa.

Son interesantes las reflexiones de De Olazabal-Patrizi, en cuanto a que: «el deber de información se ha establecido ex-

clusivamente para los Organos judiciales y no para las demás autoridades que deben intervenir en el proceso penal, y compatibilizarse con otras disposiciones del mismo Código relativas al tema (v. gr. artículos 117, 129, 182, 204, etcétera), que no han sido derogadas. Así como en lo sucesivo no se podrá discutir que las víctimas o damnificados tienen interés legítimamente reconocido en conocer el estado del proceso, tampoco puede negarse que, con prudencia, el Juez de la causa deberá decidir la oportunidad de la información, a efectos de evitar perjuicios para el éxito de la investigación o la normal sustanciación de la causa. Por supuesto que mientras dure la reserva de las actuaciones (art. 204) la información no podrá avanzar sobre el contenido de ellas. Información no es lo mismo que documentación. Se expedirán copias o documentación, informaciones, atendiendo a las otras regulaciones aplicables, ya que, en principio, la información de que aquí se trata se satisface con el mero anoticiamiento oral».³⁸

Por último, debemos tener presente como limitación a la información que se da a terceros, lo normado por el mismo art. 108-II, inciso 5º, que dispone: «*Salvaguardar su intimidad en la medida compatible con el procedimiento regulado por este Código*».

Lo que debemos entender de una vez por todas es que por esa publicidad que se hace en forma salvaje e indiscriminada -para tener la primicia- normalmente se afectan:

- el descubrimiento de la verdad
- las diligencias investigativas
- la eficacia a los actos realizados o a realizarse

Para que quede claro, daremos un ejemplo: si un medio de comunicación da la noticia de que un Juez va a efectuar un allanamiento en la casa de tal persona, cuando el Juez vaya va a encontrar a la persona -si es que no la busca para detenerla- esperándolo con un café o un té, según la preferencia del Magistrado -que probablemente también informe al periodista- y no va a encontrar ninguna de las pruebas que buscaba.

Esta explicación sobre el secreto de la cautela de la prueba en las primeras medidas investigativas, es coherente con lo que explicáramos ut supra sobre las garantías de publicidad y oralidad, ya que las mismas «*pueden ser admitidas sin términos medios una vez que se ha entrado, sin reservas ni compromisos, en la vía del proceso acusatorio puro. Es evidente que las investigaciones de policía deben efectuarse en secreto, bajo la dirección de la acusación pública.*»³⁹

Pero esto sólo significa que no deben realizarse por el Juez y han de preceder al juicio, so pena de desnaturalización en sentido policial tanto del Juez como del juicio; que, por otra parte, debe estar vedada a la acusación, y más aún a la policía, la formación de las pruebas, que, por el contrario, deben producirse en régimen de contradicción con el imputado ante el Juez del juicio oral y sólo excepcionalmente en forma de incidente previo; que, en fin, la formalización de la acusación deberá constituir el acto introductorio del Ministerio público mediante el que se llama a las partes a confrontar sus tesis y sus argumentos probatorios en condiciones de paridad»⁴⁰, el autor de este párrafo, es el ius filósofo y penalista italiano Ferrajoli, considerado uno de los padres del garantismo penal.

Al respecto, sostuvo el Dr. Guillermo Fierro: «participo de la creencia que uno de los topes a la publicidad de los actos judiciales reside en la posibilidad de entorpecer o frustrar las actuaciones probatorias mediante la anticipada y a veces irresponsable difusión de las mismas. Pienso que la publicidad debe ser vedada cuando en las causas en trámite ella importa poner en peligro el éxito de la delicada investigación que se lleva a cabo, y también cuando por la naturaleza de los procesos se afecten indebidamen-

te derechos de las partes o de terceros, particularmente en aquellos casos en los que no hay una sentencia firme y se transmiten con grave violación del principio de inocencia, datos supuestamente concluyentes que luego no son receptados por la resolución judicial definitiva, causándole a la honra e imagen pública del perjudicado un daño irreparable». ⁴¹

El secreto del sumario ha sido tradicionalmente utilizado en el Derecho procesal europeo continental. Este secreto rige siempre para terceros hasta que se abre el juicio oral, momento en que se hacen públicas todas las actuaciones. El Tribunal Constitucional español, sostuvo en su sentencia 13/1985, que este instituto procesal no implica en general una limitación inconstitucional del derecho a la información. Posteriormente, en la STC 176/1988 se explicitó que el principio de publicidad «no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente Sentencia, pues así lo abonan los términos en que vienen redactados los citados artículos 14 del Pacto y 6 del Convenio», por lo cual el derecho al proceso público «sólo es de aplicación, además de a la Sentencia, al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral, pues únicamente refe-

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales, publicidad de las audiencias

rida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad». Se concluyó que el sumario no tiene el carácter de público «en el sentido que corresponde al principio de publicidad». ⁴²

4.3.1.1 Ley 13.013 del Ministerio Público de la Acusación

Con muy buen criterio, el Legislador, en el artículo 6, dispone: «Información. A fin de facilitar el conocimiento público de su labor y de posibilitar su control, el Ministerio Público de la Acusación deberá:

1.- Informar sobre los principales asuntos, siempre que ello no implique poner en peligro las investigaciones en curso, afectar el principio de inocencia o comprometer injustificadamente el derecho a la intimidad, la dignidad o seguridad de las personas» (el subrayado nos pertenece).

Como fácilmente puede colegirse, la Ley consagra la línea de razonamiento que venimos desarrollando.

4.3.1.2 Ley 13.014 del Servicio Público Provincial de Defensa Penal

Esta Ley impone, en su artículo 5, una estricta confidencialidad, lo que evitará

que el juicio se desarrolle a través de los medios de prensa, como ocurre con la difusión que hacen algunos defensores buscando disponer a su favor a la opinión pública, como forma de presionar al Fiscal y a los Jueces.

«Artículo 5.- Confidencialidad. Quienes ejercen una defensa penal tienen la obligación de mantener reserva sobre la información que conozcan o generen en cumplimiento de sus funciones. Sólo les es permitido proporcionar información estadística, siempre que no sea susceptible de comprometer a una de las personas destinatarias de sus servicios de defensa técnica» (el subrayado nos pertenece).

4.3.2 Jurisprudencia

«La Defensa tiene derecho al examen de las actuaciones, salvo que se decrete el secreto de sumario. Así, la regla establecida en el art. 204 del Cód. Procesal Penal, al aludir a «partes», cede frente al derecho del defensor que expresamente deja sentido a continuación y mediante la remisión al art. 106 del mismo Cuerpo legal». ⁴³

«Corresponde revocar la resolución que, por aplicación de la Ley 11.683 (t.o. 1998) [Adla, LVIII-C, 2969], dispuso citar al encausado para que ante el actuario

se exprese en relación a lo pedido por su defensor, cuál es el examen de cierta documentación recibida de la Administración Federal de Ingresos Públicos, ya que el art. 106, segundo párrafo, del Cód. Procesal Penal de la Nación establece como regla general que el abogado defensor tendrá derecho de examinar las actuaciones antes de aceptar el cargo, excepto en los casos en que se haya ordenado el secreto de la instrucción».

«A partir del requerimiento fiscal de instrucción contra persona determinada, la asistencia técnica del imputado y éste pueden tener acceso a las actuaciones, antes de aceptar el cargo y aun cuando no medie llamado a prestar declaración indagatoria, con la sola limitación del secreto sumarial implantado». ⁴⁴

«Corresponde decretar la nulidad de la resolución por la cual se reimplantó el secreto de sumario una vez transcurrido el plazo previsto en el art. 204 del Cód. Procesal Penal y su prórroga, porque no se vislumbra la efectiva presencia de elementos objetivos que la justifiquen, y su mantenimiento implicaría un menoscabo a la garantía de defensa en juicio en tanto impide al imputado acceder a la compulsión de las actuaciones». ⁴⁵

«Corresponde confirmar la resolución que deniega el acceso a las actuaciones que se encuentran bajo secreto de sumario al Letrado que asiste al imputado, toda vez que éste no había aceptado formalmente el cargo de defensor en la causa en el momento en que se adoptó la decisión y tampoco el imputado había prestado declaración indagatoria».⁴⁶

«Si no se ha decretado el secreto sumarial las partes tienen derecho a examinar las constancias del proceso, aún antes de celebrarse la audiencia convocada para recibir declaración indagatoria».⁴⁷

«Si no se ha decretado el secreto sumarial, las partes tienen derecho a examinar las constancias del proceso, aun antes de celebrarse la audiencia convocada para recibir declaración indagatoria y, por tanto, están facultadas para obtener fotocopias de aquéllas».⁴⁸

4.3.3 El Secreto del Sumario en otras legislaciones⁴⁹

En el Reino Unido encontramos la Contempt of Court Act 1981 que regula de forma pormenorizada las posibles interferencias de los medios de comunicación en el procedimiento judicial, y que esta-

blece de forma pormenorizada y taxativa las posibles actuaciones ilícitas en que se puede incurrir al informar sobre un procedimiento en curso.

La *contempt of court law* es una vieja institución del Derecho consuetudinario inglés que se remonta al Siglo XII que, en razón del famoso proceso del *The Sunday Times vs. The United Kingdom*, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1979, dio origen al dictado de la *Contempt of Court Act* 1981.

La denominación *histórica de contempt of court* -que deriva del latín *contemptus*: desprecio, contumelia, contumacia hacia el Tribunal- ha sido criticada por algunos *Law Lords*, ya que su sentido literal sugiere equivocadamente una afrenta a la dignidad judicial. En rigor, su finalidad es preservar la supremacía del Derecho, mediante prohibiciones y sanciones, procurando que se respete el proceso de su aplicación judicial, y que la administración de justicia pueda funcionar correctamente y sin parcialidades.⁵⁰

Deben destacarse las siguientes secciones en el tema que nos ocupa:

- La sección 2.2 que dispone: «La *strict liability rule* se aplica solamente a una publicación que cree un riesgo sustan-

cial que el curso de la Justicia en el proceso en cuestión será seriamente impedido o perjudicado».

- La sección 4.2 que dispone: «En cualquier proceso el Tribunal puede -donde esto parezca necesario para impedir un riesgo sustancial de perjuicio a la administración de Justicia, en ese proceso o en cualquier proceso pendiente o inminente- ordenar que la publicación de cualquier información del proceso o de cualquier parte del mismo, sea pospuesta por el período que el Tribunal considere necesario para este propósito».

- La sección 11 que dispone: «En cualquier caso donde un tribunal (teniendo poder para hacerlo) entienda que un nombre u otro asunto no deben ser hechos públicos en los procedimientos judiciales, puede dar directivas prohibiendo la publicación de ese nombre o asunto en conexión con los procedimientos, del modo como le parezca necesario para el propósito por el cual aquello no se hace público».

Los supuestos más frecuentes de procesos donde la prensa puede estar presente, pero sujeta a una prohibición temporal de informar, se dan en los *committal proceedings*, que son investigaciones preliminares para establecer si la prueba justifica realizar un juicio por jurado. La norma permite posponer, no prohibir

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales,
publicidad de las audiencias

definitivamente, por lo cual tiene naturaleza de media cautelar independiente y no podrá ser la base de una sentencia definitiva de no difundir.⁵¹

En otros países de tradición jurídica continental, existen figuras legales similares, como en Francia donde el Code de Procédure Pénale de 1958 establece, en su artículo 11, que «*salvo en los casos en que la Ley disponga otra cosa y sin perjuicio de los derechos de defensa, el proceso durante el curso de la enquête instruction es secreto. Toda persona que intervenga en este proceso está obligada a mantener el secreto profesional en las condiciones y bajo las penas de los artículos 226-13 y 226-14 del Código Penal*».

Por su parte, en Italia, el artículo 329.1 del Codice di Procedura Penale de 1989 señala que «*los actos de investigación realizados por el Ministerio público y por la policía judicial están cubiertos por el secreto hasta que el imputado pueda tener conocimiento de ellos, y en general, hasta el momento de clausura de la fase de investigación*». Junto a éste hay que mencionar el artículo 114 que prohíbe con carácter absoluto la publicación -incluso parcial o resumida- de los actos cubiertos por el secreto y de su contenido. Distingue así la Legislación italiana entre

el secreto interno (art. 329.1) que defiende el éxito de la actividad investigadora y el secreto externo (art. 114) que defiende los derechos de los investigados⁵².

En Alemania, también encontramos el secreto de la instrucción en el proceso penal, si bien no hay un artículo específico que lo recoja sino que se infiere a través de varios artículos de la Strafprozessordnung (StPO). Del par.168 c) ap.2 se permite la presencia de la Fiscalía, del inculpado y del defensor en el interrogatorio judicial de un testigo o de un perito, aunque el ap. 3 excluye la presencia del inculpado cuando pusiera en peligro la finalidad de la investigación. Asimismo, el ap.2 del par.147 niega al defensor la posibilidad de conocer la causa una vez finalizada la instrucción si con ello se introduce un peligro para sus fines. Respecto a la relación entre el secreto de las actuaciones judiciales y las actuaciones periodísticas, sólo el par.353 d) de la *Strafgesetzbuch* (StGB) penaliza la violación de la obligación de secreto del titular de la instrucción cuando se produjeran ciertas comunicaciones prohibidas antes de que los autos sean traídos a la vista.

También los organismos internacionales se han manifestado, en cierta medida, sobre las relaciones entre Organos judiciales y medios de comunicación⁵³;

tanto el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, como el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, posibilitan la existencia de una derogación en el principio general de publicidad de las actuaciones judiciales en la fase de investigación del proceso penal.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en sus sentencias del 8 de diciembre de 1982 (*Asuntos Pretto y Axen*) y del 22 de febrero de 1984 (*Caso Sutter*) ha considerado que el principio de publicidad no es aplicable, desde su perspectiva de garantía de los justiciables contra una justicia secreta que escape a la fiscalización del público, a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al juicio oral que lo culmina y al pronunciamiento de la Sentencia. En esa misma línea se ha pronunciado el TEDH en la Sentencia del *Caso Weber* del 22 de mayo de 1990.

Pero debe tenerse presente que el TEDH, también ha sostenido en la causa *The Observer and The Guardian vs The United Kingdom*, «que la protección de los derechos de los litigantes estaba incluida dentro de uno de los fines de las prohibiciones admitidos por el art. 10.2 del CEDH: mantener la autoridad del Poder Judicial. El Tribunal de Estrasburgo aceptó entonces

la imposición de *injunctions* para proteger los intereses de las partes hasta el juicio sobre el fondo, ya que siendo el objeto de la demanda en el caso *The Observer and The Guardian* la confidencialidad de ciertas informaciones, ese proceso era decisivo para saber si el material podía publicarse, mientras que sostener lo contrario podría privar al juicio de su propósito. Por eso, el TEDH consideró que las prohibiciones judiciales de publicar debían considerarse necesarias en una sociedad democrática para mantener la autoridad del Poder Judicial, defendida por el art. 10.2 del Convenio». ⁵⁴

En el Ordenamiento jurídico español, el secreto sumarial se halla recogido en el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), que establece que las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral. La Exposición de Motivos de la citada LECr considera que es necesario el secreto de sumario «en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público». ⁵⁵

Frente a ello, la Constitución de 1978 establece, en su artículo 120.1, que las ac-

tuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. Ante esta aparente ambigüedad, el Tribunal Constitucional en jurisprudencia reiterada ha marcado el verdadero alcance que el secreto sumarial logra en España. Así, la STC 13/1985, del 31 de enero, considera que la regla que dispone el secreto de sumario es, sobre todo, una excepción a la garantía institucional inscrita en el artículo 120.1, al establecer que «puede decirse que el proceso penal, institución con la que se trata de hacer efectiva la protección del ordenamiento a derechos reconocidos en este Título, puede tener una fase sumaria amparada por el secreto y en cuanto tal limitativa de la publicidad y de la libertad. Pero esta genérica publicidad constitucional del secreto sumarial no está, sin embargo, impuesta o exigida directamente por ningún precepto constitucional y, por lo mismo, se requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos -ni en mayor medida de los necesario- que los estrictamente afectados por la norma entronizada del secreto».

Lo que se pretende con el secreto sumarial es evitar los denominados juicios paralelos, que, como indica Muñoz-Alonso⁵⁶, llevados a cabo por los medios a través de sus infor-

maciones y reportajes, determinan de hecho inocencias y culpabilidades, llevando a la opinión pública firmes convicciones acerca de los asuntos sometidos a juicio.

Sobre la cuestión de los juicios paralelos se ha pronunciado el Consejo General del Poder Judicial, quien el 2 de julio de 1997 publicaba un informe en el que expresaba que «el principio constitucional de publicidad del proceso, que despliega su máxima amplitud durante la fase del juicio oral, se erige no sólo en garantía de las partes, sino en instrumento para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la independencia e imparcialidad de sus Tribunales. En efecto, la recta administración de la Justicia requiere la colaboración de una opinión pública informada, y es en este ámbito en el que alcanza su más alto nivel de protección el derecho a la libertad de expresión y a recibir información veraz. Por ello, este Consejo, en consonancia con lo declarado por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de manifestar su preocupación ante el riesgo de que la serena administración de la Justicia pueda verse perjudicada, creándose una grave confusión y falsas expectativas en la opinión ciudadana, cuando los intervinientes en un proceso se ven sometidos en los medios de comunicación a un pseudo juicio o juicio paralelo sin garantía alguna. En un Estado de Derecho,

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales, publicidad de las audiencias

los Tribunales son los únicos Organos ante los que se pueden practicar válidamente las pruebas que han de servir de sustento a la sentencia». No obstante, y como indica José Augusto de Vega⁵⁷, no se puede achacar sólo a los periodistas la existencia de juicios paralelos, pues a ellos no son ajenos algunos jueces y fiscales que ayudan a crear, en torno a algunos juicios, un ambiente enrarecido.

4.4 Limitaciones y autorizaciones establecidas en otras leyes, reglamentaciones y acordadas

La llamada Ley de Lucha contra el Sida, N° 23.798, establece en su artículo 2º, inc. c, que las disposiciones de la Ley y de las normas complementarias, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso puedan exceder el marco de las excepciones legales al secreto médico -que siempre se interpretará en forma restrictiva- estableciendo en el resto del articulado procedimientos para que la enfermedad detectada en una persona permanezca secreta.

El Decreto reglamentario de la Ley No 1244/91, al reglamentar dicho artículo de la misma, establece las contadas excepciones a la revelación de que una persona se encuentra infectada por el HIV, estipulando que los profesionales médicos y las personas que por su ocupación tomen co-

nocimiento de que una persona está infectada por el HIV o enferma de SIDA tienen prohibido revelar dicha información, y no pueden ser obligados a suministrarla.

Dado que esta protección se establece en interés del infectado o el enfermo, el mismo puede dar a conocer la información públicamente, único supuesto en que la prensa podría revelar dicha situación.

El art. 63 Inc. c del Reglamento para la Justicia Nacional, dispone que podrán revisar los expedientes «los periodistas con motivo del fallo definitivo de la causa», en concordancia con lo dispuesto en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero ampliando el texto del pacto, que sólo se refiere a la sentencia, extendiéndolo a los expedientes.

Directamente relacionado con lo mismo, el art. 8º Inc. b del citado Reglamento, al regular las obligaciones de los Magistrados, establece la de «guardar absoluta reserva respecto a los asuntos vinculados con las funciones de los respectivos tribunales».

En igual sentido se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en su Acordada 19 de 1984, establece sobre las declaraciones de los Magistrados y funcionarios: «Prevenir a los señores jueces y

funcionarios respecto de episodios imprudentes en el sentido mencionado, encauciéndoles el control de sus expresiones públicas y la reserva en sus investigaciones que realicen en pro del decoro y la medida que deben rodear todos sus actos».

El reglamento para la Jurisdicción Criminal y Correccional de la Capital Federal en su art. 103, dispone: «Las actuaciones judiciales, siempre que no hallaren sometidas al secreto sumarial, sólo pueden ser examinadas por las partes o los abogados por ellas propuestos... los periodistas acreditados en tribunales por los diarios, periódicos, revistas o agencias de publicidad, pueden revisar las causas definitivamente resueltas»; por lo que vale el comentario hecho antes, a lo que debemos agregar que estas disposiciones parecen haber sido pensadas más para los procedimientos escritos que los orales, pero no obstante constituyen una garantía para que se pueda controlar a los jueces.

La Ley Orgánica de la Policía de la provincia de Buenos Aires No 12.155, impone la reserva en su artículo 7 Inc. h.

4.4.1 Limitaciones establecidas por el Código de Ética para Magistrados y Jueces del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe⁵⁸

Expresamente el art. 3.2 consagra la independencia del Juez, independencia que se puede ver afectada por la prensa. Dice la citada disposición «El Juez adopta sus decisiones en el ámbito de su conciencia jurídica y ética, y por tanto debe resistir y excluir todo tipo de interferencias, como así también evitar conductas o actitudes que puedan generar sospechas en contrario». Si la prensa actuara en forma ética debería contribuir a la independencia del Magistrado o de quien esté a cargo de la investigación y/o el juicio; por ejemplo, los jurados, si los hubiera.

Luego nos habla en concordancia con lo que hemos visto en materia del secreto profesional, en su art. 3.9 del deber de lealtad y secreto profesional que tiene, respecto a las causas en las que interviene.

Dispone el citado artículo: «El Juez no debe usar el conocimiento que tenga de las causas judiciales que están bajo su competencia de manera que comprometa el correcto ejercicio de su cargo o afecte ilegítimamente los derechos de las partes».

En el Capítulo IV, al desarrollar una nómina enunciativa de los deberes, prohibiciones y exigencias, en su artículo 5, dispone: «Establecidas en orden a la sociedad
»5.1 El Juez debe obrar con convicción re-

publicana, democrática y de respeto a los derechos fundamentales.

»5.2 En sus relaciones con la prensa y con el público en general, con respecto a los casos pendientes el Juez: a) tiene prohibido anticipar directa o indirectamente el contenido de las decisiones que adoptará; b) debe evitar comentarios sobre un caso específico; c) debe procurar que no trasciendan detalles de las causas en trámite; d) si excepcionalmente fuera necesaria alguna explicación puntual sobre un caso específico se hará a través de una comunicación escrita y en términos suficientemente claros para ser entendidos por el público no letrado; e) en circunstancias excepcionales cuando al solo fin de esclarecer información equívoca o errónea fuese necesaria la comunicación verbal con la prensa, podrá referirse a la tarea judicial y al proceso en general o a sus etapas, poniendo extremo cuidado en evitar comentarios específicos sobre un determinado caso».

Este artículo que regula el comportamiento del Juez en esta materia en las causas en trámite o pendientes de sentencia, respeta las normas que establece la Constitución Nacional, tanto en su texto normal como en su texto enriquecido -el de las Declaraciones, Pactos y Convenciones de Derechos Humanos-, que ya hemos co-

mentado ut-supra, por ejemplo, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

En el art. 6º al regular los deberes establecidos, especialmente en orden al Poder Judicial, dispone en su inciso 13 la conducta que debe seguir el Juez luego de haber dictado resolución, por lo que se puede aplicar, tanto al finalizar la instrucción como al finalizar el juicio o al resolverse un incidente, aun cuando la resolución no estuviera firme, ya que sólo se exige que la decisión judicial haya sido insertada en el protocolo del Juzgado, «En sus relaciones con la prensa y con el público en general, el Juez: a) una vez protocolizado el decisorio y en la medida que resulte necesario para evitar erróneas interpretaciones, con prudencia puede efectuar las aclaraciones que sean indispensables o aconsejables, evitando intervenir en polémicas en las que aparezca defendiendo los criterios jurídicos de su decisión; b) puede utilizar sus propias resoluciones firmes para fines pedagógicos o académicos, en cuyo caso tomará las precauciones necesarias para no afectar los derechos y la dignidad de las partes; c) tiene prohibido participar en controversias públicas sobre casos en trámite, aunque estos radiquen en otros tribunales».

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales,
publicidad de las audiencias

5. Prohibición de informar del art. 51 del Código Penal

Con la redacción del artículo 51 del Código Penal se ha buscado evitar la estigmatización de por vida de una persona que ha estado sometida a un proceso penal, con muy buen criterio legislativo, ya que si prescriben las acciones penales y las penas, también caducan los efectos de la condena, por lo que es justo que también caduquen los registros de los procesos, de los juicios y de sus resultados y, por ende, se prohíban algunas informaciones que se den sobre ellos.

La Ley, claramente, establece que sólo se puede informar sobre las detenciones que no hayan dado lugar a la formación de una causa penal:

- cuando sea beneficioso para el detenido, es decir, en un *hábeas corpus*, en un trámite excarcelatorio
- cuando la víctima es el propio detenido (primer párrafo *in fine*)
- cuando la persona autorizadora que se dé esa información, ya que la prohibición ha sido establecida en su interés y entendemos que es renunciable

Se pueden brindar las informaciones respecto de las sentencias condenatorias sólo:

- 1- Cuando el interesado haya dado su consentimiento.

- 2- Cuando un Magistrado lo equiera como *elemento de prueba de los hechos en una causa judicial*, mediante una resolución fundada.

No se pueden informar los procesos:

- 1- En los que haya recaído un Sobreseimiento
- 2- En los que haya recaído sentencia absolutoria.
- 3- En los que haya recaído sentencia condenatoria
 - a. Después de transcurridos diez años desde la sentencia (artículo 27), para las condenas condicionales
 - b. Después de transcurridos diez años desde su extinción, para las demás condenas a privativas de la libertad
 - c. Después de transcurridos cinco años desde su extinción, para las condenas a pena de multa o inhabilitación

Es obvio que los registros deben estar actualizados, ya que si no lo están sería una forma de comisión del delito previsto en el art. 157, ya que entendemos que admite el dolo eventual; admitir lo contrario implicaría convalidar una forma de violar la prohibición.

La violación de lo dispuesto en este artículo configura la tipificación de la violación de secreto oficial contenida en el art. 157 del Código Penal, salvo que la misma configure un delito más severamente penado,

«como sucede si el informe contiene una falsedad, caso en el que el delito del art. 293 desplaza la aplicación de la figura del art. 51, último párrafo». ⁵⁹

Pensemos en las declaraciones de algunos policías y funcionarios sobre los antecedentes de un detenido y las noticias periodísticas que se publican. dando cuenta de los mismos.

5.1 Acceso ilegítimo a un Banco de datos y revelación de la información contenida en el mismo

Sobre el tema, nos remitimos a lo explicado en el punto 4.3. Debemos recordar que la Ley 25.326 incorporó el art. 157 bis al Código Penal, reformado por la Ley 26.388, que prevé una inhabilitación especial para ejercer cargos públicos en caso de que el autor fuere funcionario público, categoría que ostentan los Magistrados, funcionarios judiciales, funcionarios del Ministerio de la Acusación y la Defensa, y funcionarios policiales.

La divulgación de los mal llamados «*antecedentes*» de una persona, contenidos generalmente en los archivos policiales conocidos como prontuarios, es violatoria de este tipo penal.

Además debe tenerse presente que lo úni-

co que puede considerarse antecedente de una persona es una sentencia condenatoria firme en su contra; mientras sus efectos no hayan prescrito, el resto no son más que registraciones policiales sin valor alguno, pero que se usan para etiquetar a las personas como delincuentes, puesto que prima el principio de inocencia sobre todo lo que no sea una condena firme y que, como vimos, no haya caducado en sus efectos.

En la prov. de Buenos Aires, la información del R.U.A.P. (Registro Único de Antecedentes Penales) es de tipo reservado, conforme al art. 271 del Código Procesal Penal, por lo que su divulgación constituye este delito; también es reservada la información R.U.A.P. creada por el ordenamiento procesal santafesino, recientemente promulgado y aún no vigente (art. 257). Lo mismo ocurriría si se dieran a conocer los informes del Registro Nacional de Reincidencia.

6. Perjuicios que acarrea la publicidad del sumario, por los medios de comunicación

En un muy interesante trabajo llevado a cabo por Marcelo Lerman y Viviana Gardenal, los mismos han clasificado los inconvenientes que genera la publicidad del sumario a través de los medios de comunicación, en problemas que acarrearán perjuicios para el imputado, por un lado, y por

otro, en perjuicios para participantes del proceso, además de los perjuicios al «Derecho de Justicia» de la Sociedad, al que aludiéramos *ut-supra*.

«Dentro de los que se traducen en perjuicios para el imputado, podemos mencionar los siguientes:

1) Influencia de la publicidad transmitida a través de los medios de prensa sobre los jueces

2) Influencia de la publicidad transmitida a través de los medios de prensa sobre los testigos⁶⁰

3) Problema de la publicidad como pena
Con respecto a aquellos inconvenientes que afectan a otros participantes del proceso, los distinguiremos en:

1) Perjuicios que la publicidad puede causar a testigos

2) Perjuicios que la publicidad puede ocasionar a la víctima⁶¹

En el primer tema entienden que se puede afectar la imparcialidad del juzgador,⁶² por ejemplo en la formación de un prejuicio, sobre todo en los jueces encargados de la etapa siguiente a la instrucción, es decir, la del juicio; que se haya formado en su inconsciente una opinión de la causa que luego le llegará; no obstante también se puede dar en la etapa de instrucción, sobre todo cuando el Magistrado tiene que

tomar una resolución definitiva, como el Sobreseimiento de una persona.

En los Estados Unidos de Norteamérica se dan las siguientes soluciones a esta problemática:

- Eliminación de jurados influenciados, durante la selección de los mismos
- A *change of venue* -el cambio de jurisdicción- cuando por la difusión del caso no se pueda tener un jurado imparcial
- El contempt of court, la limitación a la información que puede brindarse, y el respeto al Juez o Tribunal
- La anulación de sentencias por violación al principio de imparcialidad por haber sido influenciado el jurado por los medios de comunicación

La primera solución se podría llevar adelante con un criterio amplio en la admisión de la excusación de un Magistrado, o bien de su recusación, según sea el caso.

La segunda, no es admisible conforme nuestra Constitución, que consagra el principio *forum loci commissi*, en su art. 118.

La tercera, sería interesante legislarla, dentro del paquete de medidas que se trae de los Estados Unidos, al igual que el perjuicio, puesto que traemos al agente encubierto, al arrepentido, y a otros institutos,

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales, publicidad de las audiencias

pero eso es sólo una parte del paquete; lo lógico es traerlo completo.

Se deriva de la llamada «*Contempt of Court Act 1981*», dictada en Inglaterra, para buscar un paliativo a este grave problema de la publicidad y del respeto a la Corte. Esta legislación se ha desarrollado en todo el territorio del ex imperio británico, tal es así que se encuentra en Canadá, Australia, Estados Unidos, Pakistán; se la conoce como actos de desprecio a la Justicia, donde no sólo se busca proteger al imputado de la presión de la prensa a los jurados y tenga un juicio justo, sino también de proteger a la Justicia de un descrédito, basado en permanentes críticas, sin fundamento, por fuera de los medios legales de hacerlas.⁶³

Si bien en los Estados Unidos de Norteamérica, se ha limitado mucho la aplicación de las *gag orders*, en el caso *Nebraska Press Assn vs. Stuart*, la Corte de dicho país decidió «la constitucionalidad de una restricción previa judicial en defensa del derecho a un juicio justo»⁶⁴.

Las grandes democracias, sean parlamentarias o presidencialistas, buscan proteger a la Justicia, que es uno de los Poderes del Estado de Derecho, lo que no significa encubrir delitos, o su mal funcionamiento, sino preservar la credibilidad

en aras de la estabilidad del sistema, un concepto que este país, alejado del Estado de Derecho desde 1930 por ese execrable autoritarismo de Uriburu y de los que lo siguieron, parece no entender.⁶⁵

En la misma línea se encuentra el *Informe Rassat* en Francia, que «propone «un absoluto secreto de la instrucción», que impida la publicación o difusión de cualquier noticia sobre el procedimiento en curso, reforzado por una norma penal que sancione al periodista, funcionario, magistrado o abogado que infrinja la prohibición de informar sobre el caso (*Le rapport Rassat préconise un renforcement du Secret de l'instruction*, en *Le Monde*, 3/10/96, pág. 8)».⁶⁶

La cuarta puede ser por violación al principio de imparcialidad, que ha dado lugar a la nulidad de varios juicios, y que podría ser receptada por nuestra jurisprudencia.

Entrando al segundo tema -la influencia sobre los testigos- debe tenerse presente que «la percepción relevante para el Tribunal es la que tuvo lugar en un momento y espacio determinados (ya sea antes, durante, o después del hecho). Pero un testigo que ha estado expuesto a la información que se dio sobre la investigación a través de los medios de comunicación, pierde gran parte de su credibilidad».⁶⁷

Que nos lleva necesariamente a los perjuicios que le puede causar al testigo esta publicidad, por ejemplo, si la persona quisiera guardar secreto sobre las actividades que desarrollaba en ese lugar y a esa hora. Supongamos a un testigo casado, que estaba con otra persona, que no era su pareja, en un motel.

También pone en riesgo la salud y la vida del testigo, que puede ser agredido o muerto por el autor del injusto, o sus familiares.

Hechos estos que hacen que las personas sean reacias a prestar testimonio en las causas penales, complicando seriamente la correcta administración de justicia.

Entrando al tercer tema, cuando se da la noticia de que una persona, de la que se brindan todos sus datos, ha sido acusada de un delito, hay una suerte de «condena social», que entre otras cosas, le puede llevar a perder su trabajo, a ser excluido en su club, en su círculo de amistades; todo esto en franca violación al principio de inocencia, pues no se ha llegado a una sentencia condenatoria definitiva. De allí la reticencia de algunos Magistrados a dar los nombres de las personas que se «sospecha» guardan relación con el injusto.

También las víctimas se ven afectadas, al igual que los testigos, y, si bien en algunos delitos contra la integridad sexual pueden elegir no llevar adelante la acción penal para evitar esa publicidad que se conoce como *strepitus foris*, en los delitos de acción pública no tienen esa posibilidad y ven afectadas sus vidas.

Son muy ilustrativas en este tema las reflexiones del maestro Couture: «*La publicidad es, en sí misma, una garantía de la función jurisdiccional. Pero los instrumentos modernos de difusión de ideas e imágenes, han llevado esta garantía a términos que, desde el otro extremo, conspiran contra la obra de la jurisdicción y constituyen un peligro tan grande como el secreto mismo. La televisación de audiencias ha provocado en algunos países profundas reacciones de protesta. No sólo los jueces ven perturbada su acción por una malsana curiosidad, sino también las propias partes y los testigos son sometidos a graves excesos de publicidad que violan el derecho a la intimidad, a la disponibilidad de la propia persona, el llamado *The right of to be alone*, el derecho a que lo dejen a uno solo y en paz. Colocando el problema en sus justos términos, debe decirse que el principio de publicidad constituye en sí mismo una preciosa garantía del individuo respecto*

*de la obra de la jurisdicción; pero que la malsana publicidad, el escándalo, la indebida vejación de aquellos que no pueden acudir a los mismos medios porque su propia dignidad se los veda, pueden no sólo invalidar esa garantía sino también transformarla en un mal mayor. La prudence debe acudir en este punto en auxilio de la Justicia».*⁶⁸

7 Algunas cuestiones resueltas por la jurisprudencia de la Corte de los EE.UU.

Se consagra en nuestra Constitución la libertad de prensa, y se considera que ella está integrada por el llamado *derecho de información*, lo que llevó a que se argumentara que era un privilegio de la prensa, e implicaba una obligación de informar. Como ya hemos visto, esto no es así pues el derecho de información no genera automáticamente una obligación de informar, sino que la misma surge de otros textos constitucionales.

Por ello la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha resuelto «que la prensa no cuenta con un derecho constitucional de acceso privilegiado a las fuentes de información (Branzburg vs. Hayes) y que la Constitución no otorga a la prensa un derecho de acceso especial a la información distinto del que corresponde al público en

general (Pell vs. Procunier). También se decidió que ni el público ni la prensa pueden invocar un derecho constitucional a exigir un juicio público (Richmond Newspaper Inc. vs. Virginia), y que no existe derecho constitucional para grabar y difundir un testimonio producido en juicio, ni que la prensa exija beneficios especiales, pues el requerimiento de juicio público se cumple al dar oportunidad al público y a la prensa de asistir al juicio, y de informar lo que allí han observado (Nixon vs. Warner Communications Inc.)».⁶⁹

8. Publicación de las sentencias

Las regulaciones que hemos visto hasta el momento son aplicables en general a la publicación de las sentencias de cualquier fuero; las limitaciones que surgen de las declaraciones, convenciones y pactos internacionales de derechos humanos, también se les aplican.

La publicación de las sentencias es fundamental en nuestro régimen representativo y republicano, donde los jueces son elegidos en forma indirecta por los miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, que fueron elegidos en forma directa.

Por ello, la publicidad de las sentencias es una forma de que el pueblo controle a sus

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales, publicidad de las audiencias

jueces y forma parte inescindible de nuestro sistema de Gobierno, además de otorgar legitimidad a los magistrados.

Recientemente, en la causa «Kook Weskott, Matías s/Abuso deshonesto»⁷⁰, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió rechazar la petición efectuada por un abogado que había sido condenado por Abuso deshonesto, en la cual solicitaba que se suprimiera el nombre de las partes en la publicación de la sentencia.

Entendió el máximo Tribunal que el principio republicano de publicación de las sentencias, como expresión de la regla republicana de publicidad de los actos de Gobierno, está contemplado en el art. 1º de la Constitución Nacional y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civil y Políticos.

Luego recuerda unas palabras de Alberdi, «*que la Justicia debe ser administrada públicamente, y las sentencias deben expresar sus motivos, pues el propósito de la publicidad- que es la garantía de las garantías- consiste en impedir que los delegatarios de la soberanía abusen de su ejercicio en daño del pueblo a quien pertenece*».⁷¹

Por ello entiende que la regla republica-

na es la publicación de las sentencias con los nombres completos, y las excepciones son solamente las que se establecen en la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes que se refieren a menores o enfermos de SIDA y las situaciones contempladas en el art. 164 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación.

9. Conclusiones

Se debe excluir al público y a la prensa de las audiencias orales cuando se den las siguientes causales contempladas en nuestra Carta Magna:

- interés de los menores
- tutela de otras garantías constitucionales
- consideraciones de orden moral
- consideraciones de orden público
- consideraciones basadas en la Seguridad Nacional
- consideraciones basadas en el interés de la vida privada de las partes
- circunstancias especiales del asunto; cuando la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la Justicia, en opinión del Tribunal.

En la relación con los medios de comunicación social, los jueces, al suministrar información, deben hacerlo preservando su imparcialidad, la lealtad debida a las partes, el secreto profesional, etcétera.

Luego del desarrollo que hemos hecho en los ítems precedentes, podemos concluir que en el *clearing* de valores constitucionales los que participan del principio de reserva conjugado, con la publicidad de los actos de gobierno, la libertad de prensa, el derecho al honor, el debido proceso, la defensa en juicio, el acceso a la Justicia o Derecho a la Justicia, con las prohibiciones procesales de brindar información y su correspondientes prohibiciones penales, como el delito de violación de secretos, sin dejar de lado las cuestiones éticas a considerar; todo ello para poder hacer una interpretación lógica de la obligación de los jueces de brindar información.

Podemos dividir los supuestos que se nos presentan en tres:

I) Sentencias firmes

La única obligación de informar del Juez surge del principio republicano del control de los actos públicos que, interpretado conforme el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, estipula la publicidad de las sentencias firmes penales y contenciosas, salvo las limitaciones impuestas por dicho artículo y otras disposiciones legales por:

- *el interés de menores de edad*
- *las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales*

las actuaciones referentes a la tutela de menores

- *las que hubiere sido absuelto el imputado*
- *transcurrido un determinado lapso que haya hecho caducar la condena y los registros de la misma.*

Las reglas que hemos expuesto son aplicables a la publicación de sentencias, de cualquier fuero.

II) Durante la instrucción o investigación penal preparatoria

En la investigación o etapa del sumario de investigación, el Juez o el Fiscal no tienen obligación alguna de informar; por el contrario, es cuanto más deben mantener el secreto en aras del éxito de la investigación -cuando el caso lo justifique-, ya que luego se podrá controlar su actuación durante la etapa del juicio, con lo cual queda garantizada en el momento oportuno la publicidad de los actos de Gobierno.

III) Durante la etapa del juicio o audiencias de debate

En la etapa del desarrollo del juicio -sea oral o escrito- el Juez no tiene obligación jurídica de informar, pero como el principio es que el juicio sea público, entendemos que debe informar tanto en el juicio escrito como en el oral, salvo que estemos en los supuestos en que se puede excluir

a la prensa de las audiencias orales por:

- interés de los menores
- tutelarse otras garantías constitucionales
- consideraciones de orden moral
- consideraciones de orden público
- consideraciones basadas en la Seguridad Nacional
- consideraciones basadas en el interés de la vida privada de las partes
- circunstancias especiales del asunto; cuando la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la Justicia, en opinión del Tribunal

IV) Reglas Éticas comunes a los supuestos II y III, es decir, de casos pendientes

El Juez en los casos en trámite o pendientes de sentencia firme:

- a) tiene prohibido anticipar directa o indirectamente el contenido de las decisiones que adoptará
- b) debe evitar comentarios sobre un caso específico
- c) debe procurar que no trasciendan detalles de las causas en trámite
- d) si excepcionalmente fuera necesaria alguna explicación puntual sobre un caso específico se hará a través de una comunicación escrita y en términos suficientemente claros para ser entendidos por el público no letrado
- e) en circunstancias excepcionales cuando al solo fin de esclarecer información equívoca

o errónea fuese necesaria la comunicación verbal con la prensa, podrá referirse a la tarea judicial y al proceso en general o a sus etapas, poniendo extremo cuidado en evitar comentarios específicos sobre un determinado caso

f) una vez protocolizado el decisorio y en la medida en que resulte necesario para evitar erróneas interpretaciones, con prudencia, puede efectuar las aclaraciones que sean indispensables o aconsejables, evitando intervenir en polémicas en las que aparezca defendiendo los criterios jurídicos de su decisión.

Una prensa responsable, comprometida con el diario ejercicio de la democracia, respetuosa del Estado de Derecho, es invaluable para asegurar una adecuada administración de justicia, por lo que coincidimos plenamente con lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia de los EE.UU. en Sheppard vs. Maxwell: «Una prensa responsable ha sido siempre vista como el siervo de la efectiva administración judicial, especialmente en el campo penal. Esta función está documentada por una impresionante historia de servicio a lo largo de varios siglos. La prensa no simplemente publica información sobre juicios, sino que preserva contra errores de la Justicia al someter a la policía, a los fiscales y al proceso judicial a un fuerte escrutinio y crítica públicos»⁷²

Por los Fueros

Obligación de informar de Jueces y Fiscales, publicidad de las audiencias

Quisiéramos terminar estas reflexiones con la frase de Tácito, que Mariano Moreno pusiera como lema en su periódico La Gaceta, «Rara temporum felicitate, ubi sentire quae velis, et quae sentias dicere licet» («Rara felicidad de los tiempos en los que pensar lo que quieras y decir lo que piensas está permitido») ■

¹ Si bien, no como cuadro sino como argumentación a la que hemos agregado algunos toques personales, el grueso de esta concepción es desarrollada por el profesor Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, en su obra «*Derecho Penal*», Parte General, Ediar, Buenos Aires 2000, págs. 38 y ss.

² El cuadro que desarrollamos a continuación se encuentra en su libro, «*Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Primera Parte*», Reimpresión, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1995, PÁG. 66, al que le hemos hecho unos agregados.

³ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, «*El debido proceso de la garantía constitucional*», Editorial Zeus, Rosario 2003, PÁGS. 51/2.

⁴ FERRAJOLI, LUIGI: «*Derecho y Razón*», Editorial Trotta, segunda edición, Madrid 1997, PÁG. 616

⁵ BENAVENTOS, OMAR: «*Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*», Editorial Juris, Rosario 2001, PÁG. 43.

⁶ Existiría una «obligación» genérica de informar, atento la garantía de la publicidad de los actos de Gobierno.

⁷ Fallo de la Cámara Penal Rosario, Sala 3a integrada, 05.05.99, M.J.C.s/Secuestro extorsivo, homicidio calificado, etcétera, s/pedido de vista de causa y expedición de copias formulado por el periodista R.S., Zeus, Tomo 80, J-261

⁸ PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO, comentario al fallo de

la Cámara Penal Rosario, Sala 3a integrada, 05.05.99, M.J.C.s/Secuestro extorsivo, homicidio calificado, etc., s/pedido de vista de causa y expedición de copias formulado por el periodista R.S., titulado «*Libertad de Acceso al proceso fenecido por parte de la Prensa*», Zeus, Tomo 80, J-261

⁹ Estos artículos autorizan estudiar y fotocopiar un expediente judicial.

¹⁰ La citada jurisprudencia ha sido conseguida por intermedio de la Secretaría de Informática de la Suprema Corte de Justicia de Santa Fe, con sede en Rosario, a la que desde ya agradecemos su permanente y eficiente colaboración, y se encuentra registrada como Informe remitido por el Juez de Instrucción No 1 de Trelew, s/ Diario Crónica. I STUO RA 000014 19-03-96 UN

¹¹ Queremos dejar en claro que en un país donde impere el Estado de Derecho, es decir, un Sistema Representativo Republicano Democrático Constitucional de Gobierno, sólo hay tres Poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; la prensa -mal que les pese a muchos- podrá ser un factor de presión, pero nunca un cuarto Poder, como pretenden los autoritarios de turno que atentan contra la democracia.

¹² BADENI, GREGORIO: «*Tratado de Libertad de Prensa*», Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2002, PÁG. 369

¹³ Quien desee ampliar sobre el tema puede consultar en la Revista de Derecho Penal, año 2001, Tomo I, «Ga-

rantías Constitucionales y Nulidades Procesales –I–, Director Edgardo Alberto Donna, Sección Doctrina, de Adolfo Prunotto Laborde el artículo titulado «Principio de Legalidad. Alcance y Precisiones», Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, septiembre del 2001

¹⁴ SOLER; SEBASTIÁN: Derecho Penal Argentino, Tomo I, actualizado por el Dr. Guillermo Fierro, TEA, Buenos Aires 1988, PÁG. 172

¹⁵ PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO: Manual Teórico Práctico Policial, Zeus, Rosario 2002, PÁG. 44.

¹⁶ TOLLER, FERNANDO: «Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva», Estudio de la Prevención Judicial de Daños Derivados de Informaciones, La Ley, Buenos Aires 1999; PÁGS. 373/4

¹⁷ BOVINO, ALBERTO: «Publicidad del Juicio Penal, la televisión en la sala de audiencias», en Libertad de Prensa y Derecho Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires 1997, PÁG. 114

¹⁸ Hemos encontrado una interpretación doctrinaria que extiende la publicidad a la etapa de investigación, ya que el Pacto habla de proceso; creemos que la misma es errónea, ya que el Legislador no siempre respeta el significado técnico de los términos y menos en los tratados internacionales, donde hay que hacer concesiones de todo tipo, -lingüísticas, políticas, etcétera- para lograr el consenso; baste como ejemplo el Estatuto de Roma que regula la Corte Internacional para la persecución de Crímenes contra la Humanidad.

¹⁹ FAYT, CARLOS: «La Corte Suprema y sus 198 Sentencias sobre Comunicación y Periodismo. Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción», La Ley, Buenos Aires 2001, PÁG. 256

²⁰ BOVINO, ALBERTO: «Publicidad del Juicio Penal, la televisión en la sala de audiencias», op. cit, pág. 159

²¹ FAYT, CARLOS: «La Corte Suprema y sus 198 Sentencias sobre Comunicación y Periodismo. Estrategias de la prensa ante el riesgo de extinción», OP. CIT., PÁG. 257

²² Hecho que hemos podido comprobar personalmente en una visita que hicimos a ese Tribunal para presenciar el desarrollo de un juicio.

²³ BOVINO, ALBERTO: «Publicidad del Juicio Penal, la televisión en la sala de audiencias», OP. CIT, PÁG. 127

²⁴ Hecho que hemos podido comprobar personalmente en una visita que hicimos Washington DC y al Tribunal del Condado de Montgomery, para presenciar el desarrollo de varias audiencias de trámite de juicio.

²⁵ SOLER, SEBASTIÁN: Derecho Penal Argentino, tomo IV, 2a ed., TEA, Buenos Aires 1963, PÁG. 92

²⁶ Real academia española, Diccionario de la Lengua Española, 18a ed., 1956, PÁG. 1.183

²⁷ CREUS, CARLOS: Derecho Penal, Parte Especial, tomo 1, 4a ed., Astrea, Buenos Aires 1993, PÁG. 387

²⁸ Sobre el tema puede consultarse de EDUARDO MOLINA QUIROGA: «Protección de Datos Personales», publicado en los Boletines de Zeus, Nos. 6822/5 del 10 al 13 de diciembre, Tomo 87

²⁹ Dicha Ley ha sido reglamentada por el decreto 1558/01, publicado en el Boletín Oficial del 3/12/2001

³⁰ KMEKDJIAN, MIGUEL ÁNGEL: Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV, Depalma, Buenos Aires 1997, PÁG. 85

³¹ GHERSI, SEBASTIÁN: Violación de secretos y privacidad. Los documentos electrónicos, La Ley 2008-F, 731

³² Texto según Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008

³³ No hemos pretendido reseñar la postura de todos los ordenamientos procesales, sino de algunos de ellos.

³⁴ El subrayado nos pertenece, los periodistas forman parte del concepto de extraños con el que se maneja la Ley procedimental.

³⁵ Que un funcionario anuncie que se ha cometido un homicidio en tal lugar, aproximadamente a tal hora, en el que resultara víctima una persona de tal sexo, no compromete la investigación y no viola el secreto; la comisión del injusto comienza cuando siguen haciendo declaraciones que superan e sos parámetros mínimos, parámetros que incluso permiten respetar el derecho a la información.

³⁶ PRUNOTTO LABORDE, ADOLFO: «*Justicia y Medios de Prensa*», Zeus, Tomo 88, D-175

³⁷ SOLER, SEBASTIÁN: Derecho Penal Argentino, tomo IV, TEA, Buenos Aires, 1963, 2a ed., PÁG. 125

³⁸ DE OLAZABAL, JULIO; PATRIZI, JORGE: «*Reforma del proceso penal en Santa Fe. Ley 12.162*», ELC, Santa Fe 2004, PÁGS. 146/7

³⁹ El subrayado nos pertenece.

⁴⁰ FERRAJOLI, LUIGI: «Derecho y Razón», op.cit., PÁG. 621

⁴¹ Del voto del Dr. GUILLERMO FIERRO, Cámara Penal de Rosario, Sala 3a integrada, 5/5/99, M.J.C.s/Secuestro extorsivo, homicidio calificado, etcétera, s/pedido de vista de causa y expedición de copias formulado por el periodista R.S.

⁴² TOLLER, FERNANDO: «*Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva*», OP. CIT. PÁGS. 351/2.

⁴³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala I (CNCrimyCorrec, SalaI), 11/03/1994, en la causa Demitrievich, Jorge L.: LA LEY 1995-C, 536 - dj 1995-2, 9-96, sj. 833.

⁴⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI • 07/07/2003 • Garré, Marcelo y otros • LA LEY, 26/04/2004, 7.

⁴⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal

y Correccional, sala VI • 03/07/2003 • Mata Ramayo, Antonio y otros • LA LEY 2004-C, 99, con nota de M. A. A.

⁴⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VI • 19/09/2002 • FERNÁNDEZ, ODILÓN R. • DJ02/04/2003, 826 - DJ2003-1, 826

⁴⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VII • 29/06/2000 • Castillo, Angel J.

⁴⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala VII • 14/12/1999 • VARA, LUISA • LA LEY 2000-D, 804 - DJ2000-3,355

⁴⁹ Parte de la información y contenido de este ítem se basa en el artículo de Leopoldo Abad Alcala, titulado: «*Algunas reflexiones sobre el secreto de sumario como límite a la actividad informativa*», que se puede encontrar en Internet, en la siguiente dirección: <http://www.ucm.es/info/di/4/leopoldo.htm>

⁵⁰ TOLLER, FERNANDO: «*Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva*», OP. CIT., PÁG. 315

⁵¹ TOLLER, FERNANDO: «*Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva*», OP. CIT. PÁG. 321

⁵² Sobre este tema en particular y sobre las relaciones entre prensa y secreto judicial es altamente recomendable el libro de Rosa RODRÍGUEZ BAHAMONDE: «*El secreto de Sumario y la libertad de información en el proceso penal*», Dykinson, Madrid, 1999

⁵³ RODRIGUEZ BAHAMONDE, R., OP. CIT., PÁG. 226

⁵⁴ TOLLER, FERNANDO: «*Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva*», OP. CIT. PÁG. 333

⁵⁵ El juicio oral siempre tendrá carácter público en el Ordenamiento jurídico español, lo que se desprende de la conjugación de los artículos 680 de la LECr, el artículo 120 de la Constitución española y el artículo 232 DE LA LOPJ 56

⁵⁶ MUÑOZ-ALONSO, A.: «*Política y nueva comunicación. El impacto de los medios en la vida política*», Fundesco, Madrid, 1989, PÁG. 121

⁵⁷ VEGA RUIZ, J.A. DE: «*Libertad de expresión, Información veraz, Juicios paralelos y Medios de Comunicación*», Universitas, Madrid, 1998, PÁG. 68

⁵⁸ Código de Ética para Magistrados y Jueces del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe, Talleres gráficos de Imprenta Lux S.A., Santa Fe 2002

⁵⁹ NUNEZ, RICARDO: «*Las disposiciones Generales del Código Penal*», Marcos Lerner Editora, Córdoba 1988, PÁG. 234

⁶⁰ Lo que ocurrió en el caso «*María Soledad Morales*» en Catamarca, con la televisación del juicio, que era seguida por todo el mundo, incluidos los testigos que aún no habían declarado.

⁶¹ LERMAN, MARCELO; GARDENAL, VIVIANA: «*La publi-*

dad periodística del sumario durante la instrucción», en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VIII, No 14, AD-HOC, Buenos Aires diciembre de 2002, pág. 382.

⁶² Sobre este tema puede consultarse a Fabricio Guariglia: «*Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad*», en Libertad de Prensa y Derecho Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires 1997, págs. 87 y ss.

⁶³ Sobre este instituto del common law, puede consultarse: «*Libertad de Prensa y debido proceso legal*», de Eliel C. Ballester, publicado en Jurisprudencia Argentina, Tomo 1988-I-831 y la magnífica obra de TOLLER, Fernando: «*Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva*», que ya citáramos más arriba.

⁶⁴ TOLLER, FERNANDO: «*Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva*», OP. CIT. PÁG. 338

⁶⁵ Cómo puede ser que a una persona que, mediante un golpe de Estado, desplazó a un gobierno constitucional rompiendo el Estado de Derecho, desconociendo la Constitución, se la honre poniéndole su nombre a numerosas calles de nuestras ciudades; sería como si en Alemania le pusieran a las avenidas: Hitler.

⁶⁶ GUARIGLIA, FABRICIO: «*Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad*», en Libertad de Prensa y Derecho Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires 1997, NOTA 43, PÁG. 106

⁶⁷ LERMAN, MARCELO; GARDENAL, VIVIANA; OP. CIT., PÁG. 393

⁶⁸ COUTURE, EDUARDO: «*Fundamentos del derecho procesal civil*», 3a edición (póstuma), reimpresión inalterada, Depalma, Buenos Aires 1997, PÁGS. 193/4

⁶⁹ BOVINO, ALBERTO: «*Publicidad del Juicio Penal, la televisión en la sala de audiencias*», OP. CIT. PÁG. 141

⁷⁰ Fallo del 28 de julio de 2005

⁷¹ ALBERDI, JUAN BAUTISTA: «*Elementos del derecho público provincial argentino*», en «Organización política y económica de la Confederación Argentina», Benzados, Imprenta de José Jacquin, 1856, PÁG. 283

⁷² SHEPARD Vs. MAXWELL, 384 U.S. 333,350 (196), en Toller, Fernando: «*Libertad de Prensa y Tutela Judicial Efectiva*», OP. CIT. PÁG. 361



El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

DRA. GEORGINA ELENA DEPETRIS | Jueza de la Cámara de Apelación en lo Penal, Sala III, Rosario.

Introducción

Se avecinan épocas de cambio en la justicia penal de la Provincia de Santa Fe, y algunas cuestiones sobre las que durante mucho tiempo hemos estado trabajando, en pos de un proceso acusatorio, respetuoso de las garantías constitucionales, adquieren hoy especial relevancia práctica.¹

En ese marco, y teniendo presente que nos hallamos ante un nuevo paradigma, un proceso adversarial ajeno a nuestra larga cultura jurídica y política, aun cuando desde la Constitución es impuesto desde 1853, hemos de trabajar como se toman en ese caso las decisiones judiciales, siendo el mayor exponente de ellas la sentencia, pero con el denominador común de que los jueces sólo pueden resolver acerca de los pedidos de las partes².

Y esto, que parece tan sencillo, y que se corresponde con el famoso triángulo chiovendano que sitúa a las partes en un plano de igualdad y el juez en el vértice, equidistante de ambas, aquello que los atenienses practicaron y per-

feccionaron dentro de su sistema democrático, y que hoy pareciera tan obvio como el que dos mas dos son cuatro, requirió casi dos siglos a la Argentina internalizarlo.

Paradójicamente, nuestros juristas fueron precursores en pregonar la necesidad de un juicio penal acusatorio en el país, pero la Provincia de Santa Fe, ha resultado ser el último de los dinosaurios de la Argentina, manteniendo aún hoy, en la más estricta soledad, un proceso inquisitivo, y además escrito.

Tanto es así, que hemos sido visitados por delegaciones extranjeras a los fines de analizar tan rara pieza de museo⁴, circunstancia que podría causar gracia, si no fuera que dicho sistema significa un elevado coste en privación de derechos y vulneración de garantías.

El problema de la verdad

Ello no es fruto de la casualidad, si no producto de una larga historia que lleva incitas connotaciones ideológicas y políticas, de

poder en definitiva, tan antiguos como la humanidad, y la concepción del hombre y su dignidad. La puja constante entre poder y subordinado.

El derecho penal y su relación con el proceso son el máximo exponente de ello.

Ya lo decía Foucault, en diálogo con Giles Deleuze sobre el poder:... «*me sorprendió ver como estaba interesada por el problema de las prisiones tanta gente que no estaba predestinada a entender este discurso de los detenidos y finalmente lo entendían. ¿Como explicarlo? No ocurrirá que, de un modo general, el sistema penal es la forma en que el poder, en tanto que poder se muestra del modo mas manifiesto?*»⁵

Y el poder se erige sobre el control que quien lo detenta puede tener sobre sus súbditos, y al respecto adquiere relevancia el tema de la verdad, y sobre ella ha girado siempre la discusión respecto a los fines del proceso penal, a diferencia del proceso civil.

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

Pareciera que en este último, justicia y verdad no son necesariamente sinónimos o van de la mano, aceptándose unánimemente decisiones que muchas veces se basan en ficciones, por ej: el que no contesta la demanda acepta los hechos afirmados en la misma, cuando la realidad indica que no necesariamente es así, la única verdad en ese caso es que la demanda no ha sido contestada. Son las formas consensuadas en una sociedad a los fines de resolver un conflicto pacíficamente, pero no mucho tienen que ver con la verdad.

De hecho se la llama «*verdad formal*», como si un valor pudiera ser adjetivado. O se es verdadero o no lo es⁶. Ahora bien, si lo podemos conocer o no es otro problema, ajeno ya a este trabajo, y propio del ámbito de filosofía y la teoría del conocimiento.

Para el proceso penal, concebido como un instrumento de poder, *-advértase que se enuncian sus fines como averiguar la verdad real y aplicar la ley sustantiva-*, el tema de la verdad adquiere relevancia, de tal modo, que pareciera que los jueces hemos sido investidos de algún don, que permita infaliblemente conocerla.

Así se nos ha asignado la noble misión de investigar, que nada tiene que ver con juzgar, evidentemente no confiando el legislador

en la capacidad de los Fiscales para realizar correctamente su tarea *-no sabemos que materia de la carrera de abogacía los privó del don-*, posicionando a los jueces como garantes de la verdad, en una sobre dimensión de la persona en función de su título, por fuera de todo criterio de racionalidad.

Recordemos en ese sentido los principios procesales que enseñaba Vélez Mariconde⁷:

En primer lugar, el de «**Oficialidad**», comprensivo de lo que denominó subprincipios de Estatalidad, legalidad e Indisponibilidad en el ejercicio de la acción; y hasta acá podríamos decir que íbamos más o menos bien, en tanto ello no es incompatible con el proceso según Constitución, aunque hoy prevalezcan otras reglas que se consideran más eficientes, eficaces y garantizadoras de los derechos de todos los involucrados en el conflicto.

En segundo lugar, menciona el de «**Verdad Real**», caracterizado por la identidad física del juzgador, *Inmediación, Oralidad, Continuidad, Publicidad* (hasta aquí también vamos bien), pero agrega el subprincipio de *Impulsión e Investigación judicial autónoma*.

Es en este último donde se patentiza la utilización del proceso como un instrumento al servicio del Estado para el logro de sus obje-

tivos, un medio de control social que se aparta del postulado constitucional de garantía para el ciudadano. Se justifican las medidas para mejor proveer, si el Magistrado considera que las partes no hicieron bien

su labor. Esto da por tierra con la igualdad de las partes, el Juez rompe su imparcialidad en pos de la búsqueda de la tan ponderada «verdad real», en este caso.⁸

Corresponde detenerse en este llamado Sub principio por Vélez, porque dicha connotación ideológica no ha podido ser desterrada siquiera con la implementación progresiva de la ley 12734, ya que el texto ordenado por la ley 12912 ha mantenido los arts. 393 y 400 de la ley 6740, aunque tiene sentencia de muerte cuando comience a regir definitivamente.

Y como crónica de una muerte anunciada, ya la Corte Suprema de nuestra Provincia, ha establecido en «Godoy», que las medidas para mejor proveer afectan la imparcialidad del Juzgador y por ende, la Garantía del debido Proceso y Defensa en Juicio, al decir que: «...*al haber habilitado la actuación del sentenciante la incorporación de una circunstancia calificante que no formaba parte de a litis – según el debate de las partes durante el juicio- ha desequilibrado la igualdad que debe existir en el*

Por los Fueros

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

proceso penal entre la acusación y la defensa. Tal proceder ha determinado también un menoscabo a la imparcialidad del juzgador, garantía que forma parte de los derechos implícitos (art. 33 C.N.), se deriva de las garantías de debido proceso y defensa en juicio (art.18 C,.N.), se halla consagrada expresamente en instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art.26 D.A.D.H., 14.1 P.I.D.C.P., 8.1 C.A.D.H 10 D.U.D.H.), y constituye «uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado» (Fallos 328:1491). Y ella exige, justamente, «la condición de «tercero» del juzgador, es decir, la de no ser parte, ni estar involucrado con los intereses de éstas, ni comprometido con sus posiciones, ni tener prejuicios a favor o en contra de ellos; y la actitud de mantener durante el proceso la misma distancia de la hipótesis acusatoria que de la hipótesis defensiva (indiferencia, neutralidad), hasta el acto mismo de la sentencia» con cita de Cafferata Nores.⁹

Y por último, aun cuando su formulación se advierta impecable, el tercer principio que

enuncia, **«Inviolabilidad de la defensa»**, consistente en *contradicción, intimación originaria y congruencia entre acusación y fallo*, pierde operatividad frente a la actividad oficiosa del juez en la tan mentada búsqueda de la verdad.

Lo cierto es, que la aceptación de lo considerado verdadero en la historia, ha sido dada por las más variadas costumbres; desde los juegos de la prueba, las manifestaciones de las divinidades, las ordalías, la oratoria y la retórica, lo que dicen los jueces, etc.

Los resultados tan disímiles de dicha búsqueda permiten en definitiva concluir que la verdad es un problema individual, y en un proceso adversarial, la sentencia dará una respuesta a un conflicto en base a parámetros preestablecidos de una contienda que las partes logren convencer con su estrategia sobre la credibilidad de su versión.¹⁰

Esa es la forma consensuada en nuestra sociedad a los fines de mantener la paz.

El proceso como garantía

Desde una concepción antropológica, sabemos que nuestra Constitución, además de Derechos a los ciudadanos, otorga Garantías para que los mismos puedan ser ejercidos ple-

namente, frente a posibles avances del poder. Y así, el art. 18 reza, que nadie puede ser penado sin un juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, y que el derecho de defensa en juicio es inviolable.

Teniendo presente, como refiere Ferrajoli, *«que el Derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política»*, y que *«la pena, cualquiera sea la forma en que se la justifique y se la circunscriba, es en efecto, una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo»*¹¹, ese juicio previo, entendido como proceso, es una garantía para el ciudadano que frente a la pretensión punitiva del Estado, se opone el proceso ante los jueces naturales a través del cual se verificará la pertinencia de tal pretensión, y en tal caso se habilitará.

Es el juez quien sólo tiene la llave de la puerta para que eso suceda, y deberán convenirlo para ello.

Así, se advierte que el proceso es el lugar de los discursos, pasando el tema de la verdad a un ámbito secundario (no decimos que no sea importante a los fines de lo que se en-

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

tiende por tal para resolver los conflictos), en tanto lo que ocurre fácticamente es otra cosa, porque en definitiva, aquello que formará nuestra decisión, si le sacamos cualquier connotación moral y política, será el resultante del discurso de las pruebas.

De acuerdo a la violencia supra referida, el Derecho penal se ha convertido en el centro de la reflexión jurídica, en el cual a los fines que se efectivice su función de garantía, es necesario que predomine el conocimiento sobre la autoridad.

Es lo que Ferrajoli ha dado en llamar el **«cognoscitivismo»**, como rasgo constitutivo del garantismo penal, que no es más que la verificación de la acusación mediante un sistema empírico y cognoscitivo, por oposición a modelos penales **sustancialistas y decisionistas**.¹²

Para ello, debe tenerse presente, que a los fines de adquirir la información para tomar una decisión, respecto al delito y sus circunstancias lo mejor que tenemos es un conjunto de versiones acerca de lo que *«realmente ocurrió»* (el imputado tiene una versión, la víctima la suya, el policía el propio, y así cada uno de los testigos), y cada una ofrece un aspecto parcial desde su punto de vista, que las partes deberán revelar al Tribunal.

La prueba no habla por sí sola, si no que debe ser presentada por las partes al servicio de su relato, y la decisión solo podrá tomarse en función de la calidad de la información suministrada por los litigantes.

Lo cierto es que la verdad se encuentra en un pasado que lamentablemente nadie puede visitar.¹³

Así es que nos encontramos que el proceso es en definitiva, el lugar de los discursos de las partes, avalado en el discurso de las pruebas, a los fines de provocar el discurso del juez o tribunal, que, en definitiva, debe haber logrado un estándar de convicción – certeza-, acerca de la verosimilitud de la acusación fiscal para condenar e imponer una pena de acuerdo al art. 18 del CN.

Si no lo logra, porque el de la defensa logró convencer de la improcedencia de la pretensión punitiva, o no logró convencer el fiscal acerca de los extremos de su acusación, generándose dudas, el proceso ha cumplido su fin, presentándose como un obstáculo al ejercicio de un poder irracional.

Recordemos que todo ciudadano goza de un estado de inocencia, que solo puede ser destruido por una sentencia que lo declare culpable luego de un proceso en el cual se

haya debatido y probado, oído el acusado y en igualdad de condiciones.

Así es que sólo las pruebas, podrán dar sustento válidamente a nuestra resolución, es esa y ninguna otra connotación moral, psicológica, intuitiva o ideológica que pueda tener el juzgador al respecto.

La decisión

Enseña Carnelutti, en como se hace un proceso, que luego de la discusión entre las partes, el juez debe resolver las dudas y **«decidir»**.

Que decidir quiere decir, precisamente, **«cortar por el medio»**

Y que por difícil que sea encontrar el cuchillo que separe la razón de la sinrazón, el juez tiene que emplearlo. No puede sustraerse a ello.¹²

En nuestro derecho, el juez no puede negarse a fallar por dudas, si las mismas son sobre los hechos deberá absolver *–el non liquet–*, pero respecto al derecho tiene el deber de interpretarlo (no olvidemos en nuestra materia la prohibición de analogía *in malam partem*, la exigencia de lex cierta y estricta, la existencia de leyes penales abiertas y tipos en blanco).

Por los Fueros

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

Y esa decisión puede ser *positiva o negativa*, esto último por *errores procesales* (el caso de las irregularidades sujetas a invalidación en nuestra ley, la exclusión de la prueba obtenida ilegalmente, etc.), o por *fracaso de la prueba* (único medio por el cual puede conocer los hechos).

Esa decisión, teniendo presente la multivocidad de los vocablos, se traduce en un juicio, entendido como el pronunciamiento lógico de un razonamiento efectuado por el Juezador¹⁵ (la palabra juicio se utiliza tanto para denominar a un proceso como al pronunciamiento del juez en la sentencia o el veredicto de un jurado).

Y así, la actividad de Juzgar, siguiendo el análisis epistemológico del maestro Ferrajoli, deberá consistir en una actividad de:

• Reconocimiento de la ley

• **Conocimiento de los hechos juzgados:** de acuerdo a criterios de «*aceptación*» de verdad, o uso de término verdadero, por cuanto ya no se puede definir al juicio como el silogismo perfecto y al juez como «*boca de la ley*».

Esta actividad de reconocimiento y conocimiento exigen decisiones dotadas de márgenes de discrecionalidad.

La interpretación de la ley no es nunca solamente una actividad reconocitiva, si no que es fruto de una elección práctica respecto a hipótesis interpretativas alternativas.

Y la prueba también exige decisiones argumentadas, no es solamente una actividad solamente cognoscitiva, si no que siempre es la conclusión de un proceso inductivo, es la aceptación también de un acto práctico de hipótesis alternativas explicativas.

La decisión tiene connotaciones concretas que distingue a cada hecho de los demás (además de comprobar abstractamente los hechos denotados por la ley).

Es decir, los jueces no son simplemente «Boca de la Ley», seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes, si no que se abren espacios inevitables de discrecionalidad dispositiva.

Pero dicha discrecionalidad, en un sistema garantista, jamás puede trascender a las pruebas producidas y al derecho reconocido como aplicable, dentro de la máxima taxatividad fáctica y legal.

Así, y aclarada nuestra posición sobre el concepto de verdad, Ferrajoli elabora la concepción semántica de la verdad procesal como

«*correspondencia*», analizando el significado del predicado «*verdadero*», asociado a las proposiciones que motivan un pronunciamiento judicial, limitado a la «*verificabilidad*» y la «*verificación procesal*», que significa aceptar justamente este margen, concebido como «*la verdad probabilística de la conclusión*», de acuerdo a la clasificación o calificación de los hechos históricos comprobados conforme las categorías suministradas por el léxico jurídico y elaboradas mediante la interpretación del lenguaje legal. Fuera de esta verificabilidad jurídica y fáctica, es puro autoritarismo sustancialista (constitutivo).¹⁶

La decisión entonces, deberá ajustarse a la dogmática jurídico penal (ese conocimiento a la hora de resolver es imprescindible, a los fines de verificar que la teoría del caso de la parte acusadora se ajuste a las mismas) y exclusivamente a los hechos controvertidos, por lo que en el juicio oral la preparación y conocimiento de las partes es fundamental, ya que el mismo no es indulgente con ellas, las falencias se patentizan, y las responsabilidades también.

Y no solo el conocimiento del derecho, si no la capacidad estratégica para transferir la información deseada, logrando extraer la mayor calidad de la información con que cuenta un testigo (o surge de otra prueba) y también de

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

lograr la concentración y atención del tribunal. No olvidemos que tratándose ahora de un proceso netamente adversarial, donde las partes contienden en pie de igualdad ante terceros imparciales, éstos ningún compromiso ni conocimiento tienen de la causa, y por tanto sólo podrán tomar la decisión en base a:

1- La información de calidad provista por las partes (no sólo en sus alegatos sino en la que sean capaces de extraer del examen de las pruebas).

2- Las posibilidades de atención y percepción de los jueces (al escuchar a los testigos, al escuchar los alegatos de las partes, de poder relacionar la prueba producida con la teoría del caso expuesta en los alegatos de apertura), no olvidemos que el juicio oral es vertiginoso, y las decisiones deben tomarse con inmediatez, aún cuando haya registros fílmicos y días para deliberar ininterrumpidos para el dictado de la sentencia, no así para la resolución de incidencias y objeciones que se presente en la audiencia.

3- Evaluación de la credibilidad de los testigos, de sus fortalezas y debilidades.

Y además, que la prueba haya sido obtenida legalmente, no olvidemos que si se comprueba la siguiente ecuación: **prueba + ilegalidad - fuente alternativa o clearing de valores**¹⁷, debe ser excluida, en cualquier estado y grado del proceso.

Excursus: Esta valoración es propia de la actividad a realizarse en la etapa intermedia o crítica instructoria, se pretende que la audiencia preliminar sea un filtro para que la causa se eleve a juicio oral limitado al debate de los aspectos sustanciales del conflicto, pero ello no impide y la ley permite que también se plantee en el juicio, por tratarse de cuestiones que comprometen seriamente la actividad del Estado y las Garantías Constitucionales (arts.297, 303 inc.9, y 248 de la ley 12.734).

La motivación de la decisión

Todos sabemos que son tres los sistemas de valoración de la prueba conocidos:

1- la prueba tasada o legal: donde la ley establece los requisitos para que el juez se de por convencido, aunque siempre hay un ámbito de discrecionalidad, por cuanto el juez puede y debe valorar el requisito que la ley le impone, ej: buena fama.

2- La íntima convicción: la ley no establece ningún valor a las pruebas, propio del Jurado, en el cual solamente autoriza el eje

de la discusión o el dictado de la sentencia.

3- La sana crítica racional o libre convicción: en la cual se exige una conclusión racional (en caso contrario se aplica la doctrina de la arbitrariedad) y un juicio crítico, basado en las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología.

Esta última es la que rige en los códigos procesales modernos, en el nuestro incluido, para la satisfacción constitucional de la motivación de las resoluciones y el control de partes, y el derecho a recurrir.¹⁸

No olvidemos como se dijo anteriormente, el sistema adversarial significa un proceso de conocimiento que presenta recortes a la facultad de conocer, cada parte elige la prueba que le conviene de acuerdo a su teoría del caso, y que se encuentra vedado al juzgador toda posibilidad de intervenir en la producción de la misma.

Por lo que el sentenciante deberá explicar los motivos de su decisión con los medios a su alcance, que permita considerarla una derivación razonada no sólo del derecho vigente, sino también de las pruebas producidas.

La Corte IDH en «Apitz» estableció que «la argumentación de un fallo debe mos-

Por los Fueros

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

trar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de las pruebas ha sido analizado» y «el deber de motivación es una de las «debidas garantías» incluidas en el art.8.1, para salvaguardar el debido proceso».¹⁹

Y esa motivación es exigible para todos los extremos de la sentencia, no solo en relación a la existencia del hecho, y la responsabilidad penal, sino también en orden a la imposición de la pena, y la modalidad de cumplimiento. La Corte de la Provincia de Santa Fe ha resuelto últimamente en reiteradas oportunidades la invalidez de la sentencia que impone una pena sin fundamentar las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del CP, a partir del caso «Mordini»,²⁰ y cuando se omite la fundamentación del monto de la pena o se hace sólo en términos generales²¹, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo ha hecho últimamente además, ante la falta de fundamentación del modo de cumplimiento de la condena, efectiva o condicional.

Obviamente, esta exigencia de motivación responde a la necesidad de excluir la arbitrariedad, y garantizar el adecuado control de las partes sobre la decisión, otorgando los fundamentos para que la garantía del

«doble conforme» y de la «tutela judicial efectiva», resulten operativas²³.

No olvidemos que la Corte IDH en «Herrera Ulloa» y posteriormente la Convención en «Godoy» entendieron que el recurso importa un examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el Tribunal inferior²⁴.

Y en consonancia con ello, nuestra CSJN, en «Casal»²⁵, ratificándolo en «Carre-ra»²⁶ fijó la aplicación de la teoría del «máximo rendimiento», consistente en revisar todo lo que se pueda, siendo el único límite para ello el resultado de la «inmediación», en cuanto a la impresión personal obtenida en el juicio oral, y aclarando que en cuanto a la que los testigos pueden causar, hay obligación de dar cuenta mediante criterios que Casación puede revisar.

El problema del juicio por jurados y la garantía de la motivación de las decisiones

Cuando nos hacemos la pregunta acerca de quien juzga en un proceso penal, encontramos que hay más de una respuesta.

Si bien lo común y normalmente aceptado – por lo menos en nuestro país- es que la Jurisdicción la ejercen Jueces o Tribunales técnicos, no es esa la única alternativa que prevé nuestra Constitución, y que podemos ver en todas sus variantes en el Derecho Comparado.

Así es que existen dos modelos de impartir justicia, uno oficialista, donde la misma es impartida por funcionarios oficiales, y otro donde se establece en poder de los ciudadanos.

De todas maneras, estos dos sistemas no son incompatibles, no sólo se pueden verificar sistemas mixtos, sino que necesariamente el carácter de técnicos y legos debe concurrir para el adecuado ejercicio de la actividad jurisdiccional.²⁷

En relación al sistema de enjuiciamiento popular, podemos decir que la institución del jurado, de modo genérico, se caracteriza como un conjunto de individuos no pertenecientes de modo permanente al poder oficial, designados y reunidos para decidir sobre un caso judicial. El número de sus integrantes es variable, y también su composición, siendo posible mencionar, cuerpos formados exclusivamente por legos, y otros de índole mixta

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

(ciudadanos sin profesión legal que actúan de modo conjunto con letrados).

Al tratarse de ciudadanos que concurren circunstancialmente para decidir sobre un caso singular, su decisión se traduce en un veredicto, es decir un pronunciamiento que admite o rechaza la acusación, sin que se expongan las razones que llevaron a tomar esa posición, la que resulta vinculante para el ejercicio del poder.

La ley 12.734, prevé la posibilidad de la incorporación del juicio por jurados, en consonancia con la Constitución Nacional²⁸.

El problema se presenta, y entendemos que no ha sido aún resuelto, por cuanto el juicio por jurados aparece como un mandato constitucional en nuestro país, es propio de la naturaleza y la composición del jurado que su veredicto sea inmotivado, y por otra parte la misma Constitución y los tratados internacionales como refiriera supra, exigen la motivación de la sentencia y la posibilidad recursiva.

Al respecto, puede verse el trabajo de Gustavo Herbel, quien sostiene que el veredicto inmotivado obstaculiza al imputado revisar una condena que se deja librada al debate interno y secreto de un

jurado al que no se exigen razones, ni se impone control externo, y si por hipótesis se afirmara que la mejor apreciación a la verdad se alcanza sumando la apreciación subjetiva de un conjunto importante de personas que ofrezcan diversas miradas sobre un mismo objeto, como de hecho hace el modelo de jurado clásico, lo cierto es que, pese a su calificado control horizontal (popular), el sistema no satisface nuestro debido proceso. Concluye en consecuencia, y citando a la CSJN en el fallo Casal, considerando 15, que posiblemente haya que redefinir el concepto de jurado que tuvieron los Constituyentes, de acuerdo a modelos actuales diferentes de participación popular.²⁹

El debate es sumamente actual, en tanto la Provincia de Buenos Aires cuenta con un proyecto de ley de jurado netamente popular, que modifica el art. 106 el Código Procesal Penal, estableciendo que las sentencias y los autos deberán ser motivados, bajo sanción de nulidad, pero que esta regla no regirá respecto del veredicto en el juicio por jurados, no requiriéndose para el mismo el desarrollo escrito de la valoración de a prueba, dando cuenta de las razones que llevan a la convicción (art 210); pero a su vez, el art. 20, establece que el Tribunal de

Casación entenderá en la acción de Revisión de sentencias de juicio oral, juicio abreviado y directísimo en materia criminal, y en el veredicto de culpabilidad y sentencia dictados en el procedimiento de juicio por jurados.

Sin dudas aparece el interrogante respecto a cual será la base para el trámite de la vía recursiva, lo revisable por Casación.

Córdoba ha resuelto el tema, por cuanto el sistema que rige por ley 9182 y 9183 desde el año 2005, no es un jurado popular puro, si no uno mixto o escabinado, integrado por tres jueces y ocho jurados mas los suplentes, y en este caso sí requiere fundamentación del veredicto.

Por supuesto, también tiene sus bemoles, si se tiene en cuenta que los jurados y los dos jueces integrantes del Tribunal, con excepción del Presidente, resuelven únicamente sobre la cuestiones relativas a la existencia del hecho delictivo, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes, la participación del imputado y sobre la culpabilidad o inocencia del mismo, pero si mediara discrepancia entre los dos jueces y los jurados, y éstos formaran mayoría, la fundamentación lógica y legal de la de-

Por los Fueros

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

cisión mayoritaria correrá por cuenta del Presidente de la Cámara, excepto que uno de los dos jueces haya concurrido a formar la mayoría, en cuyo caso la fundamentación será elaborada por éste. En igual sentido, el Presidente de la Cámara deberá motivar la decisión minoritaria de los jurados cuando ninguno de los dos jueces hubiera votado en el mismo sentido que aquellos.

En este caso, difícil es la posición de dicho Magistrado, que debe dar fundamento a una decisión inmotivada de terceros, ajena tal vez a su propio convencimiento.

De todas maneras, Córdoba exhibe con orgullo la resolución de los casos «Bachetti»³⁰, donde los jurados declararon la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, aún cuando la cuestión relativa a la pena aplicable no es de su incumbencia; y «Ortega»³¹, en el cual consideraron que se encontraban ante un caso de «tentativa desistida» en un homicidio, en contra de la opinión de los dos jueces letrados.

Habrá que ser muy cuidadosos en la regulación de la institución cuando se la pretenda incorporar al sistema procesal penal de nuestra Provincia, de manera

de asegurar el mandato constitucional en ambos sentidos, teniendo presente que el jurado popular es también una garantía para el ciudadano, que sean sus pares quienes habiliten o no el ejercicio del poder penal del Estado.

Límites a la decisión

Por último, retomando la cuestión de la decisión judicial, estimamos importante destacar los límites y recortes a la actividad de los jueces – cualquiera sean los que integren el tribunal- en relación al fallo.

En primer lugar no debemos olvidar que entrará a regir un proceso penal netamente «adversarial», donde la decisión debe tomarse exclusivamente en relación **al discurso de las partes y los hechos controvertidos**, verificando que la teoría del caso responda a la dogmática jurídica penal, en todos sus aspectos.

El Juez para ello, es independiente y soberano, no olvidemos que nuestro ordenamiento ha optado por el sistema de control de constitucionalidad difuso, sin perjuicio de la vinculatoriedad de los fallos de la Corte como último intérprete de la Constitución; y ello se mantiene, aún en el caso de «reenvío», ante la re-

vocación por la Alzada de una sentencia absolutoria. En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, en el caso «Chiazza», no ha dejado ninguna duda.³²

Sin perjuicio de ello, nos encontramos muchas veces con que se presentan cuestiones no debatidas, por errores o omisiones de las partes, pero respecto a las cuales podría existir un imperativo legal de expedirse, de acuerdo a los términos de la acusación, por ejemplo, si la ley prevé para el caso la declaración de reincidencia, la unificación de penas y condenas, la posibilidad de condena de ejecución condicional y reglas de conducta a imponerse, etc.

Entendemos que aun cuando el Juzgador no debe suplir la actividad de las partes, no habría obstáculos para que, al detectar la situación, inste a su solución, en función de su carácter de director del debate y el deber de saneamiento de causales de irregularidad, siempre que ello sea posible, y sin interferir en la relación de equilibrio parcial, o en las cuestiones que hacen exclusivamente a la estrategia elegida.

Si la parte acusadora por ejemplo, requiere una condena de ejecución condicional, no hay obstáculos a que el juez le

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

exija que dé sus fundamentos y exponga bajo que reglas de conducta pretende se impongan, para que ello pueda ser efectivamente contraargüido.

Si ello no ocurre, muchas veces nos encontramos ante serios problemas, por cuanto otro de los límites a la resolución, es el *monto de la pena solicitada por el Fiscal*, en tanto el art 335 de la ley 12734 establece que el Juez no podrá aplicar sanciones mas graves que las peticionadas por el mismo, advirtiéndose en este caso, que modifica el viejo art 402 II, del Código Procesal Penal según ley 12.912, que hace referencia a «pena superior o mas grave», lo que implica dos supuestos diferentes.

Recordemos que la CSJSF. en «Nogueira y Merayo» se expidió en orden a la constitucionalidad de esta normativa, y la inconstitucionalidad de la multirreincidencia pero no resolvió la cuestión, por no ser materia de agravios, sobre como debe decidir el Juez ante la omisión del Ministerio Fiscal de solicitar lo que corresponde de acuerdo a las disposiciones legales para el caso, y sin dar cuenta tampoco de la existencia de razones jurídicas por las que estimara no correspondería hacerlo²⁵.

El dilema que se le puede presentar al juez en ese caso es tener que apartarse de las disposiciones del Código Penal, o si no lo hace, afrontar una posible nulidad de la decisión si ello no fue objeto de debate.

Otro de los límites al poder de decisión esta dado por **la congruencia entre los términos de la acusación y el fallo**, entendiéndose como tal la misma base fáctica entre acusación y decisión, de manera que los términos de este último jamás puede irrogar una sorpresa para el acusado, sobre cuestiones de las que nunca puede defenderse.

Ello varía sin dudas entre una acusación de un delito a título de dolo, o de culpa, de acción u omisión.

Si bien no es pacífica la doctrina en relación a estos últimos supuestos, pueden verse al respecto los interesantísimos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en «Fariña Duarte»³⁴ y Antognazza³⁵, como así también de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, en Aliendo³⁶, Valiente³⁷, Paez Marta³⁸, Alf³⁹, criterios estos últimos que se han ido renovando en casos de homicidio y homicidio en riña, imputación del deber de cuidado en los delitos culposos, relación con el principio «iura novit curia», etc.

Por último, a los fines que el Tribunal pueda «decidir», es necesaria la **subsistencia de la acusación al momento del dictado de la sentencia**, ya que si la conclusión del Ministerio Fiscal, es absoluta, el juez deberá resolver en consecuencia, concordando con la última jurisprudencia de la C.S.J.N en autos «Mostaccio»⁴¹, en el que se vuelve al criterio sustentado en autos «Tarifeño» en cuanto a que «*En materia Criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la C.N. exige que el juicio sobre la culpabilidad del imputado tenga como paso previo la observación de las formas sustanciales relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por sus jueces naturales. Dichas formas no son respetadas sin que medie acusación*»⁴²

Lo cierto es que de acuerdo Fiscal y Defensor, desaparece el conflicto traído a juzgamiento, y aún cuando la ley 12734 no lo establece específicamente, como debió hacerlo en el art. 397 in fine del Código Procesal Penal -t.o. ley 12.162, no mediando una concreta acusación integrativa de la efectuada en la acusación inicial, se encuentra vedado a los Magistrados efectuar su propia valoración ante la ausencia de un agravio real y concreto de alguna de las partes en el proceso, de

Por los Fueros

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

acuerdo a la sustancial separación entre acción y jurisdicción que informa el sistema de persecución penal acusatorio y que fuera claramente receptado por la normativa en vigencia.

Conclusión

Este trabajo dista mucho de agotar todas las cuestiones que se pueden presentar relacionadas al dictado de la sentencia luego del debate.

Aquello que parecía un tema árido para tratar en ocasión que me convocaran del Ministerio de Justicia a los fines de dar una clase sobre la sentencia en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal⁴³, resultó que presentaba numerosas cuestiones interesantes y muchos interrogantes que intentan plantearse en este trabajo que aún no han sido resueltos, como se anticipara en relación al Jurado y la motivación de las sentencias, arduas discusiones respecto al alcance del principio de congruencia, y otros, que por razones lógicas de extensión del presente no han podido ser abarcadas como la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de oficio por parte de los jueces⁴⁴, la necesidad de la cesura a los fines de debatir en primer lugar la existencia del

hecho, autoría y responsabilidad penal por una parte, y luego la imposición de la pena, o como tiene Chile, el juicio de responsabilidad penal, luego del de autoría (justamente, para evitar que se tenga que fallar sobre cuestiones que no hubieran sido debatidas), cuales son las decisiones que se pueden tomar en el juicio abreviado, la sentencia de segunda instancia, y obviamente, la conflictiva situación del «reenvío» con los postulados del juicio oral, etc.

Cada uno de ellos amerita un tratamiento específico, que excede con creces el objeto de este artículo, que pretende destacar la reivindicación de los paradigmas del sistema acusatorio en la ley 12734, antiguos por cierto, en tanto fueron plasmados por Alberdi en el 53, pero que tanto tiempo ha constado incorporar no solo en nuestra legislación, si no en nuestra cultura jurídica ■

El dictado de la sentencia en el nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal: ¿nuevos o viejos paradigmas?

¹ Ley 12734, cuya entrada en vigencia se espera para para el segundo semestre de este año, luego de reiteradas prórrogas.

² En tal sentido, confrontar también le 13018 Arts.1,5,y 7

³ No puede dejar de mencionarse en nuestra Provincia la labor de SUPERTI, HÉCTOR, CORVALÁN VÍCTOR, VÁZQUEZ ROSSI, RAMÓN TEODORO RÍOS, JULIO DE OLAZÁBAL, sin perjuicio de muchos otros distinguidos profesores.

⁴ Recordemos las visitas de las delegaciones de Cortes Supremas de distintas provincias de la República Popular China

⁵ Michel Foucault, «Un dialogo sobre el poder», Ed Alianza- Materiales, PÁG.11.

⁶ SUPERTI HECTOR C., «Derecho Procesal Penal, temas conflictivos», Ed. Juris, PÁGS.48, sigs,

⁷ A.VELEZ MARICONDE, «Derecho Procesal Penal, TII, Cap. V, pags.173 y sigs. Ed. Marcos Lerner

⁸ Se puede ver al respecto SUPERTI HÉCTOR C. ob. Cit.Cap II, c) ¿El proceso penal es una garantía o un instrumento de represión?, Pàg.31/33.

⁹ CSJSF, REG.:A I S, T 233, p. 333-337, «G.,A.O. u O.A.- Tentativa de Robo Calificado. Recurso de Inconstitucionalidad» 01-10-2009 (EXPTE.CSJ.NA63 año 2009).

¹⁰ Al respecto puede verse VÍCTOR CORVALÁN, «Derecho Procesal Penal, Análisis crítico del Procedimiento Penal, Ed. Nova Tesis, PÁGS. 420 y sigs

¹¹ FERRAJOLI, LUIGI, «Derecho y Razón» Teoría del Garantismo Penal», Ed. Trotta, Introducción, PÁG.21).

¹² FERRAJOLI, ob.cit., PÁGS.34/45

¹³ BAYTELMAN A, MAURICIO DUCE J., « Litigación Pe-

nal, Juicio Oral y Prueba «, Colección Derecho, Cap. II, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile

¹⁴ CARNELUTTI, FRANCESCO, «Como se hace un Proceso», colección Clásicos Jurídicos, Director ADOLFO ALVARADO BELLOSO, Ed. Juris, PÁGS..119

¹⁵ MAIER, JULIO; «Derecho Procesal Penal Argentino, T.1b Fundamentos, Ed. Hammurabi PÁG.240 y sigs

¹⁶ FERRAJOLI, ob. Cit, PÁGS.36/39, cap.1, «Cognoscitivism Decisionismo»,PÁGS. 108/109, y « el poder punitivo entre verificación y valoración», PÁGS.117 y sigs

¹⁷ Debe recordarse aquí los criterios de la CSJN en «Charles Hnos.»(fallos, CSJN 46:36), «Montenegro» (fallos, CSJN,303:1938), «Fiorentino»(LL, 1985-A-46:36), «Rayford» (Fallos CSJN,308:733), «Ruiz Roque» (Fallos CSJN, 310:1847, LL, 1988-B-444), la construcción rosarina en «Petrocco» 24-4-87 y «Ortiz», 25-8-89, CAPenal Rosario, Sala 2.

¹⁸ Constitución Provincial. ART.95; art. 140., CPP s/ Ley 12734

¹⁹ CORTE IDH, «Apitz vs. Venezuela, 5-08-2008, párr.78

²⁰ CSJSF: «Mordini, Mario Alfredo, Portación ilegal de arma de guerra, Reg.AyS T.245, P 251-274, 27-08-2012

²¹ CSJSF: J.A.L. Y N.R s/ Homicidio agravado por empleo de arma de fuego en grado de tentativa y portación ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso real, etc.; Reg.AyS, T.210., P.295-300, 16-10-2012

²² GARCÍA, JOSÉ MARTÍN s/ causa Na97.999, CSJN, 04-05-2010, ARÁOZ HECTOR JOSÉ s/ causa Na10.410, CSJN, 17-05-2011

²³ PSJCR. Art.8 y 25, PIDCY P, art. 14

²⁴ CORTE IDH « Herrera Ulloa v.Costa Rica», del 9/7/2004; Comisión IDH, Godoy Rubén Luis vs. Argentina, Informe N°175/10, caso 12.324, aprobado en sesión N°1853, del 02-11-2010

²⁵ CSJN, MATÍAS CASAL, fallos :328:3399, 20-10-2005

²⁶ CSJN, CARRERA FERNANDO ARIEL s/ causa 8398,

05-06-2012, La Ley, 26/06/2012.

²⁷ Dicha coexistencia se verifica en la Constitución Nacional en cuanto establece por un lado el Juicio por Jurados, y por otra parte el Poder Judicial de la Nación, arts.108 y 118, además del 24 y 75 inc.12.

²⁸ Ley 12734, art. 4: «En los casos que sea procedente la conformación del jurado se regirá por las normas que establezca una ley especial». Ley 12734, art.44: « cuando se autorice el juicio por jurados, una ley determinará la forma en que se integrarán en colegio los jurados, sus características, requisitos para la convocatoria y la fecha de entrada en vigencia de esta forma de juzgamiento» CN: art. 24: El congreso promoverá el establecimiento del juicio por jurados. Art.75 inc.12: el congreso dictará las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados CN, art.118; todos los juicios criminales que no deriven del despacho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados.

²⁹ HERBEL, GUSTAVO A, « La motivación de la condena y su revisión amplia como garantía del imputado (¿puede el juicio por jurados restringirlas?), en Derecho Penal y Procesal Penal Na4, Directores PEDRO J. BERTOLINO y PATRICIA ZIFFER, ABELEDO PERROT, Año 2013, PÀG.684

³⁰ caso «Bachetti», dictado por la Cámara Criminal de 11a nominación de la ciudad de Córdoba el 2 de noviembre de 2007.

³¹ Caso «Ortega», Cámara Criminal de 8a nominación de Córdoba el 29 de diciembre de 2011

³² CSJSF, Reg.:AY S T.244, P 66-84; « Ch., C.J.-Encubrimiento s/Recurso de Inconstitucionalidad», 10-04-2012 (Expte. CSJ, N°178 año 2010)

³³ CSJSF, Reg.A y S T.217 P299-304: « Noguera, Cristian Ricardo y Merayo, Daniel Jaciento – Lesiones Leves Dolosas y violacion de domicilio s/ Recurso de Inconstitucionalidad », 20-12-2006. (Expte. CSJ N°282, año 2006)

³⁴ CSJN, FARIÑA DUARTE, SANTIAGO y Otros s/Rec. de Casación, F.179. XXXVII, 6 de julio de 2004

³⁵ CSJN, ANTOGNAZZA, MARÍA ALEJANDRA s/p.s.a. abandono de persona calificado», 11-12-2007

³⁶ CSJSF, ALIENDRO, JOSÉ JULIO, Reg.AYS T.98, P.317-327, 29-12-1992

³⁷ CSJSF: VALIENTE, MARIO; Reg.AYS. T.122, P.140-148, 07-11-1995.

³⁸ CSJSF: PAEZ MARTA; Reg. A y S, T.220, P.-414-428, Expte. CSJ N°386, año 2006

³⁹ CSJSF: A.W.A.- Homicidio agravado, Reg.A y S, T.234, P.378-398, 15-12-2009

⁴⁰ CSJSF: O.R.I s/apremios ilegales, Reg.AYS, T.246, P.13-17; S., J.L y otro s/ Homicidio en Riña, Reg.AYS, T.247, P.123-127 y V.O.G, s/ Homicidio y Lesiones Culposas en concurso ideal, Reg. A y S, T.245, P.395-410

⁴¹ CSJN, MOSTACCIO, JULIO GABRIEL s/ Homicidio Culposo» del 17 de febrero de 2004

⁴² CSJN. TARIFEÑO, FRANCISCO, Fallos 325; 29-12-1989, La Ley, 1995-B, 32-D, 1995-1-703

⁴³ Clase impartida el 8 de febrero de 2013 en el «Curso de actualización para aspirantes a la Magistratura Penal» según decreto N°2623/09, art.17, organizado por el Ministerio de Justicia de la Provincia de Santa Fe

⁴⁴ Puede de verse al respecto, CORVALÁN, VÍCTOR, Ob. Cit, PÁG.271 y sigs, JAUCHEN, EDUARDO M, «Derechos del Imputado», Ed. Rubinzal Culzoni, PÁG.148, y el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Mill de Pereyra, Rita Aurora y Otros/

Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contenciosa Administrativa, Recurso de Hecho, 27 de Septiembre de 2001



El desafío del trámite oral en los T.C.R.E. de Rosario a cincuenta años de su creación

DR. JUAN JOSÉ BENTOLILA | Juez del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 2. Rosario.

En el año 1963, a través de la Ley Orgánica de Tribunales No 3.611, fueron implementados, en el ámbito de las ciudades de Santa Fe y Rosario, los Tribunales Colegiados de Instancia Única en lo Civil¹.

La novedosa atribución de competencia por materia persiguió diferenciar aquellas causas en las que el Legislador entendió que las cuestiones de hecho resultaban de mayor gravitación que las de Derecho, clausurando, por ende, el debate de los aspectos fácticos en instancia única ante un Colegio de jueces, con la finalidad de lograr una tramitación ágil que tuviera la impronta de los principios prevalentes, vinculados a la oralidad².

Así se siguió la visión tradicional, que vincula al trámite oral con la inmediatez y con la celeridad, autorizando tal perspectiva la concentración de actos procesales que se verifica personalmente en oportunidad de la audiencia de vista de causa. En tales términos, se ha dicho que resulta una tendencia mundial el

llegar a la plena adopción de la oralidad para la tramitación de todos los litigios³.

En el año 1980, la Ley No. 8.501 diferenció a los Organos, según su competencia material, en Tribunales Colegiados de Instancia Única en lo Civil de Responsabilidad Extracontractual y Acciones Posesorias y Tribunales Colegiados de Instancia Única en lo Civil de Familia. La actual denominación data del año 1988.

Coincidimos con la Comisión Editora de «Magistrados y Funcionarios» en que, a cincuenta años de su creación, resulta relevante producir un informe sobre la situación actual de estos Organos jurisdiccionales, mas, aclararemos que limitamos la referencia por razones de espacio y especialidad a lo que viene sucediendo en los T.C.R.E. de la ciudad de Rosario, en lo que va de la primera década del siglo XXI.

Como no es nuestra intención abrumar al lector con datos estadísticos, tomare-

mos algunos mínimos indicadores testigos del T.C.R.E. N° 2 de Rosario.

En el año 2001 se iniciaron - en el citado Organo- mil cuatrocientas veintinueve causas, que llevaron los expedientes en trámite a nueve mil ochocientos setenta y uno, y se fijaron dos mil doscientas noventa y ocho audiencias de vista de causa. Paralelamente, en el año 2012, se iniciaron tres mil setecientos ochenta y un causas, que llevaron los expedientes en trámite a treinta y un mil novecientos cincuenta, y se fijaron tres mil ciento ochenta y cinco audiencias de vista de causa.

Como puede apreciarse, en tan sólo once años, se incrementó un 264,59 % el ingreso de causas nuevas y un 323,68 % la cantidad de expedientes en trámite.

El hecho de que no hubiera existido un análogo aumento de la fijación de audiencias de vista de causa (sólo se potenciaron en un 138,59 %) se debe a que,

atento contar con la misma cantidad de jueces para atenderlas, la única variable posible viene siendo su progresivo diferimiento temporal, con la consiguiente merma del principio de celeridad que suele asociarse al trámite oral.

Es que, en todo este lapso, la cantidad de unidades jurisdiccionales que cuentan con análogas circunstancias fácticas a las referidas, se mantuvo sin variantes.

Como puede apreciarse, la realidad situacional dista de ser óptima para la provisión de un servicio de Justicia de la calidad que se pretende, habida cuenta que el sostenido incremento de causas no viene siendo acompañado por reformas estructurales que permitan una elevación acorde de los medios tendientes a brindar respuestas jurisdiccionales.

En tales términos, el desafío de mantener la calidad de la producción judicial lleva a generar fuertes exigencias a los recursos humanos integrantes de estos Tribunales⁴, como también someter al justiciable a esperas mayores a las previstas en las normas de Derecho adjetivo, con el consecuente descontento que se verifica en la labor diariamente desempeñada.

Ello se agrava con la prolongación de las situaciones de vacancia que son de público conocimiento, a las que se atiende por un sistema de subrogancias que suele brindar soluciones con un ritmo diverso al deseado, obligando a proveer integraciones que generan no pocos inconvenientes de índole técnica.

Sin embargo, debe destacarse que, aun reconociendo las limitaciones apuntadas y tantas otras que no encuentran eco en el presente trabajo⁵, no son pocas las voces que expresan su beneplácito con el sistema de colegiatura y trámite oral en materia civil extracontractual.

En efecto, aun cuando -reiteramos- nos encontramos ante un escenario de funcionamiento en modo alguno similar al que tuvo en miras el legislador de hace cincuenta años, no es menos cierto que el esfuerzo constante y la tenacidad que podemos apreciar en nuestros colegas y compañeros de trabajo ha permitido que, con todas estas dificultades en el horizonte, el trámite oral continúe vigente y apto para otorgar al justiciable las respuestas jurisdiccionales que busca ■

¹ P. V. CECCHINI, FRANCISCO C.: «*Tribunales Colegiados*»; en PEYRANO, Jorge W. (Director): «Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe», Rosario, Nova Tesis, 2002, Tomo 1, Pág. 393 y ss.

² VIDE ROSAS LICHTSCHEIN, MIGUEL ANGEL y CARLOS, EDUARDO B.: «Explicación de la Reforma Procesal», Belgrano, 1962

³ ALVARADO VELLOSO, ADOLFO: «*Introducción al estudio del Derecho Procesal*», Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000, Primera Parte, pág. 264 y ss.

⁴ Con los riesgos que ello implica. Al respecto p. v. nuestro trabajo en coautoría con MAMBELLI, ROXANA: «*La salud laboral de los Magistrados y Funcionarios: un problema invisibilizado*», en «*Magistrados y Funcionarios*», Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Rosario, 2011, año 1, No 1, pág. 30 y ss.

⁵ La importancia de reconocer los límites fácticos ha sido especialmente abordada por CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL: «*Los límites de los repartos*»; en BENTOLILA, JUAN JOSÉ (Coordinador): «*Introducción al Derecho*», Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 65 y ss.; GOLDSCHMIDT, WERNER: «*Introducción Filosófica al Derecho*», 6a edición, Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 71 y ss.



Juicio por jurados

DRA. CRISTINA NOEMI HERRERA | Fiscal N° 9. Rosario.

El Jurado Prejuiciado Introducción

Reconozco que investigar y escribir sobre el juicio por jurados significa un desafío, en virtud de la escasa bibliografía con que se cuenta en el país y la falta de experiencias en el territorio, dado que su implementación aún está en las primeras fases en algunas de las provincias argentinas, pero sobre todo por la escasa receptividad que el tema tiene en el conjunto de la sociedad, advirtiendo sin embargo que ese clima cultural ha comenzado a variar en la actualidad y, sobre todo, desde que la República ha comenzado a recuperar sus instituciones.

Teniendo como luz rectora el documento fundacional de la República y el instituto, que nos legaran los Constituyentes como prenda de mejor Justicia y garantía individual, amén de insustituible mecanismo de participación popular en las decisiones de Poder.¹

Disposiciones Constitucionales: Fuentes- Interpretación de sus cláusulas- Voluntad del Constituyente.

Tres veces se refiere la Constitución Nacional al juicio por jurados, y la primera duda que suscitan los artículos 24, 67 inc.11 y 102 de esa norma fundamental, en cuanto aluden al juicio por jurados, es respecto al mensaje que en ellos depositó el Constituyente; esto es, si transportan una decisión imperativa o una simple guía (invitación), para el Legislador ordinario.²

Hay diferentes tesis de interpretación al respecto, la tesis de la decisión obligatoria, sostenida por Agustín de Vedia, quien califica como «preceptiva» e «imperativa» a la norma del artículo 24 de la Constitución y «terminante», al enunciado del artículo 102, la palabra «luego» ubicada en dicho artículo («Todos los juicios criminales ordinarios... se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución...») ...quiere decir, para de Vedia, que el jurado debería instuirse sin dilaciones.³

La segunda alternativa es señalada por Rafael Bielsa⁴, quien sostiene que el art. 24 de la Constitución habla de «promover» el juicio por jurados y no de «impo-

nerlo»; sostiene que en cuanto al juicio por jurados «todo en él es condicional y nada terminante».

De forma similar se expresa Humberto Quiroga Lavié⁵ que escribe que el establecimiento del juicio por jurados es una norma programática discrecional, para el Organo legisferante.

Sin embargo, podemos concluir al respecto que el artículo 24 de la norma fundamental de la República fue aprobado por unanimidad en la sesión del 25 de abril de 1853 y, por ende, como también por el hecho de que el tema de juicio por jurados es tratado por tres veces en el documento constitucional, resulta evidente que hubo un énfasis notorio en afirmar la futura vigencia del juicio por jurados. Tal reiteración supone un decidido mandato del Legislador Constituyente al Legislador ordinario para que implemente ese instituto; corresponde subrayar -sostiene Sagües- que ese mandato es programático, no autoaplicativo; de suerte que para que se establezca el juicio por jurados, resulta indis-

pensable que el Congreso dicte la norma procesal pertinente, sosteniendo que no piensa que aquel mandato sea una norma programática de ejecución discrecional, sino ineludible: el Parlamento, de no cumplir pronto esa tarea -omisión que históricamente ocurrió- incurre en una inacción Constitucional.

Es de destacar que esta última opinión del distinguido Jurista es la que comparto en su totalidad; de allí que con cierta cuota de exageración pueda afirmar, como Livingston durante un famoso mensaje a la Legislatura de Luisiana, que «aun cuando una sociedad posea excelentes leyes que definan los delitos y determinen las leyes que les son aplicables, si los medios que se adoptan para ponerlos en práctica son dispendiosos, dilatorios e inciertos, estará peor gobernada que una comunidad en que el Código Penal es defectuoso, pero en donde las reglas para ejecutarlo y para prevenir los delitos e impedir su continuación, son fáciles, expeditas, baratas y justas»⁶

Origen e historia. Antecedentes

Difieren los historiadores en la ubicación del punto de partida; por un lado, la civilización griega es invariablemente men-

cionada: hay quienes señalan que no hay ese tipo de instituciones en las civilizaciones fenicias y hebreas; sin embargo, algunos postulan que el tribunal conocido como «Sanhedrin», de este último pueblo, integrado por veintitrés jueces en casos criminales, sería un verdadero precedente histórico.

El fundamento histórico-jurídico que se invoca frecuentemente como hito en el establecimiento del juicio por jurados es la Carta Magna de Juan Sin Tierra de 1215, cuya más famosa cláusula (la 39) hizo del juzgamiento de los pares un resguardo frente a cualquier castigo de los que hoy llamaríamos de naturaleza penal; sin embargo, es distinta la naturaleza que tenía en su momento, dado que «los hombres libres» a los que refiere no eran sino los «Barones del Reino», o sea que no abarcaba a «todos los ciudadanos»; el sentido de ciudadanía surge varios siglos después.

La cuestión tiene importancia dado que el modo en que se fueron desarrollando las prácticas jurídicas que desembocaron en el sistema de enjuiciamiento que me interesa estudiar, no influye para nada en cuál es el sentido actual que dicho sistema tiene, por lo que sería inútil tratar de evaluar

o centrar la discusión sobre sus orígenes; el verdadero valor de puntualizar los orígenes radicaría en la posibilidad de hallar -si es que existieran- notas de universalidad, y para entender algunos mecanismos del instituto.

Antecedente anglosajón

Habrían sido los escandinavos que invadieron Normandía en el año 890 d.C. los responsables de que haya llegado a Inglaterra la costumbre del juzgamiento por un colegio de personas del pueblo (aunque se sabe que desde antes los sajones tenían una práctica semejante). Organizados los condados en centurias, que a su vez se integraban con diez tithings o conjunto de diez propietarios que actuaban colectivamente para el juzgamiento de conflictos en su seno; y los recursos que de los *tithings* podían llegar a la centuria solían ser encomendados por ésta a un grupo de doce de sus miembros (de allí el tradicional número de jurados).

Sin embargo, lo que interesa acá es el método de encuestas encargadas a grupos de vecinos a quienes se les exigía prestar juramento, lo que da la idea de los orígenes del nombre de la institución; la función de estos encuestadores era consolidar la

Por los Fueros

Juicio por jurados

autoridad del Rey y se parecían más a un tribunal de la inquisición que a un sistema de enjuiciamiento público; sus atribuciones eran más bien policíacas.

Recién en 1350 la metodología fue práctica común en todo el reino y se podía distinguir entre jurado de la acusación (o gran jurado) y jurado de enjuiciamiento o pequeño jurado. Sin embargo, no se distinguía claramente entre las funciones de juzgar y dar testimonio.

En el siglo XVI se inicia un proceso de transformación que dura dos siglos⁷. La desestimación total de los conocimientos personales de los miembros del jurado y el establecimiento de la regla que sólo debe decidirse sobre la base de las pruebas presentadas, data de 1816.

La metamorfosis del jurado inglés hasta transformarse en la institución garantizadora que inspiró a los pensadores liberales, fue un proceso lento.

En el Medioevo, uno de los litigios sometidos al jurado fueron la propiedad de las tierras, lo que requería convenios y transacciones escritos por letrados en lenguaje que normalmente era inaccesible para los legos, incluso algunos ni sabían leer, por ello se hizo consuetudinaria la regla de

que los jurados no debían atender sino las pruebas presentadas oralmente.⁸

Antecedente francés

En Francia, en tanto, imperaba el sistema inquisitivo, aunque algún autor señaló que Guillermo El conquistador, al cruzar el Canal de la Mancha en 1066, llevó como «pasajero invisible» al sistema de jurado.⁹

Sin embargo, y a pesar de casos aislados en la Edad Media, referida al juzgamiento de los vasallos por parte de los señores feudales, es de destacar que la jurisdicción que finalmente consigue predominar es aquella, basada en el sistema inquisitivo y ejercida por jueces-funcionarios, nombrados por el Rey.

El proceso se advierte luego de la revolución: la Asamblea Constituyente termina por optar por el sistema inglés de jurados, consagrando un jurado de acusación de ocho miembros y un tribunal de enjuiciamiento con tres jueces profesionales y doce jurados populares.

Desarrollo en los Estados Unidos

La institución fue llevada por los colonizadores ingleses, donde pueden seña-

larse momentos importantes como el precedente del Caso Peter Zenger,¹⁰ que marca una clara delimitación de atribuciones y va delineando el sentido democratizante y republicano del instituto.

La Constitución de los Estados Unidos (artículo 3- sección 2) implanta el juicio por jurados para causas criminales en los Tribunales Federales.

La sanción del *Bill of Rights* dio entrada en la Carta Constitucional de los Estados Unidos a las enmiendas quinta, sexta y séptima, que establecieron, respectivamente: 1º) el requerimiento de la acusación por un Gran Jurado en casos criminales sujetos a pena capital o de carácter infamante; 2º) el derecho a ser juzgado en causas penales; 3º) el mismo derecho en causas civiles de derecho común en que estuviera en juego un valor de más de veinte dólares.

Finalmente se adopta, prácticamente en cada uno de los Estados de la Unión, del mismo resguardo del derecho de ser juzgado por un jurado; coexisten de ese modo, en las jurisdicciones locales y en el orden federal, respondiendo en la práctica al modelo clásico del jurado inglés.¹¹

El Jurado en la Doctrina

Voces a favor y en contra

Los antijuradistas dicen: «convierte en burla la razón humana someterse al azar en las necesidades sociales más graves» (Ferri); que «creer que con el jurado se evitarán los errores judiciales significa exorcizar el diablo con Belcebú» (Beling); que «el jurado representa para la sociedad la más sólida garantía de desacierto... y exhibe una ignorancia enciclopédica» (Langle); que es «la apoteosis del amateurismo» (Griswold); que constituye «una institución que huele aún al bosque adonde nació» (Graven); que «consagra la soberanía de la ignorancia» (Carrancá y Trujillo); que la intervención del elemento popular en los juicios penales equivale a la «participación de la incompetencia absoluta (Finzi)». ¹²

En fin, no se ha instaurado un debate racional y tampoco es correcto afirmar que los jurados constituyen invariablemente modelos de responsabilidad y ponderación, mientras que todos los jueces profesionales son burócratas atados a la comodidad y rutina. Habría que hacer una ponderación de las ventajas e inconvenientes de uno y otro sistema, el de los magistrados exclusivamente técnicos o el de los jurados, teniendo en cuenta que

este último en modo alguno excluye a los primeros de la actividad judicial. ¹³

En pro del Jurado: podemos recordar la postura favorable de Domingo Faustino Sarmiento (expresada en «El Mercurio» en 1846), que siendo Presidente encargó un proyecto para su implementación a Florentino González y Victorino de la Plaza; también Bartolomé Mitre coincidía con esas ideas, y Nicolás Avellaneda y Manuel Quintana; estas posiciones políticas inspiraron importantes monografías juradistas antes que cobrara influencia la escuela positivista del Derecho Penal. Sin embargo, el argumento político no es el único para esgrimir a favor del jurado; así podemos resumir:

a) El argumento político: la democratización del Poder Judicial o su acercamiento a la fuente de poder. Desde dos puntos de vista, el derecho de los ciudadanos de ser juzgado por sus pares, y por el otro lado, es una forma de participación ciudadana en la administración de justicia. Desde el artículo 24 de la Constitución Nacional (entre las «declaraciones, derechos y garantías») no fue ajena al *ánimus* del Constituyente la valoración del jurado como el derecho del ciudadano a ser juzgado por sus pares.

Para Carrara, el jurado representa «la vanguardia de la libertad» y extrae del derecho comparado la comprobación de que «rige en los pueblos evolucionados; en cambio, los pueblos inertes, somnolientos, se han unido a los déspotas para proscribir los tribunales populares» ¹⁴

b) El acercamiento de la justicia penal a la realidad social:

La magistratura penal, constituida exclusivamente por juristas, permanece aislada e incomprensible por problemas de comunicación con el común de la gente, cuyo lenguaje técnico le resulta inentendible. El jurado resulta funcional en el sentido que obliga a jueces y abogados a exponer las cuestiones jurídicas, de modo que puedan estar al alcance de todo el mundo, posibilitando que la función jurisdiccional cumpla la tarea educativa que le es propia y que sólo puede ser realizada en tanto pueda ser comprendida por toda la población.

c) Desburocratización de la Justicia Penal: El hábito de juzgar, con el tiempo se va dejando influir por estereotipos y esquemas formales, por lo anteriormente resuelto, por un modo de deducir, hasta producir en la mayoría de los casos el fenómeno de la deformación profesional, más allá de los esfuerzos para evitarlo.

Por los Fueros

Juicio por jurados

Dice Beccaría que «para juzgar no se requiere más que un simple y ordinario buen sentido, menos falaz que el saber de un Juez acostumbrado a querer encontrar reos y que todo reduce a un sistema de antojo recibido de sus estudios»¹⁵

c) Descorporatización de la Justicia Penal: El corporativismo puede entenderse como la defensa de un círculo de intereses a ultranza y de una manera egoísta. Un autor español, refiriendo a la Justicia dice que «un concepto que sintetiza una ideología de clase, a la que se aviene de una manera involuntaria, quizás en virtud de la concurrencia de unas mismas circunstancias»¹⁶

El jurado es idóneo para descorporatizar la administración de justicia, a condición de que por su número y composición configure una muestra representativa de la sociedad y, por ende, de su heterogeneidad cultural.¹⁷

La búsqueda de un Jurado Prejuiciado

Vivencias, casos y comentarios

Hace poco tiempo he tenido la posibilidad de viajar para realizar un curso sobre litigación oral, a San Juan de Puerto Rico,

dictado por la Universidad de San Diego (California); es sabido que ellos tienen implementado el sistema norteamericano de juicio por jurados, de manera que he podido observar en vivo algunos juicios; asimismo obtener información, bibliografía y experiencias vividas en dicho lugar por quienes desde hace más de una década están experimentándolos.

Es así que la Constitución del Estado Libre Asociado, en su Carta de Derechos, garantiza el derecho a juicio ante jurado, y ello se viabiliza mediante las Reglas de Procedimiento Criminal (109-151) y la Ley 281 del 27 de septiembre de 2003.

Esta opción de un juicio ante un panel de jurados implica, para el imputado, conferir a éstos la administración de la justicia, esto es, la determinación final sobre su culpabilidad o no.

El Jurado, compuesto por una muestra representativa de la comunidad del acusado, tiene como encomienda evaluar la prueba, recibir instrucciones sobre el derecho aplicable, deliberar en secreto, y rendir un veredicto final.

Durante el proceso de deliberación, los jurados, pares del acusado y legos en materia de Derecho buscan atemperar

la Ley a su propio sentido de justicia y así atemperada, aplicarla; de ahí que en muchas ocasiones el Jurado emita veredictos que parecen incongruentes e ilógicos. De entender el mismo que el acusado incurrió en responsabilidad criminal por los hechos que se le imputan, deberá determinar el delito específico o su grado y por el cual deberá responder a la sociedad.

La Importancia de la elección correcta de los miembros del jurado

Para que los ciudadanos puedan cumplir con su función tiene que, primero, darse el procedimiento de la desinsaculación, procedimiento que muchos creen que significa la selección de los nombres de las personas insaculadas para actuar como jurado, sin embargo no es así, sino que la realidad es que el abogado y el fiscal lo que hacen es eliminar¹⁸ y no seleccionar.

Cinco mecanismos para eliminar jurados

1) Por acuerdo entre abogado y Fiscal, le piden al tribunal que retire a uno o más de los candidatos a jurado.

2) Un ataque formal a todo el panel, por alegada deficiencia en la fase administrativa de la selección.

3) *Challenge for cause*, en realidad es una motivada, pero deberá ser por muy buenas razones, el Juez se encuentra obligado a

concederla; ejemplo, que el candidato a jurado conteste: «el testigo es mi hermano», acá el Juez no tiene discreción (regla 121-b)

4) Challenge to the favor, ésta es la verdadera motivada, es bajo este ataque, que el Juez tiene amplia discreción, ej.: el candidato a jurado contesta «conozco al abogado». La distinción técnica entre «cause y «favor» rara vez se observa, ya que el término «cause» es utilizado tanto para uno como para el otro.

5) La perentoria (reglas 123- 124 de Procedimiento Criminal)¹⁹

Etapa Preparatoria; ¿de dónde salen los candidatos a jurado y cuál es su preparación?

En principio, desinsacular significa: poner en un saco, cántaro o urna, cédulas o boletas con números o nombres de personas, o cosas para sacar una o más, por suerte. Según el Diccionario de la Real Academia, desinsaculación significa sacar del saco o bolsa las bolillas o cédulas en las que se hallan los nombres de las personas insaculadas para ejercer un oficio de justicia.

En Puerto Rico (que es el lugar observado) los requisitos para ser jurado están enumerados en el artículo 4 de la Ley No 281 del 23 de septiembre de 2003:

- a) haber cumplido 18 años de edad
- b) tener un año de residencia legal en Puerto Rico y noventa días en el distrito o región judicial
- c) saber leer y escribir español
- d) hallarse física y mentalmente apto para ser jurado
- e) no haber sido convicto de delito grave, o de cualquier otro delito que implique depravación moral.

En cuanto a la desinsaculación, en Puerto Rico cada Tribunal tiene la facultad implícita para reglamentar el proceso; en consecuencia, cada Juez tiene su propio procedimiento y no hay uniformidad al respecto.

Hay jueces que son flexibles y permiten al abogado hacer un sinnúmero de preguntas; otros más restrictivos exigen que las preguntas que deseen hacerles a los jurados potenciales sean por escrito, y entonces será el Juez quien las hará.

También es importante conocer la mentalidad de la otra parte referente al proceso de desinsaculación; hay abogados o fiscales que acostumbran a preguntar extensamente y que no objetan que la otra parte lo haga; si la otra parte tiene la reputación que objeta frecuentemente el tipo de pre-

guntas que se hacen, será necesario estar preparado para justificar nuestras preguntas durante el proceso.

También es importante conocer la naturaleza del caso; hay casos en los que es importante preguntar bastante a los jurados para saber si tuvieron contacto previo con el caso, cuáles son sus prejuicios, su sentir sobre ciertas áreas que van a ser determinantes en el caso. Existe la práctica de preparar cuestionarios para ser remitidos a los candidatos al jurado, lo que permite obtener una información básica de los mismos antes de empezar a hacerles preguntas.

Proceso de selección

El procedimiento de selección comienza con un sorteo en el que se escogen los primeros candidatos y en el que es deseable que, tanto Defensor como Fiscal, estén presentes. Los candidatos seleccionados van a la Sala del Tribunal donde éste comienza a examinarlos acerca de la capacidad para ser jurado y sobre algunos principios básicos del Derecho.

A las partes se les entrega un documento con los datos de los candidatos y allí figura un espacio para plasmar las recusaciones motivadas (tienen número ilimitado) que pudieren efectuar (primero, lo hará la

Por los Fueros

Juicio por jurados

Defensa y luego, el Fiscal). Posteriormente, el Fiscal presentará sus recusaciones perentorias (no es necesario el fundamento), terminando este proceso con las de la Defensa.

De todos modos, es importante ser cauteloso con las recusaciones, no ofender a la persona ni perder de vista que el ciudadano estuvo disponible para proveer un servicio de vital importancia para el país.

Culminado el proceso de selección, se procede a la juramentación de los candidatos, ya como jurados seleccionados oficialmente.

Hay una fórmula que se aplica en el territorio observado y casi en todos los lugares donde está implementado; a manera anecdótica paso a transcribirla. El juramento es tomado por el Juez y dice: «Señores miembros del jurado, ¿prometéis o juráis en vuestra calidad de jurados, en nombre del pueblo, examinar y juzgar con imparcialidad y máxima atención la causa, dando en su caso el veredicto según vuestro leal saber y entender, observando la Constitución de la Nación y las leyes vigentes?»

El jurado puede jurar prometiendo decir verdad; si tiene convicciones religiosas lo hará por ellas y si no prometerá decir verdad; en ambos casos queda constreñido, queda fija-

do dentro de una obligación institucional jurídica de elaborar y dictar un veredicto siguiendo las instrucciones de la apreciación de todo lo que ocurra, una vez que ha entrado a la sala de audiencias.

Instrucciones específicas al jurado

El Juez puede dar instrucciones específicas y rigurosas al jurado, tales como: «que descarten de su mente aquellas noticias leídas o escuchadas «con el propósito de que puedan evaluar el presente caso en base estrictamente a la prueba que se les presente (según la experiencia, a veces resulta paradójica esta recomendación ya que hace que el jurado preste mayor atención a la información).

Secuestro del jurado

Existen ciertos casos en que es imperativo proteger al jurado de ser influenciado por elementos externos al juicio, a veces por una excesiva cobertura de los medios y otras por intervenciones ilegales de personas interesadas en que el jurado tome determinada decisión, en ese caso, para garantizar el derecho a juicio justo e imparcial será necesario secuestrar al jurado, esto es, en casos extraordinarios y sobre todo por los costos que implica.

Al culminar el proceso de desinsaculaci-

ción y selección del jurado se debe haber alcanzado los siguientes objetivos:

- 1.- Establecer una relación de cordialidad entre el Jurado y las partes.
- 2.- Destacar aspectos particulares de nuestro caso.
- 3.- Lograr la «humanización del acusado o la víctima»
- 4.- Aclarar principios básicos del Derecho.

Es de destacar que, como todas las destrezas de litigación, es importante la preparación previa; es decir, no pueden improvisarse las preguntas a formular a los candidatos a jurado, deben haber sido previamente seleccionadas; será importante que en base al caso se pueda preseleccionar cuál sería un modelo de perfil idóneo y otro modelo de perfil de jurado que pueda resultar adverso al caso; la creación de esos perfiles ayudará a facilitar el proceso de calibración de candidatos.

Otras Reglas

El artículo II, Sección 2a de la Constitución del Estado Libre Asociado de Puerto Rico, dispone que todo delito grave se ventilará por jurado y se ventilarán también aquellos delitos menos graves cuya pena exceda los seis meses de reclusión

y aquellos delitos menos graves a los que la Ley expresamente les conceda ese derecho.

A los fines de rendir un veredicto será necesario que nueve de los doce jurados coincidan en la decisión. La misma se presentará por escrito, será leída en corte abierta. Entre los posibles veredictos que puede emitir el jurado está el de culpable, el de no culpable, el de culpable por un delito menor incluido y de no culpable por razón de enfermedad o defecto mental.²⁰

El Juicio por Jurados en Córdoba²¹

En materia de Juicio por Jurados, la provincia de Córdoba se destaca por ser una de las provincias pioneras en instaurar el juicio por jurados.

Mediante la Ley 9.182, que entró en vigencia en enero del año 2005, el legislador cordobés puso en marcha un sistema que podría considerarse como una variante de «Jurado Escabinado», es decir, compuesto por magistrados y legos.

El sistema cordobés prevé un jurado integrado por los tres jueces profesionales y por ocho jurados legos, designados mediante un sorteo, realizado a partir de una lista que elabora la Justicia Electoral.

«La experiencia con jurados populares en la provincia de Córdoba ha sido gradual y progresiva», afirma el Fiscal de Cámara Carlos Ferrer, e indica que el Juicio por Jurados en Córdoba, no se utiliza en todo tipo de proceso penal, sino que «es aplicable de manera obligatoria para casos por delitos comprendidos en el fuero penal económico y anticorrupción y delitos gravísimos (aberrantes)».

A su vez, según la normativa cordobesa, están excluidos específicamente del ejercicio del rol de jurados, entre otros, los abogados, procuradores, funcionarios públicos y dirigentes políticos.

Los jurados legos de la provincia de Córdoba participan de la audiencia de debate del juicio, aunque no pueden realizar preguntas a los testigos, peritos o imputados, ni acceden al expediente o a las pruebas antes de esa instancia oral.

El veredicto que les compete a los jurados, que debe ser fundado, se limita a la culpabilidad o inocencia del acusado, a cuestiones fácticas, o sea, establece si el hecho ocurrió o no.

El Sistema de Estadísticas ha revelado²² un incremento de la visión positiva sobre la Justicia de quienes fueron jurados

legos. El informe indica que, en forma previa a su actuación como jurados, un 45,4% de las ciento treinta personas encuestadas calificó como «bueno» el funcionamiento de la Justicia Penal y un 40,8% como «regular». Por otra parte, respecto del desempeño los funcionarios judiciales, un 44,6% lo consideró «bueno», mientras que un 36,2% lo valoró como «regular». A su vez, el estudio revela que, tras la experiencia de ser jurados, un 60% de las personas encuestadas calificó como «muy buena» la actuación de la Justicia Penal y un 24,6% como «buena».

Algo similar ocurrió respecto de la valoración del desempeño de los funcionarios, indicando las estadísticas a partir de una imagen previa, desvalorizada y francamente negativa de la Justicia Penal. Los jurados -por comprender la importancia de su misión y compartir la responsabilidad con los jueces técnicos- han mejorados sustancialmente la opinión sobre su funcionamiento.

Sin embargo, se han detectado falencias en el sistema adoptado en Córdoba, tal como que los jueces profesionales deliberan con los jurados, lo cual no debería ocurrir, pues lo ideal es una estricta separación entre los jueces y la ciudadanía,

Por los Fueros

Juicio por jurados

para evitar que el juez profesional ejerza influencia en el lego.

De todos modos, el sistema mixto de la provincia de Córdoba, además de asegurar la vigencia de las garantías constitucionales, cuenta con el respaldo de la ciudadanía expresado a través de sus representantes, lo que aporta transparencia y despoja de todo eventual reproche de oscuridad al veredicto.

Reflexión Final

En mi humilde opinión no implementar el juicio por jurados, basado en la afirmación de que el juicio tiene que estar en manos de los que poseen saberes científicos, es una falsedad.

Los poderes implicados por la potestad de juzgar crean, por sí mismos, los saberes que condicionan su ejercicio. Al disociarlos, permitiendo que operen con amplia participación comunitaria, no se produce -contra lo que podría pensarse- un cerceamiento en las atribuciones de quienes cederían aparentemente una cuota de sus facultades. Los jueces no verían retaceada su autoridad; al contrario, lograrían una consolidación de ella que hasta ahora no han conocido en nuestro país.²³

Sin embargo, lo que pretendo destacar en esta monografía *es la importancia que tiene la selección correcta de las personas que integrarán el jurado*; es fundamental destacar la trascendencia que tiene ese proceso de selección, si bien no todos los tribunales dejan la misma amplitud para interrogar a los abogados, pero, en general, es una regla permitir que las partes -no solamente el abogado defensor sino también el acusador- tengan su chance de seleccionar, de alguna manera, a quienes van a juzgar; es sumamente importante.

Esto tiene una importancia crucial, que no está en el juicio profesional actual; es decir, la persona imputada en un juicio actual, su abogado defensor e incluso el Fiscal, es al juzgado que les toca, a quien deben someterse; en cambio, en el juicio por jurados, en el caso que esté integrado por doce personas, se llama a muchos más, aproximadamente a unos treinta, hasta que las partes precisamente, mediante los interrogatorios que cada una de ellas les efectuará, vayan tratando de encontrar el panel más representativo de la comunidad que mejor va a juzgar ese caso, y la mejor manera de seleccionarlos es mediante el contradictorio, entonces, desde un punto de vista de las garantías constitucionales,

esto le da a las personas que participan de ese proceso, un control enorme, del que hoy carecen.

En general, se realiza un sorteo del padrón electoral, esto es lo más democrático que nosotros tenemos, está prácticamente toda la población en condiciones de ejercer sus derechos ciudadanos, y las preguntas las harán las partes con moderación del Juez.

Es importante entonces que las partes estén atentas, tanto el Defensor como el Fiscal, de acuerdo a su estrategia en ese proceso; tener en cuenta a la persona que se va a juzgar, al origen que tenga; es importante para el Defensor que haya gente del mismo origen que el acusado, por ejemplo, y para el Fiscal será importante alguna otra cuestión.

No pueden ser jurados, sin embargo, los miembros del Poder Ejecutivo, Legislativo, ni Judicial, ni los escribanos ni clérigos, ni personas que hayan sido condenadas por delitos de falso testimonio o algún otro tipo de delito, y tampoco personas que no reúnan los requisitos de idoneidad en cuanto a las aptitudes síquica y física.

Históricamente, podemos destacar que hasta hace algunas décadas se discrimi-

naba, en esta selección, a las mujeres, a los hombres de color, a las personas de bajos recursos, que estaban impedidos de participar como miembros de jurados. Fueron luchas civiles enormes, sobre todo en los Estados Unidos, que este tipo de interrogatorios hace públicas, porque esto se realiza con público; si se discrimina a un jurado por razón de sexo, de elección sexual, de raza, etcétera, esto da a los litigantes una posibilidad recursiva muy importante.

Quiero agregar que en la integración del jurado debe estar representada toda la sociedad, todos los estamentos y esto tiene que ver con el principio de igualdad, es decir que en el jurado no esté solamente gente capacitada con títulos universitarios o con cierto nivel socio-económico, tienen que estar también obreros, gente de condición humilde, empleadas domésticas, que en la integración sea probable que coexistan, por ejemplo, un profesor, un médico, un bancario, etcétera.

Las partes, entonces, deben estar conformes con un tribunal al que consideren más apropiado para juzgar su caso, y esto es algo que hoy no se puede garantizar, porque es el tribunal que «nos toca».

En esa selección, el Juez solamente deberá ejercer una suerte de moderación, en el sentido de, por ejemplo, evitar que se les formulen a los candidatos a ser jurados, preguntas íntimas o relativas a su vida personal que no haga a la idoneidad para componer el jurado, aunque a veces, según los casos a juzgar, resultan necesarias, pero el Juez deberá moderar, en el sentido que no resultan lesivas a sus propios derechos, a la moral, etcétera.

Es interesante destacar también la importancia que tiene la difusión mediática, sobre todo en la Argentina, donde muchos casos son tratados en los medios de comunicación con revelación de detalles, nombres, lugares, etcétera, que ventilan prácticamente muchos pormenores del hecho que, posteriormente, se va a juzgar; ello puede significar realmente un problema para la selección del jurado, posteriormente, incluso en los Estados Unidos han existido antecedentes al respecto en los que abogados defensores han planteado ante el Juez la imposibilidad de elegir un jurado imparcial, precisamente por la difusión pública de los detalles del caso a juzgar. Ese caso específico llegó a la Corte Suprema de los EE. UU.²⁴, fue desestimada la impugnación del Defensor y lo interesante es la

reflexión efectuada en dicha Causa por la Corte de los EE. UU., dado que destacó especialmente que hubo un prolongado y exhaustivo proceso de selección donde ambas partes tuvieron gran oportunidad de interrogar, de cuestionar, de recusar, ya que también está dentro de ese mecanismo la posibilidad de recusación (para nosotros serían recusaciones sin causa) es decir, hay un cierto número de candidatos que una y otra parte pueden excluir sin tener que expresar por qué razón; ahora, hay un número, sin embargo, ilimitado; sí hay fundamentos o motivos (por ejemplo, si tuvieren parentesco, relación comercial, etcétera, con el imputado o víctima), pero sin causa, el número es limitado; ahí deberá el abogado o Fiscal semblantar un poco y aprovechar sus habilidades para determinar lo que va a plantear, y si corresponde.

El jurado no lee el expediente, no sabe nada del caso, hasta el momento en que tanto Fiscal como Defensor expresen sus alegatos de apertura; en realidad, es simplemente una introducción al caso, dado que hasta ese momento el jurado no sabe de qué se trata el caso a juzgar, esto, unido a la selección basada en el contradictorio de las partes, garantiza una imparcialidad difícil de obtener en el sistema actual.

Por los Fueros

Juicio por jurados

Por ello, considero que se debe resaltar la idoneidad del jurado para descorporizar la administración de justicia, a condición de que, por su número y composición, configure una muestra representativa de la sociedad y, por ende, de su heterogeneidad cultural.

Es claro que se trata de un instituto que favorece a la desmitificación del Derecho, a su democratización y a la mejor realización y concreción de principios centrales del proceso penal, como la oralidad, la publicidad, la inmediatez, la contrariedad y la celeridad. Ahora bien, **acortar el trecho está en manos de los Legisladores** ■

¹ CAVALLERO, RICARDO J.- HENDLER, EDMUNDO S.: Justicia y Participación- El juicio por jurados en materia penal, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988, PÁG. 13

² SAGUES, NÉSTOR PEDRO: El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución Nacional, El Derecho, T. 92, P.P. 905 Y S.S.

³ DE VEDIA, AGUSTÍN, Constitución Argentina, Buenos Aires, 1907, Coni Hnos., P.P. 115, 553

⁴ BIELSA, RAFAEL: Derecho Constitucional, 3a Edición, Buenos Aires, 1959, Editorial Depalma, P.P. 755/6

⁵ QUIROGA LAVIE, HUMBERTO: Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1978, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, p. 687

⁶ LIVINGSTON, EDWARD (26 de mayo 1764/ 23 de mayo 1836) Prominente jurista y estadista estadounidense. Figura influyente en la elaboración del Código Civil de Luisiana de 1825, basado en el Código napoleónico, representó a Nueva York y luego a Luisiana en el Congreso y ocupó el cargo de Secretario de Estado de los EE UU desde 1831 a 1833.

⁷ De 1702 data un precedente que se cita por haberse señalado que si un jurado basa su veredicto en conocimientos personales tiene la obligación de manifestarlo y prestar juramento como testigo (Powys v. Golud –1 Salk 405). Citado por Devlin, PÁG 70).

⁸ Los tribunales integrados por jueces enviados por el Rey y por un conjunto de personas del lugar que conocían sobre casos derivados de la expropiación de tierras, recibieron el nombre de assises o assizes, que puede traducirse como «sesiones» o del latín assideo, que evoca la circunstancia de sentarse unos junto a otros.

⁹ BLOOMSTEIN, MORRIS J.: Verdict. The jury system, Nueva York, 1972, PÁG. 9

¹⁰ Caso de Peter Zenger: El acusado era director de un periódico que había publicado un artículo criticando la actitud del Gobernador de Nueva York por haber destituido al Presidente de la Corte, luego de que el Tribunal fallara en contra de sus intereses en un pleito por cuestiones pecuniarias personales. Zenger fue encarcelado y sometido a juicio acusado del delito de «difamación» contra el Gobernador. El Juez, procurando favorecer a éste último y desconfiando del conjunto de rústicos paisanos que integraban el jurado, limitó el veredicto a la

decisión de si Zenger era o no autor de la publicación, reservándose como cuestión jurídica a decidir por él, la relativa a si tenía o no carácter difamatorio. El jurado, alzándose contra esta restricción, decidió que el acusado era lisa y llanamente inocente.

¹¹ CAVALLERO, RICARDO- HENDLER, EDMUNDO, op. citada, p.p. 21/36

¹² FAIREN GUILLEN, VÍCTOR: Los Tribunales de Jurados en la Constitución española de 1978, Madrid, 1978, PÁGS. 41 Y 41

¹³ CAVALLERO, RICARDO- HENDLER, EDMUNDO, op. citada, p.p. 65/67

¹⁴ CARRARA, FRANCISCO: Programa de derecho criminal, Bogotá, 1977, Vol. II, PÁG. 232.

¹⁵ BECCARIA, CESARE: De los delitos y las penas, Madrid, 1968, pág. 49

¹⁶ SORIANO, R: El nuevo jurado español, Barcelona, 1985, PÁG. 61

¹⁷ CAVALLERO, RICARDO- HENDLER, EDMUNDO, op. citada, p.p. 83/94

¹⁸ «Desde hace casi un siglo expresó el Tribunal Supremo Federal que la recusación perentoria de jurados desinsaculados es uno de los derechos más importantes garantizados al acusado en un juicio criminal» (opinión disidente del juez Asociado Irrizary Yunque, en el caso de Pueblo vs. Romero Rodríguez, 112 D.P.R. 437, 445, 445-47 (1982); Pointer vs. United States, 151 U.S. 396, 408 (1894). No implica un derecho a seleccionar, sino un derecho a rechazar, fuera del control del Tribunal. Hayes vs. Missouri, 120 U.S. 68 (1887); Spies v Illinois, 123 U.S. 131 (1887); United States vs. Carter, 528 F. 2D 844 (8th Cir. 1975), certiorari denegado, 425 U.S. 961 (1976). Citado en El Jurado, su función y características. Ortiz Elpidio Batista, Editorial U.P.R., 2006, PÁG. 2

¹⁹ «Los abogados defensores deben estar alertas ante un reclamo de juicio rápido cuando el caso comienza a ventilarse por Jurado, ya que si el juicio se inicia como un pretexto para interrumpir los términos, algunos tribunales han decidido que no se interrumpen». U.S. vs. SCAIFE. 749 F.2D 338,343; U.S. v. Zayas, Slip Op. 89-1031 (1R. CIR.1989)

²⁰ FONTANET MALDONADO, JULIO: Principios y técnicas de la Práctica Forense, 3a Edición Revisada, argumentada y puesta al día, Jurídica Editores, San Juan de Puerto Rico, 2010, p.p. 319/380

²¹ GRANILLO FERNANDEZ, HÉCTOR, Profesor Titular de la UNLP, Presidente de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados, en Conferencias Magistrales, XXV Jornadas Nacionales de los Ministerios Públicos, Mar del Plata, 8/11/2012

²² LAURA CROCCIA, miembro del Área de Investigación del Centro Ricardo Núñez del Poder Judicial local.

²³ CAVALLERO, RICARDO- HENDLER, EDMUNDO, op. citada, p.p. 162/163

²⁴ Suprema Corte – EE. UU. – ENRON OIL.- Fallo 25 de mayo de 2006- La selección del jurado ha generado controversia mucho antes de que comenzara el juicio. Y es que la selección de dieciséis personas, doce titulares y cuatro suplentes, es un punto clave en cualquier juicio estadounidense. Los abogados de la Defensa intentaron sin éxito que el tribunal fuera formado fuera de Houston, bajo el argumento que al llevarlo a cabo en la ciudad donde tenía su sede Enron no ofrecía garantías de imparcialidad. Unas cuatro mil personas perdieron su empleo durante el colapso de la empresa, muchas de ellas habitantes de Houston. Otras vieron esfumarse sus pensiones y ahorros. Ante tanta rispidez el Juez de distrito, Sim Lake, optó por hacer la selección en persona en vez de dejarla

en manos de fiscales y defensores. Skilling apeló y el tribunal de apelaciones reconoció que el juicio de Skilling se desarrolló en medio de publicidad «*inflamatoria y omnipresente.*» Citó como ejemplos de esa publicidad hostil un artículo del periódico *The Houston Chronicle* titulado «*Your Tar and Feathers Ready? Mine Are*» (¿Su chapapote y sus plumas están listas? Las mías sí) y una canción de rap titulada «*Drop the Soff Skilling*». El fallo se dictó en octubre de 2006 condenando a Skilling y a Fastow; el primero, a veinticuatro años y cuatro meses, y el segundo, a seis años de prisión, a condición de que brindara información necesaria para prosperar demandas contra los Bancos que intervinieron. El 13 de octubre, la Corte Suprema aceptó revisar el proceso legal al cual fue sometido Skilling, y específicamente considerar si él recibió un juicio justo en Houston, debido a la evidente hostilidad contra Enron y sus ejecutivos en esa ciudad. El abogado Thomas B. Wilner dijo que «*si la Corte Suprema decide que el juicio de Skilling no debía haberse hecho en Houston, debido a la hostilidad que colmaba el ambiente de esa ciudad, esto sentaría un precedente importante que tendría consecuencias positivas para el caso de los Cinco. Ellos podrían pedir que la Corte Suprema reconsidere su decisión anterior, aunque necesitarían que cinco de los nueve jueces estén de acuerdo en la reconsideración,*» concluyó. Mientras el ex secreta-

rio para la seguridad nacional de la administración de Jimmy Carter, le dijo esta semana a *The New York Times* que un juicio contra cinco agentes cubanos en Miami están justo como lo sería un juicio contra un agente israelí en Teherán. En definitiva, la Corte Suprema de los EE.UU. rechazó tal recurso considerando que durante el proceso de selección las partes habían tenido todo los recursos para cuestionar, recusar, etcétera, a los jurados y en su momento no lo habían hecho, que ahora por un fallo adverso no podían replantearlo cuando en su oportunidad habían aceptado la conformación del jurado. Fuente: *Washington Post*, visible en: www.washingtonpost.com/wp-dyn-business/specials/energy/enron

ENTREVISTA

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

*«La vida de los seres humanos
es tiempo que debemos respetar»*



Entrevista realizada a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en ocasión de visitar la sede nuestro Colegio el 24 de junio de 2013 para disertar en el 2^{do} Encuentro Provincial de Jueces y Funcionarios del Fuero de Familia.

Las decisiones emitidas por la S.C.J. de Mendoza han constituido durante años un faro para la praxis judicial en razón de la profundidad de sus decisiones como así también por la actualización de la información volcada en ellas ¿Era usted consciente de la influencia que ejercía su pensamiento en el resto de los tribunales?

Agradezco la valoración positiva de mis votos que la pregunta encierra. Tuve la suerte de que las sentencias fueran publicadas en medios de alcance nacional en épocas en que la informática aún no había llegado en forma amplia a los tribunales por lo que normalmente, las decisiones de los jueces del interior del país eran conocidas solo por los litigantes del foro. La publicación fue acompañada, en muchos casos, de comentarios doctrinales que también favorecieron su difusión. Confieso que me siento muy orgullosa de esa publicación, pero no sospechaba, ni pretendía, influir en otros tribunales.

Para elaborar las decisiones judiciales ¿usted siguió siempre un mismo método de trabajo? ¿Cómo administraba su tiempo?

Mi obsesión por los tiempos de la justicia es bien conocida. Soy una convencida de que el primer deber ético del magistrado es resolver en tiempo los conflictos que se someten a su decisión. El expediente no es solo un expediente; delante de él están los seres humanos cuyos problemas debemos resolver porque ellos no han podido, no han sabido, o no han querido, encontrar la solución adecuada. La vida de estos seres humanos es tiempo que debemos respetar.

Por lo tanto, aunque como regla iba resolviendo los casos de acuerdo a la proximidad del vencimiento del plazo legal para decidir, en muchos casos, adelantaba expedientes que «estaban más atrás en la lista» pero que exigían respuestas más urgentes.

Otra estrategia era resolver paralelamente expedientes que planteaban cuestiones parecidas aunque el vencimiento del pla-



zo fuera muy distante entre uno y otro; la ventaja de este método era «bajar los libros» una sola vez, y estudiar el problema teniendo en miras otros casos semejantes que pueden presentarse para encontrar soluciones armónicas. Claro está, esto requiere saber qué expedientes tenemos para resolver, de modo de «gestiónarlos» conjuntamente.

Es difundido su conocimiento de la doctrina y jurisprudencia francesas en materia de Derecho Privado, su práctica docente en aquellas universidades como así también su inserción en aspectos culturales de dicho país ¿qué aspectos remarcaría del sistema judicial francés que resulten interesantes comparativamente respecto del sistema judicial argentino?

Mi participación durante 20 años en universidades francesas me ha facilitado acceder al conocimiento de la doctrina y jurisprudencia de ese país. Lamentablemente, no he tenido experiencia práctica en el interior de los tribunales para hacer un análisis comparativo.

El único aspecto que he verificado personalmente es el relativo la gestión, o administración del servicio de justicia.

En Francia, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, el sistema judicial designa algunos jueces que toman a su cargo de gestión (por ej., el presidente de la cámara de apelaciones se encarga de problemas presupuestarios, de distribución de causas, sanciones a los empleados, etc). El ejercicio de esa función por un magistrado en sustitución de un «Administrador de Corte», como existe en muchas provincias argentinas, mejora la comunicación y la confianza entre todos los operadores. Es un «par» quien, por ej., le dice

al juez: «no puedo acceder a su pedido de enviarle un auxiliar porque no tengo presupuesto, o porque no lo justifica el caudal de trabajo de su tribunal comparado con el de su colega». El sistema, en general, facilita el mayor entendimiento de

las cuestiones administrativas, aspecto que, en nuestro país, en muchas ocasiones, es causa de numerosas dificultades, porque el juez ve al administrador como un burócrata más del sistema, que no comprende sus problemas.

Aclaro que mientras dura en esa tarea de tipo administrativa, el juez NO ejerce función jurisdiccional.

Por estos días la independencia judicial constituye un tema de marcado interés en la opinión pública, desde la experiencia acumulada como Juez de un Superior Tribunal de Justicia ¿qué reflexiones le merece el debate actual sobre la independencia judicial?

Hace muchos años que los jueces, especialmente los que somos y hemos sido críticos del sistema, hablamos y discutimos sobre los alcances de la independencia judicial en jornadas, encuentros, congresos. En otras palabras, el tema de la independencia ha sido objeto de preocupación constante, aunque no siempre hemos sabido transmitir al público en general nuestras preocupaciones y, fundamentalmente, no hemos encontrado medidas prácticas y eficaces para hacer real y no meramente formal la independencia respecto de todas las fuerzas de poder (institucional, económico, de la prensa, etc).

Lamentablemente, el debate actual se ha planteado en términos que escapan a la alta política judicial para bajar a la adhesión o rechazo de determinadas líneas de partidos políticos. Creo que, en esos términos, el debate es altamente peligroso, por «partidizar» a la Justicia y hablar en términos de amigo-enemigo, en lugar de buen y mal juez.

¿Cuál es su opinión sobre el rol y funciones que cumplen en nuestro país las Asociaciones y Colegio de Magistrados y Funcionarios?

No se puede generalizar. Hay asociaciones que actúan solo



cuando está en peligro el principio de la intangibilidad de las remuneraciones. Otras, por el contrario, desarrollan actividades muy eficaces para capacitar y actualizar a los magistrados de todos los niveles.

¿Qué reflexión le merecen las leyes recientemente sancionadas a partir de proyectos de ley impulsados por el gobierno nacional bajo la consigna de democratizar la Justicia?

Nadie puede estar en desacuerdo en transparentar las designaciones, concursando todos los cargos del Poder Judicial; la Suprema Corte de Mendoza tiene ese sistema hace dos décadas.

Tampoco cabe disentir con la obligación de mostrar el origen de nuestros patrimonios, para generar confianza pública en los magistrados.

En cambio, la restricción de las medidas cautelares contra el Estado y, fundamentalmente, la elección popular de los integrantes del Consejo de la Magistratura, son medidas que favorecen a mayorías circunstanciales, que no siempre defienden los valores constitucionales. Estoy decididamente en contra de esas dos leyes.

Sobre la inconveniencia de crear un tribunal nacional de casación civil me pronuncié en el año 2002 en un artículo que se publicó en la Revista La Ley, en lo que pretendió ser un diálogo con el maestro Morello, que aprobaba tal iniciativa. La generosidad increíble de aquel gran jurista motivó que él incorporara mis reflexiones en uno de sus libros.

Usted formó parte de la comisión redactora de uno de los proyectos de Código Civil en 1993 y también del que actualmente se encuentra en tratamiento en el Congreso Nacional ¿Han cambiado las circunstancias sociales y económicas bajo las cuales se desarrolló la labor en uno y otro proyecto? ¿Es distinto pensar en un proceso de recodificación en 2013?

Las grandes diferencias aparecen en el ámbito del derecho de la persona y el derecho de familia. Las pautas culturales se han modificado sustancialmente; nuevos tratados internacionales relativos a las personas con capacidades restringidas han sido aprobados; las nociones de orientación sexual y identidad sexual han recibido tratamiento legislativo en nuestro país, a través de normas enmarcadas en un amplio respeto a las opciones personales; el avance científico ha dado vueltas el derecho de la filiación; la situación de la mujer también está modificada desde entonces. De allí que aunque el proyecto de 1998 ha sido tenido especialmente en cuenta en el ámbito patrimonial, ha sido menos seguido en los campos que acabo de mencionar.

¿Qué desafíos advierte para los actuales operadores del sistema judicial para el caso de aprobarse el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial?

Aunque el proyecto de reforma recoge en gran medida las tendencias jurisprudenciales existentes al tiempo de su redacción, un cambio legislativo configura siempre un gran desafío para todos; el principal es que los operadores del sistema deberán abandonar el «copio, corto y pego», y estarán obligados a repensar los problemas, fenómeno que en realidad se está produciendo, aún sin sanción expresa.

¿Extraña la función judicial? ¿Considera que le quedó alguna asignatura pendiente al dejar su rol de magistrada?

No extraño la función porque desde que la dejé, en mayo de 2010, mi actividad académica ha aumentado significativamente, aún sin contar el enorme esfuerzo que significó el trabajo de elaboración del proyecto y el que está significando la tarea que nos hemos impuesto de explicarlo a la largo y ancho del país para lograr consensos y, fundamentalmente, mejorar los errores que en toda obra humana se deslizan ■

Dossier

Reforma del Derecho Privado

Enfoques Generales | Áreas Temáticas

此字从人从木，木亦聲。《說文》：「木，大木也。」《玉篇》：「木，大木也。」《廣雅》：「木，大木也。」《釋名》：「木，大木也。」《廣韻》：「木，大木也。」《集韻》：「木，大木也。」《類篇》：「木，大木也。」《康熙字典》：「木，大木也。」

Recodificación

(neoconstitucionalismo optimista)

y reforma judicial

(democracia mayoritaria)

DR. MARIO E. CHAUMET

Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial,
Sala II. Rosario.

Incontables son las preguntas que genera el proyecto de recodificación del derecho privado en trámite en el Congreso de la Nación. Ni qué hablar de las leyes dictadas para la Reforma de la Justicia nacional.

De los numerosos interrogantes que produce toda esta normatividad, sólo pretendemos sondear las posibles vinculaciones que se pueden producir entre una recodificación fuertemente infundada de un «*neoconstitucionalismo optimista*», y reformas que se presentan motivadas para una transformación democrática del Poder Judicial.

Codificación y recodificación

Mucho se puede debatir sobre la conveniencia de sancionar el proyecto de Código Civil y Comercial argentino actualmente en tratamiento. En no pocos casos la discusión se refiere al contexto de la vida interna del país, particularmente en nuestros días, en lo concerniente a la vida política.

Cierto es que las ventajas e inconvenientes de los procesos de codificación siempre han motivado múltiples discrepancias. Valga tan sólo citar la famosa polémica

suscitada entre Thibaut y Savigny. Con razón, señalaba Gioele Solari que la codificación no puede ser considerada desde un punto de vista puramente técnico, tampoco como una simple reunión de máximas jurídicas tendientes a satisfacer las necesidades de uniformidad legislativa. Remarcaba que las exigencias prácticas pueden acelerar y favorecer el proceso, pero no justifican su razón de ser: «La Codificación significa mucho más que la unificación formal del derecho privado: es la expresión positiva de un sistema filosófico, y durante el siglo XVIII fue la realización de la idea individual en el campo de las relaciones civiles.»¹

Una propuesta de codificación del derecho privado de una comunidad es más que una cuestión técnica: implica una propuesta de fuerte impacto en la vida cultural, política, social, económica, de sus destinatarios, a la que muchas veces se ha caracterizado como «las bases de un proyecto de país». La codificación representa una de las expresiones más prominentes de la planificación gubernamental.

En el derecho continental, la codificación civil francesa, elaborada desde bases fuertemente racionalistas y voluntaristas, contenía las premisas básicas

de la legislación. Uno de los redactores del Código Civil francés lo calificó como «el peristilo de la legislación francesa».² El Derecho civil codificado se constituyó en el epicentro de la juridicidad continental.³ Juristas y filósofos entendieron a la codificación del Derecho Civil como un medio para realizar un nuevo sistema instaurado desde la razón: «en una confluencia de razón y voluntad, el Código fue considerado la razón mandada». En el discurso preliminar se afirmaba que el Derecho es la razón universal, fundada en la naturaleza de las cosas. Se pensó que así se le daba racionalización, efectividad, a los requerimientos de carácter universal y eterno.⁴

La ilusión de la «razón escrita» fomentó el fenómeno de recepción de la obra, por el que se pretendía «civilizar» a las más diversas y distantes culturas. En la Argentina, el Presidente Sarmiento hizo aprobar -a libro cerrado- el proyecto del Código Civil pensando que estaba consagrando una pieza del proyecto de país que ya estaba presente en su libro «Facundo», en el que se desarrollaba el lema: «civilización y barbarie».⁵

Creemos que no resulta exagerado afirmar que, en gran medida, en el Código Civil residió el corazón de la juridicidad

argentina. Más allá de un análisis normativo o axiológico, desde un punto de vista sociológico, la verdadera Constitución argentina (por lo menos en lo concerniente a los criterios supremos de su juridicidad) mucho se formalizó en el Código Civil. Allí se establecieron las reglas básicas de la sociedad argentina. La historia argentina muestra que era más fácil modificar la Constitución que reformar el Código Civil. Cualquier cambio implicaba entrometerse en los modos de concebir la vida, la muerte, las relaciones de familia, el contrato y, por supuesto, la propiedad.

La crisis de la racionalidad de la modernidad puso en crisis el corazón del Derecho privado continental. Ello también terció en los procesos codificatorios. Fue elocuente la calificación de Natalino Irti: «la edad de la descodificación».⁶ Si bien se vienen produciendo algunos procesos de *recodificación*, son de características muy diversas a la sistematización decimonónica. Tanto las leyes que descodifican, como los nuevos Códigos, se elaboran sobre la base de principios y cláusulas generales con la finalidad de permitir una mayor vinculación intrasistémica como la conexión intersistémica, por ejemplo, con la Constitución, e incluso la relación extrasistémica con

la remisión del intérprete fuera del sistema jurídico para concretizar determinado valor o directiva. A título de ejemplo, basta citar el nuevo Código Civil brasileño o muchas de las leyes que se han dictado en el área del derecho del consumidor.⁷

El funcionamiento normativo y los procesos de codificación

Como todo proceso de formación normativa, a todo proyecto de Código se lo piensa también en su funcionamiento. Resulta cuanto menos ingenuo creer que quien emprende un proyecto de recodificación de la vida privada de un país, se desentende de los temas que hacen a su funcionamiento. En consecuencia, no es atinado pensar que los conductores de un proyecto de codificación no asumen que para el funcionamiento de cualquier norma, se establecen relaciones, a menudo tensas, entre sus autores (ej. legisladores) y los encargados de su funcionamiento (ej. jueces): «Al fin las normas son lo que los encargados de su funcionamiento las hacen ser, dentro de los juegos de fuerzas respectivos. Además del funcionamiento real, importa el funcionamiento conjetural, es decir, el que se supone que ha de ocurrir e influye en mucho en el comportamiento de los interesados.»⁸

De ahí que bajo la condición de que solamente uno (el Legislador) fuera el intérprete del Derecho, fueron admitidos los objetivos del proceso de codificación de derecho privado francés. Dicha tarea debía ser obra exclusiva y reflexiva del Legislador. El único intérprete de Derecho -que lo era por naturaleza- era el Legislador. El oficio del Juez estaba limitado a extender a los casos particulares, mediante un proceso silogístico, la razón consagrada en la Ley escrita.⁹ Se quería impedir que so pretexto de la interpretación pudiera el Juez sustituir al Legislador. La doctrina de que la Ley escrita se basta a sí misma, de que el Derecho no es sólo de hacer las leyes sino de interpretarlas, corresponde únicamente al Legislador; de que el deber del Juez es puramente lógico y formal y se agota en la *ratio juris*, fue, por lo menos en teoría, definitivamente consagrado con la Codificación francesa.

Los revolucionarios franceses tuvieron plena conciencia de que el margen de apreciación de los textos volvía el poder a los jueces. Da cuenta de ello la creación del Tribunal de casación, encargado de controlar la interpretación dada a los textos legislativos.¹⁰ Sin perjuicio de la forma en que se elegían sus integrantes (elección común) no por eso se dejó

de contemplarlos como ajenos al Poder Judicial y en dependencia estrecha del Cuerpo legislativo. Sostenía Géný que si escudriñáramos el pensamiento que inspiró su establecimiento, no es posible dudar de que la Asamblea pretendió limitar la función de la casación, «a la vigilancia estricta y severa del mecanismo judicial en la aplicación de las leyes».¹¹

Este Tribunal tenía un carácter político, se dedicaba a una función negativa: anular las sentencias que contravinieran lo dispuesto por el Legislador. Acudir al Tribunal de casación tenía como finalidad preservar la Ley. Por eso, el Ministerio Fiscal estaba legitimado para interponer el recurso. Las formas de controlar eran el «*référé obligatoire*» y el «*voluntaire*» (cuando el Juez no sabía cuál era la norma aplicable al caso, el remedio se suprimió con la sanción del Código). Expresaba Géný que, tomado en su conjunto, el sistema podía exponerse así: «la Ley se impone a los tribunales y debe bastarles para deducir el Derecho; si los jueces que entienden en el fondo la desconocen abiertamente, el Tribunal de casación está ahí para anular sus decisiones. Si a pesar de esta censura, persiste la resistencia de los Tribunales ordinarios hasta el caso de requerirse una segunda casación, hay lugar a presumir que la Ley es

oscura o insuficiente en la materia litigiosa; el Tribunal de casación entonces deberá suscitar una interpretación oficial y obligatoria por parte del Poder Legislativo, único competente para resolver todos los problemas jurídicos.»¹²

En síntesis, la transformación jurídica codificadora pensó en el funcionamiento del sistema y tuvo en cuenta a los Tribunales, cuya misión era fiscalizarlo, controlando la labor judicial. El gran maestro francés recordaba que la pretensión de limitar el papel del encargado del funcionamiento también se desencadenaba en otras célebres codificaciones. Así, citaba las famosas Constituciones de Justiniano (quien había reducido la función del Juez reservando sólo al Emperador la interpretación de las dudas que pudiera suscitar el sentido de la Ley), o las disposiciones restrictivas a las funciones de los jueces con relación a las normas codificadas dictadas por José II para Austria y Federico II de Prusia.¹³

El proyecto de recodificación del derecho privado argentino

En diversos trabajos hemos tratado de reflejar las vicisitudes que origina en la juridicidad continental una normativa que se va desplazando de un sistema

codificado de reglas a una casuística judicial orientada, según principios, y en la creciente constitucionalización del sistema jurídico. Así, en los anteriores números de esta misma publicación destacamos el impacto que produce en el Derecho continental el fenómeno de la constitucionalización del orden jurídico y el hecho que los jueces frecuentemente justifiquen sus adjudicaciones desde principios constitucionales.¹⁴

Especificando la noción «Estado Constitucional» hemos intentado describir el fenómeno de constitucionalización del orden jurídico que especialmente adquirió una expresiva fuerza en el ámbito del derecho privado.¹⁵ Ilustrativas resultaron las palabras de Perlingieri, cuando hace ya algunos años anticipaba que el juego de los principios constitucionales obligó a «*refundar*» el Derecho civil.¹⁶

Como anticipamos, los procesos de *recodificación* son de características muy diversas en la sistematización decimonónica. Los nuevos Códigos se elaboran sobre la base de principios y cláusulas generales con la finalidad de permitir una mayor vinculación con la Constitución.

El proyecto de recodificación asume estas características de constitucionaliza-

ción del Derecho y de una normatividad con una creciente presencia de reglas indeterminadas, principios, directrices.

Más allá de lo expresamente consignado en la fundamentación de la comisión que elaboró el anteproyecto, resulta ilustrativo lo expuesto (en reiteradas ocasiones) por su Presidente, el Dr. Ricardo Lorenzetti, cuando, al exponer sobre «los valores que guían la estructura del Anteproyecto», ubica en primer término la «Constitucionalización del derecho privado». Así explica: «La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular, los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptor la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de

los bienes ambientales y de muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado».¹⁷

Agrega que: «También deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a valores jurídicos. No consideramos conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico».¹⁸

Además destaca que: «es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un dialogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores».¹⁹

En síntesis, el proyecto de recodificación asimila el avance constitucional que procura orientar de modo creciente al resto

de la juridicidad, penetrando directamente en espacios donde antes debía mediar la Legislación. El proceso de codificación era más legal; la recodificación argentina está constitucionalizada y acrecienta el papel de los jueces en la producción del derecho privado. De allí que los redactores del anteproyecto sostengan la necesidad de «guías para la decisión».²⁰

El funcionamiento normativo y el proyecto de recodificación

Precisamente, en lo referente a las denominadas «guías de decisión», el denominado Estado constitucional (para cuya descripción nos remitimos a las referidas publicaciones de esta revista), origina diversas respuestas metodológicas. Sintetizarlas, clasificarlas, diferenciarlas, resulta una tarea difícil y no exenta de críticas. En una primera aproximación destacamos que hay respuestas que podríamos calificar como *optimistas*, otras como *escépticas*, y también hay propuestas que podemos reputar como provenientes de un *optimismo crítico* o de un *escepticismo moderado*. Desde ya advertimos que nos encontramos más próximos a la tercera caracterización.

Uno de las expresiones más difundidas e influyentes para las «guías de decisión»

son las que ofrecen las teorías neoconstitucionalistas.²¹ Su influencia teórica se va expandiendo en vastas zonas del derecho privado argentino, no sólo en el ámbito académico, sino especialmente en el jurisdiccional.²²

Cierto es que los problemas metodológicos que el funcionamiento de los principios origina en el derecho continental se advierten reiteradamente vinculados con el Estado Constitucional. Así es como en la teoría jurídica de este tiempo *neoconstitucionalismo* y *razonamiento por principios* son temas que van generalmente *de la mano*.

Numerosas son las investigaciones que se han ocupado de la interpretación constitucional.²³ Algunos sostienen que la interpretación constitucional, al igual que la de la Ley, es una especie de la interpretación jurídica.²⁴ Muchos de los pensadores neoconstitucionalistas y la práctica de considerables tribunales con competencia constitucional, hacen hincapié en la interpretación constitucional, como una consecuencia del proceso de constitucionalización del Derecho.

Cabe recordar que los principios en general (constitucionales o no) no exhiben por anticipado los sujetos y las conductas a las

que son aplicados, o a las consecuencias jurídicas que traen aparejadas.²⁵

Desde una perspectiva crítica, Cárcova asevera que los principios constitucionales son construcciones históricas incorporadas al Estado de Derecho y al funcionamiento de una sociedad democrática, y que ninguna decisión, por mayoritaria que fuere, puede derogarlos sin pérdida de legitimidad: «los derechos fundamentales no son valores inmutables ni transhistóricos, sino adquisiciones humanas incorporadas de manera inmanente al pacto de sociabilidad...». No obstante ello, critica el método de Ronald Dworkin sosteniendo que los valores de una comunidad no son todos coherentes entre sí, y que la tesis expresa un objetivismo axiológico tan radical que «sólo es útil para el modelo que hipotetiza, que ni siquiera es el de las sociedades inglesa o estadounidense, como se pretende.»²⁶

En lo que insiste el neoconstitucionalismo que aquí calificamos como *optimista*, «...es en la capacidad de 'dicción' de las normas constitucionales más indeterminadas. Yal decir de García Amado, aquí viene la gran pregunta y la mayor dificultad teórica de esta doctrina: «¿de qué manera dicen concretamente esas nor-

mas constitucionales lo que en su enunciado es indeterminado? Y ¿cómo se conoce y se muestra intersubjetivamente, con algún grado mínimo de objetividad, eso que dicen? En otros términos, finalmente, ¿de qué modo está presente un mandato concreto en un enunciado constitucional semánticamente indeterminado?»²⁷

La configuración abierta de los principios implica explicitar las condiciones de aplicación. Por otra parte, ante la diversidad de posibilidades que deja abierta la puesta en marcha del denominado Estado Constitucional, resulta relevante determinar cómo verificar cuando una argumentación es mejor que otra.²⁸

Buena parte de la producción de lo que aquí denominamos *neoconstitucionalismo optimista* está dedicado a encontrar parámetros racionales para la aplicación de los principios constitucionales.

De todos los temas que trae aparejada la aplicación de principios en la argumentación de la adjudicación judicial, queremos detenernos en uno de los más invocados (especialmente en las decisiones judiciales de los tribunales constitucionales latinoamericanos, como también en las críticas y comentarios

doctrinarios sobre ellas) que es el de su ponderación. En un número significativo de casos se apela a la ponderación, habitualmente representada con la metáfora de la asignación de pesos distintos a los principios en juego (vgr. derecho a la intimidad y libertad de expresión) a fin de averiguar cuál tiene más fuerza y, por tanto, condicionará al otro.

En el marco de las teorías de la argumentación judicial más difundidas, también se afirma que estamos pasando de la subsunción de reglas a la ponderación de principios.²⁹

Precisamente para Robert Alexy, uno de los tópicos principales en el debate actual de la interpretación constitucional es el rol del *balancing* o «ponderación» que, a su turno, es parte de un principio más comprensivo: el de *proporcionalidad*.³⁰ Interpretar los derechos constitucionales a la luz del principio de proporcionalidad es tratarlos con los requerimientos de la *optimización*; esto es, como principios y no como simples reglas.

Se han postulado diversas maneras de entender la ponderación de principios. Una de ellas es el modelo de ponderación orientado por reglas que pretende ofrecer una reconstrucción plausible en el marco

de una práctica constitucional estable. Ello lleva a suponer que el examen constitucional de proporcionalidad no es una «pura» decisión entre preferencias o una «mera» ponderación, sino que es complementada en parte por reglas. Desde esta perspectiva, se persigue el desarrollo de una dogmática de las reglas de ponderación, sosteniéndose la siguiente tesis: «la aplicación del modelo de ponderación en el marco de una *praxis* constitucional estable lleva a un modelo de ponderación orientado por reglas».

Alexy enuncia la «Ley de la ponderación» en estos términos: «Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro».³¹

Desde su perspectiva teórica, la ponderación forma parte de un principio más amplio: el de proporcionalidad. Este se conforma por otros tres sub-principios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en el sentido estricto.³² Considera a los principios como mandatos de optimización, como normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.³³

La preocupación principal de Alexy es refutar la idea de que la ponderación sea un procedimiento irracional.³⁴ En su opinión, la interpretación constitucional debe necesariamente conectarse con una pretensión de corrección. Si la ponderación fuera incompatible con una idea de corrección, objetividad y justificación, no habría lugar para la Constitución. De ahí el empeño en estudiar la «estructura de la ponderación» y la noción de «representación» como partes de una teoría del «constitucionalismo discursivo».³⁵

El propio Alexy señala que hay que tener en cuenta también que en la ponderación se encuentra implícito un sistema de inferencias, el cual, a su vez, está intrínsecamente conectado al concepto de corrección. Dice que para subsumir un caso en una regla se utiliza un esquema deductivo que se construye con la ayuda de las lógicas: proposicional, de predicados y deóntica; en cambio, para la teoría del discurso jurídico, en el caso de la ponderación de principios existe una contraparte de este esquema deductivo que se denomina «fórmula del peso». Representa a dicha fórmula de la siguiente manera: «*li equivale a la intensidad de la interferencia con el principio Pi; digamos, el principio que protege la libertad de expresión de Titanic, 'lj' representa la importancia de satisfacer el principio*

en colisión; en nuestro caso, el principio que protege el derecho a la personalidad del oficial parapléjico. Wi,j equivale al peso concreto de Pi. Haciendo que el peso específico sea un cociente de la intensidad de la interferencia (Pi) y de la importancia concreta del principio en colisión Pj, la fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio es, en realidad, un peso relativo».³⁶

Muchos son los reproches que se han realizado a la ponderación de principios como mecanismo de argumentación racional, particularmente en el Estado Constitucional. Se dice que es el resultado de una actividad radicalmente subjetiva, de un juicio de valor del intérprete, de una volición y no de una actividad de carácter cognoscitivo; que no es establecida en abstracto, sino que es organizada en su aplicación al caso concreto.

Una de las principales críticas es la que sostiene que la ponderación es una especie de particularismo jurídico, en el que el mecanismo de elección entre principios se convierte en una actividad no controlable racionalmente. Son consideraciones que sólo sirven como razón, en un caso. Se afirma también que en la ponderación no nos atenemos a condiciones preestablecidas. Cualquier

propiedad puede resultar relevante de acuerdo a la situación individual y, en consecuencia, nada es posible concluir en casos futuros. Todo depende de juicios de valor subjetivos y de propiedades de las circunstancias que no estamos dispuestos a generalizar. Un ejemplo que da Moreso resulta elocuente: «aunque es una razón para elegir un buen vino blanco que en la cena se sirva pescado, esta razón puede ser derrotada por otras razones, dependientes de circunstancias que sólo valen para el caso concreto.»³⁷ Lo mismo podría decirse sobre las razones alegadas en un caso para satisfacer el interés superior del niño, la protección del ambiente, del consumidor, la defensa en juicio...

En el ámbito del Derecho anglosajón, Duncan Kennedy sostiene que al razonamiento basado en los derechos se lo presenta como correcto y objetivo pero no puede superar la acusación de «mera preferencia arbitraria» que «en suma, te permite tener razón respecto a tus juicios de valor, en vez de simplemente tener 'preferencias', como: 'prefiero el chocolate al helado de crema'».³⁸

Muchos también creen que es un equívoco suponer que la ponderación encontrará naturalmente su camino mediante la

simple referencia al caso concreto o en la remisión a la prudencia judicial. No se debe subestimar la gravedad de los efectos que la aplicación de las técnicas de ponderación pueden producir, especialmente cuando están desvinculadas de todo parámetro, e ignorar las amenazas del arbitrio que todo poder sin control representa. Al decir de Barroso, la amenaza del arbitrio se infiere de forma simple de un axioma de la ciencia política, cuya corrección ya fue demostrada varias veces por la historia y es que el Poder que no es acompañado de controles tiende siempre a ser ejercido abusivamente. No hay razón alguna para suponer que, diversamente de lo que sucede con el Ejecutivo o el Legislativo, esa máxima no debe ser aplicada al Poder Judicial.³⁹

Más severa es la crítica de aquellos que descreen de un marco teórico de argumentación para lo jurídico, diferenciando *razón*, de *argumentación*. En este sentido, Guibourg expresa: «La ontologización de las preferencias y el disimulo de la ineficacia de los métodos constituyen la base de una gran parte de las actuales teorías que enfatizan la función argumental. En efecto, se afirma a menudo que una conclusión tal como la solución de un caso difícil sobre la base de principios o valores puede fundarse racionalmente en

buenos argumentos; y ha llegado a sostenerse que, si en un caso judicial hay buenos argumentos en un sentido y en el otro y un tribunal resuelve el proceso a partir de uno de esos conjuntos de buenos argumentos, la decisión es objetiva. Conclusiones de ese tipo tienden -es cierto- a calmar la conciencia de quienes desean afirmar que sus preferencias más queridas son justas porque emanan de una descripción verdadera, de cierta realidad moral; pero no contribuyen a clarificar el problema y proponen para él una solución mágica.⁴⁰

También son numerosas las voces y los argumentos que se esgrimen contra las objeciones de irracionalidad del método. Con razón, se sostiene que la inseguridad en la aplicación del Derecho no es una característica específica ni necesaria de la ponderación. Se insiste en que la determinación, justificación y el control de una relación de ponderación no puede ser calificada como una mera estimación subjetiva y arbitraria, dado que el modelo reconstruye una serie de reglas que regulan el procedimiento.⁴¹

No nos detendremos aquí a saldar las críticas y defensas del método. Creemos que las críticas de particularismo no se hacen cargo de las características cul-

turales de este tiempo (entre otras, una marcada aceleración histórica) que impiden, cada día más, el desarrollo de una juridicidad con reglas determinadas, antes del caso. Por otra parte, la argumentación jurídica desde lo particular guió muchos momentos en la historia de Occidente y ha tenido y tiene una especial significación en el Derecho anglosajón o en determinados ámbitos como lo es el comercio internacional.⁴² No se puede afirmar que la argumentación judicial en el Derecho continental haya sido más racional y segura.

Entendemos que la crítica, en gran medida, asume un racionalismo radicalizado -típico de la juridicidad continental moderna- pero también creemos que la pretensión de los modelos de ponderación basados en reglas, como el de Alexy, no escapan a ello. Con fina ironía le hemos escuchado decir al Profesor Buligin que si a él se lo puede acusar de terrorismo lógico sería lícito atribuirle al Profesor de Kiel el *terrorismo matemático*.⁴³

Creemos que, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina jusprivatista argentina, se sostienen posturas que, directa o indirectamente, invocan un *neoconstitucionalismo optimista*. Las palabras ponderación (en mayor medida) y proporcio-

nalidad, son recurrentemente utilizadas en razonamientos que, sobre la base de principios constitucionales, pretenden demostrar la certeza inmanente de una decisión. Es más, en la mayoría de los casos y más allá de las menciones sobre Robert Alexy que en algunos se realiza, es fácil advertir que sólo se utiliza la voz «ponderación», pero se omiten las reglas que el propio profesor de Kiel propone, generando así una pátina de rigor racional a la conclusión.

En otros casos, jueces y doctrinarios ignoran o soslayan la indeterminación de los principios constitucionales y actúan «como si» subsumieran los hechos en reglas determinadas, no expresando las razones por las que se sostiene, por ejemplo, que ésta y no otra opción, es la que realiza el interés superior del niño, la salud, o el patrimonio histórico. Asimismo, en no pocas ocasiones, no se ponderan principios sino que se descarta la clara normatividad legal existente, haciendo alusión a la fuerza retórica de algún criterio constitucional.

Ora que en no pocos casos los jueces resuelven el conflicto de principios conforme a un juicio de valor subjetivo; ora que no se hacen cargo sobre de que no deciden al margen del contexto social (que su ac-

tuación se inserta en un debate que se expande),⁴⁴ que es público, intersubjetivo; ora que no asumen que su razonamiento parte de definiciones que sí pueden ser contradichas y que de hecho alguien las contradice, que pueden en su funcionamiento generar resultados contradictorios, ha llevado a algunos pensadores y a nosotros mismos, a preguntarnos si el *Derecho es el juego de los jueces*.⁴⁵

Los principios constitucionales son evidentemente abiertos; hay que asumir su vaguedad. Fácil es conjeturar que todos podemos estar de acuerdo en proteger el interés superior del niño, en respetar el ambiente, en evitar el daño, permitir el acceso efectivo a una solución judicial que en el cielo de los principios no tienen contradictores. Pero si yo digo «sea el interés superior del niño...», «sea la protección del ambiente...», «sea el no dañar...» y ahora expreso una afirmación, seguro que en la sociedad va a haber alguien que levante la mano y diga «yo no estoy de acuerdo», «para mí...», «en mi opinión...»

Si al funcionamiento de las normas recodificadoras se lo sostiene desde un neoconstitucionalismo que aquí denominamos optimista, genera un inmenso traspasso de la producción jurídica a manos de los que ejercen la función Judicial.

No es superfluo conjeturar que una recodificación, fuertemente vinculada con la constitucionalización del Derecho, impregnada de una normatividad con una creciente presencia de reglas indeterminadas, principios, directrices, apoyada en bases metodológicas neoconstitucionalistas, marcadamente optimistas, genere la incertidumbre sobre cómo actuarán los encargados de su funcionamiento.

Sobre la Reforma Judicial y la «democracia mayoritaria»

Una de las cuestiones que más trascienden en el debate político y social de la Argentina de estos días, gira en torno de las leyes que se han dictado para la Reforma de la Justicia nacional.

Se invocan para su justificación razones democráticas. Se ha dicho que «se trata de modificar la concepción de la Justicia, haciéndola más democrática», modificando la cultura judicial.⁴⁶

Es cierto que el carácter legitimador de la democracia da cuenta de una de las principales peculiaridades del concepto, pero su significado varía según cómo lo construyamos. Dentro de las múltiples caracterizaciones, quizás la más difundida, y que a su

vez es la prevaleciente en la justificación de esta Reforma Judicial,⁴⁷ es la denominada «democracia mayoritaria». Su rasgo distintivo es la «regla de mayoría». Pone el énfasis en la democracia como procedimiento destinado a otorgar el Poder a los representantes de las mayorías. Desde esta conceptualización, la democracia es la regla de la mayoría para la resolución de los conflictos.⁴⁸ Precisamente, sobre la Reforma se ha dicho que: «El fundamento de esto reside en que son los ciudadanos quienes detentan la soberanía normativa, lo cual conlleva, por un lado, el desempoderamiento de la capacidad normativa de quienes conforman sólo una porción de la sociedad y, por el otro, el empoderamiento de todos los ciudadanos, en especial de aquellos que han sido marginalizados o excluidos. Porque -como recuerda Robespierre- debe establecerse «un Estado en el que el pueblo soberano, guiado por leyes que son su obra, haga de sí mismo todo lo que puede hacer y, por medio de delegados, todo lo que no puede hacer por sí mismo».»⁴⁹ Es más, se fomenta «un retorno a los principios de la democracia revolucionaria francesa».⁵⁰

Escapa al ámbito de este trabajo adentrarse en los juicios de valor que generan las distintas aproximaciones sobre la forma de construir el concepto de demo-

cracia y particularmente el de democracia mayoritaria, como también el debate que ha originado la Reforma Judicial. Tal como lo hemos anticipado, sólo pretendemos pulsar las posibles vinculaciones que se pueden producir entre una reconfiguración fuertemente infundida en un «*neoconstitucionalismo optimista*» y las reformas que se presentan, motivadas para una transformación democrática del Poder Judicial.

No pocas veces se ha dicho que el reconocimiento de la exigibilidad judicial de los derechos fundamentales (particularmente los sociales) significa que «... importantes posibilidades de decisión se sustraen al proceso político de deliberación y disposición legislativas. Ello hace visible la relación de tensión existente entre los derechos fundamentales y la democracia».⁵¹ Por consiguiente, la objeción principal radica en que aquí se vislumbra con mayor intensidad el carácter contramayoritario de las decisiones judiciales⁵².

Desde la cultura jurídica de la modernidad se propone la distinción entre la actividad de «hacer» el Derecho y «aplicar» el Derecho. Esta distinción descansaba en que la aceptación de un modelo democrático radica en que el Derecho debe ser creado

por aquellos Organos dotados de una legitimidad representativa⁵³. Ello significa que -de acuerdo con los principios propios de la democracia y de la división de Poderes- la decisión sobre el contenido de la prestación de un derecho «no cae dentro de la competencia de los tribunales de Justicia, sino en la del Legislador directamente, legitimado por el pueblo»⁵⁴. Por eso se alega que los jueces pueden ordenar prestaciones al Estado, derivadas de derechos fundamentales si el Legislador ya las ha determinado.

También se ha destacado que desde el punto de vista de los derechos y garantías sociales de los ciudadanos frente a la función judicial, este inmenso traspaso del poder decisorio a manos de los jueces puede tensar las razones democráticas del Estado de Derecho. No en vano una de las objeciones esgrimidas a este tipo de decisiones - inclusive en los países anglosajones, y especialmente vinculadas a los citados remedios- es el hecho de ser *antidemocráticas*.⁵⁵ Así, Francesca Zannotti advierte que cuando se trata de decisiones que sobrepasan los derechos individuales de los participantes del proceso, ampliar su ejecutividad conlleva un inmenso desplazamiento de facultades de los Organos democráticos a los jueces.⁵⁶

En torno a esto, Carlos S. Nino expresó que un Juez que está completamente al margen del debate público y que no se hace responsable en ese debate ante sus conciudadanos, podría perfectamente torcer las conclusiones a que se haya llegado en el proceso político democrático, acerca de la política social y económicamente preferible, acerca de la distribución de los recursos y de los mecanismos institucionales para proceder a esa distribución, ordenando que el Gobierno proceda de tal o cual manera.⁵⁷

Asimismo, se ha advertido que este marco de nueva actuación judicial -especialmente en el Derecho continental- puede tener consecuencias inesperadas para el mismo Poder Judicial, en particular (lo reiteramos) respecto de su *legitimación*, ya que la imagen de tercero imparcial que dice el Derecho se oscurece en pos de su rol redistributivo.⁵⁸

Es también cierto que según Nino, el argumento contramayoritario de la judicialización se puede contrarrestar si se tiene en cuenta que los jueces deben ejercer un control del procedimiento democrático, de ninguna manera limitado a condiciones formales, pero para promover y ampliar el proceso democrático.⁵⁹

En un Estado «ideal» de derecho, cada uno de los Poderes estatales tiene asignadas las competencias específicas que se encuentra en condiciones de cumplir, en virtud de su organización, presupuesto y la índole de gestión. Pero en varias ocasiones hemos señalado que, cuando el principio divisorio de Poderes se vuelve un espejismo y quien debe adoptar las medidas necesarias para garantizar el pleno ejercicio de los derechos se muestra ausente, la judicatura debe «apropiarse» de funciones que originariamente no le corresponden. En países en los cuales el Estado tiene un alto grado de inexistencia, una de las pocas vías para que determinados enunciados normativos no sean pura ideología es la apertura a un acceso judicial efectivo.

Así las cosas, ello implica de forma notoria que se vean afectadas las premisas teóricas, filosóficas e ideológicas de la adjudicación judicial, tanto en lo que se refiere al papel de la norma, sus posibilidades y límites, como en lo que respecta al papel del Juez, su función y sus circunstancias. Dentro de ese contexto, el Juez continental debe asumir, más que nunca, la complejidad de la cuestión a adjudicar. El ideal de un Estado constitucional se realiza gradualmente. Urge entender la diversidad de posibilidades.

De nuevo sobre neoconstitucionalismo (optimista) y Reforma Judicial (democrática)

Sostenemos que lo que hemos denominado neoconstitucionalismo optimista, en no pocos casos, simplifica las soluciones, generando la posibilidad de cuestionamiento sobre la composición y funcionamiento del Poder Judicial. No en vano insistentemente se ha dicho que el peligro se acrecienta si se piensa que la asunción por parte de los jueces de poderes decisorios tradicionalmente en manos de los otros Poderes estimula a los Organos representativos para buscar nuevas «formas de control sobre el aparato judicial que le sustrae competencias».⁶⁰

En lo que aquí tratamos, ello además se inserta frente a un proyecto de recodificación. En este punto debemos reiterar que la historia de los procesos de sistematización del derecho privado nos demuestra que resulta cuanto menos ingenuo creer que quien emprende un proyecto de recodificación de la vida privada de un país, se desentiende de los temas que hacen a su funcionamiento. Vale volver sobre las motivaciones de los revolucionarios franceses para promover el Tribunal de Casación,

aun habiendo elaborado una codificación basada en reglas con un alto grado de determinación.

En el caso particular argentino a ello se le suma que la iniciativa y elaboración del Proyecto estuvo y está fuertemente promovida desde los sectores más significativos del Poder Judicial. La pregunta sobre el funcionamiento de las normas de un derecho de fuente legal en mucho producido por los últimos intérpretes de la Constitución, se hace más tensa. ¿Qué contexto para la interpretación y aplicación de las normas se genera ante el caso de que el Legislador no sancione lo promovido por los jueces? Un ejemplo paradigmático es la eliminación que hizo el Poder Ejecutivo de los artículos que el Anteproyecto preveía sobre responsabilidad del Estado y de los funcionarios públicos. Participamos de muchas de las críticas que se han sostenido sobre la modificación.⁶¹ Sin perjuicio de ello, y a los fines del presente trabajo (más aún si el Congreso aprueba lo proyectado por el Poder Ejecutivo) cabe advertir que no son pocos los que sostienen que «en cualquier caso, la sabia jurisprudencia de la Corte seguirá rigiendo el futuro de la institución, reafirmando los principios constitucionales que la nutren y le dan sentido, como garantía de la dignidad humana y demás derechos fundamentales».⁶²

Las tensiones entre postulados neoconstitucionalistas optimistas (o bajo la denominación que se prefiera utilizar) y democracia mayoritaria no es sólo una cuestión de teoría política o jurídica.

Tal como aquí lo hemos anticipado, una propuesta de recodificación del derecho privado de una comunidad, es más que una cuestión técnica, implica una propuesta de fuerte impacto en la vida cultural, política, social, económica, de sus destinatarios, muchas veces se la ha caracterizado como las bases de un proyecto de país. No se puede obviar que los protagonistas en su elaboración tienen conciencia de que su destino está, en mucho, el funcionamiento que se produzca al respecto. No es nuestro propósito brindar respuestas acerca de cómo debe ser el Código Civil y Comercial argentino. No opinamos aquí acerca de la conveniencia o inconveniencia de sancionar el proyecto, total o parcialmente. Tampoco evaluamos las leyes vinculadas a la reforma judicial. Solo queremos significar las inquietudes que inevitablemente genera sobre la estructura Judicial, una recodificación basada en un neoconstitucionalismo optimista. Ello no implica admitirlas, ni justificarlas; sólo se propicia asumir la existencia del conflicto.

La elaboración de las normas tiene significados históricos, biográficos, políticos, sociales. Tal como lo expresa Ciuro Caldani, lamentablemente, todavía a veces no se advierte siquiera la importancia de la cuestión ⁶³ ■

¹ SOLARI, GIOELE: *Filosofía del Derecho Privado*, trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, 1946/50, PÁG. 78

² CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL: El bicentenario del Código Civil francés. Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina, J.A. 2004-1-948

³ Inglaterra no aceptó la abstracción de un Código y con gran sentido empírico, incluso, mantuvo instituciones feudales (ibidem)

⁴ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL: *Perspectivas Jurídicas. Teoría General del Derecho. Historia del Derecho. Filosofía del Derecho*, Rosario, F.I.J., 1985, PÁG. 225

⁵ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL, op. cit.: El bicentenario del Código Civil francés. Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina.

⁶ IRTI, NATALINO: *L'età della decodificazione*, Milán, Edit. Giuffrè, 1979. Vtben. NICOLAU, Noemí L.: *Historicidad de los procesos de codificación y des-codificación*, «*Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*», Rosario, 1985, No 4, PÁGS. 37 y ss.

⁷ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL: *Directrices iusfilosóficas del nuevo Código Civil brasileño*, J.A. 2002-IV-1303

⁸ CIURO CALDANI, MIGUEL ÁNGEL: *Aportes metodológicos para la reforma del Código Civil*, La Ley, 24 de mayo de 2012, PÁGS. y ss.

⁹ SOLARI, GIOELE, op. cit.: *Filosofía del Derecho Privado*, PÁG. 79

¹⁰ HALPÉRIN, JEAN-LOUIS: *Codificación del derecho e interpretación judicial: de la experiencia francesa a la teoría del derecho*, trad. Sebastián Ríos, https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/1/D122T0794/5/material_docente.

¹¹ GÉNY, FRANCISCO: *Método de Interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, GRANADA, Edit. Comares, 2000, PÁGS. 61 y ss.

¹² GÉNY, FRANCISCO, op. cit.: *Método de Interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, PÁGS. 63 y ss.

¹³ ibidem

¹⁴ CHAUMET, MARIO E.: *Constitucionalización del Derecho. Necesidad de asumir un cambio de paradigma para la adjudicación judicial*, en *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe*, 2, 2012, PÁG. 194 y ss.

¹⁵ CHAUMET, MARIO E.: *El Estado Constitucional y el Derecho Privado*, en: *El Derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, Homenaje al Profesor Miguel Angel Ciuro Caldani*, Bs. As., La Ley, 2005, PÁG. 29 y ss.

¹⁶ PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, PÁG. 78. V. también *Por un derecho civil constitucional español*, *Anuario de Derecho Civil*, 1983, ENE-MAR, XXXVI, PP. 1/16. Por su parte Jean Foyer en su trabajo «*Le Code civil de 1945 à nos jours*», señala que el último período está dominado por las tendencias crecientes de constitucionalización, internacionalización y europeización del Derecho privado que, a su entender, introducen numerosas disfunciones (en 1804-2004. *Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, Université de Paris II, Dalloz, 2004, PÁGS. 275-296)

¹⁷ LORENZETTI, RICARDO L.: *Aspectos valorativos y*

principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, L.L. 23/04/2012, PÁG. 1 y ss.

¹⁸ *ibídem*

¹⁹ *ibídem*

²⁰ *ibídem*

²¹ En este sentido, cabe aclarar que la voz neoconstitucionalismo es ambigua. Muchos hablan de un Estado neoconstitucional. Aquí con el término neoconstitucionalismo hacemos referencia a un marco teórico que no se limita a describir el fenómeno, sino que valora positivamente sus consecuencias, como una ideología que se caracteriza por su apoyo al modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho. En este caso se subraya lo que considera logros del proceso de constitucionalización y se propugna su ampliación. Se mencionan como algunos de sus promotores a autores como DWORKIN (Los derechos en serio /The moral reading of the constitution) ALEXY (Teoría de los derechos fundamentales, Zagreblesky (El derecho dúctil/La crucifixión y la democracia; Nino (La Constitución de la democracia deliberativa) FERRAJOLI (Derechos y garantías. La ley del más débil). Más allá de la aceptación que pudieran darle a la pretensión que se los adscriba como autores neoconstitucionalistas, cierto es que en mayor o en menor medida pusieron en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales, y en sus desarrollos teóricos se destaca el apoyo a ese modelo

de Estado constitucional y democrático de derecho (v. CARBONELL, Miguel: Nuevos tiempos en el constitucionalismo, en Neoconstitucionalismo(s), 2a edic., Madrid, Edit. Trotta, 2005, PÁG. 9 y ss. v. también COMANDUCUCCI, Paolo: Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico, en la misma obra, PÁG. 75 y ss.)

²² SUÁREZ, ELOY EMILIANO: Constitucionalismo, división de poderes y función judicial. en Argumentación jurídica y constitucionalismo, Coord. Graciela Barranco de Busaniche y Eloy Emiliano Suárez, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2011, PÁG. 89 y ss. Sostiene que la racionalidad y aceptación del constitucionalismo «*depende del más exigente discurso argumentativo a la hora de aplicar el derecho.*» (PÁG. 97)

²³ SAGUES, NÉSTOR PEDRO: La interpretación judicial de la Constitución, Bs. As., Edit. DEPALMA, 1998; SERNA, P. y TOLLER, F.: La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, Bs. As., Edit. La Ley, 2000; VIGO, RODOLFO LUIS: Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas), Santa Fe, Edit. RUBINZAL-CULZONI, 1999; GUASTINI, RICCARDO: Teoría e ideología de la interpretación constitucional, trad. de MIGUEL CARBONELL Y PEDRO SALAZAR, MADRID, Edit. TROTTA, 2008

²⁴ Comanducci especifica que: Al interior de la teoría neoconstitucionalista, por otro lado, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entien-

den que aquella no es más que la continuación -con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado- del iuspositivismo; otros sostienen, por el contrario, que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto del iuspositivismo teórico. Aquellos que adoptan, por el contrario, el modelo descriptivo de Constitución como norma entienden que la Constitución presenta al menos una característica en común con la Ley: la de ser también ella un documento normativo. Quien adopta tal modelo, en consecuencia, configura normalmente la interpretación constitucional, al igual que la interpretación de la Ley, como una especie del género de interpretación jurídica, siendo esta última generalmente definida como la adscripción de significado a un texto normativo. Y en efecto, en la literatura reciente, la tendencia que se encuentra es la de configurar las peculiaridades de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la Ley como una cuestión de grado, y no como diferencias cualitativas. (op. cit. Constitucionalización y teoría del derecho).

²⁵ VIGO, RODOLFO, L.: Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial, BUENOS AIRES, 2000), Edit. DEPALMA, 2000, PÁG. 19 y ss.

²⁶ CÁRCOVA, CARLOS MARÍA: Las Teorías Jurídicas Post Positivistas, Bs. As., Edit. ABELEDO PERROT, 2009, PÁG. 218 y ss.

²⁷ GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO: Derechos y Pretex-tos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo, página de JUAN A. GARCÍA AMADO <http://www.geoci-ties.com/jagamado/>. (20.10.11)

²⁸ GUASTINI, RICCARDO: Principios de derecho y dis-crecionalidad judicial, en Jueces para la Democracia, N° 34, 1999, PÁG. 43

²⁹ Con sentido crítico hay quienes afirman que se está pasando por una suerte de inflación de la ponderación, que por todas partes se pondera en el Derecho, que estaría viviendo un «estado de ponderación» (v. CLERICO, LAURA: El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, (Bs. As., 2009, Eudeba, PÁG. 295)

³⁰ «Uno de los principales temas en el actual debate sobre la interpretación de derechos fundamentales es el papel de la ponderación o el balanceo. La ponderación juega un papel central en la práctica de muchos tribunales constitucionales». ALEXY, ROBERT: Ponderación, control de constitucionalidad y representación, L.L., 2008-F, 785

³¹ ALEXY, op. cit., PÁG. 161

³² Estos principios expresan la idea de optimización. Entiende que para poder interpretar los derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es necesario concebirllos como de optimización, es decir, como principios y no simplemente como reglas.

³³ «Los principios de idoneidad y de necesidad concuerdan a la optimización relacionada con aquello que es fácticamente posible. De modo tal, que expresan la idea del óptimo de Pareto. En cuanto al tercer sub-principio, el de proporcionalidad en el sentido estricto, está enfocado en la optimización de las posibilidades jurídicas. Estas posibilidades jurídicas están esencialmente definidas por principios contrapuestos. La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos. Por lo tanto, el tercer sub-principio se puede expresar mediante la siguiente regla: cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer al otro.»

³⁴ Explica el Profesor de KIEL que la Ley de la ponderación indica que la misma puede ser fragmentada en tres etapas: «La primera etapa establece los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio.»

³⁵ ALEXY, ROBERT: Balancing, Constitutional Review and Representation, material de estudio de la Carrera de Especialista Universitario en Argumentación jurídica, Universidad de Alicante, edición 2004

³⁶ Op. cit., Ponderación, control de constitucionalidad y representación

³⁷ MORESO, JOSÉ JUAN: Conflictos entre principios constitucionales, en Neoconstitucionalismo(s), 2a ed. Madrid, Edit. TROTTA., 2005, PÁG. 104

³⁸ MILJIKER, MARÍA EVA: Duncan Kennedy y la Crítica a los Derechos, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. 2006 -47- 92. http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub_a7n1.html 05-03-12, (06-03-12). V. también: KENNEDY, DUNCAN: A Critique Of Adjudication:(Fin De Siècle), Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1997; Libertad y restricciones en la decisión Judicial, trad. Diego Eduardo López Medina y Juan Manuel Pombo, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1999

³⁹ BARROSO, LUIS ROBERTO: Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoría crítica e pós-positivismo), en «A Nova Interpretação Constitucional (Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas)», 2a ed., Río de Janeiro, Renovar, 2006, PÁG. 117

⁴⁰ Agrega que: «Sencillamente se trata de una pregunta mal formulada, porque su formulación útil debería presuponer un método que permitiese a cualquiera reconocer una buena respuesta en caso de llegar a encontrarla. La argumentación, como afirmó al principio, es un método muy conveniente ante la falta de algo mejor; pero proponerla como fundamento y justificación de las decisiones morales y jurídicas es un exceso de candor: en el mejor de los casos sirve para comparar nuestros motivos y tratar de influir unos en otros, con la guía contingente de las tradi-

ciones culturales y sin garantía alguna de tener razón.» (GUIBOURG, RICARDO, Sobre la argumentación, <http://www.laleyonline.com.ar/>, 22-02-12).

⁴¹ CLÉRICO, LAURA, El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional, Bs. Eudeba, 2009, PÁG. 304.

⁴² GALGANO, FRANCESCO: Libertad contractual y la justicia del contrato, trad. de María de la Colina, L.L. 2008-B, 97

⁴³ De la desgrabación que realizó el autor de la conferencia, dictada en el marco de la Carrera de Especialista Universitario en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, edición 2004

⁴⁴ Al respecto, señala Alexy que: «La importancia de la teoría del discurso a nivel político deriva del hecho de que en un Estado constitucional democrático, la creación del Derecho no se basa únicamente en compromisos y actos institucionales. Más bien, se producen extensas discusiones dentro y fuera de los procedimientos de creación del Derecho, a pesar de todas las deficiencias comunicativas de las democracias modernas» (La Argumentación Jurídica como discurso racional en la teoría jurídica desde la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho, ponencia en el ciclo «La crisis del Derecho y sus alternativas» del Consejo General del Poder Judicial de España)

⁴⁵ CHAUMET, MARIO E.; MEROI, ANDREA, A.: ¿Es el derecho un juego de los jueces?, L.L. 2008- D, PÁG. 717 y ss.

⁴⁶ BRUNO, ANGEL, La democratización del Poder Judicial. Cambiar la cultura judicial, PÁG. 12, 4 de marzo de 2013

⁴⁷ Una de las muestras es el procedimiento que se establece para la toma de decisiones en el Consejo de la Magistratura; sólo se necesita una mayoría simple para designar o remover a los jueces.

⁴⁸ Así, por ejemplo, AREND LIJPHART examina la Democracia a partir de dos tipos ideales. Por una parte, expone el modelo de Westminster, al que también llama «democracia mayoritaria», y lo confronta con el modelo consensual o «democracia consensual». En su tipología, la «regla de la mayoría» es el rasgo distintivo de la democracia mayoritaria; en cambio, los procedimientos destinados a gobernar mediante acuerdos incluyentes hacen a la caracterización de la segunda. Estas dos formas de entender y practicar la democracia responden a visiones distintas sobre sus fines y objetivos y, en especial, sobre la organización y ejercicio del Poder (LIJPHART, Arend, Modelos de democracia, Barcelona, Ariel, 2000, PÁG. 13 y ss.

⁴⁹ MONZON, JOSÉ M.: Democratizar la Justicia, descolonizar el saber: el proyecto de reforma judicial, en Microjuris.com Argentina, <http://aldiaargentina.microjuris.com/2013/04/19/democratizar-la-justicia-descolonizar-el-saber-el-proyecto-de-reforma-judicial>, (07-06-13)

⁵⁰ «Esto significa considerar al Derecho como mecanismo de cambio social o, en su caso, de revolución,

una revolución que puede realizarse desde el Estado, por medio de la ampliación social, su democratización y su fortalecimiento institucional.» (ibidem)

⁵¹ ARANGO, R., op. cit.: El concepto de derechos sociales fundamentales, PÁG. 208 y ss.

⁵² Referente al carácter contramayoritario de los jueces, cabe ver los trabajos de Roberto Gargarella: La justicia frente al gobierno (sobre el carácter contramayoritario del poder judicial), Bs. As., 1996, Del reino de los jueces al reino de los políticos, Jueces para la democracia, Madrid, 1997, No 28, y La dificultad de defender el control judicial de las leyes, Isonomía, México, 1997. No 6.v. también: THURY CORNEJO, VALENTÍN: Juez y división de poderes hoy, Bs.As. Madrid, Ciudad Argentina, 2002, pág. 251 y ss.

⁵³ WROBLEWSKI, JERZI: The Judicial Application of Law, Boston-London, Edit. Zenon Bankowski and Neil Mac Cormick, 1992, PÁG. 316

⁵⁴ ALEXY, ROBERT, op. cit., PÁG. 491

⁵⁵ Pisarello describe esta posición de la siguiente manera: «Una interpretación demasiado extensiva del control judicial de los derechos, entrañaría el riesgo de restringir en exceso el campo de lo democráticamente discutible. Además supondría la adscripción a una suerte de elitismo epistemológico, en virtud del cual los jueces, sin legitimidad democrática ni responsabilidad directa ante el electorado, tendrían un acceso privilegiado al contenido semántico «objetivo»

de los derechos indisponibles para el Legislador.» (PI-SARELLO, Gerardo: Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático, Boletín mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie Año XXXI, México, mayo-agosto, 1998, No 92, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)

⁵⁶ ZANNOTTI, FRANCESCA: Las modificaciones del poder judicial en Italia: de un Juez «*Boca de la ley*» a un Juez de los derechos, trad. de EDUARDO OTEIZA, en J.A. 1996-III-803

⁵⁷ NINO, CARLOS S.: Fundamentos de derecho constitucional, Bs. As., Edit. Astrea, 1992, PÁG. 687 y ss.

⁵⁸ ZANNOTTI, FRANCESCA, op. cit., PÁG. 22

⁵⁹ El mismo autor expresaba que los jueces deben promover y ampliar el proceso democrático abriendo nuevos canales de participación y fortaleciendo la representación, sobre todo de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso. El proceso democrático debe desarrollarse en forma deliberativa, y no hay deliberación si las decisiones no están acompañadas de razones. Los otros Organos del Estado deben dar las razones del incumplimiento, de modo que puedan ser objeto de la deliberación colectiva. Ello implica que los jueces no deben restringir el proceso democrático, sino corregirlo y profundizarlo, en especial cuando no se dan razones del incumplimiento. (Sobre el valor epistemológico de la democracia en relación a las concepciones de la autoridad puede verse: RODENAS CALATAYUD, ANGELES: Sobre

justificación de la autoridad, Madrid, Edit. Centro de Estudios Constitucionales, 1996, PÁG. 255 y ss.)

⁶⁰ BARROSO, LUIS ROBERTO, op. cit. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoría crítica e pós-positivismo)

⁶¹ IBARLUCIA, EMILIO A.: El derecho constitucional a la reparación en el proyecto de Código Civil 2012. RCYS 2013-I, 5; v. también: TONELLI, PABLO GABRIEL, OYHARNARTE (H.), MARTÍN: Cuestión de la responsabilidad del Estado y sus funcionarios en el Proyecto de Código, L.L. 15/03/2013

⁶² CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, op. cit.: El bicentenario del Código Civil francés. Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia Jurídica Argentina.

El rol de los Jueces en el nuevo Sistema del Derecho Privado



DR. ARIEL ARIZA

Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I. Rosario.

1. El Derecho privado ingresa en una nueva etapa

Desde fines de la década de los 80 del siglo XX sectores mayoritarios de la doctrina nacional vienen señalando –a través de obras, de artículos publicados en revistas y en encuentros jurídicos– la necesidad de asumir la tarea de recodificar el Derecho Civil, a través del dictado de un nuevo Código¹. Este período estuvo signado por la elaboración de proyectos legislativos que insumieron notables esfuerzos y discusiones; quedaron, en definitiva, relegados².

Desde 2011 ha comenzado un intento más de recodificar el Derecho privado. Nuevamente, los más conspicuos representantes de la doctrina nacional han comenzado una tarea que contó con un decidido compromiso, expresado por el Poder Ejecutivo Nacional desde su inicio.

Interpretamos que la tarea de elaboración del articulado y del trazado de líneas directrices del nuevo sistema buscó basarse en el aprendizaje dejado por las experiencias truncas anteriores: ampliar la base de los consensos para evitar así que algunos sectores –más sustentados en la mirada de analizar

una obra «ajena» que en las diferencias conceptuales que todo proceso de recodificación supone– se sientan situados desde el inicio ante la falsa opción de mantener el viejo Código, o de adherir a un nuevo sistema que no termina de coincidir con estructuras de pensamiento largamente arraigadas. Con ese implícito objetivo, la comisión redactora supo encontrar colaboradores de subcomisiones por áreas específicas en diversos lugares del país, generándose así una amplia y plural posibilidad de participación en la redacción del Anteproyecto.

El año 2013 encontró, sin embargo, al Proyecto, sujeto a una virtual paralización en el trámite legislativo que ha frenado el impulso inicial que hacía pensar en la pronta sanción del nuevo Código Civil y Comercial. Este estado de cosas lleva a meditar sobre el valor y vigencia de la tarea realizada. A nuestro modo de ver, la obra de recodificación concluida exhibe rasgos distintivos propios del Derecho privado latinoamericano, asentados en importantes acuerdos doctrinarios y de diferentes sectores de la sociedad que justifican que, independientemente del momento de su tratamiento legislativo, se lo vea como la

expresión de un punto de llegada. Luego de tantos años de esfuerzos por reformar el Derecho privado -y de experiencias fracasadas- se ha llegado a una versión del nuevo sistema, que logra sintetizar plurales enfoques ante las nuevas instituciones. Se ha llegado al fin del proceso de recodificación. Independientemente de los aditamentos que puedan incorporarse y del perfeccionamiento de que toda obra humana es pasible, la sociedad argentina cuenta hoy con el diseño de un nuevo sistema para regir la vida privada de los ciudadanos. Este logro no tiene exclusivamente un valor científico de carácter teórico sino que es, además, para los operadores jurídicos, el reflejo de las tendencias más actuales en el sistema vigente.

2. El sistema Civil y Comercial desde el caso iusprivatista

Un rasgo profundamente distintivo del Proyecto de Código Civil y Comercial es el permanente reconocimiento desde la generalidad de la Ley a la dimensión concreta de la decisión judicial, que resuelve el caso iusprivatista. Cabe, inclusive, preguntarse si se trata de un mero «reconocimiento», o directamente hay un sustentarse -de modo estratégico e implícito- la generalidad legal en la dimensión jurisprudencial del Derecho.

Las soluciones previstas por el Legislador dan por implícitamente reconocido que en determinados campos la fuerza reguladora del sistema se integra en la solución del caso, no de una manera pre-determinada, sino a partir de la composición de los principios en juego.

Ello se advierte ni bien se detiene la mirada en las tres primeras disposiciones del título preliminar del Proyecto. En el artículo 1, en forma directa, al señalar las fuentes del Derecho en Proyecto del Código Civil y Comercial se refiere a la materia de Derecho privado, regulada como «los casos», y a la resolución que de ellos corresponda hacer. Si bien un Código constituye una regulación general indicativa de los criterios de conducta establecidos para una dimensión temporal futura, el Proyecto circunscribe su atención en el desenlace de conflictividad social generado por un «caso» a resolver. Desde el precepto que inaugura el sistema, se observa que la atención y la lógica que el Código atenderá responde a una concepción que toma en cuenta, a la par, la regla de conducta y los criterios no necesariamente consagrados en la Ley, que serán completados en la dimensión de la resolución del conflicto.

En el reconocimiento de las fuentes del

Derecho -en el mismo artículo 1- la jurisprudencia obtiene el puesto que de manera pacífica ha sido consolidado en los últimos tiempos por el funcionamiento del sistema. En los últimos años cabe admitir -por la fuerza de los hechos- que el papel de la jurisprudencia desarrollando elementos no determinados por el sistema normativo, ha tenido un incremento notorio. A través de áreas específicas como las de la salud, el derecho de familia y la tutela de sectores vulnerables de la sociedad (discapacitados, ancianidad, consumidores, etcétera) se ha registrado la concreción de reglas predominantemente jurisprudenciales para resolver conflictos, que tienen su origen en la incidencia de nuevos principios³.

En el artículo 2 del Proyecto, igualmente, se refiere a un proceso propio de los encargados del funcionamiento de las normas: la interpretación de la Ley. Introduciendo nuevas pautas para llevar adelante el proceso de hermenéutica de la Ley, el Proyecto de Código Civil y Comercial reconoce la dimensión valorativa del Derecho y señala el objetivo de coherencia que inicialmente ha de perseguirse en el proceso interpretativo. De esta disposición puede destacarse que la totalidad del sistema legal, regulado por el Proyecto de Código, aparece subordinada

do al entramado de derechos provenientes de los Tratados de Derechos Humanos, en coherencia también con el resto del ordenamiento jurídico. Las derivaciones de esta regla hermenéutica son altamente significativas si se considera el impacto que ella ha de tener en los contenidos disciplinares de cada una de las áreas del Derecho privado; pero desde la óptica que aquí se propone analizar cabe destacar que uno de los ámbitos en que principalmente se debe producir la fragua entre la regulación legal propia de cada institución y su consonancia en el caso con los Derechos Humanos, es el de la decisión judicial. Es a los encargados de la resolución de los conflictos que el artículo 2 del Proyecto confía el establecimiento del grado de conformidad de la regla legal con los principios superiores contenidos en Tratados de Derechos Humanos. Lo que de manera más intensa se fue abriendo paso en determinados sectores del Derecho privado bajo la denominación de «control de convencionalidad», se consagra ahora como regla hermenéutica general de la Ley Civil y Comercial.

Toda esta mirada del Derecho privado desde la perspectiva de lo decisorio encuentra otra expresión en lo regulado por el artículo 3 del Proyecto. Reco-

giendo la tradición de una regla clásica, consagrada por las codificaciones decimonónicas, que imponía el deber de no dejar de fallar, so pretexto de oscuridad o insuficiencia de la Ley, ahora el propio sistema legal establece que la decisión tiene que fundarse razonablemente. El sistema legal, de este modo, admite que en la esfera de composición de un caso puede ser que la regla legal no sea el fundamento único o suficiente para obtener la respuesta válida, tanto porque el propio sistema no haya determinado la solución, como porque el alcance del precepto legal deba ser puesto en consonancia con otros principios constitucionales. El canon de la razonabilidad - anteriormente elaborado como estándar del Derecho Constitucional para medir la lógica y validez de diversos actos estatales- cobra ahora plena aplicación, como directiva a tomar en cuenta en todos los casos. Si en la etapa del Derecho privado clásico la razonabilidad de las decisiones era un criterio negativo, conforme al cual se invalidaban por vía de la doctrina de la arbitrariedad las decisiones irrazonables, ahora la pauta se expande como regla general positiva que todas las decisiones individuales en Derecho privado deben observar⁴.

El reconocimiento legal del canon de la

razonabilidad para las decisiones que resuelvan casos iusprivatistas incorpora, de manera necesaria, el campo de la argumentación jurídica a la producción teórica de la dogmática. No podrán ya disociarse la sistematización de las teorías, la exposición de las conclusiones de derecho válido, efectuadas en las obras generales del Derecho, de todo el juego argumental que dichas teorías tengan a la hora de elaborarse las decisiones⁵. Los argumentos normativos y extra normativos -aptos para otorgar razonabilidad a las decisiones-, el eslabonamiento que se establezca entre ellos, su grado de persuasión, no pueden ser considerados materia ajena ni colindante del Derecho privado, sino una nueva pero propia dimensión de la disciplina.

3. Manifestaciones y caracteres de la actuación judicial en áreas específicas

No obstante que la relación entre Legislador y Juez aparece redefinida en forma general en el nuevo sistema, resulta oportuno poner de resalto ciertas previsiones expresas, que remiten al terreno de la decisión del Juez en la conformación de la regla concreta. Las siguientes menciones no pretenden describir exhaustivamente todos los supuestos

demostrativos de la creciente aproximación que el nuevo sistema ha concretado entre disposiciones legales y decisiones judiciales.

En materia de restricciones a la capacidad de las personas, se ha establecido un régimen flexible que, más allá de las categorizaciones estáticas del Código de Vélez, permite a los jueces adecuar las limitaciones protectorias hacia la persona, de acuerdo a los distintos grados de necesidad que requiera el sujeto. La ponderación de los distintos aspectos a tomar en cuenta para disponer una restricción de la capacidad y su grado de alcance surge de los artículos 32 y 38, estableciendo también el artículo 40 que igual amplitud de ponderación existirá en cualquier momento para revisar las decisiones ya adoptadas. De neta apreciación judicial, criterio restrictivo y control judicial inmediato son las medidas de internación reguladas por el artículo 41.

Corroborando lo anterior, se estatuyen medidas que permiten a los jueces articular soluciones de asistencia a las personas, que contemplen la integralidad de su situación vital, al traspasarse las categorías de la incapacidad mediante la adopción del sistema de apoyo a las personas que los requieran. A través del

artículo 43 del Proyecto se abre paso una neta función elaboradora de variables de sistemas de apoyo que dependerá de las propuestas de las partes, dictámenes técnicos y, en definitiva, de la valoración que el Juez pueda hacer sobre las mejores herramientas, para favorecer la autonomía del interesado.

En materia de cambio de nombre es ya tradicional el campo de actuación judicial para determinar la existencia de «justo motivo» que permita el cambio del nombre o del apellido. Ahora el artículo 69 facilita dicha modificación en supuestos de identidad de género, o por haber sido víctima de apropiación ilegal o sustracción de identidad.

En el área de discernimiento de la tutela y la curatela tiene recepción expresa la intervención judicial que debe establecerlas, reglándose la necesidad de la audiencia con los menores o incapaces, como también los criterios a tomar en consideración, a la hora de adoptar la decisión (arts. 112 y 113).

En el campo de los hechos y actos jurídicos se consagra, como regla general, una novedosa competencia judicial, al regularse la nulidad. En el artículo 389 In fine se prevé que para el caso de nulidad

parcial el Juez debe integrar el acto, de acuerdo a su naturaleza y a los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes. Un antecedente destacable de esta función integradora fue establecido por el artículo 37 de la Ley 24.240 en cuanto a la anulación de cláusulas abusivas. La solución ahora prevista por el Proyecto en el artículo 389 expando a la generalidad de los actos jurídicos la función integradora del material regulativo, que fuera objeto de nulidad parcial.

Resulta destacable la intervención judicial, prevista en el artículo 405 del Proyecto, en relación a la ponderación que debe hacer el Juez para considerar la posibilidad de dispensa judicial por falta permanente o transitoria de salud mental. Si bien se establece como regla general el impedimento matrimonial, en el artículo 403, cuando uno de los contrayentes se encuentre en situación de falta permanente o transitoria de salud mental, se admite que el Juez, de todos modos, pueda considerar -previo dictamen de los equipos de salud- que en el caso concreto hay aptitud para la vida de relación.

También en el terreno del Derecho de Familia asume ribetes singulares la inter-

vención judicial que ha de desarrollarse por vía de la determinación de compensaciones económicas (art. 442) entre ex cónyuges y entre quienes constituyeron una unión convivencial (art. 525). Se observa también una estrecha dependencia entre los criterios legales establecidos y la decisión judicial que concretiza dichas pautas en materia de derechos y deberes sobre el cuidado de los hijos. Ante casos en que los padres no presenten un plan de parentalidad, a fin de determinar las modalidades del cuidado de los hijos, corresponde al Juez fijar dicho régimen. Si bien dicha previsión alude a intervenciones judiciales que en gran medida tienen actualmente vigencia en la mayor parte de los procesos de familia, ahora la norma, expresamente, remite al campo judicial esa definición.

En materia de obligaciones se consagra como regla legal una prerrogativa judicial de reducción de intereses abusivos y de intereses que provienen de aplicar el sistema de capitalización en el artículo 771. Tal función judicial de control no es novedosa, sino que se abrió paso en la praxis jurisprudencial bajo el Código Civil vigente, haciéndosela derivar en especial de la ilicitud del objeto (art. 953 del CC). El establecimiento de una regla límite a los intereses aplicados a

una obligación dineraria confronta aquí con una cantidad de variables que suponen un cotejo con tasas relativas en el mercado, así también con conceptos jurídicos indeterminados como la moral y las buenas costumbres. Dichos parámetros resultan ahora recibidos en una disposición legal que, en forma expresa, reconoce estas facultades judiciales, estableciendo como criterios a considerar el costo medio del dinero en el lugar en que se contrajo la obligación.

En materia contractual, el artículo 60 del Proyecto limita, como regla general, la intervención de los jueces en la modificación de los acuerdos celebrados, exceptuando aquellos casos en los que se viola el orden público o en los que la Ley, en forma expresa, autoriza la intervención. Sin embargo, en materia de contratos por adhesión a cláusulas generales predispuestas, el artículo 989 -expresamente- consagra el control judicial, como también en el campo de los contratos de consumo el artículo 1.122 define intensamente el alcance de dicho control. Cabe reparar que, en cuanto al control de los elementos esenciales del contrato, la licitud de la causa y del objeto son extremos cuyo control oficioso por parte de los jueces se deriva igualmente del nuevo sistema (arts. 1.004 y 1.014).

A través del artículo 1.134 del Proyecto, se establece una modificación en las reglas de la compraventa, según la cual, en caso de que las partes hayan fijado que al precio lo determine un tercero y éste no lo haga, será al Juez a quien corresponda su determinación. Si bien para esta tarea se apoyará en valores surgidos del Mercado y en dictámenes de expertos, lo cierto es que se trata de un desplazamiento hacia aspectos de neto corte económico en el contrato. Una función determinativa de índole económica, semejante a la anterior, se reconoce en el contrato de mandato, al disponerse que en defecto de fijación de precio y ante la ausencia de disposiciones legales o usos, será el Juez quien determine la remuneración del mandatario.

En la locación de obra se mantiene una significativa función limitativa que corresponde a los magistrados, para reducir equitativamente la indemnización en caso de desistimiento unilateral (art. 1.261). En sentido análogo, es mantenida la facultad de reducción de la deuda proveniente del juego o apuesta, si resultara extraordinaria respecto de la fortuna del deudor (art. 1.611).

En la órbita de responsabilidad civil es notorio el protagonismo que el Proyecto

otorga a la función judicial en orden a garantizar las denominadas funciones de responsabilidad. En cuanto a la función preventiva, el artículo 1.713 proyectado da lugar a una variedad de contenidos posibles de las sentencias que se emitan, en pos de procurar la prevención del daño. No hay estrictamente tipicidad de las eventuales condenas que puedan establecerse, dado que la disposición legal considera como factibles la imposición de obligaciones de dar, de hacer y de no hacer, lo que denota una inabarcable gama de posibilidades. Asimismo, en el área de la sanción pecuniaria disuasiva, se regula con amplitud de posibilidades el establecer judicialmente consecuencias pecuniarias para quien obrara con menosprecio hacia derechos de incidencia colectiva, siendo el Juez quien debe asignar el destino a los montos en cuestión.

En el sector de los Derechos reales y en materia de propiedad horizontal se reconocen intervenciones judiciales específicas a la hora de la toma de decisiones sobre obras nuevas o realización de mejoras sobre partes comunes (art. 2.051). También se establece una disposición especial que determina los alcances de una medida que, si bien resulta excepcional en la vida consorcial, presenta

casos reiterados en la jurisprudencia, como lo es la asamblea judicial de consorcistas (art. 2.063). Se mantienen las prohibiciones de creación o imposición judicial de los derechos reales de usufructo y servidumbre (arts. 2.133 y 2.169, respectivamente).

En materia sucesoria, se verifica la incorporación de relevantes disposiciones referidas a aspectos del proceso sucesorio como la competencia (art. 2.336); la investidura de la calidad de heredero (arts. 2.337 a 2.340), contemplándose inclusive el procedimiento de protocolización de testamento ológrafo; la realización de inventario y avalúo (arts. 2.341 a 2.344), dedicándose regulación detallada a la administración judicial de la sucesión (arts. 2345 a 2362). En materia de prescripción y caducidad se establece que el Juez no puede declarar la prescripción de oficio (art. 2.552) resultando que la caducidad sólo puede ser declarada de oficio por el Juez cuando está establecida por la Ley y es materia sustraída a la disponibilidad de las partes (art. 2.572).

4. Apuntes finales sobre la elaboración de la decisión en un sistema flexible

Más allá de las anteriores referencias

en las que el Legislador expresamente designa a la decisión judicial individual como complemento necesario de las previsiones normativas, el rasgo de sistema abierto y, en alguna medida, incompleto de la regulación proyectada, se evidencia en la incidencia de una variedad de principios generales que están llamados a cobrar operatividad en las decisiones individuales y en la regulación sintética de las instituciones, regulando sólo los aspectos nucleares o centrales.

Ya sin designar en forma expresa la intervención de los jueces, el sistema, al mostrarse exiguo, apenas suficiente o mínimo en su contenido regulatorio, descansa en esa intervención complementaria de los encargados de elaborar las decisiones individuales. No se tratará de una intervención neutra ni carente de las debidas directrices que el propio ordenamiento proporciona para construir aquellas partes no determinadas de la regulación de las figuras. La construcción de la solución del caso implicará que el Juez tenga que determinar la incidencia que en cada caso puedan tener los principios rectores que sirven de columna vertebral al Proyecto. Estos núcleos significativos tienen como ejes al principio de buena fe (art. 9 y su reiteración en los demás libros del Proyecto), el

abuso del Derecho (art. 10) y el abuso de la posición dominante (art. 11), principio general éste de proyección relevante en la esfera obligacional y patrimonial.

La reiteradamente aludida complejidad de las tareas de los jueces al hacer funcionar las normas, pasa a constituir un capítulo indispensable para comprender el nuevo sistema⁶. No se basta el sistema proyectado con tareas interpretativas o aplicativas, sino que por definición requerirá del despliegue de tareas de reconocimiento normativo, selección de fuentes, síntesis del material normativo aplicable, interpretación conforme a pautas o reglas constitucionales, determinación del contenido de conceptos abiertos, elaboración normativa, aplicación de principios, desarrollo conjetural del sistema y consideración específica de la argumentación⁷.

Todo lo anterior denota que la función judicial en el sistema proyectado para el Derecho privado tendrá un rol imprescindible, que en buena medida ya viene desempeñando en el Derecho de los últimos años, pero que ahora pasa a estar reconocido como pieza fundamental para la concreción de los principios básicos del Proyecto. El legislador confía en los jueces para la composición justa

y razonable de los conflictos del Derecho Privado. A los jueces nos toca tener en claro este delicado rol y prepararnos para cumplirlo ■

¹ La necesidad de transformaciones en el Derecho Civil ha formado parte de una tendencia expresada en otras comunidades jurídicas EHMANN, HORST – SUTSCHET, HOLGER: «La reforma del BGB. Modernización del Derecho alemán de obligaciones», trad. CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ Y UTE SALACH DE SÁNCHEZ, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2006; «La modernización del Derecho Civil» Domingo Bello Janeiro Ed., Santiago de Compostela, 1994

² NICOLAU, NOEMÍ: «Las tendencias en el Derecho Contractual argentino a la luz de las reformas concretadas y proyectadas en la última década», en Trabajos del Centro No 4, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho U.N.R., PÁG. 97

³ GLOPPEN, SIRI – ROSEMAN, MINDY; «¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?» en «La lucha por los derechos de la salud», Siglo XXI, Buenos Aires, 2013, PÁG. 13

⁴ NICOLAU, NOEMÍ: «El principio de razonabilidad en el Derecho Privado», Revista de Derecho Privado, año 94, 2010, PÁG. 3 Y SS.

⁵ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL: «Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales», Revista Doxa, Na 21, vol. 2, 1998, PÁGS. 79/87; GHIRARDI, OLSEN: «El control de logicidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación», Advocatus, Córdoba, 2008, PÁG. 115 Y SS.; TARUFO, MICHELE: «La motivación de la sentencia civil», trad. LORENZO CÓRDOBA VIANELLO, Edit. Trotta, Madrid, 2011, PÁG. 119 Y SS.

⁶ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL: «Filosofía de la Jurisdicción», Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1998, PÁG. 65 Y SS.

⁷ ARIZA, ARIEL: «En torno al razonamiento judicial en Derecho privado», J.A. 2004-1, PÁG. 1.038

La tutela de la persona humana



DR. GERARDO FABIÁN MUÑOZ

Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil
y Comercial, Sala II. Rosario.

Para poder comenzar a explicar la moderna y protectora regulación que hace de la persona humana el nuevo código civil unificado, lo primero que debemos preguntarnos es acerca de cuál ha sido la evolución que la misma ha tenido en el derecho privado argentino y sobre qué criterios se ha ido desarrollando nuestra legislación nacional. Para ello debemos comenzar por observar al Código de Vélez. En él se vinculó la persona a la familia y a las relaciones civiles. La mejor muestra de ello es la denominación que se le dio al Libro I de dicho cuerpo legal. Ante esta regulación, acertadamente, se sostiene que aquí «*la persona no está tratada en sí misma como un sujeto de derecho sino como un integrante de una comunidad: la familia y como sujeto de relaciones jurídicas en las que siempre hay otro con quien estar vinculado como acreedor o deudor... Por lo tanto, el derecho de las personas construido con el material del Código Civil y la arquitectura de la doctrina dio por resultado un derecho de personas caracterizado por: - concebir a la persona como elemento de la relación jurídica; - centrado en la capacidad para contratar; - carente de un tratamiento de la persona en sí misma y de sus derechos fundamentales*»¹. Dentro de este contexto es que se ha afirmado, con fina ironía,

que en la concepción decimonónica de la persona, ésta era, preferentemente, «*varón, mayor de edad y propietario*».²

El transcurso del tiempo y las reformas parciales producidas no variaron en demasía esa concepción.

Así, podemos recordar que la ley 17.711 introdujo cambios que no modificaron aquellos paradigmas: se redujo la mayoría de edad de 22 a 21 años; se incorporó el instituto de la emancipación por habilitación de edad a los 18 años; se introdujo la figura del inhabilitado en el art. 152 bis, se amplió la regulación de los enfermos mentales y se suprimieron restricciones que afectaban en forma discriminatoria a las mujeres.

En el correr del tiempo, aparecen nuevas cuestiones. Sin embargo, nuestro derecho positivo nada decía acerca del impacto tecnológico en la concepción de la persona; de la creciente expansión de los derechos personalísimos; de la necesidad de ampliar la protección de los débiles mentales; de la flexibilización de las rígidas categorías existentes en materia de incapaces, de una regulación del nombre acorde a nuevos tiempos, y así podríamos seguir con la enumeración.

El vacío legal no reflejaba el arduo trabajo de la doctrina iusprivatista nacional. El cambio se comienza a advertir a partir de lo que se ha llamado el Derecho Civil Constitucional. Aquí surge una mirada distinta de las instituciones y se produce el inicio de un proceso que deriva en la reforma constitucional del año 1994 -con el conocido inciso 22 del art. 75 C.N.-, en donde aparecen una serie de textos que tienen absoluta relevancia en esta temática e inciden directamente sobre las normas de fuente interna. En forma coincidente se había producido también el dictado de ciertas leyes que lograron una modernización de nuestro derecho de fuente interna sobre las personas físicas -en particular en lo relativo a su capacidad-, entre las que debemos destacar la Ley N° 26.061 de niños, niñas y adolescentes, la cual implicaba, en aquel contexto, un significativo avance en relación al reconocimiento y funcionamiento del principio de autonomía³.

Se observa así que en el derecho privado argentino, a partir del impacto que provoca la reforma constitucional de 1994, comienza una incipiente pero sustancial modificación en los paradigmas estructurales que lo conformaban⁴.

La reforma del año 1994 no solamente incorporó a la constitución materias que son

propias del derecho privado sino que, por el art. 75 inciso 22, proporcionó una regla fundamental en materia de fuentes cuando dispuso que los tratados y concordatos tienen una jerarquía superior a las leyes. Estos tratados, que constituyen lo que se ha denominado el derecho supranacional de los derechos humanos, contienen numerosas cuestiones de derecho civil, muchas de ellas relativas a las personas. Lo hacen desde la perspectiva de que es la persona el centro del derecho y que no se la debe mirar solamente desde el eje de lo patrimonial. Este abordaje que realizan, por lo demás, responde a paradigmas de actualidad, con el uso de terminología apropiada y un enfoque mucho más dinámico en las regulaciones propuestas.

Todo ello no hacía sino poner de manifiesto la clara contradicción existente entre la postura filosófica y el modo de resolución de conflictos que estaban contenidos en el código -mucho más clásico en su estructura y filosofía- frente a lo que ocurría con las normas de fuente internacional. Se plantea así la cuestión de las relaciones entre la norma constitucional y las normas ordinarias; entre lo que la constitución dispone como derechos y deberes y lo que se impone tanto por el código civil como por los microsistemas nacidos en la órbita del derecho privado.

Se había sostenido que debía hacerse una nueva lectura del código civil y de estos microsistemas, a la luz de la Constitución. Esto forma parte del denominado «diálogo de las fuentes». Sin embargo, dicho «diálogo» se producía entre una constitución, que enfatiza sobre la relevancia de los derechos humanos, y un código que permanecía aferrado en algunas instituciones a lineamientos decimonónicos⁵. Lo deseable era que una reforma integral de nuestro derecho privado proporcionara nuevas soluciones, de acuerdo a principios protectorios contemporáneos.

Estábamos ante una perspectiva de cambio, en donde el régimen del código del siglo XIX debía necesariamente adaptarse a nuevos criterios a partir de una visión de la persona en la sociedad que se había modificado sustancialmente.

Todo esto originaba la necesidad de armonizar dichos sistemas ya que, en algunos casos, la aplicación de las distintas normas en vigencia podía llevar a soluciones contradictorias o directamente enfrentadas entre sí.

El título I del Libro I del nuevo código está dedicado a la Persona Humana. Encontramos aquí aportes novedosos al

derecho privado nacional. Trataremos en forma breve de exponer algunos de ellos sin pretensión de poder completar toda esa temática en el presente.

Las observaciones que se realizan son un modesto aporte y siempre en relación a algunas de las soluciones que, en particular, se han adoptado o han sido omitidas en determinados institutos.

I. Persona Humana

Hemos ya puntualizado que era necesario, en el ámbito de la regulación de las personas, abandonar la postura de Vélez que concebía a ésta como titular de relaciones jurídicas, para pasar a un criterio protectorio que se ocupe, en primer orden, por regular a la persona considerada sobre sí misma.

Es relevante la adopción de la terminología «persona humana» para referirse al ente que el código denominaba «persona de existencia visible». En el derecho comparado se han utilizado distintas denominaciones como, por ejemplo, persona natural (códigos español y ecuatoriano, proyecto de 1936 y anteproyecto de 1954) o persona física (códigos italiano, paraguayano y de Costa Rica).

Se sigue, en líneas generales, el proyecto de reforma del año 1998, pero se avanza en determinados lineamientos respecto de éste, por ejemplo, en lo atinente a la cuestión del comienzo de la existencia.

No se define a la persona humana. Lo consideramos correcto por ser un concepto que proviene de la naturaleza y, por ende, ser anterior a la ley.

Al desvincular la noción de persona de la noción de la capacidad de derecho, se supera así la caracterización que hacía el sistema anterior: «*se era persona por tener capacidad de derecho*». La noción de persona es anterior a la de capacidad; esta última es «*a posteriori*» de aquella⁶. Se tiene capacidad porque se es persona y no a la inversa. Lo contrario importaba confundir al sujeto con uno de sus atributos.⁷

I.1. Comienzo de la existencia

El artículo 19 expresa que «*la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En caso de técnicas de reproducción asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado*».

Encontramos en este artículo una de las grandes novedades que incorpora el código. Aparece lo que, para algunos, constituye un doble régimen para el comienzo de la personalidad⁸. Así se diferencian aquí dos posibles situaciones: respecto de los casos en los que la fecundación es natural, se reproduce el sistema más tradicional, al considerar que principia la existencia dicha persona con su concepción en el seno materno; en los supuestos de fecundación asistida⁹, se considera que el comienzo se produce con la implantación del embrión en el útero materno.

Estamos ante uno de los artículos de la parte general que mayor debate generó antes de su aprobación¹⁰ y ante el que se vislumbran posibles planteamientos acerca de su constitucionalidad¹¹.

La problemática de las técnicas de fecundación artificial solamente han merecido que el legislador las aborde desde la perspectiva del comienzo de la existencia de las personas, sin perjuicio de la regulación especial a dictarse en el futuro para el supuesto de los embriones no implantados.

I.2. Nacimiento con vida

Se sigue manteniendo, en concordancia

con la solución que brindaba el código anterior, que los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió (art. 21). Igual solución daba el proyecto de reformas del año 1998. No nos parece correcta la fórmula utilizada para el caso de que no nazca con vida. Se ha sostenido por caracterizada doctrina que el no nacimiento lo que provoca no es la consideración de la no existencia de la persona, ya que atenta contra el principio de que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo. Por otro lado, resulta contradictorio-en tanto y en cuanto, que se afirme la existencia de la persona (art. 19) para luego sostener que esa misma persona nunca existió si no nace con vida (art.21)¹². El no nacimiento lo que extingue irrevocablemente, con efecto retroactivo, son los derechos adquiridos o las relaciones jurídicas de la que era parte esa persona por nacer, pero no la existencia de dicha persona hasta ese momento, pues el cese de la calidad de persona opera hacia el futuro¹³. La reforma ha preferido, sin embargo, conservar la solución que tenía el código de Vélez en esta materia.

II. Capacidad. Principios Generales

II. 1. Capacidad de derecho

En el marco de cambio de los paradigmas originales que se venía gestando en nuestro derecho nacional, se debe inscribir la regulación que hace el nuevo código del atributo capacidad.

Se sigue aquí el criterio tradicional de la construcción de la capacidad jurídica y su correlación con la titularidad de derechos subjetivos. La capacidad de derecho, en consecuencia, importa la aptitud para ser titular de derechos subjetivos. A esto se le suma la regla de la flexibilidad de esta clase de capacidad: el ordenamiento jurídico impone límites a esa aptitud genérica de la persona estableciendo que se puede privar o limitar esa capacidad en razón de consideraciones de orden superior respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados (art. 22).

Este ha sido siempre el criterio generalizado de la doctrina argentina civilista más destacada y es el criterio que seguía el proyecto de 1998. No es menos cierto que también destacada doctrina comparada, en particular del derecho italiano, ha comenzado a sostener que esta posición im-

porta un achicamiento de la noción de la capacidad jurídica en tanto y en cuanto hoy se le reconocen intereses al sujeto por su condición de tal, que no se corresponden con el modelo conceptual del derecho subjetivo. Así se ha sostenido que sería más adecuado hablar de la capacidad de derecho como la aptitud potencial de ser titular de intereses tutelados por el derecho y no sólo de derechos¹⁴.

II.2. Capacidad de ejercicio

Se reemplaza la expresión capacidad de hecho por capacidad de ejercicio, siguiendo en ello al Código Civil Francés (art. 23).

El texto aprobado se mantiene en concordancia con el de capacidad jurídica y dentro de la concepción de vincular este tipo de capacidad con los derechos, aunque ya dijimos que esto responde limitadamente a los intereses que tiene toda persona como destinataria y que, sin embargo, en distintas oportunidades trascienden la mera referencia al ejercicio de los derechos¹⁵.

II.3. Incapaces de ejercicio

Se conserva la denominación genérica de incapaces para aquellos que lo sean

de ejercicio, con tres supuestos: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2 del capítulo 2 (persona menor de edad) y, c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión (art. 24).

II.3.1. Persona menor de edad

El nuevo artículo 25 establece que «*Menor de edad es la persona que no ha cumplido DIECIOCHO (18) años...*»

La modificación de la edad que contenía el sistema anterior para alcanzar la mayoría (21 años) había sido en su momento una deuda imprescindible del derecho argentino de fuente interna frente a las disposiciones que contenían una serie de estatutos normativos internacionales, constitucionales o supralegales, entre los que se debe citar a la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989, incorporada constitucionalmente a través del art. 75 inciso 22 Constitución Nacional - la que ya había sido aprobada por ley 23.849 del año 1990-, como también lo mismo podía predicarse respecto de normas locales, como la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes de setiembre de 2006. Pero

también era necesaria lograr una armonía en las soluciones de cara a la legislación mayoritaria de los restantes países integrantes del Mercosur (Brasil, Uruguay, Paraguay, Ecuador, Colombia, Perú).

Un adelanto de la reforma integral producida por la sanción del nuevo código se encuentra en la ley 26.579, que anticipó la mayoría de edad a los 18 años, solucionando el problema generado entre el anterior código y las normas de rango constitucional que fijaban la misma en los 18 años. Ello había generado distintas posturas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que iban desde los que sostenían la necesidad de declarar la inconstitucionalidad del anterior art. 126 del código¹⁶ a los que consideraban lisa y llanamente que dicha norma estaba derogada tácitamente y, por último, los que proclamaban la necesidad de dictar una legislación especial para las personas comprendidas en la franja entre los 18 y 21 años de edad, quienes ya no serían niños pero sí menores de edad.

Todas estas cuestiones de compleja resolución han quedado zanjadas, primero por la ley 26.579 y ahora por el código unificado, que ratifica la solución adoptada de considerar mayor a la persona que cumple 18 años de edad.

El nuevo código introduce aquí, además, otros cambios largamente reclamados por la doctrina nacional.

Se elimina la distinción entre menores impúberes y menores adultos y también se suprime la duplicidad de categorías en materia de incapaces (absolutos y relativos), tal como lo venía proponiendo la doctrina desde hacía muchos años¹⁷.

Eran distinciones que resultaban irrelevantes: así como lo era la distinción entre incapaces absolutos y relativos, lo mismo cabe decir de la clasificación que contenía el anterior artículo 127.

Aparece sí una nueva categoría: la del adolescente. Se trata del menor que tiene entre 13 y 18 años (art. 25 segunda parte).

De acuerdo a este criterio un menor será niño, desde su nacimiento hasta la edad de 13 años, y adolescente, desde esa edad hasta la de 18 años.

Lo que sí se ha mantenido en el código es la continuidad de un sistema intermedio, que sigue los lineamientos receptados en el derecho argentino con la sanción de la ley 26.579, cuando el menor alcanza la mayoría de edad: a los 18 años se es mayor; sin embargo se mantiene un

régimen protectorio en materia alimentaria (art. 658). Los «mayores» seguirán siendo «menores» respecto de algunos efectos determinados, como por ejemplo, para acceder a la obra social de sus padres o para obtener los recursos necesarios para mantenerse¹⁸.

Por lo tanto se han suprimido categorías que se debían modificar pero se mantiene - de hecho- una nueva categoría, que no tiene ninguna denominación de la ley, ya no en el ámbito de los menores -como ocurría tradicionalmente en el sistema argentino anterior-, sino con posterioridad a la mayoría de edad. Seguirá existiendo así, en nuestro medio, una categoría intermedia entre menores y mayores plenos, que va desde los 18 hasta los 21 años de edad, y que alguna doctrina denomina como «adultos menores».

II. 3.1.1 Ejercicio de los derechos

«La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico...» (art. 26).

Hemos dicho que en materia de capacidad el sistema tradicional argentino

funcionó siempre con extrema rigidez, a partir de conceptos generales y sin una mirada particular sobre cada sujeto considerado en sí mismo.

Ese sistema dual no distinguía, por lo demás, entre actos patrimoniales o derechos personalísimos. La tarea de representación en forma continua e indiscriminada que se le encomendaba a los progenitores a fin de suplir la incapacidad del menor, sin posibilitar que éste pudiera exteriorizar su voluntad, resulta contraria a las normas sobre autonomía progresiva que contenían disposiciones de normas internacionales sobre Derechos Humanos. Es que la no graduación del desarrollo que toda persona experimenta es una solución injusta, impropia de nuestro tiempo.

El nuevo código mantiene el principio general de la incapacidad de ejercicio de la persona menor de edad. Pero en el segundo párrafo del art. 26 se habilita al menor que cuente con edad y grado de madurez suficiente para poder ejercer los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico, flexibilizando el sistema e introduciendo expresamente en el derecho interno el principio de autonomía progresiva de las niñas, niños y adolescentes.

En esta sintonía, en la ruptura del viejo sistema y la incorporación de un nuevo paradigma es que deben interpretarse las normas del código unificado que atañen a las decisiones sobre el propio cuerpo del menor y frente a actos médicos. Se introduce también en el derecho argentino la noción de competencia: se debe analizar en cada caso concreto si el sujeto puede o no entender de manera acabada qué se le dice, cuáles son los alcances de su comprensión, si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas.¹⁹

Es así que se pasa a distinguir, dentro de la nueva figura que el código denomina como adolescentes, dos categorías etarias: una, entre los 13 y los 16 años; la otra, después de esta última edad.

Se presume que si el adolescente cuenta entre 13 y 16 años de edad, tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometan su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores.

En ambos supuestos será el menor el que manifieste su voluntad, contando con la colaboración de sus padres en el segundo de los casos. Solamente en caso de conflicto entre ellos, se deberá resolver, con intervención judicial, teniendo en cuenta su interés superior del adolescente, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto en cuestión.

Pero, a partir de los 16 años esta regla se modifica. El adolescente mayor a dicha edad es considerado como un adulto para las decisiones que atañen al cuidado de su propio cuerpo.

Se equipara en este último caso al menor con un adulto, anticipando su plena capacidad respecto de estas cuestiones. Ello importa uno de los cambios más significativos y notables en nuestro derecho interno dentro del marco del nuevo régimen de capacidad de ejercicio de niñas, niños y adolescentes.

III. Restricciones a la capacidad

En primer lugar, sobre este particular el legislador ha seguido la buena doctrina que elimina en nuestra legislación cualquier terminología que pueda ser calificada de discriminatoria u ofensiva.

Así se alude aquí a las restricciones a la capacidad, regulándose dentro de ella lo concerniente a las declaraciones de incapacidad, de capacidad restringida y de inhabilitación.

III. 1. Declaración de incapacidad y de capacidad restringida

La declaración de incapacidad sustituye a la anterior terminología que aludía a la demencia. El proyecto de 1998, en cambio, hablaba en este supuesto de interdictos por causas psíquicas.

Hasta hace poco tiempo el paciente mental estaba fuera del sistema legal. No interesaba abordar su problemática ni sus derechos ni la responsabilidad civil por daños injustos que se le prodigaban.

Aquí también se produce el fenómeno de que los tratados de fuente internacional obligaban a nuestro país a adecuar las disposiciones de fuente interna²⁰. En esta materia tienen especial trascendencia las disposiciones que establece la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. En ella se trata a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. En su texto se establecen los principios de legalidad, inclusión, no discriminación

y ciudadanía de las personas con sufrimiento mental, todo con la mira puesta en un imprescindible acceso efectivo a sus derechos.

El nuevo código unificado regula los temas de capacidad jurídica y de internación psiquiátrica, en concordancia con la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y con la Ley Nacional de Salud Mental Nro. 26.657.

El nuevo artículo 33, segunda parte, establece que el juez puede declarar la incapacidad de la persona mayor de 13 años de edad cuando por causa de una enfermedad mental se encuentra en una situación de falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Esta es una de las modificaciones trascendentes, que permite superar el esquema dual anterior, al establecer que será el juez quien, a través del dictado de la sentencia respectiva, podrá restringir en forma parcial o absoluta la capacidad de ejercicio del sujeto. Esta opción de restricción parcial que aparece ahora, constituye una válvula que permite escapar del rígido esquema anterior por el cual, en estos supuestos, la persona quedaba con una incapacidad absoluta. Por eso es correcta la fórmula utiliza-

da por el artículo 24, inciso c), cuando expresa: «*la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión*». Esto constituye la sustitución del anterior juicio de insanía por un proceso de determinación del ejercicio de la capacidad jurídica de la persona²¹.

El artículo 33 utiliza una formula similar a la del anterior artículo 141, con el agregado que la incidencia del presupuesto biológico en la falta de aptitud para dirigir la persona o administrar sus bienes, debe ser absoluta. Se ha querido poner de resalto el carácter excepcional del instituto, pero esta redacción, al calificar a la ineptitud como absoluta, no parece coincidir con la opción de flexibilización ya apuntada por no dejar mucho margen para que el juez -que es el que tiene facultades para determinar la extensión y alcance de la incapacidad- pueda ejercer dicha prerrogativa. En este sentido, otorgaría mayor coherencia una redacción similar a la del anterior 141, que seguiría siendo más favorable aún en el actual sistema para graduar la restricción de la capacidad según cada caso en particular²².

El nuevo código mantiene aquí la misma limitación que había en el proyecto de 1998: se circunscribe la declaración de

incapacidad solamente a las causas de índole psíquica (enfermedad mental) y se omite toda consideración a la situación de la persona que padece una disminución en sus facultades corporales o físicas y que, a consecuencia de ello, se ve impedido o con dificultades para expresar su voluntad.

Esta situación se agrava si contemplamos que la restante figura que el código incorpora en esta materia - la de la capacidad restringida- tampoco permite la protección de las personas con las debilidades antes apuntadas. Esta causal faltante ha sido receptada en países como España -en donde la reforma del año 1983 alude a supuestos de incapacitación en los casos de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona resguardarse por sí misma-, Francia y Suiza.

Esta omisión no se compadece con el espíritu protector del nuevo código.

La nueva figura de la persona con capacidad restringida importa un régimen que parte de una capacidad genérica y en el que se requiere aptitud para expresar la voluntad del agente tanto respecto de aquellos actos que pueda realizar por sí mismos como en aquellos en los que actúe

con asistencia. En esta nueva figura confluyen las dos situaciones que se regulaban en el código anterior dentro del marco de los incisos 1 y 2 del art. 152 bis, en el instituto de la inhabilitación. Esta última ha quedado limitada en la nueva legislación solamente a la hipótesis del pródigo.

En el caso de la restricción, el juez declara los límites a la capacidad y señala los actos que la persona no puede realizar por sí misma (art. 38). En este caso, si bien el texto no aclara, parece que podemos tener actos que requieran de asistencia y actos que necesiten de la representación del curador.

La redacción del artículo 32, en su primera hipótesis de regulación, tiene mayor amplitud protectora en comparación con el anterior inciso 1 del artículo 152 bis, ya que la norma vigente habla ahora de persona mayor de 13 años que padece una adicción. Dicha formula abarca mayor cantidad de supuestos bajo protección, ya que antes estaba circunscripta solamente a los casos de uso abusivo de alcohol o de estupefacientes en forma consuetudinaria. Se comprende así cualquier caso de situación adictiva, como por ejemplo, el tabaco o aspectos relacionados con el juego y el azar.

La segunda hipótesis de restricción alude al supuesto de persona mayor de 13 años que padece una alteración mental. Como hemos expresado, se excluye aquí a la persona que padece una alteración física que dificulta la expresión de voluntad pues no quedan estos sujetos comprendidos ni en la declaración de incapacidad ni en ninguno de las dos hipótesis de capacidad restringida. Esto importa la adopción de la tesis interpretativa más restrictiva que existía respecto del inciso 2 del anterior artículo 152 bis. Aquí también observamos que esto no se compadece con el espíritu protectorio -que tanto en general como en particular- ha seguido el legislador del 2013.

Lo que si queda claro es que los dos sistemas propuestos (incapacidad genérica - declaración de incapacidad- y capacidad genérica -capacidad restringida) son flexibles y graduables y recogen así en el derecho interno la buena doctrina que supera el sistema anterior de distinción estricta entre capaces e incapaces²³. Representan un sensible adelanto en el delicado equilibrio en las opuestas exigencias entre la libertad y la protección de la persona, tratando de otorgar la protección necesaria y el espacio para la reinserción de quien padece la situación de debilidad.

III. 2. Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad

El artículo 47 dispone que el cese de la incapacidad o de las restricciones a la capacidad debe ser decretado por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado el mismo de acuerdo a las pautas del art. 37, que debe dictaminar sobre el restablecimiento de la persona.

Atento a la distinta graduación que permite el nuevo sistema, se establece que si la persona no ha logrado su restablecimiento total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador.

III. 3. Inhabilitados

El último párrafo de la Sección 3^{ra} sobre Restricciones a la capacidad, contiene tres artículos (48 al 50) en donde se regula el instituto de los inhabilitados.

Hemos referido que las causales que contemplaba el anterior art. 152 bis, en sus incisos 1 y 2, han quedado -con las particularidades ya enunciadas- dentro del nuevo art. 32, que se refiere a los dos supuestos de capacidad restringida.

Se reserva la figura del inhabilitado solamente para el caso de los pródigos. Vélez había eliminado esta figura del código original. La subsistencia del instituto en el proyecto aprobado, marca un apartamiento respecto del proyecto de 1998, ya que en este también se la excluía²⁴.

En esta nueva regulación se suprime la rigidez del sistema anterior que exigía que hubiera dilapidado una parte importante del patrimonio. Aquí se puede inhabilitar a la persona que exponga a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad, a la pérdida del patrimonio²⁵. Quizás, con mayor propiedad debería decir que la exposición es a la pérdida de una parte importante de los bienes que integran el patrimonio.

Se mantiene la necesidad de que exista un núcleo familiar, ampliándolo al conviviente, limitándose en el supuesto de descendientes, sólo a los hijos menores o con discapacidad y excluyéndose a los ascendientes.

La legitimación activa para iniciar el juicio, en cambio, es más amplia ya que corresponde al cónyuge, al conviviente, a los ascendientes y a los descendientes, sin limitación de grado.

El efecto de la declaración es la designación de un curador o de apoyos, que cumplen una función de asistencia del inhabilitado (art. 49). Aparece una extensión de las funciones del curador ya que no solo debe complementar a su asistido en los actos de disposición entre vivos sino también en los demás actos que el juez fije en la sentencia. Esta última fórmula tan amplia podría hacernos pensar que los jueces, basados en tal postulación, podrían disponer de la asistencia para actos de naturaleza extrapatrimonial. Ello sería una solución contraria a la finalidad de protección del instituto ya que para su procedencia se requiere que el pródigo exponga a su familia a la pérdida del patrimonio, con lo que se advierte que el riesgo que se busca evitar queda resguardado con la imposibilidad de otorgar actos de disposición por sí mismo.

El cese de la restricción se decreta por el mismo juez que la dispuso, previo examen interdisciplinario sobre el restablecimiento de la persona. Si no se ha restablecido en su totalidad, el magistrado puede ampliar la nómina de actos que la puede realizar por sí o con apoyo (art. 50) ■

¹ RIVERA, JULIO C., Reformas necesarias en el derecho de las personas físicas, Revista Derecho de Familia y de las Personas, Año 1 Nro. 2, La Ley, Buenos Aires, Octubre 2009, p. 197.

² MARTINEZ ALCORTA, JULIO A., Ejercicio de la capacidad jurídica en el Proyecto de Código, Revista Derecho de Familia y de las Personas, Año V Nro. 1, La Ley, Buenos Aires, Enero/Febrero 2013, p. 93

³ RIVERA, JULIO C., ob cit., p. 200.

⁴ RIVERA, JULIO C., El Derecho Privado Constitucional, Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, p. 27, RUBINZAL CULZONI, Santa Fe, 1994.

⁵ MOSSET ITURRASPE, JORGE, Derecho Civil constitucional, RUBINZAL CULZONI, Santa Fe, 2011.

⁶ Cf. CIFUENTES, SANTOS, Derechos personalísimos, Astrea, 2a ed, p. 130.

⁷ En una de las notas del proyecto de reformas de 1998 se afirma que «la noción de persona proviene de la naturaleza; es persona todo ser humano por el solo hecho de serlo y la definición de la persona a partir de su capacidad de derecho confunde al sujeto con uno de sus atributos, amén de que da falsa idea de que la personalidad de sujeto es concedida por el ordenamiento jurídico. La idea del Proyecto es por el contrario que la persona es un concepto anterior a la ley, el derecho se hace para la persona que constituye su centro y su fin».

⁸ ANDORNO, ROBERTO, La persona humana en el proyecto de Unificación de los Códigos Civil.

⁹ El art. 19 alude a las técnicas de reproducción asistida aunque no en todas ellas hay fecundación extracorporal y, por ende, no se puede hablar de implantación. Ello sí ocurre en el caso de la fecundación in Vitro en donde la formación del embrión ocurre fuera del cuerpo de la mujer.

¹⁰ TOBIAS, JOSE W, La persona humana en el Proyecto, RDFYP, La Ley, Año 4 Nro. 6, Julio 2012, p. 261; SAMBRIZZI, EDUARDO, Situación de los embriones crioconservados obtenidos antes de la eventual entrada en vigencia del Proyecto de Reformas al Código Civil, RDFyP, La Ley, Año 4 Nro. 8, Setiembre 2012, p. 145; LAFFERRIERE, JORGE N. y FRANCK, MARIA I, La situación de los embriones no implantados en el Proyecto de Código Civil y Comercial, RDFYP, La Ley, Año 4 nro. 10, Noviembre de 2012, p. 207; SAMBRIZZI, EDUARDO, Apuntes varios sobre distintos aspectos de la procreación asistida en el Proyecto de reformas, RDFYP, La Ley, año 4 Nro. 11, Diciembre 2012, p. 187;

¹¹ ANDORNO, ROBERTO, ob cit., p. 233; BERGEL, SALVADOR, D, El proyectado art. 19 del Código Civil. Comienzo de la existencia de la persona humana, LL 29/08/12.

¹² Tobias cita el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (LL 2007-F-797) que resolvió que la madre de una persona desaparecida durante los años de gobiernos militares tenía derecho a cobrar la indemnización legal, no sólo como madre, sino como abuela del menor que estaba siendo concebido.(RDFYP, Julio 2012, p. 266)

¹³ Cf. AZVALINSKY, A, La personalidad de la persona por nacer, JA 2004-II-976; OSSOLA, F Y SAUX, EDGARDO, sus ponencias a la Comisión Nro. 1, XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2003, libro de Ponencias, t.1, p. 230 y 302, respectivamente que fueron recogidas en las conclusiones de la comisión; CIFUENTES, SANTOS, El nasciturus. Las personas por nacer, ED-15-956.

¹⁴ TOBIAS, JOSE., La persona humana en el Proyecto, RDFYP, La Ley, Nro. 6, año 2012, p. 261.

¹⁵ TOBIAS, JOSE., Derecho de las personas, La Ley, p. 117

¹⁶ Al respecto, ha existido un importante grupo de doctrinarios que habían postulado la inconstitucionalidad del anterior artículo 126 del Cód. Civil en tanto fijaba la mayoría de edad en veintiún años, a partir de la constitucionalización en 1994 de la Convención sobre los Derechos del Niño (entre ellos, Nora Lloveras y Marcelo Salomón y Néstor Solari). Ver: KRASNOW, ADRIANA N., Filiación y mayoría de edad, en «Suplemento especial La Ley. Mayoría de edad. Implicancias de su modificación», La Ley, Buenos Aires, 2009, ps. 35 y sigtes.; SOLARI, NESTOR, La niñez y sus nuevos paradigmas, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 6.; D'ANTONIO, DANIEL H., Convención sobre los derechos del niño, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 20 y La capacidad del menor de edad y la convención sobre los Derechos del Niño, en «Edición Homenaje al Prof. Benjamín Pablo Piñon», Editorial de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2004, p. 96; ALLEGRETTO, MARÍA, La mayoría de edad en la República Argentina. Un voto en minoría que recoge el postulado de la supremacía constitucional y pone luz en medio del caos, LLBA,

2007-1201 y FUGARETTA, JUAN Y LAMPERTI, LUIS, Otro aporte sobre la mayoría de edad, LA LEY, 1998-D, 1395.

¹⁷ «La subsistencia de categorizaciones entre «menores impúberes» y «menores adultos», si bien con proyección en la preceptiva de los artículos 54 y 55 del mismo Código, no modificados, que mantiene vigente la distinción entre incapaces absolutos de hecho e incapaces relativos, ha sido con razón criticada por su anacronismo —más allá de su vigencia por siglos en el derecho comparado de raíz romanista—, siendo la tendencia en los tiempos que corren a suprimirlas (a ambas) estableciendo un régimen básico de incapacidad de obrar hasta cierto momento de la maduración síquica de la persona —que obviamente requiere protección para el tráfico comercial—, pero con facultamientos operativos puntuales y con el reforzamiento de las facultades judiciales para elastizarlos en supuestos concretos que lo ameriten. Esta orientación no sólo se vincula con la incapacidad de obrar de los menores, sino también respecto de los disminuidos en sus facultades síquicas, y ha tenido, entre nosotros, singulares manifestaciones en los proyectos de reforma del Código Civil, sobre lo que no abundamos para no alargar lo que no es tema puntual de esta labor. Como dato referencial que aporta razones para ello, nos permitimos remitir a la lectura de los fundamentos del Proyecto del '98, en la publicación que de su texto hiciera Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 22, dentro de lo vinculado al Libro Segundo, Título I, apartado 4.» SAUX, EDGARDO I., Mayoría de edad a los 18 años, LA LEY 2010-B,794 y DFYP 2010 (mayo), 151; FACCO, JAVIER HUMBERTO, Menores impúberes y adultos. La reciente reforma del Código Civil, LA LEY 2010-B, 1039.

¹⁸ CROVI, LUIS D., Nuevo Régimen de Capacidad de los menores, SJA 14/4/2010.

¹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, El derecho del niño a su propio cuerpo, en BERGEL, SALVADOR D. y MINYERSKY, NELLY (coords), Bioética y Derecho, RUBINZAL CULZONI, Santa Fe, 2003, p.114.

²⁰ OLMO, JUAN P, Capacidad Jurídica, discapacidad y curatela ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?, RDFYP, La Ley, Año 4 Nro. 6, Julio 2012, p. 340.

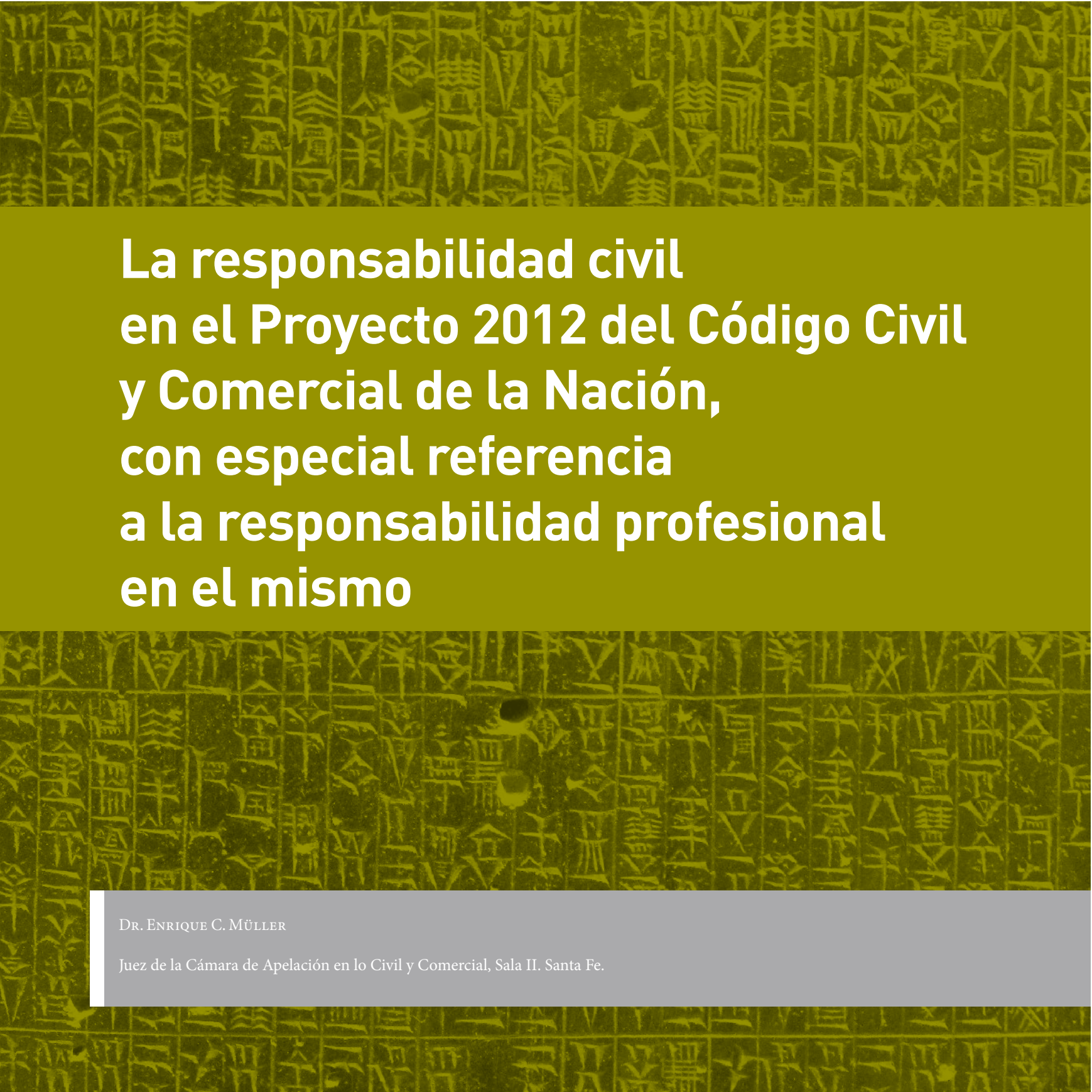
²¹ MARTINEZ ALCORTA, JULIO, ob cit, p. 95.

²² TOBIAS, J., La persona humana en el proyecto, ob cit, p.270

²³ TOBIAS, J., Enfermedad mental y Derecho Privado, LL 1997-F-1397.

²⁴ Al tiempo del proyecto de reforma de 1998, la doctrina nacional se encontraba dividida respecto a la supresión o no de la prodigalidad como causal de inhabilitación, ver COBAS, M.-ZAGO, J., Derecho Civil, Parte General, Universidad, p. 250 y ss; TOBIAS, J., Algunas observaciones al Proyecto de Código Civil de 1998, LA LEY, 2000-B-1130.

²⁵ CORNET, M., El régimen de la inhabilitación en Homenaje a los Congresos Nacionales de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. 1, p. 370.



La responsabilidad civil en el Proyecto 2012 del Código Civil y Comercial de la Nación, con especial referencia a la responsabilidad profesional en el mismo

DR. ENRIQUE C. MÜLLER

Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala II. Santa Fe.

El anteproyecto le reconoce a la responsabilidad civil tres funciones: preventiva, punitiva y resarcitoria, y lo hace sin desconocer que, tanto en el Derecho comparado como en nuestro país, existen discusiones doctrinales -como se destaca en sus fundamentos- acerca de si la prevención y la punición integran o no la noción de responsabilidad, pero, exhibiendo una visión superadora, nos dice que por ello es necesario que la Ley resuelva la controversia. A la par de que la necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este Anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva; para concluir -en argumentos que comparta- que va a ser la definición de los derechos que se tutelan lo que determine un sistema más complejo de funciones de la responsabilidad, toda vez que no hay una jerarquía legal, porque varía, conforme los casos y bienes en juego.

Digamos solamente que en el moderno Derecho de daños, tal como se destaca en los fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, la prevención tienen un sentido profundamente humanista pero, a la vez, económicamente eficiente, porque la evitación de los daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también

desde un punto de vista macroeconómico y, que ello se condice con el hecho que la responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades: ya no es sólo resarcitoria, sino también preventiva. La evolución se basó en el cambio de una serie de paradigmas, a saber, entre otros, «de responsabilidad como deuda, a la responsabilidad como crédito a la indemnización» y de la reparación a la prevención (Lorenzetti, Ricardo L.: Fundamento constitucional de la reparación de daños, La Ley, 2003- C, 1184). Aspectos sobre los que me explayo con el fin no sólo de compartir el trabajo realizado por la Comisión en este sentido, plasmando aquello que la doctrina desde hace más de treinta años viene pregonando, al alegar que la responsabilidad civil debería persuadir al eventual autor de un daño de desistir de su conducta, o a tomar los mayores recaudos posibles para evitar hechos lesivos (Calabresi); sino también porque, no obstante que las transformaciones sociales no conllevan por sí solos la modificación de lo jurídico, sí imponen los cambios en el mismo y, desde este vértice poder trabajar con nuevas perspectivas, nos permitirá verificar si el proceso que nos llevó a su reconocimiento, posibilitará la realización de los derechos que se pretenden con tales funciones.

Introducción: Definición de «profesionales liberales». Antecedentes sobre esta responsabilidad especial. Proyectos de 1987 y 1998. LDC

Es un tema sensible y controvertido.

La discusión empieza con la propia terminología: a las notas de intelectualidad y autonomía se agrega el título universitario y la matrícula (estos dos últimos emergen de la exclusión del artículo 2 de la LDC). La doctrina española diferencia oficio (actividad manual), empleo (subordinación), arte (actividad creadora) y profesión (actividad intelectual).

La visión clásica del profesional liberal (Roma: sólo los ciudadanos libres) puso de resalto su defensa irrestricta; como «libres» se rechazaban los controles y la posibilidad de juzgar sus aciertos o errores en la práctica o ejercicio.

Mosset Iturraspe nos muestra dos sectores antagónicos extremos: a) los que tratan con severidad a las profesiones liberales por la importancia que emerge del título universitario, la ejemplaridad del título universitario y la confianza que habilita al artículo 902 del CC; b) el trato benévolo

de médicos y abogados que no profesan una ciencia exacta y tienen libertad en la elección de los medios; las causas de los fracasos hay que buscarlas en los pacientes y clientes.

El Jurista santafesino ubica en esta última corriente al Proyecto de 1998 que contenía, como una novedad, la atenuación de la responsabilidad de los profesionales por los daños causados por su mala praxis en virtud de la modestia o modicidad de la cuantía de la remuneración percibida. Tales soluciones, en materia de responsabilidad civil, fueron consideradas por gran parte de la doctrina como un retroceso en el corrimiento de las fronteras del Derecho de Daños.

Por su parte -antes- el proyecto del año 1987 establecía una verdadera inversión en la carga probatoria de la culpa en la locación de servicios, cuando se tratara de profesionales que asumieran obligaciones de medios, mostrando un tratamiento de la responsabilidad profesional innovador y resistido por el sector profesional, que se sintió afectado con la normativa que pretendía instaurarse.

En el mismo se aludía a los profesionales, sin delimitar el campo de aplicación de la normativa con el término «liberales» re-

sistido por algunos doctrinarios. En este proyecto, si bien se establecía como base de la responsabilidad profesional la culpa (con una inversión probatoria fuerte), contemplaba la posibilidad de establecer una imputación de tipo objetiva, basada en el riesgo o vicio de la cosa, receptada por analogía en los daños causados por actividades riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización. Así, establecía en el art. 1.625, inciso 2: «En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de haber obrado sin culpa, en los términos del artículo 514. Pero si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió obtener un resultado determinado, sólo se liberará demostrando la incidencia de una causa ajena». Tal inversión de la carga probatoria constituyó una de la causal que originó el veto del presidente Menem, por considerarla violatoria del principio constitucional de inocencia al forzar a los profesionales a probar su no culpa. Está claro pues, que el espíritu de este proyecto era la protección de los consumidores de servicios profesionales.

En definitiva, el artículo 1.625, inciso 2, del vetado Proyecto de 1987 establecía, con relación a los profesionales, la siguiente regla: «En caso de controversia queda a cargo del profesional la prueba de haber

obrado sin culpa en los términos del art. 514. Pero si de lo convenido o de las circunstancias resultara que el profesional debió obtener un resultado determinado, sólo se liberará demostrando la incidencia de una causa ajena». Siendo claro que en dicha norma del Proyecto se receptaba la tradicional clasificación de las obligaciones «de medios» y «de resultado», con relación a los deberes que habitualmente pueden asumir los profesionales, ya que, en efecto, según la misma: sin «el profesional debió obtener un resultado determinado», la sola no obtención del mismo pone de resalto el incumplimiento de su obligación, por lo que únicamente puede liberarse «demostrando la incidencia de una causa ajena», o sea la ruptura del nexo causal entre su proceder y el daño, en razón de la incidencia de un caso fortuito o de fuerza mayor; en tanto que «la prueba de haber obrado sin culpa», sólo puede estar referida, por exclusión, al supuesto de las obligaciones de medios, en las que no se asegura un «resultado determinado», sino solamente una prestación diligente e idónea, normalmente apta y eficaz para el logro de aquél, pero sin que se lo pueda garantizar por tratarse de algo contingente o aleatorio.

De ello, fácil resulta concluir que las propuestas de modificación legislativa han

tenido en cuenta esta clasificación, aun cuando debe admitirse que en el referido Proyecto no se asignaron exactamente, a esas dos categorías de obligaciones, las mismas consecuencias que la doctrina tradicional les había atribuido con anterioridad. En la solución propiciada para las obligaciones «de medios», ya no tiene el acreedor que probar la culpa del profesional sino que le basta con alegar el daño, correspondiendo en cambio a este último la demostración de que el mismo no le es imputable a título de culpa, mediante la prueba de que obró en el caso con la prudencia, aptitud y diligencia debidas, conforme a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.

Análisis del artículo 1768 del Proyecto actual:

I- Reglas de las obligaciones de hacer

Art. 773 del Proyecto. Un contrato de servicios profesionales con una obligación nuclear de hacer y «deberes secundarios de conducta» (Lorenzetti). Normas que rigen (Mosset Iturraspe).

La primera frase de la norma establece que «La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones

de hacer». Esta era una posición sobre la que ya trabajaba la doctrina. Lo decía Mosset Iturraspe: las obligaciones que prometen los profesionales como deudores son esencialmente «obligaciones de hacer» y cuando penetra en los contratos como sus fuentes, se los califica dentro de la «locación de servicios». Autores como Ricardo Lorenzetti, al referirse a la naturaleza del vínculo profesional y requirente del servicio, lo tipificaron como un «contrato de servicios profesionales». El profesional tiene una obligación nuclear «de hacer», de realizar un servicio. Para ello, ostenta discrecionalidad técnica; puede elegir los medios a utilizar. Este contrato especial fue regulado en proyectos anteriores, no en el actual. Además de la obligación nuclear, el profesional contrae una serie de «deberes secundarios de conducta», como la confidencialidad, colaboración, deberes de seguridad, información.

Mosset Iturraspe, antes del proyecto actual, ya enumeró «las normas que rigen las profesiones»: unos pocos artículos del Código Civil (en el proyecto se sostiene que las obligaciones de hacer «son aquellas cuyo objetivo consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes», artículo 773 y ss.). Las provincias también cumplieron su cometido

regulatorio con los Códigos de ética y de leyes arancelarias. También señaló la vigencia del principio de la autonomía de la voluntad y las cuestiones que plantea: buena fe, deber de información, cláusulas limitativas de la responsabilidad, etcétera. Además, cuando se enfrentan dos partes con distinto poder de negociación (con base en la información diferente), sabemos lo que acontece: es necesaria la intervención del Estado.

Precisamente, el Proyecto contiene otras normas aplicables, como aquellas que impone a las partes un obrar con cuidado y previsión, según las exigencias de la buena fe (art. 729)

II- Responsabilidad subjetiva, excepto compromiso de resultado concreto

Arts. 1.724 (factores subjetivos: culpa y dolo) y 1.725 (valoración de la conducta). La tradicional clasificación de obligaciones de medio y de resultado (T. Represas)

La carga de la prueba de los factores de atribución y eximentes (1.734). Facultad judicial de ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación (1.735). Consagración de las cargas probatorias dinámicas (Peyrano)

El proyecto sigue el criterio que la res-

pensabilidad de los profesionales emerge de su hecho propio o personal, razón por la cual el factor de atribución es subjetivo: culpa o dolo.

Ello nos remite a los artículos 1.724 y 1.725 del Proyecto, que reitera que son esos dos los factores subjetivos de atribución. El primero, define la culpa en términos casi idénticos al actual artículo 512 del CC, como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión (esta última manifestación de la culpa es muy importante para el supuesto de responsabilidad especial). El dolo se configura -en los términos del Proyecto- por la producción del daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (en esta última frase hay alguna novedad respecto del actual artículo 1.072 del Código Civil).

La conducta se valorará, a su vez, siguiendo esta directiva del Proyecto: cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno el conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de sus consecuencias. Se contempla la valoración de conductas, dando continuidad a los arts. 902 y 909, infaltables

en toda argumentación de responsabilidad de profesionales a la hora de juzgar la llamada culpa profesional.

En tal empresa, cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta, no se toma en cuenta la condición especial o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial de las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad por la condición especial del agente. La existencia de una confianza particular supone que «... el acreedor delega una mayor cantidad de facultades en el deudor que la que resulta frecuente realizar, en razón de la condición especial de este último» (Lorenzetti, Ricardo Luis: «Responsabilidad Civil de los Médicos», Tomo 1, ed. 1997, pág. 327). «... A mayor confianza depositada, mayor rigor en apreciación de la culpa» (Lorenzetti, Ricardo Luis: «Responsabilidad Civil de los Médicos» Tomo 1, ed. 1997, pág. 329)

La prueba de los factores de atribución y de los eximentes corresponde a quien los alega (art. 1.734), sin perjuicio de lo que preceptúa el artículo 1.735 acerca de las cargas probatorias dinámicas y, que si el Juez lo considera pertinente, durante el proceso comuni-

cará a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

El resultado: cuando se señala que la responsabilidad es subjetiva «excepto que se haya comprometido un resultado concreto», entiendo que se recepta la tradicional clasificación de las obligaciones de medio y de resultado con relación a los deberes que habitualmente pueden asumir los profesionales. En efecto, según la misma, si el profesional debió obtener un resultado determinado, la sola no consecución del mismo pone de resalto el incumplimiento de su obligación, por lo que únicamente podría liberarse «demostrando la incidencia de la causa ajena».

Obligaciones de medios y obligaciones de resultado

Origen de la distinción: Trigo Represas y López Mesa nos refiere, en su Tratado, de la responsabilidad civil que discute quién fue el autor de esta distinción (algunos doctrinarios argentinos y franceses asignan la paternidad de la misma a Demogue, Compagnucci de Caso, T. Represas, Andorno, entre otros; en cambio otros encuentran antecedentes previos a Demogue: se remiten al Derecho Romano (Mazeaud), al antiguo Derecho francés

(Jorge Alterini) y hasta la Doctrina alemana (Izquierdo Losada, A. Alterini). Pero, cualquiera sea el resultado de esta polémica velada, es indudable el aporte relevante que aquel Jurista francés realizó con su obra del año 1925.

La formulación original de Demogue fue una construcción doctrinaria y primordialmente docente. Nació en el seno de los contratos donde la regla era la obligación de resultado. El objetivo básico y principal de tal clasificación era la distribución de la carga probatoria: en las obligaciones de medio el acreedor debe probar la culpa de su deudor para obtener condena; por el contrario, en las obligaciones de resultado, el hecho objetivo de que el deudor no haya obtenido el resultado lo transforma en responsable, excepción hecha del caso en que éste pruebe una interrupción del nexo causal. Por ello, su distinción tuvo un interés práctico claramente demarcado. Tuvo importantes críticas como las del Prof. Díez- Picazo que se ha opuesto al «apriorismo reduccionista» de Demogue. Básicamente, lo que se sostiene es que no cabe establecer reglas fijas a priori sobre la obligación de resultado; es la regla o la excepción. Entre nosotros, también Mosset Iturraspe ha cuestionado la expresión «obligación de medios», afirmando que ella «no es feliz, en la medida en que la

expresión parece desvincular el deber del deudor del compromiso de alcanzar un resultado; del interés del acreedor -jurídicamente protegido- de lograr un resultado beneficioso».

En la **evolución de la idea**, los hermanos Mazeaud y André Tunc propusieron reemplazar aquella terminología por resultarles «ambigua», y sustituirla por la de «obligaciones determinadas» y «obligación general de prudencia y diligencia». Según ellos, es una clasificación general de las obligaciones, aplicable tanto al régimen contractual como al aquiliano. Otro aporte de los Mazeaud está en el campo de aplicación del *distingo*, que ya no se limita a las obligaciones de hacer, sino que también se puede aplicar a las de no hacer y a las de dar. Pero su aporte más interesante está en el estudio interno del *distingo*, cuya separación en su tesis no es tajante. El parámetro de separación entre uno y otro campo es la aleatoriedad del resultado: a) el azar se encuentra en las obligaciones determinadas (de resultado) en una mínima expresión que se revela en la posibilidad de eximirse por caso fortuito; b) en las obligaciones generales de prudencia y diligencia (de medios), el azar es constitutivo, no dependiendo su incidencia del grado de diligencia del deudor. En la elaboración de estos autores, dicha clasificación

básicamente distribuye el peso de la carga probatoria, al consagrar en la obligación determinada o de resultado una presunción de culpa que no se encuentra en el otro segmento.

Actualmente, la distinción ha calado hondo en las doctrinas y jurisprudencias francesa, italiana, española y argentina; en especial, en lo referido a la responsabilidad profesional. Aparecen fallos en este sentido de la Corte de Casación francesa y la Cámara de Casación de Italia, esta última con la usual caracterización de la obligación del médico como de medios, con excepción del campo de la cirugía estética (6/10/97).

En el orden nacional, una profunda e ingeniosa construcción es la del Prof. Alberto Bueres, quien ha dado un nuevo lustre a esta clasificación. Su aporte más relevante se relaciona con la configuración ontológica de la distinción. En un fallo que dictó como Juez de Primera Instancia sostuvo que «en las obligaciones de medios el acreedor es quien debe demostrar la culpa del deudor, a diferencia de lo que acontece en los deberes de resultado en el que el primero sólo está compelido a probar la falta de obtención del objetivo perseguido (resultado); esto es, el incumplimiento material u objetivo de la presta-

ción, pues con ello basta para que la culpa quede fuera de cuestión; se descarte» (causa «Sachi de Reggie», 26/2/80, confirmada por la CNACiv. Sala E). Con una pretensión taxonómica, distingue interés primario -que son los medios debidos- y un interés final aleatorio. Condiciona los medios debidos, los que ya no son cualesquiera, sino aquellos reconocidos como aptos para perseguir el interés, aunque no se lo alcance. En las obligaciones de resultado, el interés primario se diluye, cobrando presencia determinante el fin último. Agrega Bueres que si en las de resultado se persigue un fin preciso y determinado y no hay posibilidad de eximirse mostrando la falta de culpa, se trata de una imputación objetiva de responsabilidad. De modo que las obligaciones de resultado dan lugar a un régimen de imputación objetiva, con la sola exigente del caso fortuito, mientras que las de medios presupone una imputación subjetiva, con la exigente de la falta de culpa y casus. Otro aspecto que resalta Bueres es que la cuestión procesal es contingente, que no hay una necesaria vinculación entre este distinguo y la carga de la prueba.

Sostiene el profesor Trigo Represas que este trípode de aportaciones (Demogue, los Mazeaud y Bueres) constituye la tríada de elementos más importantes que se su-

maron a la construcción desde su origen, anterior al siglo XX. Pero no existe en esta materia unanimidad, ni siquiera un consenso más o menos amplio acerca de la terminología a emplearse. Lo volátil de las diferentes elaboraciones no es una simple diferencia terminológica sin influencia sobre la cuestión de fondo.

En tal inteligencia entiendo que, más que nunca, debemos aceptar la distinción entre obligaciones de medios y de resultado que ha obtenido carta de ciudadanía, no sólo en la doctrina y la Jurisprudencia (europea y americana), sino también en el proyecto de Reforma del Código Civil. En punto a ello, una razón para mantenerla surge de las reglas de uso común del lenguaje, ya que como contrapartida no advertimos que ninguna de las nomenclaturas alternativas sea superadora de esta terminología.

Objeto de la distinción: la contraposición de las dos categorías de obligaciones (de medios y de resultado) se establece por su objeto; por la diversa manera de definir el contenido de la prestación del deudor (Trigo Represas). La base de la clasificación está dada por los deberes que tiene que cumplir el deudor en la relación de obligación, donde el objeto está constituido por las prestación (Compagnucci de Caso).

Obligaciones de medios: lo único comprometido es una actitud apta, eficiente, idónea para producir normalmente un resultado, pero sin que ese resultado pueda ser asegurado. El deudor está obligado a actuar con diligencia, a conducirse con prudencia para intentar obtener el resultado esperado. El acreedor, para demostrar que la obligación no se ha cumplido, debe probar que el deudor no se ha comportado con la prudencia y diligencia a las que estaba obligado. Esta prueba resulta dificultosa, ya que implica realizar un análisis pormenorizado de la actuación del obligado, y sólo en caso de acreditar alguna negligencia en su comportamiento, éste responderá por ella (López Mesa).

Diez-Picazo da buenos y pertinentes ejemplos de ellas cuando dice que «al médico que presta sus servicios sólo se le podrá reclamar una actividad diligente en la prestación de las actividades de diagnóstico y curación, pero no se podrá decir que no ha cumplido con su obligación por el hecho que el paciente no obtenga la curación esperada, porque el médico no promete la curación del enfermo, sino únicamente el administrarle un serie de cuidados de acuerdo con una técnica científica y profesional».

En ninguna de estas obligaciones el obligado asegura un resultado: ni el médico se

compromete a sanar efectivamente al enfermo, ni el abogado a ganar el pleito; sino que se obligan a poner todos los medios que las respectivas técnicas indican como idóneos para esos fines, pero que pueden no lograrlo. Es decir, en estas obligaciones siempre que se consiga el resultado el deudor se libera, pero no siempre que éste no se obtenga el deudor carga con la responsabilidad. Si el deudor demostrare haber puesto toda su pericia, cuidado y capacidad en la ejecución de la obligación a su cargo, no puede ser responsabilizado por la no obtención del resultado (López Mesa). Aquí el factor de atribución es subjetivo. En estas obligaciones de medio al acreedor, para reclamar indemnización, no le basta demostrar el daño sufrido, sino que debe probar además la culpa del deudor en la falta del resultado, o sea que no puso en práctica los medios que normalmente conducen a la obtención del efecto perseguido, o que en el empleo de estos medios se ha incurrido en negligencia, imprudencia, etcétera. Por ejemplo: en la actuación de un médico -al cual se le ha muerto el paciente- no les bastaría a los parientes probar la contratación de los servicios ni la muerte del enfermo, sino que tendrían que demostrar la culpa del médico por no haber empleado los medios apropiados para su curación (de acuerdo a las normas de la ciencia médica), o que los

ha empleado deficientemente (Cazeaux-Trigo Represas). Numerosas son las obligaciones de la Jurisprudencia y Doctrina (Bustamante Alsina, Trigo Represas, Compagnucci de Caso, Vázquez Ferreyra, López Mesa, Bueres); las principales son las obligaciones profesionales de médicos, abogados, etcétera.

Obligaciones de resultados: el deudor no sólo tiene el deber de observar una determinada conducta, sino también de obtener el logro de la finalidad perseguida por ella. En estas obligaciones, con prescindencia de la fuente que las origine, al acreedor le basta con demostrar la existencia de la obligación o el acontecimiento dañoso, para que se presuma la culpa del deudor (Mazeaud, Cazeaux-Trigo Represas, entre otros).

El factor de atribución es objetivo. El deudor tiene un único medio de eximirse de responsabilidad probando la ruptura del nexo causal, o el desvío del mismo, o bien el hecho fortuito, o fuerza mayor, o el hecho de un tercero (López Mesa). Como dijera Bueres en un voto: «si la obligación es de resultado, la revelación del incumplimiento objetivo descarta la culpa (no existe 'presunción relativa' en esta dirección), pues el plan de prestación tiene por meta un objetivo concreto, determinado» (CNACiv. Sala D «Israel, Carlos» voto en disidencia 29/8/83).

Las obligaciones de dar son básicamente de resultado; las de hacer son generalmente de medios.

Ambito de aplicación del distingo: La distinción entre obligaciones de medios y de resultado nació en el seno del derecho de los contratos, siendo durante décadas confinada su aplicación a ese segmento. Henri Mazeaud en 1936 formuló su célebre Tesis expansiva de la doble summa divisio proponiendo la aplicación del distingo de Demogue, tanto a las obligaciones contractuales, extracontractuales, como a las de dar, hacer y no hacer. Hoy se admite que se trata de una clasificación general de las obligaciones y que resulta aplicable también a algunos supuestos en materia extracontractual (cfr. Trigo Represas y Bueres).

Efectos de la distinción: Para un sector importante esta clasificación tiene directa relación con la carga probatoria de la culpa. Según Bustamante Alsina, cuando se compromete una obligación de resultado, queda fuera de cuestión la culpabilidad, porque el lazo de sujeción del deudor es tan fuerte que sólo se libera mediante la demostración del caso fortuito. En cambio, cuando están en juego sólo medios, es el acreedor el que debe patentizar la culpa del *solvens*.

La tendencia más moderna es que en las obligaciones de resultado no hay presunción de culpa, sino imputación objetiva.

Por nuestra parte, pensamos que la importancia de tal distingo se proyecta muy especialmente sobre el régimen probatorio: en las obligaciones determinadas al acreedor le bastará con establecer -a veces sólo con invocar- que no se logró el resultado prometido y nada más, correspondiendo en todo caso al deudor que quiera exonerarse de responsabilidad, la acreditación de que ello sucedió por caso fortuito u otra causa extraña ajena a él; mientras que en las de «medios» no es suficiente la mera no obtención del fin perseguido pero no asegurado, sino que también se debe demostrar que ello acaeció por culpa del obligado. Ello sentado, fácil resulta advertir que, con relación a algunas profesiones liberales, la obligación que en general asume el profesional es en realidad de «medios», ya que, verbigracia, ni el médico asegura que va a curar al enfermo, ni el abogado que va a ganar el pleito, sino que únicamente se comprometen a cumplir una prestación eficiente e idónea, con ajuste a los procedimientos que las respectivas técnicas señalen como a los más aptos para el logro de esos fines, pero sin poder dar certeza de que ellos se puedan alcanzar.

Críticas a la distinción y sus efectos: han sido diversas, con distintos fundamentos. Una primera posición relativiza la importancia de la clasificación, explicando que hay diversos matices en el orden probatorio (Alterini y López Cabana distinguen entre obligaciones de resultado ordinarias, atenuadas y agravadas; obligaciones de medios ordinarias y reforzadas). La segunda postura admite la clasificación pero moderando sus concepciones hasta admitir mecanismos presuntivos que amenguan los aspectos conflictivos que derivan de imponer la carga probatoria a las víctimas. Así, cuando la culpa debe ser probada por el actor, admiten presunciones judiciales de culpa y la carga probatoria dinámica que la hace recaer sobre quién se halla en mejor situación para probar. Autores como Lorenzetti (1992) hablaron de una Reforma pretoriana sin base legal.

Reflexión final respecto de la utilidad de esta distinción: La distinción es útil y portadora de consecuencias prácticas para ser aplicada a las obligaciones de hacer o prestadora de conducta.

Pero aun cuando se sostenga como regla la carga de la prueba de la culpa médica (por ej.) sobre el paciente, esta regla se desdibuja con varios recursos (Kemelmajer de Carlucci): 1) la señalada teoría de las cargas proba-

torias dinámicas; 2) la vieja regla del res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí mismas); 3) la rigurosa aplicación de la culpa profesional en temas del «derecho a la salud y a la vida» según el criterio de la Corte Suprema de Justicia [C.S.J.N., 13/10/89, «Amante c/ Asoc. Mutual Transporte Automotor», I.A. 1990-II-126 Y E.D. 136-679. En este fallo se siguieron los lineamientos ya sentados mucho tiempo atrás por la Sala A de la Cámara Nacional en lo Civil, en su fallo del 21/7/77 en autos «Biedma c/ Clínica Bazterrica», La Ley, 1977-D, 92 Y E.D. 74- 563, luego reiterada en muchos otros pronunciamientos: Cámara Nacional Civil, Sala E, 7-6-2006, «B. de L., A. N. c. c., M.», La Ley, 2006-E, 255; ídem Sala F, 5/5/88, «Pérez c/ Trombetta», La Ley, 1989-C, 624, Iurispr. Agrup. 6.119; ídem 24/8/82, «Bernal c/ Dir. Bienestar Armada», E.D. 102-331; Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala 1, 8/10/82, «G., I. v. c/Estado Nacional», E.D. 103-578; votos de los Dres. Fayt y Vázquez en autos «R. A. c/ Porcella, Hugo y otros», CS 10/05/1999, publicado en Rev. de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, año II, N° 2, págs. 86/92, etcétera]; 4) un lento apartamiento de la distinción tradicional, al afirmarse «la obligación siempre es de medios, pero de medios adecuados», pues -como dice Lorenzetti-: aunque el médico no se obliga a curar -se admita o no el distingo entre obligaciones de medios y de resultado-, lo cierto es que la

finalidad curativa colorea los medios aportados por el Galeno y siempre debe orientarse hacia la curación del paciente enfermo, directiva coincidente con la ética médica.

Pero el compromiso asumido por el médico, de proceder con la diligencia propia de su especialidad y de obrar conforme a las reglas y métodos propios de su profesión, debe examinarse a la luz de la directiva del art. 902 del Código Civil: «cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos»; y sin pasar por alto además, que cuando está en juego la vida de un ser humano, la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leve, adquieren una dimensión especial que las reviste de singular gravedad.

Mosset Iturraspe habla de «atributos de los medios» y así menciona que deben ser idóneos, adecuados, actualizados y según la ciencia y la técnica. Frente al fracaso del servicio (muerte del paciente o pérdida del juicio), el prestador del servicio debe demostrar los atributos indicados; no puede ampararse en el «escudo de los medios».

Prestigiosa jurisprudencia sigue también este criterio cuando expone que en la actualidad se está abandonando la *summa*

divisio entre obligaciones de medio y de resultado, dado que la obligación es siempre de medios pero de medios adecuados, y los mismos deben ser aplicados de conformidad con reglas técnicas y éticas, cuya violación por el agente configura una conducta penalmente reprimible. [SC Mendoza, Sala z-, 10.6.94, «Fiscal vs.Fernández Gatica, Ramón y otro»].

Otros mecanismos utilizados y ya citados como tendientes a aliviar la pesada carga probatoria de la culpa profesional, pueden mencionarse a la prueba de presunciones (contemplada expresamente en todos los Códigos de procedimientos civiles) y la llamada teoría de las cargas probatorias dinámicas, cuya paternidad bien puede atribuírsele al distinguido procesalista Jorge W. Peyrano. Si bien respecto de las cargas probatorias dinámicas se ha dicho que no se encuentra regulada como regla del *onus probandi* en el Código Procesal Civil y Comercial, no es menos cierto que ha sido utilizada en forma reiterada por los tribunales, y muy particularmente en los casos de responsabilidad civil médica.

Una conocida sentencia de la Sala D de la Cámara Nacional Civil de fecha 16 de julio de 1998 dictada en la causa «Contreras, Juan c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires», resolvió que «En materia

de responsabilidad médica y a consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de actividad, en principio incumbe al paciente (pretensor) la carga de demostrar la culpa de aquél (demandado). No basta pues, con revelar la mera infracción estructural, o sea, la causación del daño médico para deducir *sic et simpliciter* el elemento subjetivo (culpa), aunque tal transgresión al *alterum non laedere* provoque antijuricidad, que es asunto diverso... Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser en principio probada por el actor, sin perjuicio de que el Juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es excepcional, que hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar» (El fallo fue publicado en Jurisprudencia Argentina, 1999, Tomo II, pág. 495 y ss., con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra titulada: «La prueba de la culpa médica: las cosas en su justo lugar»).

Y en este aspecto se localiza un gran avance, ya que con la incorporación del arto 1735 al ordenamiento jurídico, tal teoría tiene respaldo normativo. Otro punto para destacar es la obligación que impone dicha norma al Juez de comunicar a las partes la decisión

de utilizar la teoría de la carga de la prueba dinámica, lo que abre la posibilidad recursiva a las partes, garantizando el derecho de defensa de las mismas y haciendo armónica la nueva Legislación con los más elevados preceptos del ordenamiento jurídico en el que pretende incorporarse.

La fórmula se afianzó y reiteró en encuentros de juristas: en las «V Jornadas Rioplatenses de Derecho», San Isidro, Bs. As., 1989; «Cuartas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil», San Juan, 1989; «Primeras Jornadas de Rosario sobre Responsabilidad civil en el ejercicio de profesiones liberales», Rosario, Sta. Fe, 1989; «III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa», Sta. Rosa, La Pampa, 1991; «Segundo Congreso Internacional de Derecho de Daños», Bs. As., 1991; «Primeras Jornadas de Buena y Mala Praxis», Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, Bs. As., 1995. La aludida fórmula coincide con unas ponencias que, presentadas por el Dr. Bueres en los dos primeros eventos citados y en algunos posteriores, es la siguiente: «Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser en principio probada por el actor, sin perjuicio de que el Juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales y del concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es excepcional, que

hace recaer la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar». Han apoyado -con su firma, el criterio- en los diversos encuentros jurídicos mencionados, los doctores: Atilio A. Alterini, Luis O. Andorno, Roberto M. López Cabana, Jorge Mosset Iturraspe, Roberto A. Vázquez Ferreyra, Aída Kemelmajer de Carlucci, Roberto H. Brebbia, Eduardo A. Zannoni, Gustavo A. Bossert, Carlos A. Parellada, Rubén Compagnucci de Caso, Enrique C. Banchio, Ramón D. Pizarro, Carlos G. Vallespinos, Félix A. Trigo Represas, Gabriel Stiglitz, Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, José W. Tobías, Isidoro H. Goldenberg, Juan J. Casieppo, Jorge A. Zago, Angel Chavarri, Aníbal Piaggio, Dora Szafir, Beatriz Venturini (estas dos últimas, profesoras uruguayas), y otros distinguidos juristas.

III- Cuando la obligación se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la imputación objetiva derivada de la intervención de cosas y ciertas actividades, excepto que se cause un daño derivado de su vicio.

Inaplicabilidad como regla del artículo 1.757. La excepción: el vicio de la cosa. Una noción que emerge del artículo 1.051 (Inc. b) y las distintas clases de vicios. El ingreso al régimen de responsabilidad

profesional objetiva (art. 1.758) y un análisis crítico.

Los casos típicos son los supuestos de responsabilidad médica por daños causados con intervención de cosas; es decir, el perjuicio se origina con independencia, o al margen del acto médico en sí.

La norma habilita la imputación objetiva de responsabilidad del profesional liberal en los casos de daños causados por el vicio de las cosas que utiliza. No habla de riesgos sino de vicios, que es una categoría que la abundante doctrina que existe sobre el artículo 1.113 del CCiv., consideró como particular especie de riesgo. Buscando en el Proyecto, ubicamos una noción de vicio en el artículo 1.051 (Inc. b) como aquél. «La responsabilidad por defectos ocultos se extiende a los vicios reprobatorios, considerándose como tales los defectos que hacen a la cosa impropia para su destino por razones estructurales o funcionales, o disminuyen su utilidad a tal extremo que, de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido, o su contraprestación hubiese sido significativamente menor».

Sin embargo, la Doctrina (especialmente en el ámbito del derecho del consumidor) ha desarrollado aquella noción, incluyendo otras clases de «defectos» como los de

«fabricación, diseño, conservación e información» (Gonzalo Sozzo). Será un campo fecundo de trabajo para la dogmática, que deberá establecer los supuestos en los que el daño causado por el servicio profesional encuentra su origen en un vicio de la cosa o actividad. El interés práctico es relevante; ya el ingreso a un ámbito de responsabilidad objetiva profesional traerá sustanciales beneficios para las víctimas de esos daños.

IV- La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas. Son las hipótesis en las que no participan «cosas» en los daños que se causan; hay pura actividad profesional. Aquí el Proyecto reafirma la vigencia de una imputación subjetiva que es la reina en este ámbito.

V- Síntesis de los presupuestos para la responsabilidad civil de los profesionales liberarles, con especial referencia a la consagración de la pérdida de chance como daño resarcible

La pérdida de chance

El maestro Trigo Represas nos indica que la Doctrina francesa la define como a la «desaparición de la probabilidad de un suceso favorable»; el perjudicado pierde la expecta-

tiva de conseguir o tener un bien, material o inmaterial. Comprende todos aquellos casos en los cuales el sujeto afectado podría haber realizado un provecho, obtenido una ganancia o un beneficio, o evitar una pérdida, resultados que fueron impedidos por el hecho antijurídico de un tercero.

La certidumbre del daño aparece esfumada o borrosa, aunque se halla presente, pues de otro modo no se trataría de un daño indemnizable. El problema radica en que tratándose de una situación en la que el comportamiento antijurídico de un tercero interfiere en el curso normal de los acontecimientos, ya nunca podrá saber, con certeza absoluta, si el afectado por el mismo habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado aquél.

Como expusiera Bustamante Alsina «toda chance es un interés legítimo, es decir, protegido por la Ley, porque es una expectativa patrimonial del titular de un patrimonio... el cual se convierte en una facultad de actuar para reclamar en justicia el valor económico de aquella esperanza».

Así se escribió sobre la pérdida de una chance de curación y daño cierto, como secuela de una mala praxis médica. Por ello, «el monto de la indemnización por el daño se determina por la pérdida de la

oportunidad, lo cual es naturalmente menor» (CCiv., Sala C «Solinz» 17/6/85).

En este rubro no se relaja o desaparece la vigencia de los presupuestos de la responsabilidad civil; la diferencia fundamental entre la pérdida de chance, el lucro cesante y el daño emergente fincan en una cuestión de grados de certidumbre. La pérdida de una oportunidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro (Trigo Represas). En agudas palabras de Zanoni, coexisten «un elemento de certeza y un elemento de incertidumbre. Certeza de que, de no mediar el evento dañoso, el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial. Pero, a la par, incertidumbre - definitiva ya- de que manteniéndose la situación de hecho o de derecho que era el presupuesto de la chance, la ganancia se habría, en realidad, obtenido, o la pérdida se habría evitado. Agudamente se indicó, en un caso, que el análisis de la «pérdida de chance» confronta dos extremos cuando se trata de casos límites: de un lado, aquello que podría calificarse como 'castillos en el aire' y del otro, la predecible -por lo razonable- expectativa de contar con determinada utilidad (CCiv., Sala B «Longas» 10/4/97).

Según la Jurisprudencia, se entiende por «chance» la probabilidad de una ganancia que resulta frustrada por el incumplimiento del deudor (SCBA «Reinoso», 6/3/90). Cuando «la chance» implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que se ve frustrada por culpa del responsable, se convierte en un daño actual resarcible; por ello, la indemnización debe ser de la «chance» misma, y no de la ganancia estimada en forma matemática, por lo que debe ser apreciada judicialmente, y de acuerdo a las circunstancias de cada caso (CCiv. Sala E, «Panza», 21/3/86). Para la procedencia del resarcimiento del rubro «pérdida de chance» debe acreditarse la existencia de un perjuicio con un concreto grado de probabilidad de convertirse en cierto, razón por la cual no es admisible el reclamo si versa sobre un daño puramente hipotético (CSJN «R., P.A. c/Estado Nacional» 15/7/97, LL 1997-F-15).

En lo tocante a la indemnización de la chance, debe decirse que lo indemnizable es la chance misma, en cuanto daño actual resarcible, valorándose en sí misma y no en relación al eventual beneficio o ganancia frustrada. La Jurisprudencia francesa ha fijado el criterio de que la reparación de una pérdida de chance tiene por medida a la chance perdida y no puede ser igual a la ventaja que se buscaba obtener (Corte de Casación Francesa, 2002).

El monto del resarcimiento no se determina por el daño y su cuantía, o el beneficio esperado, sino por la pérdida de la oportunidad, lo que naturalmente es menor. La indemnización es la chance misma que el Juez apreciará en concreto, y no de la ganancia o de la pérdida que era el objeto de aquélla, ya que no puede olvidarse que lo frustrado es propiamente la chance, la cual, por su propia naturaleza, es siempre problemática su realización (SCBA «Kessler» 29/9/87). Debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido.

Casuística. El ejemplo clásico de pérdida de chance es el del caballo de carrera que por culpa de su transportista o de un tercero llegó tarde y no pudo participar de la carrera; la pérdida de la posibilidad de ganar el premio asignado a la carrera, configura para su propietario un daño indemnizable, a título de pérdida de chance; o la muerte de un niño por nacer o de corta edad origina un perjuicio patrimonial cierto y que se concreta en la pérdida de las esperanzas legítimas de ayuda futura de sus progenitores (criterio de la CCiv. en casi todas sus Salas). La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallos recientes, resolvió que no puede negarse la indemnización por la «pérdida de chance» por la muerte de un

hijo menor, que por su naturaleza es sólo una posibilidad, con el argumento de que es imposible asegurar que de la muerte del menor vaya a resultar un perjuicio, pues ello importa exigir una certidumbre extraña al concepto mismo del daño de cuya reparación se trata; cuya existencia, por otro lado, no cabe excluir en función de la corta edad del fallecido, pues es dable admitir la frustración de una posibilidad de futura ayuda y sostén para los progenitores, expectativa legítima y verosímil según el curso ordinario de las cosas, particularmente en medios familiares de condición humilde [CSJN «Peón» 17/3/98].

En el ámbito de la responsabilidad profesional, la jurisprudencia sostuvo:

1- Si bien la pérdida del juicio por omisión imputable al abogado representa un daño cierto, la indemnización no puede consistir en la suma reclamada en la demanda, toda vez que, por depender en alguna medida de circunstancias ajenas al abogado, no puede saberse a ciencia cierta si la sentencia hubiera reconocido la totalidad de lo reclamado; por tanto, el resarcimiento debe consistir en la pérdida de una «chance» [CCiv., Sala E, «Pinheiro» 26/12/91]. La apoderada que, por su culpa, dejó prescribir la acción que se le encomendó promover, debe indemnizar a su mandante por

las costas del juicio perdido y por la chance de triunfo que tenía la acción prescripta [CCiv., Sala F «Berger» 7/7/87].

2- Si el proceder negligente privó al actor de obtener el tratamiento médico que resultaba específicamente adecuado para el cuadro que presentaba, aun cuando no puede conocerse cuál hubiera sido el resultado obtenido, resulta claro que el enfermo se vio privado de la chance de ser sometido al tratamiento aconsejable [CCiv., Sala G. «Tallón», 27/10/87].

Creemos necesario emprender una tarea de «reconstrucción» teórica de la responsabilidad por daños [Lorenzetti, Ricardo «El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica», La Ley, 1993-D, 1140]. Esta debe partir imprescindiblemente de los casos, de las responsabilidades especiales, para constatar cuánta heterogeneidad hay en ellas [Lorenzetti, Ricardo: «La responsabilidad por daños y los accidentes de trabajo», Ed. Abeledo-Perrot, 1993]. Hecha esta tarea, hay que construir a partir de esos datos los nuevos principios generales [Lorenzetti, Ricardo: «Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado en el Derecho argentino», en «Derecho de daños», en Homenaje a Félix Trigo Represas,

Dir.: Arda Kemelmajer de Carlucci, coord.: Carlos Parellada, pág. 339, Edit. La Rocca, Buenos Aires, 1993] en una nueva «teoría general» capaz de comprender los diversos subsistemas.

Sin perjuicio de ello, creo que la manera en que este proyecto regula la actividad profesional, no importa un avance desmedido -al decir de Mosset Iturraspe- un entusiasmo como reparador, que olvida la injerencia que en la vida actual -en las relaciones de tráfico- tiene de causal y fortuito; muy por el contrario, con claridad, nos señala la normativa que regula la actividad profesional, que la misma no se sostiene en accidentes o infortunios, sino en decisiones que exhiben conductas negligentes, imperitas o imprudentes, y en los supuestos donde no se haya obtenido el resultado concreto comprometido y, que cuando acontece que la responsabilidad deviene objetiva por la utilización de cosas (materiales- herramientas- aparatología), lo redactado -como dijéramos- importa un campo fecundo para el trabajo de la dogmática, con el beneficio que ello traerá a las víctimas de este daño ■

Breves apuntes sobre la regulación del régimen de la precontractualidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial

DR. EDGARDO IGNACIO SAUX

Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala I, Santa Fe.

La responsabilidad civil en la etapa previa al contrato

Hay consenso casi unánime en la dogmática civilística nacional y comparada, en admitir que quizás quien primero se avocara al estudio de los alcances de la responsabilidad civil, nacida de los daños, e intereses nacidos de convenciones que se tornan ineficaces o que quedan inconclusas antes de asumir rango propiamente contractual, fue Rudolf Von Ihering, quien en la segunda mitad del Siglo XIX¹ abordó el tema, hasta entonces inexplorado, de lo que hoy calificamos como responsabilidad civil precontractual.

El principal interrogante a esclarecer -y quizás lo siga siendo, más allá de otros, como el momento de inicio de la etapa precontractual, y el alcance de las consecuencias a resarcir- era si al reclamo resarcitorio por las secuelas lesivas de un negocio jurídico bilateral que no llega a materializarse, o por devenir nulo y por ende ineficaz, no alcanza a conformar propiamente un contrato, correspondía ser enmarcado dentro del ámbito de la responsabilidad civil contractual (con sus matices propios), o si la admitida inexistencia de ese vínculo jurídico válido llevaba las cosas al ámbito de la «*lex aequilia*».

Sucintamente -y dicho en función de la modesta extensión de esta labor- el insigne jurista alemán se pronuncia por la primera opción, entendiendo que la ineficacia contractual no priva al vínculo jurídico de todos sus efectos, sino en puridad de la acción para reclamar el cumplimiento de lo convenido, pero subsisten obligaciones colaterales como la de indemnizar los daños causados, devolver las señas o arras, etcétera.²

Esas primeras elucubraciones de Ihering se ven enriquecidas algunos años después (en los albores del siglo XX) por los estudios de Gabrielle Fagella³, quien se preocupa por determinar cuándo comienza propiamente el tiempo de la precontractualidad, y en tal sentido, partiendo de la premisa que los vínculos entre los futuros contratantes preceden a la emisión de la oferta como paradigma de la negociación precontractual, señala tres etapas⁴: la de los tratos preliminares o *pourparlers*, la de la fase de reflexión -en la cual las partes futuras del contrato analizan las opiniones previas y preparan una propuesta-, y la tercera y última, que es la correspondiente a la emisión de la oferta contractual, que concluye -en su caso- por la aceptación del receptor de la oferta, y que admite

alternativas (como la de la contraoferta, o la revocación de la oferta, etcétera). En su parecer, sólo la tercera integra propiamente el tiempo precontractual, ya que la oferta «constituye la base y el sustento del vínculo jurídico».⁵

Lo cierto es que aun cuando la dogmática jusprivatista a partir de allí comienza a prestar singular atención al tiempo de la precontractualidad, el tema no aparece regulado en ninguna de las codificaciones decimonónicas y, entre ellas, en el Código Civil argentino de 1871, salvo alguna puntual referencia a los alcances de la oferta retractable como las contenidas en los artículos 1.150 y 1.156, y recién se registran antecedentes en el Código Civil Italiano de 1942, en el Portugués de 1966 y en la modificación del BGB del 2002, entre otros.

Sí se contempla el instituto en el proyecto nacional de Código Civil y Comercial unificados (singularmente en el del año 1998, que puntualmente impone la buena fe objetiva en las tratativas contractuales previas a la emisión de la oferta, y que consagra el daño al interés negativo como pauta resarcitoria), y en los principios de UNIDROIT así como en los más relevantes proyectos de unificación regulatoria contractual europeos contemporáneos (como el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, denominado el

«Proyecto Gandolfi»; o las propuestas para el Código Europeo de Derecho Común de los Contratos, redactado por la llamada «Comisión Landó»).

Un dato relevante de la realidad, que involucra no sólo al ámbito nacional sino también al comparado, es que la aparición y ulterior difusión de la legislación tuitiva del consumidor de bienes y servicios propone sí, para ese tipo de contratos, deberes específicos a observar en la etapa precontractual (de lo que nos ocupamos infra, en relación singularmente con las previsiones de los artículos 7 y 8 de la Ley 24.240 con las modificaciones de la 26.361).

El tiempo precontractual

En términos generales, el criterio temporal para enmarcar la etapa precontractual, en la dogmática argentina, es amplio. Si bien para la óptica del maestro rosarino Roberto Brebbia -quien fuera quizás en doctrina nacional el primero que le prestara sistemática atención al tema en su ya mencionada obra «Responsabilidad precontractual»- propiamente él se enmarca en el lapso que media entre la emisión de la oferta y su aceptación, reconoce que las tratativas preliminares preceden a la oferta, y que pueden llegar a generar responsabilidad civil cuando, mediante un actuar

culposo, se genera una ruptura intempestiva de las mismas que genera detrimentos patrimoniales⁶.

Jorge Mosset Iturraspe⁷ declara que no hay razón alguna para limitar la etapa precontractual a la que subsigue a la emisión de la oferta, toda vez que aquellas tratativas preliminares integran el íter contractual, y puede haber responsabilidad civil, con un factor de atribución subjetivo, si se produce unilateralmente y de manera intempestiva su interrupción, generándose un daño en base a la razonable expectativa creada a la otra parte.

Ricardo Lorenzetti⁸ propicia que el «lapso de negociación» (susceptible de producir responsabilidad civil en el caso de su interrupción intempestiva y dañosa) comprenda desde el inicio de las meras tratativas hasta la emisión de la oferta, y ya más nítidamente (y con reforzamiento del deber de buena fe para el otro) desde ésta y hasta la perfección del consentimiento.

Gonzalo Sozzo, dentro de lo que -en opinión personal- quizás sea la obra más completa y sistemática sobre la cuestión⁹, propone una visión dinámica del fenómeno contractual, aludiendo a que ese «proceso» involucra la responsabilidad precontractual, la contractual y la poscontrac-

tual. Probablemente donde tal enfoque aparezca postulado con claridad sea en la regulación normativa de los contratos consumeristas.

Sus elementos

Lo cierto es que la figura en sí de la precontractualidad reconoce como elementos integrativos¹⁰ la existencia de una negociación -encaminada a la concreción de un vínculo contractual-, la de un daño normalmente vinculado a lo que se denomina «daño al interés negativo», vale decir, el resarcimiento de los gastos que se han efectuado con motivo de las negociaciones frustradas y las pérdidas de chances de perfeccionar otros contratos, aun cuando modernamente se postule una mirada más aperturista que involucre todo daño vinculado a la ruptura que guarde un nexo de causalidad adecuada, -la relación causal entre ambos, un factor de atribución- que se admite que no puede ser objetivo, sino que requiere un reproche conductista canalizable por la culpa o el dolo, y la anti juridicidad de la conducta, normalmente estandarizada como vulneración del principio de buena fe negocial u objetiva.

Como dice Roberto Brebbia -en opinión compartida por Mosset Iturraspe y Lorenzetti, entre otros-, «la libertad de contratar

sólo tiene como límite la culpa», en el sentido que en a medida en que no se pueda formular un reproche a quien genera la interrupción intempestiva de las tratativas pre negociales, o quien aporta culposamente el vicio que produce la nulidad del contrato (en cuyo caso el resarcimiento de los perjuicios irrogados al contratante de buena fe no es secuela de incumplimiento, ya que no hay contrato válido por efecto de la nulidad declarada), el derecho a contratar o no hacerlo sigue siendo una manifestación de la libertad negocial.

Hay quienes (como García Rubio, o entre nosotros el mismo Mosset Iturraspe) ven el fundamento de la responsabilidad precontractual en el ejercicio abusivo de ese derecho a no contratar, lo cual, *prima facie*, podría ubicar al mismo dentro de lo que genéricamente se denomina como factores objetivos de atribución. No obstante, entendemos que si la corporización de la figura del abuso del Derecho supone una calificación disvaliosa de su ejercicio (disfuncional, irregular, contrario a la buena fe o al espíritu de la norma en la cual se sustenta), hay una calificación subjetiva próxima al dolo o la culpa que lo mantiene dentro del elenco genérico de los factores subjetivos¹¹.

Casuísticamente, Lorenzetti¹² postula como hipótesis de responsabilidad precontractual:

- defectos en la negociación (v.g. nulidad de actos bilaterales por vicios en el consentimiento, frustración por falta de requisitos de eficacia, extralimitación del representante, violación de los deberes de información, reserva y custodia);

- retractación de la oferta irrevocable o a plazo simple (pero que generó razonable expectativa y gastos);

- apartamiento intempestivo y arbitrario de las tratativas;

- incumplimiento del prestador de bienes o servicios respecto de los deberes precontractuales en futuros contratos consumeristas; y

- daños personales por prestaciones precontractuales

Sostiene -en forma coincidente con las conclusiones de las «V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil» de Junín del año 1992- que no conforman supuestos de responsabilidad precontractual la resolución, la rescisión y la frustración del fin del contrato, ya que en ellos hay contrato válido, que es privado de su eficacia, no de manera estructural (como en la nulidad), sino funcional y sobreviviente, y la responsabilidad que, eventualmente derive de esa ineficacia, será contractual.

Deberes precontractuales

Los deberes precontractuales, cuya inobservancia puede configurar la culpa «*in contrayendo*» que determine la existencia de responsabilidad resarcitoria si tal desatención generara un daño causalmente imputable a ella, pueden ser sistematizados como los siguientes¹³:

- Deber de cooperación (entre los futuros contratantes)
- Deber de información (singularizado en los contratos consumeristas)¹⁴
- Deber de secreto (o «deber de confidencialidad», que tiene que ver con el resguardo de la información compartida en relación con los vínculos precontractuales)
- Deber de custodia (de los datos y de los elementos intercambiados en esa etapa previa)

El ámbito de responsabilidad

Uno de los aspectos de debate que más controversias ha generado en la dogmática en materia de responsabilidad precontractual -junto con el del alcance de la reparación- es el de ubicarla en

alguno de los dos grandes campos de la responsabilidad civil que, hasta hoy, mantienen importantes diferencias de régimen jurídico (prácticamente neutralizadas en el Proyecto del Código Civil y Comercial unificados del año 2012): la contractual y la aquiliana.

Es sabido que esas numerosas e importantes diferenciaciones efectuales entre uno y otro tornan relevante el criterio que se asuma. Como lo itera Brebbia¹⁵, entre ellas se pueden consignar:

- en cuanto a la mora, la contractual requiere interpelación, salvo en obligaciones de plazo cierto donde opera la mora automática; mientras que en la aquiliana opera *ex lege*;
- en la extensión del resarcimiento, en materia contractual sólo se resarcen las consecuencias inmediatas (salvo dolo), mientras que en la aquiliana, las inmediatas y las mediatas;
- en la prueba de la culpa, ya que en materia contractual varía según que se trate de obligaciones de medios o de resultado, mientras que en la aquiliana la víctima debe probarla, salvo que medien presunciones de causalidad o culpabilidad a su favor;

- en la prescripción liberatoria, siendo que en el campo contractual la misma tiene un plazo operativo de dos años (según artículo 4.023 del Cód. Civil), mientras que en la aquiliana el mismo es de diez (art. 4.037, *ibidem*);

- en la limitación de la responsabilidad, siendo que en lo contractual la misma sólo opera mediando cláusula penal (art. 655, Cód. Civil) o seña (art. 1.189), en tanto en la aquiliana puede operar la eventual reducción del débito resarcitorio por razones de equidad y en los términos del artículo 1.069 del mismo cuerpo normativo.

- Respecto de la prueba del daño moral, en lo contractual se requiere su demostración, mientras que en lo aquiliano se admiten casos de prueba «*in re ipsa*» (v.g. daño moral a los damnificados indirectos por muerte de la víctima directa).

- Con relación al discernimiento, conforme al artículo 921 del Código Civil, se lo presume existente a partir de los catorce años para actos lícitos, y a partir de los diez para los ilícitos.

- En materia de solidaridad, la misma es excepcional en los contratos (salvo que se la pacte), mientras que deviene más común (ya sea perfecta o imperfecta, propia

de las obligaciones «*in solidum*») en lo aquiliano.

Ahora bien, aun tratando de reducir a un esquema menos que elemental la cuestión, podemos recordar que al intentar ubicar el ámbito precontractual en uno u otro marco, se distinguen diferentes posicionamientos¹⁶:

- Hay teorías contractualistas (Ihering, Fagella, De Cupis, Saleilles, Planiol, Demolombe), entre quienes, con variedad de matices, y partir de la primaria propuesta de Ihering en el sentido de que el daño se causó mientras se contraía la relación contractual (de allí su mención específica en el caso a la «*culpa in contrahendo*»), ven o un actuar contrario a la buena fe o a la equidad comercial (Saleilles, De Cupis), o una suerte de pacto de responsabilidad implícito entre las partes (Chironi).

- Las hay (quizás mayoritariamente, al menos en Derecho nacional) extracontractualistas (Mazeaud, Savatier, Coviello, Díez Picazo y Gullón, Albaladejo, Trabucchi, Colmo, Laffaille, Busso, Boffi Boggero, Llambías, Stiglitz), para quienes la culpa aquiliana de quien genera la nulidad del contrato o la de quien produce un abandono intempestivo y dañoso

de los contactos preparatorios o incumple la oferta vinculante, se relaciona con la afectación de la regla del «*naeminem laedere*», señalando que no puede derivarse responsabilidad contractual (en definitiva, en el incumplimiento del contrato también hay culpa y daño) en un vínculo que no llegó a juridizarse como contrato.

- Hay quienes ven la responsabilidad derivada de lo actuado en la etapa previa a la concreción del acuerdo definitivo de voluntades en la figura del abuso del Derecho (Josserand, Spota, Mosset Iturraspe), entendiendo que, a partir del derecho subjetivo que se tiene a contratar o no -lo que hace al ejercicio de la autonomía de la voluntad-, generar una ruptura de las tratativas previas que por lo intempestiva -y dañosa- ubica el episodio en ese contexto. Hay una suerte de objetivación del factor de atribución, en tanto se prescinde de la culpa y se analizan los fines que la Ley tuvo en cuenta al conferir el derecho a no contratar, vulnerando la buena fe, el abandono irregular o abusivo de los «*pourparlers*»¹⁷. De alguna manera -y nos remitimos a lo consignado supra al respecto- coincidimos con Sozzo en considerar que aun cuanto ontológicamente no puede equipararse el abuso de derecho con la ilicitud civil en sentido estricto,

el ejercicio disfuncional de un derecho subjetivo que causa un daño a otro configura un supuesto de anti juridicidad en sentido material y, por ende, llevaría la regulación del caso al ámbito de la responsabilidad aquiliana. En cierto modo, también incluimos aquí (hay autores que lo diferencian) a quienes preconizan que la responsabilidad precontractual se sustenta en la llamada «teoría de la responsabilidad legal» (Winscheid, Lopez de Zavalía, Moeremans), en cuanto, más allá de la misma voluntad privada, es la Ley la que dispone que quien recibe una declaración de voluntad tiene derecho a confiar en que, mediante su aceptación, quede firme el contrato.

- Se registran también calificadas voces (Goldemberg, y en supuestos puntuales a los cuales referimos, Brebbia y Lorenzetti) que asientan el deber de responder en la fuerza vinculante de la declaración unilateral de voluntad, especialmente en aquellos casos en los que, por mandato legal, la misma compromete al oferente (caducidad de la oferta por muerte o incapacidad, ver art. 1.156 del Cód. Civil, o en los de oferta irrevocable, en los cuales habría también una especie de factor objetivo de atribución derivado del mero incumplimiento, sin indagar culpas). Como se ha señalado con buen criterio¹⁸,

siendo que esa fuerza vinculante de la voluntad unilateral sólo sirve para justificar la responsabilidad civil en supuestos excepcionales y muy limitados dentro del campo de lo precontractual, no puede ser erigida como fundamento general.

- Finalmente, se computan pareceres que entienden que no cabe generalizar el ámbito contractual o aquiliano de la responsabilidad precontractual, ya que habrá casos en los cuales se aplique uno u otro. Así, Atilio Alterini¹⁹ resalta que dentro de los tres supuestos en los que nítidamente se perfila la responsabilidad precontractual (ruptura de tratativas precontractuales, retractación de la oferta vinculante y nulidad del contrato), la primera y la última deberían regirse por la responsabilidad aquiliana, y la retractación de la oferta vinculante por la contractual. Luis Leiva Fernández²⁰, por su parte, manifiesta que se regirán por las normas de la responsabilidad contractual los daños causados por las vicisitudes de la oferta y la aceptación, y por la ruptura del consentimiento ya logrado en los contratos reales no perfeccionados por falta de tradición; en tanto que lo harán por la aquiliana la generada en la ruptura intempestiva de las negociaciones previas a la oferta, y la derivada de la nulidad del contrato.

- De alguna manera, se relaciona con la propuesta precedente el punto de vista de Ricardo Lorenzetti²¹, quien considera que el debate apriorístico sobre el segmento de responsabilidad civil aplicable a la etapa precontractual depende del supuesto de hecho que la determine. En tal sentido, menciona que en los daños a las personas, se aplicará el régimen de la responsabilidad extracontractual; en los daños al consumidor, el de la Ley 24.240 y sus modificatorias; en el incumplimiento de la oferta vinculante el artículo 1.á56 del Código Civil; en caso de mediar dolo en las tratativas, si produce la nulidad del contrato, será aquiliana; y en el abandono intempestivo de las negociaciones, también jugará la responsabilidad extracontractual por culpa aquiliana en la falta de buena fe.

El concepto de lo indemnizatorio

Ahora bien, más allá de este conflictivo aspecto del tema, otro en el cual se computan interesantes debates es el del alcance de la indemnización que se debe a quien resultara damnificado.

Como regla, se resarce sólo el daño al interés negativo, o interés de frustración y no de cumplimiento, el cual -según Brebbia- equivale a la restitución de los

gastos hechos en miras al contrato frustrado, pero no abarca el lucro cesante. Es un concepto ya pergeñado por Rudolf Von Ihering, y que tiende a colocar al damnificado en la misma situación en que hubiera estado de no haber entrado en las tratativas luego frustradas, sin tener en consideración lo que hubieran sido las secuelas del incumplimiento contractual, aspecto propio de la responsabilidad contractual.

Puede incluir el reintegro de los gastos efectuados en función de las negociaciones luego frustradas, y en su caso -y si se probara- la pérdida de chances de perfeccionar otros contratos.

Entre nosotros, tal punto de vista ha sido sostenido por Roberto Brebbia, Ricardo Lorenzetti, Alberto Spota, Ruben Compagnucci de Caso y Rubén y Gabriel Stiglitz²², y lo preveía en el tema el «Proyecto de Código Civil unificado con el de Comercio» del año 1987.

No obstante, y más acá en el tiempo, tanto las «V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil» de Junín (año 1992), a las que hemos aludido supra, como Jorge Mosset Iturraspe²³ y Gonzalo Sozzo²⁴ (quien a su vez trae a cita el parecer de María Paz García Rubio), entienden que

no cabe limitar la indemnización a lo que se pueda perfilar como daño al interés negativo, debiendo resarcirse todas las consecuencias dañosas que genere el hecho determinante de la ruptura de las tratativas, del no mantenimiento de la oferta vinculante o de la anulación del contrato, siempre que estén relacionadas causalmente de manera adecuada con dicho episodio.

El Código Civil argentino de 1871 prevé, en su artículo 1.156, que la parte que hubiera aceptado la oferta ignorando la retractación del proponente, su muerte o su incapacidad sobreviniente y que, a consecuencia de su aceptación, hubiera hecho gastos o sufrido pérdidas, tendrá derecho «a reclamar pérdidas e intereses», lo cual pareciera acotar el reclamo al concepto restringido de daño al interés negativo, aun sin mencionarlo.

Cabe recordar que la oferta simple es revocable (con buena fe y sin abuso), salvo que sea no retractable o que se la mantenga por un plazo determinado (conforme al texto del artículo 1.150 del mismo cuerpo legal).

El Proyecto de Código Civil y Comercial unificado del año 1987 preveía, en el tema, que lo precontractual comprende

las tratativas anteriores a la formulación de la oferta, y que las reglas aplicables para derivar responsabilidad se rigen por el principio de la buena fe objetiva, o lealtad. Asimismo, que la indemnización debía limitarse al daño al interés negativo, y se regulaban los supuestos vinculantes de declaración unilateral de la voluntad (los títulos valores, las cartas de crédito bancarias, las garantías de cumplimiento a primera demanda y las promesas al público).

En la Ley argentina de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Bienes y Servicios (No 24.240 con la reforma de la 26.361), los artículos 7 y 8 regulan los alcances de la oferta y de la publicidad, lo cual tiene singular incidencia en la responsabilidad contractual del oferente.

Al respecto, se establece que la oferta pública indeterminada vincula al oferente, que la misma debe contener la fecha de inicio y de finalización de su vigencia, así como sus modalidades, y que su incumplimiento debe ser considerado como negativa injustificada a contratar (vender), habilitando las sanciones administrativas normadas en el artículo 47 de la misma estructura legal. Se consigna que las precisiones de la publicidad obligan también al oferente.

Por su parte, los principios de UNIDROIT (2.15) y el Proyecto Europeo de los Contratos (Gandolfi) contemplan como regla la libertad de inicio de las negociaciones sin responsabilidad si no se llega a un acuerdo que perfeccione el contrato, «salvo comportamiento contrario a la buena fe».

El Proyecto del 2012

Ahora bien, en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificados del año 2012 (siguiendo de alguna manera, aunque con mayor precisión regulatoria, lo propuesto con el título «Tratativas contractuales» en los arts. 920 y 921 del Proyecto de 1998), aparece una regulación específica del tema bajo consideración, dentro del Libro III («Derechos personales»), Título II («Contratos en general»), Capítulo 3 («Formación del consentimiento»), Sección 3a («Tratativas contractuales»). Involucra el texto de los artículos 990 a 993.

Se sienta allí la regla de la libertad de contratación (art. 990) y la libertad para abandonar las tratativas previas, salvo que se contrarie la buena fe (art. 961).

Como dice Rubén Compagnucci de Caso, analizando el Proyecto en el tema bajo consideración²⁵, el ensamble de lo nor-

mado en ambos preceptos genera el perfil del instituto: la regla es la libertad de contratación, y dentro de ella, la de abandonar las tratativas preliminares si razones plausibles inducen a hacerlo, pero tal abdicación no puede ser protegida por el amplio manto de la autonomía de la voluntad cuando no es de buena fe, y además genera un daño resarcible a quien, inculpablemente, ha afrontado gastos en la confianza razonable de la futura celebración.

El estándar para valorar esa buena fe -como lo propone el mismo autor- resulta difícilmente objetivable o generalizable, y más bien responde a las circunstancias económico-sociales particulares, junto con el tipo contractual que se está debatiendo.

Es singularmente importante el texto del este artículo 961, por cuanto de alguna manera constituye el «núcleo duro» de la temática bajo análisis. Dice textualmente: «...Durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del acuerdo». Si bien, de alguna manera lo

normado abarca sólo una faceta de los supuestos más relevantes de responsabilidad precontractual -la frustración o abandono intempestivo y dañoso de las tratativas previas a la oferta-, y no lo hace con otros -el aporte del vicio nulificante del contrato celebrado, y el incumplimiento o el no mantenimiento de la oferta vinculante-, el diseño en sí del instituto responde a lo que, como se mencionara supra, se presenta mayoritariamente en el Derecho Comparado.

La falta de culpa de la otra parte y su confianza en la negociación habilitan la reparación (art. 991), aun cuando no se hace mención alguna a que la misma pueda verse vinculada con concepto de daño al interés negativo, lo cual -entendemos- habilita a reclamar todas aquellas que se probara se encuentran con el hecho lesivo en un vínculo de causalidad adecuada.

Se consagra el deber de confidencialidad respecto de la información aportada por una parte a la otra (art. 992), disponiéndose que quien la revelara o la usara en interés propio debe indemnizar el daño causado y, si lo hubiera, compensar el enriquecimiento sin causa generado en ese uso o disposición indebidos.

Se regulan las cartas de intención (art.

993), que suponen las bases de la negociación de un futuro contrato, que son de interpretación restrictiva y que sólo obligan si configuran técnicamente una oferta. En los fundamentos del Proyecto se alude a una «regulación austera» del tema de la responsabilidad precontractual, a integrarse con el quehacer de la doctrina y la jurisprudencia.

Hay ciertamente también una conexidad temática con la regulación que se hace en la Sección 1a del mismo Capítulo del Proyecto («Formación del consentimiento», arts. 971/983) que trata el consentimiento, la oferta y la aceptación.

El consentimiento nace con la aceptación -expresa o tácita- de la oferta, y ésta, cuando es dirigida a persona determinada, es vinculante. Y cuando lo es a personas indeterminadas equivale a una invitación a ofertar, salvo que por sus términos evidencie la intención de contratar. Puede retractarse antes de la aceptación y caduca con la muerte (del oferente o del receptor).

La aceptación debe ser expresa, y la contraoferta es propuesta de nuevo contrato.

Lo precontractual en los contratos de consumo

En la regulación de los contratos de consumo (incorporados al Proyecto en el Título III del Libro Tercero, entre los artículos 1.092 y 1.122) se regula la publicidad consumerista (arts. 1.101 y 1.108), la cual no debe ser falsa, engañosa, comparativa de mala fe ni abusiva) y los alcances de la oferta por medios electrónicos.

Hay en ellos -los contratos consumeristas- un reforzamiento del deber de información por parte del oferente que, según los términos del artículo 1.100 del Proyecto, debe ser cierta y detallada en relación con las características esenciales del bien o servicio que se ofrece, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato; previéndose además que sea gratuita para el consumidor y lo suficientemente clara para su comprensión. Obviamente, y como dicen Ossola y Valléspinos en su obra citada supra, ese deber de información, junto con los de secreto y protección²⁶ -[ya hemos aludido a que el Proyecto en el artículo 992 regula el deber de confidencialidad en la etapa precontractual] configuran el opus relevante que el oferente o proveedor debe al consumidor en ella, y a partir de su incumplimiento o desatención nacerá la responsabilidad resarcitoria.

Como señalara ya hace tiempo Rubén Stiglitz²⁷, esa obligación de informar en los contratos consumeristas tiene rango legal, y se funda en una regla accesoria de conducta, cuyo contenido consiste en cooperar desde la etapa de las tratativas.

En definitiva, creemos que la regulación, aun escueta, que el Proyecto propone de la responsabilidad civil nacida en la etapa precontractual, responde a los criterios que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, así como el Derecho Comparado, han ido perfilando en la materia, y es un dato altamente positivo que se pre ordenen normas legales destinadas a prever sus alcances ■

¹ «*De la culpa in contrahendo ou des damages-intérêts dan les conventions nulles on restées imparfaites*», en «*Oeuvres choisies*», traducción francesa de Meulenare, París, 1.893, PÁGS. 1 a 100, respecto de la cual ROBERTO BREBBIA («*Responsabilidad precontractual*», LaRocca, Buenos Aires, 1987, PÁG. 46) menciona que no se conoce traducción al castellano, habiendo sido originariamente publicada en alemán en el año 1860.

² Ver al respecto Noemí Lidia Nicolau, «*Fundamentos de Derecho Contractual*», Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, tomo 3, PÁG. 123.

³ «*Il período precontrattuale e la responsabilità precontrattuale*», Editorial Soc. Cartieri Centrale, Roma, 1918, 2a Edición, págs. 3 y ss.

⁴ Obviamente, y aunque Fagella no lo planteara así en aquel momento, tal estructura se corresponde con lo que hoy denominamos contratos paritarios, en los cuales hay un iter estructural absolutamente disímil a los más frecuentes contratos por adhesión o con cláusulas predisuestas, en los cuales tales prolegómenos no existen: se ingresa al contrato o no se lo hace, en un sistema que ya no es «*a medida*» sino «*pret á porter*».

⁵ Conf. Rubén Compagnucci de Caso, «*Responsabilidad precontractual*», LL 2006-E-1380.

⁶ Op. cit., PÁGS. 97 y ss.

⁷ «*Contratos*», Editorial RUBINZAL-CULZONI, Santa Fe, 1995, PÁG. 421.

⁸ «*Tratado de los contratos*», Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, Parte General, PÁG. 310.

⁹ «*Antes del contrato*», LEXIS NEXIS, Buenos Aires, 2005.

¹⁰ En opinión de Gonzalo Sozzo, «*Antes del contrato*», op. cit., PÁG. 116.

¹¹ Es interesante la opinión al respecto de Sozzo («*Antes del contrato*», op.cit., PÁG. 51). Según el mencionado autor santafesino, el abuso del derecho «*es una fuente particular de las obligaciones*», que obliga a reparar el daño causado, y que genéricamente puede ser incluida dentro del contexto general del artículo 1.066 del Código Civil (que contempla, aun desde el punto de vista formal y no material, la anti juridicidad), con lo cual «*no se trata de un acto lícito, ni de un tertium genus, sino de una especie dentro de los hechos ilícitos (en sentido amplio) con virtualidad dogmática propia*». Básicamente, coincidimos.

¹² «*Tratado de los contratos*», op.cit., PÁG. 309.

¹³ NICOLAU, «*Fundamentos de Derecho Contractual*», op.cit., PÁG. 125.

¹⁴ Un interesante análisis del incumplimiento del deber de información en los contratos consumeristas y la consecuente situación de mora del proveedor por tal incumplimiento es realizada por Federico Ossola y Gustavo Vallespinos en su obra «*La obligación de informar*», Editorial Advocatus, Córdoba, 2001, PÁGS. 252 y ss.

¹⁵ «*Responsabilidad precontractual*», op.cit., PÁG. 37 y ss.

¹⁶ En realidad, como lo señala atinadamente Sozzo («*Antes del contrato*», op.cit., PÁG. 16) los distintos enfoques sobre la cuestión no se sustentan en realidad mirando los fundamentos de la responsabilidad civil previa al contrato, sino los efectos de la misma (de hecho, tanto el paradigma de la tesis contractualista, como lo fue RUDOLF VON IHERING, como los extracontractualistas, analizan la culpa como pauta subjetiva activadora de ese débito resarcitorio), con las importantes consecuencias que a nivel de regulación normativa reciben uno y otro campo.

¹⁷ Al respecto, señala BREBBIA («*Responsabilidad precontractual*», op. cit., PÁG. 67) que echar mano a la figura del abuso del Derecho puede resultar atractivo en una mirada liminar, pero que cuando se afina el análisis aparecen aspectos controversiales. Así, quien activa esa responsabilidad por haber generado la nulidad contractual aportando el vicio, mal puede ser encuadrado en aquélla, siendo netamente responsable por su culpa o dolo en ese aporte nulificante.

¹⁸ Luis Leiva Fernández, «*Responsabilidad precontractual. Aportes para su estudio*», LL 1998-D-1229

¹⁹ «*Responsabilidad civil*», ABELEDO-PERROT, Buenos Aires, 1969, PÁG. 31.

²⁰ «*Responsabilidad precontractual...*», op. cit.

²¹ «*Tratado de los contratos – Parte General*», op. cit., PÁG. 315.

²² Es un dato de la realidad que aun dentro de quienes propugnan esta mirada en orden a cómo indemnizar las consecuencias dañosas en el ámbito de la responsabilidad precontractual, hay matices. Así, para FAGELLA, SALEILLES, SPOTA y los STIGLITZ el criterio debe ser amplio, involucrando el daño emergente (los gastos hechos en miras al contrato que no se celebró, o que se anuló) y el lucro cesante (la eventual pérdida de chance en relación a la celebración de otros contratos pospuestos por el que se frustró). En cambio, para Laffaille y Brebbia, el punto de vista es más restrictivo, limitándose sólo al daño emergente.

²³ «*Contratos*», op. cit., PÁG. 427.

²⁴ «*Antes del contrato*», op. cit., PÁG. 218.

²⁵ «*Responsabilidad precontractual en el Proyecto de Código Civil y Comercial del 2012*», en «*Revista de Derecho de Daños*», Editorial RUBINZAL-CULZONI, Santa Fe, 2012-3, PÁG. 184.

²⁶ *Ibidem*, PÁGS. 186 y ss.

²⁷ «*La obligación precontractual de información*», LL 1997-B-766

Idas y vueltas en materia de consumo



DRA. SUSANA SILVINA GUEILER

Jueza de Primera Instancia de Distrito Civil y Comercial de la 18ª Nominación.
Rosario.

Introducción

Como señala el ilustre Profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe, en el sistema tradicional había compradores, había locatarios de obra y de servicios, pero no había consumidores. En ese sistema había un Derecho Civil que fue el tronco del Derecho privado, y un Derecho Comercial con gran fuerza expansiva derivada del concepto de acto de comercio objetivo del Código francés de 1807 (arts. 632 y 633), y del concepto de acto unilateralmente comercial del Código alemán de 1861 (art.277), mediante el cual se abarcó en la regulación mercantil a todos quienes contratan con comerciantes.^[1] Mosset Iturraspe, 2008:14

Pero desde mediados del siglo XX todos somos consumidores. A partir de esos tiempos se los escuchó con atención creciente, y nació el denominado Derecho del consumidor, Derecho del consumidor y del usuario, o Derecho de las relaciones de consumo.

Tradicionalmente las normas de índole patrimonial, civiles y comerciales, correspondieron al derecho de la voluntad, en cambio, las normas del Derecho del consumidor son de orden público. Se trata del denominado orden público económico de

protección, que tiende a resguardar a una de las partes así como a mantener el equilibrio interno del contrato, fijando a tal fin «un mínimo y un máximo de protección».

El Derecho del consumidor comenzó por abarcar los contratos de consumo. En su extensión actual comprende genéricamente a las relaciones de consumo como vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario, haya contrato o no lo haya, y aunque la relación sea a título gratuito si tiene conexión con una relación de consumo eventual o ya celebrada.

El Derecho del consumidor conmueve la teoría de los efectos relativos del contrato, pues incluye a los terceros respecto de la relación de consumo: tanto a quien, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios, como a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo

La defensa del consumidor está prevista en las Constituciones de Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Venezuela.

Las normas del Derecho del consumidor se han ido incorporando al Derecho co-

mún, como en los Códigos civiles de Perú de 1984, de Paraguay de 1987, de Québec de 1991, de Holanda de 1992, de Brasil de 2002. Así también al Código civil francés en 1998 y al Código civil alemán en la reforma de 2002.

En el estado de situación actual se está requiriendo de los juristas un criterio apropiado para la regulación de los contratos entre empresas grandes; otro, para la regulación de los contratos entre empresas grandes y pequeñas, atendiendo a su vulnerabilidad relativa; otro, para la regulación de los contratos entre empresas y consumidores.

Evolución del régimen legal Argentino

Como ya se expresara la legislación protectoria del consumidor en el derecho Argentino comenzó por abarcar el contrato de consumo para extenderse hoy día, tras la reforma incorporada por la ley 26.361, a la llamada relación de consumo criterio este que, por otra, parte venía abriéndose paso en la doctrina y jurisprudencia local a partir de la incorporación del art. 42 en nuestro texto constitucional.

En este sentido se alzaron numerosas voces tanto en el ámbito de la doctrina

como en el de la jurisprudencia, estableciendo que en virtud de las disposiciones de la Constitución Nacional se expandía el marco protectorio de la Ley de Defensa del Consumidor más allá de su propia letra. Son numerosos los fallos judiciales previos a la reforma de ley 24.240 en los cuales se equiparaba a la noción de consumidor a todas las personas expuestas a una relación de consumo propiciando una interpretación amplia. Este criterio también fue delineado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo «Mosca, Hugo A. c/ Provincia de Buenos Aires y otros» extendiendo el régimen tuitivo de la ley 24.240 al considerar que abarcaba no sólo al consumidor contratante, sino también al no contratante y a aquel que circunstancialmente se encontraba en las intermediaciones sosteniendo que la obligación de seguridad que corresponde al organizador debe ser garantizada no sólo en el período precontractual y contractual con los espectadores, sino también en aquellas situaciones de riesgo creadas por comportamientos unilaterales respecto de sujetos no contratantes. [CSJN «Mosca Hugo A c. Provincia de Buenos Aires y otros», 06/03/2007]. Dijo en esa oportunidad la Corte: «La seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgo creadas

por los comportamientos unilaterales respecto de los sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época y, en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quienes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales», JA, 2007-II-483.

Precisamente en los fundamentos del proyecto de ley remitido en oportunidad de la sanción de la ley 26.361 por la Cámara de Diputados se expresó que: «La reforma integral a la ley tutelar de los consumidores argentinos intenta responder, por un lado, a las principales necesidades relevadas en la experiencia de la aplicación concreta de la misma, y, por el otro, a las nuevas tendencias del país y del extranjero en la materia. Destacándose que para la elaboración del proyecto que presentaron se han tenido en consideración, además de iniciativas parlamentarias y contribuciones de la doctrina académica y judicial y del derecho comparado, valiosos aportes de au-

toridades locales de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y de Asociaciones de Consumidores».²

Como argumento de la sustitución de los artículos Artículos 1° y 2° de la ley 24.240, de Defensa del Consumidor. Se sostuvo: «Desde distintos ámbitos vinculados con la aplicación de la misma (parlamentario, autoridades administrativas, asociaciones de consumidores), se ha postulado la ampliación del objeto de los contratos alcanzados por la protección. En la mayoría de los casos se propició incluir de manera expresa nuevas formas de comercialización de ciertos bienes, en particular, los llamados tiempos compartidos y similares, cementerios parque, determinados servicios, etcétera. La experiencia de estos diez años de vigencia de la ley 24.240, ha planteado numerosos casos de eventuales exclusiones, y no sólo con relación a esos rubros a los que, en general y no obstante el debate acerca de su naturaleza jurídica, se los consideró alcanzados por este régimen. En este sentido, a manera de ejemplo de cuestiones opinables, cita el legislado la administración de consorcios que por imperio de la ley 13.512, algunos casos de depósitos, o los contratos sobre derechos. Con base en estas circunstancias, y considerando

que en el vastísimo escenario del consumo la dinámica tecnológica y de comercialización de productos y servicios es capaz de presentar situaciones novedosas a cada paso, se entiende de buena técnica legislativa acuñar un tipo lo más cercano posible al grado de generalidad y abstracción que toda ley formal debe ostentar. Abandonando toda casuística, presente y futura, con sus riesgos de estrechez y obsolescencia; y descartando las restricciones del inciso c) del artículo 1° de la ley por no conocerse justificación valedera». Asimismo y para aventar toda duda y para la mejor comprensión de la ley se propugnó la expresión «bienes o servicios» como el objeto posible de una relación de consumo, utilizándose así en más de una oportunidad a lo largo de la ley 24.240».

Se propuso eliminar además el requisito de la onerosidad en la contratación de consumo para considerarla tal, y por tanto comprendida por esta legislación especial. En lo referido a la extensión del carácter de consumidor y equiparación de los no contratantes argumento el legislador que «Si bien un criterio correcto, aunque no por todos aceptado, sostiene que la actual ley 24.240 de Defensa del Consumidor, no protege únicamente al consumidor contratante sino también

a los que, formando parte de su grupo familiar o social como reza el artículo 1° de la ley citada, reciben de aquél el objeto de la relación de consumo, y como tales podrían ejercer todos los derechos reconocidos por dicha ley, se propone ahora dejarlo sentado explícitamente en el texto legal para despejar cualquier duda o desviación interpretativa. Ejemplificando agrega: «si alguien recibe un electrodoméstico como regalo, y no funciona correctamente, no tendrá que ir a buscar al que lo compró y se lo regaló para ejercer el derecho a garantía, sino que podrá hacerlo por sí mismo en ejercicio de su propio derecho, haya o no contratado él personalmente. Esta es una primera extensión del carácter de consumidor». Asimismo, expresó el legislador: «hay numerosas situaciones en que la tutela legal se proyecta –y debe proyectarse– a la etapa precontractual; más aún, la normativa establece obligaciones puntuales a los proveedores en dicha etapa. Por citar algunas de las más destacadas, podemos aludir al deber de información del artículo 4, al vínculo obligacional que crea la oferta para quien la emite, en el artículo 8°; la necesaria confección y entrega de presupuesto de ciertos servicios contemplada en el artículo 21; la prohibición del artículo 35 de formular cargos por productos o servicios no solicitados.

Empero, el régimen anteriormente vigente no siempre legitimaba de manera expresa al potencial consumidor para reclamar por su interés particular vulnerado. Por ello, se propuso equiparar en el carácter de consumidores a quienes, sin estar involucrados en una relación de consumo propiamente dicha, se encuentran expuestos a ella».³

Por último, se mantuvo la exclusión tuitiva de la ley 24.240, para los proveedores que adquieren o utilizan bienes o servicios para integrarlos a otros bienes o servicios que ellos a su vez proveerán. Pero se limita la exclusión a los proveedores que incorporan esos bienes o servicios como insumo directo de otros bienes o servicios. La exclusión de la protección especial se basa en los necesarios conocimientos que un proveedor tiene o debería tener del negocio que maneja y de sus intimidades, pudiendo ser excluido también por su ostensible poder negocial en razón de la magnitud del giro de la empresa. Sostuvo así el redactor de la norma: «Siendo así las cosas, se presume acotada la asimetría informativa, y como consecuencia de ello la asimetría negocial, en lo que a información se refiere, en unos casos, y en su poder empresario integral, en otros, y por ende acotada asimismo su vulnerabilidad contractual.

Hasta la reforma de la ley, al amparo del artículo 2° del decreto reglamentario 1.798 del 13 de octubre de 1994 y siguiendo un criterio económico contable de que toda operación empresarial forma parte del giro de la empresa, se ha entendido que la adquisición de cualquier producto o servicio por un proveedor termina, finalmente, incorporado al proceso de producción o comercialización, y por lo tanto debe estar excluida de la ley. Esto, que puede ser cierto acerca de los bienes estrechamente relacionados con los que el proveedor produce o comercializa, no lo es respecto del amplio universo de todos los demás. A este respecto en la exposición de motivos, afirma el legislador; que un productor de tornillos podrá y deberá conocer acerca del acero con que los fabrica, pero no tiene por qué saber de los muebles, ni del equipo de aire acondicionado, ni de la papelería, ni de los alimentos, ni de la telefonía, ni de tantas otras cosas o servicios que adquiere para utilizar en su fábrica. En estos casos, la asimetría y vulnerabilidad del, por así llamarlo, proveedor-consumidor viene siendo idéntica a la del consumidor común. Por ello, se propició limitar esta exclusión respecto de las operaciones referidas solamente a los insumos directos destinados a ser integrados en otros procesos de provisión.

En otro orden, si bien es cierto que estas situaciones podrían replicarse en empresas de gran magnitud, no es menos cierto que las mismas disponen o tienen capacidad para contar con los más variados y suficientes recursos (económicos, científicos y tecnológicos, jurídicos, contables, etcétera) para encarar sus contrataciones desde una posición de negociación suficientemente sólida, por lo que, en esta circunstancia, no se considera menester que sean alcanzadas por este estatuto del consumidor final, cualesquiera sean las causas de las adquisiciones o locaciones de bienes y servicios que realicen».⁴

Por la reforma del art. 3 se buscó, por un lado, conceptualizar la expresión «relación de consumo». Esta noción, acuñada en los ámbitos especializados en política y derecho del consumo, incorporada por el artículo 42 de la Constitución Nacional en la Reforma de 1994 y empleada profusamente en la práctica cotidiana vinculada a esta temática, alude, precisamente, a lo que es foco y común denominador de las múltiples situaciones reguladas por esta legislación especial, sus reglamentaciones y otras normas complementarias. Sin embargo, hasta hoy hay que acudir a la doctrina o a la jurisprudencia para hallar una definición

de lo que son las relaciones de consumo, por lo que establecer qué entiende la ley argentina por relación de consumo implicaba según el legislador un avance hacia la seguridad jurídica para todos los actores en ella involucrados.

Se sostuvo en dicha oportunidad que se optaba por una locución que encierre en sí misma la debida fuerza jurídica que debe tener, clara y concisa, inspirada en la que al respecto se armonizó oportunamente en el Comité Técnico N° 7 de Defensa del Consumidor del Mercado Común del Sur (Mercosur), a la vez suficientemente abarcativa de todo el universo al que ha de proyectarse.

Como puede apreciarse la intención del legislado del 2008 ha sido auspiciar que el régimen protectorio sancionado sea aplicado al más vasto campo de las relaciones de consumo devenidas y posibles a lo largo del tiempo, excluyendo tan sólo aquellos supuestos en donde el negocio celebrado entre las partes sea claramente empresarial y por lo tanto no exista presumiblemente vulnerabilidad mayor en alguno de los celebrantes digna de tutela legal.

A fin de comprender cabalmente entonces cual es el concepto legal de consumidor

y relación de consumo ha de estarse a los términos que la ley asigna a los elementos que la componen, esto es sujeto, objeto y causa. Puede afirmarse certeramente que no existe acuerdo en la doctrina respecto del concepto de consumidor y relación de consumo, inclinándose a sostener siguiendo al Dr. Lorenzetti, que debe definirse la relación de consumo en sentido que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar, cuando es dañado por un ilícito extracontractual o cuando es sometido a una práctica del mercado, cuando actúa individualmente o cuando lo hace colectivamente. Siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor, por lo cual tengo para mí que debe comprender todas las situaciones posibles con un criterio de suficiente amplitud.

En este sentido el concepto de consumidor es, como señala el Dr. Lorenzetti, la puerta de entrada al Derecho del consumo y por lo tanto mientras más amplia se la conciba, más supuestos quedarán incluidos. (Lorenzetti, R.L.2009,94 y sigs.)

En un primer momento primó el criterio finalista, quien es consumidor: el contratante que consume, o sea el destinatario

final de los bienes, posteriormente dicho concepto cambió tomándose en cuenta la «no profesionalidad» o sea vinculado a la actividad del sujeto protegido, en una clara intención de ampliar la tutela, en este sentido hay una tendencia a incluir dentro de la protección del derecho consumerista a las pequeñas empresas que no entrarían en la definición tradicional de consumidor pero que como ya se expresó se encuentran en situación de debilidad. (Lorenzetti,2009:98)

Así nuestra ley 24.240 modificada por ley 26.361 al definir su ámbito de aplicación se vale del elemento personal, referido al tipo de personas que se pueden considerar consumidores, y el elemento material relacionado a la actividad del sujeto en relación al bien.

En cuanto al elemento personal nuestra ley adopta un criterio amplio: persona física o jurídica de Derecho público o privado, nacional o extranjero. Asimismo pueden ser individuales o colectivos, diferenciándose los intereses individuales homogéneos de los supuestos de un bien colectivo afectado, en donde se encuentra legitimado para actuar el afectado, las asociaciones intermedias y los entes públicos, criterio sostenido por nuestra actual ley 26.361 y en el fallo «Halabi» de la C:S.J.N.

Asimismo la definición legal tiene en cuenta la causa fin del acto celebrado, debiendo verificarse consumo final, y ello debe ser probado por quien pretende la aplicación del régimen.

La ley 26.361 adopta como elemento activante de la protección el acto de consumir y no el de contratar como lo hacía la ley anterior. Lo cual ha permitido englobar en el ámbito de la relación y consecuentemente de aplicación de la ley al usuario (quién usa, sea un invitado, un familiar, un tercero ajeno); la víctima de un daño causado por un producto o servicio; el afectado o expuesto a prácticas comerciales. Como quien está en contacto con publicidad abusiva, engañosa, fraudulenta, afectado por situaciones monopólicas, etc. es consumidor simplemente por estar expuesto; el cesionario, de un consumidor cedente de un contrato de consumo adquiere su la calidad de tal, aunque el segundo contrato puede considerarse entre consumidores, el cesionario mantiene su carácter; también queda comprendido el tercero beneficiario como ocurriría en un contrato de seguro o de medicina prepaga, siendo el contrato base un contrato de consumo, el beneficio también lo es.

El Proyecto de Reforma 2012. Modificaciones a la ley 24.240.

El Proyecto modifica la LDC en pocos artículos, pero lo hace de un modo trascendente, lo cual ha sido motivo de disfavor por parte de cierta doctrina. Así, modifica la noción de consumidor en el art. 1o; el art. 8 en materia de heterointegración de la publicidad con la oferta; el art. 40 bis denominado daño directo y proyectado como indemnizaciones en sede administrativa; modifica el art. 50 en materia de prescripción liberatoria; el art. 52 bis denominado daño punitivo y ahora proyectado como sanción pecuniaria disuasiva.

Su metodología

A diferencia de sus antecesores, el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 regula en el Libro Tercero «Derechos Personales», Título III «Contratos de consumo», en cuatro capítulos y en solo 30 artículos, a partir de los arts. 1092 al 1122, algunos tópicos relativos al derecho del consumidor ya sea en materia de relación de consumo, formación del consentimiento, modalidades especiales y cláusulas abusivas. Cabe destacar que más allá de la inclusión de dicho capítulo en el código, la LDC mantiene su vigencia con algunas derogaciones parciales y algunas modificaciones.

El capítulo 1 Relación de consumo regula la «Relación de consumo. Consumidor» [art.1092], «Contrato de consumo» [art. 1093], «Interpretación y prelación normativa» [art. 1094] y la «Interpretación del contrato de consumo» [art. 1095].

El capítulo 2 Formación del consentimiento que incluye dos secciones: 1o) Prácticas abusivas [arts. 1096 a 1099]; 2o) Información y publicidad dirigida a los consumidores [arts. 1100 a 1103].

El capítulo 3 Modalidades especiales prescribe sobre «Contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales [art. 1104], «Contratos celebrados a distancia» [art. 1105], «Utilización de medios electrónicos» [art. 1106], «Información sobre los medios electrónicos» [art. 1107].

El capítulo 4 Cláusulas abusivas determina las «Normas aplicables» [art. 1117], «Control de incorporación» [art. 1118], «Regla general» [art. 1119], «Situación jurídica abusiva» [art. 1120], «Límites» [art. 1121], «Control Judicial» [art. 1122].

En los «Fundamentos» se explica la decisión de seguir un método diferente al del Proyecto de Código Civil de 1998 que en la definición de contrato especificaba

cinco subtipos (art. 899), distinguiéndose entre el contrato discrecional, predispuesto, condiciones generales y celebrado por adhesión. Por el contrario, ahora se proponen sólo tres títulos dentro del Libro Tercero: 1o) Contratos en general; 2o) Contratos de consumo y 3o) Contratos en particular.

De esta manera, se expresa que «corresponde regular los contratos de consumo atendiendo a que no son un tipo especial más (ejemplo: la compraventa), sino una fragmentación del tipo general de los contratos, que influye sobre los tipos especiales (ejemplo: compraventa de consumo) y de allí la necesidad de incorporar su regulación en la parte genera».⁷

Desde el punto de vista metodológico un sector de la doctrina sostiene que no es correcta la inclusión de la definición de «relación de consumo» en este capítulo del código. Así se afirma que «la relación de consumo es, a nuestro juicio, una especie dentro del género relación jurídica, pero restringida a los denominados derechos personales o de crédito, compuesta de sujetos, objeto y causa (Zetner, D;2010:68). Es decir, se trata de un ligamen jurídico que une o sujeta a un acreedor con un deudor sobre una prestación de contenido patrimonial, ca-

racterizándose esta relación por la desigualdad estructural, de índole jurídica y económica, que permite considerar a una parte débil o profano y a la otra como fuerte o profesional: El primero recibe el nombre de consumidor o usuario y el segundo es llamado proveedor de bienes o servicios.

Utilidad de la inclusión de normas atinentes al derecho del consumidor en el Código

Tanto los redactores del código como la doctrina afirman que su utilidad deviene de establecer en el código una protección mínima que tiene efectos importantes: «a.-No hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores. b.- Ninguna ley especial en aspectos similares pueda derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos «mínimos» actúan como un núcleo duro de tutela. c.- También es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del Código Civil que complementan la le-

gislación especial proveyendo un lenguaje normativo común. d.- En el campo de la interpretación, se establece un «diálogo de fuentes» de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor».

Concepto de consumidor

El Anteproyecto definía la relación de consumo y brindaba una noción de consumidor, en estos términos: «ARTÍCULO 1092.- Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u

onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, siempre que no tenga vínculo con su actividad comercial, industrial, artesanal o profesional».

En la definición propiciada se había seguido el criterio de considerar consumidor, conforme los antecedentes de la ley 24.240, tanto a la persona física como jurídica que adquiriera o utiliza bienes o servicios, a título gratuito u oneroso, siempre y cuando no tenga relación, directa o indirecta, con su actividad profesional.

De este modo, se intentaba limitar o restringir la noción para aquellos casos propios del régimen del consumidor, excluyéndose expresamente al denominado consumidor empresario.

Asimismo se eliminaba de la definición al consumidor expuesto como también aquellos derechos referidos a los cementerios privados o clubes de campo o figuras afines, que tenía una función meramente ejemplificativa.

El texto del Proyecto

El Poder Ejecutivo reformó este artículo, sin informar sin embargo de las razones de su cambio.

El Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo Nacional prescribe:«ARTÍCULO 1092.- Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social».

La supresión del párrafo referido al criterio de la «no profesionalidad» ha sido receptado de diversas maneras por la doctrina. Así, para una primera opinión, se sigue el criterio de las Jornadas científicas manteniéndose al consumidor en tanto persona física o jurídica como sujeto protegido porque se enfatiza como «elemento estructural de caracterización al consumo final, lo que supone que las personas físicas o jurídicas que desenvuelven actividades económico empresariales no pueden ser excluidas a priori del régimen de protección»^[10]Nicolau N.L. -Hernandez C.A 2012:635).

En una segunda opinión, se ha dicho que «Nuestra postura, claro está, no implica que lisa y llanamente todo profesional o empresario pueda hacer valer los preceptos de la ley 24.240 en su beneficio. Según nuestro modo de ver, el destino o utilización final y la actuación fuera del ámbito de su actividad profesional configuran la situación de vulnerabilidad del consumidor- profesional. Sólo aquellas empresas o comerciantes que adquieran bienes fuera de su ámbito de actividad profesional y, además, no los incorporen de manera directa a su actividad comercial o productiva, podrán acudir al auxilio del régimen específico en la materia». Esta postura es aquella que se denomina como maximalista, y que pretende incluir dentro de la protección del derecho de defensa del consumidor a todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que poseen una situación de vulnerabilidad.

Esta postura es criticada por el propio LORENZETTI quien sostiene que hay una tendencia denominada maximalista que pretende incluir dentro del derecho del consumidor a los casos de pequeñas empresas que tienen una misma situación fáctica de vulnerabilidad, pretensión que califica de desacertada «toda vez que lleva a una banalización de la protección, que sería indiferenciada»^[11]Lorenzetti, R.2009:87)

Cabe entonces preguntarse si esto cerrará definitivamente el debate doctrinario y las distintas posturas jurisprudenciales al respecto. Nuevamente la última palabra la tendrán nuestros Tribunales los cuales han hecho ya aplicación fructífera de la norma dando respuestas concretas conforme las particularidades de los hechos de la causa.

La supresión del by stander

El bystander regulado en la Resolución 123/96 Grupo Mercado Común del Mercosur, Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas 85/374/CEE 25/7/85; Ley Brasileña art. 17 es un tercero en relación al bien o servicio ofrecido o contratado, que se encuentra próximo al mismo y sufre daños en consecuencia.

Es un caso de «destinatario/usuario no contratante», que capta debidamente la expansión que puede tener la adquisición de bienes y servicios destinados a ser consumidos.^[12] Ariza, A 2008:53). Es el tercero ajeno a la relación de consumo que sufre un daño como consecuencia o en ocasión de una relación de consumo, por causa de la acción de cualquiera de los proveedores, sus dependientes, las personas, que se encontraren bajo su tu-

tela o cuidado y los consumidores en la relación del consumo.

La figura ya había sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia Nacional con anterioridad a su incorporación por la Ley 26.361, en el renombrado caso «Mosca» como se expresara más arriba.

Los argumentos para su exclusión, de acuerdo a los fundamentos del proyecto, fueron expresados en el sentido que la figura del «consumidor expuesto», ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa del Consumidor de Brasil (artículo 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general y solamente para el caso del expuesto a prácticas abusivas, mientras que en la Ley 24.240 el concepto carece de restricciones. Esto –expresan- ha generado «una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud».

Cabe aclarar que en general la doctrina especializada en la materia se ha manifestado de manera contraria a dicha exclusión sosteniendo que más allá del retroceso que implicaría de aprobarse la redacción proyectada la República Argentina pasaría a estar en desventaja comparativa con dos de los socios del

MERCOSUR, la República Federativa del Brasil (Código de Consumo del año 1991) y la República Oriental del Uruguay (Ley de Relaciones de Consumo del año 2000) que tienen incorporada en su legislación –desde hace ya mucho tiempo- la figura del bystander.

Así y conforme lo señala el Dr. Gherzi se concluye que el «expuesto» que señala el proyecto no es el de la Ley de Defensa del Consumidor, sino su versión disminuida. El primero es «el expuesto a las relaciones de consumo –como dañado- «y el del proyecto solamente es el expuesto a las prácticas comerciales, es decir, a los adquirentes de bienes y servicios, no solo en distinta situación jurídica sino obviamente más limitado».

Como corolario puede aquí destacarse que en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, el despacho de la mayoría sostuvo que en el ámbito de la Ley 24.240, conforme su actual redacción, quedan amparados en la protección legal: a) Quien asume el rol de contratante al adquirir un bien o servicio, actuando como destinatario final, sea la contratación a título gratuito u oneroso; b) Quien utiliza bienes o servicios sin ser parte sustancial de un contrato de consumo, generalmente por estar vinculado fami-

liar o socialmente con el adquirente; c) Quien se expone a una relación de consumo, a un peligro derivado de la misma o quien resulta efectivamente afectado.

Por su parte en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán) existieron varias ponencias que propiciaron limitar la noción de consumidor sólo a las personas físicas o bien, incluir a las personas jurídicas, pero limitándolas a aquellas que no tuvieran un fin de lucro. En las «Conclusiones» de la Comisión N° 8 se expresó:

1º) La categoría jurídica de consumidor se construye a partir de la existencia de dos elementos estructurales: a) la vulnerabilidad o debilidad, y b) el destino final de los bienes incorporados, para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dichos elementos justifican la especial tutela protectoria que le confiere el ordenamiento jurídico argentino. Tratándose de consumidores especialmente vulnerables, en razón de concretas condiciones personales tales como la minoridad, la ancianidad, la pobreza o la marginalidad, entre otras, debería acentuarse el principio protectorio. Excepcionalmente, el destino final se encuentra ausente en el caso del sujeto expuesto a una relación de consumo.

2º) La tutela del consumidor abarca cuatro supuestos distintos, a saber: a) Quien adquiere bienes o servicios con un destino final, sea a título gratuito u oneroso (consumidor en sentido estricto), b) Quien utiliza bienes o servicios con un destino final sin ser parte de un contrato de consumo; c) El sucesor particular en los derechos adquiridos por el consumidor originario; d) Los sujetos expuestos a una relación de consumo.

3º) Las personas jurídicas son, en principio, consumidoras, en la medida en que se den los presupuestos antes señalados.

En las «Recomendaciones» se expresó:

1º) Se recomienda que la reforma en curso del Código Civil contemple: a) La incorporación de la categoría de consumidor mediante la inclusión de principios generales y normas que garanticen niveles de protección mínima; b) La adopción de soluciones que provean a la tutela de otras situaciones de debilidad jurídica no alcanzadas por la categoría de consumidor. En especial se recomienda la adopción de un régimen adecuado sobre condiciones generales de la contratación.

Cabe concluir entonces, en consideración a las opiniones doctrinarias y ju-

risprudenciales reseñadas, que la supresión de la figura del by stander implica un retroceso en la protección legal sin justificada explicación.

La llamada «sanción pecuniaria disuasiva»

En el Título V denominado: «Otras fuentes de las obligaciones» Secc.2a: Función preventiva sanción pecuniaria disuasiva (arts. 1710 a 1715) el proyecto regula la denominada multa civil.

Al respecto sostiene la Comisión en los Fundamentos del Anteproyecto que :«La regulación de la función punitiva ha sido muy controvertida en la doctrina argentina y en el derecho comparado, en diversos aspectos. La primera decisión a adoptar consiste en regular o no este instituto y cuál sería su extensión. (...) La situación legal ha variado desde 1998, ya que se ha incorporado el artículo 52 bis en la ley 24240, que se aplica a un amplísimo sector incluido en las relaciones de consumo. El daño punitivo del artículo 52 bis consiste en una multa civil a favor del consumidor, a pedido de parte, que se aplica a los proveedores, en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso. Debemos asumir entonces que el instituto ya se encuentra incorpo-

rado en el derecho argentino y resulta aplicable a una gran cantidad de supuestos de responsabilidad por daños en el ámbito de las relaciones de consumo».

De la lectura del Proyecto elevado por el Ejecutivo al Congreso Nacional, surge que se propone asimismo una modificación a la redacción del art. 52bis LDC.

El instituto ahora reformado busca sancionar a quienes actúan con total despreocupación respecto de los derechos de terceros.

En la inteligencia que la justicia no se satisface con el sólo resarcimiento del daño, aún con la vigencia del principio de reparación plena o integral, entonces que los daños punitivos se postulan como una reacción más vigorosa frente a conductas que «lastiman el sentimiento de justicia» [¹³Zavala de Gonzalez, M,2011:1) . Por eso cumplen una función de prevención general, a través del efecto disuasorio que se le atribuye a una sanción ejemplar [¹⁴Zavala de Gonzalez, 2011:1) Cumple, entonces tanto una función sancionatoria como preventiva.

La norma de la actual Ley de Defensa del Consumidor que reconoce este instituto (art. 52 bis) no define con claridad

los requisitos concretos de aplicación de la figura, y esta apertura ha dado lugar a un amplio debate doctrinario respecto a la admisibilidad del daño punitivo, en la doctrina autores como el Profesor Picasso habían llegado a sostener su inconstitucionalidad por la laxitud de la misma la cual no describe con precisión la conducta prohibida ni requiere un factor subjetivo de atribución es decir culpa o dolo del agente, ni precisa las pautas mínimas que habrían de guiar la graduación de la sanción siendo la misma absolutamente insuficiente.

En esta tesitura resulta positiva la reforma propuesta al 52 bis de la ley la cual faculta al juez a aplicar una sanción disuasiva, a pedido de parte a quien actúe con grave menosprecio a los derechos del consumidor (es decir ahora se exige culpa grave) fijando además parámetros para su graduación; a saber: circunstancias del caso, gravedad de la conducta, repercusión social, beneficios que obtuvo o pudo obtener, efectos disuasivos, patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. El juez debe además fijar su destino por resolución fundada, antes era en beneficio del damnificado consumidor.

Sin embargo dicha norma no se reitera en

el articulado del código en el cual el art. 1714 al establecer la llamada «sanción pecuniaria disuasiva» la única precisión que da es la de su aplicación a los derechos de incidencia colectiva mencionados en el artículo 14, inciso c) del Título Preliminar; por lo cual la situación sería la siguiente:

1. Derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial del art 52bis de la LCD;
2. Derechos de incidencia colectiva: art. 1714 proyecto de Cod;
3. Derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo: no se aplica.
4. Derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo: no se aplicaría.

Atento que el Proyecto no deroga la LDC, pareciera mantenerse que el incumplimiento de brindar al consumidor un trato digno, equitativo y no discriminatorio puede ser también presupuesto de aplicación de la «ex multa civil», ahora «sanción pecuniaria disuasiva» en términos del art 8 bis de la Ley 24.240.

La norma prevé la limitación de la cuantía en caso de resultar excesiva en razón de otras sanciones civiles o penales, estando facultado el magistrado para dejar sin efecto la sanción total o parcialmente. Este último supuesto sin embargo resulta un tanto confuso en cuanto tal vez ello re-

sulte imposible de establecer al momento de aplicación de la sanción por parte del sentenciante.

Se elimina asimismo el tope de cinco millones de pesos con base en el artículo 47 de la Ley 24.240. Este tope había merecido críticas ya que sostenían que conspira con la naturaleza y finalidad del instituto. En este sentido las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil concluyeron en que: «El tope previsto en el art. 52 bis resulta inapropiado a los fines del cumplimiento del fin perseguido por la norma» [15Furlotti,S, 2010:819].

Finalmente, concluye la polémica respecto al destino de las multas, quedando librado al criterio judicial, sin ningún parámetro. La previsión legal del destino a favor del consumidor, consagrada en el texto legal vigente fue cuestionada, como motivante de enriquecimiento sin causa o como inductiva de «industrias del juicio».

Entendemos que deberán los jueces mantener un equilibrio, para sin dudas otorgarla a favor del consumidor en los supuestos que ello se justifique. Alguna doctrina entiende que lo correcto sería que el tribunal determine que una parte beneficie al reclamante y otra sea destinada a una organización de bien común o al propio estado^[16] Molina Sandoval, C.2008:81).

La reformulación del art. 40bis LDC, posibilidad de reparación administrativa del daño directo

Por último entiendo productivo terminar esta breve reseña haciendo sintética referencia a la modificación proyectada al art. 40 bis de la LDC el cual queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 40 bis.- Los organismos de aplicación pueden fijar las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo. Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos: a) la ley de creación les ha concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgarles esa facultad es manifiesta; b) están dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c) conforme con la ley de creación, sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y son susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias; d) sus decisiones están sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos perso-

nalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias patrimoniales.»

La posibilidad de indemnización en sede administrativa del llamado «daño directo» se introdujo con la reforma del 2008, hasta ese momento único que podía obtener el consumidor denunciante en esa instancia (de fracasar la etapa conciliatoria) era que el proveedor infractor fuese multado por incumplimiento de la ley, si es que ello se verificaba. Su introducción quizás le permite al usuario formular un reclamo administrativo con la expectativa de lograr un resarcimiento económico limitado al daño material sufrido aunque permanezca indemne el resto de los padecimientos que debió soportar.

El instrumento sin embargo resultó altamente polémico. Se cuestionó su constitucionalidad, propugnándose una visión reductora del ámbito de aplicación de la norma (¹⁷ Picasso, S.208:57) atento su carácter de excepción frente al principio general de que las facultades jurisdiccionales corresponden solamente al Poder Judicial.

Para otros, toda vez que el artículo 42 de

la Constitución Nacional impone al legislador el deber de sancionar procedimientos «eficaces» a los fines de tutelar los derechos del consumidor y atento lo engorroso del procedimiento administrativo donde se puede aplicar el daño directo, no se cumpliría el concepto de eficacia (¹⁸ Ghersi, C-Weingarten. C;2008:57)

A contrario sensu y estando prevista la posibilidad de revisión judicial en términos del art. 45 de la ley, buena parte de la doctrina (¹⁹ Perez Bustamante, L.2008:118) entiende que el instituto no merecería tachas constitucionales, ni aun después de la sentencia de la Corte en Ángel Estrada y Cía., en la cual el Alto Tribunal respondió negativamente a la posibilidad que un ente regulador de servicios públicos reconociera resarcimientos económicos a los usuarios de una empresa prestadora.

En cuanto a la redacción de la norma propuesta, la misma no aclara si es necesario que exista pedido de parte, al igual que el artículo anterior, con lo cual subsiste el interrogante vinculado a su aplicación de oficio.

La innovación, superadora de algunas polémicas, es la de poner fin a la discusión en lo referido a su alcance, reducido a los daños materiales en los bienes objeto de

la relación de consumo. Los restantes daños alegados solo podrían ser reclamados judicialmente.

Tampoco se aclara si puede ser reclamado por cualquier legitimado por la relación de consumo, que hubiera sido menester clarificar. ^[20] Ghersi, C.-Weingarten C, 2008:57)

Si bien la determinación de su aplicación y cuantía pertenece a la autoridad de aplicación, el punto conflictivo quizás refiere a los requisitos que debe cumplir la autoridad de aplicación para poder determinar daño directo, entre los que se enumera: 1) Que la autoridad de aplicación por ley de creación tenga facultades para «resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta por el legislador para otorgarles esa facultad es manifiesta», 2) El organismo debe estar dotado de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas. o descentralizadas.3) La ley de creación debe establecer que sus decisiones gozan de autoridad de cosa juzgada y ser susceptibles de cumplimiento forzoso según las reglas relativas a la ejecución de sentencias. 4) Control judicial amplio y suficiente.

Por el nuevo código, eventualmente también desaparecería el monto máximo, es-

tablecido según un parámetro de medición proveniente del tan cuestionado INDEC. Se elimina también la mención respecto a que el monto resultante de la aplicación del daño directo es deducible de las demás indemnizaciones que puedan obtenerse en sede judicial lo cual, sin duda alguna deberá ser delimitado jurisprudencialmente.

Por último, desaparece toda mención a plazos de interposición de apelaciones, lo cual ocasionara nueva confusión en los ordenamientos locales de procedimiento administrativo.

Hay mucho camino por andar y en esta etapa los operadores tenemos la difícil tarea de velar por que la LDC cumpla los objetivos para los que fue sancionada. La manera más adecuada de lograrlo es respetando la intención del legislador, aplicando para ello la norma en relación a los sujetos y al objeto previstos por la misma, con un criterio de suficiente amplitud a fin de alcanzar la meta propuesta pero asimismo evitando los excesos a los que las «modas» en el ejercicio de la actividad forense nos tienen acostumbrados ■

¹ MOSSET ITURRASPE, J y WAJNTRAUB J, «Ley de Defensa del Consumidor», Rubinzal Culzoni, Sta. fe. 2008)

² Fundamento acompañados al proyecto de ley 26.361

³ Fundamentos citados nota 2

⁴ Fundamentos citados nota 2

⁵ LORENZETTI, R.L. «Consumidores» segunda de. Actualizada, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe. 2009

⁶ LORENZETTI, op. cit

⁷ «Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación», en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título II: Contratos en general, La Ley, Buenos Aires,

⁸ ZENTNER, DIEGO H., Contrato de consumo, La Ley, Buenos Aires, 2010, PÁG. 68

⁹ Fundamentos del anteproyecto de Código civil y comercial de la Nación.

¹⁰ NICOLAU N.L.-HERNADEZ C.A «Breve análisis de la relac de consumo y sus fuentes y de algunas normas que incorpora a esta norma el Proyecto de C.C y C. 2012» en Rivera J.C. (Director)-Cambios al proyecto de C.C y Cde la Nación» Abeledo Perrot 2012, PAG.635

¹¹ LORENZETTI, R. «Consumidores», op cit.

¹² ARIZA, A «Desplazamiento del Derecho del Consumidor en el Derecho Privado» L.L. Suplemento Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. 2008.

¹³ ZAVALA DE GONZALEZ, M «Función preventiva de daños» L.L.13/10/11

¹⁴ ZAVALA DE GONZALEZ, M. op. cit

¹⁵ FURLOTTI, S. «Los daños punitivos» L.L.gran cuyo 2010 (oct.) 819.

¹⁶ MOLINA SANDOVAL, C. «derecho de Consumo», Advocatus, 2008.

¹⁷ PICASSO, S. «Nueva Categoría de daños en la ley de Defensa del Consumidor» en L.L. Suplemento de reforma a La Ley de Defensa del consumidor» L.L. Buenos Aires 2008

¹⁸ GHERSI, C. -WEINGARTEN, C. «visión integral de la nueva ley del consumidor» en L.L. Suplemento de reforma a La Ley de Defensa del consumidor» L.L. Buenos Aires 2008

¹⁹ PEREZ BUSTAMANTE; L. «La reforma de la ley de defensa del consumidor» en L.L. Suplemento de reforma a La Ley de Defensa del consumidor» L.L. Buenos Aires 2008

²⁰ GHERSI, C.-WEINGARTEN, C. «Vision...»op cit.

Panorama de los Derechos Reales en el Proyecto de Código Civil y Comercial

DR. ROBERTO HÉCTOR DELLAMÓNICA

Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial
de la 8ª Nominación. Santa Fe.

1. Título preliminar del Proyecto

El análisis de las previsiones normativas que el Proyecto del Código Civil y Comercial argentino trae en materia de Derechos Reales, no debe reducirse a su libro Cuarto, ya que podemos encontrar normas de aplicación a la temática en estudio, tanto en su título preliminar como también en los libros Primero y Tercero del mencionado Proyecto.

Tampoco debe soslayarse que en los aspectos valorativos aludidos en los Fundamentos del Proyecto, ya se hace referencia a que, en materia de bienes, «la mayoría de los códigos decimonónicos ha quedado desactualizada», ya que «en efecto, aparecieron bienes que, siendo de la persona, no tienen un valor económico, aunque sí una utilidad, como sucede con el cuerpo, órganos, genes, etcétera»; y que «la relación exclusiva entre los bienes y la persona también ha mudado y aparecen las comunidades, como ocurre con los pueblos originarios».

Así, en el título preliminar, el que incluye reglas para el ejercicio de los derechos cuyos destinatarios son los ciudadanos, como también nociones generales sobre bienes individuales y colectivos, luego de reconocerse en el artículo 14 tanto los de-

rechos individuales como los de incidencia colectiva, se establece en su artículo 15 que las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio, conforme con lo que se establece en el Código.

Luego, en relación a los bienes y las cosas -debiendo recordarse que estas últimas son el objeto de los derechos reales-, se prevé que los derechos referidos en el artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico, y que los bienes materiales se llaman cosas, agregándose -tal como lo hace el actual 2.311 Cód. Civil que las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

Y en una previsión novedosa -sin dejar de recordar que siempre la doctrina ha abordado la temática referida a si el cuerpo humano o sus partes (unidas o separadas) pueden ser objeto de un derecho real-, el artículo 17 establece que «los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y sólo pueden ser disponibles por su titular cuando se configure alguno de esos valores y según lo dispongan leyes especiales».

Finalmente, el artículo 18 del Título Preliminar consagra -también en forma novedosa-, la propiedad comunitaria indígena como nuevo derecho real, respondiendo a lo dispuesto en el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución de 1994.

2. El objeto de los Derechos Reales

En el Código Civil vigente, las cosas -como objeto de los derechos reales- principian el tratamiento del libro Tercero «De los derechos reales». No debemos olvidar que la metodología del codificador en dicho libro, fue el tratamiento de las cosas, la posesión y las defensas posesorias, luego una teoría general de los derechos reales comprensiva de cuatro artículos, para luego efectuar el tratamiento de los derechos reales sobre cosa propia, las acciones reales, y finalmente los derechos reales sobre cosa ajena, de disfrute o aprovechamiento y de garantía. El Proyecto trata, bajo el título «bienes» al objeto de los derechos reales en su Parte General, esto es, en su libro Primero. Sobre el punto, los fundamentos dan cuenta de que el tratamiento de los bienes en la parte general, donde se legisla sobre los elementos de los derechos, sujeto, objeto y causa, resulta innovativo en cuanto el código vigente lo trata como elemento de los derechos reales y no de todo derecho,

como lo es en la realidad, y que a la vez en el proyecto se le da un contenido más amplio que excede el criterio patrimonialista.

Así, la Sección 1ª del Capítulo 1 (bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva), del Título III de la Parte General del Proyecto comienza con un tratamiento clásico de las cosas, eliminándose a los inmuebles por accesión moral y modificándose las nociones de cosas fungibles y consumibles, involucrando en la fungibilidad, sólo al poder de sustitución. La Sección 2a trata a los bienes con relación a las personas en forma similar al Código vigente (bienes del dominio público, del dominio privado del Estado, bienes de los particulares y aguas de los particulares); y la Sección 3a trata a los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva, estableciéndose en su artículo 240 que el ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones anteriores, debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva.

Asimismo, el capítulo 2 del referido Título III prevé expresamente la función de garantía del patrimonio, extremo que no se encuentra previsto en forma expresa en el Código Civil.

Bajo la denominación de «Vivienda», el capítulo 3o reemplaza al régimen de bien de familia normado en la ley 14.394, el cual contiene modificaciones que en los Fundamentos se resumen. Así, se autoriza la constitución de bien de familia a favor del titular del dominio sin familia atendiendo la situación de la persona que vive sola; se permite la constitución del bien de familia por todos los condóminos aunque no sean parientes ni cónyuges; se faculta al Juez a decidir la afectación a petición de parte en el juicio de divorcio o en el que se concluya la convivencia en el supuesto de existir beneficiarios incapaces o con capacidad restringida; se amplía la lista de beneficiarios del conviviente; se prevé la subrogación real para adquirir una nueva vivienda manteniendo la afectación, y extendiéndose la protección a la indemnización que provenga del seguro o la expropiación; y se resuelven otros problemas como por ejemplo, en materia de quiebra, en que el activo liquidado pertenece a los acreedores anteriores a la afectación, entregándose al propietario el remanente; la retroprioridad registral; y la inoponibilidad a los créditos por expensas en materia de propiedad horizontal y a los créditos alimentarios.

3. Las normas de libro Tercero

En el libro Tercero, el cual trata a los De-

rechos Personales, y luego el tratamiento del contrato de fideicomiso dentro del título 4, referido a los contratos en particular, se regula el dominio fiduciario.

En la sección 8ª del capítulo 1 del mismo título 4, referido a la compraventa, se regula el boleto de compraventa. Debe recordarse que el boleto de compraventa es introducido por la Ley 17.711 en las normas sobre posesión, cuando en el artículo 2.355 Cód. Civil se distingue la posesión legítima de la ilegítima. Así, en una norma que provocó una discusión doctrinaria en cuanto a la naturaleza de la posesión del adquirente de inmuebles por boleto de compraventa, en su parte final, la citada norma expresa que «se considera legítima la adquisición de la posesión de inmuebles de buena fe, mediante boleto de compraventa».

El proyecto recepta las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales protectoras de los derechos de adquirentes de inmuebles por boleto de compraventa de buena fe. Así, el artículo 1.170 del Proyecto prevé que el derecho del comprador de buena fe tiene prioridad sobre el de terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido, si el comprador contrató con el titular registral, o puede subrogarse en la posición jurídica

de quien lo hizo mediante un perfecto eslabonamiento con los adquirentes sucesivos; si el comprador pagó el veinticinco por ciento del precio con anterioridad a la traba de la cautelar; si el boleto tiene fecha cierta; y si la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral, sea posesoria. Asimismo, el artículo 1.171 prevé la oponibilidad del boleto al concurso o quiebra, habiendo los redactores considerado conveniente mantener la norma en el Código Civil por su valor histórico.

4. El libro Cuarto y los nuevos derechos reales

El aspecto metodológico del Proyecto modifica sustancialmente la metodología utilizada por el codificador, en tanto Vélez, luego de tratar a las cosas, la posesión y las defensas posesorias, incluyó una teoría general que va de los artículos 2.502 al 2.505, donde aparecen el orden público, la conversión, el *numerus clausus*, la convalidación y el principio de publicidad. El Proyecto trae una parte general de los derechos reales, y partes generales de algunos de los derechos reales que se consagran.

En el capítulo referido a los Principios comunes, y manteniendo el *numerus*

clausus, la enumeración del artículo 1.887 consagra los siguientes nuevos derechos reales: la propiedad comunitaria indígena, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, y el cementerio privado. En relación a la superficie, la consagra en su versión amplia, ya que el actual artículo 2.503 Cód. Civil prevé el derecho real de superficie forestal normado en la ley 25.509. Además, se incluye a la propiedad horizontal, la que actualmente no se encuentra en la enumeración del artículo 2.503 del Código, sino en la Ley 13.512.

La prescripción adquisitiva es tratada en el capítulo 2 de los principios comunes, existiendo en el libro Sexto, en el que se tratan las disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva, una remisión a las disposiciones de este capítulo.

En el capítulo II, y no obstante una primera intención de la comisión redactora de sustituir la tradición posesoria por la inscripción registral como modo suficiente para los bienes registrales, en un intento de abandonar la teoría del título y modo como pilar del sistema transmisivo entre vivos de aquellos derechos reales que se ejercen por la posesión, finalmente mantuvo el sistema actual. Así, en el artículo 1.892

se consagra la teoría del título y modo, al exigirse para la adquisición derivada por actos entre vivos de los derechos, la concurrencia del título y modo, suficientes. En definitiva, el proyecto mantiene la inscripción registral declarativa para los bienes inmuebles, y la constitutiva sólo por excepción para algunos bienes registrables (por ejemplo, automotores), siendo por ende la tradición posesoria modo suficiente para la adquisición y transmisión. Finalmente se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesoria según el caso, para la oponibilidad del derecho real.

En cuanto a la posesión y la tenencia, el Proyecto las denomina «relaciones de poder», no prevé la yuxtaposición local, la que vale recordar, por ser involuntaria no tiene consecuencias jurídicas; y en la clasificación de la posesión, se mantiene la clasificación de la posesión en viciosa o no viciosa. Vale recordar que la subclasificación de la posesión ilegítima de mala fe viciosa y no viciosa -de muebles e inmuebles- era criticada por la escasa diferencia entre ambas, en lo referido a sus efectos jurídicos.

5. Los derechos reales previstos en el Proyecto

El artículo 1.887 del Proyecto establece la

siguiente enumeración de derechos reales en el Código: dominio; condominio; propiedad comunitaria indígena; propiedad horizontal; conjuntos inmobiliarios; tiempo compartido; cementerio privado; superficie; usufructo; uso; habitación; servidumbre; hipoteca; anticresis y prenda.

Sin perjuicio de señalar un rasgo común a todo el proyecto, cual es la redacción clara de las normas, como también la simplificación existente en la regulación de los distintos derechos, en lo que respecta al Derecho Real de Dominio, en la parte general se inserta la clasificación del Dominio en perfecto e imperfecto, dándose los caracteres del primero, en cuanto es perpetuo, exclusivo y absoluto. Pero no obstante, en el artículo 1.941 -al establecerse que el dominio perfecto es el derecho real que otorga las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa- también se prevé que dichas facultades lo son dentro de los límites previstos en la Ley.

Luego del tratamiento de los modos de adquisición del dominio, se prevén los supuestos de dominio imperfecto; esto es, el dominio revocable, el fiduciario y el desmembrado. En relación al dominio fiduciario, efectúa una remisión al capítulo 31 del Título 4 del libro Tercero; esto

es, a las provisiones normativas referidas al contrato de fideicomiso (capítulo 30), en donde luego se efectúa el tratamiento del dominio fiduciario, en el que se aclaran las normas de dicha categoría del dominio imperfecto y sus efectos.

Finalmente, el proyecto abandona el término «restricciones» al dominio para hablar de «límites» al dominio, y en su regulación, los límites al dominio previstos para la relaciones de vecindad juegan en subsidio de las normas administrativas que se aplican en cada jurisdicción. A manera de ejemplo, en lugar de la restricción vigente para arbustos y árboles (un metro y tres metros del muro divisorio), se consagra el criterio de que las mismas no deben causar molestias que excedan la normal tolerancia, idéntica pauta a la utilizada en el actual 2.618 Cód. Civil, norma que, dentro de las restricciones al dominio, prevé las inmisiones inmateriales, que en el Proyecto recepta su artículo 1.973, figura que se mantiene con similares características.

En lo referido al condominio, el artículo 1.984 prevé la aplicación subsidiaria de sus normas a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes. En lo que hace a la administración, se facilitan las reuniones, ya que a

diferencia del Código Civil vigente, para tomar decisiones sólo es necesaria la citación a todos los copropietarios, ya que no resulta necesaria la presencia de quien prefiere ausentarse. En el sistema del Código Civil, con la sola ausencia de cualquiera de los condóminos se impide tomar cualquier decisión. Asimismo se simplifica el condominio de muros y cercos divisorios, aunque preservando sus características.

La incorporación al Proyecto de la Propiedad Comunitaria Indígena como nuevo derecho real, resulta novedosa, pero sin dejar de soslayarse que su introducción obedece a la manda constitucional de 1994, en cuanto en su artículo 75, inciso 17, reconoce la posesión y propiedad comunitaria de las comunidades indígenas sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, siendo en el Proyecto el titular del derecho real, la comunidad organizada y registrada como persona jurídica con control estatal. Es inalienable, intrasmisible, e insusceptible de gravámenes de garantía, medidas cautelares o de ser adquirida por prescripción adquisitiva por parte de terceros.

En cuanto a la propiedad horizontal, presenta una ampliación del concepto de unidad funcional a todos los locales o es-

pacios susceptibles de aprovechamiento, por su naturaleza o destino, siempre que tengan independencia funcional. El consorcio es persona jurídica; se incluyen como sus Organos a la asamblea, al administrador y al consejo de propietarios. El reglamento de copropiedad y administración puede eximir del pago de expensas a aquellas unidades que no tengan acceso a determinados servicios; se simplifica la convocatoria a asambleas, y el quórum y mayorías pueden lograrse más fácilmente, por adhesión; y se contemplan los sub consorcios.

En materia de prehorizontalidad, se deroga la ley 19.724, la que vale recordar que, por su sistema engorroso y costoso, no cumplió con su finalidad de protección al adquirente de futuras unidades por boleto de compraventa. El proyecto instrumenta un seguro en favor del adquirente que otorgue cobertura por las cuotas abonadas y sus intereses.

Debe recordarse que la doctrina viene desde hace mucho tiempo dando tratamiento a lo que ha dado en llamar nuevas formas de dominio o nuevas formas de derechos reales, entre las que se encuentran figuras que no hallan previsión en el Código Civil vigente como derechos reales, con las consecuentes dificultades

que ello conlleva para los adquirentes de tales derechos, al no poder ser titulares de un derecho real. Tal el caso de quienes adquieren derechos sobre los denominados barrios privados, barrios cerrados y clubes de campo, hipercentros de consumo, cementerios privados, y tiempos compartidos. El proyecto del Código Civil y Comercial da solución a tal problemática, consagrando como derechos reales a los conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados.

Los conjuntos inmobiliarios comprenden los barrios cerrados o privados, clubes de campo, parques industriales, empresariales o náuticos, barrios de chacras, ciudades pueblo o cualquier otro emprendimiento urbanístico, independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga. Su marco legal, cuando se configuren derechos reales, es el de propiedad horizontal, aunque pueden existir conjuntos inmobiliarios en los que se establezcan los derechos como personales, o en los que coexistan derechos reales y derechos personales.

En cuanto al tiempo compartido, el mismo existe si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, co-

mercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino. En su regulación, se prevé la participación de un propietario, un emprendedor, un administrador y un comercializador. No obstante que se encuentra en la enumeración de los derechos reales, el artículo 2.101 establece que al tiempo compartido se le aplican las normas de los derechos reales.

Los cementerios privados son inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos. Aquí, el titular de dominio debe otorgar una escritura de afectación que se inscribe en el Registro General conjuntamente con el Reglamento de administración y uso del cementerio, y a partir de su habilitación por parte de la municipalidad, el cementerio no puede alterar su destino ni ser gravado con derechos reales de garantía. Hay una fuerte influencia del orden público. Al igual que en materia de tiempo compartido, el artículo 2.112 establece que a los cementerios privados se les aplican las normas de los derechos reales.

Al derecho real de superficie se lo regula en su variante amplia, entendiéndose el mismo como derecho a construir o forstar como derecho sobre cosa ajena y derecho sobre propiedad superficiaria

como derecho sobre cosa propia, aunque coexiste con la propiedad separada del titular del suelo. Se puede constituir sobre un inmueble o sobre partes materialmente determinadas de un inmueble, y la superficie es temporaria por plazos de setenta o cincuenta años, según sea para edificios o plantaciones.

En materia de derecho real de usufructo, de 141 artículos en el Código vigente, el proyecto lo regula en 24. Suprime el usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos menores, sosteniéndose en los fundamentos que sólo daba ventajas a los padres. A diferencia de Código Civil, en el que sólo puede transmitirse el ejercicio del Derecho pero no el derecho real, en el proyecto el usufructuario puede transmitir su derecho, aunque es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo, y como es transmisible, es ejecutable por los acreedores.

En materia de uso, habitación y servidumbre, la regulación normativa es simplificada como en el usufructo. El uso en el que debe recordarse, el goce de los frutos se encuentra limitado a las necesidades del usuario y de su familia, remite a las normas del usufructo, y se establece la inembargabilidad por los acreedores, de los fru-

tos que fueren necesarios para el usuario y su familia. En el derecho real de habitación se remite a las disposiciones del uso, y no es transmisible ni ejecutable. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite se encuentra previsto en el artículo 2.383, esto es, en el título correspondiente a la partición, correspondiente al libro Quinto que trata a la transmisión de derechos por causa de muerte.

En cuanto a los derechos reales sobre cosa ajena de garantía, en la hipoteca se suprime el pagaré hipotecario, el cual se encuentra regulado en la ley 24.441.

En el derecho real de anticresis, el mismo no sólo puede recaer sobre inmuebles sino también sobre todas las cosas registrables. Es decir que se adicionan los muebles. Tiene un breve plazo máximo de diez años para inmuebles y cinco para muebles.

En el derecho real de prenda, se suprime la prenda tácita, sosteniéndose que su falta de conocimiento conspira contra su oponibilidad a terceros. Se regula la prenda con registro, la que se rige por Ley especial. Se modifica la prenda anticrética, en la cual, en el Código vigente, la percepción de los frutos es facultativa, mientras que en el proyecto, si la cosa

produce frutos, el acreedor debe percibirlos e imputarlos al crédito, salvo pacto en contrario. La prenda de créditos se establece como un instrumento de fomento de créditos importantes, y se regula la ejecución de la cosa prendada.

6. La protección de las relaciones de poder y de los derechos reales

En la parte final del libro Cuarto, se unifica la protección de las relaciones de poder (posesión y tenencia), y de los derechos reales. Dicha regulación se efectúa al final del tratamiento de los derechos reales, simplificándose y esclareciéndose el sistema del Código de Vélez. Recuérdese que en el Código vigente las defensas posesorias se regulan luego de la posesión y antes de la teoría general de los derechos reales, y las acciones reales se prevén luego del tratamiento del dominio y condominio, pero antes de los derechos reales sobre cosa ajena, ubicación que es criticada porque parecería que dichas acciones sólo protegerían al dominio y condominio, pero no al resto de los derechos reales.

En materia de acciones posesorias, se incluye una acción para el ataque más grave -el despojo o desposesión- y otra para el ataque más leve -la turbación-. Adviértase

que hoy se admiten las acciones posesorias propiamente dichas y las acciones policiales, con sendas acciones de mantener y de recuperar la posesión, variando entre ambas la legitimación activa y pasiva, además de la acción de obra nueva, que en el proyecto es regulada junto a la acción de despojo. Se admite la defensa extrajudicial de la persona cuando se la ejercita como legítima defensa.

En materia de acciones reales, se mantienen las tres acciones reales del Código Civil, esto es, la acción reivindicatoria, la confesoria y la negatoria; y fuera de tal ámbito, también se incluye la acción de deslinde.

En cuanto a las relaciones entre las acciones posesorias y las acciones reales, subsisten las nociones del Código, pero con una regulación ordenada y clara, y se mantiene la base de la independencia de las acciones, lo cual implica la prohibición de acumular y el cumplimiento previo de condenas.

7. Conclusión

El Proyecto de Código Civil y Comercial simplifica y esclarece la exhaustiva regulación normativa que, en relación a los derechos reales, rige en nuestro Código Civil.

Además, consagra nuevas figuras cuya previsión viene siendo reclamada por la doctrina, a la vez que soluciona los inconvenientes que dicha falta de regulación provoca a los adquirentes de tales derechos. Tal es el caso de los conjuntos inmobiliarios, cementerios privados y tiempos compartidos.

A la vez, recepta el consenso existente en la doctrina y la jurisprudencia en lo que a la temática refiere.

Finalmente consagra a la propiedad comunitaria indígena en una asignatura pendiente de regulación, para así cumplir con la voluntad del constituyente de 1994.

Las situaciones fácticas existentes están superando los vacíos legislativos. Tal como sucedió a mediados del siglo pasado, al Legislador no le quedó otra alternativa que regular la propiedad horizontal a través de la ley 13.512, porque las unidades existían, pero no el marco legal.

El deseo es que el proyecto de Código Civil y Comercial se materialice, sin dejar de sostener que en las circunstancias actuales, ello se traduce en una imperiosa necesidad ■

El Derecho Comercial en el Proyecto de Unificación del Derecho Privado



DR. MARCELO QUIROGA

Juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de la 7a. Nominación.
Rosario.

I. Propósito del trabajo

A través de los presentes apuntes pretendemos brindar una visión general acerca del impacto de la proyectada unificación del derecho privado sobre el derecho mercantil, deteniéndonos brevemente en algunas instituciones puntuales de este ámbito y destacando lo que no has parecido digno de mención en ellas.

Conviene desde el inicio dejar en claro que las leyes que actualmente se encuentran incorporadas al Código de Comercio, como ser las regulaciones sobre sociedades comerciales, quiebras y concursos, letra y pagaré, cheques, bolsas y mercados, seguros, entre otras numerosas, no son derogadas por el proyecto de unificación, sino que conservan vigencia, solo que algunas de ellas, como la de sociedades, recibieron algún cambio.

II. Breve reseña de las novedades en materia comercial

1. Supresión del Estatuto del Comerciante.

El derecho comercial, tal como lo conocemos y aparece regulado, reconoce su razón de ser y por ende su distinción con

el civil, en la diferencia que existe entre el negocio económico privado que atiende a la producción y al cambio y el negocio privado que atiende a los institutos esenciales del vivir como el estado civil, la familia, la sucesión, o al goce de bienes o al cambio no productivo.

En esa tónica, el Código de Comercio actual parte de definir, al igual que la mayoría de las legislaciones mundiales, un estatuto del comerciante delineando la materia comercial básicamente a través de los actos de comercio.

Con la unificación desaparecerá el estatuto del comerciante.

Algunos autores de reconocida trayectoria se han mostrado preocupados por esta supresión y han llegado a señalar que ello comportará la eliminación de la autonomía científica y legislativa del derecho comercial como tal pues consideran que la existencia del mencionado estatuto hace a la esencia misma de la legislación comercial (Heredia, Pablo D.; Gómez Leo, Osvaldo R.; Martorell, Ernesto E.; Gómez Alonso de Díaz Cordero, María L., «Estatuto del Comerciante. Propuesta de incorporarlo al Anteproyecto», La Ley del 04.06.2012).

Estos autores han sugerido la inclusión en el proyecto de: la definición de comerciante, su capacidad para ejercer el comercio, una definición de actos de comercio, la presunción de onerosidad de los actos de los comerciantes, una reglamentación sobre los derechos y obligaciones (por ejemplo, rendir cuentas), establecer disposiciones vinculadas a la matriculación y e inscripción en el Registro Público de ciertos documentos, etc.

Si bien las observaciones de mención parten de autorizadas voces, no parecería que vayan finalmente a cristalizarse en la proyectada unificación.

De todos modos, se considera que el reconocimiento del comercio como realidad económica y jurídica diferenciada no vendrá menguada por el hecho de que la norma nueva no contemple expresamente la situación, siendo previsible que los operadores del derecho (abogados, jueces, árbitros, peritos, etc), a la hora de interpretar y decidir, tengan presente las especiales aristas que se desprenden de esta rama y que lleva larguísimo años de aplicación y evolución.

2. Contratos

a. Unificación de los contratos

Tal como ocurriera con los anteriores pro-

yectos, el actual prevé la unificación de los contratos civiles con los comerciales pasando de la doble regulación vigente a una uniforme con independencia de la materia sobre la que verse. Y así habrá una única reglamentación para la compraventa, el mutuo, el depósito, el mandato.

El método que se ha seguido en el proyecto consiste en establecer una serie de disposiciones a modo de teoría general en la que se encuentran reglas vinculadas con la definición, efectos, integración, interpretación, clasificación, etc (arts. 957 a 1091), luego le dedica especial atención a los contratos de consumo y finalmente reglamenta específicamente cada uno de los tipos contractuales.

b. Incorporación de figuras contractuales comerciales modernas

El proyecto recoge varios contratos de utilización frecuente en la vida comercial pero que, en la mayoría de los casos, no tenían regulación normativa alguna.

En la actualidad esos contratos quedan regulados por la autonomía de la voluntad de acuerdo a lo que pacten los contratantes y, en caso de conflicto, las decisiones se toman acudiendo a las figuras contractuales existentes y más afines.

A modo de ejemplo aparecen ahora regulados típicos contratos comerciales como: el contrato de concesión muy utilizado en materia de venta de automotores, resolviendo una vieja cuestión relacionada con el plazo en el caso de que no existiera uno determinado y el derecho a rescindirlo. En este aspecto, como en otros del proyecto, se han seguido los lineamientos doctrinarios y jurisprudenciales que se habían ido delineando, estableciendo la obligatoriedad de un preaviso previo a la rescisión a razón de un mes por cada año de vigencia del contrato. Regula también el contrato de Franquicia. Lo describe como el contrato según el cual una parte, denominada franquiciante, otorga a otra, llamada franquiciado, el derecho a utilizar un sistema probado, destinado a comercializar determinados bienes o servicios bajo el nombre comercial, emblema o la marca del franquiciante, quien provee un conjunto de conocimientos técnicos y la prestación continua de asistencia técnica o comercial, contra una prestación directa o indirecta del franquiciado. Lo esencial es la transferencia del sistema.

Aclara el proyecto que el franquiciante no responde por las obligaciones del franquiciado y que los vínculos laborales que formalice el franquiciado, salvo fraude laboral, son de exclusiva responsabilidad de éste.

Regula también el contrato de Factoraje o Factoring, herramienta útil para las Pymes de conocida aplicación en nuestro país. Básicamente es un contrato mediante el cual un empresario le vende a otro empresario -generalmente bancos o entidades afines- los créditos que tiene por un precio en dinero. Esto le permite a la pequeña y mediana empresa hacerse de dinero en forma inmediata contra créditos genuinos que obtiene de su giro comercial. Las Pymes suelen tener créditos a largo plazo (caso de los grandes supermercados que pagan a largos plazos con cheques de pago diferido o facturas de crédito) y entonces tendrían este crédito inmovilizado. El factoraje les permite reducir los plazos y hacerse del dinero rápidamente.

Incorpora el contrato de arbitraje, que es una novedad total desde que en los anteriores proyectos de unificación no se previó la figura. Se lo incluye únicamente para cuestiones comerciales o civiles patrimoniales (no de familia, de consumidores o laborales).

En caso de incumplimiento, el árbitro carece de potestad para ordenar la ejecución compulsiva debiendo acudir a un Tribunal de Justicia a estos fines.

Regula también los contratos de agencia, leasing, suministro, entre otros.

c. Contratos bancarios

Como es sabido, la actividad bancaria ocupa uno de los capítulos de mayor trascendencia en el derecho comercial y, dentro de ella, los contratos que se celebran constituyen uno de los renglones más salientes.

El proyecto recoge esa realidad y le da un tratamiento específico a los contratos bancarios, marcando las pautas desde las cuales deben enfocarse las cuestiones vinculadas con ellos. Es decir, delinea unas pautas generales y luego regula uno a uno los mismos.

En cuanto a las pautas generales distingue entre los contratos que no son de consumo y los que sí son realizados por usuarios y consumidores.

En lo tocante a los primeros, las novedades más salientes son las normas vinculadas a la transparencia de las condiciones contractuales como ser:

-debida publicidad (tasas de interés, condiciones, gastos y comisiones, vencimientos) -contrato confeccionado en doble ejemplar

-información periódica acerca del desenvolvimiento de la operación

-derecho de rescisión a favor del cliente sin penalidades en los contratos por tiempo indeterminado.

En lo que hace a los contratos bancarios realizados por clientes que lo utilizan como destinatarios finales, es decir, para consumo, el proyecto prevé expresamente la aplicación a éstos de las normas de la ley de defensa del consumidor y además trae algunas normas específicas, siempre orientadas a proteger a los consumidores, entre las que pueden mencionarse:

-La obligación de los bancos de proporcionar al futuro cliente una información detallada acerca de las ofertas que en el mercado existen vinculadas con la operación que quiere realizar, lo que le permitirá confrontar las distintas líneas de crédito existentes en el sistema y tomar así una decisión pensada e informada.

-Frente a un rechazo de otorgamiento de un crédito por información registrada en una base de datos relativa al consumidor, el banco le debe informar a éste, de inmediato, el resultado de la consulta y la fuente de la misma.

3. Títulos Valores

a. Ambito de aplicación

En nuestro derecho positivo actual no existe una ley general sobre títulos valores. Encontramos sí dos grandes regulaciones particulares: por un lado los títulos que no cotizan en bolsa en el que existen distintas leyes y decretos (letra de cambio y pagaré, cheque, factura de crédito, etc) y otra destinada a reglar la oferta pública que habla de valores negociables, definición que incluye a los títulos valores (actualmente ley 26.831 derogatoria de la ley 17811 y del decreto 677/11).

De acuerdo al artículo 5 del proyecto de ley que se conoce como de aprobación y derogaciones, las leyes que integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil y al de Comercio mantendrán su vigencia.

Resulta de lo cual tanto el decreto ley 5965/63 que regula la letra de cambio y el pagaré, la ley 24452 y modificatorias que contemplan el cheque, la ley 24760 y el decreto 363/02 reglamentarias de la factura de crédito o conformada y la ley 20663 que regula el certificado de depósito bancario a plazo fijo, mantienen su

plena vigencia y, con ello, todo el plexo doctrinario y jurisprudencial que hemos venido manejando por años.

De igual modo las normas de la ley 26.831 sobre oferta pública mantendrá vigencia.

¿Qué rol jugará respecto de estas normas el nuevo Código Civil y Comercial si se sanciona? Lo resuelve el art. 1834 al establecer la aplicación subsidiaria respecto de las especiales previstas para títulos valores determinados. Un ejemplo de esa aplicación subsidiaria sería el caso del título falsificado al establecer el art. 1825 del proyecto que el falsificador responde cambiariamente (no extracontractualmente como se sostenía) por la prestación contenida en el documento cuya firma fuera por él falsificada.

Y, en forma directa, el nuevo código se aplicará a los instrumentos que hubieran sido denominados títulos valores por sus respectivas legislaciones como ser las acciones de sociedad anónima (art. 226 LSC), las obligaciones negociables (ley 23576), certificados de participación en los fideicomisos financieros art. 19 ley 24441, letras hipotecarias (art. 35 y 24441) cuotapartes en los fondos comunes de inversión ley 24083), y a los títulos de libre creación (art. 1820 del proyecto).

En conclusión, de sancionarse el proyecto de unificación, en el derecho positivo argentino existirá una sistemática de triple entrada (como sostiene el dr. Dobson) en tanto los títulos valores podrán provenir de tres fuentes:

* de las leyes ya existentes de las cuales la principal es el decreto 5965/63 (ley madre) a la cual remiten por ejemplo otras leyes que suelen llamarse satélites como ser la ley de cheque, la de factura de crédito, la de letra hipotecaria, etc, en los que las normas del proyecto serán de aplicación subsidiaria;

* de los títulos denominados tales por la misma ley (acciones de sociedad art. 226 LSC; certificados de participación en los fideicomisos financieros art. 19 ley 24441, cuotapartes en los fondos comunes de inversión ley 24083), les resultará de aplicación el régimen general contenido en el proyecto, principalmente la autonomía en la adquisición;

* por encuadrar en la definición otorgada por el art. 1815 que dice «Los títulos valores incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo», lo que debe conjugarse con el art. 1820, que permite a los particulares podrán crear obligaciones autónomas.

b. Estructura de la regulación en el proyecto

La regulación de los títulos valores está contemplada en el Capítulo 6 del título 5 (arts. 1815 a 1881).

De sancionarse el proyecto de unificación contaremos con una teoría general de los títulos de crédito y con una sistematización de los mismos.

Así, en una primera parte se prevén disposiciones generales que recogen los principios básicos elaborados en la materia. Se perfila un concepto, se precisa sobre la autonomía como la sobre imposibilidad de oponer, al portador de buena fe del título que lo adquirió conforme su ley de circulación, defensas de corte personal que pudieran existir contra anteriores portadores. También se disponen normas sobre el pago liberatorio y sobre la reivindicación. Establece el elenco de defensas oponibles volviendo así al viejo sistema del Código de Comercio que preveía qué excepciones podían oponerse frente a la ejecución de un título. Regula cómo deben materializarse las medidas precautorias según se trate de títulos cartulares o no cartulares o nominativos no endosables.

Establece las consecuencias de una representación inexistente o insuficiente, como las que se desencadenan frente a la falsificación, haciendo responsable en todos los casos personalmente al mandatarario o falsificador.

Pero sin dudas que la innovación más importante tiene que ver con la posibilidad para cualquier persona, física o jurídica, de crear títulos valores no regulados expresamente consagrando la libertad de creación.

El proyecto viene a establecer la libertad de creación en forma general, coticen o no en bolsa y la posibilidad de su emisión por personas físicas o jurídicas.

Se caracterizan por constituirse a nivel de una promesa unilateral, incondicional e irrevocable, de una prestación. Podrán ser cartulares o desmaterializados y deberán ser emitidos de tal forma que no admitan confusión con los ya regulados por el derecho positivo y, por regla general, deben ser causales. Solo podrán ser emitidos títulos valores de libre creación abstractos cuando sean destinados a la oferta pública, o sus emisores sean una entidad financiera, una de compañía de seguros o fiduciarios financieros.

Luego el proyecto se dedica a establecer los lineamientos según se trate de títulos cartulares o desmaterializados, es decir aquellos que no se encuentran materialmente representados en un papel y que representan la impronta de la incorporación de la tecnología en la materia. En rigor no se trata de un tema novedoso pues, por ejemplo, la ley de sociedades comerciales admite desde hace unos cuantos años las denominadas acciones escriturales que no están representadas en títulos (art. 208 L.S.C. incorporado por la ley 22903 de la década del 80').

Por último se disponen normas regulatorias de las situaciones de pérdida, susstracción, deterioro o destrucción de los títulos o de sus registros, tomando como guía en esta temática la reglamentación vigente en materia de letra de cambio y pagaré (arts. 89 y sig. del decreto 5965/63) conocido como procedimiento de cancelación cambiaria.

A modo de reflexión puede anotarse que en el proyecto no se resuelve una problemática muy actual, cual es la utilización de títulos valores en las relaciones de consumo y la consecuente desprotección en que suele verse comprometido el consumidor de crédito, usuario de un servicio o comprador de un bien so-

metido a juicio ejecutivo con base en un título de crédito. Pensemos por ejemplo el caso de compraventa de un bien en el que se utilizan pagarés para garantizar las cuotas y el bien resulta defectuoso. El consumidor no podrá argüir en el juicio ejecutivo que se le inicie con base en esos pagarés las defensas vinculadas al defecto en cuestión. Ni qué decir, cuando el título ha sido descontado, endoso mediante, y el ejecutante es un tercero ajeno por completo a la relación de base.

Otros países lo han resuelto básicamente de dos maneras: prohibiendo directamente la utilización de esos títulos en operaciones de consumo (Francia, Alemania) o bien atenuando la autonomía y permitiendo al consumidor la oposición de las excepciones causales frente a un inmediato contratante o (España, Austria, Inglaterra, etc).

Esta problemática no es ajena a la realidad de nuestro país. Vaya como ejemplo el fallo plenario de la Cámara Nacional Comercial que aborda la problemática de la competencia territorial para conocer en la ejecución de pagarés de consumo cuando, de acuerdo al texto del título y de conformidad con las leyes procesales, el deudor consumidor se vería obligado a litigar ante un tribunal con radicación distinta a su domicilio.

4. Régimen societario

También se prevén modificaciones al régimen societario. En rigor de verdad, no es en el proyecto de unificación que están previstas esas modificaciones, sino en la conocida como ley de derogaciones (entre las que se encuentra la derogación del código Civil y de Comercio) que trae un capítulo destinado a incluir reformas en el materia societaria.

Las dos más salientes son las relativas a las sociedades de hecho y a las unipersonales.

a. El nuevo tratamiento que se le brinda a las sociedades de hecho o no constituidas regularmente.

Por empezar se proyecta derogar el régimen actualmente vigente.

Ahora se las conocerá con el nombre de sociedades simples.

Actualmente, las irregulares son las constituidas por escrito que no han sido inscriptas en el Registro Público de Comercio o que no adoptaron alguno de los tipos previstos en ley (Anónima, S.R.L., etc.).

Las de hecho no tienen ningún documento escrito y se verifican por la existencia de lazos fácticos en el desarrollo de alguna actividad comercial.

El régimen vigente mira con disfavor a las sociedades irregulares o de hecho y toda la legislación es de tipo sancionatorio. Por ejemplo impide que los socios invoquen, entre sí y frente a terceros, las normas del contrato societario; hace solidariamente responsables a los integrantes frente a terceros; cualquier integrante puede imponer la disolución y la única forma de mantener a la sociedad es regularizarla de acuerdo a alguno de los tipos societarios. Estas sociedades no pueden tener bienes registrables (inmuebles y automóviles) a su nombre.

En el proyecto, por el contrario, se le brinda una regulación que parte de una mirada más contemplativa, más proclive a regular el fenómeno que a castigarlo.

Y así, el contrato puede ser invocado entre los socios y también frente a terceros en caso de que éstos lo conocieran efectivamente.

Acreditando su existencia frente al registro, podrán ser titulares de bienes registrables.

La responsabilidad ya no es solidaria sino simplemente mancomunada dividiéndose la deuda en partes iguales entre los integrantes.

b. Las sociedades de un solo socio

En un importante número de casos nuevas sociedades, en la realidad que subyace debajo de las formas, pertenecen a un único socio. Se recurre al arbitrio de buscar al cónyuge, otros parientes o amigos para que presten su firma y de esa manera cumplir el requisito de más de un socio que actualmente está vigente para constituir una sociedad.

Esto obedece a la necesidad de limitar la responsabilidad.

Sacando los casos de fraude, es una realidad muy entendible. El pequeño empresario que desarrolló un emprendimiento en forma unipersonal, caso que viene reiterándose en nuestro país, y en el que puso todo su empeño, pretende que su patrimonio personal (por ejemplo casa, vehículo, etc) no se encuentre expuesto a los avatares del giro comercial de su negocio.

Nace así una búsqueda legítima de limitar su responsabilidad, pero el ordenamiento jurídico societario actual no le

brinda la posibilidad de hacerlo sino mediante figuras societarias que al menos requieren de dos integrantes.

El proyecto, recogiendo esa realidad, prevé las sociedades unipersonales.

Sucedió aquí que, al anteproyecto original, el Ministerio de Justicia le introdujo importantes modificaciones, tal vez tratando de evitar fraudes y de buscar controles porque se consideró que el anteproyecto era muy abierto y estas sociedades podían ser vehículos para burlar la ley y su finalidad.

Lo cierto es que, tal como aparece ahora proyectado y en virtud de las modificaciones realizadas por el Ministerio de Justicia, es ciertamente dudoso que las sociedades unipersonales puedan satisfacer la finalidad para la que fueron pensadas.

Es que, en primer término, se recurrió a una figura jurídica que no es muy acorde a la realidad del comerciante unipersonal como es la sociedad anónima.

Estas sociedades requieren de un capital de \$100.000 que deben ser integrados en su totalidad, es decir, que debe contarse inicialmente con esa suma en efectivo.

Pero, además, en el afán de extremar los controles, se las sometió al control estatal permanente como es hoy en día respecto de las grandes sociedades.

Como consecuencia de ello, deberán contar con un directorio constituido por tres directores y sindicatura plural.

Esto ha merecido críticas, que parecen razonables, porque lejos de simplificar el camino a la limitación de responsabilidad, se lo ha complicado. Cabría preguntarse si los comerciantes unipersonales, a la hora de limitar su responsabilidad, no seguirán buscando a un amigo o pariente antes que someterse a todas las exigencias que la legislación ahora preverá para las unipersonales.

Los nuevos legitimados

La expansión de los legitimados activos
para el reclamo por consecuencias
no patrimoniales

DRA. MARIA CELESTE ROSSO

Jueza de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 1ª Nominación.
Venado Tuerto.

Consideración preliminar. Sin perjuicio de referir previamente que tal vez al tiempo de publicarse este comentario el nuevo código civil pueda estar ya en vigencia lo aquí tratado nace a partir de la interpretación del nuevo artículo que regula la cuestión de quienes son legitimados para reclamar por las consecuencias no patrimoniales (morales) de los hechos dañosos, y que ha de iniciarse teniendo en cuenta la redacción «histórica» de nuestro código y cómo la jurisprudencia fue de algún modo marcando, en cada caso concreto, la más justa interpretación a la luz de cada situación y/o caso traído a estudio.

En este sentido es importante destacar que toda reforma necesariamente implica un cambio y éste genera nuevas cuestiones que deberemos asumir desde la comunidad jurídica, y en definitiva desde la comunidad toda, ya que ley no rige sino la vida de todos los hombres, mujeres y niños que la conforman, y entonces así como hace algo más de cuarenta años recibimos la reforma de nuestro Código Civil por ley 17711 (Adla, XXVIII-B, 1810) y que entro en vigencia el 1/7/68 ahora estamos dando otro gran paso buscando adaptar el Código decimonónico a los tiempos actuales.

Al respecto y como dijo el Dr. Juan José

Casiello¹ «*nadie ignora que las leyes y los códigos se proyectan y se sancionan para regir la vida de los hombres de una determinada comunidad y en una determinada época, sin pretensiones de perpetuidad. Y ese es su objetivo, que atiende a una realidad para nada inmutable, sino cambiante como cambian las costumbres y la vida de los hombres a través de los tiempos. Las nuevas reformas, de esta manera, se van inconteniblemente sucediendo, y ello es una muestra, además, de la falibilidad y fugacidad de la obra humana, siempre perfectible en un camino de progreso que nunca terminará...»*

Así las cosas, en cuanto a la norma en cuestión, -art. 1078 del Código Civil²-, es de advertir, con el estudio de la jurisprudencia en torno del mencionado artículo y además por que no mencionarlo con la resolución de los casos traídos a estudio del Juzgado a mi cargo hemos vivenciado la alta necesidad de reforma a partir la severidad excesiva de circunscribir el derecho indemnizatorio por daño moral, literalmente, sólo al damnificado directo, y sólo en caso de muerte a los herederos forzosos.

**Artículo 1078 Del Código Civil
(Según Ley 17711- B.O.
del 26/04/1968)**

Problemática que generó. El absoluto y desmedido acotado margen de legitimación otorgada por la redacción de dicha norma indudablemente generó la ya referida proliferación de casos que debían resolverse previa declaración de inconstitucionalidad del artículo, por ser insuficiente en su enunciado para en definitiva «dar a cada a uno lo suyo».

Así lo consideramos porque ese texto brindaba un acotado margen a quienes podían constituirse en legitimados para lograr la reparación del daño no patrimonial padecido, y entonces debió necesariamente realizarse una interpretación que permitiera arribar a aquello que buscamos los magistrados al estudiar cada causa traída a resolver: la justa solución al caso concreto.

Surgió así fundamental el tema de la legitimación más allá de lo literalmente establecido por la ley, y para ello se dieron las respuestas jurisprudenciales.

Respuestas jurisprudenciales. A partir de tal «necesidad», en cuanto a que la letra de la ley, no brindaba la respuesta que jueces y justiciables pretendemos obtener para fundamentar las decisiones; y «peticionar» según sea el rol que asumimos en el proceso, nace la solu-

ción del caso más allá de lo que expresamente el artículo del código estableciera.

Además por supuesto de que dicha norma tiene ya más de 40 años y por ende, se dictó en una época distinta a la que hoy vivimos y como ya referenciamos ut supra es indispensable ir adaptando y adecuando las leyes a las nuevas realidades y necesidades de la gente destinataria de las mismas.

En este sentido fueron varios los casos jurisprudenciales resueltos «de espalda» a aquella acotada legitimación e inspirados en principios superiores tales como la reparación integral del daño y el derecho a una justa indemnización entre otros.

Es decir que «*de lege ferenda*», mediante la declaración de inconstitucionalidad se venía propiciando la modificación de la norma.

Así por ejemplo, en el famoso caso «Aquino»³ la CSJN declara la inconstitucionalidad del art. 39 inc. 1o de la ley 24.557. Y este caso es importante traerlo como referencia en tanto y en cuanto alude la Excm. Corte a pautas superiores que fundamentan y justifican el porqué de la reparación integral del daño, y además por haber sido un *leading case* en tal tópico.

El voto de la mayoría proclama: 1) El carácter constitucional del derecho a la reparación y el rango constitucional del principio «*alterum non laedere*», que prohíbe a los hombres dañar los derechos de un tercero, a la justicia social y a la dignidad humana. 2) Que la tutela de la dignidad humana se resiente gravemente, a través de indemnizaciones menguadas, ínfimas o de otras formas de «exclusión resarcitoria». 3) Que la exclusión y eximición de la vía reparadora que contiene el art. 39 inc. 1 de la Ley de Riesgos del Trabajo, mortifica el fundamento definitivo de los derechos humanos enunciados por la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En relación a este caso entonces surge a la luz que la Corte en definitiva formula una nueva «relectura» de esa norma -el art. 1078 Cód. Civil- en cuanto marcó que contiene una limitación en materia de legitimados activos que, en muchos casos, deviene lesiva para la garantía constitucional referida, ello porque estrictamente sólo legitima activamente por daño moral al damnificado directo y únicamente cuando a raíz del hecho éste hubiese fallecido, reconoce legitimación activa, *iure proprio*, a un elenco restringido de damnificados: los herederos forzosos.

Quedan, de tal modo, al margen de la legitimación activa y de la reparación, el perjuicio moral sufrido por damnificados indirectos cuando no sobrevenga la muerte del damnificado directo a raíz del hecho (el daño causado a los padres por una lesión discapacitante de un hijo, que lo reduce a un estado de vida vegetativa) y, en caso de muerte de la víctima, el de otras personas que no sean herederos forzosos (hermanos, concubina, novia, etc.), aun cuando puedan invocar un quebrantamiento espiritual, grave y relevante. ¿Es constitucional esa solución normativa, dada por el art. 1078 del Código Civil- ley 17711?.

Y ese análisis fue el hecho en ese caso como en tantos otros para llegar a la justa indemnización por el daño padecido.

De los precedentes surge como cual es el rango o jerarquía constitucional que nuestros Tribunales Superiores han dado al principio «*alterum non laedere*»; y como en casos concretos, al contraponerse con otras normas específicas (art. 1078 CC, art. 39 inc. 1o ley 24557), se ha declarado la inconstitucionalidad de las mismas.

Otro caso interesante.⁴

A raíz de un accidente en un jardín de infantes, un niño de cuatro años sufrió fractura nasal, reparable mediante sencilla intervención quirúrgica. Atendido en hospital público, fallas en el suministro de anestesia provocaron lesiones cerebrales. Quedó cuadripléjico y, en virtud de una incapacidad absoluta y permanente, requerirá ayuda de terceros hasta para actos elementales de la vida cotidiana, como alimentación e higiene; es decir, en condición de «gran invalidez»: privado de autonomía existencial por completo y para siempre.

En lo concerniente al presente comentario, es de reseñar en relación al caso que los padres accionaron por el daño moral experimentado por ellos.

La Cámara a quo admitió la pretensión, considerando inaplicables las restricciones establecidas en el art. 1078 del Cód. Civil, por encuadrar la responsabilidad como contractual y estimar viable lo normado en el art. 522 del Cód. Civil, que autoriza a los jueces a resarcir el agravio moral «de acuerdo con la índole del hecho generador de responsabilidad y circunstancias del caso».

En relación al caso comentado se expresaron consideraciones tales como la de Mosset Iturraspe que señaló: el «dolor de los padres» es innegable frente al «mal causado a sus hijos» y que son aquéllos «las verdaderas víctimas». Y aunque se teme una «catarata de reclamaciones» si se amplía la legitimación de damnificados indirectos (amigos, novios, socios, compañeros, etcétera), opina que esta preocupación debe ceder frente a situaciones gravísimas «como la de los padres, que requieren una respuesta justa»⁵.

También con aguda sensibilidad, observa Vázquez Ferreyra⁶ cómo inundan los tribunales reclamaciones de allegados a víctimas, incapacitadas a raíz de accidentes y que dependen de terceros por el resto de sus vidas, como las situaciones de personas que quedan cuadripléjicas: «los familiares directos, además del dolor propio de ver postrado el ser querido, experimentan otros perjuicios de significativo valor que inciden en el desarrollo de la propia vida. Ello por cuanto el ambiente íntimo familiar debe acomodarse a la nueva y triste realidad combinando el despliegue normal de actividades con el cuidado al hermano, padre, madre, etc., incapacitado». No obstante esos penosos cuadros —agrega— se tropieza

con la limitación del art. 1078 y sólo resta propiciar su reforma.

Otro caso atinente a la cuestión: la situación de la concubina.

Asimismo también mediante declaración de inconstitucionalidad de por medio se ha admitido y en el Juzgado a mi cargo por fallo 1330 del 10 de septiembre de 2009 en autos «Biancotto Cecilia c/Muerta Hugo Osvaldo y/u otros s/demanda por daños y perjuicios» Expte 458/2005 confirmado por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto la declaración de inconstitucionalidad del art. 1078 del CC, rechazando la falta de legitimación activa opuesta por la demandada, frente al reclamo de la concubina de quien había fallecido como consecuencia de un accidente de tránsito.

En ese caso en análisis se advirtió la verdadera inconsecuencia en conferir acción a todos los damnificados indirectos si se trata de perjuicios patrimoniales (art. 1079 Código Civil) y circunscribirla sólo a algunos cuando el perjuicio es moral (art. 1078 Código Civil), máxime cuando éstos pueden haber sufrido serios males existenciales a partir de una muy intensa relación con la víctima.

Asimismo se hizo incapié en que había también que partirse del «paulatino reconocimiento que viene teniendo el status de la concubina en cuanto al reclamo del daño patrimonial sufrido a consecuencia de la muerte de la pareja, tanto sea a título indemnizatorio como provisional, y en cuanto a extensión de la obra social, derecho a continuar la locación de la vivienda, etc. etc.»⁷.

Además también se fundó el fallo en el valor justicia expresándose que parece justo que, tratándose de la muerte de la persona con quien se ha estado unido por lazos de afecto, el daño moral y la consecuente indemnización pueda ser presumido en caso de matrimonio y negado a quien, por no mediar la institución matrimonial, se encuentra en iguales condiciones de convivencia estable y de formación de la familia. Esto sin perjuicio de considerar también la Suscripta, con referencia a la encíclica *Gadium Et Spes*⁸ en ese fallo que «...todos los que influyen en las comunidades y en los grupos sociales, deben cooperar eficazmente a la promoción del matrimonio y de las familias. El poder civil debe reconocer su verdadera índole, protegerla y promoverla, defender la moralidad pública y favorecer la prosperidad doméstica: es su misión sagrada...Mediante legislación

adecuada y con otras iniciativas, sean también asistidos y ayudados aquellos que desgraciadamente carecen del bien de una familia».

En tercer lugar el argumento que fundó la decisión (de admitir la legitimación de la concubina) fue porque «el rechazo indemnizatorio, parecía más a una sanción a la concubina que de hecho no la tiene –la convivencia sin matrimonio– que una adecuada respuesta en orden al derecho de daños [Confr. Arts. 18 y 19 C.N.]

En cuarto lugar porque la limitación, pretendida por la demandada choca con el criterio imperante en materia de daños –reparación plena integral de quien ha sufrido un daño injusto, que se encuentra profusamente abonado en nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, a partir de inequívoca normativa: arts. 1068, 1069 y concordantes del CC.

En quinto lugar, porque la finalidad de la ley de restringir el cupo de legitimados, atendible *prima facie* para no multiplicar el número de los reclamantes comprendidos en la aflicción, no puede llegar al extremo de desconocer el explicable dolor de quién, al igual que el cónyuge superviviente, también ha visto zozobrar su patrimonio espiritual, con clara afecta-

ción de los valores paz, seguridad, tranquilidad y en definitiva justicia.

Por todo ello se rechazó la excepción de falta de legitimación activa interpuesta por la demandada, y se hizo lugar al reclamo declarando la inaplicabilidad de la limitación dada por la letra del art. 1078 del CC, por ser lesivo de derechos fundamentales y garantías de raigambre constitucional, como lo son la protección integral de la familia y la igualdad ante la ley, en la certidumbre de que la muerte del compañero ha conculcado en la concubina un derecho legítimo, proveniente de su emplazamiento existencial y suficientemente acreditado a partir de la relación estable y prolongada mantenida con la víctima.

Y en este punto de la acreditación de la relación estable que se origina al demostrar el alegado concubinato, también es de destacarse que desde la Excma. Cámara Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto recientemente [Acuerdo del 14 de marzo de 2013 en autos «Cisnero Jorgelina Soledad c/Presecan Valentin s/ Juicio ordinario) se ha delineado que es muy importante- para admitir esa situación invocada de concubinato que entonces de acuerdo al precedente referido otorgaría legitimación al accionante-,

que haya clara prueba al respecto.

Así, sostuvo el vocal Dr. Juan Prola «...a circunstancia de tener un hijo en común no autoriza a presumir el concubinato y la simple declaración jurada ante un Juez comunal, o ante quien sea, es insuficiente para tener por acreditada la relación de concubinato invocada, pues no deja de ser una expresión de voluntad unilateral de la persona que se beneficia con la misma. Y además, no podemos dar valor a los testigos que aparecen declarando en el instrumento, toda vez que se trata de declaraciones tomadas fuera del proceso y sin que la contraria tenga posibilidad de controlar su producción. Dado que todo juicio es, por naturaleza, un ámbito de debate y posibilidad de contradicción, darle valor a una prueba así sería violentar el principio de bilateralidad de todo proceso y lesiona el derecho de defensa de la contraparte...»

Además expresamente aclara el primer voto, al cual adhieren los demás integrantes de la Cámara: «...puesto que los rubros que reclaman están previstos por la ley sólo para la cónyuge y se extienden también a la concubina por interpretación judicial; luego, la actora debió ser muy puntillosa en su actividad probatoria y generar prueba diáfana para

demostrar la existencia de la relación de concubinato...».

De esa manera entonces se delimita y aclara cómo ha de interpretarse y justificarse la calidad de concubino para alegar la legitimación que se invocara.

Jurisprudencia Superior. La Corte de Buenos Aires enunció directamente rotundos argumentos que apoyan la inconstitucionalidad del sistema dado originariamente por el art. 1078 CC, sintetizables de la siguiente manera:

a) La arbitraria discriminación de los damnificados indirectos morales (art. 1078), en comparación con los patrimoniales (art. 1079), transgrede la directiva de trato igual para los iguales (art. 16, Const. Nacional).

b) La violación del principio que prohíbe dañar injustamente a terceros (art. 19, Const. Nacional) debe aparejar, como lógica derivación, una reparación plena o integral.

c) A tal efecto, basta un perjuicio cierto y en relación causal adecuada con el hecho lesivo, sobre todo en supuestos de especial gravedad.

d) La protección de la integridad de las personas y el pertinente derecho resarcitorio encuentran respaldo en tratados que integran el sistema constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nacional y, entre otras normas internacionales, las de la Convención Americana de Derechos Humanos).

e) Las leyes reglamentarias del ejercicio de los derechos no pueden alterarlos (arts. 14 y 28, Const. Nacional), lo cual deja de respetarse si las restricciones son irrazonables, infundadas o arbitrarias, y carentes de validez axiológica en las circunstancias del caso.

f) Dichas conclusiones armonizan con atribuciones judiciales para jueces evitar desbordes litigiosos: constatando rigurosamente los presupuestos de la responsabilidad, marginando abusos (art. 1071, Cód. Civil) y, en su caso, morigerando equitativamente las indemnizaciones en consideración a la situación patrimonial del deudor (art. 1069, segundo párrafo).

La letra del artículo 1078 del Código Civil vs. la jurisprudencia: sin dudas originó varios intentos de respuesta legislativa:

Y entonces, en nuestro país el Proyecto de la Comisión designada por Decreto 468/92 previó por ejemplo para el caso

de supervivencia de la víctima que los jueces valorarían la procedencia de otros damnificados por daño moral, y en caso de fallecimiento legitimaba al cónyuge, descendientes, ascendientes y personas que convivían con la víctima.

El Proyecto de la Comisión de Legislación General legitima en caso de supervivencia de la víctima a padres, hijos y cónyuge; y en caso de muerte a los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos.- No se incluyen a las personas que convivían con ella.

El proyecto de reforma al Código Civil del año 1998, legitimaba en caso de gran discapacidad o muerte de la víctima al «cónyuge, los descendientes, los ascendientes, y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible» (art. 1689), pero preveía también la facultad de los jueces de asignar legitimación a otros sujetos en los casos especiales que el «hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias» (mismo artículo).- En este proyecto no se incluye expresamente a los hermanos, pero podrían incluirse en esta última previsión.

Luego ya ahora : el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011, propone la redacción de un nuevo artículo, que en este caso es el art. 1741 (del Proyecto), referido a la indemnización de las consecuencias no patrimoniales.

Dice el nuevo artículo: «Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si el hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivan con aquél recibiendo trato familiar ostensible.- La acción solo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por este.- El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas».

Dada la respuesta legislativa a la necesidad emergente de la jurisprudencia que debió surgir al «margen» de la letra de la ley, no implica que no siga vigente la necesidad de interpretar adecuadamente la norma.

En esta tarea interpretativa, de ayer y de hoy, ha de resaltarse siempre las reglas con las que cuenta el operador de la ciencia jurídica y los principios rectores de tal labor.

Así, es fundamental una interpretación armónica de las normas jurídicas, fue necesaria antes con el antiguo artículo 1078 del CC y por qué no ha de seguir siendo pertinente hoy.

En ese sentido dicha interpretación exige referirse al art. 29 del C. Penal y al art. 1079 del C. Civil.

El art. 29 del Código Penal dispone que la sentencia condenatoria podrá ordenar «(...) la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba».

Ello significa que se ha dispuesto un marco más amplio, ya que a los fines de resarcimiento del daño moral se legitima a «la familia», lo que tiene una connotación más extensa que la de los «herederos forzosos».

Por su parte el art. 1079 del C. Civil, referido al daño patrimonial, legitima a

reclamar, «...no solo respecto de aquel a quién el delito ha damnificado directamente, sino respecto de toda persona, que por él hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta...».

Aquí también existe una legitimación (referida al daño patrimonial) más amplia que la establecida para el daño moral.-

De allí que el art. 1078 del CC (viejo) no armonizaba con dichas normas.

Y por otro lado frente a la nueva redacción de la norma en análisis será sin dudas la interpretación judicial la que le brindará la aplicación razonable, y adecuada, otorgando en definitiva –y como siempre- legitimación a quienes sean acreedores de la indemnización reclamada.

Y en este punto, y dada la «respuesta legislativa» a la «necesidad jurisprudencial» planteada no puede soslayarse lo que ya se expresaba con anterioridad aún frente a limitación de legitimados que brindaba el 1078 del CC, en cuanto al «temor de proliferación de juicios».

Frente a esa línea podemos decir que dicho temor no luce razonable, porque los jueces han de interpretar las normas

no sólo de manera armónica con todo el sistema legal sino también con aquellos principios ya esbozados precedentemente y que con base fundamental en la razonabilidad de las normas han de brindar sin dudas una justa respuesta frente a las situaciones de conflicto.

Así ha sucedido, precisamente, con la interpretación del art.1079 CC en cuanto han sido los Juzgadores quienes han elaborado la doctrina de aplicación cuando se trata de los damnificados por daño patrimonial.- En ese entorno, la existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son suficientes para poner coto a la temida proliferación de juicios.-

Por otra parte, tal argumento cede indefectiblemente al estar en juego derechos y garantías constitucionales.

De allí que la actual jurisprudencia viene juzgando que el art. 1078 del Código Civil es inconstitucional, al confrontar materialmente con los arts. 16 y 19 de la Constitución Nacional, al dejar de tratar de un modo igual a los iguales en igualdad de circunstancias, al no cumplir con el mandato de no dañar a otro, y por resultar violatorio de los derechos humanos tutelados por los Tratados Internacionales incorporados a la C.N.

Fuera de ello, como vimos, también confronta con normas que si bien no tienen rango constitucional, sirven para ver claramente lo injustificado de la limitación en tratamiento, como son los arts. 29 del Cód. Penal y 1079 del Cód. Civil, que habilitan a otros damnificados.-

Además, por supuesto a los fines de una correcta interpretación de la ley, siempre han de tenerse en cuenta cuales son los conceptos básicos de los cuales ha de partirse en la tarea de desentrañar la pertinente aplicación.

Y en este tópico a estudiar es importante lo que consideremos que es el daño moral.

Al respecto mucho se ha dicho, pero podemos mencionar los que han tenido mayor aceptación en doctrina y jurisprudencia.

Así se ha dicho que es «...toda modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente, a consecuencia del hecho y anímicamente perjudicial...»⁹, o que es «...todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra...»¹⁰, o que es «...todo quebranto de la paz, la tranquilidad de espíritu, la

libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos...»¹¹.- No cabe duda que dentro de esos conceptos se encuentra un padre, un concubino o un hermano de una víctima con una gran discapacidad o fallecida, por ejemplo.

Pautas de interpretación dadas desde el derecho comparado.

También para desentrañar el sentido de nuestra norma puede ilustrarnos e iluminarnos las previsiones en otros sistemas normativos, puesto que en definitiva el fin último del derecho, aun en sistemas jurídicos distintos llega al mismo objetivo y/o finalidad por definición universal del fin de la justicia.

Así, en el sistema francés existe una interpretación amplia y flexible en torno a los legitimados al reclamo del daño moral.

Por ejemplo, en el caso de fallecimiento de la víctima se ha otorgado legitimación a los «parientes próximos», al novio o novia, a la concubina y a los amigos íntimos; tratándose de parientes próximos el menoscabo se presume, pero en los demás supuestos se exige una demostración de la entidad del daño.-

Por su parte, en el caso de supervivencia

de la víctima se ha reconocido daño moral en caso de detrimento espiritual grave y de carácter excepcional, siendo el primer antecedente en dicho sentido una sentencia de la Chambre Civile de la Cour de Cassation del 22 de Octubre de 1946.-

Y asimismo existen sistemas en los cuales se reconoce el daño moral «al cónyuge no separado judicialmente de persona o bienes, a sus hijos, otros descendientes, y a falta de estos a los padres y otros ascendientes, y a por último, a los hermanos o sobrinos que los representen» (Cod. Portugués, art. 496), o a «los parientes, afines o cónyuge» (Cod. Venezolano de 1942, art. 1196).

Y el Código Civil Peruano en su art. 1984 refiere al daño moral consistente en el «...menoscabo producido a la víctima o a su familia...».

Conclusión.

Teniendo en cuenta enseñanzas tales como la de Ricardo L. Lorenzetti, que tomando palabras de Ripert¹² nos dice que: «el derecho mira a la víctima, y ya no le interesa castigar, sino reparar»¹³, y eso se advierte recepcionado por la jurisprudencia que antiguamente meritaba el daño moral como una sanción impuesta

al victimario y actualmente a los fines de su estimación en dinero se lo tomo como resarcimiento a la víctima por su padecimiento moral, de modo que tiene claro carácter resarcitorio¹⁴, parece incorporado por esta nueva legislación que de alguna manera legitimó lo que la jurisprudencia venía admitiendo.

En definitiva es una concepción plena del «alterum non laedere» que permite reconocer como intereses jurídicamente protegidos, entre otros, el daño material sufrido por la concubina por la muerte de su compañero¹⁵, y también el daño moral¹⁶.

Lo mismo con el reconocimiento del daño moral a favor de los hermanos de la víctima fallecida¹⁷.- Y demás casos ya reseñados tu supra.

También es importante destacar y valorar los que han sido los **fundamentos del proyecto**. Siendo la base «la constitucionalización del Derecho Privado y del Derecho Civil».

Por supuesto que ello origina evidentemente la protección de la persona humana, la protección de la familia, la búsqueda de la igualdad real. Y entonces de algún modo se llega a un relato cíclico, puesto que son justamente esos

principios los inspiradores de la jurisprudencia surgida a partir de la exigua legitimación otorgada por la letra del art. 1078 del Código Civil (de la que solo esbozamos algunos casos importantes) y que ahora inspiraron esta nueva norma.

Y justamente los citados fundamentos al referirse a lo que hace a la ampliación de los legitimados para reclamar el daño no patrimonial dicen que se ha ampliado dicha legitimación «...teniendo en cuenta los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia...».

Y siendo que el eje de la responsabilidad resarcitoria reside en el daño injusto y no en el origen del deber violado; de allí que las ventajas y las restricciones a la legitimación dada por la ley así como antes en base a principios constitucionales fue «dejada de lado» para poder dar el resarcimiento a quien debía recibirlo de igual manera ahora sin dudas ha de ser porque la ley se aplica necesariamente en base a la interpretación constitucional que de la misma hay que hacer.

Surge claro que la necesidad de la reforma arribada estaba, pues que ya casi nadie duda sobre la severidad excesiva de circunscribir el derecho indemnizatorio

por daño moral a la víctima inmediata, si sobrevive, y que ese derecho debe ser extendido, siquiera, a parientes cercanos a cuyo respecto es presumible un fuerte impacto emocional y descalabro vital por ataque a la incolumidad de aquélla.

De tal manera, el desamparo de hijos menores o disminuidos frente a severa incapacidad o injusto encarcelamiento de un progenitor: pueden reclamar contra el responsable por privación de asistencia material, y no de la espiritual que aquél también debía prodigar.

Igualmente, el cónyuge de quien ha sido afectado en su salud experimenta los avatares de la nocividad, en tanto «consorte» («quien comparte la misma suerte»).

La injusticia de la denegación indemnizatoria también resalta cuando se han afectado intereses sexuales o expectativas de procreación de aquél cuya incolumidad física no fue agredida (impotencia, esterilidad o contagio de enfermedad transmisible sexualmente).

Así, pues, resultaría absurdo que un cónyuge o concubino tengan legitimación para reclamar por gastos terapéuticos que pudo requerir el tratamiento de las

lesiones o por privación de asistencia material que prodigaba el incapacitado (art. 1079) y no, en cambio, por la alteración espiritual en la intimidad de una pareja, la posibilidad de tener descendencia o la ruptura del proyecto existencial que significa convivir para siempre con un inválido.

Se constata otra incoherencia a raíz de que un cónyuge tiene derecho a esgrimir daño moral por injurias al honor de su esposa (art. 1080), y no si ha sido violada sexualmente.

Entonces, aparece como altamente justificada y necesaria la reforma dada al art. 1078 para ampliar el elenco de legitimados, ahora nuevamente la tarea de los jueces al interpretar de manera justa y razonable la norma según las circunstancias del caso determinará el acierto en el nuevo texto. Es de concluir que hoy está esta nueva herramienta dada por el legislador, quien no sólo brinda la ley de fondo que son rige sino también, y por suerte –diría– los principios superiores que permiten dar a la ley la interpretación que el caso requiere para llegar a la justa solución del mismo. Y por eso que la correcta adecuación de la ley al caso, dada jurisprudencialmente, mostrará la justeza de la aplicación ■

¹ La Ley 28/11/2008. La Ley 2008-F,1289. Memorando la reforma de 1968.

² Art. 1078 Código Civil: «La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además, de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral solo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos».

³ LL 2004-F-90.

⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde Publicado en: DJ 2007-II , 678 • LA LEY 07/09/2007 , 4 • LA LEY 2007-E , 334 • Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III , 229 -Fallo Comentado: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBuenosAires) ~ 2007/05/16 ~ L.A.C. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otro.

⁵ MOSSET ITURRASPE, JORGE, «Daño moral a personas privadas de conciencia o razón. Los padres como damnificados indirectos», JA, 1992-IV-559.

⁶ VAZQUEZ FERREYRA, ROBERTO A., «El daño moral y los damnificados indirectos», JA. 1992-III-105 y ss.

⁷ Sup. Corte Bs. As. Ac. 75617, 19/2/2002, Ac. 79161 7/5/2003- publicado en JA 2005-IV-284)

⁸ Ediciones Paulina, Buenos Aires 1987, 1º Edición 13º reimpresión, p. 85

⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Resarcimiento de Daños, To 2, PÁG. 49 no 8.

¹⁰ SCBA, L58812, 25-3-97, «Obregón»; L65757, 23-2-00, «Villagrán».

¹¹ SCBA, 11-8-98, Saloña Miguel c/ Facchini de Silvi Eny, LLBA 1998-1370.

¹² GEORGES RIPERT, «El Régimen Democrático y el Derecho Civil Moderno», PÁG. 266, Cajica, México, 1951.

¹³ LL 2003-A-973.

¹⁴ CSJN, Martínez Diego c/ Pcia. de Corrientes, Fallos 321:1117

¹⁵ CNCIV, en Pleno, 4-4-95, F., M.C. c/ El Puente S.A.T., LL 1995-C-642.

¹⁶ C 2a Civ. Y Com. de Mar del Plata, Sala II, 23-11-04, R., S.E. c/ BUSTOS ESTEBAN, LLBA 2005-133.

¹⁷ C Civ. Y Com. La Matanza, Sala I, 19-2-08, Gómez Lucía Beatriz c/ Transporte Ideal San Justo, LLBA 2008-422; C. Civ y Com. de Trenque Lauquen, 1-11-05, Mendez Eduardo c/Municipalidad de Tres Lomas, LLBA 2006-552.

Los contratos bancarios en el Proyecto de Código Civil

DR. MARCELO BERGIA

Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 9ª Nominación. Rosario.

1. Introducción

El proyecto del Código Civil (que unifica la legislación civil y comercial), actualmente en trámite parlamentario, trae una serie de normas relativas a los contratos bancarios. Si bien significa un notable avance respecto de los Códigos Civil y Comercial actualmente vigentes¹, no causa asombro por dos motivos: el primero de ellos es que se trata de una reproducción perfeccionada del proyecto de 1998; el otro es porque prácticamente todo el articulado reconoce, como fuente, las elaboraciones de la jurisprudencia y de la doctrina especializada, que de una u otra manera determinan las actuales transacciones y fundan las resoluciones judiciales sobre los conflictos surgidos de las mismas.

Esta materia mantiene, como es obvio, una relación directa con el derecho de propiedad y el derecho de comerciar libremente, ambos garantizados por los arts. 17 y 14 C.N., respectivamente. El proyecto, sigue siendo -al igual que en los Códigos Civil y Comercial vigentes- extremadamente respetuoso de ambos derechos.

Entre las innovaciones de este último proyecto, respecto de la legislación vigente en la materia que nos ocupa, encontramos: el tratamiento del contrato bancario como categoría especial, la incorporación de los contratos de depósito bancario, al que el actual C. de com. sólo le dedica un artículo -el 579-, préstamo y descuento bancario, apertura de crédito, servicio de caja de seguridad y custodia de títulos.

Dada la extensión que se impone para este trabajo, me referiré únicamente a la caracterización de los contratos bancarios y a la determinación de la tasa de interés aplicable a los mismos.

2. El contrato bancario

El proyecto reconoce -por primera vez- al contrato bancario como una categoría de contrato diferente de los demás. Desde la doctrina se ha caracterizado al contrato bancario como el contrato entre un Banco y un cliente, que tiene por objeto una operación bancaria. Este tipo de contratos tiene determinadas características propias. Las mismas están específicamente contempladas en el proyecto. Veamos:

- Están íntimamente relacionados con el funcionamiento y la técnica bancaria. Esta relación se puede notar claramente en varias disposiciones del proyecto: a) uso de términos propios de la técnica y de la jerga bancaria (financiamiento - desembolso - reembolso - base de datos - oferta de crédito - servicios adicionales - inversión - costo financiero - cartera - clasificación de consumo, o comercial - disponibilidad - servicio de caja). b) Remisión a las disposiciones del B.C.R.A. sobre la aplicación de las normas específicas de clasificación de las operaciones y a sus publicaciones sobre tasas de interés y sobre oferta de crédito.

- Se celebran por adhesión. Esta característica (inveteradamente impuesta en la práctica bancaria) -si bien no está específicamente contemplada- de las normas que regulan la forma de los contratos, surge con total claridad. Por otra parte, cuando se trata de contratos con consumidores, son aplicables las restantes normas del derecho del consumo, en las que sí se prevé -al menos como una posibilidad- esta forma de contratación.

- Tienen en cuenta la persona del cliente. Esto surge claramente de la obligación impuesta al Banco de informar al clien-

te, en caso de rechazo por haber recibido información negativa sobre el mismo. Esta obligación tiene como presupuesto la importancia que tiene para el Banco contar con información respecto del cliente; vale decir, las características y circunstancias que lo rodean y que pueden tener incidencia sobre su conducta y su capacidad a la hora del cumplimiento de la obligación.

- Se aplican intereses bancarios. Este tema, por su importancia, lo desarrollaré separadamente.

El reconocimiento del contrato bancario como categoría especial es de suma importancia porque, dada su especialidad, debe ser sometido a una regulación específica y -en muchos casos- diferente de otros tipos de contratos.

3. Los intereses bancarios

Una de las novedades que, a mi criterio, resultan más interesantes, es la disposición sobre los intereses bancarios. Ello está regulado por el art. 1.381, que podemos resumir en la siguiente frase: *en los contratos bancarios se aplican intereses bancarios*. Ello, que parece una verdad de Perogrullo, no siempre fue debida-

mente entendido ni por la jurisprudencia ni por la legislación.

Será importante, para la aplicación práctica de esta disposición, determinar la forma en que se debe hacer el cálculo de intereses. En primer lugar, no hay dudas de que en materia bancaria, el interés siempre se calcula a través de la aplicación de una tasa (que es un porcentaje del capital prestado en una unidad de tiempo, generalmente un año). Las disposiciones del art. 1.531, que permite el cálculo de los intereses de otra forma, son inaplicables en esta materia. Por lo tanto, la cuestión a definir es cuál debe ser la tasa aplicable, si el interés se debe capitalizar y, en tal caso, en qué período.

El art. 1.381 dispone: *El contrato debe especificar la tasa de interés y cualquier precio, gasto, comisión y otras condiciones económicas a cargo del cliente. Si no determina la tasa de interés, es aplicable la nominal mínima y máxima, respectivamente, para las operaciones activas y pasivas promedio del sistema, publicadas por el Banco Central de la República Argentina a la fecha del desembolso o de la imposición. Las cláusulas de remisión a los usos para la determinación de las tasas de interés y de otros precios y condi-*

ciones contractuales se tienen por no escritas. De esta disposición surgen varios interrogantes, que trataré de responder.

El art. 1.384 dispone que las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto por el art. 1.093. Esta última norma define la relación de consumo. A las vez, el art. 1.117 establece que es aplicable (se refiere al capítulo en el que está inserto, referido a «cláusulas abusivas») lo dispuesto por leyes especiales (recordemos que la ley 24.240 no es derogada, por lo que mantiene su vigencia). Por lo tanto, en principio, parecería aplicable el art. 36 L.D.C. Pero ambas normas (art. 36 Ley 24.240 y art. 1.381 CPCC), en la fijación de la tasa de interés en caso de falta de previsión, son claramente incompatibles. Uno dispone que a las operaciones activas se les aplica una tasa activa y el otro dispone que a las operaciones activas se les aplica la tasa pasiva. Entiendo que prevalece el art. 1.381, por lo que el art. 36 Ley 24.240 deberá considerarse derogado en cuanto no sea compatible con el primero. Hay varias razones para sostener esto.

Por una parte, se trata de una Ley es-

pecífica (regula específicamente el contrato bancario) mientras que la otra es una Ley general (regula las operaciones financieras y de crédito para consumo). En segundo lugar, se trata de una Ley posterior, que deroga (en lo que se opone) a la Ley anterior. Por último, se trata de una Ley que regula con justicia la cuestión, mientras que la otra es absurdamente injusta.

Sentado ello, corresponde analizar cuál es la tasa a aplicar. Me detendré únicamente a analizar la cuestión relativa a las operaciones activas, que son las que en la práctica dan lugar a discusiones en el ámbito judicial.

La norma declara aplicable a las operaciones activas en las que no se haya fijado la tasa de interés que se debe aplicar la nominal mínima. La primera conclusión es que si se pactó una tasa determinada, será la pactada la que se aplique a la operación. Ello -claro está- sin perjuicio de la facultad de morigeración con que cuentan los jueces, lo que expresamente prevé el proyecto en el art. 771.

Sentado esto, corresponde ahora establecer cuál es la nominal mínima. El B.C.R.A. realiza varias publicaciones,

muchas de ellas extremadamente técnicas y de difícil comprensión para quienes no somos especialistas en la materia. La tasas que reflejan el promedio aplicado en el sistema (que es lo que a nosotros nos interesa en estos casos) es la que corresponde a «tasas de interés por préstamos al sector privado no financiero»; y dentro de esta publicación, a la que corresponde al promedio ponderado por monto de todos los tipos de operaciones, que se encuentra en la solapa «tasas sector privado». Allí se especifican las tasas correspondientes a las diferentes operaciones. Ahora bien: ¿cuál de todas estas tasas se debe fijar para una operación bancaria en la que no se haya previsto contractualmente?

No se puede fijar la mínima porque las publicaciones no establecen mínimas ni máximas, sino promedios². Claramente entonces, debemos fijar la tasa promedio.

Para la elección de la tasa a aplicar, se debe tener en cuenta que se publican las tasas correspondientes a varios tipos de operaciones (adelantos en cuenta corriente -con y sin acuerdo-, documentos a sola firma, descuento de documentos, préstamos personales, tarjetas de crédito, créditos hipotecarios, prendarios,

etcétera) ¿Cuál de ellas aplicar? Para responder a esta pregunta es necesario tener en cuenta que la variación (que es sustancial) entre unas tasas y otras refleja el riesgo que implica para el prestamista el crédito otorgado. Por lo tanto, cuanto menor es el riesgo (como en los préstamos garantizados con garantías reales -hipoteca o prenda-) menor es la tasa de interés. A la inversa, cuanto mayor es el riesgo (adelantos no autorizados en cuenta corriente, préstamos personales y tarjetas de crédito), mayor es la tasa. Los últimos días del mes de marzo de 2013 las menores tasas promedio se ubicaron alrededor del 15 % (para préstamos con garantía hipotecaria), mientras que las mayores llegaron alrededor del 45 % (adelantos en cuenta corriente sin acuerdo).

Entiendo que la elección de la tasa aplicable debe hacerse en función del tipo de operación que se trate. Vale decir, si el pleito versa sobre un adelanto en cuenta corriente, se debe aplicar la tasa de cuenta corriente. Si se trata de un saldo deudor de tarjeta de crédito, se debe aplicar la tasa de financiación de tarjeta de crédito, etcétera.

Otra cuestión de importancia es -como

adelanté- si los intereses se deben capitalizar o no. Recordemos que estamos frente a operaciones bancarias, a las que se les aplican intereses bancarios. Por lo tanto, es obvio que se deben calcular como se calculan en la práctica bancaria³. Y en la práctica bancaria, los intereses se capitalizan mensualmente. Nótese que las tasas publicadas por el B.C.R.A. son nominales (así lo aclaran expresamente las diversas publicaciones), o que se trata de números que se utilizan para el cálculo, pero no representan el resultado final de éstos; en tal caso, estamos frente a tasas efectivas (por ej. la más conocida tasa efectiva anual). Por lo tanto, siempre que hablemos de interés bancario, debe aplicarse la forma capitalizada mensualmente ■

¹ El Código Civil no tiene normas relativas a contratos bancarios. El Código de Comercio regula la cuenta corriente bancaria y el contrato de depósito bancario; este último en un solo artículo que dispone que los depósitos hechos en Bancos públicos (hoy debemos entender entidades financieras en general) quedan sometidos a las leyes, estatutos y reglamentos de los mismos.

² Hasta el año 2009 el B.C.R.A. publicó tasas mínimas pero en un promedio de todas las operaciones y sólo para empresas de primera línea.

³ Este criterio tan elemental fue fijado por un fallo plenario de la Cámara Comercial de la Capital Federal hace más de treinta años, a pesar de lo cual aún se sigue discutiendo. LL On Line AR/JUR/692/1991

Divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial



DR. RICARDO J. DUTTO

Juez del Tribunal Colegiado de Familia N° 5. Rosario.

Familia / Familias

Hace siglo y medio Oxford fue testigo de una famosa trifulca entre el obispo Samuel Wilberforce cuando le preguntó al científico y reformador social Thomas Huxley, muy próximo a Darwin, si creía provenir del mono por vía paterna o materna. Sátira aparte, El Código Civil vigente, data de esa época, emparchado con el paso de los años, enmohecido en el entendimiento de una sola forma familiar: heterosexual, matrimonial y con inocultable preponderancia masculina

No obstante, contra lo que algunos imaginaron, la familia se perpetúa con variaciones. El alboroto de posibilidades ahora es tan grande que opuestamente a lo conjeturado, florece intrigante y caprichosa, con todos los colores y formatos imaginables

Perdido el miedo al divorcio y a la soledad, la mujer ha sido la proa del variopinto. Últimamente aumenta el número de ellas que optan por vivir plena y libremente a partir de los 50 o 60 años, hasta hace poco tiempo inimaginable, con parejas más jóvenes. Este fenómeno en alza conocido en Estados Unidos como las cougar : las mujeres pantera, que rompen estereotipos y

compiten con el hombre en el campo laboral, social y sexual. Su determinación causa inseguridad y desasosiego a muchos hombres que las moteja de felinos porque actúan con astucia y fiereza.

Debemos sumar las parejas unisexuales, la aprobación del matrimonio entre personas del mismo sexo, el aumento considerable del embarazo adolescente, la reunión de integrantes de uniones anteriores y la persistencia de personas que, al igual que antaño nunca aprendieron a desembarazarse de matrimonios vegetativos o infelices por imponderables económicos, comodidad afectiva, conformidad social y miedo al salto al vacío.

Hoy tenemos un destello de posibilidad de aprehender a estas familias en construcción, con sus complicaciones, sus transparencias, sus mezquindades y cuyo desarrollo llegará con otra generación porque posiblemente nosotros vivamos «un tiempo que no podemos entender», como sentenció Borges en la última línea de «Juan López y John Ward», el único poema que escribió sobre Malvinas.

Así como las fotos de infancia son una especie de más allá que hace imposible creer que seamos los de entonces,

el Código vigente como herramienta jurídica requiere esfuerzo y habilidad para cobijar las nuevas alternativas, muy especialmente en la rama conocida como «Familia» y que con la multiplicidad de ellas, deberíamos llamar «FAMILIAS».

El Proyecto de Código Civil y Comercial es una puerta que, como la de felicidad se abre hacia adentro, surge como una expresión más o menos consciente de un despliegue estratégico-jurídico, presentado como una propuesta humanista superadora del posible individualismo velezano.

Los Fundamentos de la reforma refieren a la igualdad basada en un paradigma no discriminatorio. También a la protección de minorías de raza, lengua, religión, sexo, edad. La mira está puesta en efectivizar la reforma constitucional de 1994.

Tal vez, los alcances «materiales» tienden a prevalecer sobre los «personales». La interpretación clásica observará un debilitamiento de las manifestaciones de amor tradicionales con la incorporación de la autonomía de la voluntad, e incremento familiar de la utilidad.

Una opinión imparcial jamás tiene valor y solemos brindarla cuando algo no nos interesa. Con la proyección de un «Corpus» reformador del derecho privado no podemos ser Pilatos.

Inconstitucionalidades varias

Propusimos –en solitario, hace diez años- la inconstitucionalidad de los artículos que obligaban a acreditar determinado tiempo de casados para divorciarse por presentación conjunta o para invocar la separación de hecho, con el fundamento de la supremacía legal de las Declaraciones, Tratados y Convenciones sobre derechos humanos, incorporados a la Constitución Nacional en 1994 y así dispensar a los cónyuges de la cláusula rigurosa del plazo legal para iniciar el divorcio por mutuo acuerdo -3 años de casados- o para invocar en la demanda la separación de hecho -3 años-.

Sosteníamos que una auténtica reforma del derecho positivo en esta materia, debía legislar sólo el divorcio y no un régimen intermedio, híbrido, de coexistencia de separación personal –que no disolvía el vínculo- y el divorcio –que tenía ese efecto- agregando la posibilidad de convertir la sentencia de separación personal en divorcio y que además deberíamos razonablemente discutir la conveniencia de mantener o no el sistema de divorcio causado que intenta, vanamente a nuestro modo de entender, encontrar en la culpa de alguno o de ambos cónyuges el quiebre de la unión.

Tratábamos de brindar respuestas de

buen sentido a un interrogante de igual contenido:

¿Debe la ley refrenar temporalmente el divorcio y así ubicar a los esposos como cónyuges virtuales o es deseable propender que aquéllos como derecho personalísimo e irrenunciable decidan el tiempo de su relación matrimonial sin imposiciones jurídicas artificiales con implicancias tan severas cuando el afecto desapareció?

Se habla y se escribe sobre la solidaridad conyugal como fuente de sustento de la uniones matrimoniales, pero es que la solidaridad no puede ser obligatoria, o se es solidario voluntariamente o nada. Si a ello se le suma que ambos integrantes desean interrumpir definitivamente su vida matrimonial el desatino legal es más evidente.

Declaramos la inconstitucionalidad del tiempo de separación de hecho como causal de divorcio, la inconstitucionalidad del tiempo de espera para plantear el divorcio por presentación conjunta y la inconstitucionalidad de la segunda audiencia en el último de los trámites.

Deducíamos que la intervención judicial no puede ser la de impedir el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los cónyuges cuando no existen otros intereses afectados, sino que el Juez debe evitar la arbitrariedad y la desigualdad.

Si el Estado acepta que los esposos pueden convenir sobre su domicilio, guarda y alimentos de sus hijos, liquidación de sus bienes, organización y administración de su vida doméstica, resulta incoherente imponer un régimen cerrado, rígido en cuanto al plazo legal forzoso para impulsar el divorcio, pues desatiende las distintas realidades familiares e impone una respuesta única.

Se entiende que el Estado impone leyes a sus ciudadanos para favorecer la vida en sociedad y la circunstancia de que el contenido, efecto y forma del acto jurídico familiar sean establecidos por la ley, no puede trastocar aquél designio pues sería un estigma de disvalor a la voluntad humana impulsora de un cambio que ambos integrantes de la unión desean.

Una de las mayores virtudes que deben tener las leyes y la Justicia es que respondan a la realidad y, ser transparentes en la aceptación y respeto de la voluntad de las partes favorece la ética social, pues ¿a quién le hace daño que los cónyuges invoquen estar distanciados desde hace un año o acrediten el mismo tiempo de casados pero que hay obstáculos insalvables para continuar la vida en común y en ambos ejemplos, peticionen su divorcio?

También preguntábamos: ¿Altera el or-

den público que dos personas obtengan el divorcio vincular antes de los tres años de matrimonio por el procedimiento de petición conjunta, o sin dejar transcurrir el mismo espacio de tiempo cuando se invoca la causal de separación de hecho?

La cláusula de dureza o prohibición temporal para el Estado argentino no rige de plantearse la separación personal o divorcio con imputación de culpa. El orden público se hace brumoso cuando el propio legislador prioriza la sanción culposa sin anteponer tiempo de reflexión o espera.

Citábamos que existe efectivamente un interés social en preservar la familia, pero no es correcto identificar familia con matrimonio. La extensión de los valores modernos de autonomía personal, de libre elección de la pareja sobre la base del amor romántico, la creciente expectativa social de dar cauce a sentimientos y afectos implican también la contracara: la libertad de cortar vínculos cuando el amor se acaba, cuando el costo personal de la convivencia conflictiva supera cierto umbral.

Dentro de los derechos con rango constitucional que favorecen y defienden la autonomía de los cónyuges, sobre la cláusula prohibitiva temporal de divorciarse, que fueron receptados por la Constitución Nacional en 1994, cuya supremacía

legal obliga a explorar una declaración de inconstitucionalidad, enumeramos:

1.- **Derecho a la libertad:** ART. 3 Decl. Univers. de DD HH; art. I Decl. Amer. de DD.HH.; art. 7.1 Pacto de San José de Costa Rica; art. 9.1 Pacto de Derechos Civiles;

2.- **Libertad de Asociación:** ART. 20 Decl. Univers. de DD HH; art. XXII Decl. Amer. de DD.HH.; art. 16 Pacto de San José de Costa Rica; art. 22.1 Pacto de Derechos Civiles;

3.- **Protección de la Familia:** ART. 16 Decl. Univers. de DD HH; art. VI Decl. Amer. de DD.HH.; art. 17 Pacto de San José de Costa Rica; art. 23 2/3 Pacto de Derechos Civiles; Art. 10 Pacto de Derechos Económicos;

4.- **Respeto a la vida privada:** ART. 12 Decl. Univers. de DD HH; art. V Decl. Amer. de DD.HH.; art. 11.1 Pacto de San José de Costa Rica; art. 17.1/2 Pacto de Derechos Civiles;

5.- Por último los **alcances de los derechos del hombre**, esto es el límite del límite para lo cual cabe citar: ART. 29.2 Decl. Univers. de DD HH; art. XXVIII Decl. Amer. de DD.HH.; art. 32.2 Pacto de San José de Costa Rica; art. 12.3 Pacto de Derechos Civiles; Art. 4 Pacto de Derechos Económicos;

La formulación internacional y conceptual reseñada rechaza la idea de limitación a la extensión y ejercicio de un derecho humano sin una estricta necesidad de ello, y esta necesidad recién aparece cuando la configuración de ese derecho compromete o pone en vilo el modelo de sociedad democrática. La mera afectación de algún interés particular que no implique la perturbación o conculcación de un derecho humano de un tercero no da lugar a ejercer la limitación al ejercicio de otro derecho humano.

Según la definición de un ex-juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos esos valores y principios no pueden desvincularse de los sentimientos dominantes en una sociedad dada, de manera que si la noción de orden público no se interpreta vinculándola estrechamente con los estándares de una sociedad democrática, puede representar una vía para privar del contenido real a los derechos humanos internacionalmente protegidos. En nombre de un orden público dominado por principios antidemocráticos, cualquier restricción a los derechos humanos podría ser legítima.

La exigencia del plazo mínimo legal, implica la conculcación de derechos humanos con protección explícita y puntual en los instrumentos internacionales descriptos, respecto al derecho interno

después de la reforma de 1994 y que integran el denominado «bloque constitucional» por imperio del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Consideramos que *es excesivo y hasta disparatado el lapso de tres años para configurar la separación de hecho como causal objetiva de divorcio cuando la ruptura conyugal es irremediable e irreversible, pues ambos esposos abdicaron definitivamente de un proyecto común a la semana de estar casados.*

Era y es inconstitucional que el Estado se arrogue la facultad de invadir la esfera de decisión personal de los esposos, interroque y valore la decisión de ellos, pueda rechazar su pedido si considera que la gravedad de los motivos no son suficientes, limite temporalmente el planteo de la acción de divorcio, imponga un tiempo mínimo con una finalidad tipo «Estado paternalista» –tratar de reconciliar a las partes- y la exigencia formal de dos audiencias donde las partes tengan que rendir explicaciones, cuando la realidad demuestra que ya no existe conflicto sobre ese punto.

Estos razonamientos fueron acompañados por otras voces¹ y si bien hubo numerosas críticas, nuestra convicción y entusiasmo empujaban a mayores argumentos demostrativos a favor de la

tesis, pero jamás podíamos colegir que DIEZ AÑOS DESPUES un nuevo Código Civil iba a receptar en carácter de ley vigente y de esta manera producir una de las modificaciones más profundas en la sociedad argentina sobre forma y modo de poner fin a la crisis matrimonial.

Modificaciones sustanciales

La reforma refiere derechamente a la denominación «divorcio» sin «vincular», pleonasma consagrado por leyes anteriores. Todo divorcio es vincular porque ése es justamente el efecto principal, cortar el vínculo y permitir recuperar la aptitud nupcial,

Pueden indicarse las siguientes modificaciones sustanciales:

- Suprime las causales subjetivas;
- Elimina el tiempo de espera
- Elimina la acción de separación personal.
- Incorpora la propuesta o convenio regulador.
- Especial referencia a la vivienda familiar.

Competencia territorial

Conforme el art. 2621 las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimo-

nio, así como las referentes a los efectos del matrimonio, deben interponerse ante los jueces del último domicilio conyugal efectivo o ante el domicilio del cónyuge demandado.

Se entiende por domicilio conyugal efectivo el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges.

A su vez la reforma trae una ampliación de la competencia territorial en el art. 171 que expresamente habilita al Juez del domicilio de cualquiera de los cónyuges.

No resulta aplicable en este tipo de proceso la prórroga de la competencia territorial por no tratarse de un asunto exclusivamente patrimonial o intereses meramente privados (art. 1 CPCCN, art. 2 Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe).

Competencia material:

En razón de la materia en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires entienden los jueces con competencia en asuntos de familia –art. 4 ley 23637–, al igual que en la Provincia de Buenos Aires –art. 827 inc. a CPCCBA–

Nulidad de la renuncia

El Código Civil recepta un criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

que rechazó la demanda de los contrayentes que impugnaban el art. 230 derogado y pretendían acordar con constancia en el acta matrimonial que el matrimonio que celebraban era insoluble.

El art. 436 además de reiterar la nulidad de la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio, dispone que el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tendrá por no escrito.

Legitimación

El divorcio se decreta judicialmente a petición de uno o ambos cónyuges –art.437–.

En el caso que actúe un apoderado, el poder conferido en términos generales sólo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución. Se exige facultades expresas en la procura para petitionar el divorcio (art. 375.–inc. a).

Requisitos y procedimiento del divorcio

Petición de los cónyuges con convenio regulador

Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de

la propuesta impide dar trámite a la petición. – art.438–.

El convenio regulador debe contener – art. 439–:

- las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda,
- la distribución de los bienes,
- al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial,
- la prestación alimentaria,
- y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges.

Dictado obligatorio de sentencia

Conforme el art. 438 Código Civil, en ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

La sentencia produce la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. No obstante, el juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho –art.480–.

Excepción

El Código Civil innova en la retroactividad de la sentencia para el supuesto que el divorcio estuviere precedido de separación de hecho sin voluntad de unirse. Para ese supuesto la sentencia tiene efectos retroactivos, respecto de la extinción de la comunidad, al día de esa separación. –art.480 segundo párrafo-.

Si los esposos peticionara el divorcio pero no acuerdan la fecha de separación de hecho que precede a la acción de estado incoada, como aquélla es una consecuencia necesaria de la sentencia de divorcio, necesariamente el Juez deberá desentrañar la fecha de la separación de hecho para poder dictar sentencia de divorcio y asentar la data de la retroactividad de la comunidad a la época del distanciamiento fáctico de los cónyuges.

La solución recepta con mayor amplitud el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil que en la interpretación del art. 1306 Código Civil derogado sostuvo que cuando los cónyuges no hiciera la reserva que la ley otorga al cónyuge inocente, ninguno puede participar de los bienes adquiridos con posterioridad a la separación.

También la Suprema Corte de Buenos Aires extendió la no participación de los bienes adquiridos con posterioridad

a la separación de hecho en un divorcio por presentación conjunta con reconocimiento de ambos de encontrarse separados varios años antes de plantear el mutuo acuerdo.

Trámite

Al momento de formular la propuesta, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan.

¿Qué son los elementos? Son los fundamentos o datos justificantes de la propuesta con el agregado de las pruebas que los corroboren.

Las pruebas que avalen el pedido pueden ser documental, informativa, pericial, o reconocimiento espontáneo de bienes que pueden corroborar otras probanzas

El juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otras pruebas que estime pertinentes.

Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Pedido de divorcio conjunto sin propuesta. Patrocinio único.

Si los cónyuges de común acuerdo no acompañan el acuerdo o convenio regulador, el Juez intimará a la presentación bajo apercibimiento de tener por desistida la acción. – art.438-.

Si los cónyuges no acompañan la propuesta pero manifiestan que no hay hijos, bienes, deudas y cada uno de ellos tiene su propio sustento, es suficiente para decretar el divorcio.

Si la presentación se hace en forma conjunta en único escrito puede admitirse un solo letrado que patrocine a los cónyuges. El Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe , exige el debido patrocinio letrado –art.31- no pudiéndose entender que si actúa un solo curial, éste no pueda garantizar el asesoramiento pertinente, respetándose normas procesales y de índole constitucional.

Propuestas. Convenio regulador. Procedimiento

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con

el procedimiento previsto en la ley local. –art.438 Código Civil-.

Según este último párrafo frente al pedido de divorcio acompañado de la propuesta, previa evaluación el Juez deberá poner en conocimiento del otro cónyuge la propuesta original.

En los fundamentos se explica que no hay reglas específicas de carácter procedimental, siendo esta materia propia de los códigos locales. Bajo esa premisa, pensamos en el trámite de juicio sumarísimo atento que la proposición debe acompañarse con los elementos.

Como vimos se faculta al Juez para ordenar de oficio que se incorporen otras pruebas pertinentes. Esta actividad no afecta la imparcialidad ya que cuando se determina oficiosamente la realización de una prueba no puede prever a cuál de los litigantes le será favorable. Encuentra, además justificación en el propio fin público del proceso, el pronunciamiento de una decisión intrínsecamente justa.

Recibida la propuesta e incorporada las otras pruebas que el Juez puede ordenar, se dará traslado por diez días.

El cónyuge notificado de la propuesta puede:

- allanarse y en consecuencia acordar con la propuesta,
- hacer una contrapropuesta parcial o total.

Allanamiento: Si el escrito de responde el cónyuge notificado se allana con la propuesta allegada, el Magistrado deberá homologar y la propuesta se transforma en acuerdo homologado que podrá ser ejecutado en caso de incumplimiento.

Aquí la audiencia ante el Juez no es un requisito ineludible, ya que si uno de los pilares de la reforma es reconocer los derechos fundamentales de la persona, conforme al principio de autonomía de la voluntad y el respeto por la libertad personal, carece de sentido convocar audiencia para que ratifiquen los términos de los escritos presentados previamente.

Convocar a audiencia conspira contra el principio de celeridad y economía procesal.

Contrapropuesta: Cuando exista contrapropuesta, sin perjuicio de la previa evaluación judicial, se convocará audiencia a fin de resolver en definitiva.

De existir prueba a ponderar la audiencia es de vista de causa. En este acto procesal de concentración de prueba, el Juez podrá interrogar libremente a las partes, recibir la declaración testimonial, exhi-

bición y reconocimiento de documental, explicaciones de los peritos si fuere pertinente. El Juez dicta sentencia conforme el mérito de la prueba.

En la Provincia de Santa Fe, en las Jurisdicciones que exista Tribunal Colegiado de Familia las partes pueden recurrir la resolución con revocatoria ante el Tribunal Pleno. –art. 66 LOPJ-.

En los Juzgados de Distritos Civiles y Comerciales de Fuero Pleno o de Familia unipersonales como la resolución fue sustanciada, procede la reposición con apelación subsidiaria, –art.347 Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe.

Si quedaran cuestiones pendientes conforme la complejidad el Juez determinará el procedimiento a seguir de acuerdo al ordenamiento procesal local.

Facultad Judicial

El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio. –art 440 Código Civil.

El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente, ejemplos: si surgen nuevas cuestiones que afectan a los hijos menores, o en

materia alimentaria por variaciones fundamentales en los ingresos del alimentante o del alimentado.

Alimentos después del divorcio.

Los alimentos posteriores a la sentencia de divorcio se contemplan en el art. 434, desafortunada ubicación pues correspondería dentro de los efectos del divorcio:

Supuestos

Los alimentos pueden otorgarse:

- a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide auto sustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se trasmite a sus herederos.

- a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos.

Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas.

Condiciones

Para fijar la mesada se debe tener en cuenta -art. 433 incs. b) c) y e).

- la edad y el estado de salud de ambos cónyuges;

- la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos;

- la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar;

Permanencia de la obligación alimentaria

La obligación alimentaria no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio. -art.434-

No obstante esta limitación podría ser cuestionada porque afecta la libertad y autonomía de la persona humana y los cónyuges podrían pactar alimentos indefinidamente.

Ese pareciera ser el espíritu de la última parte del art. 434 cuando dispone que si en el convenio regulador del divorcio existe una referencia a los alimentos, rigen las pautas convenidas y entre esas pautas puede concebirse un tiempo distinto a la duración de la unión matrimonial para la prestación alimentaria.

Impedimento alimentario de quien percibe compensación económica

No procede la fijación de cuota alimen-

taria a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441.

Cesación

La cuota alimentaria cesa si:

- desaparece la causa que la motivó,
- si la persona beneficiada contrae matrimonio,
- si la persona beneficiada vive en unión convivencial,
- cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

Compensación económica

La compensación económica es un instituto nuevo y difiere de los alimentos y de los daños y perjuicios.

En el caso del matrimonio es una previsión legal destinada al cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, -art. 441-

El fundamento es la solidaridad familiar y con ella se trata de lograr un equilibrio patrimonial entre los cónyuges en base

a una comparación de la situación patrimonial al inicio y a la finalización del matrimonio.

Por la compensación el cónyuge beneficiado tiene derecho a:

- una prestación única,
- una renta por tiempo determinado o,
- una renta excepcionalmente por plazo indeterminado.

Puede pagarse:

- con dinero,
- con el usufructo de determinados bienes,
- de cualquier otro modo que acuerden las partes o,
- decida el juez.

Lo expuesto no descarta que los cónyuges acuerden otro aspecto, además de los descriptos, en relación con la acción de estado de familia presentada.

Fijación judicial de la compensación económica.

A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determi-

nar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: -442-

a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;

b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;

c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;

d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;

e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;

f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo

Caducidad

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio. Se entiende desde que ha quedado firme.

Atribución del uso de la vivienda familiar

Uno de los pilares de la reforma es la protección especial de la vivienda familiar, en sucesión al actual régimen de bien de familia tendiente a garantizar la permanencia, con una especial protección con fundamento constitucional para los matrimonios como para las uniones convivenciales, conf. art. 522.

Pautas

Según el art. 439 Código Civil las partes pueden pactar la atribución del uso de la vivienda familiar en el convenio regulador, en consonancia con el espíritu del régimen inspirado en la autonomía de voluntad de los cónyuges.

En caso que no se arribe a un acuerdo uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. - 443-.

El juez determina:

- la procedencia,
- el plazo de duración y
- efectos del derecho sobre la base de:

a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos: Esta pauta es criterio jurisprudencial casi unánime traducido por el principio de brindar protección al mayor número familiar conviviente. b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; La ley no da privilegio a ningún cónyuge. En la práctica por distintos factores, la mujer cuando ejerce el cuidado de sus hijos habita la vivienda común. c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

Por este último inciso, deberá contemplarse la situación de parientes que por su ancianidad, discapacidad o enfermedad ameriten ser considerados en la solución para atribuir a uno de los cónyuges el uso de la vivienda.

Esta disposición legal tiende a la protección de la vivienda familiar, derecho consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional; art. 25 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 27 Convención sobre los Derechos del Niño; art. 14 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

La norma tiende a la protección de la parte más débil de la unión pero también

favorece a aquel de los cónyuges que se haga cargo de la custodia de los hijos del matrimonio.

Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar.

A petición de parte interesada, el juez puede establecer: -art. 444-.

- una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda;
- que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos;
- que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado.

La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose

- el obligado al pago y
- las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

Cesación de la atribución del uso de la vivienda familiar

El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa: -art.445-

- a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez;
- b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación;
- c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria

Notificación del pedido unilateral. Costas

El divorcio puede ser pedido unilateralmente y sin convenio regulador cuando no existen hijos ni bienes comunes.

Corrido el traslado, puede suceder que el otro cónyuge no contesta o se allane a la pretensión.

Sobre la notificación deberán extremarse los cuidados y realizarse en persona y con la leyenda que en caso de no encontrarse el requerido, el que reciba la cédula deberá informar si el cónyuge vive efectivamente en el lugar y recién ahí proceder a dejar la comunicación.

Es innecesario el dictado de auto de rebeldía pues ninguna oposición podría

efectuar sobre el estado de familia y de hacerla el Juez la rechaza y dicta el divorcio.

En este supuesto, las costas se impondrán por su orden, en atención al aprovechamiento de la acción en lograr el nuevo estado de familia.

En caso de contrapropuesta las costas se distribuyen en proporción al éxito de cada uno.

Reclamo de daños y perjuicios entre cónyuges

Conforme los fundamentos de la reforma al Código Civil los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema de responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial, en si mismo ni en los deberes que de él emanan sino en la condición de persona.

Es decir al desaparecer la posibilidad de atribuir culpa en el divorcio, elimina el reclamo por los daños derivados precisamente de esa atribución subjetiva de responsabilidad. Ej. por la afeción a su honor o dignidad, frustración de un proyecto de vida, alteración profunda de los hábitos de vida social o profesional, etc.

No obstante de presentarse entre los es-

posos alguna cuestión por violencia familiar la víctima podrá accionar por ese comportamiento ilícito del agresor y los daños resultantes del mismo, como es posible entre terceros.

Conclusión

Es tremendamente fácil demonizar a los otros, no obstante para interactuar con el semejante, comprender el contexto es clave. Las leyes se interpretan conforme los tiempos, más aún en este campo del derecho privado, móvil por naturaleza. No podemos estancarnos en un Código Civil de hace más de un Siglo tachonado de reformas parciales, como un producto revelado de una vez para siempre y libre de los avatares del devenir histórico.

El derecho proyectado, del cual se hizo un mínimo dibujo, también enmarca como Principios generales de los procesos de familia a la tutela judicial efectiva, la intermediación, la buena fe y lealtad procesal, la oficiosidad, la oralidad. Incluye las cargas probatorias dinámicas, trata la resolución pacífica de los conflictos y facilita el acceso a la justicia, tratándose de personas vulnerables.

Son respuestas posibles, actuales, donde la Persona y la Constitución son sus abanderadas ■

Las relaciones de familia en el anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación



DRA. MARÍA DEL CARMEN MUSA.

Jueza de Primera Instancia de Distrito de Menores de la 1ª Nominación.
Rosario.

DRA. MARÍA GABRIELA ROMÁN.

Asesora de Menores del Juzgado de Primera Instancia de Distrito
de Menores de la 3ª Nominación. Rosario.

«...en las últimas décadas, las transformaciones, tanto desde el punto de vista estructural como relacional, no sólo han sido muy profundas, sino muy rápidas y extendidas. Se ha dicho que ‘nunca, en la historia de las poblaciones, los comportamientos familiares han cambiado tan profundamente en tan poco tiempo en áreas tan vastas»

RONFANI, PAOLA

La regolazione giuridica delle relazioni personali e familiari nelle società pluralistiche.

Principios que inspiran la Legislación proyectada

Dice la Exposición de Motivos: «La llamada constitucionalización del Derecho Civil y la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos en el bloque constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) han tenido fuerte impacto en el Derecho de Familia. El anteproyecto sigue de cerca la evolución producida y la aparición de nuevos principios, en especial el de democratización de la familia, de tanto peso que algunos autores entienden que se ha pasado del Derecho de Familia al Derecho de las Familias; esta

opinión se sustenta en la amplitud de los términos del art. 14 bis de la CN que se refiere de manera general a la ‘protección integral de la familia’, sin limitar esta noción de carácter sociológico y en permanente transformación a la familia matrimonial intacta. Por eso, la familia clásica con base en el matrimonio heterosexual debe compartir el espacio con otros núcleos sociales que también son familias; por ejemplo, las fundadas a partir de una unión convivencial, las que se generan tras la ruptura de una unión anterior, habiendo o no hijos (conocida como familia ensamblada), las que aparecen reconocidas por la Ley 26.618, etcétera.»

Julio César Rivera critica que la constitucionalización aludida se haya operado recién a partir de la reforma de 1994 (RIVERA, J.C.; 2012: 2), y para ello recuerda las enseñanzas de Juan Bautista Alberdi, quien un siglo antes de esta Reforma decía que «... las leyes civiles no son sino leyes orgánicas de las disposiciones de la Constitución Nacional... según esto, el Código Civil Argentino debía ser el Cuerpo metódico de leyes que organizara los derechos civiles concedidos a todos los habitantes de la Nación por los arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20. Esos derechos, concedidos a todos los habitantes de la Nación –sean nacionales o extranjeros– no son derechos políticos, sino derechos civiles, y ellos constituyen la sustancia y la base democrática de la Legislación civil argentina. Si, como dice Montesquieu, las leyes civiles tienen por objeto mantener la naturaleza y el principio del Gobierno establecido o que se quiere establecer, la democracia debe estar en el Código Civil argentino como está en la Constitución. Hijos ambos y codificación los dos de la Revolución democrática del pueblo argentino, el Código Civil debe ser el contrafuerte democrático de la Constitución política... El Derecho Civil debe ser la expresión codificada de la revolución democrática que dio nacimiento y ser a la Nación Argentina. Esa es

la mente del art. 28 de la Constitución» (ALBERDI, J.B.; 1887: 105/6). Sin embargo, reconoce que las ideas de Alberdi, tan claramente expresadas, han pasado casi desapercibidas para los civilistas del siglo XX, y señala que la imbricación del Derecho civil con la Constitución se hace más firme a partir de la Reforma de 1994, tanto por la incorporación de normas que tocan materias que podrían identificarse como pertenecientes al derecho privado (medio ambiente, consumidores, protección de datos), como por el reconocimiento de jerarquía constitucional a instrumentos propios del Derecho internacional de los Derechos Humanos.

El sistema de principios que emana de la Constitución (art.75 inc.22), se ha ampliado, redefinido, expandido y superado. En muchos aspectos, el plano normológico ya no responde al techo axiológico del derecho de los Derechos Humanos ni al piso sociológico de la realidad.

En materia de familia, particularmente, el avance de la autonomía de la voluntad ha tenido un desarrollo exponencial. El artículo 19 de la Constitución Nacional impone inclinarse en favorecer el ámbito de la libertad y de las decisiones personales, reservando la intervención del Estado para las cuestiones que, con cla-

ridad y certeza, no pueden dejarse libradas totalmente a esa libertad personal.

I. Matrimonio

El Proyecto contempla la dispensa judicial no sólo para autorizar el matrimonio de personas menores de edad, sino también para autorizar el matrimonio del tutor o de cualquiera de sus descendientes con la persona menor de edad, y para autorizar el matrimonio de personas con padecimientos de salud mental, respecto de las cuales el Juez deberá requerir dictamen previo de los equipos de salud sobre su comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de su aptitud para la vida de relación. La falta de dispensa no implica necesariamente la nulidad del vínculo. En el caso de matrimonio de un adolescente, el Juez debe oírlo y, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, hacer lugar o no al pedido de nulidad. En el caso de persona con padecimiento en su salud mental, el Juez debe oír a los cónyuges y evaluar la situación del afectado, a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto. No se comprende el porqué se estableció la dispensa para el matrimonio entre tutor o sus descendientes y el pupilo/a, cuando se trata de un impedimento im-

pediente que no acarrea nulidad.

Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca y alimentos recíprocos durante la convivencia y la separación de hecho. Para la cuantificación de los alimentos se debe tener en consideración, entre otras cuestiones, la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar, el carácter ganancial, propio o de un tercero, del inmueble sede de esa vivienda y si la misma es arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona. Otras pautas de valoración novedosas refieren al tiempo de la unión y al de la separación, como también a la situación patrimonial de ambos cónyuges, tanto durante la unión como durante la separación.

En relación a la disolución del matrimonio, desaparece la separación personal, quedando como modo extintivo único el divorcio, el que, además, siempre es incausado, solicitado de manera conjunta o unilateralmente, con la única salvedad de acompañar propuesta regulatoria de los efectos. La Exposición de Motivos justifica la eliminación del divorcio contencioso en la necesidad de disminuir

procesos generadores de conflictos, como en la consideración de que la intromisión del Estado en la intimidad familiar es violatoria de derechos reconocidos constitucionalmente. Inspirada en la Ley española de 2005, privilegia la trascendencia de la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculada a su cónyuge. Se elimina el condicionante de cualquier plazo para entablar la acción.

En el nuevo modelo, el Juez intervendrá para resolver las disidencias en torno a la propuesta regulatoria, convocando a los cónyuges a una audiencia, y estando compelido a dictar sentencia extintiva del vínculo matrimonial, aunque no estén resueltas aún estas disidencias. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan, pudiendo el Juez -de oficio o a petición- ordenar que se incorporen otros. La omisión de la propuesta impide dar trámite a la acción.

El convenio regulador que acompaña la petición de divorcio debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes, las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges y lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria.

Ello, sin perjuicio de otras cuestiones de interés de los cónyuges. El Juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio.

Se incorpora la figura de la *Compensación económica*: El cónyuge a quien el divorcio produjere un desequilibrio manifiesto que significara un empeoramiento de su situación, y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el Juez. Las pautas que tendrá en cuenta el Juez serán: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración

prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo. La acción para reclamar caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio. Conforme la naturaleza jurídica de esta compensación por desequilibrio, entendemos que la fijación de su monto debe establecerse en un solo momento, como también el modo de hacerse efectivo el pago. Que por no tratarse de una deuda de valor, la compensación no puede actualizarse. Tampoco puede consistir en una prestación por tiempo indeterminado, como establece el Proyecto. No acordamos con la prohibición de ser percibida por el cónyuge que recibe alimentos, siendo que la obligación alimentaria es de naturaleza jurídica distinta. Tiene derecho a percibir alimentos con posterioridad al divorcio el cónyuge que padece una enfermedad grave preexistente que le impide autosustentarse, como también el cónyuge que no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Vemos perfectamente compatibles el derecho a alimentos y el derecho a percibir compensación económica. Para la atribución del uso de la vi-

vienda familiar, el Juez tendrá en cuenta, entre otras, las siguientes pautas: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos b) las persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por su propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar. Siendo que se anuncia la enumeración como abierta, consideramos desatinada la inclusión de esta pauta, ya que le exigirá al Magistrado prudencia superlativa a la hora de decidir el rechazo de la pretensión fundada en el interés de un pariente, por resultar abusiva, por ejemplo. A petición de la parte interesada, el Juez puede establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato. El dere-

cho a la atribución de la vivienda familiar cesa por cumplimiento del plazo fijado, por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la fijación y por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

II. Régimen patrimonial del Matrimonio

Rige este Título el Principio de Autonomía de la voluntad. De ahí que se introduzca la posibilidad de optar entre dos regímenes: el de comunidad y el de separación de bienes, siendo el primero de aplicación supletoria, fundada esta supletoriedad -según la Exposición de Motivos- en: «a) ser el sistema más adecuado a la igualdad jurídica de los cónyuges y a la capacidad de la que gozan; b) el aceptado mayoritariamente en el derecho comparado; c) el más adaptado a la realidad socioeconómica de las familias de la Argentina, en este momento». Al no establecerse limitación, se entiende que los cónyuges pueden cambiar de régimen cuantas veces quieran, siempre y cuando haya pasado un año desde la última modificación.

Se regulan todos los detalles sobre el acuerdo inicial y el posterior modificatorio. El acuerdo inicial se hace median-

te Convención Matrimonial, pacto que ha sido extraño a nuestras costumbres y para el que el Proyecto incorpora la posibilidad de efectuar el avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, así como la enunciación de las deudas y la posibilidad de efectuarse donaciones entre los futuros contrayentes, cualquiera fuese el sexo. Esta última atribución no rige para los menores de edad autorizados judicialmente para contraer matrimonio, como tampoco rige a su respecto la posibilidad de elegir el régimen patrimonial. Estatuye el Proyecto que el cambio de régimen puede hacerse recién después de un año de aplicación del vigente, sea éste convencional o legal, y siempre mediante Escritura Pública.

Para que la opción de régimen formulada en la convención matrimonial, o posteriormente, surta efecto respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el Acta de Matrimonio. A propósito de los terceros acreedores anteriores a la modificación, podrán solicitar que ésta les sea inoponible si les acarrea perjuicios, acción que prescribe al año de haber tomado ellos conocimiento. Eduardo Roveda entiende que el perjuicio se daría en el caso de acreedores de cónyuges que mutan el régimen de comunidad al de separación, y, exclusivamente, para

las deudas de conservación y reparación de bienes comunes (ROVEDA, E.; 2012; 357)

Previo al tratamiento de cada uno de los regímenes, el Proyecto establece disposiciones inderogables comunes a ambos, a saber: 1- *Deber de contribución* de ambos esposos a su propio sostenimiento, al del hogar y al de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Se incluye a los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, de uno de los cónyuges que convivan con ellos. 2- *Protección de la vivienda familiar*: Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de los seis meses de extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos con el asentimiento del otro (art.456). El Juez puede suplir el asentimiento si el cónyuge estu-

viere ausente, fuera incapaz o con capacidad restringida, estuviere transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no esté justificada por el interés de la familia. 3- *Responsabilidad solidaria*. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

En orden al sistema de comunidad, la novedad radica en la inexistencia de normas que prohíban las transferencias de propiedad entre cónyuges ni limiten su capacidad de contratar entre sí. En cuanto a la enumeración de bienes propios y gananciales se prevén de manera expresa supuestos que son debatidos o generan posturas encontradas en la doctrina y jurisprudencia. Así es como se establece que los bienes recibidos conjuntamente por herencia, legado o donación se reputan propios por mitades, excepto que el testador o el donante hayan designado partes determinadas. Que no son propios los bienes recibidos por donaciones remuneratorias, excepto que los servicios que dieron lugar a ellas hubieran sido prestados antes de la iniciación de la comunidad. En caso de que el valor de lo donado exceda de una

equitativa remuneración de los servicios recibidos, la comunidad debe recompensar al donatario por el exceso. Que en el caso de bienes adquiridos por permuta con otro bien propio mediante la inversión de dinero propio, como la reinversión del producto de la venta de bienes propios, cuando hay un saldo soportado por la sociedad conyugal superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial. Que las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa, son propias; pero la mejora del plantel en la calidad de su composición -que genera un mayor valor- convierte a éste en ganancial, sin perjuicio de la recompensa que la comunidad deberá al cónyuge propietario por el valor del ganado propio aportado. Que las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad propia, son propias. Que el usufructo que completa la nuda propiedad adquirida antes del comienzo de la comunidad, es propio. Análogas soluciones brinda el Proyecto cuando los hechos y actos aludidos fueron realizados con bienes gananciales, resultando finalmente propios los bienes adquiridos o el plantel sustituido. Que el lucro ce-

sante de las indemnizaciones por daño moral o físico es ganancial; no así, las indemnizaciones percibidas por muerte del otro cónyuge, inclusive cuando provienen de un contrato de seguro. Que la propiedad intelectual, artística o industrial, si la obra publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad, es propia. Que, por ende, cuando estos acontecimientos suceden durante la vigencia de la comunidad, la propiedad intelectual es ganancial en su faz patrimonial; en tanto el derecho moral sobre la obra intelectual siempre es propio.

Lamentablemente, no se resuelve la situación de cuándo para la adquisición de un bien se aportan fondos propios y gananciales en idéntica proporción.

Se introducen modificaciones en lo relativo a la prueba del carácter de los bienes, previéndose que un cónyuge en caso de negativa o imposibilidad del otro para otorgar su conformidad respecto de la calificación de un bien como propio, pueda requerir una declaración judicial en tal sentido, debiéndose tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta

el título de adquisición, o también en el supuesto de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

La gestión de los bienes gananciales es separada en ambos regímenes. Se establecen nuevos supuestos de asentimiento para los actos de disposición, ahora llamados de enajenación. Estas situaciones son: enajenación o gravamen de acciones nominativas no endosables y no cartulares, salvo que se trate de acciones autorizadas para la oferta pública; participación en Sociedades de todo tipo, con excepción de aquellas constituidas por acciones autorizadas para la oferta pública; enajenación o gravamen de establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios; las promesas de dichos actos. La falta de asentimiento marital acarrea la nulidad relativa de los actos, la que debe demandarse dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberse conocido el vicio, y no más allá de seis meses de extinguido el régimen matrimonial. El asentimiento es requerido aún en el régimen de separación de bienes cuando se trata de disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y de los muebles indispensables de ésta, tal como expresamos antes.

Se modifica el régimen de deudas de los

cónyuges, regido hoy por los arts. 5 y 6 de la Ley 11.357. Se mantiene el principio de que un cónyuge no responde por las deudas personales del otro. Y para el caso de obligaciones contraídas para el sostenimiento del hogar, educación de los hijos y conservación-reparación de bienes gananciales, se establece la responsabilidad solidaria. En este supuesto, para el caso que los cónyuges hayan adoptado el régimen de comunidad, el que no contrajo la obligación sólo responderá con los bienes gananciales de su titularidad.

Enumera las causales de extinción de la comunidad, incluyendo la separación judicial de bienes -la que no puede ser promovida por los acreedores de los cónyuges por vía de subrogación- e introduciendo entre los supuestos que dan lugar a esta última la separación de hecho sin voluntad de unirse, supuesto que hoy no puede invocarse, a menos que la misma tenga origen en el abandono voluntario y malicioso. Se incorpora también como nueva causal, la modificación del régimen matrimonial convenido. Se precisa los alcances de la mala administración del cónyuge en el sentido siguiente: «si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales».

Se establece que la retroactividad de la extinción de la comunidad se produce al día de la notificación de la demanda o petición conjunta en los supuestos de anulación, divorcio o separación de bienes, y se aclara que, si precedió una separación de hecho a la anulación del matrimonio, tiene efectos retroactivos a la fecha en que se produjo la separación. En todos los casos, se dejan a salvo los derechos de terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito y también se faculta al Juez a modificar la extinción del efecto retroactivo fundado en la existencia de fraude o abuso del derecho.

Se regula la indivisión postcomunitaria, cuestión profusamente debatida. Cuando la extinción es causada por la muerte de uno de los cónyuges, se aplican las reglas de la indivisión hereditaria (postura sostenida por Zannoni). Cuando se debe a otras causales, el proyecto regula la gestión de los bienes y la responsabilidad de los ex cónyuges frente a terceros. En cuanto a la gestión, establece que es separada, tal como lo era cuando la comunidad estaba vigente; que cada cónyuge tiene la obligación de informar con antelación razonable su intención de otorgar actos que excedan la administración ordinaria de los bienes indivisos, a lo que el otro puede formular oposición;

que los frutos de los bienes indivisos acrecen a la indivisión; que cada cónyuge puede usar y disfrutar de los bienes indivisos conforme a su destino en la medida compatible con el derecho del otro, resolviendo el Juez -cuando no hay acuerdo entre ambos- y generándose un derecho de recompensa en beneficio del cónyuge oponente. En cuanto a la responsabilidad frente a los acreedores de los cónyuges, se aplica el régimen vigente durante la comunidad, sin perjuicio del derecho de éstos de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común. La disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integridad del patrimonio de su deudor. Faculta a los cónyuges a solicitar medidas cautelares que resguarden su porción de los bienes indivisos. Así es como pueden solicitar autorización judicial para realizar por sí solos actos para los que sería necesario el consentimiento del otro, frente a la negativa injustificada de aquél, y solicitar la designación de uno de ellos o de un tercero como administrador de la masa del otro.

Bajo el título Liquidación de la Comunidad, se regulan de manera expresa las recompensas admitidas por la doctrina y jurisprudencia predominantes. Por un

lado se establecen las cargas de la comunidad (sostenimiento del hogar y de los hijos comunes y de cada uno de los cónyuges, las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes, los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales), excluyéndose de éstas el soportar la adquisición que cada cónyuge hace para sí de ropas, objetos de uso personal y lo necesario para el ejercicio del trabajo o profesión. Por otro, el establecimiento de recompensas cuando se ha beneficiado la comunidad en detrimento del patrimonio propio, o cuando se ha beneficiado al patrimonio propio en detrimento de la comunidad. Se enumeran además dos casos: uno de ellos es la venta de bienes propios sin reinversión, donde se establece con carácter *iuris tantum* que el precio ha beneficiado a la comunidad; el otro es el mayor valor de la participación societaria con carácter propio de uno de los cónyuges debido a la capitalización de utilidades durante la comunidad. Solución que también se aplica a los fondos de comercio. El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Los bienes que originan recompensa se valúan

según su estado al día de la disolución del régimen y, según su valor, al tiempo de la liquidación. La recompensa es una obligación de valor y, en consecuencia, su saldo debe ser colacionado a la masa común y sólo en caso de insuficiencia de la masa ganancial; ello se traducirá en un crédito de un cónyuge contra el otro.

En cuanto a la liquidación, la norma proyectada establece un derecho preferencial del autor respecto de su obra intelectual o artística, de los bienes de uso relacionados con su actividad profesional, del establecimiento comercial, industrial o agropecuario por él adquirido o formado, que constituya una unidad económica, y de la vivienda por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad, aunque excedan de su parte en ésta, con cargo de pagar en dinero la diferencia al otro cónyuge o a sus herederos. Habida cuenta de las circunstancias, el Juez puede conceder plazos para el pago, si ofrece garantías suficientes.

En el régimen de separación de bienes, el principio rector es la libre administración y disposición de los bienes personales de cada cónyuge con las limitaciones del régimen primario.ⁱⁱ Los bienes cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar, se presume que pertenecen a am-

bos cónyuges por mitades. Demandada por uno de los cónyuges la división de un condominio entre ellos, el Juez puede negarla si afecta el interés familiar.

III. Uniones convivenciales

Son definidas como aquellas basadas en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente, de dos personas que comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo.

Se establecen impedimentos similares a los del matrimonio para constituir una unión convivencial. De modo que la pareja en unión convivencial debe contar con aptitud nupcial para el reconocimiento de efectos, los que surgen luego de dos años de convivencia, o antes, si la unión fue registrada. La registración es sólo a efectos probatorios entre convivientes y frente a terceros; no tiene efectos constitutivos. De no haber registración, la unión puede probarse por cualquier medio. Así como se registra la unión, se hace lo propio con su extinción y con los pactos que los convivientes puedan darse.

Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de la vi-

vienda familiar ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El Juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Los pactos de convivencia -no obligatorios- se hacen por escrito y se refieren al modo en cómo los convivientes van soportar las cargas del hogar durante la vida en común, al modo en cómo van a dividir los bienes obtenidos por el esfuerzo común y en cómo van a atribuir el hogar común en caso de ruptura. Al igual que los cónyuges, los convivientes no pueden dejar de lado, en sus convenciones, lo siguiente: a) el deber de contribuir a los gastos domésticos; b) la responsabilidad solidaria frente a terceros por deudas contraídas para solventar las necesidades del hogar y la crianza de los hijos; c) la protección de la vivienda familiar.

La unión convivencial cesa por muerte o sentencia de fallecimiento presunto de alguno de los convivientes, por matrimonio o nueva unión convivencial de alguno de sus miembros, por matrimonio entre ellos, por mutuo acuerdo, por voluntad unilateral notificada fehacientemente al otro, por el cese durante un período superior a un año de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia

no implica su cese si obedece a motivos laborales o similares.

Extinguida la unión convivencial, el miembro que ha sufrido un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a percibir una compensación económica, que siempre debe ser por un tiempo determinado, a diferencia de la compensación post divorcio que puede ser por tiempo determinado o indeterminado (criterio que, como dijimos antes, no compartimos). En el pacto de convivencia, los convivientes pueden acordar la exclusión de esta compensación.

El criterio para la atribución de la vivienda familiar es similar al seguido para los cónyuges. El plazo de atribución, establecido por el Juez, no puede ser mayor al que hubiere durado la convivencia, con un máximo de dos años, a contar desde que se produjo el cese de la misma.

Se le reconoce al conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, el derecho real de habitación gratuito sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último ho-

gar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. A diferencia con el matrimonio, este derecho tiene una duración máxima de dos años. Es inoponible a los acreedores del causante.

IV. Parentesco

El Proyecto sustituye la noción de parentesco por consanguinidad, que considera pertinente sólo en un régimen filial que únicamente recepta la filiación por naturaleza. (PERRINO, J.O; 2012: 393). Así lo define como el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad. En su cómputo, admite dos clases de líneas: la recta y la colateral, eliminando la subclasificación, en la primera de ellas, en ascendente y descendente.

Dispone el Proyecto que el cónyuge debe alimentos a los hijos del otro cónyuge o conviviente, teniendo esta obligación carácter subsidiario y extinguiéndose en los casos de disolución del matrimonio o ruptura de la convivencia. Empero, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del

otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el Juez, de acuerdo con las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia. Es requisito para la procedencia de esta cuota asistencial haber asumido durante la vida en común el sustento del hijo del otro.

El Proyecto faculta a disponer la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. Innova en orden al incumplimiento de la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su empleado. Prescribe que es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple con la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor. Dispone que las sumas debidas por alimentos por el incumplimiento en el plazo previsto, devengan una tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los Bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el Juez fije, según las circunstancias del caso.

En cuanto al derecho de visita, el Proyecto modifica la terminología y sustituye la expresión «visitas» por la de «derecho

de comunicación» y elimina toda referencia a la obligación alimentaria recíproca para establecer este derecho. Con dicho alcance dispone que los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, o con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Asimismo extiende el derecho de comunicación a otras personas que justifiquen un interés afectivo legítimo. Si se deduce oposición, fundada en posibles perjuicios a la salud moral o física de los interesados, el Juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias.

V. Filiación

A las dos fuentes de la filiación del actual Código, t. Ley 23.264 (1985), por naturaleza y por adopción, el Proyecto incorpora aquella que nace de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), fundamentándose en el derecho a procrear, no enunciado expresamente en los instrumentos de derechos humanos, pero constituyendo una derivación del

derecho a fundar una familia que supone el dar vida a la propia descendencia. Establece que las distintas filiaciones surten los mismos efectos, que no puede hacerse mención al origen de la filiación en el certificado de nacimiento, y que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Si bien la Exposición de Motivos delega en una Ley especial la regulación de todas las cuestiones que derivan de la llamada fertilización *heteróloga*, el Proyecto establece reglas generales relativas a la filiación por TRHA, tan contundentes ellas, que demarcan definitivamente el contenido y alcance de esta norma, minimizando al extremo la posibilidad del debate parlamentario, siendo que los lineamientos de esta Ley están dados por las reglas aludidas las que, por su especificidad, distan de ser tan generales como se anuncian. A las mismas refieren: a) el consentimiento previo, informado, libre, protocolizado ante Escribano público, renovable en cada oportunidad que se utilicen gametos o embriones, y revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella; b) la voluntad procreacional como principio rector, distinto del principio

que rige la filiación por naturaleza, cual es el de primacía de la realidad biológica, haya habido o no voluntad procreacional. «Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento... con independencia de quien haya aportado los gametos (art. 561). En virtud de esta voluntad, está vedado el ejercicio de cualquier acción de filiación, reclamativa o impugnativa, cuando la misma se ha producido a través de TRHA con gametos de terceros; c) la filiación post mortem en las TRHA, sólo cuando la persona haya consentido por escrito que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento, o cuando la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produjera dentro del año siguiente al deceso; d) la Gestación por sustitución (maternidad subrogada -alquiler o comodato de vientre-). La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial, previa a la transferencia embrionaria en la gestante, practicada por el Centro de Salud. Si esta homologación faltase, la filiación se determina por

las reglas de la filiación por naturaleza (rige el principio de la realidad biológica: madre es la mujer que pare). El Juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la Ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución, más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos un hijo propio. La identidad del donante puede revelarse con autorización judicial si la persona nacida a través de estas técnicas lo solicita, fundando sus razones. Esta puede obtener del Centro de Salud interviniente información relativa a datos médicos del donante cuando haya riesgo para su salud.

En materia de acciones de filiación, el Proyecto presenta interesantes novedades. Así es que regula expresamente la prueba genética; la elección del Juez competente por el actor cuando es menor de edad o con capacidad restringi-

da, pudiendo optar entre el Juez donde está situado su centro de vida o el del domicilio del demandado; la posibilidad expresa de fijar alimentos provisorios durante el proceso de filiación o, incluso, antes de su inicio; la posibilidad de impugnar la filiación preventivamente antes del nacimiento; el otorgamiento de legitimación activa a todo el que invoque un interés legítimo y al o a la cónyuge de la madre; la reducción de los plazos de caducidad y el establecimiento de caducidad para la acción de impugnación de la maternidad (menos cuando la ejerce el hijo), que hoy no tiene.

VI. Adopción

Luego de definir a la adopción como una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen, enumera los principios por los que se regirá el instituto, a saber: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen, o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizán-

dose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre hermanos, excepto por razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer sus orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los 10 años. Se otorga la posibilidad de adoptar a los convivientes. Se reduce la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, a 16 años, como también la edad mínima para adoptar, ahora establecida en 25 años. Se elimina el requisito de residencia permanente en el país durante cinco años, anterior a la petición de la guarda con fines de adopción para las personas de nacionalidad argentina, o naturalizadas en el país. Se exige al pretense adoptante estar inscripto en el Registro de adoptantes. Se permite la adopción conjunta de personas divorciadas, o cesada la unión convivencial cuando durante el matrimonio o la unión hayan mantenido estado de madre o padre respecto del niño. El mismo criterio se adopta cuando el tiempo de guarda se completa después de haber fallecido uno de los cónyuges o convivientes. Se regula la declaración judicial de la situación de adoptabilidad (el otrora estado de abandono) estableciéndose un plazo máximo de

prórroga de la medida excepcional en ciento ochenta días. Expresamente, se dispone que la declaración judicial en situación de adoptabilidad, equivale a la sentencia de privación de la responsabilidad parental. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda, de niños, niñas y adolescentes, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y los pretensos guardadores del niño. Mantiene los tipos de adopción plena y simple, aunque las diferencias entre ambos se desdibuja, pudiendo el adoptado mantener vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. Pudiendo también el adoptado pleno incoar la acción de filiación contra sus progenitores, sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios, sin alterar los otros efectos de la adopción. La adopción plena mantiene su carácter irrevocable.

VII. Responsabilidad parental

Se reemplaza el término *patria potestad por el de responsabilidad parental*. De los fundamentos del Proyecto se destaca que el lenguaje influye en las creencias,

e incide en las conductas y actitudes, por lo que tiene un fuerte valor simbólico y pedagógico (CATALDI, M.; 2012: 465). El instituto se cimienta en los principios del interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo (disminuyendo la representación parental en la medida en que aquélla aumenta) y el derecho de éste a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. En cuanto al ejercicio, la responsabilidad parental siempre corresponde a ambos progenitores, aunque medie divorcio, nulidad de matrimonio o separación de hecho. El desacuerdo entre ambos progenitores será dirimido por el Juez competente mediante el procedimiento más breve, previa audiencia y con intervención del Ministerio Público, pudiendo el Juez atribuir total o parcialmente a uno de ellos el ejercicio, o distribuir funciones, por un plazo que no debe exceder los dos años, como también ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación. El Proyecto plantea varias novedades: 1) la delegación de la responsabilidad parental en pariente o tercero idóneo (inclusive, el progenitor afín) mediante convenio homologado judicialmente, conservando los progenitores la titularidad de la responsabilidad parental y pudiendo supervisar la crianza y educación del hijo. Esto rige tanto para

el hijo de doble vínculo filial como para el de vínculo filial único. 2) el ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores adolescentes (a partir de los 13 años) con las siguientes salvedades: los abuelos por parte del progenitor que tiene al niño consigo pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para ese niño, como también intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo, siendo necesario el asentimiento de éstos para actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que pongan en peligro su vida, u otros actos que puedan lesionar gravemente sus derechos. No podemos dejar para el final la crítica que entendemos merece esta disposición: nuevos conflictos para nuevas intervenciones judiciales, siendo que es de libérrima interpretación según el modo de vida de cada familia, cuáles son actos trascendentes. 3) la confección de un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, modificable en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo, quien tiene derecho a participar. 4) la regulación del otorgamiento judicial de la guarda, a un tercero, pariente o no, para que asuma el cuidado personal del niño, niña o adolescente y tome las

decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, por el plazo de un año, vencido el cual el Juez deberá resolver la situación de éstos. 5) la regulación de los deberes de los hijos: respetar a sus progenitores, cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior, prestar a los progenitores colaboración propia a su edad y desarrollo, y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas circunstancias de la vida en que su ayuda fuera necesaria. 6) la regulación de deberes y derechos para los progenitores afines, entendiendo por progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente: cooperar en la crianza y educación, realizar los actos cotidianos relativos a la formación del hijo en el ámbito doméstico, adoptar decisiones ante situaciones de urgencia, prestar alimentos en carácter subsidiario (esta obligación cesa en caso de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia). Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental. Si bien el título del capítulo 7 del Título VII alude a progenitores e hijos afines, no encontramos deberes ni derechos en cabeza de los hijos. 7) la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental mientras dure la convivencia del hijo con

un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido por leyes especiales. Entendemos que el Proyecto resuelve, entonces, el alcance de la autoridad de los padres cuando el hijo está sujeto a medida excepcional.

En cuanto a los deberes de los padres, se prohíbe expresamente el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes. Se impone el deber de considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo, el derecho del niño a participar en su proceso educativo y en todo lo referente a sus derechos personalísimos, el respeto y facilitación para el mantenimiento de las relaciones personales con abuelos, otros parientes y personas con las cuales tenga un vínculo afectivo. Pese a que el título del Capítulo alude a deberes y derechos, el enunciado refiere sólo a deberes, desentendiéndose el Proyecto de la doctrina indiscutida en cuanto a que en el instituto en análisis, los derechos hacen al ejercicio eficaz de la función: protección, desarrollo y formación integral de los hijos menores de edad no emancipados (ZANNONI, E.; 1989:652. BISCARO, B.;1990:60. BOSSERT

G.-ZANNONI E.; 1989:392. BELLUSCIO, C.;1998:3) Se elimina el concepto arcaico de tenencia, y se alude con justeza al de cuidado personal, el que puede ser asumido por ambos progenitores o por uno solo. En el caso de la asunción por ambos, éste puede ser alternado (el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores según la organización y posibilidades de la familia) o indistinto (el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores compartiendo ambos las decisiones y distribuyendo de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado). A falta de plan de parentalidad o de su homologación, el Juez debe otorgar como primera alternativa el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta. En caso de cuidado, atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo, y el de colaboración con el progenitor conviviente. El cuidado unipersonal es excepcional, y para atribuirlo, el Juez debe dar prioridad al progenitor, que facilita el derecho al trato regular con el otro y el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.

VIII. Procesos de familia

Si bien el Código Civil contiene normas de procedimiento, el sistema proyectado

impresiona porque estas normas se presentan ordenadas en un título dividido en cuatro capítulos: 1) Disposiciones generales; 2) Acciones de estado de familia; 3) Reglas de competencia; 4) Medidas provisionales (MEDINA, G; 2012:491/2)

Enumera los principios que sustentan todos los procesos de familia, a saber: Tutela judicial efectiva, Inmediación, Buena Fe y Lealtad Procesal, Oficiosidad, Oralidad, Acceso Limitado al Expediente; Acceso a la Justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables; Resolución pacífica de los conflictos; Especialización de los Jueces; Apoyo multidisciplinario; Obligada participación en el proceso de niños y personas con discapacidad; Primacía del interés superior del niño.

Establece el derecho de las personas menores de edad y de aquellas con capacidad restringida a ser oídas de manera personal y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten.

Explícitamente, establece los caracteres de imprescriptibilidad, inherencia personal e irrenunciabilidad de las acciones de estado de familia. Sin embargo, admite que la acción de adopción sea ejercida de oficio por el Juez interviniente (quien otorgó la guarda del niño) o a pedido de

la autoridad administrativa, lo que contradice la inherencia personal. No se dice que estas acciones son inalienables.

Fija la competencia del Juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida en los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional.

En cuanto a las medidas provisionales, encontramos a las personales y a las referidas a los bienes. Entre las primeras, enumera de modo no taxativo la determinación de cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar, como también qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble, la determinación de un monto por el uso de la vivienda -si correspondiere-, la orden de entrega de los objetos de uso personal, la determinación de un régimen de alimentos y de cuidado de los hijos, la determinación de los alimentos que solicite el cónyuge. En cuanto a las medidas relativas a los bienes, el Juez está facultado para dictar las medidas de seguridad y evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, ha-

cer inciertos o defraudar, los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial. El Magistrado también puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares. A estas medidas hay que adicionarle las medidas protectorias especiales establecidas para la etapa de indivisión post comunitaria, consistentes en: a) la autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro cónyuge, si la negativa requerida fuera injustificada; b) la designación de un cónyuge o de un tercero como administrador de la masa del otro.

Apreciaciones conclusivas

Luego de presentada la normativa proyectada, y no habiendo pormenorizado ningún análisis al respecto, emitimos algunas consideraciones valorativas: se advierte falta de articulación entre distintos institutos, evidenciando el tratamiento por equipos diferentes que no han acordado la dikelogía que debió iluminar al conjunto. Así, por ejemplo, se prohíbe la adopción originada en la entrega en guarda que los padres biológicos hubiesen hecho de su hijo, a la par que se regula la delegación de la custo-

dia del hijo, figura desconocida hoy. Si los padres eligen a la persona que cría a su hijo, ¿cuál es el sentido de que ésta no pueda adoptarlo si existe la voluntad de los primeros de otorgar la adopción?

No sucede esto, en cambio, en el Título que regula el Régimen Patrimonial del Matrimonio, el que, por su parte, tiene el mérito de zanjar cuestiones largamente debatidas en doctrina y resueltas de modo disímil por la Jurisprudencia, como son la calificación de los bienes, la regulación de las recompensas y el reconocimiento de la indivisión post comunitaria. Si bien la norma proyectada puede resultar antipática para los que sostienen distinto criterio al elegido por ella, éstos y aquéllos sabrán con certeza cómo se resolverá en su momento el conflicto, porque la Ley se anticipó y previó su solución. La forma y el contenido del Título II da cuenta de la intervención de civilistas de la vieja escuela, precisos y acotados, conscientes de lo que están haciendo: dando una Ley a la Nación. Es llamativo, o no tanto, que la precisión de los términos luzca clara y vigorosa en el tratamiento de lo patrimonial y se diluya en otros temas, tanto o más trascendentes que el económico. Sin perjuicio de lo dicho, no pueden pasar inadvertidas algunas imprecisiones que serán fuente

de litigio, como por ejemplo, haber establecido como día de la extinción de la comunidad, por el efecto retroactivo de la sentencia de divorcio, el día de la separación de hecho sin voluntad de unirse, siendo que este día no siempre puede determinarse con exactitud. También es criticable dejar librado al arbitrio judicial la extensión del efecto retroactivo, apelando a la existencia de fraude o abuso de derecho, lo cual genera incertidumbre, en especial en cuanto a la calificación de los bienes.

Si bien observamos con agrado la regulación de la petición incausada del divorcio vincular, sujeta a la presentación de propuesta regulatoria de los efectos de la ruptura, imponiendo así a quienes deciden cerrar una etapa de sus vidas, pensar y medir las consecuencias, autorregulándose, en lugar de dejar librado a un tercero la planificación del futuro próximo, nos genera alguna resistencia que el cónyuge gravemente injuriado por el otro no pueda denunciar la ilegitimidad de la conducta de éste. Más allá de la posibilidad de demandar resarcimiento económico por los daños y perjuicios que pueda haber padecido, no todo requerimiento se mide en dinero. Quien haya sido víctima del obrar dañino de su cónyuge merece tener la posibilidad de que el Juez le diga a éste cuál

es la Ley que incumplió y, de ese modo, aunque tardíamente, le presente el límite que de por sí no supo darse. El proyecto cierra toda posibilidad en ese sentido. Este cónyuge injuriado tampoco puede aspirar a recibir un trato diferenciado al momento de establecerse los efectos de la ruptura matrimonial, siendo que son los mismos, tanto para el cónyuge de buena o mala fe, como para el que actúa con rectitud como dolosamente. Así es que, tanto para la atribución del uso de la vivienda familiar como para el establecimiento de compensación económica por desequilibrio patrimonial, no se tiene en cuenta la conducta desplegada por el cónyuge que reclama. A modo de síntesis de lo que sostenemos, transcribimos la ponencia que el Centro de Estudio de Derecho de Familia y Persona de la U.C.A.-que integramos- presentará en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, a realizarse en el mes de septiembre de 2013: De lege ferenda: «El cónyuge que por haberse dedicado al cuidado de los hijos o a las labores propias del hogar común, no pudo desarrollar una actividad remunerada o lucrativa durante el matrimonio o lo hizo en menor medida de lo que podía y quería, tendrá derecho a que cuando se produzca el divorcio o se declare la nulidad del matrimonio, se le compense el menoscabo económico sufrido por esa causa, siempre que no hubiese

desplegado grave conducta dañosa contra el otro. Esta compensación podrá consistir en una prestación dineraria temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. En su caso, la resolución judicial fijará las garantías para su efectividad.»

Nos resulta llamativo que el Proyecto se inspire en los principios de libertad personal y autonomía de la voluntad y establezca una minuciosa regulación de las uniones convivenciales; de modo que aquellos que deciden no contraer matrimonio para no sujetarse a la norma, quedan igualmente bajo su imperio. «...Bajo la idea de que se hace por 'solidaridad familiar' se impone a quienes viven unidos de hecho un régimen imperativo, legal y forzoso con severas consecuencias personales y patrimoniales (PELLEGRINI, M.V.; 2012:3). No reconocemos que la protección eficaz de la mujer vulnerable se logre mediante la regulación de la convivencia de facto. Parece más bien que la pretensión de la regulación proyectada fuera legitimar socialmente los concubinatos, cada vez más frecuentes, de la clase media.

Se sientan las bases para un tratamiento desigual de los embriones humanos, según estén o no implantados en el cuerpo

de la mujer. Si bien la Exposición de Motivos argumenta que «esta posición no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna», lo cierto es que, al no reconocérseles personalidad jurídica, la protección encomendada a la Ley especial se escatima respecto de los embriones no viables, tanto como de aquellos supernumerarios - crioconservados o no- cuyos «dueños» mutan la voluntad procreacional habida en el inicio.

No compartimos que el Proyecto haya mantenido la consideración de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica como un indicio grave, en lugar de haber interpretado esta negativa como presunción con la correspondiente inversión de la carga de la prueba, tal como correspondería según la teoría de las cargas probatorias dinámicas hoy indiscutida entre los procesalistas (Famá M.,2012:432). Menos se comprende si se tiene en cuenta que el Título VIII (Procesos de Familia) enuncia como principio relativo a la prueba el de flexibilidad, y expresamente establece que «la carga de la prueba recae en quien está en mejores condiciones de probar».

No acordamos con la regulación de la gestación por sustitución por las razones que la doctrina argentina mayoritaria

expresa: la cosificación del niño y de la mujer, el desconocimiento de la dignidad ínsita de la persona humana, la nulidad insalvable de los contratos que disponen sobre el estado de familia, el peligro de alentar en el país el turismo procreativo, que conlleva una nueva manera de explotación de mujeres jóvenes y pobres.

Consideramos que, enumerar entre los requisitos para la homologación del convenio de gestación por sustitución el haber tenido en miras el interés superior del niño, deviene una fórmula vacía, siendo que el niño resulta ajeno a un contrato celebrado por adultos.

Se advierte como una contradicción que la madre biológica sólo pueda prestar su consentimiento para adoptar, luego de haber transcurrido cuarenta y cinco días desde el nacimiento, mientras que la gestante por sustitución (madre subrogada) tiene que entregar al niño inmediatamente luego de su nacimiento, sin poder decidir si lo conserva o no, luego de nueve meses de gestación. (BASSET U.; 2012: 445).

Hubiera sido preferible no incorporar como principios de la adopción lo que, en realidad, son directrices: el agotamiento de las posibilidades de permanencia

en la familia ampliada, y la preservación de los vínculos fraternos. El principio de subsidiaridad respecto del gran principio rector en éste y en todas las materias, el del interés superior del niño, hubiese sido suficiente y ajustado a las realidades concretas, tan distantes de un modelo abstracto.

No acordamos con la participación que el Proyecto le atribuye a los organismos administrativos de protección de derechos de los niños, en el procedimiento para la declaración del estado de adoptabilidad (la Administración ha intentado la vinculación del niño con su familia de origen y no lo ha logrado poniendo fin a la medida excepcional) y, menos aún, en el juicio de adopción. La burocratización conspira contra la agilización del trámite de la adopción que se pretende, según la Exposición de Motivos.

Observamos discordancias en el criterio seguido para dar participación a los niños en los procesos que los involucran primordialmente. Así es como es obligatorio el consentimiento de los niños en su adopción, a partir de los 10 años de edad, sin referencia alguna a la capacidad de formarse un juicio propio; mientras que se los considera parte en el juicio de adopción si cuentan con edad

y grado de madurez suficientes, sin establecer ningún criterio orientativo. Para la regulación judicial de la guarda sólo se prevé su citación para ser tenida en cuenta su opinión, si cuentan con edad y grado de madurez. Idéntico criterio se sigue para que los niños puedan acceder al expediente judicial y administrativo en los que se tramitó su adopción.

Advertimos incongruencias en la regulación de la adopción plena y simple. En aras de la mayor flexibilidad que se le otorga en lo relativo a la generación de mayor o menor vínculo con determinadas personas, facultando a los jueces, según la circunstancia fáctica y en interés del niño, a mantener subsistente el vínculo con algún pariente en la adopción plena y en la adopción simple, a generar vínculo jurídico con determinados parientes del o los adoptantes, entendemos que hubiera sido preferible eliminar los tipos de adopción.

Valoramos positivamente la incorporación de la guarda judicial, un instituto tan afín a nuestra costumbre jurídica y tan denostado por la interpretación fundamentalista de las leyes de infancia. Criticamos, en cambio, el modo anodino, quizá demagógico, de cómo el Proyecto regula la función parental, soslayando en los términos una regla de oro de

cualquier sistema familiar: los padres ejercen autoridad sobre sus hijos.

«El Proyecto no define qué es un procedimiento familiar. Por ende, no queda claro cuál es el ámbito de aplicación del sistema procesal establecido en el Título VIII. Cabe preguntarse si la norma incluye a los procesos seguidos por los hijos o por los cónyuges entre sí, por transmisión de enfermedades o por daños por violencia doméstica, o si están comprendidos los amparos de salud para lograr la cobertura de un tratamiento de discapacidad. O si abarca las autorizaciones para realizar una operación de reasignación de sexo cuando se trata de menores, o si se aplican a los procesos de salud mental. En definitiva, no se sabe en qué medida la participación de los miembros de la familia en el litigio o el impacto que la resolución del conflicto tiene en todos los miembros de la familia permite considerar que se está frente a un proceso en materia de familia» (MEDINA, G.; 2012: 494)

Según reflexiona Graciela Medina, sería importante unificar la denominación de las medidas cautelares, ya que a lo largo del Proyecto aparecen como cautelares, provisorias, provisionales, o simplemente medidas (MEDINA, G; 2012:510) ■

Bibliografía

ALBERDI, JUAN BAUTISTA: Obras completas, T VII, Buenos Aires, 1887

BELLUSCIO, AUGUSTO C.: Manual de Derecho de Familia, Depalma, Buenos Aires, 1998

La elección del régimen patrimonial por los esposos; LL1994-A-799 BISCARO BEATRIZ: Régimen de la filiación y patria potestad, Astrea, Buenos Aires, 1990

BOSSERT GUSTAVO A. Y ZANNONI EDUARDO A.: Manual de Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires, 1989

CATALDI, MYRIAM: La responsabilidad parental, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio César Rivera, Director, Graciela Medina, Coordinadora, Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 463/489

FAMA MARÍA VICTORIA: Filiación, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio César Rivera, Director; Graciela Medina, Coordinadora; Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 419/440

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA: Lineamientos generales del Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial unificado (Por qué no al maquillaje), en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-2, Ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 290

MEDINA, GRACIELA; El proceso de familia, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio César Ribera, Director; Graciela Medina, Coordinadora; Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 491/511

Gestión por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año Iv, N° 8, septiembre de 2012, pág. 3

PELLEGRINI, MARÍA V.: Las uniones convivenciales en el Proyecto de Código Civil, J.A. 2012-II, número especial El Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil, pág.3

Perrino, Jorge O.: Parentesco, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio César Rivera, Director; Graciela Medina, Coordinadora; Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 393/417

RIVERA, JULIO CÉSAR: La constitucionalización del derecho privado en el proyecto del Código Civil y Comercial, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio César Rivera, Director; Graciela Medina, Coordinadora; Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 1/22 ZANNONI, Eduardo A.: Derecho Civil. Derecho de Familia, Astrea, Buenos Aires, 1989

¹ Roveda no comparte este criterio, sosteniendo que la utilidad es el resultado de ganancias del ejercicio. Para convertirse en dividendo necesariamente debe existir una asamblea que así lo establezca, sólo allí puede utilizarse el concepto de fruto. Por tal criterio, las utilidades de las Sociedades sólo son ganancias cuando la misma Sociedad así lo decide, ya que puede suceder que las utilidades deban invertirse a los efectos de conservar o mejorar su situación en el mercado. Por ello, entiende que la solución propuesta es errónea y que debería haberse regulado el supuesto en el cual uno de los cónyuges, en uso de sus facultades societarias, hubiere detraído indebidamente dividendos. (ROVEDA EDUARDO G.: «El régimen patrimonial del matrimonio» - Comentarios al Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2012 – JULIO CÉSAR RIVERA, DIRECTOR; GRACIELA MEDINA, coordinadora; Ed. ABELEDO PERROT.

² Al decir de Belluscio, se trata de un régimen egoísta que no refleja la comunión de vida que el matrimonio implica (BELLUSCIO, AUGUSTO C.: «La elección del régimen patrimonial por los esposos»; LL1994-A-799)

Perfiles procesales del Derecho de Familia en el Proyecto del Código Civil y Comercial

DR. RUBÉN ÁNGEL COTTET

Juez del Tribunal Colegiado de Familia N°2. Santa Fe.

A través del presente aporte, se expondrán sucintamente algunas anotaciones sobre el Proyecto, en cuanto incorpora principios y reglas procedimentales, temperamento sobre el que se ha dicho desde hace décadas, que revela la intención legislativa de asegurar o reforzar la efectividad de los derechos, reconocidos en un Cuerpo normativo de Derecho sustancial.

Aunque en esencia parten de los clásicos lineamientos del proceso civil, la mayoría de las pretensiones que se introducen en los procesos y procedimientos de familia, procuran dar cobertura -lógicamente- a situaciones reguladas por derecho de fondo, en donde interactúan relaciones de estado de familia con cuestiones atinentes a la personalidad y capacidad de las personas. De ello, surge una necesidad de especial protección llevada a la realidad de los hechos, por una conjugación de organización de tribunales especializados, con un paso previo por una etapa de mediación -todavía no instrumentada en todas las sedes del país-, y la existencia de procedimientos con múltiples matices, que van desde aquellos que contienen la estructura propia de los procesos en todas sus etapas (amplitud de alegaciones, prueba y recursos), hasta otros que ni siquiera tienen definido claramente los pasos a seguir y que, a través del devenir de los tiempos, la doctrina jurisprudencial ha ido contorneando (v. gr. procedimiento de adopción).

Tales aspectos se ven influidos por la visión de la familia en los tiempos que corren, como también por paradigmas actuales, en aspectos tan relevantes

como la niñez y adolescencia, ancianidad, salud mental, acceso jurisdiccional de personas en estado de vulnerabilidad, entre otros. Así también no debe olvidarse que el objeto de la pretensión procesal familiar, a diferencia de otras, se manifiesta por un fenómeno que tiene «vida» y como tal, deviene cambiante a lo largo de la secuencia extrajudicial y procedimental, hecho que no puede omitirse a la hora de fijar las reglas que regirán los trámites jurisdiccionales.

Resulta claro que en la voluntad del proyecto confluyen, por un lado, razones de unidad de criterio regulatorio en instituciones que se consideran relevantes y, por el otro, motivaciones vinculadas a la necesidad de asegurar la efectividad de los derechos, que impulsan al legislador a regular aspectos procesales dentro del contenido de normas sustanciales.

Normas dedicadas específicamente a los Procesos de Familia

El título 8 del libro Segundo del Proyecto del Código Civil y Comercial, abroquetado en cuatro capítulos normas genéricas, aplicables a los procesos de familia, sin perjuicio de las específicamente previstas en otro sitio (art.705).

En ese orden, prevé disposiciones generales (arts. 706/711), que serán las abordadas brevemente en estas anotaciones, seguidas por normas regulatorias -en sentido amplio- de las acciones de estado de familia (arts. 712/715), reglas de competencia (arts. 716/720) y medidas provisionales (arts. 721/723).

Reglas generales aplicables a los procesos de familia

En la regulación prevista en los arts. 706/711, el Proyecto deja ver una línea moderna de varias reglas, sintonizada a tiempos actuales, receptora de la doctrina y jurisprudencia más avanzada en la materia, con una clara ambición de cumplir con las convenciones internacionales vinculadas a la temática.

El art. 706 alude a que *«El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la Justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especiali-*

zados y contar con apoyo multidisciplinario. La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas».

La doctrina procesal¹ cuestiona que se consideren principios a sistemas del proceso o procedimiento, de tal manera que corresponde considerar efectivamente «principios» a la tutela judicial efectiva, la buena fe y la lealtad procesal (derivación del principio de moralidad), acceso limitado al expediente (principio de privacidad desarrollado en el art. 708), acceso a la Justicia y al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, mientras quedan aprehendidos dentro de «sistemas»: la intermediación, la oficiosidad (prevista luego en el art. 709), la oralidad, la especialización de los jueces y los equipos interdisciplinarios.

Se los considere principios o sistemas, la intención legisladora -que, aclara la Exposición de Motivos, sigue la línea legislativa del Proyecto de 1998-, procura la determinación de reglas aplicables a los procedimientos de familia en todos los casos.

Antes de analizar algunas de tales reglas y principios, debe destacarse por cier-

to, que -tal lo insinuado por el art. 705- existen otros sitios que también prevén situaciones tocantes a lo procedimental.

Así, en el título preliminar del Código que establece reglas generales y básicas coherentes en todo el ordenamiento, merecen destacarse las reglas sobre el ejercicio de los derechos, en donde hallamos el principio de buena fe, el abuso del derecho y el abuso de la posición dominante, el orden público como elemento rector y excluyente frente al actuar particular, la ineficacia de la renuncia general a las leyes.

Por lo demás, las reglas aquí aludidas deben ser complementadas con otras, también de implicancia procesal, ubicadas en otros sitios del Cuerpo, tales como las que regulan la capacidad y representación, los recaudos en las demandas de divorcio, alimentos, los efectos de la sentencia y los recursos, y procedimientos específicos, tales como el de adopción, filiación, autorización para contraer matrimonio, etcétera.

Dicha situación provocará una adaptación de los códigos procesales locales, pudiendo considerarse, inclusive, derogadas las disposiciones que se opongan a directrices expresas del nuevo cuerpo normativo proyectado.

Participación Procesal de Niños, Niñas y Adolescentes y de Personas con Discapacidad

Establece el art.707, que *«los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficientes para formarse un juicio propio, y las personas mayores con capacidad restringida tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el Juez de manera personal, según las circunstancias del caso».*

El derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta, enanca el *ius postulandi* o derecho de postulación, de los sujetos legitimados, enunciados por la norma.

Siendo así, en lo que hace a los niños, niñas y adolescentes (NNA), el análisis -aunque sucinto de la cuestión-, debe hacerse de modo ineludible, de modo conjunto con lo que prevé el art. 26 del Proyecto.

Refiere dicho canon, que *«la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficientes puede ejercer por sí los actos*

que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona...»

Ello se vincula con las garantías que enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño -art. 12- en cuanto refiere que *«1. los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un Organismo apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional».*

La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes -regulatoria de la CDN-, en su art. 27, reconoce específicamente cinco derechos: a) a ser oído; b) a que su

opinión sea tomada primordialmente en cuenta; c) a ser asistido por un letrado, preferentemente especializado en niñez y adolescencia, desde el inicio de los procedimientos, y en caso de carencia de recursos económicos, el Estado deberá proporcionar dicha asistencia profesional; d) a participar activamente en todo el procedimiento; y e) a recurrir -este derecho supone, para Kielmanovich, asegurar la doble instancia y un recurso de apelación concedido en forma libre-².

Siendo claro que la finalidad de la Convención y de la Ley 26.061, es lograr la real intervención del niño, parece adecuado remarcar que en el último de los cuerpos normativos referidos, no se imponen limitaciones al derecho a la asistencia letrada de los NNA, pues se le reconoce el derecho a la defensa técnica a todo niño, implicando una garantía del debido proceso, sin imponer limitaciones en cuanto a la edad, grado de comprensión y eventual existencia de intereses contrapuestos.

En cambio, en el Proyecto, conforme al enunciado art. 26, la asistencia letrada quedaría reducida a los supuestos de controversia con sus representantes legales y de acuerdo a su capacidad evolutiva.

Más allá de las críticas que recibe dicha proyección legislativa³, por un lado, pareciera que se confunde la funcionalidad del abogado del niño, en tanto nuevo interventor legitimado procesalmente (art. 27 Ley 26.061; art.... Ley prov. Santa Fe 12.167), con el tutor especial previsto normativamente en el art. 397 del Código Civil.

Por otro lado, no debe olvidarse que la figura del abogado del niño, más allá de la falta de instrumentación práctica en varias jurisdicciones provinciales, entronca con dos reglas basales: la de eficacia y la de autonomía progresiva. La primera, prevista en la CDN (art. 4), Ley 26.061 (art. 29) y Decreto Reglamentario (art. 29); mientras que la segunda, en los artículos 5, 14.2, 12, 18.1, 27.2, 32.1 y 6.2 CDN, como también por el ya citado art. 27 Ley 26.061.

Ante situaciones no regladas puntualmente y existiendo intereses que se contraponen al del niño, que bien pueden derivar de factores ajenos a los representantes legales, como puede ser del Estado (v. gr. ante una medida de internación involuntaria), la designación de un abogado del niño puede hacerse de modo oficioso.

El Tribunal cimero de la Nación el 26.10.2010 (CSJN, «G., M. S. v. J.V.L.»), dispuso que el Juez de la causa debe designar a un letrado especializado en la materia, a los efectos de que patrocine a los menores en el proceso, para que éstos sean escuchados con todas las garantías a fin de que puedan hacer efectivos sus derechos.

A partir del diseño que propone el articulado del Proyecto, pareciera que, a través de la posibilidad del «impulso oficioso» de los procesos de familia, a excepción de los de contenido económico-exclusivo y de las facultades-deberes del juzgador como director del proceso, bien puede echarse mano a tales pautas para designar a un abogado del niño, en aquellos casos en los que por su capacidad evolutiva el niño careciera del entendimiento necesario para así decidirlo, o que el conflicto de intereses no proviniera solamente de sus representantes legales.

Va de suyo que, en la actualidad, al hablar de capacidad evolutiva o competencia progresiva, estamos aludiendo a nociones flexibles.

No obstante, en algunos casos el Proyecto se aparta de la regla de progresividad de la madurez o grado de comprensión,

fijando un piso de trece años para contar con asistencia letrada. Es lo que acontece en los casos previstos por el art. 596, que faculta al adoptado adolescente para iniciar por su propio derecho, una acción judicial tendiente a conocer sus orígenes; y también por el art. 106, referente a la designación de tutor *ad litem* para los adolescentes, en referencia a la franja etaria ubicada entre los 13 y 18 años.

Impulso oficioso

Contempla el art. 709 del Proyecto, que «en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del Juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces».

Queda claro en la propia redacción que es «el impulso» del procedimiento, lo que adquiere carácter oficioso.

El Juez no puede disponer de oficio la iniciación del mismo (principio de demanda), sino que debe hacerlo la parte que cuente con legitimación para ello (art. 2 Ley 27), pues como se establece vulgarmente «donde no hay actor no hay Juez» (*nemo iudex sine actore*), sin duda

porque sólo el titular del derecho afectado es quien puede decidir si, frente a su posible inobservancia, habrá de requerir o no la intervención de un tribunal, y la concreta medida en que requerirá la tutela estatal⁴.

Afirma, al respecto, Kemelmajer de Carlucci, que la doctrina argentina y comparada mayoritaria extrae que el proceso familiar, una vez comenzado, debe continuar sin necesidad de petición de parte; se afirma que, por la propia naturaleza del problema es menester que el Juez pueda ordenar el procedimiento, adecuándolo, instando el trámite, pues de ello derivará también una más acabada comprensión del conflicto sometido a decisión⁵.

Así como el art.706 del proyecto requiere que los jueces en materia de familia lo sean especializados en la misma, sin esfuerzos debe concluirse que también deberá serlo el resto de los auxiliares (empleados, secretarios y demás funcionarios), y con Organos jurisdiccionales dotados del Cuerpo de auxiliares necesarios, como para poder llevar adelante la tarea pragmática que implica el impulso oficioso de las causas.

Reglas Probatorias

Primeramente, en el art. 710: «los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar».

Merece destacarse la incorporación de la regla de las cargas probatorias dinámicas, figura de manifiesta utilidad en los procesos, sobre todo en aquellos casos que han quedado en estado de ser resueltos, sin el suficiente aporte de pruebas que corrobore la versión de los interesados, surgida a partir de situaciones que no encontraban debido cobijo, en los moldes clásicos de los restantes sistemas de cargas probatorias.

Es una pauta de arraigada recepción jurisprudencial en procesos de familia. A modo ilustrativo (por abundar en repertorios conocidos), se reseña la concreta aplicación de las cargas probatorias dinámicas en una cuestión filiatoria: «la existencia de intereses superiores en la acción de desplazamiento filiatorio y la prueba del hecho negativo que ésta requiere, refuerzan el deber de colaboración de los interesados en el proceso y ponen en acto la carga dinámica de la prueba»⁶.

Luego, en el art. 711, se pone fin a una antigua discusión -superada en la doctrina actual- respecto de ciertos testigos excluidos. Señala el citado canon, que «*los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos. Sin embargo, según las circunstancias, el Juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados*».

El digesto procesal santafesino (art. 217), consagra un caso de inadmisibilidad de prueba testimonial, al señalar que, salvo las excepciones que señala, no podrán ser presentados como testigos contra una de las partes: el cónyuge, aunque esté separado, los parientes en línea recta o en segundo grado de la colateral, y los tutores, curadores o pupilos.

En doctrina se diferencia la situación que se plantea cuando el testigo de una parte es propuesto por ésta, del caso en que es ofrecido por un extraño, hipótesis vedada por la norma⁷.

Como se sabe, el fundamento de dicho impedimento es la solidaridad familiar, que posee una dualidad de aspectos: como sentimiento tutelado, para evitarle al testigo la violencia de tener que per-

judicar a la parte de quien es pariente, y como motivo de desconfianza, en cuanto se supone que la declaración que beneficia al pariente es falsa.

Ahora bien, el texto incluido dentro del título 8, referente a los procesos de familia, haciéndose eco de abundante doctrina jurisprudencial, admite el aporte testimonial de las personas antes señaladas, facultando al juzgador a evaluar los fundados motivos de parientes que se niegan a prestar declaración, o la conveniencia de interrogar a menores de edad.

Subyace a la intención proyectista lo afirmado por la doctrina especializada, al sostener que en pretensiones del derecho de familia, es de aplicación el principio del *favor probationes*, que, en sintética enunciación como se sabe, supone que en caso de objetivas dudas y especialmente de dificultades probatorias -tal como acontece habitualmente en los procesos contenciosos de familia-, habrá de estarse por un criterio amplio a favor de la producción, admisión y eficacia de las pruebas, técnica procesal hallada para permitir y favorecer la reconstrucción de hechos que no suceden habitualmente a la luz del día, ni a la vista de terceros.

Finalmente, para concluir estas breves anotaciones, debemos señalar que será el desarrollo de los distintos procesos de familia, el que juzgará el acierto o error de incorporar pautas procedimentales en el proyectado Código Civil y Comercial ■

¹ FALCON, ENRIQUE M. «Los Procesos de Familia en el Proyecto de Código Civil» en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3, T.II, de. Rubinzal-Culzoni, PÁG. 424

² «Reflexiones procesales sobre la Ley 26.061», en LL, del 17.11.2005, PÁG.1

³ RODRIGUEZ, LAURA, en «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», La Ley, Julio 2012, PÁGS. 234/242

⁴ KIELMANOVICH, JORGE «Procesos de Familia», Ed. Abeledo-Perrot, PÁG. 14

⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída «Principios procesales y tribunales de familia», en J.A., 20.10.93, PÁG. 11.

⁶ C. 1a. Fam. de Córdoba, 23.6.97, «C., N.G. C/ P. de A., I. A.», en L.L.C. 1999-1471

⁷ Vid la copiosa reseña de antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios consignados por Carlos J. Colombo en Testigos «Excluidos» por parentesco o vínculo conyugal en «Revista de Derecho Procesal. Prueba-II»; Rubinzal-Culzoni, año 2005; PÁGS. 15/33

Adopción y niñez en el Proyecto de Código Civil y Comercial



DR. MARCELO JOSÉ MOLINA

Juez del Tribunal Colegiado de Familia N° 5. Rosario.

1. Introducción

El derecho de familia actual vincula a la adopción con el derecho de la niñez y a ambos con los tratados internacionales de derechos humanos. El juez de familia contemporáneo debe abordar las fuentes del derecho a partir de la Constitución Nacional y de dichos tratados. En ese orden, y en el tema que nos ocupa, deberá aplicar la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Hombre, el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos), la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, la ley Nacional 26.061, el Código Civil y la ley 24.779, la ley nacional 25.854 (RUAGA), la ley provincial 12.967 y 13.237 sobre el sistema de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, la ley provincial 13.093 de Registro Único de Aspirantes a Guarda Preadoptiva y sus respectivos decretos reglamentarios. Conjuntamente deberá tener en cuenta y aplicar en su caso, los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –como por ejemplo «Forneron vs Argentina»–, sin perjuicio de los de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la de la Provincia¹. El

juez no sólo debe seguir la interpretación del derecho dada por tales Tribunales –o apartarse con más que sólidos fundamentos– sino también observar la conducta esperable de su parte conforme a las pautas y recomendaciones emergentes de dichos fallos.

El proyecto de Código Civil y Comercial que se encuentra en tratamiento en el Congreso de la Nación ha contemplado en materia de adopción ese complejo de fuentes al que, sin pretender agotar, hemos enunciado en el párrafo anterior.

Si se partiera del supuesto que la totalidad de los padres y madres de nuestro país se hallaren en condiciones subjetivas adecuadas para asumir la crianza de sus hijos, o en aquellos casos en que los padres fallecieron lo pudiesen hacer en igual sentido sus ascendientes u otros parientes, no existiría sustento alguno a la adopción. Desde dicha perspectiva, la adopción no puede ser entendida como un derecho de una persona adulta a incorporar a su familia al hijo de otro. Sin embargo, esa posibilidad de crianza hipotética no se da en la realidad, no todos los padres y sus familias están en condiciones subjetivas apropiadas para asumir la crianza de sus hijos y, desde

ese lugar, sí se da un derecho subjetivo del niño a contar con una familia que lo acompañe en su crecimiento. Tomando este punto de partida, el proyecto de Código califica adecuadamente a la adopción como una institución, y desde el punto de vista individual como un derecho del niño a desarrollarse en una familia cuando la propia no puede brindarle esa posibilidad. No es visto entonces desde el prisma del derecho subjetivo del adoptante².

2. Los principios

En consonancia con lo esbozado en el acápite anterior y a las disposiciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el Proyecto delinea en el artículo 595 los principios que rigen a la institución: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a

que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años.

Aún cuando algunos de estos principios se encuentran contenidos como tales en la Convención citada, siempre es conveniente su reiteración en tanto y en cuanto puede aún observarse en nuestra comunidad marcadas vulneraciones al cambio paradigmático introducido por esa Convención.

3. Orígenes e identidad

En la CIDN se establece con claridad que «Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas» (art. 8° ap. 1°). Además pauta también que todo niño tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos en la medida de lo posible (art. 7° ap. 1°).

El proyecto, como vimos, pone en acto el derecho del niño a ser criado por su familia de origen, siendo esa una de las formas de preservación de su derecho a la identidad. Lo vemos reflejado en diversas normas proyectadas: en los

principios (art. 595 b, c, e), en el derecho a conocer los orígenes (art. 596), en el procedimiento de declaración judicial de situación de adoptabilidad (arts. 607, 608 y 609), en la selección de adoptantes (art. 611), en la adopción simple (art. 627, b).

El artículo 596 consagra el derecho del adoptado «con edad y grado de madurez suficiente» a conocer los datos relativos a su origen y a acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Prevé expresamente que si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. Debe observarse en este punto la amplia posibilidad que se otorga al magistrado en pos de brindar al niño las herramientas necesarias para aprehender e incorporar esta información. También posibilita a la familia adoptante la solicitud de asesoramiento en los mismos organismos.

Tal como se establece actualmente, el tercer párrafo del artículo obliga a los adoptantes a comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al

adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

Crea también una acción autónoma en cabeza del adolescente dirigida a conocer sus orígenes, debiendo contar con asistencia letrada³.

4. Los adoptados

La adopción está dirigida principalmente a los niños que hayan sido declarados en situación de adoptabilidad o cuyos padres hayan sido privados de la responsabilidad parental, habiendo optado la Comisión Redactora por referirlo desde su capacidad en tanto habla de «personas menores de edad no emancipadas» (art. 597). La vulneración del requisito de edad torna a la adopción absolutamente nula (art. 634 inciso a). Excepcionalmente se prevé la adopción de un mayor de edad cuando se trata del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar; o cuando hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada.

Se introduce aquí un elemento diferenciador del esquema actual en la exigencia de declaración de situación de adoptabilidad, cuyo procedimiento también es una innovación del proyecto al menos desde la nor-

ma codificada. El inciso g) del artículo 634 prevé la nulidad absoluta de la adopción obtenida en violación a la previa declaración de situación de adoptabilidad. No es exigible, sin embargo, en la adopción de integración (art. 632 inciso d).

Habilita también la adopción de varias personas, simultánea o sucesivamente (art. 598).

Una importante y clara definición contiene el párrafo final del artículo 598 según el cual todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí.

Debe recordarse que el inciso f) del artículo 595 establece que si el niño es mayor de diez años debe prestar su consentimiento para la adopción. Se habla de «consentimiento» y no de una opinión a ser tenida en cuenta como se pauta para los menores de esa edad. No se prevé excepción alguna para una negativa a prestar consentimiento sin fundamentos ciertos y en su propio perjuicio. En ese orden, el inciso i) del artículo 634 sanciona con nulidad absoluta a la adopción obtenida con falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado, mientras que la vulneración del derecho a ser oído pue-

de importar la nulidad relativa también a petición exclusiva del adoptado (art. 635 inciso c)⁴.

En síntesis, en general para ser adoptado deben concurrir estos requisitos: a) ser menor de edad, b) no estar emancipado, c) haber sido judicialmente declarado en situación de adoptabilidad o los padres privados de la responsabilidad parental⁵ y d) haber prestado el niño su consentimiento si es mayor de diez años (art. 595 inc. f).

Cabe destacar que el artículo 599 prevé que en caso de muerte del o de los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción, se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad.

5. Los adoptantes

El proyecto otorga capacidad para adoptar tanto a un matrimonio o pareja de convivientes o a una persona sola (art. 599), modificando el sistema actual de adopción unipersonal como regla general y de adopción conjunta matrimonial como excepción. De este modo se recepta en la norma lo que acontece en la realidad cotidiana. En cuanto a las parejas de convivientes es conteste con la positividad de las uniones convivenciales

también propuesta en el Proyecto. Se supera así la marcada inconstitucionalidad del actual sistema que veda la posibilidad de adopción a los concubinos.

Debe tenerse presente que la adopción simultánea por más de una persona que no sean cónyuges o pareja conviviente torna absolutamente nula a la adopción (art. 634 inciso d).

Los adoptantes deben reunir los siguientes requisitos:

a) Ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado –actualmente es de dieciocho años– excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente (art 599). La carencia de este requisito es sancionada con la nulidad absoluta de la adopción (art. 634 inciso b).

b) Residir permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país (art. 600). Se supera así la discusión doctrinaria y jurisprudencial referida a los nacionales que no contaban con el plazo de residencia pautado por la ley 24.779.

c) Hallarse inscripto en el registro de adoptantes. La sanción prevista por violación de este requisito es la nulidad absoluta (art. 634 inciso h). Siguiendo lo establecido en la ley nacional 25.854 del Registro Único de Aspirantes a Guarda Preadoptiva y su similar provincial n° 13.093, la inscripción en el Registro se dispone previa evaluación positiva de los equipos interdisciplinarios. En función de ello, el inciso h citado habla de «inscripción y aprobación» despejándose así toda posibilidad que se entienda por cumplido el requisito con la mera presentación de la solicitud de inscripción. Este requisito no es exigible en caso de adopción de integración (art. 632 inciso b).

d) Haber cumplido veinticinco años de edad, excepto que su cónyuge o conviviente que adopta conjuntamente cumple con este requisito (art. 601 inciso a)⁶. La vulneración de esta norma acarrea nulidad relativa de la adopción (art. 635 inciso a).

e) No debe ser ascendiente del adoptado (art. 601 inciso b). La adopción de descendientes es sancionada con nulidad absoluta (art. 634 inciso e).

f) No debe ser hermano o medio hermano del adoptado (art. 601 inciso c) La violación de este requisito acarrea la

nulidad absoluta de la adopción [art. 634 inciso f)]⁷.

El artículo 598 pauta que la existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, debiendo ser oídos por el juez y valorarse su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez (598).

Se establecen normas para ciertas situaciones particulares de los adoptantes:

a) Las personas casadas o en unión convivencial solo pueden adoptar si lo hacen conjuntamente [art. 602], excepto que: a.1) el cónyuge o conviviente haya sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida, y la sentencia le impida prestar consentimiento válido para este acto [art. 603, inciso a). En este caso debe oírse al Ministerio Público y al curador y, si es el pretense adoptante, se debe designar un curador ad litem; a.2.) los cónyuges estén separados de hecho [art. 603 inc. b).

b) Las personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de madre o padre con una persona menor de edad, pueden adoptarla conjuntamente aún después del divorcio o cesada la unión [art. 604]. El juez debe

valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño.

c) Si la guarda con fines de adopción fue otorgada durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja [art. 605]. En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido.

d) Como actualmente se establece, el tutor sólo puede adoptar a su pupilo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela [art. 606].

6. El camino de la adopción

El proyecto, para llegar a la adopción plena y simple, señala un único camino que se corre mediante tres pasos:

- La declaración judicial de la situación de adoptabilidad [arts. 607 a 610]

- La guarda con fines de adopción [arts. 611 a 614].

- El juicio de adopción [arts. 615 a 618].

Como veremos más abajo, el proyecto acota marcadamente la posibilidad de entrega directa en guarda preadoptiva por los padres, con lo que la regla general en la materia será el acceso a la adopción a través de la intervención previa de la autoridad administrativa de aplicación de las respectivas leyes de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, de la ulterior declaración en situación de adoptabilidad y de la intervención final del Registro Único de Aspirantes a Guardas Preadoptivas y de los inscriptos existentes en él.

6.1. La declaración judicial de situación de adoptabilidad

El proyecto indica con precisión cuáles son los supuestos para la procedencia de la declaración judicial de situación de adoptabilidad y marca ciertos lineamientos generales en materia procesal.

6.1.1. Primer supuesto [art. 607].

Contempla el caso de los niños y niñas sin filiación establecida o cuyos padres

han fallecido y respecto de los cuales el organismo administrativo competente⁸ ha agotado la búsqueda de los familiares de origen en un plazo máximo 30 días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada.

Una de las situaciones que comprende el supuesto es la de los niños abandonados al nacer. La discusión se centra principalmente en el lapso existente entre el momento del abandono y el del dictado de la sentencia declarativa de situación de adoptabilidad. En dicho lapso el niño debe ser recibido por alguna familia, siendo ello claramente preferible a su institucionalización más aún cuando se trata de niños recién nacidos. Un aspecto del debate es si debe convocarse preventivamente a una familia inscrita en el RUAGA o si debe recurrirse a los sistemas de familias solidarias o de acogimiento. En este último caso, la eventual sentencia declarativa de situación de adoptabilidad importará para el niño un segundo desarraigo en tanto y en cuanto deberá insertarse en la familia adoptiva. Se muestra entonces imprescindible el prudente actuar de la autoridad administrativa en cuanto al tiempo de permanencia del niño en el sistema de familias solidarias.

6.1.2. Segundo supuesto (art. 607)

Abarca a los niños y niñas cuyos padres tomaron la decisión libre e informada de que sean adoptados. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los 45 días de producido el nacimiento.

El plazo de 45 días está vinculado con el puerperio de la madre. Sin embargo, la decisión podría ser otorgada por los padres respecto de niños mayores. Ahora bien, se dará el supuesto –muy común en la práctica cotidiana– de madres y padres que quieren entregar su hijo recién nacido directamente a una familia adoptiva sin tener contacto con el mismo. En este caso, la decisión será adoptada con anterioridad al plazo legal y deberá proveerse a ese niño de una familia reiterándose la discusión sobre a qué tipo de familia recurrir. A mi juicio la decisión deberá ser ratificada por los padres transcurrido el plazo de 45 días.

6.1.3. Tercer supuesto (art. 607)

Prevé los casos de niños respecto de los cuales se han adoptado medidas excepcionales por aplicación de la ley 26.061 y 12.967 y la revinculación intentada con la familia de origen por la autoridad de aplicación de dichas leyes no ha dado resultado en un plazo máximo de 180 días. El artículo agrega que el organismo ad-

ministrativo que tomó la decisión debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad y comunicarlo al juez interviniente dentro del plazo 24 horas.

Debemos recordar que en nuestra provincia la ley 12.967 establece un plazo máximo de duración de las medidas excepcionales de un año y seis meses (artículo 51 tercer párrafo). Se deberá compatibilizar este plazo con emergente del artículo 607 si fuere aprobado. La norma proyectada, si bien aparece con cierta inflexibilidad en el plazo, estará sujeta a diversas interpretaciones en tanto y en cuanto al vencimiento del plazo se prevé únicamente el dictamen de la autoridad de aplicación sobre la situación de adoptabilidad, sin que necesariamente dicho dictamen deba ser emitido en orden a promover la misma.

En nuestra provincia la ley 13.237 de modificación a la ley 12.967 se ha adelantado en cierto sentido a la norma proyectada y ha establecido un procedimiento a los fines de arribar a la declaración de situación de adoptabilidad. Debe tenerse en cuenta que al finalizar una medida excepcional la autoridad administrativa se encuentra ante dos posibilidades: ordenar el cese de la medida lo que implica el retorno del niño a su familia de

origen, o por el contrario resolverla definitivamente. En este último supuesto debe sugerir al juez de familia la medida definitiva a adoptar, entre las que puede estar la declaración de situación de adoptabilidad. El juez debe efectuar el control de legalidad del decisorio administrativo que resuelve definitivamente la medida, pudiendo por decisión fundada ordenar la continuación de la medida excepcional por un plazo máximo de seis meses (art. 66 bis). Si el Juez ratificara la finalización, debe citar a los padres, tutores, guardadores o responsables de los niños a comparecer a estar a derecho, expedirse sobre las medidas definitivas propuestas por la autoridad de aplicación y ofrecer prueba en el término de diez días, bajo apercibimiento de resolver sin más en caso de falta de contestación. Debe también dar intervención al Defensor General y adoptar todas las medidas que considere pertinentes en orden a proteger el superior interés de los niños comprendidos.

El artículo 66 ter de la ley 12.967 fija un procedimiento para el caso de oposición de los padres, tutores, guardadores o responsables de los niños a las medidas propuestas por la autoridad administrativa: debe nombrar un tutor especial para el o los niños y, previa aceptación

del cargo, correrle traslado por diez días tanto de la medida propuesta como de la oposición formulada, debiendo evacuarlo y ofrecer prueba. Si no hubiere oferta probatoria el juez dicta sentencia en el plazo de cinco días, caso contrario se proveerá la prueba ofrecida y designa audiencia de vista de causa en un plazo no mayor de treinta días, conforme lo establecido en el artículo 413 del Código Procesal Civil y Comercial. El juez dicta sentencia en el plazo de cinco días debiendo previamente haber tomado contacto personal con los niños y oírlos conforme a su edad.

La medida excepcional se considera prorrogada durante la tramitación del juicio de oposición debiendo la autoridad administrativa continuar interviniendo hasta tanto se dicte sentencia definitiva o el Juez atribuya cautelarmente la guarda de los niños.»

El artículo 66 quáter de la ley provincial establece que si el o los niños fueren declarados en situación de adoptabilidad se recurre al Registro Único de Aspirantes a Guarda Preadoptiva a los fines del otorgamiento de la misma. En este punto, cabe consignar que no podrá desconocerse la situación de los niños que se han arraigado en familias solidarias en

tanto y en cuanto éstas pretendan una futura adopción.

6.1.4. Otro supuesto (art. 610)

La sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad.

El artículo 700 enumera los casos en que procede la privación de la responsabilidad parental por: a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo la custodia del otro progenitor o la guarda de un tercero; c) poner en peligro la salud física o psíquica del hijo; d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo.

El artículo 703 establece que si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola y que, en su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente.

6.1.5. Excepción

El anteúltimo párrafo del artículo 607 da una chance final al grupo originario del niño por sobre la declaración de situación de adoptabilidad y dispone que la misma no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este. La excepción es lo suficientemente amplia e incluye en la misma a cualquier familiar –sin diferenciación de grados de parentesco- como así también a un «referente afectivo». En ambos casos, será la labor judicial la que dará contenido a estos conceptos de conformidad al caso concreto y a la prueba que se acerque al juez. El juez deberá ponderar si la petición se compadece con el superior interés de ese niño o niña en particular. Entiendo que también se deberá tener en cuenta la oportunidad en que es formulada la pretensión por los familiares o referentes afectivos más aún en el caso previsto para la finalización de medidas excepcionales en los que se parte de la base que la autoridad de aplicación de la ley de niñez ha agotado las posibilidades de revinculación con la familia de origen.

6.1.6 Procedimiento

En el aspecto procesal el párrafo final del artículo 607 ordena al juez resolver

sobre la situación de adoptabilidad mediante el procedimiento más breve previsto en cada jurisdicción, extremo que obliga en nuestro caso a seleccionar en nuestro ordenamiento ritual el procedimiento que aún siendo breve otorgue todas las garantías de la defensa en juicio, al menos hasta que se adecue el código procesal a la nueva legislación.

También el nuevo Código se introduce en el ámbito procesal al establecer quiénes son las personas que deben intervenir en el procedimiento de declaración de situación de adoptabilidad, literalmente dice: a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada; b) con carácter de parte, de los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes; c) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial y d) del Ministerio Público. Habilita también al juez para escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.

El proyecto también unifica ciertas reglas procedimentales para esta materia, siguiendo el criterio propuesto en el mismo mediante la inclusión del Título VIII «Reglas Procesales» del Libro II «Relaciones de Familia». En ese marco,

el artículo 716 dispone que en los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

El artículo 609 prevé:

a) La declaración de situación de adoptabilidad tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales. Esta asignación de competencia es clara respecto del tercer supuesto previsto en la ley, mas no en los dos primeros. En el caso de los niños y niñas sin filiación establecida o cuyos padres han fallecido la adopción de una medida excepcional por parte de la autoridad de aplicación de la ley de niñez no es imprescindible; en el caso de los niños cuyos padres tomaron la decisión libre e informada de que sean adoptados no hay medida excepcional y tampoco intervención de la autoridad de aplicación.

b) Es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situa-

ción de adoptabilidad se tramita;

c) La sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor a los diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción. El inciso debe ser relacionado con el artículo 613 que indica que el juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes. Ambas normas deben ser integradas partiendo de la base que la primera refiere a la selección por el Registro de la nómina que enviará –que en algún caso particular no lo será y se limitará a un solo legajo- y es el juez el que en definitiva atribuye a una determinada familia la guarda preadoptiva.

6.2. La guarda con fines de adopción

El procedimiento de guarda preadoptiva se encuentra claramente instalado en nuestro país y es suficientemente conocido por el sistema judicial de familia. El proyecto introduce algunas modificaciones a la guarda preadoptiva vigente, con especial referencia a marcadas

restricciones en el ámbito de la guarda por entrega directa, si bien no la prohíbe definitivamente. Limita también el plazo máximo de la guarda, el que no excederá de seis meses [art. 614].

6.2.1. Restricciones a la guarda directa

El artículo 611 se titula «Guarda de hecho. Prohibición» mas luego el primer párrafo lo acota a la entrega directa de niños, niñas y adolescentes en guarda, ya sea por escritura pública o acto administrativo, o la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. Es decir, el principio general es que la entrega de niños en guarda se encuentra en general prohibida.

El proyecto no distingue aquí las guardas preadoptivas de otro tipo de guardas, como son las dadas de hecho y que en verdad importan solo la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (patria potestad) sin que importe intención alguna de los progenitores de cesar en la titularidad y ejercicio de la misma. A tal fin el proyecto habilita a los progenitores a convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente o tercero idóneo, en el interés del hijo y por razones suficientemen-

te justificadas, siendo aplicable también para el hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido. La norma, contenida en el artículo 643, se encuentra en el título sobre «Responsabilidad Parental» y acota suficientemente la posibilidad de delegación: el acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo, tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Se establece también que los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

La regla general de prohibición de la guarda directa viene acompañada de duras sanciones para el caso de incumplimiento. Así, el segundo párrafo del artículo 611 establece que la transgresión habilita al juez a separar al niño transitorio o definitivamente de su guardador y el párrafo final quita todo efecto a la guarda de hecho, a la guarda judicial o a la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental a los fines de la adopción.

Sin embargo, el segundo párrafo del

artículo 611 antes mencionado incluye una excepción: la comprobación judicial que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco o afectivo, entre éstos y el o los pretendientes guardadores del niño. En tanto se habla de comprobación judicial es claro que deberá producirse prueba suficiente que aporte al juez el convencimiento de que se trata de un caso de excepción.

6.2.1. Aspectos procesales

También aquí el proyecto incluye normas rituales. Así, la guarda preadoptiva debe ser discernida inmediatamente por el juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad (art. 612). Debe observarse que no se trata de tres procedimientos distintos sino que son secuencias dentro de un mismo camino procesal, remarcándose el uso del adverbio «inmediatamente» del otorgamiento de guarda preadoptiva respecto de la declaración de situación de adoptabilidad. Claro está que no podrán soslayarse los casos particulares donde el centro de vida del niño haya sido modificado⁹.

6.2.1.1. Selección de pretendientes adoptantes

Como ya vimos, el artículo 613 otorga

al juez la facultad de seleccionar a los pretendientes adoptantes de la nómina remitida por el RUAGA, este aspecto no será aplicable en los casos en que sean los padres quienes toman la decisión de dar sus hijos en adopción y los han entregado de modo directo a personas con vínculo de parentesco o afectivo comprobado judicialmente.

El artículo señala que a los fines de la selección, o para otras actividades que considere pertinentes, el juez convoca a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, organismo que también puede comparecer de manera espontánea. Deberá tenerse presente en este aspecto las particularidades propias de cada jurisdicción provincial. En el caso de nuestra provincia no podrá desconocerse que los equipos interdisciplinarios de la Dirección Provincial de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia son distintos de los del RUAGA y que ambas reparticiones dependen de distintos Ministerios.

El artículo 613 indica al juez que para la selección, y a los a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se deben tomar en cuenta,

entre otras pautas: las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretendidos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.

El último párrafo del artículo 613 ordena también al juez citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. En este aspecto, si la decisión es inmediata al proceso de declaración de situación de adoptabilidad, se deberá ponderar que el niño ya fue entrevistado conforme lo dispone el artículo 609 con el objeto de evitar la sobreexposición del niño en el ámbito judicial.

6.3. El juicio de adopción

El camino culmina en el juicio de adopción, en el que es competente el juez que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretendidos adoptantes, el del lugar en el que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión (art. 615).

El proyecto, siguiendo el principio de oficiosidad del artículo 709¹⁰, establece que

el juicio debe ser iniciado por el juez interviniente ya sea de oficio, a pedido de parte o de la autoridad administrativa, una vez cumplido el período de guarda (art. 616). Se disipa aquí toda posibilidad de innecesaria dilación de las guardas preadoptivas que, si bien aisladamente, se han registrado en el fuero de familia. Esas dilaciones atentan contra los derechos fundamentales de los niños y deben ser remediadas por el Estado.

Las partes de este juicio, conforme al artículo 617, son: a) los pretendidos adoptantes, b) el pretendido adoptado que cuenta con edad y grado de madurez, c) el Ministerio Público y d) la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad.

El artículo determina pautas a ser observadas respecto del pretendido adoptado: a) deben intervenir con asistencia letrada, b) si es mayor de 10 años debe prestar su consentimiento, y c) el juez debe oírlo personalmente y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez.

También se establece que las audiencias son privadas y el expediente reservado.

El artículo 618 imprime a la sentencia de adopción efecto retroactivo a la fecha de la

sentencia que otorga la guarda con fines de adopción, excepto cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción.

7. Tipos de adopción (art. 620)

La actual adopción simple integrativa es separada por el Proyecto y conformada como un tipo autónomo con algunos tintes diferenciales de la actual. Se prevén entonces:

a) Adopción Plena: confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.

b) Adopción Simple: otorga el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, con las excepciones que más abajo veremos.

c) Adopción de integración: se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera ciertos efectos que detallaremos luego.

7.1. Adopción plena y simple. Normas comunes

El proyecto intenta compatibilizar los tipos de adopción con la realidad familiar que no responde a moldes rígidos preestablecidos. En ese sentido, y siguiendo el temperamento general en materia de familia, se confía al juez la adecuación del instituto a cada familia en particular dentro de ciertos parámetros que impiden decisiones meramente discrecionales.

Así, el artículo 621 faculta al juez a otorgar la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño. Asimismo, a petición de parte y por razones fundadas el juez puede convertir una adopción simple en plena (art. 622).

Una importante innovación es la contenida en el segundo párrafo del artículo 622.

a) **Subsistencia de vínculo jurídico:** en la adopción plena el juez, a pedido de parte y por motivos fundados puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen, cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente.

b) **Creación de vínculo jurídico:** el en la

adopción simple el juez puede crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados para cada tipo de adopción.

El artículo 623 establece como regla general que el prenombre del adoptado debe ser respetado, pudiendo el juez modificarlo en el sentido que se le peticione de modo excepcional y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado.

7.2. Adopción plena

Tal como rige hoy en día el proyecto califica a la adopción plena de irrevocable. El segundo párrafo del artículo 624 admite la acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento al solo fin de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción.

El artículo 625 establece como pauta general que la adopción plena debe preferentemente ser otorgada cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos

de padre y madre que no tengan filiación establecida. Luego agrega los siguientes supuestos: a) Cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad; b) Cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental; c) Cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción.

El artículo 626 ordena reglas vinculadas con el apellido del hijo por adopción plena: en la adopción unipersonal, el apellido del adoptante pudiendo solicitar se mantenga el doble apellido si lo tiene, en la adopción conjunta se siguen las reglas del apellido de los hijos matrimoniales¹¹. De modo excepcional puede agregarse o anteponerse el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta, a petición de parte interesada y fundado en el derecho a la identidad del adoptado. El último inciso del artículo obliga al juez a valorar la opinión del adoptado si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, reiterando el criterio emergente de la CIDN.

7.3. Adopción simple

La adopción simple no extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen

conforme ya lo viéramos. Como consecuencia de ello, el artículo 627 el inciso a) del artículo 627 pauta la regla general de conservación de los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen, sin perjuicio que la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes. La familia de origen, conforme al mismo criterio, tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño (inciso b); el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos (inciso c) y el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; rigiendo las mismas reglas de la adopción plena a falta de petición expresa (inciso d). El último inciso del art. 627 dispone que el derecho sucesorio se rige por lo dispuesto en Libro Quinto del proyecto¹².

El artículo 628 admite el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación contra sus progenitores, y el reconocimiento del adoptado, sin que ninguna de estas situaciones altere los efectos de la adopción establecidos en el artículo 627.

La adopción simple es revocable en los siguientes casos: a) por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad previstas en este Código; b) por petición justificada del adoptado mayor de edad; c) por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente. La revocación extingue la adopción desde que la sentencia queda firme y para el futuro. Revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo.

7.4. Adopción de integración

Aún cuando se trate de una categoría diferenciada respecto de la actual normativa, la adopción de integración continúa la finalidad actual de la adopción simple integrativa. Sin embargo posee dos elementos diferenciadores de importancia: la habilitación del conviviente a adoptar al hijo de su pareja y la posibilidad que sea otorgada con carácter de adopción plena o simple.

El artículo 630 mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante. El artículo 631 detalla

los efectos entre el adoptado y el adoptante: a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado; b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621, es decir el juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

El artículo 632 agrega ciertas reglas específicas sin perjuicio de las disposiciones generales: a) los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas; b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes; c) no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho; d) no exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad; e) no exige previa guarda con fines de adopción. Estas reglas distinguen al instituto con nitidez respecto de los otros dos tipos y justifican plenamente su tratamiento autónomo.

La adopción de integración es revocable por las mismas causales previstas para

la adopción simple, se haya otorgado con carácter de plena o simple (art. 633)

8. Las nulidades (arts. 634 y 635)

En el desarrollo de este artículo hemos ido consignando las causales de nulidad absoluta y relativa previstas en los artículos 634 y 635 respectivamente¹³. Así, es de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a: a) la edad del adoptado; b) la diferencia de edad entre adoptante y adoptado; c) la adopción que haya tenido como antecedente necesario un delito cometido por el adoptante contra el adoptado o sus progenitores de origen; d) la adopción simultánea por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges o pareja conviviente; e) la adopción de descendientes; f) la adopción de hermano y de medio hermano entre sí; g) La declaración judicial de la situación de adoptabilidad; h) La inscripción y aprobación del registro de adoptantes; e i) La falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado. Son de nulidad relativa las que vulneran las normas sobre: a) la edad mínima del adoptante; b) vicios del consentimiento; c) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.

9. Inscripción (art. 637)

La adopción, su revocación, conversión y nulidad deben inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas

10. Conclusiones

La reforma propuesta en materia de adopción se compadece con el ordenamiento jurídico constitucional y con los tratados internacionales suscritos por nuestro país. Está pensada desde la perspectiva de los derechos del niño, especialmente desde su derecho a la identidad y a crecer en un marco de contención familiar. Desde ese núcleo son articulados los derechos de los adultos, tanto sea de la familia biológica originaria como de aquellas familias que desean asumir las obligaciones propias de la adopción. El diseño normativo no busca acelerar ni desacelerar los trámites de adopción sino asegurar los derechos puestos en juego. Será la labor la autoridad administrativa competente en materia de niñez, en primer término, la que provea a cada niño un ámbito propicio para un crecimiento saludable, alzándose contra ello las gestiones excesivamente prolongadas y a carencia de recursos suficientes. Corresponderá al Poder Judicial el control debido de la

actuación de la autoridad administrativa y su propio accionar diligente.

Cabe señalar finalmente que la sanción y ulterior promulgación del nuevo Código Civil y Comercial, que en el año 2012 aparecía como inevitable, se ha dilatado en su trámite parlamentario. Sin perjuicio de ello y más allá de que se ponga o no en vigencia, lo cierto es que muchas de las reformas propuestas ya están siendo aplicadas por los jueces a partir de sustentarse de modo directo en normas constitucionales y de los tratados internacionales. Amén de las discusiones y debates que pueden hacerse respecto de ciertas normas proyectadas particulares o del mayor o menor alcance de algunas instituciones previstas, los núcleos fundamentales de la reforma encuentran también un claro anclaje en la realidad que cotidiana y vemos en el Tribunal, en los estudios jurídicos, en los despachos administrativos y en las calles de nuestras respectivas comunidades. La demora en la adecuación de las instituciones jurídicas a la realidad va colocando al derecho vigente, de modo progresivo, al borde de la inconstitucionalidad en tanto dé una respuesta insatisfactoria o directamente ya no dé respuesta a las necesidades de la comunidad ■

¹ Claro está que observará también los fallos de las Cámaras respectivas y en el caso de los Tribunales Colegiados de Familia los fallos plenos que los mismos hayan emitido en su respectiva jurisdicción.

² Art. 594: La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. / La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

³ El artículo establece además que el expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

⁴ El artículo 707 correspondiente a las reglas procesales en materia de familia recepta el derecho de los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, y de las personas mayores con capacidad restringida a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. La obligación recae en el juez de modo personal según las circunstancias del caso.

⁵ El artículo 610 declara equivalente la sentencia de privación de la responsabilidad parental a la declaración judicial en situación de adoptabilidad.

⁶ El inciso a) del art. 315 vigente prohíbe la adopción a quienes no hayan cumplido treinta años de edad, es decir comprende a ambos cónyuges, y establece como excepción que tengan más de tres años de casados o cuando acrediten la imposibilidad de tener hijos.

⁷ Llama la atención el uso de «medio hermano» cuyo reemplazo por «hermano unilateral» es establecido en el artículo 534. Los únicos artículos que utilizan «medio hermano» son los aquí referidos.

⁸ En nuestro caso, la Subsecretaría de Niñez, Adolescencia y Familia o las Direcciones Provinciales de Promoción de los Derechos de la Niñez, Adolescencia y Familia de la 1a o 2a Circunscripción o las delegaciones locales autorizadas a tal fin.

⁹ Recordar el criterio general emergente del artículo 716 en cuanto a la competencia del juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.

¹⁰ Art. 709.- Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. / El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

¹¹ Consultar las normas sobre nombre contenidas en el proyecto en los artículos 62 a 72.

¹² Remarco en particular los artículos 2430 y 2432 correspondientes a la sucesión de los descendientes y de los

ascendientes respectivamente: Artículo 2430.- Caso de adopción. El adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por naturaleza y mediante técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 2432.- Parentesco por adopción. Los adoptantes son considerados ascendientes. Sin embargo, en la adopción simple, ni los adoptantes heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de origen, ni ésta hereda los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción. Estas exclusiones no operan si, en su consecuencia, quedan bienes vacantes. En los demás bienes, los adoptantes excluyen a los padres de origen.

¹³ Cabe consignar aquí que el artículo 386 proyectado califica de nulidad absoluta aquellos actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres y de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas. La nulidad absoluta puede declararse de oficio si es manifiesta al momento de dictar sentencia y no puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción (art. 387). Los de nulidad relativa sólo pueden declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece pudiendo ser, excepcionalmente, invocado por la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Pueden sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo (art. 388).

Estrategia Judicial

DR. JUAN IGNACIO PROLA

Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral.
Venado Tuerto.

El planteo de la cuestión

Cuando llegué a la Magistratura, después de veinticinco años de ejercicio en la profesión, sentí de inmediato el tremendo poder que tiene la función judicial. Se involucra con los destinos de los individuos, con sus afectos, sus pasiones, sus miserias y grandezas, opera sobre los valores más profundos del ser humano. Esto significa que debemos tener en todo momento conciencia de la enorme responsabilidad que nos cabe a quienes ejercemos dicha función. Los jueces deciden sobre la vida de las personas. Después de una decisión judicial, la vida de las personas, sometidas a proceso, ya no será la misma, para su bien o para su mal, pero ya no será la misma.

En este orden de ideas, no sería difícil acordar que, en el esquema de solución de conflictos que propone el sistema judicial, la sentencia (decisión judicial por antonomasia) es el acto jurígeno¹ por excelencia. Por lo tanto, entender cómo se llega a la decisión judicial y por qué, es crucial para el Derecho². La estrategia judicial aparece entonces como una respuesta posible a la primera de esas dos preguntas, es decir: cómo se llega a la decisión judicial³.

De modo tal que es insoslayable analizar cuál es la situación del Juez, de la persona que ejerce el rol de Juez, qué elementos entran en juego al momento de tomar la decisión, y si esa decisión se toma estratégicamente. En el caso que así sea, debiéramos ver si esa estrategia es una sola y válida para todo tipo de proceso o si, lo que pareciera más lógico, esa estrategia varía de acuerdo al tipo de proceso en que nos encontremos. Por lo tanto, me parece importante comenzar con una lista de preguntas⁴.

Primera pregunta: ¿qué es una estrategia judicial?: a) ¿es la estrategia de un Juez?; b) ¿es la estrategia de un Poder del Estado?; c) ¿es la estrategia de una sociedad?; d) ¿son todas estas cosas juntas?

Segunda pregunta: ¿qué fuerzas operan sobre un Juez al momento de establecer la estrategia y cuál es la necesidad de ella?

Tercera pregunta: ¿en qué consiste la estrategia judicial?: a) ¿tiene razón Kennedy (2010) y la estrategia judicial solamente consiste en ocultar la ideología del Juez a través de la negación freudiana⁵?; b) ¿solamente entran en juego cuestiones ideológicas, u operan también otras cuestiones tales como la historia de vida del Juez, su

situación psicológica, su posición social, su escala de valores morales, etcétera?

Cuarta pregunta: ¿cuál es el fin perseguido por esa estrategia? Empezamos diciendo que no podemos disociar la idea de estrategia de la idea de fin, de finalidad, de meta, de objetivo a lograr. ¿El Juez se traza una serie de planes y de objetivos parciales para llegar a un objetivo final?: a) ¿ese objetivo final es siempre el mismo, es uno sólo, o son más?; b) si es uno solo y siempre el mismo, ¿tiene matices?; c) ¿a quién está dirigido ese objetivo final; a las partes, al Estado, a la sociedad?; d) ¿a todos ellos en conjunto? ¿cómo?

Quinta pregunta: ¿el fin perseguido le viene impuesto al Juez por alguien, desde afuera, es exógeno, o también existe un fundamento endógeno, propio del caso concreto o del mismo Juez? Llamo fundamentos exógenos a aquellas fuerzas externas que operan sobre el Juez, tales como una presunción legal o una directiva de un tribunal superior o un acuerdo plenario. Llamo factores endógenos a aquellos que vienen del interior del Magistrado, o de las particularidades propias del caso. De manera que se podría ensayar esta clasificación provisional de los factores endógenos en: a)

subjetivos; aquellos relacionados con las predilecciones más íntimas del Juez, su situación emocional, preferencias espirituales, etcétera, que lo predisponen naturalmente en uno u otro sentido; b) objetivo;: aquellos que conformar particularidades del propio caso que se trajero a conocimiento del Juez o tribunal.

Uno de los inconvenientes que plantea el admitir la existencia de estrategias del Juez, consiste en la necesidad de atribuir una intención determinada y previa en éste, que subyace en el propio concepto de estrategia. Dado que toda estrategia persigue un fin, evidentemente ese fin se persigue de modo intencional. Si existe cierta intencionalidad en el Juez, ésta puede atentar contra el principio de imparcialidad, o de algún otro que tenga valor constitucional, jurídico o ideológico.

Las respuestas que encontremos a estas preguntas dependerán, en buena parte, de la concepción del Derecho y de sociedad, que tenga quien se las haga. El que observa una sociedad con criterio conservador, va a pretender que los jueces no tengan estrategias, que sean meros aplicadores de la Ley. Por el contrario, quien conciba al Derecho como una herramienta de transformación social, ne-

cesita de jueces estrategias que adopten sus decisiones sin perder de vista la realidad que se les presenta.

Definiciones: ¿de qué hablamos cuando hablamos de «estrategia judicial»?

Sin la pretensión de agotar la lista, la noción de estrategia judicial puede desarrollarse en los siguientes niveles:

- a- como estrategia política general de un Estado en relación al Poder Judicial;
- b- como estrategia del Poder Judicial, en cuanto a la manera de alcanzar sus propios objetivos;
- c- como estrategia de los jueces y tribunales para el caso concreto, y dentro de ésta:
 - a. como estrategia en relación al proceso;
 - b. como estrategia en relación a la decisión.

Este trabajo estará circunscrito a la tercera acepción con sus variantes, sin perjuicio de que pueda referirse ocasionalmente y por estrictos motivos de necesidad argumentativa a las otras dos. Además, para recortar el tema -sería imposible de abarcar en su totalidad en un trabajo como el presente- vamos a circunscribir nuestro análisis al campo iusprivatista.

Para terminar, y puesto que todo método implica una petición de principios -que es una forma de definirse-, quiero señalar que este trabajo está pensado desde el trialismo integrativista⁶, pues, a nuestro criterio, tiene la ventaja de permitir una visión del tema desde una perspectiva más comprometida con la vida y la dignidad humanas, toda vez que articula sobre el mismo fenómeno una triple mirada integradora de diferentes planos del suceso histórico captado por el Derecho.

Rudimentos de una teoría de la estrategia judicial

- I. Si buscamos en un diccionario -el de la Real Academia, por ejemplo- nos da tres acepciones a la palabra estrategia:
- Arte de dirigir las operaciones militares.
 - Arte, traza para dirigir un asunto.
 - En un proceso regulable, el conjunto de las reglas que aseguran una decisión óptima en cada momento.

Como vemos, en la definición que nos da el diccionario, la noción de fin o meta está implícita en las ideas de dirección y de decisión presentes en las tres acepciones. Esto puede ser trasladado al terreno jurídico. En el ámbito del Derecho

y, en particular, en el aspecto que ahora nos interesa, las dos primeras nociones pueden ser aplicadas a la estrategia judicial para el proceso; en tanto que la tercera, bien puede estar referida a la estrategia para la decisión judicial.

En consecuencia, podríamos decir que la estrategia, desde el punto de vista jurídico, consiste en la ordenación y disposición del conjunto de elementos que poseen algunos de los operadores del Derecho⁷ para llevar adelante un caso.

En general se admite, sin mayor inconveniente, que las partes que intervienen en un proceso pueden tener estrategias: la estrategia de la defensa, la estrategia del actor y que los abogados de las partes puedan tener una estrategia. Sin embargo, nos vemos en dificultades cuando tenemos que admitir que existe una estrategia por parte del Juez o del Tribunal.

Como enseña Ciuro Caldani⁸ (2011), esto se debe al concepto que traemos desde la época del racionalismo, del Modernismo, de la Revolución Francesa y de la Exégesis, donde el Juez era la pieza última que dejaba lista la aplicación del Derecho en el caso concreto, el último engranaje, la etapa final de la línea de montaje de una

maquinaria jurisdiccional que no tenía estrategia. Las máquinas no tienen estrategia, porque no tienen intención. Uno sencillamente las pone en funcionamiento y ellas comienzan a realizar las operaciones para las que han sido pensadas y programadas. En consecuencia, si concebimos al Juez como un mero aplicador de la Ley, y la Ley es una maquinaria que no fija estrategias sino que opera con independencia de la voluntad de las personas; luego, el Juez no podría disponer de una estrategia, sino que sería un aplicador impersonal de la Ley a través de un silogismo lógico, y según el método de la subsunción.

Como vemos, en este sentido, no se diferencia el Juez de una máquina. Si así fuera, hoy en día, con los avances tecnológicos que existen, válidamente se podría reemplazar la figura del Juez humano por la de una computadora que imparcialmente dijera -una vez que se le cargasen los datos necesarios- a cuál de las partes le asiste el Derecho o a quién ampara la Ley. Sin embargo, la Justicia o el Derecho -como le queramos llamar- no se agotan en esa mera circunstancia. Me parece que está claro que por alguna razón no se liquidan los pleitos a través de soluciones informáticas, sino que sigue habiendo un Juez humano que con-

trola el desarrollo del proceso y que, de acuerdo a lo que está viendo en el juicio, toma la decisión. El valor está justamente en que es un ser humano (o un conjunto de seres humanos) el que está emitiendo la decisión, pues esto importa el reconocimiento de una paridad inicial básica, si se quiere metafísica, que se establece a través del reconocimiento recíproco de la condición humana, tanto del justiciable hacia el Juez, como del Juez hacia el justiciable. De modo que uno no puede esperar del otro más que un desenvolvimiento acorde a su condición de ser humano. Esto requiere de jueces fuertemente comprometidos con la realidad social de su competencia.

Por este motivo, sería hipócrita negar que la decisión judicial está compuesta por una serie de cargas que trae el Juez consigo, de las cuales no se puede desprender, y que entran en juego en el momento de dictar la sentencia. Justamente en eso consiste que la Justicia sea humana, porque le brinda al Juez la posibilidad de observar las cosas, más allá de la letra fría de la Ley.

De manera que me parece lícito preguntarnos sobre si los jueces son meros aplicadores de la Ley, o si al momento de

dirigir un proceso y tomar la decisión, el Magistrado despliega, desarrolla y ordena una serie de herramientas de muy variado orden con las que cuenta, a fin de alcanzar el objetivo, finalidad o meta del caso concreto⁹. Si admitimos como real esto último, entonces se impone la adopción de una cierta estrategia.

II. Cualquier teoría de la estrategia que se asuma como tal debe ensayarse según la realidad en la cual está inserta esa estrategia. La misma va a funcionar en un esquema muy claramente definido, que es el ámbito del Poder Judicial. La función del Poder que está destinada a impartir justicia tiene un alto grado de importancia política y un profundo valor estratégico para el Estado, dado que no se puede imaginar un Estado sin Poder Judicial. El Poder Judicial es una herramienta que tiene el Estado para llevar adelante sus políticas, no solamente para establecer o para mantener la paz social a través de la solución de los conflictos, sino también para llevar adelante acciones positivas, a través de las cuales se cumplan los fines para el cual el Estado ha sido previsto.

En consecuencia, lo primero es saber es cuál es la función o el rol que tiene el Poder Judicial en el esquema del Estado. A partir

de ahí podemos empezar a entender cómo funcionaría la teoría de la estrategia judicial, a fin de dar respuesta o de poner en práctica la estrategia constitucional, en la cual está inserta el Poder Judicial. Por eso es muy importante reconocer las cualidades que en la realidad se nos presentan. No queremos imaginar un Poder Judicial en función de un ideal, sino entender cómo es el funcionamiento real de un juzgado y cuáles son las decisiones estratégicas que deben tomar los jueces para poder realizar el fin para el cual ha sido instituido el sistema judicial.

De ahí la importancia de una descripción de la realidad lo más acabada posible, no sólo del fenómeno jurídico (en el cual se encuentra especializado el Poder Judicial), sino también de las herramientas administrativas con que cuenta, del personal que integra el Juzgado, de la cantidad de causas que se tramitan, de los índices de litigiosidad que hay en la sociedad en la que interviene el Juzgado, etcétera. En consecuencia, es insoslayable comprender en toda su dimensión el funcionamiento de los Juzgados, a fin de poder elaborar estrategias en el plano concreto.

La estrategia siempre requiere de una visión general del fenómeno sobre el cual

se va a aplicar. Observar todo el terreno desde distintos puntos de vista y ver qué cosas nos benefician y qué cosas nos perjudican, en función de los distintos elementos que hay en juego en el momento concreto que tengamos que desarrollar una estrategia. En este sentido, ensayar algunas clasificaciones, a partir de diferentes criterios, pueden ser útiles para comprender el terreno en el que nos movemos. Dichas clasificaciones no se excluyen mutuamente ni conforman compartimientos estancos e incomunicados entre sí, sino que la articulación y el juego entre unas y otras permite una aprehensión más acabada del objeto de estudio.

Dado que los límites editoriales me impiden explayar sobre cada una de las clasificaciones, me limitaré a mencionar algunas posibles. Las estrategias judiciales pueden clasificarse:

- a- según la función, en estrategias administrativas o en estrategias judiciales propiamente dichas;
- b- según el grado de conocimiento;
- c- según la materia sobre la que versa el debate;
- d- según el tipo de Juzgado, podrá ser unipersonal o colegiado;
- e- según el tipo de proceso, etcétera.

Estrategia Judicial en relación al proceso y en relación a la decisión

La estrategia judicial puede referirse al proceso, o a la decisión. Si bien a primera vista pareciera que la primera incluye a la segunda, esto no es así, pues la estrategia procesal se refiere al desarrollo dinámico formal del proceso, en tanto que la estrategia de la decisión se refiere al aspecto argumentativo y de contenido de la misma. A su vez, estas decisiones pueden ser de dos tipos: motivadas (sentencias y resoluciones) o inmotivadas (decretos y providencias de trámite). Sólo las primeras interesan desde el punto de vista de la estrategia de la decisión; las providencias o decisiones inmotivadas quedan atrapadas por las estrategias procesales que desarrolla el Juez, quien -no debemos olvidar en ningún momento- es el director del proceso. A su vez, ambas categorías pueden ser analizadas según el tipo de proceso, según la materia del mismo y según el grado de conocimiento que le quepa al Juez o al Tribunal. Es decir, según las clasificaciones a las que acabamos de referirnos en el punto anterior.

Estrategia Judicial en relación al proceso

Desde el plano normativo, el proceso podría ser entendido como un programa o plan estratégico estándar para tornar operativos la garantía del debido proceso, el derecho de defensa en juicio y el derecho a la jurisdicción. Esto requiere de una concepción dinámica del proceso, pues se vuelve una herramienta articulada hacia a un fin determinado (hacer operativos derechos y garantías constitucionales), que marca los límites dentro de los cuales habrá de desenvolverse el debate, dado que, en definitiva, el proceso se trata de una serie de reglas de juego que se imponen a las partes que vienen a solucionar su conflicto jurídico; luego, la primera decisión estratégica del Magistrado habrá de consistir en no permitir que alguno de los que intervienen en el juicio (partes, testigos, peritos, etcétera) deje de respetar dichas reglas de juego.

Salta a la vista que esta concepción del proceso que acabo de sintetizar, requiere de un tipo de Juez diametralmente opuesto al tradicional. En efecto, el «Juez moderno», cuyo tipo tradicional es el de la exégesis, trata de intervenir

lo menos posible en el proceso, su rol es pasivo, de mero controlador del respeto al orden público procesal. En cambio, el tipo de Juez¹⁰ en el que estamos pensando, es un Juez activo, que participa dinámicamente en el proceso, que lo dirige hacia el fin social y político que supone la existencia del sistema judicial de resolución de conflictos. A éste podríamos llamarlo «Juez posmoderno».

Pasemos al plano axiológico. Si bien es cierto que la mayoría de los Códigos procesales incorpora expresamente el principio de buena fe y lealtad procesal, tales valores estarían presentes en el proceso, aun cuando no tuvieran reconocimiento normativo, pues el proceso no puede encarnar más que los valores que la sociedad considera positivos. Puesto que el proceso está pensado para dar la solución pacífica de los conflictos sociales (individuales o colectivos), uno de sus principales valores estratégicos será el de servir de contención a los ciudadanos de modo de preservar la paz social.

Otro punto a considerar en el orden axiológico consiste en la utilización de la tutela judicial efectiva como herramienta estratégica hacia la cual tiene que tender toda acción del Poder Judicial, pues

si éste no puede hacer efectiva la tutela de los derechos en los ciudadanos pierde toda razón de ser¹¹ al dejarlos huérfanos de justicia.

En otras palabras, tener derechos y no poder gozar de ellos, es peor que no tenerlos. En consecuencia, el sentido de la existencia del Poder Judicial es asegurar la posibilidad del ejercicio y goce del derecho que se trate, cuando este goce se vea impedido.

Por último, desde el *punto de vista sociológico* encontramos, en primer lugar, ciertos argumentos de orden histórico, tales como los motivos sociales y culturales que llevaron a la distinción de la función judicial de las otras dos funciones del Estado.

Otro punto a tener en cuenta aquí son las tradiciones jurídicas del país, que no pueden estar ausentes al momento de componer estrategias, pero tampoco deben operar como un cepo que impida cualquier posibilidad de cambio. Así, en la Argentina, un país con larga tradición en materia de reconocimiento de derechos y libertades civiles (fue uno de los pioneros en abolir la esclavitud, por ejemplo), los jueces, al momento de diseñar sus estrategias procesales, de-

berán tener presente estas tradiciones, permitiendo un procedimiento al que sea fácil acceder y que procure la satisfacción real de la justicia en el caso concreto. Esta mirada nos permite entender, desde otro punto de vista, procesos tales como las medidas autosatisfactivas.

Es en este plano donde los jueces más tenemos que trabajar, en punto a diseñar estrategias procesales que permitan un efectivo y real acceso a la jurisdicción de las personas. Esto se debe, en buena parte, a que el proceso está pensado para una sociedad con mucho menos dinamismo que el de hoy en día. El juicio ordinario o el proceso ejecutivo fueron pensados para una sociedad en la que rara vez alguien daba un cheque sin fondo o dejaba de honrar un pagaré. Pero el legislador procesal no previó (quizá no podía prever) los juicios iniciados en masa por las empresas que venden electrodomésticos en cuotas, o las ejecuciones por saldos impagos de tarjetas de crédito (que se inician por cientos), etcétera. En otras palabras, el proceso tal como está diseñado en el Derecho procesal tradicional, no responde a la sociedad de masas y a la cultura del consumo.

La complejidad y dinamismo de la economía actual, lleva a que los jueces to-

men decisiones que afectan a mucha gente. Por ejemplo, poner un tope a los intereses de las tarjetas de crédito, o la declaración de invalidez de un tipo de contrato de trabajo muy usado en la zona de competencia del Juzgado, puede tener efectos considerables sobre un universo importante de personas que resultarán afectadas. Y estoy trayendo nada más que dos ejemplos. De manera que el Juez, en ciertas ocasiones, puede utilizar estratégicamente un proceso individual, para que provoque o deje de provocar determinados efectos en el medio social que dio lugar el proceso.

Para no irme de los límites de este trabajo, cerremos el capítulo diciendo que habría que pensar seriamente hasta dónde los esquemas procesales y las estructuras jurisdiccionales están preparados para eso. Esto impone la necesidad de una estrategia que deben desarrollar los jueces en determinadas áreas, a fin de dar respuestas a la sociedad sin contar con herramientas procesales adecuadas.

Estrategia en relación a la decisión judicial. Aspectos generales

Dos términos necesito definir para seguir adelante: las nociones de macro-

estrategia judicial y micro-estrategia judicial. La primera apunta a la estrategia global, general y principal de la que participa el Juez por su condición de miembro del Poder Judicial. En el orden normativo, esta macro-estrategia está representada por la Constitución Nacional. En el orden axiológico tiene basamento en el Preámbulo constitucional. En el orden sociológico, la macro-estrategia está fundada en las políticas que justifican la existencia del Estado. La micro-estrategia se define como la estrategia para el caso concreto. Tiene que ver con la fase argumentativa de la decisión y el resultado que el Juez o el Tribunal esperan alcanzar al resolver el caso. Estos argumentos, a su vez, también pueden ser analizados a la luz del trialismo.

La macro estrategia judicial

En el plano normativo. La forma en que ha sido organizado el Poder Judicial con las leyes que lo regulan, suele indicar un aspecto de la macro-estrategia que el Estado desarrolla para facilitar el acceso de los ciudadanos a la Justicia. A modo de ejemplo, observemos la Ley Orgánica del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe: existe una clara decisión estratégica (posiblemente tomada por motivos demográ-

ficos, geográficos, económicos, etcétera) de establecer la competencia concurrente entre los distritos que componen una misma circunscripción, y los Juzgados se encuentran repartidos en ciudades y pueblos, a veces con más de cien kilómetros de distancia entre uno y otro.

En el plano axiológico. La función judicial, como sabemos, es una de las funciones propias del Estado y la única para la cual se requiere título universitario. Me parece oportuno destacar que se puede ser Presidente de la Nación y ser analfabeto, pero no se puede ser Juez si no se es abogado, es decir, si no se tiene un título universitario. Ni siquiera un título secundario, título universitario, y esto es así en la Argentina desde 1853. De por sí, importa una declaración estratégica de la Nación en torno a lo que se pretende de la función judicial.

El Preámbulo constitucional marca el derrotero estratégico hacia el cual se debe dirigir la acción del Estado. Ese valor estratégico se realiza, entre otras, a través de la función de los Magistrados. De manera que cuando en el caso concreto el Juez tenga que establecer la estrategia para el fin que él persigue, no debe perder de vista jamás que forma parte de una macro-estrategia, que

sigue los lineamientos que acabamos de definir en el párrafo anterior.

En el plano sociológico. La Corte Nacional tiene dicho que los jueces no pueden desentenderse de las consecuencias de sus fallos. Y a tal punto es así que la propia Corte tiene, dentro de sus diferentes secretarías, una dedicada a estudiar los impactos económicos de sus propias decisiones. Es cierto que los jueces ordinarios no tenemos la influencia que ejerce la Corte Federal, pero con mayor o menor incidencia sobre la región en la que ejerce su competencia, cada uno de los jueces ordinarios tiene el deber de prever razonablemente la influencia que tendrán sus decisiones sobre la comunidad; en particular, los jueces de segunda instancia, quienes en la enorme mayoría de los casos de derecho común son la última palabra.

Esta directriz marca un claro rumbo ideológico en materia jurídica y es un elemento estratégico a tener en cuenta. Como rumbo ideológico jurídico, indica que, para nuestro máximo tribunal, el Derecho no se reduce a la norma, pues, en el fondo, la imposibilidad de desentenderse de las consecuencias de sus fallos, significa lisa y llanamente que, si de la aplicación estricta de una Ley de-

vienen consecuencias desfavorables o desventajosas para la sociedad, luego, el Juez debe administrar otros recursos jurídicos (los valores, la cultura, las costumbres, etcétera), a fin de conseguir un reparto socialmente equilibrado.

Como elemento estratégico social, los jueces forman parte de esta sociedad, y sus decisiones afectan el destino de las personas. Deben entender las consecuencias sociales que traigan sus decisiones para los individuos que están sometidos a ellas. Los fallos crean derechos y generan consecuencias para la gente; son modelos a seguir. Ya hemos visto que una decisión sobre un tipo de contrato de trabajo utilizado en la plaza, puede provocar enormes consecuencias sociales, tales como dejar sin trabajo o sin la posibilidad de conseguirlo, a muchas personas.

La micro-estrategia o la estrategia del juzgador

Dos tipos de jueces. Llegamos así al momento previo de la realización del acto jurígeno por excelencia: la sentencia. En este momento previo, el Juez se encuentra con la absoluta soledad de su conciencia y ha desplegado frente a sí todos los componentes del caso que habrá de resolver. Nos encontramos entonces con

dos tipos de jueces: el Juez dogmático y el Juez posmoderno.

El Juez dogmático, mecánicamente, subsume el caso en la Ley y la aplica imparcialmente, con independencia del resultado. Esto provoca una jurisprudencia uniforme, en extremo conservadora, y con una gran influencia del precedente judicial, pues lo que se intenta es estandarizar las decisiones judiciales a fin de preservar la seguridad jurídica por encima de la justicia del caso. Convencido de esto, es Juez dogmático, una vez elegida una teoría o doctrina para resolver determinado tipo de casos, la aplica siempre.

Para el Juez posmoderno, en cambio, los precedentes judiciales tienen un valor relativo, pues ha descubierto que, en más de una ocasión, suelen encerrar verdaderos prejuicios. Él puede servirse de una doctrina para un caso, y de otra (incluso contradictoria con la anterior) para resolver otro, pues él juzga casos y se forma su convicción después de leer la causa. En su interior, el Juez posmoderno sabe que ahí donde una teoría o doctrina es útil para resolver un caso con arreglo a Derecho, en otra ocasión similar puede conducir a una verdadera injusticia, por variación de algunas particularidades del caso.

Cada uno de estos dos tipos de jueces (con sus matices, claro está) desplegará diferentes estrategias para tomar su decisión. La diferencia psicológica fundamental entre ambos tipos de jueces es que el Juez dogmático no admitirá jamás que él también toma decisiones estratégicas.

Decisión y estilo. Otro punto a tener en cuenta en este tema de la estrategia de la decisión judicial consiste en la relación existente entre la decisión y el estilo. Dado que la sentencia es, básicamente, la explicación del porqué se toma una determinada decisión, habrá de surtir el efecto de lo que estamos comunicando.

En la decisión, el Juez debe tener presente el efecto que pretende generar en las partes¹². Jamás debe perder de vista que cuenta con diferentes maneras de abordar, desde lo escriturario, la cuestión bajo debate. Para traer algunos ejemplos de orden práctico: a veces, para provocar el efecto¹³ de solidez argumental, el Juez puede invocar determinadas características de la Ley, tales como su carácter de orden público -si lo tiene- o la manifiesta ideología iuspositivista de la norma en cuestión¹⁴, por ejemplo.

En ocasiones, exponer las dudas y vacilaciones que provoca la situación traída a

su conocimiento, es un buen recurso con que cuenta el Juez para rechazar posturas que no están del todo claras, o demandas que no han conseguido probar sus extremos más importantes, pero han quedado cerca.

Por todo esto es que se torna una necesidad para el Juez pensar la sentencia en función de lo que quiera transmitir.

La iusfilosofía como herramienta estratégica. A veces también la filosofía del Derecho nos da a los jueces herramientas para pensar, plasmar y ejecutar estrategias. Esto uno lo puede ver, por ejemplo, en la ya apuntada posibilidad del Juez posmoderno de servirse de determinadas teorías iusfilosóficas, que le pueden ser útiles en un momento determinado para encontrar el punto de equilibrio o el modo de resolver una cuestión.

Los medios de comunicación masiva, la prensa y la estrategia judicial. Ningún estudio de las estrategias judiciales puede desconocer la presencia, influencia (aunque no nos guste) y poder de los medios de comunicación masiva y la prensa. Se ve aquí claramente el carácter de disciplina relacional que tiene la estrategia.

La proliferación de prensa especializada,

Claves Judiciales

Estrategia Judicial

el creciente y sano interés de la sociedad en los temas judiciales, la innegable trascendencia informativa de ciertos procesos judiciales, etcétera, son algunos de los cambios con que el Poder Judicial se encuentra hoy en día.

La situación del Juez particular es esencialmente frágil frente al poder de los medios de comunicación masiva. Más si tenemos en cuenta el viejo adagio que sostiene que los jueces hablan por sus sentencias. Esto nos condena a permanecer callados y a encontrarnos imposibilitados de responder los ataques o agresiones que vienen desde los medios, y que se agravan cuando hay algún interés económico, político o empresarial detrás de ellos. Es frágil porque el Juez no puede llevar el debate jurídico al medio, porque no maneja los códigos del medio, porque no está acostumbrado a desenvolverse en la prensa, porque él no puede actuar en contra de la garantía de imparcialidad, etcétera.

Final abierto

Aquí debo detenerme, pues ya me estoy excediendo en los límites editoriales que me han impuesto. Me han quedado muchísimos temas en el tintero, incluso, toda la fase práctica del estudio de

las estrategias judiciales, que no puedo abordar aquí. Es necesario profundizar en cuestiones como la relación con los medios de comunicación, la influencia de las redes sociales, la sociedad de masas y el trabajo judicial, para quiénes escriben los jueces, el valor epistemológico de la división del Derecho en ramas y su influencia en la estructura judicial, sólo por nombrar algunos tópicos que no pude traer aquí. Espero haber sembrado la semilla de un debate que me parece cada vez más necesario ■

¹ Por *acto jurígeno* entiendo el acto que declara el derecho en el caso concreto. En este sentido, antes de la sentencia declarativa no habría derecho sino en expectativa.

² Y también para la Política.

³ Un punto a pensar es éste: la parte resolutive de una sentencia, la decisión misma consiste en tres o cuatro renglones de una hoja tamaño oficio: «*Resuelvo hacer lugar a la demanda*», o «*no hacer lugar a la demanda*», etcétera. El resto de la sentencia refiere a la motivación de la decisión y no a la decisión misma. En consecuencia, toda la estructura del Poder Judicial y todo el sistema judicial existen para esos tres o cuatro renglones.

⁴ La lista de preguntas es abierta; en modo alguno pretende agotar las posibilidades.

⁵ KENNEDY, DUNCAN. *Strategizing Strategic Behavior in Legal Interpretation*. Hay traducción al español, con prólogo de Guillermo Moro, en «*Izquierda y Derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*», Siglo XXI Editores. Bs. As. 2010

⁶ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, *Estrategias Jurídicas, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social. Facultad de Derecho. UNR. Rosario, 2011*

⁷ Por operadores del Derecho entiendo a los jueces, abogados, defensores, fiscales, etcétera.

⁸ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL. op. cit. pág. 89 y siguientes

⁹ Sería interesante desarrollar aquí la noción de efecto clausura acuñada por D. Kennedy, entendida como sensación de saciedad de justicia en el caso concreto.

¹⁰ Es interesante la clasificación que hace Kennedy entre Juez conservador, Juez activista y Juez bipolar, en el ensayo citado.

¹¹ A tal situación de crisis se llegó en el año 2001 (una característica que distingue ésta de toda otra crisis que haya padecido la Argentina), cuando pese a las órdenes judiciales los Bancos no devolvían el dinero. Sería interesante ahondar en este tema, y la influencia psicológica que tuvo en la población la imposibilidad del Poder Judicial de hacer respetar y cumplir sus propias decisiones.

¹² Esto se vincula con un tema que aún no he tocado y que tiene una importancia no menor en la cuestión de la estrategia. Se trata de una pregunta crucial: ¿para qué lector escribe el Juez?

¹³ Uso el término efecto con el sentido que le da Duncan Kennedy al hablar de «*efecto clausura*», esto es, como cuando se habla de efectos especiales en el cine. Es decir, aquellos recursos que provocan determinadas sensaciones en aquellos a quienes están dirigidos

¹⁴ Un claro ejemplo de norma impregnada de ideología iuspositivista es la Ley 25.189 que tipifica el contrato asociativo de explotación tambera.

Tendencias en materia procesal administrativa (con especial referencia al Órgano Jurisdiccional)



DR. LUCIANO F. PAGLIANO

Abogado Relator de la Corte Suprema de Justicia.



DR. FEDERICO J. LISA

Juez de la Cámara en lo Contencioso Administrativo. Santa Fe.

I. Introducción. Un necesario acotamiento del tema

Las normas sobre el proceso contencioso-administrativo, como todas las normas procesales, no son «casuales», ni «caprichosas», ni siquiera son el puro resultado de la intención del Legislador; por el contrario, reflejan ciertas orientaciones estimadas como valiosas y posibles por una concreta comunidad (R. Arazi, 1991:131), que responden a los múltiples factores -históricos, políticos, económicos y sociales- que, a su vez, constituyen la fuente material del Derecho Administrativo sustantivo, a cuyo servicio está el proceso contencioso administrativo.

En esta oportunidad, nos detendremos a analizar -del universo de aspectos que comprende la materia procesal administrativa- sólo algunas cuestiones especialmente vinculadas al Órgano jurisdiccional; por lo que quedan fuera otros temas como el agotamiento de la vía administrativa, la materia contencioso-administrativa, la legitimación (situaciones jurídicas subjetivas tuteladas), las partes y los terceros, la tutela cautelar, trámites, ejecución de sentencia, entre otros aspectos que, aunque no siempre se lo reconozca así, hacen a la concreta dinámica del principio de división de Poderes.

II. Las tendencias tradicionales

1. El carácter *judicial y especial* del Órgano con competencia contencioso-administrativa

El carácter *judicial* del Órgano con competencia contencioso-administrativa conforma una exigencia derivada de nuestro sistema constitucional. Razones históricas, por un lado, y jurídicas, por el otro, así lo impusieron.

En cuanto a las primeras, señalamos que, en general, los documentos anteriores a la Constitución Nacional de 1853 atribuían al Poder Judicial el conocimiento de estas causas.

Respecto a las segundas, basta con recordar que Fiorini: explicaba que «en nuestro país el único sistema que puede existir es aquel que fluye de la Constitución Nacional... El control jurisdiccional sobre los actos administrativos, o el código que lo sistematice, sólo puede encontrar su justificación en normas de la Constitución que, según su artículo 100 (actual 109) corresponde a la Corte Suprema nacional y a los Tribunales inferiores de la Nación en las causas que contradigan las leyes del país y donde la Nación sea parte. No puede ser -de

acuerdo a este precepto- ningún otro Poder que no fuere el Judicial el que entienda en esta clase de litigios. Siempre y únicamente el Poder Judicial...» (B. Fiorini, 1960:6)

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido -y sigue haciéndolo- que el ejercicio de facultades jurisdiccionales por entes u Órganos administrativos «ha sido siempre condicionada a limitaciones constitucionales que surgen del art. 109 de la Constitución Nacional y de la garantía consagrada en el art. 18 de la Ley Fundamental, tales como la exigencia de dejar expedita una vía de control judicial verdaderamente suficiente (Fallos 247:646; 310:2159; 311:334)...» («Litoral Gas»; del 16.4.1998)

A su vez, el carácter especial de la jurisdicción contencioso-administrativa fue, al parecer, impuesto por razones técnicas, por una parte, y políticas, por la otra, según veremos (Punto III)

En Santa Fe, durante el siglo pasado, no fue así, pues durante la vigencia de la Constitución de 1890 tenían competencia originaria en lo contencioso-administrativo los jueces en lo «civil y mercantil». Sin embargo, Santa Fe recibió al Siglo XX

Claves Judiciales

Tendencias en materia
procesal administrativa

con la Constitución de 1900, por la que se atribuyó competencia originaria al entonces Superior Tribunal de Justicia. De allí en adelante -con un breve intervalo producido por la vigencia de la Constitución de 1921- en la provincia de Santa Fe, se le siguió otorgando competencia originaria a la Corte o Superior Tribunal, al igual que en la mayoría de las provincias argentinas.

Este fue uno de los rasgos que más caracterizó al contencioso provincial desde que el Siglo XX dio sus primeros pasos. Se asimiló especialidad con jerarquía. Eran tiempos en los que los vientos europeos soplaban más fuerte que ahora; tanto, que nadie podía ser mejor que una Corte Suprema, o una Suprema Corte, o una Corte de Justicia o un Superior Tribunal, para suplantar a los Consejos de Estado de la Europa continental.

En este sentido, fue muy gráfico Varela cuando sostuvo que los Consejos de Estado de la Europa continental habían -sabidamente- sido suplantados en la Constitución de Buenos Aires por la Suprema Corte de Justicia, y que se buscó entregar las causas contencioso-administrativas a un Cuerpo cuya composición asegurase la mayor suma de ilustración y de equidad en sus decisiones.

Por su parte, Argañaraz decía que ello «constituye una mayor garantía de acierto y ecuanimidad» (M. Argañaraz, 1955:28). Concretamente, señalaba que «Administración pública y administrados se encuentran en distinto plano jurídico, dada la obligada subordinación de los segundos a la primera, y son esos mismos motivos de estar en juego el interés general representado por la Administración -y el interés individual del administrado lo que ha determinado confiar la solución del conflicto de derecho surgido entre la Administración y los particulares, a un tribunal que, por ser el más elevado en la jerarquía judicial, constituye una mayor garantía de acierto y ecuanimidad».

Dana Montaña, a su vez, al comentar la Ley provincial 4106 de Santa Fe, decía que el más alto Tribunal de Justicia «es el Organo que ofrece las mayores garantías de imparcialidad y acierto en sus decisiones»; y que se trataba del sistema «más adecuado a nuestro temperamento, a nuestra tradición jurídica y a las conveniencias públicas» (S. M. Dana Montaña, 1951:9).

Agregaba que «si se necesitara un argumento más a favor del mismo, ahí está la actuación y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la provincia

de Buenos Aires, que, al aplicar el antiguo Código Varela, ha creado un Cuerpo de doctrina realmente extraordinario por su magnitud y su prudencia. Ningún Organismo creado 'ex profeso' habría dado iguales resultados prácticos».

2. El proceso contencioso-administrativo en el ordenamiento Constitucional

Es una tendencia tradicional establecer normas sobre el proceso contencioso-administrativo en las Constituciones locales.

La provincia de Santa Fe, tal como se expone en el Punto IV. de este trabajo, históricamente se ha adscrito a esta tradicional orientación, ya que desde el siglo XIX, en la Constitución provincial de 1890 (sancionada el 10/1/1890) -al igual que la Carta Fundamental de Buenos Aires- aparece por vez primera la materia contencioso-administrativa (surgió antes, a un año de modificarse la Constitución bonaerense -que introdujo el tema en el texto de la misma-, y a dos años de dictarse la Ley española Santamaría de Paredes).

Actualmente, el texto del año 1962 -siguiendo con esa impronta- se incluye en el grupo que prevé al contencioso-administrativo al establecer la competencia del

Organismo jurisdiccional ubicado en el vértice de la respectiva organización judicial.

De similar manera, y salvo contadas excepciones, lo estipulan las Cartas Fundamentales de las restantes provincias argentinas¹.

3. El proceso contencioso-administrativo en el ordenamiento legal

Otra gran tendencia provinciana es a regular el contencioso-administrativo mediante leyes específicas. Las provincias diseñaron -en lo esencial- las bases sobre las que se asienta estructuralmente el proceso contencioso-administrativo, con un régimen propio y, por ende, como un proceso judicial diferenciado de los demás tipos de procesos existentes en cada una de ellas.

La mayoría de las provincias argentinas, no sólo definieron la competencia contencioso-administrativa, atribuyéndosela a un Tribunal determinado, sino también regularon las distintas etapas de este proceso, desde las secuencias primeras (que incluyen aspectos de las fases de la instancia administrativa previa) hasta las más últimas (recursos contra la sentencia, ejecución de la sentencia, etcétera).

Generalmente, estas disposiciones suelen ser agrupadas en cuerpos normativos más o menos extensos que adoptan la denominación de «Códigos»; no obstante, en lo que respecta al ámbito local refiere, no es esta la técnica legislativa por la que optó el Legislador santafesino al sancionar la Ley 11.330, según veremos más adelante.

El proceso de codificación se inició en nuestro país en el año 1905, a través de la sanción del célebre «Código Varela» (Código de Procedimiento en lo Contencioso-Administrativo de la provincia de Buenos Aires; Ley 2961), derogado -después de más de noventa años de vigencia- por la Ley 12.008 (art. 84). Y continuó con las provincias de Salta (año 1908, Ley 793) y de San Juan (que en el año 1922, cedió su Código Único de Procedimientos, con un capítulo referido al contencioso-administrativo).

En las décadas de los años 1940 y 1950, se sancionaron seis Códigos más: Córdoba (1941, Ley 3.897); La Rioja (1946, Ley 1.005); Jujuy (1948, Ley 1.888); Santa Fe (1951, Ley 4.106); Santiago del Estero (1951, Ley 2.297); y Santa Cruz (1958, Ley 22). A su vez, ocho provincias argentinas sancionaron sus respectivos Códigos entre los años 1960 y 1981, a saber: Misiones (1960, Ley 52); Chaco (1967,

Claves Judiciales

Tendencias en materia
procesal administrativa

Ley 848); Corrientes (1971, Ley 2.943); Catamarca (1971, Ley 2.403); Mendoza (1973, Ley 3.918); Formosa (1978, Ley 584); La Pampa (1979, Ley 952) y Neuquén (1981, Ley 1.305). Asimismo, Entre Ríos puso en vigencia su digesto contencioso-administrativo en el año 1983 (Ley 7.061), reformado en fecha reciente por imperio de la Ley 10.052 (año 2011). Por último, dos provincias más cedieron su Código en la última década del siglo pasado: la de Tucumán dictó su Código Procesal Administrativo en el año 1991 (Ley 6.205), y la de Tierra del Fuego, su Código contencioso-administrativo en el año 1994 (Ley 133)²

Esta fuerte tendencia provincial a regular el proceso administrativo mediante normas específicas, ha resultado en cierto modo atenuada o morigerada, por otra tendencia consistente en acercar las disposiciones sobre el proceso administrativo a las normas del proceso ordinario.

En este punto, la mencionada Ley 11.330 de la provincia de Santa Fe constituye un ejemplo de esta tendencia de aproximación entre las normas procesales, pues su exposición de motivos alude a que el recurso contencioso-administrativo, «por su índole, es una especie de la genérica potestad jurisdiccional y la natu-

raleza del proceso que, supone, no difiere esencialmente de la de un proceso de conocimiento de los legislados en la Ley procesal común», razón por la cual la Ley se limita -según la exposición de motivos- «a recoger las especialidades» que la materia ofrece, remitiendo «lo demás a las Leyes orgánicas y procesales comunes, que, en consecuencia, vienen a regirla supletoriamente». Ello -se agrega- «genera un efecto práctico ciertamente no despreciable y que consiste en el manejo del recurso con la facilidad que implica el manejo cotidiano de aquéllas, para los administrados y para los profesionales que los asisten»; finalidad esta a la que también concurre «la utilización de una técnica legislativa más moderna, mediante la poda enérgica de los habituales Cuerpos legislativos y la redacción de un texto simple y conciso».

Este fenómeno de acercamiento de la Legislación procesal administrativa a la ordinaria nos recuerda las observaciones -y prevenciones- que hace Cassese acerca de que «los institutos de la justicia administrativa parecen... evolucionar hacia tipos y formas procesales propios de la tradición del Juez ordinario, y ello podría significar que, con la progresión hacia reglas unitarias, se está preparando un cambio efectivo, en sentido pari-

tario, de la relación entre los aparatos públicos y los ciudadanos; pero también podría significar que es imposible alcanzar una efectiva unidad jurisdiccional, y que debe bastar una cierta similitud de reglas del proceso y de la conducta de los jueces; esto sirve para advertir acerca de la esencial ambigüedad de los institutos y a ponerse en guardia frente a conclusiones precipitadas...» (Cassese, 1994:360).

No nos extraña entonces que la propia exposición de motivos de la Ley 11.330 explique, a renglón seguido, que «las especialidades resultan de una materia impregnada de 'interés público' y de la presencia, en los términos subjetivos de la relación litigiosa de un particular litigante que encarna aquel interés...»

III. Las tendencias actuales: la desconcentración del juicio contencioso-administrativo

La tendencia a adjudicar competencia contencioso-administrativa a los superiores Tribunales, tan arraigada -como se vio- en los ámbitos provinciales, es claro que no respondió sólo a razones de especialización técnica, sino también políticas en cuanto derivadas del «control» a otro Poder del Estado. Así lo ha recono-

cido expresamente la Corte de la Provincia de Santa Fe, en autos «Azcoitia» (A. y S. T. 113, p. 195) y «Romiti» (A. y S. T. 116, p. 287), entre otros precedentes.

Seguramente, cuando Varela, Argañaraz o Dana Montaña justificaban que este proceso estuviera en manos de las Cortes y Superiores Tribunales, no habrán ni siquiera imaginado los índices de litigiosidad que después se alcanzaron, y que hicieron que estos altos Tribunales se vieran desbordados por una incontrollable cantidad de causas que superó toda posibilidad material y humana de adecuada atención.

Ello, naturalmente, terminó resultando perjudicial para el justiciable -que vio y sigue viendo exageradamente demorada una respuesta jurisdiccional- y, en general, para el servicio judicial, que ve distraído a su Superior Tribunal o Corte, del esencial cometido de ser tribunal de garantías constitucionales.

Además, no debemos olvidar que las Cortes, por su propia composición, tienen complicados requerimientos vinculados a la formación de su voluntad, lo que puede llevar, en la práctica, a que -por ejemplo- la resolución de un pedido cautelar en el término establecido por la

Ley sea poco menos que una cuestión de ciencia ficción.

Es por todo ello que no nos extraña el actual apartamiento de la tendencia tradicional que se observa a niveles provinciales; concretamente, que algunas provincias argentinas hayan creado tribunales de lo contencioso-administrativo, inferiores a su más alto Tribunal.

En síntesis, la tendencia actual y su proyección para el futuro, consiste en una cada vez mayor desconcentración de la competencia contencioso administrativa, siempre en jueces especiales, lo que, sin duda, facilita el acceso a la jurisdicción.

A ese camino lo inició Córdoba con la creación -en el año 1984- de dos Cámaras Contencioso-administrativas; y lo siguieron Salta -en el año 1989-, que vertiginosamente trasladó la competencia de la Corte de Justicia a un Juzgado de primera instancia en lo contencioso-administrativo, instituyendo, a partir de la sanción de la Constitución de 1998, tribunales de segunda instancia en la materia; Tucumán, que creó Cámaras Contencioso-administrativas; Jujuy, instaurando el Tribunal en lo Contencioso-Administrativo, dividido en Salas; Chaco, en el año 1998, creó una Cámara en lo Contencioso-Administrativo,

Claves Judiciales

Tendencias en materia
procesal administrativa

instalada en el año 2002; Buenos Aires creó el fuero contencioso-administrativo en razón de lo dispuesto por el artículo 166 de la Constitución reformada en el año 1994; Ciudad Autónoma de Buenos Aires con un fuero contencioso-administrativo; Neuquén, cuya Constitución impone la creación del fuero contencioso-administrativo [Disposición Transitoria V] y Corrientes, donde la Reforma constitucional del año 2007 habilitó la creación del fuero contencioso-administrativo, finalmente dispuesto por ley 5.846 con una Cámara de Apelación y dos Juzgados de Primera Instancia en la capital de la provincia.

Recientemente esta tendencia también fue seguida por Entre Ríos con el dictado de la Ley 10.051 por la cual se crearon dos Cámaras en lo Contencioso-Administrativo.

Por último, tal como se adelantó, la provincia de Santa Fe, desde el dictado de la Ley 11.329, se enrola en esta novedosa postura, contraria a la tradicional, de asignar -si bien en las condiciones establecidas en la Ley 11.330- competencia contencioso-administrativa a Organos inferiores al Superior Tribunal de Justicia. Se trata de las Cámaras de lo Contencioso-Administrativo con asiento en las sedes de las Circunscripciones judiciales 1 y 2.

IV. La situación en la provincia de Santa Fe

1. La situación histórica

Recordando lo dicho anteriormente, nuestro Estado local es fiel reflejo de la primera tendencia que mencionamos, consistente en establecer normas sobre el contencioso-administrativo en la respectiva Constitución.

En efecto, ello así sucede desde fines del siglo XIX cuando en la Constitución provincial de 1890 [sancionada el 1o/1/1890] aparece por vez primera la materia contencioso-administrativa; la que también fue regulada por las Constituciones de 1900 [sancionada el 11/1/1900], 1921 [sancionada el 13/8/1921, pero puesta en vigencia el 4/5/1932], 1949 y la de 1962 [actualmente en vigencia]. Esta última, entre otros aspectos que indudablemente también inciden en el sistema provincial de justicia administrativa (v.gr. arts. 1, 2, 7 y 72 incisos 1 y 18), establece en su artículo 93, inciso 2, que le compete a la Corte Suprema de Justicia, exclusivamente, el conocimiento y resolución de «los recursos contencioso-administrativos sometidos a su decisión en los casos y modos que establezca la Ley».

2. La situación actual

No obstante ello, y como se adelantó,

la provincia de Santa Fe se ha enrolado en esta nueva tendencia a la signar -si bien en las condiciones establecidas en la ley 11.330- competencia contencioso-administrativa a tribunales inferiores al Superior Tribunal de Justicia.

Efectivamente, por Ley 11.329 (del año 1996) se crearon dos Cámaras de lo Contencioso-Administrativo con asiento en las sedes de las Circunscripciones Judiciales No 1 (Santa Fe) y No 2 (Rosario).

Este proceso, que culminó con su posterior instalación (en el año 2001), puede decirse iniciado con el dictado de la resolución 356, de fecha 2/5/1989, del Ministerio de Gobierno, Justicia y Culto de la provincia, por la que se creó una Comisión encargada del «estudio y factibilidad de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo atinente a la competencia de la Corte Suprema de Justicia».

Tal Comisión estaba integrada por el Secretario de Justicia y Culto en representación del Poder Ejecutivo provincial; dos Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la provincia en representación de ese Organismo; un representante por el Colegio de Abogados de Santa Fe y otro por el Colegio de Abogados de Rosario; un representante del Colegio de Magistra-

dos; un representante por cada una de las Universidades (Nacional de Rosario, Nacional del Litoral, Católica del Rosario y Católica de Santa Fe); y por un diputado y un senador, invitándose además a juristas destacados.

El sistema actual preserva, en mayor medida, la competencia de la Corte como Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en tanto se prevé además de la avocación del Alto Cuerpo por «interés institucional suficiente o trascendente», el recurso de Casación, que no excluye el de inconstitucionalidad de la Ley 7.055. Además, y directamente ante la Corte, se admite el recurso contencioso-administrativo contra los actos del Poder Ejecutivo de la provincia que invadan ilegalmente la esfera de atribuciones de los Municipios y Comunas, o desconozcan sus potestades, o vulneren los derechos o intereses legítimos que el ordenamiento jurídico les reconoce.

3. La pluralidad de jurisdicciones como nota típica del sistema del control judicial de la Administración Pública

En el sistema provincial de justicia administrativa, la competencia contencioso-administrativa no está concentrada exclusivamente en los Tribunales especiales (Corte y Cámara de lo Contencio-

so- Administrativo), sino que la propia cláusula constitucional (artículo 93, inciso 2, Constitución provincial) admite desplazamientos cuya constitucionalidad la Corte Suprema de Justicia de la provincia ha sostenido en reiteradas oportunidades, si bien dentro de ciertos límites («Servi Flet», cit.; «Romiti», cit.; entre muchos otros).

Recientemente, el Alto Tribunal ha recordado como supuestos tales al recurso contencioso-administrativo sumario (Ley 10.000), los recursos contra los actos administrativos dictados por los tribunales de faltas municipales (art. 99, Ley 10.160), las demandas de repetición de impuestos cuando se basan en la invalidez de la Ley que los establece (art. 5, inc. J, C.P.C. y C.), los recursos de amparo (art. 5, Ley 10.456), entre otros («L.T.10», A. y S., T. 244, pág. 356).

A su vez, desde un punto de vista aún más general, se observa que el reparto de competencia en asuntos en los que el Estado provincial y las Municipalidades y Comunas, actuando con su capacidad de Derecho Público, son parte, lejos está de conformar un sistema de jurisdicción única.

Es por ello que, como lo ha dicho la Cámara de lo Contencioso-Administrativo

No 1 («Granrío», A. T. 2, pág. 414), el sistema local, a la par de innegables ventajas, puede en determinados supuestos suscitar inconvenientes para el justicia-ble a la hora de establecer el Órgano con competencia; máxime, en supuestos como el amparo, por ejemplo, en los que se genera «un terreno altamente propicio para, incluso, la formulación de pedidos de avocación» (CSJP.: criterio de «Andreozzi», considerando II.1., A. y S. T. 163, pág. 405), y en los que el Alto Tribunal hasta ha admitido la posibilidad de que asuntos análogos tramiten por distintas vías («Martínez», A. y S. T. 168, pág. 193).

Ello explica que la Comisión N° 8 correspondiente al «Código de lo Contencioso-Administrativo» del Consejo Rector del Plan Estratégico del Estado Provincial para la Justicia Santafesina del año 2008, entre las propuestas de reformas legislativas que elevó al Estado local, haya propiciado la creación de Cámaras de lo Contencioso-Administrativo en las Circunscripciones Judiciales No 3, 4 y 5 y el aumento en el número de sus jueces de las dos Cámaras existentes, con asiento en Santa Fe y Rosario, a los fines de su división y funcionamiento en Salas. Dicha postura se elaboró sobre la base de «la necesidad de desconcentrar

Claves Judiciales

Tendencias en materia procesal administrativa

la actividad judicial de lo contencioso-administrativo en nuevos Organos cuya ubicación, territorialmente, sea más próxima al lugar donde se presenta el conflicto, significando ello una mejora en la prestación del servicio de justicia» y de considerar «el crecimiento desenfrenado de causas judiciales que se inician anualmente ante las Cámaras que en la actualidad están funcionando».

A lo dicho, la Comisión agregó «que la autonomía del derecho administrativo como su actual especialización indican, que lo recomendable sería que la provincia de Santa Fe cuente con un Fuero de lo contencioso-administrativo, conformado por juzgados unipersonales de primera instancia con competencia en lo contencioso-administrativo y Cámaras de Apelación revisora de la actuación de los mismos». «Esta solución... además de poner a la Provincia con sintonía con los más modernos sistemas provinciales (por ej. provincia de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, etcétera) agilizaría la tramitación de las causas». En este diseño, se resaltó que «otra incidencia positiva, con un doble impacto, estaría dada por la posibilidad de atribuir a estos Organos de primera instancia competencias que, en la actualidad, están reservadas legalmente a otros Organos judiciales, como por ejemplo la acción

de amparo, el recurso contencioso-administrativo sumario regulado por la Ley 10.000, etcétera». En tal sentido, se aclaró que ello es positivo «ya que, por un lado, se le va a atribuir cuestiones contenciosas -administrativas a Organos especializados en la materia, sustrayéndolas de Organos judicializados en otras materias, y, por otro, coadyuvaría a descongestionar otros fueros judiciales que también se encuentran saturados, como ser los Juzgados de Distrito de Primera Instancia en lo Civil y Comercial».

V. A modo de reflexión

Tal vez el punto débil del sistema vigente en la provincia de Santa Fe esté dado por la pluralidad de jurisdicciones al no estar concentrada la competencia contencioso-administrativa en los Tribunales especiales (Corte y Cámaras de lo Contencioso-Administrativo).

Así diseñado el sistema local de justicia administrativa genera inconvenientes para los justiciables; de allí que una alternativa, entre otras igualmente válidas, podría consistir en propiciar una mayor desconcentración de la materia contencioso-administrativa pero en manos de Tribunales especializados, a fin de mitigar aquellos escollos y reforzar

las ventajas, extremo que, de modo indefectible, tendría que venir acompañado de una reforma del fuero contencioso-administrativo que, por lo demás, también sería beneficiosa para la Justicia ordinaria al sustraerle casos que hoy son de su competencia (amparos, ley 10.000, expropiaciones, etcétera).

Es que, en definitiva, en palabras de Muñoz -recordando la demostración de Bosch del año 1951- el problema de la idoneidad de los jueces para juzgar a la Administración tiene remedio «en crear tribunales especiales como los hay en materia civil, comercial, penal, de minas, etcétera», y establecer un procedimiento también especial para aplicar a las contiendas administrativas. Más de treinta años después, Revidatti describe con precisión las dificultades, padecimientos y riesgos que los administrados sufren cuando litigan contra el Estado ante un Tribunal no especializado» (G. A. Muñoz, 1999:600) ■

Referencias bibliográficas:

ARAZI, R.: «Elementos de derecho procesal», Parte general, 2a edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1991

ARGAÑARAZ, M.: «Tratado de lo contencioso-administrativo», Ed. Lex, La Plata, Buenos Aires, 1955, pág. 28 CASSESE, S.: «Las Bases del Derecho Administrativo», M.A.P., Madrid, 1994

DANA MONTAÑA, S. M.: «El nuevo Código de lo Contencioso-Administrativo de la Provincia de Santa Fe», Santa Fe, 1951

FIORINI, B.: «Introducción expositiva sobre el proyecto de Código contencioso-administrativo» en «Código Contencioso-Administrativo», Bs.As., 1960

MUÑOZ, G. A.: «Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo», Ad Hoc, Buenos Aires, 1999

¹ Entre Ríos (Constitución del año 1933 como también ese texto con la Reforma del año 2008, actualmente en vigencia), en su artículo 205 establece en cuanto a las atribuciones del Superior Tribunal, que ejercerá jurisdicción, como Tribunal de última instancia: «en la causas contencioso-administrativas atinentes al reconocimiento de los derechos, previa denegación o retardo de la autoridad administrativa competente, en la forma que lo determine la Ley respectiva. La vía judicial quedará directamente habilitada, a partir de la denegación expresa o tácita dictada, según los casos, por el Gobernador, el Presidente de cada una de las Cámaras legislativas, el Superior Tribunal de Justicia en actos de Gobierno, o mediante resolución definitiva de los entes autónomos o autárquicos, o de los ministros en los casos que las leyes lo establezcan. Por ley se podrán establecer otros supuestos en los que el agotamiento de la etapa administrativa se produzca en estamentos inferiores. Todo ello, sin perjuicio del control de legalidad que el Poder Ejecutivo realizará, cuando corresponda, respecto de los organismos de su dependencia».

Misiones (21.4.1958), artículo 145: «El Superior Tribunal de Justicia tiene en materia judicial las siguientes atribuciones, sin perjuicio de las demás que le confiere la Ley conforme a su decisión y jerarquía: (...) 3. Conoce y resuelve originariamente en lo contencioso-administrativo de acuerdo a lo que establezca la Ley de la materia, pudiendo mandar cumplir directamente su sentencia por las oficinas, funcionarios o empleados respectivos. Si la autoridad administrativa no lo hiciere dentro de los sesenta días de notificada, incurre en responsabilidad por incumplimiento».

Claves Judiciales

Tendencias en materia procesal administrativa

Mendoza (1965), artículo 144: «La Suprema Corte tendrá las siguientes atribuciones y deberes, sin perjuicio de los demás que determine la Ley: (...) 5. Decide las causas contencioso-administrativas en única instancia, previa denegación expresa o tácita de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos gestionados por parte interesada. Se entenderá que hay denegación tácita por la autoridad administrativa cuando no se resolviera definitivamente dentro de los sesenta días de estar el expediente en estado de sentencia».

La Rioja (1986), artículo 141: «El Tribunal Superior ejerce competencia originaria y exclusiva (...) en las causas contencioso-administrativas, previa denegación de autoridad competente al reconocimiento de los derechos que se gestionen por parte interesada...»

San Luis (1987), artículo 213: «Corresponde al Superior Tribunal (...) 3. Decidir en única instancia y en juicio pleno, de las causas contencioso-administrativas, previa denegación del reconocimiento de los derechos que se gestionan. Habrá denegación tácita cuando no se resolviera definitivamente dentro de tres meses de estar el expediente en estado de decisión».

Formosa (1991), artículo 167: «Son atribuciones del Superior Tribunal de Justicia: (...) 5. Conocer originariamente en las causas contencioso-administrativas, cuando las autoridades administrativas denieguen o retarden en el reconocimiento de los derechos reclamados por parte interesada. En estas causas, el Superior Tribunal tiene la facultad de mandar cumplir sus decisiones directamente por las oficinas o empleados correspondientes, si la autoridad administrativa no las cumpliere en el término que le fijase la sentencia».

Santa Cruz (1994), artículo 132: «Corresponde al Superior Tribunal de Justicia (...) 2. Decidir en única instancia y en juicio pleno en las causas contencioso-administrativas, previa denegación, expresa o tácita, del reconocimiento de los derechos que se gestionen. Habrá denegación tácita cuando no se resolviera definitivamente dentro de tres meses de encontrarse el expediente en estado de decisión. En las causas contencioso-administrativas, el Superior Tribunal tendrá facultad de hacer cumplir directamente su sentencia por las oficinas y empleados respectivos, si la autoridad administrativa no lo hiciera dentro de los sesenta días de la notificación».

La Pampa (1994), artículo 97: «Son atribuciones y deberes del Superior Tribunal de Justicia: (...) 2. Ejercer jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos (...) d) En los casos contencioso-administrativos, previa denegación o retardo de la autoridad competente y de acuerdo a la forma y plazo que determine la Ley».

Santiago del Estero (1997), artículo 194: «En materia judicial, el Superior Tribunal de Justicia tiene las siguientes atribuciones, de conformidad con las leyes de la materia: 1. Ejercer jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos (...) c) en materia contencioso-administrativa, sobre denegación o retardo de las autoridades administrativas provinciales o municipales competentes en la resolución de las peticiones, que por vía de recurso o reclamo hubiesen instaurado los interesados, en la forma en que lo determine la Ley». Por su parte, algunas particularidades presentan las Constituciones de las siguientes provincias:

Catamarca (del año 1988), en razón de que en su artículo 199 establece que «la Ley Orgánica podrá establecer la especialización por fuero de los tribunales de alzada y especialmente, del tribunal que entienda en las causas contencioso-administrativas»; y en el artículo 204 que «La Corte de Justicia ejercerá su jurisdicción por apelación y demás recursos, según las reglas y excepciones que prescriba la Legislatura, pero decide en juicio pleno y única instancia en las causas contencioso-administrativas, previa denegación expresa o tácita de la autoridad administrativa competente, del reconocimiento de los derechos e intereses legítimos que se gestionan por parte interesada; originaria y exclusivamente en las siguientes (...)

2. En las que se susciten entre el Poder Ejecutivo y una municipalidad, entre dos municipalidades, o entre los poderes de una misma municipalidad».

Río Negro (del año 1988), toda vez que en el segundo párrafo del artículo 209 se prevé que «los jueces del trabajo tienen competencia contencioso-administrativa en materia laboral»; agregándose en las Disposiciones transitorias correspondientes al Poder Judicial (artículo 14 de las Normas complementarias) que «Hasta que se reglamente por la Legislatura la atribución de competencia a los tribunales de grado en materia contencioso-administrativa, ésta será ejercida por las Cámaras en lo Civil y Comercial de cada circunscripción judicial, con apelación ordinaria ante el Superior Tribunal de Justicia. Igualmente, en materia contencioso-administrativa laboral, tendrán competencia exclusiva en instancia única las Cámaras del Trabajo de cada circunscripción judicial».

Tierra del Fuego (del año 1991), porque en su artí-

culo 157 le otorga al Superior Tribunal competencia originaria y exclusiva para conocer y resolver en las cuestiones contencioso-administrativas, mas con excepción de las causas que se susciten con empleados o funcionarios que no estén sujetos a juicio político, o enjuiciamiento ante el Consejo de la Magistratura; además, el texto constitucional aclara expresamente que *«esta competencia podrá ser modificada por ley cuando las necesidades y posibilidades de la administración de justicia lo requieran»*. - Chaco (del año 1994), por cuanto en su artículo 163 atribuye al Superior Tribunal de Justicia el conocimiento de las acciones contencioso-administrativas, pero *«hasta tanto se cree el fuero correspondiente, con arreglo a lo establecido en el art. 26 de esta Constitución»*; norma que establece -en lo que ahora es de interés- que *«una Ley especial creará el fuero contencioso-administrativo, estableciendo la forma y modo de su funcionamiento»*.

Salta (del año 1998), ya que atribuye a la Corte de Justicia competencia por vía recursiva en los procesos administrativos *«hasta tanto se dicte la Ley de creación de tribunales de segunda instancia en el fuero contencioso-administrativo»* (Cláusula Transitoria cuarta). Una especial consideración merece la Constitución de la provincia de Buenos Aires (del año 1994) que en su artículo 166 establece que *«los casos originados por la actuación y omisión de la provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso-administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la Ley, la que establecerá los*

supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa». Y también la provincia de Corrientes, cuya Constitución derogada del año 1993 disponía -en su artículo 145- las siguientes atribuciones del Superior Tribunal de Justicia *«(...) Decide exclusivamente en juicio de plena jurisdicción las causas contencioso-administrativas, previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionen por la parte interesada. La Ley debe determinar el plazo dentro del cual puede deducirse la acción ante el Superior Tribunal de Justicia y los demás procedimientos de este juicio»*. Y la actualmente vigente, del año 2007, si bien eliminó dicha competencia -que no figura en el catálogo del artículo 187- estableció, entre sus disposiciones transitorias, la número ocho que estipula: *«Hasta tanto lo establezcan las respectivas leyes, el Superior Tribunal de Justicia continúa entendiendo en instancia originaria en las causas de naturaleza contencioso-administrativa y en instancia de apelación en las acciones de amparo»*.

² La descripción que antecede, que sólo pretende demostrar el desarrollo temporal del proceso legislativo de «codificación» provincial, no contempla las modificaciones que en varias provincias argentinas se operaron en cada ordenamiento jurídico. Por ello, podemos agregar que: en La Rioja, la Ley 4.243 -Código Procesal Administrativo-, del año 1983, derogó a la Ley 1.005 -art. 2-; en la provincia de Córdoba, la Ley 7.182 -Código de Procedimiento en lo Contencioso-administrativo-, del año 1984, derogó a la Ley 3.897 -art. 65-; en Corrientes, la Ley 4.106 -Código Contencioso-Administrativo-, del año 1986, derogó a la Ley 2.943 -art. 119-; en Misiones, la Ley 3.064 -Código de Procedimiento Contencioso-administrativo-, del año 1993, derogó a la Ley 52 -art. 111-; y que en Santa Fe, la Ley 11.330, sancionada en el año 1995, derogó a la ley 4.106 -art. 38-. Asimismo, ya hemos señalado que la provincia de Buenos Aires derogó el denominado «Código Varela» mediante Ley 12.008.

La universalidad
de los Derechos
Humanos frente al
relativismo cultural

DR. HUGO ALBERTO DEGIOVANNI

Juez de la Cámara de Apelación en lo Penal. Rafaela.

Introducción

El conflicto entre la aceptación de la universalidad de los Derechos Humanos y su rechazo por parte de concepciones relativistas, puede abarcar muchas temáticas. Por ello nuestra ponencia es, por fuerza, sucinta y selectiva, y nos obliga a circunscribir el tema en uno de esos aspectos; aquel que estimamos más ilustrativo y quizás trascendente: «el relativismo cultural».

Con esta aclaración, y en ese contexto, nacen las preguntas generadoras de la temática abordada: ¿es posible elaborar pautas jurídico-político con respecto a Derechos Humanos que puedan imperar en todo el mundo, es decir, que tenga validez universal?, en ese supuesto: ¿qué debe entenderse por «validez universal»?

Entender acabadamente estas preguntas y pretender hallar su respuesta requiere de una explicación previa. El terreno en que se desarrolla y se plantea esta reflexión es un ámbito pre-jurídico que no nos va a permitir transitar exclusivamente en el campo de los derechos positivos nacionales o el del derecho internacional público, sino, sobre todo, en el campo de la filosofía moral y jurídica: el de la ética. Ahondaremos entonces en

la teoría de la justicia como virtud moral de todos los individuos pero también como objeto en la búsqueda del bien común de la sociedad de naciones, porque depende en gran medida del comportamiento mutuo entre ellas.

Cualquiera sea el posicionamiento que el lector adopte sobre el tema (universalismo o relativismo), no podrá desconocer que los Derechos Humanos desde la ética normativa «es un acto bueno» y, como tal, multiplicador. José Ingenieros nos enseña: «La bondad no es norma, sino acción. Un acto bueno es moralidad viva y vale más que cualquier teoría muerta. El que obra bien traza un sendero que muchos pueden seguir. La humanidad debe más al mudo ejemplo de los santos que los sutiles razonamientos de los sofistas»¹.

Sin lugar a dudas que, concebido de esa manera, los debemos ubicar además dentro de la objetividad de la Justicia, dado que ella también consiste en la ejecución de algo objetivamente bueno: «el derecho, la prudencia como percepción concreta de la realidad, y la justicia, como realización concreta del bien en esa misma realidad»².

Como última reflexión en esta introducción, hacemos notar que la aproximación

filosófica al tema de los Derechos Humanos, debe partir de la aceptación de diferentes concepciones morales y políticas. En consecuencia, preguntarse por la universalidad de los mismos es interrogarse sobre *la posibilidad y deseabilidad de elaborar un paradigma moral universal y también si en él puede descansar la noción de los Derechos Humanos*.

Los Derechos Humanos: Derechos del individuo y derechos de la persona

Para comprender mejor la problemática de la universalidad resulta, a nuestro juicio, importante delimitar el alcance de los Derechos Humanos.

Cuando oímos la expresión «los derechos de cada uno terminan donde comienzan los derechos de los demás» -sin dejar de admitir gran parte de verdad en la misma- deberíamos pensar que no siempre es así.

Para aclararla mejor tenemos que distinguir entre *derechos del individuo* y *derechos de la persona*, «teniendo en cuenta que cada uno de nosotros puede ser considerado como individuo y como persona al mismo tiempo»³. Es importante tener presente este tema porque la expresión que abarca ambos conceptos

Claves Judiciales

La universalidad de los Derechos Humanos frente al relativismo cultural

es la de los Derechos Humanos. A partir de allí, la distinción entre derechos del individuo y de la persona puede resultar oportuna para evitar confusiones, reconociendo -como lo hace el autor citado- que ambos términos, - individuo y persona- son utilizados indistintamente, con excesiva frecuencia, como sujetos de derechos.

Retomando el análisis del axioma referido al principio, podemos decir que los derechos del individuo son limitados por los derechos de otros individuos, aunque nunca, suprimidos. Pero los de la persona no pueden ser limitados por los de la otra. Más aún, en este último caso los derechos de cada una -lejos de inhibirlos- son siempre consolidados y acrecentado por los de las demás.

Es así que ciertos Derechos Humanos, como los de la persona (no del individuo), nunca pueden ser restringidos, sino simplemente protegidos. Ejemplos: la libertad de expresión es un derecho del individuo, que además como Derecho Humano permite expresarnos libremente, siempre mientras respetemos la honra de los demás. Ahora bien, el correlativo de este derecho a la libertad de pensar, es un derecho de las personas. Nadie puede obligarnos a pensar de de-

terminada manera, o aceptar una «determinada verdad».

Este mismo paralelo lo podemos hacer con otros derechos como los de la libertad de culto y la libertad de conciencia o el derecho a elegir y ocupar cargos públicos, con el de participar en la vida política en un sistema democrático.

Quizás conviene preguntarnos por qué subsiste esa diferencia. En respuesta vemos que la génesis de la misma radica en que los derechos del individuo se refieren al hombre viviendo en sociedad, con un orden y vínculo jurídico, instituciones y autoridades. Precisamente es en sociedad, como elemento básico de la convivencia en donde todos debemos ceder algo con buena voluntad para poder convivir. «El derecho de cada individuo a su estado particular está siempre subordinado al derecho supremo de la sociedad»⁴.

En cambio, los derechos de la persona se refieren al hombre como miembro de una «comunidad», diferenciada en el caso del concepto de sociedad, en cuanto en la primera existe un vínculo interior, lazos de afecto, y participa de otros ingredientes a saber: cultura, política, religión, etcétera. «La vida en sociedad en la

que se desenvuelven los derechos del individuo se liga a la dimensión inmanente de la historia, mientras que el existir en comunidad nos abre a su dimensión trascendente»⁵.

La persona es un todo, pero no es un todo cerrado, es un todo abierto; no es un pequeño dios sin puertas ni ventanas como *la mónada* de Leibniz⁶, sino que tiende, por naturaleza, a la vida social y a la comunión.

No resulta casual que la historia nos demuestre que a la postulación de la protección de los derechos humanos lo hallemos en los llamados «derechos estamentales», no propios de los hombres en sí mismos, individualmente, sino de los órdenes, de un colectivo en que se configuraba y estructuraba la sociedad (ej.: Carta Magna inglesa). Cuando se consolida el Estado moderno y los vínculos estamentales se relajan, comienza la defensa de estos derechos frente a períodos de intolerancia religiosa cuando grupos minoritarios como los calvinistas reclaman, frente al Estado, la tolerancia y la libertad religiosa. En ambos casos, la reacción es ante abusos de poder de la autoridad.

No escapará al lector que lo que pretendemos dejar asentado en este punto de la

diferenciación de derechos del individuo con el de las personas (ambos dentro del universo de los Derechos Humanos), es que mientras ciertos Derechos Humanos pueden ser limitados, otro no, ni siquiera por el Estado, y aun desde una concepción restringida y relativista como lo es el aspecto cultural. Ejemplo: si desde una de esas posiciones admito la existencia de tribunales indígenas respetando así valores étnicos y culturales ancestrales, ello no implica, desde un punto de vista ético y jurídico, que tenga que admitirse que, en pos de esos valores, se vulneren derechos de las personas como el de la defensa en juicio o la presunción de inocencia.

Ninguna sociedad que aspire a vivir en un Estado de Derecho puede hacerlo si sus integrantes, desde los distintos roles que desempeñan, no tienen en claro esta distinción.

Si por vía de hipótesis consideráramos al tema de los Derechos Humanos como un problema exclusivamente normativo, que no puede aislarse de la dogmática jurídica, aun así insistimos y decimos con Merton -fundador de la moderna sociología de la ciencia- que «la investigación científica se rige por un riguroso código moral»⁷; que por lo tanto el Derecho -considerado desde este punto de vista,

exclusivamente ciencia- tampoco lo podría ignorar.

Se impone pues la exigencia ética y la necesidad moral del conocimiento profundo de esta diferenciación para que las naciones, a través de la democracia, considerada piedra angular de la convivencia en un Estado de Derecho, permita transmitir seguridad a sus ciudadanos, les proporcione los derechos básicos, los mecanismos de defensa y su protección.

Al mismo tiempo, ratificamos que los derechos de una persona pueden convivir con los derechos de las otras personas, y las libertades de unos con las de los otros, debiéndose encontrar «un balanceo de valores, en aras de compatibilizar y hacer convivir distintos derechos entre sí, o algunos derechos con las necesidades del bien común»⁸.

La persona tiene una dignidad absoluta porque está en relación directa con lo absoluto, único medio en que puede hallar plena realización; su patria espiritual es todo el universo de los bienes que tienen valor absoluto y que reflejan, en cierto modo, un absoluto superior al mundo, hacia el cual tienden⁹.

Claves Judiciales

La universalidad de los Derechos Humanos frente al relativismo cultural

Hacia un paradigma moral. Universalidad e interdependencia

Elaborar un paradigma moral universal significará establecer un sistema de moralidad crítico válido en todo el mundo, donde se establezca, de manera universal, cuáles son los bienes de los que todos los seres humanos deben disfrutar; los derechos de los que pueden gozar, las obligaciones a cumplir y los objetivos que deben perseguir.

Pero ¿por qué se debe aspirar a un parámetro universal de moralidad crítica en Derechos Humanos? Es que en una ligera interpretación puede no quedar claro por qué unos desconocidos en peligro en un rincón del mundo deban ser asunto nuestro (o si se quiere de todos). La respuesta a este interrogante no resulta complicada, si recordamos tan sólo que para la práctica totalidad de la historia de la humanidad, las fronteras de nuestro universo moral eran las fronteras de la tribu, el idioma, la religión o la Nación. Ahora, sin embargo, la idea de que tenemos obligaciones con los seres humanos, más allá de las fronteras, sencillamente porque pertenecemos a la especie, es algo muy reciente pero irreversible. «Es el resultado de nuestro despertar a la vergüenza de haber hecho

tan poco por millones que murieron en los experimentos del terror y exterminio de este siglo»¹⁰.

Consideramos que es esta una de las justificaciones éticas más importante. Aunque no menor resulta su indivisibilidad, que determina que cada uno de los Derechos Humanos se relacionen, conformando así un paradigma único y universal. Este principio (de indivisibilidad) postula que tales derechos sean interdependientes, que formen un todo indisoluble y que el goce de unos no sea compatible con la negación o violación de otros¹¹, sino una confirmación muy reforzada de los mismos¹², aun cuando algunos, como ya vimos, pueden ser limitados.

La elaboración de ese estándar moral de validez universal no debe conducirnos a hallar elementos comunes a las distintas culturas o comunidades. Tampoco debe tratarse de descubrir esencias en la naturaleza humana, de las que pudieran predicarse notas de verdad, inmutabilidad y universalidad. Menos preocuparnos en alcanzar un acuerdo universal real entre todos los seres humanos acerca de cuál ha de ser el contenido de esa moralidad crítica¹³, a modo de un nuevo contrato social.

Consistirá, entonces, en la posibilidad de lograr el consenso de todos los participantes en un diálogo imaginario, ideal (no utópico), en el que cada uno reúna ciertos requisitos y respete las normas dadas. Podemos decir, con Javier de Luca, que la universalidad de este estándar moral debe interpretarse como «aceptabilidad o posibilidad de aceptación, por todos, de esos criterios, tras ser argumentados»¹⁴.

Implica coherencia en el discurso ético, partiendo del mejor argumento, fundado en la razón, porque la relativización y contextualización de la ética y de la Justicia atentan contra el sostenimiento de propuestas de validez y aceptación universal.

Quizás desde un «relativismo moral» representado, entre otros, por Gilbert Harman, alguien pudiera aceptar -no nosotros- que la moralidad no es idéntica en todas las circunstancias. Que, basada en acuerdos establecidos entre grupos sociales determinados, refleja concepciones de vida diferentes entre sí y a veces incompatibles¹⁵. Que responden a diferentes grupos e intereses y, en razón de ello, debe entonces aceptarse hoy, en este signo de los tiempos, cultura y marco geográfico, concepciones que antes no la hubiéramos admitido. Desde

este punto de vista, a pesar de que no lo compartamos, se podría considerar válida toda posición. Claro está, siempre desde una coherencia intelectual.

Pero lo que resulta totalmente insostenible, ya no solamente desde lo ético, sino de lo mínimamente racional, es pretender mantener infructuosos discursos «éticos» incompatibles, incoherentes y fuera de todo razonamiento lógico, como el comentado sobre el aborto.

Podemos coincidir, sin necesidad de esforzarnos en la tarea, que actuaciones contradictorias en el sostenimiento de posiciones que contribuyan a establecer una moralidad crítica válida en todo el mundo, atenta contra la posibilidad de elaborar un paradigma moral universal y sucumbirá en el intento al dejar flancos vulnerables y desprotegidos, propicios para que triunfen infundados relativismos (éticos, morales, culturales, nacionales, etcétera).

Salvados estos inconveniente, estaremos facultados para admitir que los Derechos Humanos puedan transformarse en la base de ese paradigma moral universal. Pero es también condición ineludible para lograr la eficacia de ese estándar ético, el reconocer a priori que los seres

humanos -colectiva o individualmente- poseen derechos que, por su trascendente importancia, la comunidad de naciones y los diferentes ordenamientos jurídicos deben garantizar.

En este siglo XXI, ante el fenómeno de la globalización, hay quienes sostienen que la universalidad se convierte en un enemigo que todo lo uniformiza. Esto lleva a decir que *«hace tiempo que la flecha indica un camino diametralmente opuesto al del universalismo. La tempestad que amenaza es la rebelión cada vez más intensa y más extensa de las políticas de las diferencias reivindicadas por distintos grupos frente al modelo universal occidental»*¹⁶.

En oposición a ese razonamiento (adelantándonos a lo que más adelante desarrollaremos), hay que tener bien presente que en un mundo cada vez más individualista, en donde «el sálvese quien pueda» parece ser moneda corriente, ubicar y reivindicar los Derechos Humanos, desde una propuesta universal, es la mejor manera de clamar para proteger a quienes no pueden hacerlo.

Se podrá sostener, inclusive en contra, que un paradigma universal atenta contra la pluralidad moral existente en el

Claves Judiciales

La universalidad de los Derechos Humanos frente al relativismo cultural

mundo. En réplica a esta propuesta, recordamos que si no podemos desconocer el componente ético del Derecho en general, tampoco lo podemos hacer con respecto a los Derechos Humanos, que como tal (derecho) -aunque resulte innecesario señalarlo- no resultan ajenos a ese principio.

Ahora bien, retomando entonces el papel de la ética normativa, va de suyo que el rol que juega esa disciplina filosófica es limitar la pluralidad moral. Es decir, precisar de entre las múltiples concepciones morales existentes, cuáles son más aceptables y cuáles no. Cualquier persona que se introduzca en el terreno de la ética sabe que su misión es desterrar del mundo de lo correcto determinados planteamientos.

Su aceptación no implica violar las leyes de la tolerancia, porque *«tolerar no es suspender nuestro juicio acerca de creencias y conductas, sino renunciar a utilizarlo como fundamento de la persecución»*¹⁷.

Además, si sostuviéramos pautas morales que no van más allá de un determinado ámbito, de la misma manera dentro de ese continente, empleándose el mismo criterio e igual procedimiento, se tendría que limitar las de otros, y así sucesivamente, a medida que quisiéramos

pluralizar y circunscribir «códigos» éticos, llegando de esta manera a tener tantos parámetros éticos, como quizás tantos pequeños grupos y hasta personas existan.

De ese modo, la noción de bien común como fin de la sociedad pasa a ser secundario, y así aceptado, es reemplazado por el bien individual. Esta fórmula disolvería la sociedad en beneficio de sus partes, y conduciría a lo que Maritain llama «anarquía de los átomos»¹⁸, según la cual toda función de la sociedad consiste en velar por el respeto de la libertad de cada uno, olvidando el conjunto y conduciendo a que los más fuertes opriman libremente a los débiles.

Se presenta otra problemática que no puede resolver el relativismo, a partir de la multiplicidad de parámetros éticos morales. Nos referimos a que la constatación de la existencia de culturas y diversas concepciones morales no implican que todas ofrezcan respuestas igualmente válidas para los diferentes problemas morales, ni que todas ellas sean inconmensurables.

Constatar, por ejemplo, que el adulterio puede, en una comunidad, ser castigado con la lapidación; en otra, ser concebido como un comportamiento inmoral jurídicamente no

sancionable; y en otra, tercera, ser motivo de elogio, no implica necesariamente ni que las tres sociedades hayan abordado de manera por igual satisfactoria la cuestión del adulterio, ni que sea imposible -ni indeseable- intentar alcanzar un acuerdo entre las tres comunidades acerca de la valoración moral -y del tratamiento jurídico- más adecuado en relación con el tema¹⁹.

De otra manera resultaría imposible, por tanto, la elaboración de un discurso moral que trascendiera las barreras de las diferentes comunidades, pues la comunicación en ese terreno resultaría inviable.

La Universalidad de los Derechos Humanos, el relativismo cultural y la tolerancia

El problema de la confrontación entre estas dos corrientes (universalismo y relativismo) es común a las naciones altamente industrializadas y regidas por un Estado nacional antiguo, como las que salen del subdesarrollo y están dotadas de una independencia reciente.

La humanidad, tomada como un único Cuerpo, entra en una única civilización planetaria, que representa a la vez un gigantesco progreso para todos y una tarea aplastante de supervivencia y de

adaptación de la herencia cultural a este nuevo marco. Experimentamos todos, en grados diferentes y en modos variables, la tensión entre la necesidad de este acceso y de este progreso, por una parte y, por la otra, la exigencia de salvaguardar nuestros patrimonios heredados²⁰.

En este difícil contexto penetran los relativismos culturales que ven en el universalismo un peligro para la diversidad y pluralidad de identidades culturales. No podemos desconocer (aunque no es tema de este trabajo por ser materia exclusivamente política), que es frecuente hallar, en quienes defienden desde el Estado esta concepción, una excusa para cubrir de ese modo la violación sistemática de Derechos Humanos, como es el caso de los países ideológicamente dominados por distintos fundamentalismos, en particular el religioso.

Hoy el auge de los relativismos culturales, llevado a sus últimas consecuencias, puede conducir a negar la posibilidad de elaborar teorías morales más allá de las fronteras de determinadas culturas o colectividades, e incluso impide discutir - como ya lo adelantamos- racionalmente acerca de estas cuestiones.

Resulta paradójico que desde algunos gobiernos se predique la globalización

económica sin miedo a las fronteras y, en cambio, se reclame la protección más conservadora de éstas para otros tipos de fenómenos universales como la violación y defensa de los Derechos Humanos. ¿Cuál es el miedo de esa valoración universal?²¹

No obstante ello, quedará siempre latente en el campo normativo jurídico el principio *lus Cogens*, por el cual el hecho de que el Derecho nacional no sancione un acto que constituya delito para la comunidad de naciones, no lo exime de responsabilidad frente al Derecho Internacional. Sin embargo, a pesar de lo plausible del instrumento legal, actúa como un resguardo secundario y por tanto insuficiente.

Admitir, por consiguiente, posturas relativistas, seguirá representando una contextualización de la ética, que conduce a un excesivo culto a la diferencia y a poner énfasis en las peculiaridades de cada cultura, admitiéndose como válidos, comportamientos y actitudes que, olvidando este debate, nunca hubiéramos dudado en considerarlos merecedores de crítica.

La historia nos demuestra que la explotación a que muchos pueblos han sido sometidos como consecuencia del liberalismo o neoliberalismo, determinó la aparición de

Claves Judiciales

La universalidad de los Derechos Humanos frente al relativismo cultural

los llamados «derechos de los pueblos» como la autodeterminación e identidad cultural, entre otros, que en no pocas ocasiones confrontan con los derechos de los individuos. Es común que quienes apoyan estas concepciones se basen en que «una cultura hegemónica no puede imponerse sin más a las culturas minoritarias o a las diferentes, las cuales deben en un sistema democrático respetarse»²². Sin lugar a dudas que es una aspiración loable y desde un análisis axiológico, intachable, pero en la misma proporción la consideramos irrealizable.

Que una cultura no se imponga a otra, no es cuestión de voluntarismo jurídico, ni siquiera político; son hechos que en la historia de la civilización se suceden inevitablemente. Los antecedentes para que estos ocurran se encadenan en la sucesión de los signos de los tiempos y no resultan actos espontáneos o con posibilidades de ubicarlos en un momento y espacio determinados. Podemos juzgarlos desde un punto de vista ético y moral, pero no impedirlos. Hoy quizás podríamos desear que convivieran las culturas egipcia, griega, fenicia, de la Antigua Roma, gala, asiria, maya, azteca, etcétera. Pero aun en esforzado ejercicio intelectual nos resulta difícil, casi imposible, imaginarlo.

Ahora bien, ello no quita el deber de preocuparse por proteger los valores culturales y respetar los Derechos Humanos de las minorías. Es manifiesto e innecesario hasta aclararlo. Dentro de los universales Derechos Humanos está el respeto al patrimonio cultural y étnico comunitario e individual, hoy consagrados en muchos textos constitucionales, inclusive el nuestro (inc. 17 del art. 75 Cód. N). Pero esto es muy distinto a tratar de impedir desde la norma o las decisiones políticas, lo que resulta inevitable en el curso de la Historia.

En cambio, las soluciones bien pueden darse desde el orden jurídico que se impone, y aunque no pertenezca a la cultura minoritaria. De los múltiples ejemplos que emergen en el campo del Derecho Penal ante determinados hechos que son considerados ilícitos en una cultura y no en otra, podrá resolverse, por ejemplo, la culpabilidad a través del instituto del *error de prohibición*, por cuanto el sujeto no pudo motivarse ante el mandato legal por no comprender la amenaza de sanción y la existencia de su punibilidad.

Equivocadamente, hay quienes sostienen que siempre la pluralidad implica enriquecimiento cultural. Es muy simplista, superficial y hasta utópico considerar válida esa

ecuación. En pos del relativismo cultural y en apoyo a ese malentendido respeto por la pluralidad, nos llevaría a aceptar como válido que en determinados países se mutila sexualmente a la mujer a los 12 años porque culturalmente se lo aceptó desde hace centurias, o que por ese mismo motivo no se le permita estudiar, acceder a cargos públicos. O en otro, se la condene a muerte y lapidación por adulterio, porque sus leyes reflejan un acervo cultural milenario; o condenar a muerte a un periodista o escritor por disenter con las costumbres, cultura o religión de un determinado grupo social o colectivo cultural, porque lo obligan «sus leyes» religiosas. No hay posibilidad, desde un correcto juicio, que «estas pluralidades» puedan ser consideradas como «enriquecimiento» de la cultura.

Resulta evidente, entonces, que sostener una posición que haga primar las identidades culturales por sobre la universalidad de los Derechos Humanos, conduce indefectiblemente, tarde o temprano, a la intolerancia. Pues entonces, en defensa de intereses culturales,²³ ese pluralismo se asocia a los fanatismos, a los sectarismos autocráticos y a las discriminaciones. Entendido así carece de apertura, no permite un diálogo entre los valores en competencia, convirtiéndose en un monismo plural lejos del pretendido pluralismo que sincré-

ticamente se invoca. Su mundo moral y político queda nítidamente desmenuzado en una serie de islas cerradas y monádicas, dominada cada una por su correspondiente absoluto.²⁴ La tolerancia, en cambio, favorece la comunicación interpersonal, el pluralismo y la vida democrática, basada en el diálogo continuo e ininterrumpido para solucionar conflictos.

Conclusión

«*Hombre soy, nada humano me es ajeno*»
(Terencio: Heauton Timoroumenos, 1, 1, 25)

Nos pareció oportuno iniciar la conclusión de este estudio con la cita del epígrafe que explica, según interpretamos, de manera apropiada y en pocas palabras, nuestro pensamiento sobre el tema propuesto.

Pertenecer al género humano nos hace, por ese simple y gran motivo, asumir compromisos ineludibles de respeto a nuestros semejantes, sin exclusiones, en cualquier parte del Universo.

Ese empeño no puede hacerse sino a través de una concepción universal de los Derechos Humanos que no ceda ante ningún tipo de relativismo, entre ellos el cultural, del que nos hemos ocupado.

Entiendo no sólo más justo, sino también más rico y plural, el mundo propuesto por las éticas universalistas que el de los planteamientos relativistas, los cuales, a fuerza de defender a las colectividades existentes y a propiciar una gran cohesión entre ellas, acaba escindiendo más y más a la humanidad, y en definitiva, favoreciendo a un planeta que se asemejará más a un museo de antigüedades sociales y culturales que a un espacio plural, rico y dinámico.²⁵

No nos podemos equivocar: la aceptación de las identidades culturales se logra considerando prima facie los Derechos Humanos básicos del individuo; para ello se necesita una concepción universal de los mismos, si no, quedarían en el plano de simple retórica.

Sin dudar, opinamos que, precisamente, esas identidades culturales se respetan más desde esta óptica, porque ninguna cultura, considerada como actividad creadora del hombre, puede desarrollarse, crecer y alimentarse sino dentro de un terreno fértil para el diálogo y no aislándose del mundo, sino teniendo parámetros amplios para medirse, compararse y enriquecerse.

Lejos entonces de conducir a la «uniformización esterilizadora», las éticas

Claves Judiciales

La universalidad de los Derechos Humanos frente al relativismo cultural

universalistas implican una extraordinaria aceptación de particularismos, pues frente a otros planteamientos que persiguen la promoción universal de las totalidades, fomentan lo individual, lo singular, la diferencia²⁶.

Ceder al relativismo y no tomar en cuenta a toda la humanidad en el campo de Derechos Humanos, nos lleva a que no se nos presente criticable, por ejemplo, cuando los funcionarios policiales de un determinado país hacen depender del trato que dispensan a un detenido, su nacionalidad, etnia, religión, lengua o sexo. O que un médico que presencia casualmente un accidente se plantee las mismas cuestiones a la hora de decidir cómo actuar en atención a los heridos, o que nosotros -particulares- mostremos más preocupación por un indigente que por otro, simplemente porque el primero es, en virtud de algún rasgo cualquiera, uno de «nosotros», y el segundo no²⁷.

La historia de la humanidad nos ha demostrado -lamentablemente- que distintos relativismos éticos llevaron a grandes injusticias: Permanecía latente el holocausto armenio, cuando estalló el causado por el nazismo, luego el de Ruanda, la guerra de los Balcanes, etcétera. En todos, se invocaron razones

nacionales, étnicas y culturales.

Quizás como género humano nos olvidamos a menudo de lo que sentenciará Salvador de Madariaga: «*aquellos que olvidan la trascendencia de los hechos, más en su miseria que en su grandeza, están condenados a repetirlos*», porque permitir la primera injusticia es abrir la puerta a todas las que le siguen.

Como decíamos, el ser humano no nos puede resultar ajeno; el mundo no nos puede resultar indiferente.

Esta concepción a favor de la universalidad de los Derechos Humanos encuentra una perfecta síntesis en San Agustín («De Doctrina Cristiana Punto III.7) con el que cerramos este trabajo: «*los hombres creen que no hay justicia porque ellos ven que las costumbres cambian de persona a persona, mientras que la justicia debería ser inmutable. Pero ellos no han comprendido que el precepto «no hagas a los otros lo que no quieres que te hagan a ti» no ha cambiado nunca, ha permanecido constante en el tiempo y espacio*» ■

¹ INGENIEROS, JOSÉ: «Las fuerzas morales», Buenos Aires, Santiago Rueda Editor, 1951

² ARANGUREN, JOSÉ LUIS. «*Ética*», Biblioteca de Occidente, Madrid, pág. 251

³ PEREZ DEL VISO, IGNACIO: «Derechos del individuo y derechos de la persona», Revista Criterio, 22/4/93, PÁG.151

⁴ ROUSSEAU, JUAN JACOBO: «*El contrato social*», UNAM (colección Nuevos Clásicos), México, 1993, PÁG.188

⁵ PEREZ DEL VISO, I. op cit. PÁG. 152

⁶ Leibniz, Gottfried Wilhelm: «*Monadología*», Bs. As. Aguilar (Colección Filosófica), No 543, PÁG. 25

⁷ MERTON, ROBERT F.: «*Science and the social order*» en «*The Sociology the Science*» Chicago: The University de Chicago, 1973, PÁG. 938

⁸ SAGUES, NÉSTOR PEDRO: «*La interpretación de los Derechos Humanos en las Jurisdicciones Nacional e Internacional*». Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, No 36, 1998, PÁG.7

⁹ MARITAIN, JACQUES: «Los derechos del hombre y la ley natural», Ediciones Leviatán, Bs. As, 1982, PÁG.13

¹⁰ IGNATIEFF, C.: «*El honor del guerrero. Guerra étnica y conciencia moderna*», Ed. Taurus, Madrid, 1998

¹¹ BIDART, CAMPOS, GERMÁN: «*Teoría General de los Derechos Humanos*», 2a edición, Astrea, 1997, Buenos Aires, PÁG. 389

¹² SAGUES, NÉSTOR PEDRO, op. cit., PÁG.11

¹³ GONZALEZ AMUCHASTEGUI, JESÚS. op cit., PÁG. 3

¹⁴ DE LUCAS, JAVIER: «*¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural*». Anales de la Cátedra de Francisco Suárez, Madrid, 1999, PÁG. 37

¹⁵ ESCOBAR VALENZUELA, GUSTAVO: «*Ética*», 3a edición, McGraw-Hill, México, 1998, PÁG. 228

¹⁶ SEBRELLI, JUAN JOSÉ: «Asedio a la modernidad. Crítica al relativismo cultural», Ariel, Barcelona, 1992, PÁG. 85

¹⁷ SAVATER, FERNANDO: «*La tolerancia, institución pública, virtud privada*». Claves de la razón práctica, No 5, 1990, Madrid, PÁG. 30

¹⁸ MARITAIN, JACQUES. op. cit, PÁG.17

¹⁹ GONZALEZ AMUCHASTEGUI, JESÚS. op. cit., PÁG. 13

²⁰ RICOEUR, PAUL: «*Ética y Cultura*», Editorial Docencia, Buenos Aires, 1994, PÁG.43

²¹ GARZON, BALTASAR:«*Cuentos de Navidad. Es po-*

sible un mundo diferente», Universidad Nacional de Quilmes, Prometeo, Buenos Aires, 2002, PÁG. 45

²² GARCIA VITOR, ENRIQUE: Diversidad Cultural y Derecho Penal, Colección Jurídica Social, UNL, No 36, Santa Fe, PÁG.39

²³ Nota: Al concepto de cultura lo empleamos en forma amplia, como toda actividad creadora del hombre. En él entra entonces la religión, nacionalismos, educación, trabajos, leyes, etcétera.

²⁴ BORDOY, VICENTE: «*Pensadores políticos contemporáneos*» (pensamiento de Bikhhu Parekh), Alianza Editores, Madrid, 1986, PÁG. 62

²⁵ GONZALEZ AMUCHASTEGUI, JESÚS, op cit. pág. 32

²⁶ SCARTEZZINI: «*Las razones de la universalidad y las de la diferencia*», Universidad y Diferencia, Madrid, pág. 24

²⁷ RORTY, RICHARD: «*Contingency, Irony and Solidarity*», Cambridge University Press, 1989. Traducción castellana, Paidós, Barcelona, 1996. Citado por Jesús González Amuchástegui en op. cit.

Los nuevos desafíos del Poder Judicial



DR. PEDRO ANTONIO BOASSO

Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial de la 16ª Nominación.
Rosario.

Un poco de historia

La concepción de la fragmentación del Poder, de manera tal que ninguno de los tres poderes clásicos pudiera prevalecer de manera definitiva respecto de los otros, tomó carta de ciudadanía a partir de la sanción de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América hacia fines del siglo XVIII.

Producido el proceso de independencia de América hispana, las sucesivas naciones que fueron conformando el vasto territorio que se desplegaba desde California hasta la Patagonia intentaron copiar de alguna manera ese modelo, cada uno con sus propias particularidades.

Precisamente la novedad que aparecía como distintiva del nuevo esquema de poder era la situación en la que se colocaba al Poder Judicial, como cabeza de uno de los tres poderes del Estado, que debía convivir armónicamente con los otros dos, pero siempre en un mismo pie de igualdad. A los ojos de los pensadores europeos de entonces, esta particularidad aparecía como una novedad impensada. La razón de esta sorpresa radicaba en que estaban acostumbrados al ejercicio de la administración de justicia por parte de la Corona (hoy llamaríamos el Poder Ejecutivo) y, si bien

a lo largo del siglo XIX fue afianzándose la idea liberal de la limitación de las monarquías absolutas, siempre quedó flotando en el ambiente intelectual y político que las personas llamadas a administrar justicia debían hacerlo con sujeción estricta a la Ley (expresión acabada del racionalismo jurídico) y no por eso conformaban, en su conjunto, una entidad de tal magnitud que se encontraran colocados en un mismo pie de igualdad el Parlamento y el Ejecutivo.

En nuestro país los Constitucionalistas discutieron durante mucho tiempo acerca del grado de originalidad de la Carta Magna. Estaban quienes opinaban que constituía una simple copia de la Constitución norteamericana y quienes, por su parte, entendían que poseía notas propias y que no significaba por ello una imitación servil. Personalmente adhiero a la postura que acepta que los Constituyentes siguieron en líneas generales el esqueleto institucional de los Estados Unidos, sobre todo al adoptar una forma de Gobierno federal, a la que le introdujeron numerosas particularidades que consideraron oportunas, a partir de nuestra historia y experiencia local.

En materia de estructura del Poder la imitación resultó fidedigna, y se estructuró el mismo diseño clásico estadouni-

dense: tres poderes en un mismo grado de jerarquía.

El Poder Judicial en la Argentina hasta la sanción de la Constitución de 1853

El primer medio siglo de vida independiente de nuestro país se esterilizó en luchas fratricidas que retardaron el proceso de institucionalización.

Respecto de la administración de justicia en ese período, se puede observar un lento proceso de afianzamiento de su independencia, que resulta desigual según la provincia o territorio que se analice, y muchas evidencias de numerosos retrocesos.

Si analizamos los textos constitucionales sancionados entre 1819 y la sanción de la Constitución Nacional en 1853, podemos advertir que no se había podido conformar un verdadero Poder del Estado independiente.

Recordemos que Santa Fe fue la primera provincia en sancionar un texto constitucional a nivel local. Si bien llevaba un nombre diferente, en 1819 el brigadier López sanciona el Estatuto Provisorio, el cual organizaba el ejercicio del poder y

Claves Judiciales

Los nuevos desafíos del Poder Judicial

reconocía los derechos esenciales de la persona humana frente al Estado.

Sin embargo, fuera del esqueleto institucional (jueces de Primera Instancia, Cámaras de Apelación en algunas provincias) no hay ningún vestigio que permita afirmar que hasta 1853 existiera un auténtico Poder Judicial.

Aquí se advierte un notable divorcio entre las ideas y las instituciones. Si bien los pensadores (políticos, gobernantes, legisladores) que manifestaban sus opiniones a través de la prensa periódica, y en las numerosas oportunidades en que se celebraban Congresos tendientes a la sanción de la Constitución nacional pensaban un Poder Judicial independiente; ello era un sueño.

La administración de justicia funcionaba en la práctica como un brazo más del gobierno, y las Constituciones provinciales consagraban caracteres profundamente reñidos con la idea de un Poder autónomo: jueces nombrados por cortos períodos, insuficiencia de magistrados por su número e idoneidad, ejercicio por parte del Ejecutivo de funciones judiciales, actuación de comisiones especiales reconocidas constitucionalmente, entre otros.

Un buen ejemplo lo constituye precisamente nuestra provincia, donde en el

Estatuto Provisorio de 1819 otorga, entre las facultades del Gobernador, el «sentenciar, revocar o confirmar en apelación todas las causas civiles y criminales, a excepción de aquellas que son de su privativo conocimiento». La Constitución de 1841 -en parecida redacción- otorgaba al Gobernador «conocer en grado de apelación de las sentencias definitivas o interlocutorias que presente un gravamen irreparable, expedidas por el Juez de Primera Instancia y de Comercio»

Frente a estos textos constitucionales, mal se podía pretender que los jueces pudieran erigirse en guardianes de la Constitución y las leyes, ser intérpretes de las mismas y eventualmente declarar la inconstitucionalidad de actos provenientes del Ejecutivo o el Legislativo.

En líneas generales, las circunstancias históricas no estaban dadas todavía; contribuía a ello un conjunto de factores como el resabio de mentalidades vigentes en el Derecho indiano, donde las funciones judiciales no se encontraban nítidamente separadas del resto, la escasez de letrados, el clima de permanente conflicto entre provincias, las guerras de la Independencia primero y las sostenidas luego con Francia e Inglaterra, y el papel dominante de las Legislaturas y los gobernadores en el escenario político.

El Poder Judicial en Argentina después de la sanción de la Constitución de 1853

La sanción de la Constitución Nacional significó diseñar de manera definitiva la arquitectura institucional del país. Sin embargo, ese diseño estaba sólo en los papeles y en las intenciones de los hombres que llevaron adelante la Organización nacional, resultando trabajoso hacerlo realidad.

En la provincia de Santa Fe constituyó una preocupación constante de los gobernadores poner definitivamente en marcha un Poder Judicial auténticamente independiente.

La provincia de Santa Fe fue la más prolífera en el dictado de Constituciones luego de la sanción de la Constitución Nacional de 1853.

Las Constituciones provinciales de 1856, 1872, 1883 y 1890 fueron claves para afianzar la autonomía del Poder Judicial santafecino.

En la Reforma de 1872 la Cámara de Justicia, con sede en la ciudad de Santa Fe, fue fortalecida con la inamovilidad de los empleados y se estableció que para el ejercicio de la Magistratura se debía

tener el título de letrado con, por lo menos, cuatro años de ejercicio.

En 1887, el gobernador Gálvez encargó al jurista Isaías Gil la redacción de la primera Ley Orgánica de Tribunales que, por primera vez, desplegó una suerte de constelación de cargos judiciales que duran hasta nuestros días, y que multiplicaron la capacidad del nuevo poder de atender la creciente demanda de una provincia en expansión; se establecieron dos Cámaras de Apelaciones (una con sede en Santa Fe y otra en Rosario), jueces de Primera Instancia, divididos ahora por materia: civil y comercial, correccional, agentes fiscales, fiscales de cámara y defensores de pobres y menores.

Para coronar estas reformas, la Constitución de 1890 creó la Corte Suprema de Justicia compuesta por cinco miembros, ciudadanos argentinos con más de 30 años de edad, y por lo menos cuatro de antigüedad en la profesión. Duraban diez años en el ejercicio de sus funciones, podían ser reelectos y se renovaban cada dos años por quintas partes. Ese mismo año, y de la mano de Isaías Gil, se sancionaba el Código Procesal Civil.

Párrafo aparte merece la construcción del Palacio de Tribunales, actual sede de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Comprende una superficie de media manzana, desarrollada en dos plantas; el concesionario de la obra fue el empresario Juan Canals, quien se comprometió a finalizar la misma en 1889. La crisis y los vaivenes institucionales de 1890 retrasaron la obra por poco tiempo: en enero de 1892 quedó habilitada al público. Si actualmente nos parece un edificio majestuoso, debemos imaginar lo que representaría para la sociedad rosarina de la época contar con el edificio más suntuoso de toda la provincia, que superaba en confort a la misma residencia institucional del Gobernador, quien tenía su sede todavía en el antiguo Cabildo de la ciudad de Santa Fe.

Esta gran inversión del Estado provincial habla a las claras de la idea que los sucesivos gobiernos de la segunda mitad del siglo XIX poseían respecto del Poder Judicial: una herramienta imprescindible para afianzar el estado de derecho y no abandonar la senda del progreso material, iniciado hacia 1860.

No obstante, el problema que no logró resolverse adecuadamente fue la dotación de jueces capaces y honestos. Conspiraban para ello la escasa cantidad de letrados, los magros salarios que abonaba la provincia y la inestabilidad crónica que afectaba a los magistrados, ya que los nombramientos eran siempre por un

Claves Judiciales

Los nuevos desafíos del Poder Judicial

lapso de tiempo determinado, pudiendo renovárseles el acuerdo o dejarlos fuera de sus cargos.

Han llegado hasta nuestros días anécdotas curiosas: por ejemplo, la del Magistrado que, luego de soportar pacientemente el atraso de su salario por varios meses, y ante el silencio de la Administración encargada de pagarle, comunicó a ésta que utilizaría los fondos depositados ante sus estrados para poder atender sus elementales necesidades de subsistencia, los que reintegraría apenas la provincia adeudara lo debido. Hasta donde sabemos, ningún reproche le fue realizado.

En las primeras décadas del siglo XX estos problemas se irían solucionando paulatinamente, excepto el de la estabilidad de los magistrados. Realizando un repaso de los libros de juramentos del Poder Judicial, se advierte hasta bien entrado el siglo XX la existencia de una movilidad notable en los cargos: jueces que eran ascendidos a vocales de Cámara por un período, y que al finalizar éste debían retornar a un cargo inferior para no abandonar el ejercicio de la Magistratura. Por otra parte, también existen numerosos ejemplos de magistrados que ocupaban alternadamente cargos en el fuero civil y en el fuero penal como una manera de mantenerse en la estructura

judicial. Evidentemente, esta movilidad contribuía bien poco a la jerarquización de la Justicia.

Vale la pena recordar al respecto que la estabilidad definitiva recién fue consagrada en la Constitución Provincial de 1962, y que se necesitó un siglo y medio para entender que no existe un auténtico Poder del Estado sin la estabilidad de los magistrados.

Entre 1930 y la sanción de la mencionada Constitución provincial las agitaciones políticas de esos años contribuyeron a agravar esa «movilidad negativa», a la que hacíamos referencia en párrafos precedentes, ya que las pasiones partidistas contribuyeron a alejar de las filas del Poder Judicial a juristas de relieve.

Un ejemplo resulta suficiente: Sebastián Soler -insigne penalista- fue incorporado a la Justicia santafecina en 1933, cuando el entonces gobernador Luciano Molinas le ofreció el cargo de vocal de Cámara en lo Penal de la ciudad de Rosario. Soler se desempeñó en esa función hasta 1947, cuando no le fue renovado el acuerdo, como consecuencia de sus ideas contrarias al partido gobernante en la Provincia y en la Nación en ese momento. Aparte del ejercicio de su cargo, en ese período Soler dio a luz algunas de sus principales obras doctrinarias: por ejemplo, el

primer tomo de su Tratado de Derecho penal, una de sus obras iusfilosóficas claves (Ley, historia y libertad) y redactó, en coautoría con Vélez Mariconde, el Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba.

A lo largo del siglo XIX el desafío del Poder Judicial consistió esencialmente en lograr estructurarse como un auténtico Poder dentro del Estado, conformando un conjunto de instituciones que efectivamente lograra dar respuestas a una sociedad de elevada movilidad social, generada a partir de sucesivos gobiernos que lograron el afincamiento real de millones de europeos que avizoraron en nuestro país un futuro mejor.

Al comenzar el nuevo siglo, un nuevo papel le tocó desempeñar al Poder Judicial ya estructurado.

En las primeras décadas del siglo XX se produce una serie de transformaciones sociales y económicas que exigen del Poder Judicial nuevas respuestas.

Esencialmente, la naciente intervención del Estado en la economía provocó la necesidad de preservar los derechos de propiedad de los ciudadanos, así como la inestabilidad política crónica que atravesó el siglo importó que los jueces trataran de preservar la libertad individual.

Vale la pena recordar que el reconocimiento jurisprudencial del amparo como institución recibió consagración definitiva, a partir de los casos Siri y Kot, en 1958. Sin embargo, al recorrer los repertorios de jurisprudencia de nuestra provincia se advierten, desde por lo menos treinta años atrás, las opiniones de los jueces que ya reconocían esa garantía constitucional y que, al no contar con una Ley específica que la regulara, le aplicaban en forma supletoria el trámite del *hábeas corpus*.

Los desafíos actuales

Los tiempos que corren a partir de las últimas décadas del siglo XX nos imponen a los miembros del Poder Judicial un conjunto de nuevos desafíos que nos parece interesante reseñar, sin pretender agotar todas las problemáticas que puedan existir.

a. La pretendida democratización de la Justicia en la Argentina.

El Poder Ejecutivo y un conjunto de personalidades insisten machaconamente en el carácter «aristocrático» del Poder Judicial, basando dicho adjetivo en por lo menos dos características que éste posee: la elección indirecta de sus miembros y el carácter vitalicio de las designaciones.

Analicemos cada una de ellas. En primer término, no resulta razonable endilgar una suerte de menor democratización por parte del Poder Judicial por el hecho que sus miembros no son elegidos en comicios generales y de manera directa.

Los jueces son elegidos por el mecanismo previsto por la Constitución Nacional y las constituciones provinciales, es decir, se trata de una elección de segundo grado o indirecta.

El Poder Ejecutivo propone al candidato y el Congreso o la Legislatura otorga su aprobación o la deniega. Esta elección no significa menor carácter democrático al elegido: se están respetando los mecanismos legales previstos, los jueces son nombrados por los representantes del pueblo elegido de manera directa: presidente, gobernadores y legisladores; esta sola circunstancia resulta suficiente para otorgarle legitimidad al nombramiento.

La cuestión de la estabilidad, o sea, la posibilidad de permanecer en el cargo hasta obtener los beneficios de la jubilación constituye la esencia de la judicatura. Ya vimos cómo transcurrieron casi ciento cincuenta años para que en la provincia de Santa Fe contáramos con un texto constitucional que consagra estabilidad, y los inconvenientes que esta permanente rotación de los cargos

provocaba en la buena marcha de la administración de justicia.

Por último, debemos recordar siempre que la garantía no pertenece a la persona del Magistrado, sino que el destinatario final de la misma es el justiciable.

Debemos, en cambio, realizar una autocrítica. Resulta razonable que esta garantía no se extienda más allá del tiempo necesario para la obtención de la jubilación. Decimos autocrítica, porque en algunas oportunidades se realizaron planteos tendientes a obtener la permanencia en su cargo de magistrados, sin límite de tiempo, lo cual conduciría a una suerte de «gerontocracia» que en nada beneficiaría la buena marcha de la justicia. De esta manera, se produce una saludable renovación de la judicatura.

b. La relación del Poder Judicial con la sociedad

Muchas veces se resiente la relación del Poder Judicial con el conjunto de la sociedad por ser aquél percibido como una burocracia de la que poco o nada se sabe en cuanto a su funcionamiento.

En realidad, debemos profundizar los canales de diálogo con el conjunto de la sociedad, explicitando nuestra tarea lo máximo posible y dando razones de nuestras decisiones.

Se ha insistido en numerosas oportunidades en la necesidad de que el lenguaje del Juez sea lo suficientemente claro y accesible como para ser entendido por el mayor número de personas. Es una aspiración saludable, y no siempre fácil de concretar.

Si repasáramos los repertorios jurisprudenciales de medio siglo atrás, nos veríamos sorprendidos por el carácter escueto y, en líneas generales, con no demasiadas extensas sentencias de esa época. Esto no significaba que los magistrados de entonces carecieran de conocimientos jurídicos; sin embargo, el apego a veces exagerado a la letra de la Ley y la escasa complejidad que ofrecían los casos sometidos a la consideración de los jueces, provocaba este efecto.

Actualmente se nos ha insistido a los jueces -a lo largo de nuestra capacitación- de la necesidad de argumentar debidamente nuestros fallos, y a que muchas veces recurrimos a una constelación de elementos lógicos que opaca nuestro pensamiento genuino. Es necesario superarlo.

Por otra parte, la variedad de cuestiones que hoy llegan a la consideración de los jueces ha significado una inflación fenomenal en sentido cualitativo: el desarrollo de la técnica modifica constantemente la realidad social y los justiciables viven en ese ambiente, lo lógico es que se nos so-

meta a cuestiones que nos obligan a estudiar y adentrarnos en múltiples cuestiones que poco tienen que ver con la formación recibida en las universidades.

Debemos hacer el esfuerzo, sin embargo, para que las decisiones resulten lo más claras posibles, accesibles al ciudadano común.

c.- La transparencia de las decisiones.

Resulta necesario el aprovechamiento máximo de las herramientas informáticas para que los ciudadanos puedan interiorizarse de la mecánica de trabajo de la Justicia.

Por ejemplo, la filmación de juicios penales en los que se debaten causas de gran impacto social, o la posibilidad de consultar el movimiento de causas a través de internet, constituyen una nueva ventana donde se posibilita el control democrático de la tarea judicial.

d.- Las garantías de los jueces son las garantías de los justiciables.

En oportunidades, se torna necesario reiterar conceptos e ideas que poseen una aquilatada tradición. Una de ellas consiste en que las garantías que rodean al Magistrado (intangibilidad de los salarios, imposibilidad de ser trasladado sin su consentimiento, inmunidad para ser

arrestado, entre otras) no constituyen un privilegio aristocrático de su titular. Fueron pensadas, diseñadas y plasmadas en la Constitución para proteger a los más débiles: los que reclamen justicia ante los estrados judiciales, a fin de que el Juez encargado de entender en el caso no tema ni por sus bienes ni por su vida. Sin esta garantía, todos los derechos son una cáscara vacía de contenido ■

Menores.

Su no punibilidad, diferencia con la inimputabilidad



DRA. VERÓNICA SILVANA LAMAS GONZÁLEZ

Jueza de Primera Instancia de Distrito
de Menores. Rafaela.

La imputabilidad penal, o mejor dicho, lo que entendemos por imputables o inimputables fue variando a lo largo de nuestra historia, considerándose inimputables a una amplia gama de personas del sistema: dementes, ancianos, niños, entre otros.

Lo cierto es que, acaecido el hecho típico-antijurídico y utilizando el sistema denominado «Teoría del Delito», se realiza un «Juicio de Culpabilidad» mediante el cual se reprocha al autor del comportamiento ilícito, el hecho de no haber cumplido con la norma, pese a poder hacerlo; como consecuencia de lo cual se le aplicará una pena.

Conforme a la «Teoría de la Culpabilidad» necesitamos, por un lado, que el sujeto del que estamos hablando tenga la posibilidad de comprender la antijuridicidad, entendida por una parte como la capacidad intelectual y, por otro lado, la posibilidad de adecuar la conducta, conforme a aquella comprensión, capacidad volitiva.

Nos arrimamos a una primera conclusión: cuando hablamos de inimputables hablamos de aquellos sujetos que no pueden motivarse en la norma y, conse-

cuentemente, no se les aplicará pena (se elimina la culpabilidad).

Adelantamos entonces que en esta introducción se encuentra el meollo del porqué no podemos hablar de inimputabilidad cuando hablamos de menores, sino de «no punibilidad», ya que la Ley adopta un criterio objetivo (para todos) y biológico -basado en la inmadurez- estableciéndose una presunción *iure et de iure* de falta de capacidad de sus facultades en razón de su inmadurez -si a sujetos menores de 16 años nos referimos- lo cual no significa que efectivamente el menor no posea capacidad de culpabilidad.

Esta conclusión ha llevado a diversos autores a afirmar que en lo que respecta a menores no se habla de culpabilidad sino de punibilidad; podríamos decir que estamos dentro de la «Teoría de la Coerción Penal» que, en resumidas cuentas, implica que, pese a la comisión del delito, de haberse realizado un comportamiento típico, antijurídico y culpable, por existir algún impedimento a la operatividad de la coerción penal, ocasionalmente no se aplica sanción.

Basados en el sistema vigente en nuestro ordenamiento jurídico tenemos, por

un lado, *los menores de 16 años* (art. 1º Ley 22.278 y su modificatoria 22.803): establece que son no punibles y hoy, luego de la sanción a nivel nacional de la Ley 26.061 y provincial 12.987, se encuentran bajo la órbita de actuación de la Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Familia (funciones que antes correspondía al Juez de Menores) y, por tanto, no son sometidos a proceso ni se los considera imputados, y menos será posible aplicarles una sanción, siendo las medidas que se les aplica eminentemente socio-educativas.

Determinada la edad -menores de 16 años- se entenderá que el niño no tiene responsabilidad penal.

Por otro lado, el ordenamiento regula la situación en la que se encuentran los *menores de 16 a 18 años*, organizando un sistema un tanto complejo y entendiendo que estamos ante una punibilidad relativa, estableciéndose que no serán punibles si el delito investigado es de acción privada, o si fuere reprimido con pena privativa de libertad cuyo máximo no supere los dos años, con inhabilitación o multa (art. 2º Ley 22.278 y su modificatoria 22.803).

Dijimos punibilidad relativa porque se encuentran en juego, por un lado, la edad del sujeto, y por el otro, especie y monto de pena, tipo de acción e, incluso, por disposición del art. 4º Ley 22.278, el criterio del juzgador; todas éstas condiciones de punibilidad y alejadas de la «Teoría de la Culpabilidad».

Como se desprende de la lectura del presente, los menores serán solamente punibles para delitos que superen los dos años de pena privativa de libertad y que se sean mayores de 16 años.

Estamos en condiciones de afirmar que nos encontramos enrolados en un error conceptual cuando hablamos de niños y adolescentes y los emparentamos con la «inimputabilidad», dado que no lo son necesariamente, sino que por disposición estricta de la Ley estamos ante sujetos «no punibles» en el sentido de coerción penal, reglándose un sistema muy particular que nada tiene que ver con la culpabilidad y por consecuencia con la inimputabilidad ■

La protección
constitucional de
la víctima en el
caso de accidentes.
Convalidación
del *leading case*
«Camacho Acosta»
en el caso «Pardo»¹.



DR. HORACIO L. ALLENDE RUBINO

Juez del Tribunal Colegiado de Responsabilidad Extracontractual N° 6. Rosario.

La protección constitucional de la víctima en el caso de accidentes. Convalidación del leading case «Camacho Acosta» en el caso «Pardo».

1. Encuadre jurídico de la víctima de accidentes de tránsito

1.1. La víctima de un accidente de tránsito se encuentra bajo una protección singular, derivada del juego armónico de los principios constitucionales y reglas aplicables a su peculiar situación.

1.2. El sistema jurídico (conceptuado como sistema abierto tridimensional) implica verificar la interacción de los elementos normativos que lo componen y con la realidad social, a fin de lograr el fin último del sistema: El logro del valor justicia. Un sistema constituye un conjunto de partes o elementos que interaccionan. La interacción del conjunto lo es en miras a un objetivo concreto como definición del propio sistema, de manera tal que existe una influencia mutua entre sus elementos componentes. Estos elementos normativos, integrantes del sistema, interaccionan en función de la consecución del fin del mismo, el cual es -como indicara- la Justicia.

1.2.1. La Justicia es un «valor». Los valores en el trialismo - marco teórico adoptado en el presente artículo- se presentan como entes ideales exigentes, dado

que contienen un «debe ser» ideal. Para Goldschmidt, algunos valores son naturales, que pueden ser absolutos -como la Justicia- o relativos, dado que pueden ser valiosos o disvaliosos. Existen, además, valores fabricados, que resultan indiferentes en relación a los valores naturales, como ser las aptitudes profesionales, los valores de moda, estilos de vida, etcétera. Dentro de las esferas de estos valores no hay diferenciación entre absolutos y relativos. El valor falso es siempre fabricado, pero no todos los valores fabricados son falsos. El valor fabricado nace en la sociedad mediante el establecimiento de un deber ser real, al que se añade luego un deber ser ideal. Los valores naturales, en cambio, valen ya con anterioridad a que sean utilizados para valorar. Ciuro Caldani, en cambio, dentro de su perspectiva constructivista entiende que los valores son idealidades construidas, no obstante lo cual, la dimensión dikelógica tiene una idealidad diferenciada de la realidad social y de las normas². En tal sentido, hemos de distinguir entre la axiología dikelógica que considera al valor en su vertiente formal, y la axiosofía dikelógica que enfoca el contenido, es decir, la vertiente material del valor. En cuanto a su estructura, la Justicia se manifiesta en despliegues de

valencia, como deber ser puro, de valoración, como deber ser aplicado, y de orientación, mediante criterios generales. El contenido axiosófico debe buscarse, en primer lugar, en la escala de valores constitucionalmente consagrada por los Constituyentes de 1853, ratificada y ampliada por los Constituyentes de 1994.

2. La función del Juez

2.1. Dicho ello, cabe referirnos -atento la estrecha vinculación con el tema que estamos tratando- a la función del Juez. La función del Juez, en cuanto a la aplicación del Derecho, tiene una impronta determinante en orden a la efectiva vigencia y realización de los derechos humanos. En el marco del Estado de Derecho republicano, donde se verifica una división de los poderes del Estado, como reaseguro de la libertad, y por ende, entre otros de los Derechos Humanos, el Juez ejerce la potestad jurisdiccional del Estado. El ejercicio de tal potestad implica la obligación de resolver los conflictos intersubjetivos que se le someten aplicando el Derecho a los casos concretos y así resolver de manera definitiva las controversias relativas al cumplimiento de las normas jurídicas. Así, la función del Juez, se resuelve en potestades que le

Claves Judiciales

La protección constitucional de la víctima en el caso de accidentes.
Convalidación del leading case «Camacho Acosta» en el caso «Pardo».

son conferidas, con poder real, pero para el exclusivo cumplimiento de su deber. Las potestades, lo poderes, existen sólo por y para el ejercicio del deber judicial.

2.2. En este sentido, con notable claridad, Josep Aguiló Regla³ afirma que, observar a los jueces desde la perspectiva de sus deberes básicos «supone mirar la jurisdicción no desde el poder, sino desde la función que el Juez «debe» cumplir y desde las «garantías» para los ciudadanos de que, en efecto, el Juez «cumple» esa función, verificando la mirada de la judicatura desde una perspectiva deóntica, donde las garantías en juego, las objetivas, en relación a la legalidad de la decisión, implica «el deber de tomar decisiones cuyo contenido sea una aplicación del Derecho preexistente» y las subjetivas, consistentes en la independencia y la imparcialidad del Juez, se traducen en deberes y «conforma la peculiar manera de cumplimiento que el Derecho exige a los jueces». Agrega que *en el ideal del Estado de Derecho de un Juez independiente e imparcial hay algo muy parecido a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del Derecho: que la explicación y la justificación de la conducta coincidan. El ideal de un Juez independiente e imparcial designa a un Juez que no tiene más motivos para decidir que el*

cumplimiento del deber. El cumplimiento del deber es tanto la explicación como la justificación de las decisiones que toma; o dicho de otra forma, los motivos por los que decide (la explicación de la decisión) coinciden con la motivación (la justificación) de la decisión...»

2.3. Ahora bien, determinada la función-deber del Juez, la misma se desarrolla en el marco del Estado de Derecho. Se ha distinguido entre el llamado Estado Legal de Derecho, y Estado Constitucional de Derecho. El primero hace hincapié en la formalidad, cuya consecuencia es la «seguridad jurídica», para lo cual se requiere el observar «La Ley» formal. El segundo, en cambio, centra el sostenimiento del Estado de Derecho en el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional. El Estado Constitucional de Derecho es el que permite el respeto irrestricto a los derechos humanos, consagrados como derechos fundamentales en nuestra Constitución Nacional. Dentro de este Estado Constitucional de Derecho, en ninguna decisión judicial, a fin de resolver una controversia sujeta a su imperio, puede omitirse el tamiz previo del caso por los derechos humanos. El modelo que ha de adoptarse es del llamado «principios y reglas», donde de la

vigencia de las «reglas» en relación al caso concreto, depende su adecuación a los «principios» ínsitos en los derechos humanos.

2.4. Es cierto que pueden existir principios contrapuestos, pero en ese caso deberá ponderarse cuál de ellos tendrá primacía en el caso concreto. Dicha ponderación ha de ser convenientemente argumentada en la decisión judicial, a fin de asegurar el requisito constitucional de motivación de la solución, dado al caso.

2.5. Resulta claro que no todos los casos sujetos a una decisión judicial son, desde la perspectiva de su complejidad, iguales. Hay casos «fáciles» y «casos difíciles». En los primeros, la solución jurídica aparece como sencilla desde la óptica argumentativa, y en los segundos, no. En este sentido, *Chaumet*⁴, se ha explayado sobre la necesidad de abundar en las razones que justifican la decisión judicial en los casos difíciles.

2.6. Concebido el Derecho como un sistema cuyos elementos en interacción tienen como fin la Justicia, en cada caso se ha de analizar la interacción sistémica de las normas aplicables al caso, tanto las constitucionales, como las de inferior jerarquía. Recordemos que un

La protección constitucional de la víctima en el caso de accidentes. Convalidación del leading case «Camacho Acosta» en el caso «Pardo».

sistema constituye un conjunto de partes o elementos que interaccionan. La interacción del conjunto lo es en miras a un objetivo concreto como definición del propio sistema, de manera tal que existe una influencia mutua entre sus elementos componentes. Estos elementos normativos, integrantes del sistema -como señaláramos- interaccionan en función de la consecución del fin de sistema, el cual es la Justicia.

2.7. La interacción de los elementos sistémicos en los casos difíciles deben ser analizados en función argumentativa con la finalidad de determinar que el razonamiento no es arbitrario, ni dogmático, sino que es consecuente con el cumplimiento del fin del Derecho y la primacía de los principios sobre las reglas, debiendo estas últimas, en cuanto se presentan coexistentes en idéntica jerarquía aplicadas o no al caso, en el análisis referido, en relación precisamente de la primacía lógica de dichos principios⁵. Siguiendo el pensamiento de *Alexy*, entendemos que el discurso jurídico presenta límites, dado que las reglas del mismo permiten que varios participantes, en un mismo discurso en relación a un mismo caso, lleguen a soluciones incompatibles entre sí. La argumentación jurídica se dirige a problemas prácticos, abordándo-

los a través de un método que garantiza la racionalidad de la argumentación y del resultado, pero no una única respuesta correcta. Cumple, pues, sólo la función de suministrar medios para el control del discurso jurídico, en la cual los principios juegan un papel fundamental en la aplicación al caso concreto, donde la pretensión de corrección deberá formularse mediante la ponderación de dichos principios porque, aunque no es posible garantizar una única respuesta, sí es posible arribar a una decisión racionalmente fundamentada⁶.

3. La víctima y la Constitución Nacional

Dicho ello, debemos analizar la consagración que nuestra Carta Magna ha hecho de los derechos de la víctima. Al resultar una persona lesionada como consecuencia de un hecho ilícito, ya sea que el responsable lo sea en virtud de un factor de atribución subjetivo u objetivo, entran en inmediata acción jurídica los principios constitucionales de protección de la persona humana -«El Humano», en palabras de Zaffaroni⁷-, principios derivados del valor supremo consagrado en la Constitución Nacional: *La vida*, tal como surge de los tratados con jerarquía constitucional incorporados en la refor-

ma de 1994: artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica; artículo 1^a de la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

3.1. *La víctima*, -en realidad podemos decir *El Hombre- deviene en el centro de la preocupación del Derecho en miras a su protección*, [artículo 25 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pacto de San José de Costa Rica]; esa protección general presenta características específicas en la óptica fraccionada del Derecho: penal, ambiental, laboral, civil. Desde esta última perspectiva, tal protección se halla consolidada en el moderno derecho de daños. Ejemplo primigenio es la consagración de la responsabilidad objetiva [artículo 1.113 del Código Civil], la *restitution in natura*, como principio, y secundariamente, su indemnización [artículo 1.083 del Código Civil].

3.2. Debemos recordar que es función de los jueces, dentro de su jurisdicción y competencia, como integrantes de uno de los poderes del Estado contribuir, en cumplimiento de la manda constitucional, a la efectividad de los Derechos Humanos consagrados en la Carta Mag-

Claves Judiciales

La protección constitucional de la víctima en el caso de accidentes.
Convalidación del leading case «Camacho Acosta» en el caso «Pardo».

na. En tal sentido, se ha dicho que *«Toda esta normativa marca una clara tendencia proteccionista del hombre, considerado como una integridad física, psíquica y moral. Sin embargo, es importante tener presente que la importancia de los derechos radica en que puedan hacerse efectivos. Porque los derechos como construcción social no son más que lo que la realidad hace con ellos, y uno de los retos de este siglo en tornarlos eficaces...»*.⁸ En el caso de la afección a la integridad psicofísica de las personas, la restitución al estado anterior de las cosas deviene imposible, y se procede a una reparación dineraria. Asimismo, se imbrica con claridad y fuerza en este principio protectorio de la víctima el sistema de responsabilidad objetiva. Dicho factor de atribución tiene fundamento en el riesgo. Veamos: conforme explica Ulrich Beck, la sociedad de riesgo comienza allí donde falla la seguridad prometida en los sistemas de normas sociales en relación con los peligros desatados por las decisiones. Sostiene que la sociedad de riesgo sucede como forma societal al capitalismo tardío o capitalismo de organización. Sus problemas nos han llevado a esta estructura social en la que la formación binaria riesgo-seguridad ha sido sustituida por la de riesgo- daño. Ello ocurre porque el envejecimiento de la sociedad indus-

trial ha permitido que el riesgo residual, controlado, haya dado paso al riesgo específico e inevitable. La consecuencia es que las propias instituciones sociales se convierten en las legitimadoras de peligros que no pueden controlar: «se actúa siguiendo parámetros normativos del tiempo del riesgo controlado cuando ese eón ha pasado ya». ⁹ El riesgo es, pues, inevitable, corresponde entonces, además de acentuar la prevención, contar con los elementos institucionales y, por ende, jurídicos, que permitan reparar el daño causado a las personas como consecuencia de ese riesgo incontrolable y derivado del propio sistema social. Se promociona el consumo de automotores; dicha industria y todas las relacionadas devienen en fuentes de trabajo generadoras de riqueza, pero a su vez se presentan como la génesis del riesgo automotor. Consecuentemente, debe protegerse a la víctima.

3.4. El tribunal que integro ha sostenido, en función de lo reseñado, que la víctima en los accidentes de tránsito, se halla constitucionalmente protegida (García, José Luis c/ Selerpe, Jorge y otros s/ Daños y Perjuicios» exp. N° 757/05, Zeus Revista 17, Tomo 11, 26/04/10; «Aimaretti, Diego a. c/ Duarte, Horacio y otros s/ Daños y Perjuicios», exp. 140/08, mj-

stf-m-6380-ar, y comentario del mismo por Andrade, Juan M MJ-DOC-5542-AR | MJD5542; «Faga Ariel Darío c/ Villodres González Pablo y otros s/ Daños y Perjuicios» exp. No 854/08, «Guanco, Fidel Antonio c/VARGAS, José Luis s/Daños y Perjuicios» exp. N°195/07, entre otros).

4. El fallo «Pardo»

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado la mentada protección constitucional de la víctima en el reciente fallo «Recursos de hecho deducidos por la Defensora Oficial de P. C. P y la actora en la causa Pardo, Héctor Paulino y otros c/ Di Césare, Luis Alberto y otros/ art. 250 del C.P.C.» (MJ-JU-M-70425-AR | MJJ70425 | MJJ70425) donde, además, indica aplicable el precedente «Camacho Acosta» en el caso de accidentes de tránsito.

4.1. Los hechos: El 17 de abril de 2008, en horas del mediodía, en circunstancias en que la hija de los actores -en esa época menor de edad- se encontraba circulando en bicicleta por el carril derecho de la calle Los Filtros de la ciudad de San Rafael, provincia de Mendoza, fue violentamente embestida en la parte trasera por el rodado Fiat Duna, conducido por el demandado, que circulaba en el mismo sentido. Como consecuencia del impac-

La protección constitucional de la víctima en el caso de accidentes.
Convalidación del leading case «Camacho Acosta» en el caso «Pardo».

to -que motivó que la bicicleta quedara enganchada al vehículo y fuera arrastrada un trecho hasta que al automóvil se detuvo- sufrió gravísimas lesiones que la llevaron al estado vegetativo en que se encuentra, con una cuadriplejía espástica de carácter irreversible. Los actores -que actuaron en representación de su hija incapaz- en el marco del juicio por daños y perjuicios derivados del accidente de tránsito, dedujeron un incidente de tutela anticipada, a fin de que se condenara al demandado y a su compañía aseguradora a pagar la suma de \$ 43.212 para la adquisición de diversos elementos ortopédicos, y la de \$ 6.300 mensuales para sufragar la atención médica y los gastos que el cuadro de salud de la joven requería.

4.2. La sentencia de primera instancia admitió la medida anticipatoria solicitada, pero la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó tal decisión porque consideró que, a diferencia de las medidas cautelares clásicas, la admisión de la petición exigía la «casi certeza» de que el derecho pretendido existía, es decir, que se configurara una fuerte probabilidad de que el reclamo formulado sería finalmente atendido y no una mera verosimilitud del derecho, extremo que no se habría conformado en

el caso. Entendió la Cámara que con los escasos elementos con que se contaba en ese momento no podía tenerse por configurada la «casi certeza» requerida; antes bien, del informe de accidentología vial, obrante en la causa penal, resultaba que la joven podría no haber sido por completo ajena a la producción del lamentable evento, por lo que en la mejor de las situaciones para aquélla podría atribuirse verosimilitud del derecho pero no tener por acreditado, con el alcance referido, el requisito mencionado, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse en el futuro, de contarse con mayores elementos de juicio. Dicho pronunciamiento fue recurrido por los padres de la víctima y la Defensora Pública de Menores e Incapaces, mediante el remedio extraordinario que, denegado, dio origen al de queja, donde nuestro más alto Tribunal Nacional se expide sobre la temática en análisis.

4.3. Comienza recordando la Corte que, si bien es cierto que las decisiones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario pues no constituyen la sentencia definitiva que exige el artículo 14 de la ley 48, tal principio -conforme su propia doctrina- debe ceder cuando el fallo produce un agravio de

insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior con menoscabo de los derechos constitucionales en que se funda la pretensión (Fallos: 319:2358; 320:1633). Enseguida entiende que tal caso es sub iudice dado que, por la insuficiencia de sus medios económicos, la falta de cobertura médica privada y las carencias del hospital público zonal para cubrir las necesidades básicas que requiere el cuidado de la víctima, a lo que aún la demora en el inicio del proceso asistencial, terapéutico y de equipamiento ortopédico requeridos hasta el momento de la sentencia definitiva, *agravará su delicado estado de salud, con claro riesgo de vida, y además ocasionará nuevos daños irreversibles*. Entiende que tales circunstancias permiten tener por cumplido el requisito de definitividad y ponen de manifiesto la necesidad de obtener una *tutela jurisdiccional efectiva* para modificar la situación en que se encuentra y evitar mayores perjuicios.

4.4. A renglón seguido el fallo desdobra las objeciones argumentadas por los recurrentes en dos:

4.4.1. *Los agravios atinentes al grado de certeza del derecho exigible en el marco de la tutela anticipada*, los que -entiende- resultan inadmisibles pues sólo dejan traslucir la disconformidad con la solu-

Claves Judiciales

La protección constitucional de la víctima en el caso de accidentes.
Convalidación del leading case «Camacho Acosta» en el caso «Pardo».

ción adoptada en un asunto que ha suscitado diferentes cuestiones en doctrina y jurisprudencia y no ha encontrado aún recepción legislativa. No advierte, en ese aspecto, un claro apartamiento del criterio que la Corte Suprema ha sentado, al respecto, en el precedente «Camacho Acosta» (Fallos: 320, 1633), en punto a la mayor prudencia que se requiere en la apreciación de los recaudos que hacen a su procedencia.

4.4.2. *Las restantes objeciones de los apelantes en orden a la violación de derechos constitucionales*, respecto de los cuales -entiende- que suscitan cuestión federal para habilitar la instancia extraordinaria. Indica que al tiempo de examinar el requisito de verosimilitud *a quo* omitió evaluar la incidencia de la imputación objetiva -a título de riesgo creado- formulada en la demanda en los términos del artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil. Afirma que dicho examen resultaba particularmente exigible, dado que la mención de la incidencia causal que la conducta de la víctima podría haber tenido en la producción del evento no resulta sustento suficiente para denegar la procedencia de la tutela requerida, *so pena de restringir injustificadamente su ámbito de aplicación*. En este aspecto, podemos destacar que, si bien no existen dudas en

cuanto a la imbricación entre los dos factores de atribución dado que la culpa ingresa en la objetividad de la mano de las eximentes del artículo 1.113 del Código Civil, la Corte ha dado preeminencia absoluta, en la medida de tutela anticipatoria a la responsabilidad objetiva, como reaseguro de la protección de la víctima. En buen romance: primero, la protección de la vida, y luego, la distribución de la carga de culpas -conurrencia- y su correlato indemnizatorio.

4.4.3. Inmediatamente ingresa en el análisis de la protección constitucional y afirma que no pudo pasar desapercibido para la Cámara la interrelación que existe entre los requisitos de admisibilidad, la relevancia que en este tipo de medidas adquiriría la gravedad del cuadro de salud que presentaba la joven, ni los daños irreparables que se producirían de mantenerse la situación de hecho existente hasta el dictado de la sentencia, habida cuenta del cuidado que los jueces deben poner en consideración de las cuestiones sometidas a su conocimiento, en especial cuando el anticipo de jurisdicción solicitado tiende a remediar un agravio a la integridad de la persona, tutelada por la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículos 5.1 y artículos

10, 17 y 25, respectivamente (arg. Fallos: 320:1633, considerando 9°).

4.4.4. La Corte alude a la interacción del proceso con la protección de los Derechos Humanos, entendiendo que la finalidad primigenia del mismo es la protección de los derechos constitucionales, afirmando que una moderna concepción del proceso *exige poner el acento en el valor «eficacia»* de las normas procesales, en el sentido de que su *finalidad instrumental radica en hacer efectivos los derechos sustanciales* y, en ese marco, las medidas de la naturaleza de la solicitada se presentan como una de las vías aptas durante el trámite del juicio, para asegurar el adecuado servicio de justicia y evitar el riesgo de una sentencia favorable, pero ineficaz por tardía. Entiende que la ausencia de evaluación de las circunstancias mencionadas importó soslayar que es de la esencia de los institutos procesales de excepción, como el requerido por los recurrentes, enfocar sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque se encuentran enderezados, precisamente, a evitar que los daños se tornen en muy difícil o de imposible reparación en oportunidad de dictarse el fallo final, en razón de que por el transcurso del tiempo y la

La protección constitucional de la víctima en el caso de accidentes. Convalidación del leading case «Camacho Acosta» en el caso «Pardo».

urgencia que requieren la tutela de los derechos en juego, sus efectos podrían resultar prácticamente inoperantes.

4.4.5. Recuerda el Alto Tribunal que el anticipo de jurisdicción *lleva ínsita una evaluación de la amenaza inminente de los daños definitivos y del peligro de permanencia en la situación actual*, lo que considera patentes en el caso, a fin de habilitar una resolución que, al conciliar los intereses de aquéllos según el grado de verosimilitud demandado y el derecho constitucional de defensa, logre la necesaria y oportuna medida de la jurisdicción que el caso requiere. Así las cosas, concluye que, en tales condiciones, no debería dilatarse más el tiempo todavía útil para satisfacer las expectativas de los recurrentes en punto al tratamiento de la petición cautelar, y admite por mayoría (con disidencia de la Dra. Carmen N. Argibay fundada en que «*los recursos extraordinarios, cuyas denegaciones originan las presentes quejas, no se dirigen contra una sentencia definitiva o equiparable a tal [art. 14 de la ley 48]*»), la procedencia de los recursos extraordinarios interpuestos, «*pues media relación directa e inmediata entre lo resuelto y las garantías constitucionales que se dicen vulneradas*» [art. 15 de la ley 48].

5. Conclusiones: Podemos extraer las siguientes conclusiones

5.1. La Corte ha reafirmado que el *valor vida* se constituye como valor supremo.

5.2. Como consecuencia, en el caso de accidentes de tránsito, frente a las peticiones de tutelas anticipadas relacionadas con la salud, toma preeminencia en el análisis casuístico la responsabilidad objetiva -analizada conforme los hechos- dentro de los parámetros determinados en «Camacho Acosta», entre los cuales requiere una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión.

5.3. Dicha preeminencia significa que no debe influir en la decisión anticipada -en principio y conforme el deterioro que en su salud presente la víctima- su culpa presunta, debiendo entenderse que la gradación y concurrencia de culpas se analizarán en la sentencia, y en ella se evaluará la compensación económica que corresponda entre la condena y las prestaciones anticipadas.

6. Colofón

La Corte ha ratificado el rumbo a seguir por los jueces, en el sentido de priorizar

en todo momento los derechos humanos, en el marco de la preeminencia que asigna a la protección de los «derechos constitucionales», agregando que, en caso de colisión entre dichos derechos, como en el caso, el derecho a la salud y un derecho de contenido económico -con el agregado de la presencia de una empresa de seguros- la ponderación de principios indica que prima la salud sobre las cuestiones económicas. La libertad, consistente en la posibilidad del desarrollo de la personalidad, se ve cercenada por la desigualdad. Libertad e igualdad son caras de una misma moneda, por lo cual la libertad se logra con la eliminación de la desigualdad, ya sea económica, jurídica, de género, etcétera. En nuestra Constitución Nacional campean prístinos estos principios, con más fuerza aún a partir de la reforma de 1994, donde en virtud de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, se ha puesto el acento sobre la vulnerabilidad. Quien se halla en situación de vulnerabilidad ha de ser objeto de especial protección, con la finalidad de resguardar su libertad. La víctima se halla en situación de vulnerabilidad, y en esencia lo que ha hecho la Corte es proteger a esa víctima, cuya posibilidad de pleno desarrollo humano ha sido cercenado ■

Claves Judiciales

La protección constitucional de la víctima en el caso de accidentes.
Convalidación del leading case «Camacho Acosta» en el caso «Pardo».

¹ Las ideas principales del presente trabajo han visto la luz en la publicación del trabajo de este autor, realizada en la Revista Zeus, boletín No 12011 el 12/11/2012. Dicho trabajo ha servido de base al presente, ampliado y corregido.

² CIURO CALDANI (Metodología, cit.), aclara la cuestión, dado que, en principio si los valores son construidos, y los construimos con normas o con hechos, la dimensión dikelógica se volatilizaría, se subsumiría en las otras dos dimensiones, y caeríamos en un bidimensionalismo. Dice Ciuro Caldani que «No obstante, también apoyándose en lo construido, la dimensión dikelógica tiene una idealidad diferenciada de la realidad social y de las normas. Aunque no se sostenga la objetividad ni la naturalidad, es posible aprovechar las enseñanzas trialistas respecto de la dikelología sobre esta otra base e, incluso, estamos firmemente convencidos de que la gran mayoría de los aportes del método dikelógico sirven para cualquier tipo de pensamiento acerca de la Justicia, sea cual fuere el contenido que se asignen a sus exigencias. La apertura al 'ser' de la realidad social de la vida, producida en la dimensión sociológica, se completa aquí con la atención a su 'deber ser' de justicia».

³ JOSEP AGUILÓ REGLA: «Dos concepciones de la ética judicial»

⁴ CHAUMET, MARIO E. «Perspectiva trialista para la caracterización de los casos difíciles, en Cartapacio No 4, de la Universidad Nacional de Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). «En las últimas décadas

la teoría del Derecho se ha concentrado en tratar de mostrar un razonamiento jurídico y, especialmente, un razonamiento judicial acordes con las necesidades de la época. Así, por ejemplo, se sostiene que la justificación de las decisiones judiciales no sólo se debe ver como una exigencia técnica sino como un fundamento que hace a la legitimidad de los jueces. Es que en la sociedad democrática de derecho, los individuos -lejos de conformarse con una apelación al criterio de autoridad- exigen razones: sabido es que la forma más eficiente de prevenir la arbitrariedad en la justificación de las decisiones es presentar públicamente buenas razones. Como lo sostiene Aarnio, en el Estado moderno la necesidad de dar razones (justificaciones) y la democracia van de la mano. Por un lado, en los casos fáciles la solución está predeterminada por las normas, los hechos no ofrecen inconvenientes en cuanto a su reconocimiento o calificación y el operador jurídico se limita a realizar una simple deducción, para alcanzar «la» respuesta correcta del caso. Cualquier observador diría que otras soluciones son equivocadas. El resultado es para todos concluyente. En los casos difíciles, ya sea por razones normativas (ambigüedad, indeterminación, antinomias) o fácticas (problemas de relevancia, prueba, calificación, etcétera) nos encontramos con que el operador jurídico no puede basarse exclusivamente en un razonamiento deductivo, y hay quienes piensan se debe acudir también a otros parámetros para justificar la decisión. Muchos creen que se trata de casos donde hay opciones en conflicto y es imprescindible determinar cuál es la adecuada. A su vez, se han tratado de señalar nuevas categorías como, por ejemplo, los casos inter-

medios que menciona Barak y, en especial, los casos trágicos en los que -conforme la caracterización de Atienza- es imposible encontrar alguna solución que no implique el sacrificio de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico. Se supone que la adopción de una de las posibles soluciones no significa ya enfrentarse con una simple alternativa sino con un dilema. Es que «las decisiones jurídicas son el resultado de complicados procesos de información y razonamiento en los que inciden problemas de fáctica; otros, estrictamente hermenéuticos, derivados de la búsqueda de la norma o normas aplicables al caso y la especificación de su significado a tenor del caso concreto; y, por último, factores subjetivos y contextuales de índole social, política e ideológica.» Esto significa que, en muchos casos, el operador del Derecho y especialmente el Juez no puedan escudarse en el modelo mecánico de razonamiento deductivo. En los casos difíciles y, con mayor razón, en los trágicos se necesitará de una mayor carga en la justificación de las decisiones. Por eso se ha dicho que, en los casos difíciles, el Juez debe acudir también a criterios de racionalidad práctica. Ello impone que cuanto más difícil sea el caso (y más aún en los casos trágicos) mayor será la carga de argumentación»

⁵ En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que «se debe efectuar un análisis de los defectos lógicos que justifican tan excepcionalísima conclusión. Este no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputen como tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter

La protección constitucional de la víctima en el caso de accidentes.
Convalidación del leading case «Camacho Acosta» en el caso «Pardo».

excepcional, en que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces del proceso como la «sentencia fundada en Ley» a que hacen referencia los arts. 17 y 18, CN. (conf. doct. de Fallos 311:786; 312:608; 314:458; 324:1.378, entre muchos otros). En este sentido, la arbitrariedad no puede resultar de la sola disconformidad con la solución adoptada, sino que requiere la constatación de un apartamiento de los criterios mínimos de la argumentación jurídica. Esta última requiere, a su vez, que la decisión contenga una precisa descripción de los hechos con relevancia normativa, y si no se aplica la regla, deben darse los fundamentos por los cuales resulta inaplicable, inválida, o es corregida por razones de principios coherentes y consistentes, que resulten constitucionalmente fundados. Es que la magna labor de administrar Justicia no se basa en la sola voluntad o en el Derecho libremente aplicado, sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse, para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual esta Corte debe hacer respetar porque constituye un elemento de la garantía constitucional del debido proceso.» CSJN caso «Cuello» -Lexis N° 20071664.

⁶ ALEXY, ROBERT «Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica», Revista Doxa N° 5, 1988. «Según el modelo de principios, el sistema jurídico está compuesto, además de por reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos. Los principios ju-

rídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no determinan una única respuesta. El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, pues, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Consecuentemente, los principios establecen una obligación que puede cumplirse en diversos grados, conforme las posibilidades jurídicas que establecen otros principios y reglas en sentido contrario, y del contexto fáctico en que se aplican, por lo cual la aplicación se realiza mediante la operación de ponderación entre los mismos, a diferencia del de las reglas, cuya aplicación se realiza en forma de subsunción. Cuando confluyen dos principios no existe una contradicción, sino una tensión entre ellos, y se resuelve la supremacía de uno frente a otro respecto al caso concreto, sin que por ello al principio que se lo hace retroceder se lo declare inválido. La teoría débil de los principios de Alexy se halla integrada por tres elementos, consistentes en: 1) un sistema de condiciones de prioridad, el cual permite que la ponderación en la aplicación de los principios a

casos concretos sirva para la decisión en nuevos casos, de manera tal que: «las condiciones, bajo las que un principio prevalece sobre otro, forman el de hecho de una regla que determina las consecuencias jurídicas del principio»; 2) un sistema de estructuras de ponderación, derivada del requisito de optimización y 3) un sistema de prioridades prima facie que establece la carga de la argumentación, de manera tal que la prioridad que se establece de un principio a otro puede cambiar en el futuro, pero quien pretenda modificar esa prioridad corre con la de la prueba»

⁷ ZAFFARONI, «La Pacahamama y el Humano» Ediciones Colihue- Madres de Plaza de Mayo, noviembre 2011.

⁸ CALCATERRA, MARCELA: «El Derecho a la Salud como expresión de uno de los Derechos Humanos más elementales», en «Derechos Humanos y teoría de la Realidad», editado por la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe, Santa Fe 2003

⁹ Conf: Beck, Ulrich «La sociedad del Riesgo Global. de. Siglo Veintiuno, trad. Jesús Alborés Rey, Madrid 2002.»

La mayoría de edad a los 21 años y los alimentos.

La necesidad de una
modificación a la
actual Legislación



DRA. NOEMÍ M. Z. GALVÁN

Jueza del Tribunal Colegiado de Familia N° 2. Santa Fe.

La mayoría de edad a los 21 años y los alimentos.
La necesidad de una modificación a la actual Legislación

Ante la inminente Reforma al Código Civil, especialmente en materia de Derecho de Familia, es mi deseo poder aportar con este trabajo a la propuesta de Reforma que realizara la Dra. Aída Kermelmajer de Carlucci, en materia de los alimentos a los hijos mayores de edad. Esta prestigiosa jurista argumentó: «es muy difícil que un hijo alcance una formación que le permita trabajar en un mercado siempre exigente antes de la mayoría de edad, especialmente ahora, que ésta se alcanza a los 18 años. Por eso hemos extendido el deber de los padres hasta los 21 años, para que la Reforma de la Ley ya operada no perjudique a los hijos, y hemos autorizado que la prestación continúe hasta los 25 años, justamente para que puedan incorporarse de modo adecuado a ese mercado laboral». La comisión siguió los pasos del modelo español, que entiende que la educación y la instrucción son parte de los alimentos. «La diferencia es que le pusimos un límite fijo –los 25 son una edad más que razonable para terminar una carrera –y pusimos sobre el hijo el peso de probar la viabilidad del pedido (qué estudia, por qué no se recibió)», agregó.¹ La psicóloga y abogada especialista en relaciones interpersonales y mediación familiar, Dina Federman, opinó que se trata de «algo muy positivo, porque es una manera de

entender la responsabilidad y porque en realidad somos los adultos los que hemos contribuido a que nuestros chicos sean menos responsables porque les damos todo listo», y agregó: «Desde hace más de quince años que muchos abogados venimos logrando en los juicios que los padres se hagan cargo de manera voluntaria, con lo cual es una buena noticia que, de aprobarse la Reforma, esto sea una obligación»²

El ante proyecto del Código Civil unificado con el de Comercio, lo establece en su artículo 663.

Hijo mayor que se capacita

«La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de 25 años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente».

Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive, debiendo acreditarse la viabilidad del pedido.

Trataré de consolidar la propuesta para que los legisladores la aprueben y no quede –como en proyectos anteriores

(años 1992 y más reciente la propuesta del Dr. Giustiniani en 2005)-, justamente en un proyecto, y no en Ley.

Hoy es inmensamente necesario que los jóvenes cuenten con esta legislación. Ya lo mencionaba el Dr. Saux; al analizar la Ley 26.579 decía que: «La muy reciente puesta en vigencia de la normativa hace que las opiniones sobrevinientes a la misma, más allá de óbices que hacen a aspectos instrumentales u operativos, en general sean favorables en lo que es la sustancia del nuevo régimen regulatorio: la reducción de la edad para acceder a la mayoría de edad en los 18 años, lo cual pone en sintonía nuestra Legislación interna con una serie de pautas normativas de Derecho Comparado, Constitucional, con otras normas nacionales vigentes y con el reclamo mayoritario de la comunidad jurídica. Pero no todas han sido rosas, sobre todo teniendo en cuenta lo que algunas calificadas opiniones han expresado al respecto cuando, analizando proyectos de Ley previos (nunca puestos en vigencia) que proponían esa reducción que hoy ya rige, formularan reparos a ese achicamiento etario para acceder a la plena capacidad de obrar. Para el caso –hay quienes han argumentado que la ciencia sicoanalista ha comprobado que en la sociedad moderna la

Claves Judiciales

La mayoría de edad a los 21 años y los alimentos.
La necesidad de una modificación a la actual Legislación

adolescencia tiende a prorrogarse- (Borda, Guillermo A.), lo que se ha dado en denominar el «Síndrome Peter Pan», y anticipar el ejercicio de su plena capacidad es más demagógico que tuitivo, máxime cuando en el régimen vigente hasta ahora la capacidad laboral del menor adulto -aun ni siquiera emancipado- sólo lo privaba de la administración y disposición de los bienes adquiridos a título gratuito, lo cual estima que es razonable. Agrega que la prolongación de la obligación alimentaria paterna hasta los 21 años es un contrasentido que evidencia la sinrazón de la medida».³

Y Julio Chiappini «califica la reducción no como un despropósito, pero sí desaconsejable, habida cuenta de que los jóvenes del mundo de hoy, aún más informados, no tienen maduración intelectual, que es la clave para abrirles el juego de su plena capacidad de obrar»⁴. Agrega: «hubiéramos preferido que este corte sea a los 19 o 20 años. Urge comprender que la determinación de la mayoría de edad, de ser baja, por un lado favorece al joven, pero por otro lo desprotege en cuanto a sus posibles errores. Posibles, probables y, para los pesimistas, hasta inevitables errores».⁵

En éste trabajo reflejo una realidad que vivo desde hace más treinta años en los

Tribunales Colegiados de Familia de la ciudad de Santa Fe, espero ser útil y que esta realidad, contada como un cuento o como una carta a un amigo, llegue a los oídos que tiene que llegar.

Cuestiones Preliminares

La cuota alimentaria, el juicio de alimentos, los esposos separados, los hijos dentro de la disputa, el régimen de visitas vs. la cuota alimentaria, el divorcio de los padres? O el divorcio de los padres con los hijos?

Cuántos interrogantes o, mejor dicho, cuántas realidades que aparecen en la vida de las personas a partir de la separación.

Cuando una pareja se une con la expectativa de caminar una vida juntos, lo hace con el convencimiento de que será para toda la vida o, como dice la Iglesia, hasta que la muerte los separe. Junto a esta iniciativa de convivir se suma el hermoso deseo de ser padres y con ello cerramos el círculo. Se juran amor eterno, piensan en cuando sean viejitos y tomen mate juntos en la vereda, en ver crecer a los hijos, marcarle un futuro -que es el deseo de todos los padres-, principalmente orientarlos para que sean personas de bien y se procuren una profesión digna para que

puedan cortar el cordón umbilical y soltarles la mano, en el buen sentido de la palabra. También se planifican diferentes aspectos materiales, como tratar de tener la vivienda propia, que nunca falte la comida diaria, tal vez un vehículo y, si todo va bien, unas lindas vacaciones.

Pero... apareció el fantasma de la ruptura, el amor se fue apagando, se dieron cuenta de que ya no eran el uno para el otro, y decidieron separarse. Muy buena decisión para dos personas adultas que prefieren alejarse del continuar viviendo con discusiones, a veces malos tratos y un gran pesar.

¿Y los hijos?

Si todo fuera normal tendría que seguir la vida de los integrantes de la familia por los carriles normales, como ocurría antes de la separación, pero lamentablemente las estadísticas no dicen lo mismo.

El 80% de las parejas que se separan no pueden resolver solos sus problemas y lo judicializan con las consecuencias que ello acarrea.

Una vez una abogada me contaba que ella cuando las parejas querían disolver la sociedad conyugal, les decía si lo re-

La mayoría de edad a los 21 años y los alimentos.
La necesidad de una modificación a la actual Legislación

suelven solos la dividen en dos, si la llevan a juicio, la dividimos en tres.

Al igual que ese juicio, las demandas de divorcio, alimentos, tenencia de hijos, et-
cétera, irrogan gastos para su inicio y tramitación y además deben abonar los honorarios de los abogados, con justa razón para los profesionales del Derecho.

Todo este relato preliminar está basado en la realidad cotidiana.

Si no pueden acordar las pautas de la separación, la cuota alimentaria, iniciamos un juicio y serán los jueces quienes marcarán esas líneas, serán ellos los que le dirán a los padres cuáles son sus obligaciones, por ejemplo: la de alimentar a sus hijos.

Según lo establece el Cód. C. (art. 264 y ss.), «la obligación alimentaria deriva de la patria potestad» [art.265 «Los hijos menores de edad están bajo la autoridad y cuidado de sus padres. Tienen éstos la obligación y el derecho de criar a sus hijos, *alimentarlos y educarlos* conforme su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los hijos sino con los suyos propios» (lo escrito en negrita y subrayado me pertenece) y esa obligación se extiende además a la educación, vestimen-

ta, esparcimiento, habitación, asistencia y gastos de enfermedad (Obra Social), (art. 267 Cód. C.)

El art. 271 Cód. C., establece: «En caso de divorcio vincular, separación personal, separación de hecho o nulidad de matrimonio, incumbe siempre a ambos padres el deber de dar alimento a sus hijos y educarlos, no obstante que la tenencia sea ejercida por uno de ellos.»

O sea que el Legislador, a partir de Vélez Sarsfield, y luego con las diferentes reformas, especialmente la Ley 17.711, protegió a los hijos de padres separados, y lo sigue protegiendo con: **la nueva legislación de la mayoría de edad.**

En diciembre de 2009, se sancionó la Ley 26.579, que establece la mayoría de edad a los 18 años, y con muy buen tino los legisladores regularon específicamente la cuestión alimentaria. Agregaron como segundo párrafo al art. 265 del título III, Sección Segunda de Libro I del Código Civil, el siguiente texto: «La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en el art. 267, se extiende hasta la edad de 21 años, **salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuenta con recursos suficientes para proveér-**

selos por sí mismo» (la letra en **negrita** me pertenece).

O sea que, no obstante la nueva mayoría de edad, los jóvenes comprendidos en la franja de edad de 18 a 21 años están legalmente protegidos, continuará la obligación alimentaria de sus padres hasta los 21 años, salvo que el beneficiario de la cuota manifieste su deseo de no seguir percibiéndola o el alimentante alegue y pruebe que el alimentado posee sus propios medios de vida. Ha dicho Néstor Solari: «Una de las particulares de la Reforma se halla vinculada con la obligación alimentaria. En efecto, si bien la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, la Ley mantiene, en principio, la obligación alimentaria derivada de la patria potestad hasta los 21 años. Se intenta dar respuesta a una realidad insoslayable, cual es la situación económica de quienes transitan el período que se prolonga entre los 18 a 21 años, dado que, normalmente, la falta de medios de dichas personas y la dificultad de procurarse el sustento por sí mismas, hacen aconsejable mantener la obligación derivada del vínculo paterno-filial. De esta manera, no obstante que el sujeto haya alcanzado la mayoría de edad, se mantiene la obligación derivada de la patria potestad, con los alcances y extensión

Claves Judiciales

La mayoría de edad a los 21 años y los alimentos.

La necesidad de una modificación a la actual Legislación

previstos en ella. La diferencia entre la fuente alimentaria derivada de la patria potestad y del parentesco, es esencial. Ciertamente, con la mayoría de edad cesa la patria potestad de los padres respecto de sus hijos; sin embargo, se mantiene uno de los deberes emergentes de ella: los alimentos. En tal sentido, los padres seguirán obligados a satisfacer las necesidades económicas de sus hijos mayores de edad hasta los 21 años, a condición de que éste no tenga medios propios para afrontar sus necesidades. En cambio, la viabilidad de la obligación alimentaria derivada del parentesco -en el caso, entre padres e hijos mayores de edad-, requiere que el pretense alimentante pruebe su falta de medios y la imposibilidad de procurárselos por sí mismo. La particularidad introducida por el Lgislador es que el hijo mayor de edad seguirá percibiendo alimentos como si continuare sujeto a la patria potestad».⁶

Una cuestión muy importante con esta nueva Legislación, es la Legitimación Procesal de quien fuera menor y era beneficiario de una cuota alimentaria en un proceso por alimentos, iniciado por el progenitor con quien convivía.

Sabemos y lo ampliaremos seguidamente, que no es necesario iniciar otro

proceso, que el hijo hoy mayor de edad puede perfectamente comparecer en el juicio iniciado por su padre o madre, cuando era menor, ratificando que es su deseo continuar con el mismo y con ello el beneficio de la cuota alimentaria.

Dice Jorge L. Kielmanovich: «Al cumplir el hijo los 18 años cesa de pleno derecho la representación legal o necesaria de los padres a tenor de lo que disponen los artículos 57, inciso 2 y 306, inciso 3 del Código Civil, y se impone su obligada citación en los procesos judiciales en los que aquél asumió en tal contexto el carácter de parte, o fue autorizado a intervenir como tercero en sus distintas modalidades, entre ellos, en los juicios de alimentos, a fin de que tome intervención por sí o por apoderado en el plazo en que se señale bajo apercibimientos de decretarse su rebeldía».⁷

Buena Legislación, aunque con un año y medio desde su sanción, ha tenido muchos cuestionamientos; se ha debatido sobre diferentes temas tales como ¿quién debe percibir el pago de la cuota alimentaria?, si no se estableció qué porcentaje le corresponde a cada hijo o a la madre y a los hijos ¿qué porcentaje le corresponde al hijo hoy mayor de edad? ¿A quién corresponde el reclamo de los alimentos atrasados?

Los hijos mayores de 21 años

Siempre hablando de aquellos jóvenes hijos de padres separados. Porque como la realidad lo indica, en un hogar en el cual siguen conviviendo toda la familia unida, o concretamente en aquellas familias en que los padres no se han separado, nunca ocurre este planteo, puesto que los hijos seguirán estudiando, divirtiéndose, practicarán algún deporte, por supuesto que continuarán su vida normalmente; y, por supuesto que sus padres los seguirán alimentando.

No entra en la imaginación de estos hijos, el interrogante de saber si su papá o mamá los seguirán manteniendo, no está dentro de la realidad en la que transitan. El tener 18, 20 o 22 es lo mismo. Tampoco ningún padre se plantea o lo debate con la madre si van a seguir alimentando a sus hijos, pagándole los estudios, comprándole ropa, etcétera, etcétera.

Es la realidad que los seguirán cuidando, protegiendo, albergando en todos los aspectos de la vida, para que así ellos puedan realizarse. Dice Eduardo Sirkin: «Cuando la familia convive es importante el diálogo frecuente sobre lo atinente a los hijos, el control y la ayuda en sus ta-

La mayoría de edad a los 21 años y los alimentos.
La necesidad de una modificación a la actual Legislación

reas (cuando las actividades laborales de los padres lo permitan). La concurrencia a reuniones escolares, la información recíproca de novedades y sobre lo que cada uno da y recibe en la comunicación con los menores a fin de coordinar el discurso para mantener una cierta coherencia. También tener en consideración, según las edades de los chicos, su crecimiento físico, emocional, intelectual, social y moral y el acompañamiento del impacto producido ante la separación que produjo la crisis matrimonial».⁸

Pero para aquellos hijos de los cuales sus padres están separados, aquellos hijos que están en esta crisis, estoy convencida -porque así lo demuestran los hechos- que ya no deben estudiar más, o deben llamarse a la abstinencia de alimentos, ya que la cuota alimentaria que pasaba papá o mamá ha cesado de pleno derecho, o sea que como estos papás son muy respetuosos de las leyes, las cumplen estrictamente, e inician el cese de la cuota alimentaria.

Como lo he relatado *ut supra* y mi experiencia me lo ha demostrado, son tan respetuosos estos papás que al día siguiente de que sus hijos han cumplido la edad de 21 años, inician la demanda de cese de cuota alimentaria, y cuando me refiero a papás, me refiero a todos

los papás que lo hacen, aquí no hay diferencia de clase: lo hace tanto un obrero como un empleado bancario, un médico, un empresario, etcétera.

A partir de ahora, **21 años y un segundo**, como ya son mayores de edad, deben abastecerse por sí solos.

Cecilia Grosman con muy buen tino escribió: «Bien es sabido que la interrupción de los alimentos cuando los hijos llegan a la mayoría de edad lo sufre el padre con quien convive el hijo; por lo general, las madres, cabezas de familia a cargo de los hijos, quienes siempre tratarán de que ellos continúen su formación, incluso a costa de su sobrecarga laboral que afecta su salud y bienestar, situación que crea una desigualdad que vulnera los tratados de derechos humanos, como la Convención de Eliminación de toda Discriminación contra la Mujer. Ello, pues sólo queda en cabeza de la madre el aporte para la formación del hijo y, cuando ella no tiene recursos, se frustra al joven que aspira a una educación superior».⁹

Reitero, con la sanción de la Ley que establece la nueva mayoría de edad, los jóvenes entre 18 y 21 -esta partecita de la sociedad- todavía sigue protegida.

El Dr. Saux, menciona que «...en la Convención sobre los Derechos del Niño del año 1989, se destaca el criterio de la «capacidad progresiva» como parámetro para graduar la posibilidad del niño de ejercer por sí mismo los derechos que se le reconocen en función de su madurez y desarrollo, tal como se desprende de sus artículos 19 inciso a y 24 inciso b. En tal sentido, la reducción de la edad para adquirir la plena capacidad aparece como una norma en sintonía con tales designios, toda vez que así como la representación legal sustituye absolutamente la voluntad del menor por la de su representante, el modelo del derecho a la participación en sus distintas manifestaciones compatibiliza con la idea de sujeto de Derecho, superando el viejo modelo tutelar plenamente vigente en nuestra legislación civilista decimonónica, aun con los cosméticos de las leyes modificatorias sobrevinientes a la 17.711».¹⁰

Cuando hablo de la legitimación procesal que debe reconocerse al mayor de edad, según la Ley 26.579, para continuar con el proceso -reitero- hablo del mismo proceso y no de uno nuevo. Hoy el hijo mayor que desea continuar con la cuota alimentaria que le pasa su padre -demanda iniciada por su progenitor cuando era menor de edad- lo realizada con

Claves Judiciales

La mayoría de edad a los 21 años y los alimentos.
La necesidad de una modificación a la actual Legislación

una simple presentación manifestando expresamente que desea continuar con el proceso.

Pero, el hijo mayor de 21 años deberá iniciar una nueva demanda, fundada, según nuestra actual Legislación, en el alimentos entre parientes, y por supuesto con patrocinio letrado, y por supuesto abonar los sellados que se exigen para iniciar una demanda, y por supuesto deberá asistir a una audiencia y por supuesto... cuántos supuestos para solicitar una ayuda para continuar con los estudios.

Como dice el Dr. Claudio Belluscio, «...Hijo mayor de edad de 21 años que cursa una carrera universitaria y no cuenta con recursos suficientes. Pese a que la nueva normativa permite que la cuota que se venía percibiendo cuando el hijo era menor de edad, se deba seguir abonando, aunque éste haya llegado a la mayoría de edad (salvo que se acredite que el beneficiario cuenta con medios propios para cubrir la extensión alimentaria que describe el artículo 267 del Cód. C.), el límite de tal prestación se encuentra en el hecho de haber cumplido 21 años. Por lo tanto, el Legislador perdió una nueva oportunidad de permitir (como hacen otras legislaciones) que la cuota continúe hasta una edad en que se supone deben culminar

los estudios universitarios, siempre que se acredite que dichos estudios se cursan de forma regular. En consecuencia, será la jurisprudencia quien continúe resolviendo las situaciones planteadas en este aspecto. Con el agravante de que, aquellos fallos que han aceptado la continuidad de la cuota alimentaria con motivo de los estudios universitarios del hijo y más allá de que estemos de acuerdo con la continuidad de la cuota por tales motivos, evidentemente han fallado -contra legem-» (T. Familia Formosa 2/10/96, DJ, 1197-3-512; ídem, 20/05/99, La Ley, 2000-C, 894, y LL Litoral, 2000-102; Cód. Civ. y Com. Paraná, Sala 2º, 25/5/00, Zeus, 85-321, Sec. Jurisprudencia; Cód. Civ. y Com. 1a Nominación Santiago del Estero, 22/11/04, LL Noroeste, 2005-458; Juzgado.Nac. de 1a Inst. en lo Civil N° 81, Capital Federal, 25/9/98, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, N° 14, pág. 263). Lo mismo sucederá con futuros fallos que acojan esa pretensión, dado que la nueva Legislación extiende sólo la cuota hasta los 21 años (cuando se estarán promediando estos estudios).¹¹

El Dr. Saux, también menciona que «...la jurisprudencia nacional registra varios precedentes en los cuales se ha conde-

nado a padres no convivientes a mantener el costo de los estudios aun cumplida la mayoría de edad (a los 21 años), hasta que los mismos concluyeran. Se trae a cuento, vinculado con ello, a la Legislación de países como Francia, Italia, Panamá, que prolongan tal obligación alimentaria hasta los 25 años, e incluso la chilena, que lo lleva hasta los 28».¹²

Continúa el Dr. Belluscio: «Por el contrario, aquellos tribunales que -en este supuesto- se apeguen a la Legislación vigente, emitirán sus fallos correctos desde el punto de vista legal, pero las más de las veces, incorrectos desde el ámbito dikelógico, como ha sucedido en uno de los últimos fallos que abordó la cuestión» (Cód. Civ., Com. y Lab., Rafaela, 29/4/08, LL Litoral, 2008-920).¹³

Para esta realidad de la sociedad, sabemos que a los 21 años ninguna carrera universitaria ha concluido, hay un índice del 8 % de desempleo, las fuentes de trabajo son escasas y las que más prometen requieren de cierta especialización, que sólo lo da el estudio, la capacitación. Andrea F. Mac. Donald, en un profuso estudio realizado manifestó: «Pero, merced al grave problema de la desocupación en el que se encuentra todavía inmerso nuestro país, el acceso de los jóvenes a

La mayoría de edad a los 21 años y los alimentos.
La necesidad de una modificación a la actual Legislación

la actividad laboral remunerada se ha visto agravado, siendo una de las franjas de la población laboralmente activa en que tal fenómeno ha repercutido con mayor profundidad».¹⁴

Estos jóvenes que apenas están cursando los primeros años de una carrera universitaria, llámese carreras de contadores públicos, abogados, profesoras; deben inexorablemente adecuar sus cursados a la nueva situación, deben trabajar para poder mantenerse; papá o mamá ya no les pasan más la cuota alimentaria, porque cumplieron 21 años.

O bien –reitero– deben iniciar una demanda de alimentos contra su padre, basada en la Legislación que establece los derechos y las obligaciones entre los parientes (art. 367 y ss. del Cód. C.).

Y dice el art. 370: «El pariente que pida alimentos, debe probar que le faltan los medios para alimentarse, y que no le es posible adquirirlos con su trabajo, sea cual fuese la causa que lo hubiese reducido a tal estado».

¿Y que debe probar? Que cumplió 21 años y que en pleno cursado de su carrera universitaria, su padre ha cesado con la cuota alimentaria con un porcentaje

ínfimo del total de las remuneraciones del mismo.

Pedro Di Lelia resalta: «Es hora de que el Legislador despierte y regule de una vez la familia actual y decida qué es la familia y cómo debe ser la normativa que la regule in totum; mientras no lo haga, seguirá creando parches que se adecuarán poco y mal a la restante Legislación; las resoluciones judiciales dependerán cada vez más de las creencias particulares de los magistrados, los abogados no cumplirán porque no podrán hacerlo con la misión de anticiparle a su asistido, con algún grado de certeza, el resultado del proceso, y la litigiosidad aumentaría en perjuicio del ciudadano y de la familia a la que el Legislador debió cuidar por mandato constitucional».¹⁵

Carlos Gherzi opina que: «Puede suceder que, alcanzada la edad de 21 años, si bien tiene posibilidad de autosuficiencia de consumos básicos, necesite asistencia económica para una cualificación educacional; por ello, sostenemos que se trata de una situación de alimento que debe ser atendida por los progenitores, con fundamento similar que surge del artículo 266 del Cód. Civil, que prevé la prestación de alimentos de los hijos a su progenitores, cuando éstos lo necesiten»

o «en todas las circunstancias de la vida que le sea indispensable su auxilio»... «En consecuencia, asumir la formación integral de los hijos, se extiende más allá de la mayoría de edad (o sea, más de 21 años), pues ello tiene que adaptarse a los cambios históricos, socio-económicos y de progresos científicos o culturales, de tal forma que la especialización o constante actualización se prolonga en estos tiempos hasta aproximadamente los 25 o 26 años, es decir, como establece a contrario sensu el art. 266 del Cód. C. («las circunstancias de la vida»), por lo cual si la actitud económica de los progenitores lo permite y no se deteriora en su base acumulativa capitalista, éstos deben ese auxilio financiero para la mejor capacitación del hijo; esto es, en la lógica capitalista una inversión y no un gasto (que debería rendir beneficios al menor y a los inversionistas progenitores hacia el final de la vida de éstos, precisamente para cumplir mejor con la imposición del art. 266 del Cód. C.)».¹⁶

Mi propuesta de reforma en la cuestión alimentaria

Siguiendo el lineamiento de la Ley 26.579, agregaría un tercer párrafo al art. 265: «La obligación alimentaria continuará hasta los 26 años para el hijo que está

Claves Judiciales

La mayoría de edad a los 21 años y los alimentos.
La necesidad de una modificación a la actual Legislación

estudiando una carrera terciaria y/o universitaria, debiendo éste acreditar tal situación».

Simple y sencillo, con una presentación en el expediente, un certificado de alumno regular y una Ley que lo ampare, el hijo continuará recibiendo de su progenitor una cuota alimentaria que lo ayude a concluir sus estudios.

Ahora bien, incumbirá al padre si quiere hacer cesar esta continuidad de la cuota alimentaria en la carga de la prueba. Deberá probar que el hijo no estudia o no rinde materias o no cursa regularmente y que, por consiguiente, no le corresponde la cuota alimentaria.

Sabemos que este criterio de extender la cuota alimentaria -como lo he mencionado *ut supra*- es recogido por países como Italia, Francia y España (Código Civil de España -hoy tomado como modelo-), pero también, y esto es dable destacar, por la mayoría de los países latinoamericanos, tales como y a simple modo de ejemplo: Códigos de Familia de Panamá, de Costa Rica, de Chile; Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela.

En la creencia de que el cambio está cerca, doy por finalizado mi trabajo con un pensamiento de Albert Einstein sobre la crisis: *«No pretendamos que las cosas cambien, si siempre hacemos lo mismo. La crisis es la mejor bendición que puede sucederle a personas y países, porque la crisis trae progresos. La creatividad nace de la angustia, como el día nace de la noche oscura. Es en la crisis que nace la inventiva, los descubrimientos y las grandes estrategias. Quien supera la crisis, se supera a sí mismo sin quedar 'superado'.*

»Quien atribuye a la crisis sus fracasos y penurias, violenta su propio talento y respeta más a los problemas que a las soluciones. La verdadera crisis, es la crisis de la incompetencia. El inconveniente de las personas y los países es la pereza para encontrar las salidas y soluciones. Sin crisis no hay desafíos, sin desafíos la vida es una rutina, una lenta agonía. Sin crisis no hay méritos. Es en la crisis donde aflora lo mejor de cada uno, porque sin crisis todo viento es carencia. Hablar de crisis es promoverla, y callar en la crisis es exaltar el conformismo. En vez de esto, trabajemos duro. Acabemos de una vez con la única crisis amenazadora, que es la tragedia de no querer luchar por superarla.» ■

La mayoría de edad a los 21 años y los alimentos.
La necesidad de una modificación a la actual Legislación

¹ AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, «Anteproyecto de Código Civil unificado con el de Comercio del año 2012»

² DINA FEDERMAN: entrevista a Diario UNO Mendoza del 06.04.2012

³ «Mayoría de edad a los 18 años», SAUX, EDGARDO I. L.L. 24.02.2010

⁴ «La mayoría de edad a los 18 años», JULIO CHIAPPINI, La ley Actualidad, 12/03/2009, 1

⁵ «Los alimentos y la nueva Ley de Mayoría de Edad», JULIO CHIAPPINI, JA 2011 IV

⁶ «La nueva mayoría de edad» SOLARI, NÉSTOR E. LL, 20.04.2010

⁷ «Citación del hijo mayor en el juicio de alimentos», por JORGE L. KIELMANOVICH, LL, 27.05.2010

⁸ SIRKIN, EDUARDO: «Acerca del desbaratamiento de los derechos del niño», elDial DC1116

⁹ «La mayoría de edad y la responsabilidad alimentaria de los padres», por CECILIA P. GROSMAN, Revista de Derecho de Familia N° 47, AbeledoPerrot

¹⁰ «Mayoría de edad a los 18 años», SAUX, EDGARDO I. L.L. 24.02.2010

¹¹ «Los alimentos debidos a los hijos conforme a la nueva legislación» por CLAUDIO BELLUSCIO, LL, Diciembre 2009 suplemento especial La Ley, directores GRACIELA MEDINA.- NÉSTOR E. SOLARI

¹² «Mayoría de edad a los 18 años», SAUX, EDGARDO I. L.L. 24.02.2010

¹³ «Los alimentos debidos a los hijos conforme a la nueva legislación» por CLAUDIO BELLUSCIO, LL, Diciembre 2009 suplemento especial La Ley, directores GRACIELA MEDINA.- NÉSTOR E. SOLARI

¹⁴ «La inserción económica de los jóvenes en el mercado laboral latinoamericano», ANDREA F. MAC DONALD, elDial.com., 20.04.2007

¹⁵ PEDRO DI LELLA, en algunas cuestiones sobre alimentos en la Ley 26.579. Mayores de Edad: ¿Obligación o Facultad?

¹⁶ CARLOS ALBERTO GHERSI, en Cuantificación Económica. Alimentos. Ed. Astrea, págs. 101/103

La Inquisición en Cartagena de Indias



DR. HERNÁN FERNANDO POSTMA

Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Instrucción
de la 11ª Nominación. Rosario.

«...La historia de todos los tiempos y países desde su establecimiento, lo presenta cubierto de sangre, de horrores y de injusticia. El fanatismo religioso abortó este monstruo en el siglo XIII de la Iglesia, el cual tiene los pies en el infierno y alcanza con los brazos al cielo... Uno de los derechos inmanentes del pueblo es la resistencia a la arbitrariedad y opresión y en uso de él, con estos antecedentes, no ha podido pedir el de esta ciudad una cosa más justa y necesaria para su libertad y seguridad personal que la extinción de dicho Tribunal de la Inquisición...»

Fragmento de la carta realizada por **Ignacio Cavero** al momento de solicitar la extinción del Tribunal de la Inquisición de Cartagena de Indias.

«Noble rincón de mis abuelos: Nada como evocar, cruzando callejuelas, los tiempos de la Cruz y de la Espada, del ahumado candil y las pajuelas pues ya pasó, ciudad amurallada, tu edad de folletín... Las carabelas se fueron para siempre de tu rada... ya no viene el aceite en botijuelas! fuiste heroica en los años coloniales, cuando tus hijos, águilas caudales, no eran una caterva de vencejos. Mas hoy, plena de rancio desaliño, bien pueden inspirar este cariño que uno le tiene a sus zapatos viejos...»

Soneto del poeta cartagenero
Don Luis Carlos López

*Orgullo, astucia y pobreza,
 grandes cumplidos, poca nobleza,
 y mucha ceremonia;
 la extravagante comedia
 que a menudo la Inquisición
 quiere que se llame religión,
 pero que aquí llamamos locura.*

Voltaire

1. Prefacio

Cartagena de Indias, otrora víctima de asoladoras incursiones por parte de los piratas que infestaban el Mar Caribe, resulta ser una noble Villa de Castillos, muros, sol y mar, vista por primera vez en el segundo viaje de Cristóbal Colón en 1498, al pasar cerca de sus playas, aunque sin detenerse. Recién en el año 1533 Pedro de Heredia decidió sentar reales en el villorrio indígena de Calamarí, que más tarde se transformó en una próspera ciudad que se llamaría Cartagena.

Ciudad amurallada que fuera heroica en los años coloniales, hoy resulta ser el destino obligado de muchos turistas internacionales que se sienten atraídos por su clima y por sus playas, ignorándose -a veces-, que entre sus calles y callejuelas en los «tiempos de la Cruz y de la Espada», aparece una estructura arquitectónica que constituyó una de las más importantes muestras de lo que fuera la época colonial con su estilo barroco y sus balcones, donde funcionó una de las instituciones más controvertidas y cuestionadas de la época: el Tribunal de Penas del Santo Oficio de la Inquisición.

La Casa de la Inquisición fue establecida como sede del Tribunal de Penas del Santo Oficio desde 1610, reconstruida en 1770 -incluyéndose el edificio que sirvió

Claves Judiciales

La Inquisición en Cartagena de Indias

de residencia a los inquisidores y que contuvo trece cárceles secretas- y terminada de edificar recién en 1776. Este Tribunal, conocido actualmente como el Palacio de la Inquisición, se encuentra ubicado frente a la Plaza Bolívar, rodeado de las calles de la Inquisición, Santo Domingo, Santos de Piedra y Román, dentro del Centro Amurallado de la ciudad. Contiguamente, se encuentran localizados el Museo Colonial, un pequeño museo arqueológico, la Academia de Historia y la Sociedad de Mejoras Públicas. Actualmente, este Palacio de la Inquisición resulta también sede del Museo Histórico de Cartagena y sede provisional del Archivo Histórico de esta ciudad heroica e increíble, declarada Patrimonio Cultural de la Humanidad.

Pese a que existe la generalizada y tal vez errónea creencia de la existencia de un vacío sobre la problemática de la Inquisición entre los propios ciudadanos comunes de Cartagena y entre sus visitantes, desde hace años que me invade una «universal curiosidad» por investigar este tema y tratar de incorporarlo al «humus de mi memoria», puesto que más allá del alto contenido jurídico y filosófico que presenta, resulta de innegable e incuestionable interés histórico.

Lo concreto es que, al observar personalmente esta parte de la historia, el hombre tiene «ante sí» una realidad del mundo, pero un hombre no filósofo toma a ese ser presencial como cosa evidente y problemática. Pero este tiempo que vivimos ha mostrado una nueva comprensión del ser, comprensión para lo histórico y lo singular en el hombre para el devenir y para el proceso, en oposición a las esencias estáticas y esquemáticas.

Plutarco señaló que cuando se enfrenta una problemática histórica, lo que distingue a la historia de la biografía es la posibilidad de esta última de eliminar de la narración hechos que en una obra histórica sería imperdonable eliminar, es decir que el historiador debe dar cuenta de todos y de cada uno de los hechos ocurridos en el período seleccionado por éste.¹

Es por ello que en esta sencilla investigación, que intenta ser redactada en tono más bien coloquial y con pretensiones de ser incluida dentro de la problemática histórica, la recopilación de datos concretos que aparecen proyectados como instrumento de conocimiento de la historia de la Inquisición en Cartagena de Indias, fueron recogidos con vistas a salvar del olvido determinados aspectos históricos. Pero paralelamente

y al mismo tiempo, aparece un verdadero compromiso que se trasluce en una preocupación ética de tratar de informar lo verdadero y no lo aparente, más aún cuando lo investigado constituye «una historia prohibida por años».

2. La Inquisición en Cartagena de Indias

El presentar un esbozo sobre la historia de la Inquisición española y cartagenera, haciendo referencia a los orígenes de la Inquisición en Cartagena de Indias, pretendería ser en realidad un instrumento informativo sobre una de las instituciones más controvertidas de nuestro pasado colonial latinoamericano, sobre el cual debemos conformarnos con argumentaciones que generalmente riñen con la verdad, para caer en el campo de la fantasía y la deformación de la explicación del pasado histórico.

La legislación indígena anterior a la conquista y colonización hispánica no influyó de ninguna manera en los sistemas de enjuiciamiento penal que se impusieron en esta parte del mundo. Por el contrario, el análisis de la Inquisición en América resulta el punto de partida del estudio histórico del Derecho Procesal Penal Hispano o Latinoamericano, ya que, nos

guste o no, los países latinoamericanos tienen hasta la actualidad un *derecho de recepción*.

En efecto, en materia procesal penal en la América hispana sólo el derecho relativo a la organización judicial -incluyendo la Recopilación de Indias de 1680- tiene autonomía como Derecho Colonial o Indiano que merezca un estudio particularizado respecto del vigente en Castilla y España, mientras que el derecho relativo al procedimiento penal reside casi con exclusividad en «Las Partidas», cuerpo de leyes que, pese a su vigencia supletoria, dominó el panorama cultural y legislativo de la época.

La Inquisición española fue creada por el Papa Gregorio IX, mediante la bula expedida el 8 de noviembre de 1235, con el propósito de combatir las herejías de ese entonces. Sin embargo, durante doscientos años la Inquisición careció de importancia, lo cual obviamente no impidió la realización de Autos de Fe y la ejecución de herejes en la hoguera. Fue a partir del siglo XV cuando esta Institución se hace más fuerte combatiendo a los judíos, quienes concentraban las riquezas en sus manos y a quienes los cristianos responsabilizaban de todos sus males. En 1478 el Papa Sixto IV autorizó

a los Reyes Católicos Fernando e Isabel para establecer un Tribunal en Castilla con el propósito central de extirpar la herejía por el fuego, y para ello, en 1483, los monarcas nombraron como Supremo Inquisidor a Fray Tomás de Torquemada, antiguo confesor de la Reina. Estructurada de manera integral, la Inquisición trasladará su radio de acción al Nuevo Mundo y en Cartagena de Indias echará sus raíces en el siglo XVII.

El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición fue establecido en el territorio del actual continente sudamericano en Lima, el 25 de enero de 1569, mediante cédula real de Felipe II, teniendo por jurisdicción todo el dominio español en ese continente. No obstante, desde su comienzo, la Inquisición debió afrontar dificultades por la falta de personas idóneas para ejercer el oficio de comisarios y para cubrir la vastedad del territorio asignado a su cargo. Esta función motivó al Inquisidor limeño Antonio Ordóñez a solicitar la creación de nuevos distritos inquisitoriales que pudieran atender con mayor eficacia los asuntos del Tribunal entre ellos «...en Santa Fe de Bogotá, cabeza del Arzobispado del Nuevo Reino donde reside el Gobernador y Audiencia Real, que dista de esta ciudad seiscientas leguas, se pusiese otra Inquisición y

se diesen por distritos los obispados de Popayán, Cartagena, Santa Marta y Venezuela...».²

Tal propuesta, avalada también por el Obispo de Santa Fe, concluye en la cédula real que el 25 de febrero de 1610 erigía el Tribunal de Santo Oficio en Cartagena de Indias, con jurisdicción sobre el Nuevo Reino de Granada, la Audiencia de Santo Domingo, los obispados de Cartagena, Panamá, Santa Marta, Puerto Rico, Islas de Barlovento y Santiago de Cuba. Cartagena fue escogida porque en esa ciudad, como puerto de mar y como entrada de extranjeros en aquellos dominios, sería más fácil a los ministros del Santo Oficio vigilar de cerca el que no se introdujeran por allí ni las personas ni libros infectos de herejía.

Los primeros inquisidores nombrados en Cartagena, licenciados Mateo de Salcedo y Juan de Mañozca, iniciaron sus labores el 30 de noviembre de 1610 leyendo en la Catedral el Edicto de Fe impreso en España, el cual era el código fundamental de sus procedimientos y atribuciones, y en alguno de sus apartes, *prevenía* a todos los moradores de toda la jurisdicción y de cualquier categoría, para que *denunciaran*³ ante ellos a alguna o algunas personas vivas, presentes, ausentes o difuntas que hayan hecho, dicho o creído algunas

Claves Judiciales

La Inquisición en Cartagena de Indias

opiniones o palabras heréticas, sospechosas, erróneas, temerarias, malsonantes, escandalosas o blasfemia heretical contra Dios y su Santa Fe Católica y las prédicas de la Santa Iglesia Romana.

De igual forma el edicto solicitaba que se denunciara a los observadores o sospechosos de practicar la Ley de Moisés, las sectas de Mahoma, de Lutero o de los Alumbrados, así como de diversas herejías menores o prácticas pecaminosas como la de los confesores «solicitantes», la de dar dinero a «usura o logro», la de los sortilegios y brujerías de cualquier clase, la posesión de «Biblias en Romances» o cualquiera de los libros prohibidos.

Luego de la publicación del edicto, la acogida fue tal durante un mes, que los inquisidores optaron por no recibir más denuncias sino se hacían con membrete, ya que la mayor parte de ellas estuvieron relacionadas con las prácticas hechiceras, los embustes muy perniciosos y los sortilegios, recibéndose muy pocas sobre las prácticas del judaísmo y las herejías.

Fue muy fecunda la actividad de la Inquisición en el transcurso de todo el siglo XVII, al punto que a finales de éste, una de las mayores preocupaciones de los inquisido-

res era el arribo y estadía en el puerto de los «herejes extranjeros» (ya que aumentaban los casos de luteranismo y judaísmo) y de los «negros bozales», quienes eran llevados desde su tierra natal a la isla de Jamaica o de Curazao haciéndose difícil su conversión al catolicismo y constituyendo un peligro por sus principios heréticos para las personas que se encontraban ya catequizadas.⁴

El fin del siglo XVII fue trágico para la Inquisición. A raíz del ataque de los franceses comandados por Pointís y la consiguiente toma de la ciudad, los reos ubicados en la casa de la Inquisición debieron ser evacuados hasta Mahates y los que estaban en el Fuerte de Bocachica se pasaron al enemigo y ocho de ellos emigraron con él. También la casa fue saqueada, las imágenes destrozadas y blasfemadas y las ceremonias de Autos de Fe fueron parodiadas con burla en la plaza de la Inquisición. Tras el bombardeo que destruyó la sede, todos los funcionarios debieron huir y regresar uno por uno. Sin embargo, se consiguió un donativo y se dio comienzo al reparo de los daños causados al Tribunal, de modo que en poco tiempo todo quedó habilitado para funcionar.⁵

El siglo XVIII es un período de decadencia

para la Inquisición, producto de la crisis que vivía el Estado español y el antiguo régimen reinante en Europa, a raíz de la irrupción de las ideas ilustradas y de los problemas económicos. En Cartagena de Indias, la crisis⁶ se reflejará en estas situaciones: a) en el largo período que abarca esta centuria son contados los procesos de fe que se tramitaron y, entre todos, apenas si alguno reviste mediana importancia; b) la otrora arrogancia demostrada por la Inquisición para intervenir en caso de blasfemia o herejía había quedado atrás cuando se trataba de personajes notables: c) los conflictos con las autoridades civiles y militares -como en el caso del Gobernador Juan Díaz de Pimienta- se definían a favor de éstas, destacando que Díaz de Pimienta prendió al notario de secuestro llamado Luis de Cabrera y le metió preso en Bocachica donde murió al cabo de ocho meses; d) todo era ruina, los fondos del Tribunal se los llevaron los franceses, la consignación no se les pagaba, las cajas estaban vacías, las canonjías no producían más de cinco mil pesos al año, hacía más de diez años que no llegaban galeones, el Gobernador Pimienta desairaba al Inquisidor Laiseca a cada paso, al extremo de que se encerró en su casa cerca de dieciocho meses; e) en 1741 la escuadra inglesa del Almirante Eduardo

Vernon bombardeaba a Cartagena, cayó una bomba que dismanteló toda la casa y hubo que derribarla; f) el cargo de Inquisidor en Cartagena distaba mucho de ser apetecible y aun en Madrid no querían muchos aceptarlo.⁷

Desde 1750 en Santa Fe de Bogotá se había conformado un vigoroso Movimiento Ilustrado, con representantes de los españoles afincados y de la burguesía criolla en ascenso. En Cartagena de Indias, este movimiento echó raíces desde fines del siglo y se caracterizó por tener como principios el entusiasmo científico, el cultivo de las ciencias útiles, la crítica a la filosofía escolástica, la crítica a la enseñanza tradicional, la promoción de la instrucción pública y el amor a la patria americana.

Las arremetidas de la Inquisición contra el movimiento ilustrado se inician en 1774 contra el sacerdote, médico y científico José Celestino Mutis, quien en 1773, en calidad de profesor del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Cartagena, presidió unas conclusiones a las que asistió el Virrey Manuel de Guirior y en las que demostraba la verdad del sistema heliocéntrico de Copérnico.⁸ Otra situación en la que interviene la Inquisición contra el movimiento ilustrado

se presenta a raíz de la publicación de los Derechos del Hombre en Francia en 1789; el 13 de diciembre de ese mismo año el Tribunal prohibió su publicación e inició una intensa pesquisa contra el documento, pero sin resultados positivos. Sin embargo, una persona sufrió la represión de las autoridades por el solo hecho de traducir y publicar «Los Derechos del Hombre y del Ciudadano».⁹

La Inquisición también se ocupó de prohibir y destruir numerosos libros vinculados al movimiento ilustrado. Por mencionar algunos, se puede citar «El Segundo Juego Histórico de Cartas» que era un compendio de la historia de Francia realizado en 1802, «El cuadro histórico o político de la Europa», el Diccionario Histórico llamado «Historia abreviada de los hombres», todas ellas obras en francés, «Catecismo o Instrucción Popular» del sacerdote Juan Fernández de Sotomayor realizada en 1815, «Memorias de la Revolución de España» del Abate Pradt con ideas influyentes en los hispanoamericanos. La Inquisición consideraba que todos estos libros contenían ideas seductoras, escandalosas e injuriosas a los Monarcas Católicos como al Papa y opuestas a las máximas de la Santa Religión.¹⁰

El 11 de noviembre de 1811 el Partido Popular Cartagenero, dirigido por los hermanos Germán y Gabriel Gutiérrez de Piñeres, tras una colmada agitación popular, arrancaron al Cabildo la declaración de independencia absoluta de España, sosteniendo que la provincia de Cartagena de Indias era un estado libre, soberano e independiente del gobierno y de la corona de España, creándose la Junta Revolucionaria de Gobierno. Tras esta declaración, la dirigencia criolla y el pueblo cartagenero se empeñaron en borrar todo signo que recordara el dominio español: la Inquisición fue uno de los primeros blancos.

El día 12 de noviembre de 1811 el presidente de la Junta, Ignacio Cavero, ofició a los inquisidores, solicitándoles que emigrasen a España. Vale la pena reproducir parte de la carta que envió Cavero, en la cual expresa su juicio sobre lo que fue la Inquisición en Cartagena de Indias: «... *Al Tribunal de la Inquisición:... La historia de todos los tiempos y países desde su establecimiento, lo presenta cubierto de sangre, de horrores y de injusticia. El fanatismo religioso abortó este monstruo en el siglo XIII de la Iglesia, el cual en expresión de un autor célebre, tiene los pies en el infierno y alcanza con los brazos al cielo. Las tablas que se hallan fijadas en el atrio de la*

Claves Judiciales

La Inquisición en Cartagena de Indias

catedral, delante del sagrario, oprobio de ese santo templo y que debían quemarse por la mano del verdugo en la plaza pública, dan testimonio del proceder de dicho Tribunal de la Inquisición en esta capital. Ellas contienen una pequeña parte de la historia de los ajusticiados penados y reconciliados por lo que se llama Santo Oficio. Allí verá condenados a las llamas a muchos fatuos o infelices por brujos, por que volaron con otros, por hechiceros, por duendes, etetera. y reconciliados a otros porque en la alternativa de ir a las llamas o retractarse prefirieron este último partido. Uno de los derechos inmanentes del pueblo es la resistencia a la arbitrariedad y opresión y en uso de él, con estos antecedentes, no ha podido pedir el de esta ciudad una cosa más justa y necesaria para su libertad y seguridad personal que la extinción de dicho Tribunal de la Inquisición...».¹¹

No obstante, los inquisidores partieron en 1812 hacia Santa Marta, ciudad que permanecía en poder de los españoles y en la cual establecieron de nuevo el Tribunal. Cuando el Ejército Popular Libertador recobró la plaza de Santa Marta, los inquisidores emigraron hacia Portobelo (Panamá), donde permanecieron hasta 1815, cuando el General Pablo Morillo tomó de nuevo al puerto

samaritano en desarrollo del plan de la reconquista española que partió hacia Cartagena de Indias.

La burguesía criolla cartagenera, en defensa de sus intereses particulares y partidistas, olvidaron al imperio español, facilitando la reconquista española. El ejército español sitió a Cartagena en 1815 y obligó a abandonar la plaza, restableciendo el régimen de terror que acabó con centenares de vidas humanas. El Tribunal de la Inquisición se reinstaló en 1816, pero el juicio de «purificación» que se le siguió a sus secretarios, que no habían abandonado Cartagena, determinó el reinicio regular de sus funciones el 21 de enero del año 1817.¹²

Pero, ya en esos años, la Inquisición en Cartagena afrontaba su crisis definitiva, ya que las causas heréticas prácticamente habían desaparecido, limitándose a combatir un nuevo delito aparecido en las Indias que llamaron francmasonería, y en 1819 vivió su peor crisis económica al ritmo de la crisis definitiva del imperio español en Nueva Granada. El último reo procesado por la Inquisición fue Rafael Barragán (procedente de Bogotá), a quien se había sindicado de proposiciones heréticas, que se hallaba detenido en cárceles secretas desde 1813, y re-

sultó absuelto sin méritos en 1818. De esta manera, entre los estertores de la crisis¹⁴, la Inquisición, que se había establecido en 1610, vivió sus últimos días hasta octubre de 1821 cuando se dio la liberación de Cartagena.

3. Colofón

Queda por agregar que la Inquisición en Cartagena de Indias duró doscientos once años con los rasgos generales que he intentado describir. Durante ese tiempo se celebraron doce Autos Generales de Fe y treinta y ocho particulares o autillos (el último de ellos se celebró en 1717); en ellos, o en la sala de su despacho, fueron penitenciados setecientos sesenta y siete reos, de los cuales por lo menos cinco perecieron en la hoguera. El primer Auto de Fe se celebró en 1614 y el último en 1818. Durante esos doscientos once años se sucedieron un total de cuarenta y cinco inquisidores y treinta y ocho fiscales del Santo Oficio, algunos de los cuales ocuparon también el cargo de Inquisidor. Pese a mis esfuerzos, no he podido establecer *con exactitud* el número total de víctimas de la Inquisición durante todos esos años.

Mi propósito, al recopilar todos los datos, documentos y textos citados en este hu-

milde ensayo investigativo realizado en oportunidad de viajar a Colombia algunos años atrás, se centra en el deseo de devolverlos a la Historia, sin conclusiones que pudieran contribuir a crear en el lector un prejuicio. A su vez, también me consideraría satisfecho de haber realizado un sencillo instrumento informativo sobre una de las instituciones más controvertidas del pasado colonial latinoamericano, sólo si al lector le resultara útil para complementar su formación personal, puesto que no intento llenar las exigencias de especialistas e historiadores.

No pretendo, por lo tanto, exaltar ni condenar, sino tratar de exponer con la frialdad objetiva que debe tener todo investigador, testimonios y vivencias de la historia que estimo valiosos en sí mismos y no por las tesis que pudieran derivarse de ellos.

Sólo por la sana pretensión que tengo de que el lector reflexione sobre las posibles cuestiones de carácter ético que pudieron existir en los tiempos de la Inquisición, *ya sea a favor o en reacción contra la historia y la cultura de esos tiempos*, podrá considerarse a esta investigación como una pequeña diatriba ■

¹ Plutarco, «*Vidas Paralelas*», Editorial Planeta, 1990, pág. XIX.

² Carta del Inquisidor Ordóñez de Lima al Consejo de Indias, fechada el 28 de febrero de 1577, reproducida por Medina José Toribio, «*La Inquisición en Cartagena de Indias*», 1952, pÁG. 118.

³ La delación de los herejes y la posterior detención eran el punto de partida de la actuación de la Inquisición. El Santo Oficio para obtener la delación cuenta con un cuerpo de colaboradores: «*los familiares*» (laicos y regulares del Tribunal) que son domésticos, espías y colaboradores; la envidia, el odio, el racismo y el miedo a ser encubridor juegan un papel importante en este paso, ya que los delatores recibirán en cambio muchos privilegios y la abso-

Claves Judiciales

La Inquisición en Cartagena de Indias

luta seguridad de que sus nombres nunca serán revelados y los testigos cualesquiera fueren gozarán también de esta gracia.

⁴ Sin embargo, según la leyenda popular existente en Cartagena de Indias, la mayor preocupación de los Inquisidores en esa época y aun para los hijos de los mismos españoles que vivían desde la cuna era «*el uso de coca o hayo del Perú en los congresos de mujeres de vida y costumbres corrompidas para el uso de sortilegios o adivinatorios o amatorios*».

⁵ Según los archivos existentes en el Centro de Historia de Cartagena de Indias, el donativo se había pedido al gobernador por parte de un Inquisidor llamado Laiseca y fue de doce mil pesos. Así, con el importante producto donado, «al reconstruirse el Tribunal, los papeles quedaron mejor ordenados que lo que estaban antes de su destrucción».

⁶ No obstante la crisis que sufrió la institución, no impidió la construcción definitiva de la palaciega

sede en el año de 1770 en la actual Plaza de Bolívar de Cartagena de Indias.

⁷ MEDINA JOSÉ TORIBIO, ob. cit., PÁGS. 352 A 357.

⁸ Según los archivos del Centro de Historia de Cartagena de Indias, el incidente se suscitó a raíz de las denuncias hechas por algunos sacerdotes de la Universidad Tomística, quienes sostenían las tesis contrarias y pretendían refutar a Mutis con base en la Biblia y las opiniones de San Agustín y de Tomás, señalando que las tesis eran intolerables para los católicos y prohibidas por la Inquisición.

⁹ Según los documentos históricos de la época, esa persona que se llamaba Antonio Nariño, fue arrestado y deportado y los cien impresos destruidos casi en su totalidad. La represión ocurrió en Santa Fe de Bogotá en el año 1794.

¹⁰ Los libros consultados en distintas bibliotecas de Colombia para extraer estos datos fueron los

siguientes: Medina José Toribio, *«La Inquisición en Cartagena de Indias»*, 1952, PÁG. 373. Se puede ver también la obra de Javier de Juan, *«La Inquisición»*, 1985 y el trabajo de Kamen Henry, *«La Inquisición española»*, 1985, considerado como la síntesis más completa sobre el Tribunal del Santo Oficio y fuente de primera mano para explicar los procedimientos inquisitoriales.

¹¹ MEDINA JOSÉ TORIBIO, ob. cit., PÁG. 380.

¹² Coinciden los intelectuales, historiadores y juristas con quienes tuve ocasión de dialogar, que *«... contra esta situación de opresión, la resistencia del pueblo pobre escribe las más gloriosas páginas de la historia de Colombia y de Latinoamérica»*.

¹³ Cabe acotar que fueron los filósofos prácticos del siglo XVIII, en especial Montesquieu, Beccaria y Voltaire, quienes emprendieron decididamente el camino en pos de la reforma del enjuiciamien-

to penal.- La Inquisición fue una de las más justificadas obsesiones de Voltaire. Aunque su influjo había disminuido sensiblemente en el siglo de las luces, estaba muy lejos de haberse agotado. El artículo *«Inquisición»* del Diccionario Filosófico es un modelo de las posibilidades feroces que encierra la ironía volteriana: *«Por lo demás, se conocen bastante los procedimientos de este Tribunal; se sabe hasta qué punto se oponen a la falsa equidad y a la ciega razón de todos los demás tribunales del universo. Se le encierra a uno en prisión por la simple denuncia de las personas más infames; un hijo puede denunciar a su padre, una mujer a su marido; nunca se ve uno confrontado con sus acusadores; los bienes son confiscados en provecho de los jueces: así es por lo menos cómo la Inquisición se ha conducido hasta nuestros días: hay algo en ello de divino; pues es incomprendible que los hombres hayan soportado este yugo pacientemente»*.- Voltaire, *«Cartas Filosóficas»*, Ediciones Altaya S.A., Barcelona, 1993, PÁGS. 133/134.

Quiebra del cónyuge
en el derecho
comparado y el
derecho argentino.
Proyecto de reforma.



DR. CARLOS MARÍA CORBO

Director General de Archivo Tribunales Provinciales. Rosario.

Introducción

En este trabajo hemos enfocado el problema central de la quiebra del cónyuge, abordando, en primer término, la compleja temática del Derecho comparado por su importancia histórica y, en segundo lugar, por la gravitación e influencia en nuestro ordenamiento jurídico.

Abrigamos la esperanza de que el desarrollo conceptual de los distintos temas encarados sea de utilidad a la comunidad y, en especial, a quienes, como en el caso de los que administran Justicia y a diario interpretan la Ley al juzgar conductas, función augusta, compleja y delicada en mano de los señores jueces.

La relación entre el régimen patrimonial de los cónyuges y la normativa de las leyes de concurso y quiebras, por el otro son indispensables para la mejor interpretación y aplicación de la Ley.

Somos conscientes de que el esfuerzo realizado repercute sólo en un aporte mínimo para el esclarecimiento de tan intrincado problema, pero no por ello deja de ser un auxilio y una ayuda que debe evaluarse en tal sentido.

1. Derecho francés. Principios generales.

En primer término, estamos en condiciones de afirmar que el Código de Comercio se mostró muy severo con la mujer del quebrado. «El codificador napoleónico consideró que la mujer tenía una responsabilidad moral en la quiebra de su marido y que, cuanto menos, tenía que compartir la miseria de su esposo, por lo cual estableció una cierta solidaridad entre los esposos»¹, aunque sin llegar a la solución extrema, manifestación de la secuela histórica de que la mujer debía ser tratada como cómplice del quebrado, propugnada por el propio Napoleón.

Aquí, la quiebra no cercena a la mujer de los derechos que le asisten, si su cónyuge no fuese declarado en quiebra. La mujer sigue siendo propietaria de los bienes que están en manos de su esposo o de sus acreedores y, en este segundo supuesto, puede peticionar su hipoteca legal.

«Sin embargo, en razón de la quiebra de su marido, la Ley priva a la mujer de las donaciones y liberalidades matrimoniales (art. 549 Cód. Com. art. 564 red 1838 y art. 109 de 1955) y sufre importantes restricciones en cuanto a su hipoteca legal (art. 551 Cód. Com., art. 563 red 1838 y

art. 108 de 1955), no pudiendo ejercerla ni por todos los créditos, ni sobre todos los inmuebles previstos por el Código Civil (arts. 2.121 y 2.135)

Todas las restricciones tenían un doble fundamento: una presunción de fraude entre los esposos y la necesidad de proteger a los acreedores que habían confiado en la aparente solvencia del marido.²

El rigor del Código, cuya manifestación más importante era la referida a la privación de toda reivindicación mobiliaria prevista en el art. 554, fue sucesivamente aminorada. La Ley de 1.838, reconociendo que la mujer podría ser víctima de las maniobras de su cónyuge y que convenía permitirle asegurar la defensa de sus intereses legítimos y los de sus hijos, atenuó la dureza de algunas medidas pero sin llegar a cambiar su naturaleza. En lo que al decreto de 20 de mayo de 1955 se refiere, supuso un paso importante al extender al marido de la mujer comerciante las restricciones en materia de restituciones, y las normas relativas a la pérdida de las donaciones y liberalidades matrimoniales»,³ al tiempo que atenuaba un poco más el rigor de las normas. Únicamente mantuvo las restricciones a la hipoteca legal como disposición particular relativa a las mujeres

Claves Judiciales

Quiebra del cónyuge en el derecho comparado y el derecho argentino. Proyecto de reforma.

de los comerciantes. No obstante, la importancia de tales hipotecas se vio muy mermada tras el decreto del 4 de enero de 1955 sobre publicidad registral, que sometió a las hipotecas legales a inscripción, en pie de igualdad con el resto de las mismas.

2. Reivindicación de los bienes propios de la mujer

El antiguo art. 554 Cód. Com. le negaba a la mujer toda reivindicación mobiliaria, a excepción de sus ropas, joyas y vajillas otorgadas en capitulaciones o recibidas por herencia. Esta restricción fue suprimida por la Ley de 1.838, estableciendo el nuevo art. 560 Cód. Com., que la mujer puede reivindicar los bienes muebles que se le otorgaron en capitulaciones, o los recibidos por herencia o donación inter vivos o mortis causa, que no hayan entrado en comunidad, siempre que su identidad se constate conforme al art. 1.499 Cód. Com., es decir, por inventario o relación en buena forma antes de la Ley de 1924 y según el derecho común tras la misma.

La norma fue reproducida por el decreto de 1955, pero sin mantener la distinción entre muebles e inmuebles, en su art. 105: «En caso de quiebra o arreglo

judicial de un esposo, los bienes personales de su cónyuge no forman parte de la masa, recayendo sobre éste la carga de la prueba de sus derechos, conforme a las reglas del Código Civil.

En cuanto a los bienes muebles, hay que distinguir según se trate de regímenes comunitarios o separatistas. En régimen de comunidad es aplicable el art. 1.499 Cód. Com.: el cónyuge afectado debe establecer la prueba de su derecho según «el derecho común». En lo que a los regímenes separatistas se refiere, el decreto de 1955 modificó las soluciones anteriores. Desaparecida la remisión que hacía el art. 560 Cód. Com., red. 1.838 al art. 1.499 Cód. Com., la prueba deja de estar sometida a las normas del «derecho común» y puede hacerse acudiendo a todos los medios de prueba admitidos en Derecho».⁴

Los arts. 545, 546 y 547 Cód. Com., 557, 558 y 559 red. 1.838 regulaban la reivindicación de tres tipos de inmuebles: los aportados por la mujer al matrimonio, los adquiridos a título gratuito durante el matrimonio, y los adquiridos a título oneroso durante ese mismo tiempo.

En lo que a los inmuebles aportados y adquiridos a título gratuito se refiere, el Códig-

go no estableció ningún medio de prueba particular, aplicándose por tanto el derecho común: para los primeros, presentación de las capitulaciones matrimoniales; para los segundos, la escritura de donación, el testamento o la escritura de partición de herencia (arts. 724, 894, 895, 1.394 y 1.400 y ss. Cód. Com.)

En lo que respecta a las adquisiciones a título oneroso se distinguen dos casos: primero, cuando se trata de adquisiciones hechas por la mujer, en su nombre, con dinero procedente de donaciones o herencias, es preciso que la declaración de inversión haya sido pactada expresamente en el contrato y que el origen del dinero sea constatado mediante inventario o cualquier otra escritura pública (arts. 546 Cód. Com. 558 red. 1.838, no modificado por la Ley del 29 de abril de 1924).

En segundo lugar, estableciendo que, salvo prueba en contrario, los inmuebles adquiridos a título oneroso por la mujer durante el matrimonio se presumen de propiedad del marido, adquiridos con su dinero y, en consecuencia, revierten a la masa activa de la quiebra (arts. 547 Cód. Com., y 559 red 1.838), el codificador napoleónico dio vida a la denominada presunción murciana concursal, que traía sus orígenes de la Presunción Murciana

(Digesto 51.24.1), admitida en la antigua Francia por los países de derecho escrito, y suprimida por el Código Civil.»⁵

Respecto de la prueba en contrario «un tema fue resuelto por el art. 106 Cód. Com. de 1955 al decir que la prueba en contrario debía hacerse mediante escrito, entendiendo por tal un escrito cualquiera»,⁶ a reserva de las disposiciones del art. 224 Cód. Com. sobre los bienes reservados de la mujer.

En un régimen de comunidad -fuera legal o convencional- no cabía que la mujer realizara economías sobre sus rentas personales, pues todas las rentas de los esposos eran comunes. Sin embargo, tras la Ley del 13 de julio de 1907, la mujer podía reivindicar sus bienes reservados, es decir, los adquiridos a título oneroso con sus ganancias y salarios. Y si se producía controversia sobre los mismos, tal y como sucede con la presunción murciana, la mujer podía probar frente al marido y frente a terceros la consistencia y la procedencia de sus bienes reservados acudiendo a todos los medios de prueba del derecho común (art. 4 de la Ley de 1907, incorporado en el art. 224-3o Cód. Com. por la Ley del 22 de septiembre de 1942), «lo que, en definitiva, colocaba a la mujer en mejor posición que al marido»⁷.

«Probada su propiedad, el cónyuge recupera sus bienes, aunque con las cargas de las hipotecas o cualesquiera otros derechos reales válidamente constituidos sobre ellos (arts. 548 Cód. Com., 561 red 1.838 y 107 de 1955). Si, por el contrario, no consigue probar su derecho, los efectos mobiliarios se integran en el activo de la quiebra pero sin que ello signifique que el reivindicante pierda el derecho sobre sus restituciones frente a su consorte».⁸

3. Normativa sobre los regímenes matrimoniales del 1º de Febrero de 1966

Lo que se buscaba con la Reforma era que los intereses de un cónyuge se vieran protegidos frente a las facultades del otro. Y para ello, junto a la atribución de facultades a la mujer en el ámbito de la gestión de la sociedad conyugal, se hacen extensivas al marido, mediante protectoras de las que sólo gozaba la mujer. Así, el nuevo art. 1.443-1º Cód. Com. estableció que si la mala gestión de un esposo pone en peligro los intereses del otro, éste puede solicitar la separación judicial de bienes. El nuevo art. 2.122 Cód. Com. hizo al marido beneficiario de la hipoteca legal, limitándola a los casos enumerados por la Ley (arts. 2.135 a 2.138 Cód. Com.) e imponiendo

su inscripción obligatoria. Los bienes reservados se mantienen, pero ya sólo lo son aquellos que la mujer adquiere con sus ganancias y salarios (art. 224-2o Cód. Com.), de forma que los productos del trabajo de ambos cónyuges quedan sometidos al mismo régimen, lo que no quita que sigan conservando sus especiales características». Se mantiene la presunción de ganancialidad en el art. 1.401 -1o Cód. Com., pero se modifican las normas relativas a los efectos de las obligaciones contraídas por la mujer comerciante. En principio, la mujer casada comerciante sólo compromete sus bienes privativos y sus bienes reservados (art. 1.420-1o Cód. Com.)

Por lo que se refiere, a los derechos del cónyuge del quebrado, especialmente en el ámbito de la presunción murciana, la mayor incidencia de la reforma del derecho patrimonial de la familia se presenta en el terreno de la prueba.

Admitido por la jurisprudencia»⁹ y por la doctrina»¹⁰ que la presunción murciana sólo es aplicable a las adquisiciones a título oneroso, realizadas después de que el deudor común adquiriera la cualidad de comerciante, a tenor del art. 106 de 1955 y sea cual fuera el régimen matrimonial adoptado, la prueba en contrario

Claves Judiciales

Quiebra del cónyuge en el derecho comparado y el derecho argentino. Proyecto de reforma.

sólo puede hacerse por escrito, dejando a salvo las disposiciones del art. 224-3o Cód. Com. sobre los bienes reservados; el origen y consistencia de los bienes reservados se establecen frente al marido y frente a terceros, según las reglas del art. 1.402 Cód. Com., referido a la prueba de los bienes privativos, en su párrafo segundo determina que si el bien es de los que llevan en sí mismos marca o prueba de su origen, la propiedad privativa debe establecerse por escrito; en defecto de inventario u otra prueba pre constituida, el Juez podrá tomar en consideración todos los escritos, especialmente títulos familiares, registros y papeles domésticos, así como documentos bancarios y facturas; podrá incluso admitirse la prueba por testigos o presunciones si se constata la imposibilidad material o moral del cónyuge para procurarse un escrito.

En el régimen de separación, la prueba podrá hacerse por todos los medios, siendo de aplicación el art. 1.358 Cód. Com.: «Los bienes cuya procedencia no puede ser justificada por ninguno de los cónyuges, se reputan comunes, perteneciendo a cada uno por mitad¹¹. En contrapartida, las presunciones de propiedad contenidas en las capitulaciones matrimoniales, debidamente inscriptas en el Registro Mercantil, son oponibles en el procedimiento.»¹²

En el nuevo régimen de participación en las ganancias, la consistencia del patrimonio inicial se prueba mediante relación en documento privado, efectuada en presencia del otro cónyuge y firmada por éste (art. 1.570 Cód. Com.). En defecto de relación o si es incompleta, el art. 1.570 remite a los medios previstos para el régimen de gananciales por el art. 1.402 Cód. Com.

4. Derechos del cónyuge deudor, a la luz de las leyes de 1967 y 1985

La Ley del 13 de julio de 1967 produjo profundas modificaciones en el régimen de los derechos del cónyuge quebrado (arts. 55-58), modificaciones que han sido conservadas sin alteración por la Ley de 1985 (arts. 111 a 114).

Las restricciones anteriores, relativas a la hipoteca judicial (créditos garantizados y bienes sobre los que hacerla efectiva) han sido suprimidas. El cónyuge que reivindica sus bienes privativos puede demostrar su propiedad utilizando los medios de prueba del derecho común; el único límite a sus derechos lo siguen constituyendo, como en el pasado, las donaciones y liberalidades matrimoniales consentidas por el consorte.

La única novedad importante que hay que reseñar es la abolición de la presunción murciana por la Ley del 13 de julio de 1967, supresión mantenida por la Ley de 1985.

Según el art. 56 L. 1967 y el vigente art. 112 L. 1985, si el representante de los acreedores o el administrador quieren hacer entrar, en el activo sometido a un procedimiento concursal, los bienes adquiridos por el cónyuge del deudor, les incumbe la prueba de que tales bienes han sido adquiridos con medios proporcionados por el deudor. Dado que se trata de establecer una simulación, la prueba puede hacerse por todos los medios admitidos en Derecho, bastando con demostrar que el cónyuge del deudor carecía, al tiempo de la adquisición, de fortuna y de una actividad personal que le permitieran afrontar el gasto»¹³. Demostrada la simulación, el bien se considera incluido en el activo a la fecha del procedimiento; si se tratara de un inmueble, la hipoteca que se haya podido constituir o inscribir con posterioridad a la declaración del procedimiento, pierde su valor.¹⁴

5. Derecho alemán. Principales nociones

La Ley concursal alemana contempla dos cuestiones referidas a los cónyuges.

En primer lugar, e integrando el cuadro de las disposiciones generales, regula el destino de los bienes comunes en función de cuál de los cónyuges será el administrador de los mismos (art. 2 KO).

En segundo lugar, y en el marco del derecho de separación de los bienes que no son propiedad del quebrado (arts. 43 a 46 KO), regula la llamada presunción murciana concursal (art. 45 KO).

Ambas normas resultaron modificadas por la Ley de equiparación jurídica del varón y de la mujer. No obstante, vamos a exponer conjuntamente ambos períodos, marcando las diferencias entre uno y otro.

6. Reivindicación de los bienes propios

La Ley de equiparación jurídica impactó notablemente en la normativa sobre los regímenes económicos del matrimonio, toma cuerpo el principio de «una persona, un patrimonio, una quiebra», en virtud del cual cada cónyuge puede separar de la masa de la quiebra del otro, sus bienes propios».¹⁵

En la actualidad hay que distinguir sobre quién será el administrador de los bie-

nes comunes. Si el patrimonio común es administrado por uno solo de los esposos y éste es declarado en quiebra, dicho patrimonio pasa a formar parte de la masa de la quiebra; si, por el contrario, el declarado en quiebra es el cónyuge no administrador, el patrimonio común no pasa a formar parte de la masa de su quiebra (art. 2-I KO). Si el patrimonio común es administrado conjuntamente por ambos cónyuges, la declaración de quiebra de cualquiera de ellos no hace entrar dicho patrimonio en la masa activa. En este último caso se puede abrir un procedimiento separado sobre el patrimonio común; «solución legislativa que era rechazada por la doctrina negando la posibilidad de someter una comunidad no societaria a un procedimiento de quiebra»¹⁶.

En el caso de que proceda la inclusión del patrimonio común en la masa activa de la quiebra, cada cónyuge puede separar sus bienes reservados y sus bienes aportados. Al respecto, no rige la presunción del art. 1.006 BGB, según la cual el poseedor de una cosa mueble, se reputa su propietario, aunque sí lo hace la del art. 1.362 BGB, que presume que los bienes poseídos por uno o ambos esposos pertenecen al deudor. En consecuencia, si se produjera alguna disputa en cuanto

al derecho de separación de un cónyuge, éste debe demostrar su propiedad.

El segundo precepto relativo a la reivindicación de los bienes propios del quebrado es el art. 45 KO, que recoge la presunción murciana concursal: «la mujer (cónyuge) del quebrado no puede reivindicar las cosas que adquirió durante el matrimonio, a no ser que probara que no fueron adquiridas con medios del quebrado.

La Ley de equiparación trajo consigo la bilaterización, es decir, la aplicabilidad de la norma a ambos cónyuges sin más distinción, pero nada más. El fundamento y el funcionamiento de la presunción murciana siguieron siendo los mismos.

La formulación de la presunción murciana del art. 45 KO contiene una presunción *iusuris tantum*, enervable mediante prueba en contrario de que los bienes adquiridos durante el matrimonio han sido con el dinero del quebrado. Establecida esta premisa, los bienes del cónyuge del deudor pasan directo, por ministerio de la Ley, a formar parte de la masa activa de la quiebra de su consorte, sin pasar por la presunción de que los bienes son propiedad del quebrado. Es decir, en el art. 45 KO no existe ninguna presunción de simulación.

Claves Judiciales

Quiebra del cónyuge en el derecho comparado y el derecho argentino. Proyecto de reforma.

«El fundamento de la norma está en el matrimonio mismo.»¹⁷ «La propia naturaleza del matrimonio da lugar a que se produzca una colusión entre los bienes de los esposos, llegando a ser irreconocible el patrimonio de cada uno de ellos, y los acreedores deben ser protegidos, frente a este peligro de confusión, voluntaria o involuntaria e incluso inevitable».¹⁸

La norma del art. 45 no contiene una presunción de propiedad, sino que dispone una efectiva extensión del desapoderamiento de bienes que no son de propiedad del quebrado. «Lo adquirido por un cónyuge, aunque lo sea con medios del otro, debe ser de su propiedad, pero por un mandato legal equitativo; se produce una extensión de la quiebra»¹⁹. Es decir, el art. 45 KO, de tal manera que el síndico debe llevar a la masa -sacándolos del patrimonio matrimonial- los bienes adquiridos durante el matrimonio, importando poco que éstos pertenezcan al deudor o a su consorte. «Basta con poner en evidencia que éstos fueron adquiridos durante el matrimonio».²⁰

Esta construcción no descarta la idea de colusión entre los esposos. Sin embargo, esa posible actuación colusoria no lleva a una presunción de propiedad, sino a una ficción jurídica en la que sobrevive la vie-

ja idea de que la mujer (luego el cónyuge) debe compartir, obedeciendo las leyes morales, el triste destino de su marido. «Ahora bien, como este planteamiento llevaría a incluir en la masa de la quiebra todos los bienes adquiridos por el cónyuge no deudor, la doctrina recurre a la idea del enriquecimiento injusto de éste en perjuicio del quebrado».²¹

Esta construcción del enriquecimiento injusto sufre un giro copernicano, pasando «la doctrina a sostener que el art. 45 tiene un contenido poco feliz, que posibilita una adquisición injusta, pero no sanciona ningún negocio escandaloso, ni actuaciones discriminatorias de los esposos, ni de mala voluntad»²².

La regla del art. 45 se aplica, cualquiera sea el régimen económico matrimonial concreto que hayan adoptado los esposos. Aun cuando la Ley no lo especifique, se justifica la extensión por tener la misma finalidad de protección de los acreedores que la presunción de pertenencia al deudor del art. 1.362 BGB.

La norma afecta a toda clase de bienes, créditos y derechos. No obstante, quedan excluidos los bienes y derechos personalísimos, los instrumentos del trabajo y, naturalmente, los bienes inembargables.

En lo que a la constitución de la adquisición con fondos del quebrado se refiere, «la doctrina se ha manifestado en favor de que no es necesaria la utilización de la propiedad del quebrado, bastando con el empleo de los valores correspondientes; afirmándose también que si la adquisición ha sido realizada con bienes pertenecientes a la parte embargable del patrimonio del quebrado, se considera realizada con medios de éste.»²³

Las adquisiciones realizadas con medios donados o regalados por el quebrado, o con medios obtenidos con la enajenación de los mismos, no se ven afectadas por la presunción murciana.»²⁴ Igualmente escapan al art. 45 KO las adquisiciones efectuadas con medios entregados por el quebrado a su consorte, en concepto de satisfacción de una pretensión de la que era deudor.

El art. 45 KO afecta no sólo al cónyuge actual del quebrado, sino también a aquel con el que contrajo un matrimonio anterior, así como a los herederos universales del cónyuge del quebrado. El fundamento de la extensión de las personas afectadas por la presunción murciana está en que la adquisición se ha realizado durante la vigencia del matrimonio y en que los herederos se subrogan en la posición de su causante».²⁵

Si tras la apertura del procedimiento el cónyuge adquirente enajena los bienes adquiridos, la adquisición del tercero de buena fe es inatacable. Si, por el contrario, ha habido colusión con el cónyuge no deudor, el tercero deberá restituir a la masa los bienes adquiridos, siendo aplicable el art. 15 KO: una vez iniciado el procedimiento, los derechos sobre los objetos pertenecientes a la masa no pueden ser adquiridos con eficacia obligatoria -frente al quebrado- aunque la adquisición no proceda de un acto del quebrado».²⁶

El cónyuge afectado (o sus herederos) podrán enervar la presunción probando que la adquisición no se realizó durante el matrimonio, quedando entonces protegido por la presunción del art. 1.363-II BGB, o bien que en la adquisición -aun habiéndose realizado durante el matrimonio- no se han utilizado medios del quebrado.

La última cuestión que plantea el art. 45 KO es la del tiempo en el que debe haber sido realizada la adquisición.

Según el tenor literal del art. 45 KO las adquisiciones deben haberse realizado en un período sin más límite temporal que el correspondiente a la celebración del matrimonio, es decir, durante toda la vigencia del mismo.

Esta indefinición temporal del art. 45 KO «provocó la declaración de inconstitucionalidad de la presunción murciana».²⁷ «El Tribunal Constitucional alemán, por sentencia del 24 de julio de 1968,»²⁸ declaró la inconstitucionalidad del art. 45 KO. La decisión se fundamenta en esa ausencia de un límite temporal en la norma, que implicaba la funcionalidad de la misma con respecto a todas las adquisiciones realizadas durante el matrimonio, provocándose así una responsabilidad del cónyuge no deudor. Si el matrimonio había durado muchos años, frecuentemente sería pocos menos que imposible demostrar con qué medios se había efectuado cada adquisición concreta. De estas consideraciones se extrae la consecuencia de que el art. 45 KO conducía a una «discriminación normativa contra el matrimonio», incompatible con el art. 6 de la Ley Fundamental, según el cual el matrimonio y la familia están bajo la protección particular del orden estatal.

Entre las demás argumentaciones concretas del Tribunal Constitucional caben mencionar las relativas a que la norma no era aplicable a las personas unidas por una convivencia *more uxorio*, que entraña los mismos peligros que la convivencia matrimonial; que la norma no se fundaba en una acción conjunta de los

esposos, sino en la mera existencia del matrimonio, aplicándose incluso, como hemos visto, aun cuando los cónyuges estuviesen separados.

Actualmente, declarada la inconstitucionalidad del art. 45 KO, el cónyuge del quebrado puede ejercer libremente el derecho de separación de sus bienes que puedan estar en manos del deudor. No obstante, regirá la presunción de pertenencia al deudor del art. 1.362 BGB. «Por lo demás, si bien el cónyuge no deudor puede reivindicar los bienes que haya adquirido, aunque se haya probado que lo han sido con bienes del quebrado»²⁹, lo cierto es que los trasvases patrimoniales entre los esposos se verán sometidos a las acciones de impugnación de los arts. 29 y ss. KO.

7. El procedimiento separado sobre el patrimonio común de la comunidad universal de bienes

«La Ley de equiparación jurídica no sólo tuvo una incidencia indirecta sobre la Ley concursal, sino también directa. Buena prueba de ello es el nuevo párrafo 2o del art. 2 KO, que establece la posibilidad y remite al correspondiente procedimiento de declarar en quiebra al patrimonio común existente en el régimen de comunidad uni-

Claves Judiciales

Quiebra del cónyuge en el derecho comparado y el derecho argentino. Proyecto de reforma.

versal de bienes. Por lo que a este nuevo procedimiento se refiere, dada su escasa incidencia al ser el régimen legal de participación en las ganancias, nos limitaremos a exponer sus ideas generales».³⁰

El procedimiento está regulado en los arts. 236a a 236c, a los que remite el art. 2-II KO.

Si los cónyuges viven en régimen de comunidad universal y administran conjuntamente el patrimonio común, y son insolventes, se puede abrir un procedimiento concursal independiente sobre los bienes comunes.

La demanda de apertura de este procedimiento separado puede ser presentada por determinados acreedores de la masa o por cualquier acreedor del quebrado, así como por cualquiera de los esposos. Pero en este caso, si la demanda no es conjunta, deberá procederse a la verificación previa de la verosimilitud de la insolvencia.

La actuación conjunta de los esposos es requisito indispensable para la celebración de un convenio forzoso en el seno del procedimiento; convenio en el que quedará delimitado el ámbito de la responsabilidad de los cónyuges.

Por último, si el procedimiento de quiebra se abre no sólo sobre los bienes comunes sino también sobre el patrimonio de uno de los esposos, los acreedores del procedimiento que afecta a cualquiera de los cónyuges pueden obtener en el mismo el pago de los créditos que no les han sido satisfechos en el procedimiento relativo a los bienes comunes.

8. Derecho italiano. Ideas generales

«Los arts. 69 y 70 L.F. disciplinan, respectivamente, un agravamiento de la revocatoria concursal del art. 67 L.F., una limitación de la extensión de la hipoteca legal de la dote, la denegación de acción por las ventajas estipuladas en las capitulaciones matrimoniales y la presunción murciana. Normas sobre las que ha incidido profundamente la reforma del Derecho de Familia de 1975, si bien algunas de ellas no contienen ninguna novedad respecto al Código de Comercio»³¹ y, por tanto, las cuestiones y soluciones que se planteaban bajo la vigencia de los Códigos Civil y de Comercio son reproducibles para la normativa del Derecho de Familia del Código unificado.

9. El art. 69 de la *legge fallimentare*

«El art. 69 L.F., en su primer párrafo, establece que todos los negocios del tipo de los comprendidos en el art. 67 L.F. realizados entre cónyuges»³² al tiempo en que uno de ellos era comerciante, son revocables, salvo que el cónyuge in bonis probara su ignorancia de la insolvencia del otro.

Esta norma -como hemos dicho- supone un agravamiento de la revocatoria concursal del art. 67 L.F. «El art. 69 afecta, sin establecer las matizaciones contenidas en el art. 67, a todos los negocios contemplados en este último precepto. Hace desaparecer toda limitación temporal para el ejercicio de la acción, ya que no establece ningún plazo»³³ y conecta la revocatoria con actos celebrados en el tiempo en que el cónyuge quebrado desarrollaba una actividad empresarial. Además, también supone un endurecimiento del régimen probatorio, pues establece, sobre la base de la intimidad de vida que el matrimonio implica, una presunción iuris tantum de conocimiento de la insolvencia del quebrado, por su consorte. En consecuencia, el síndico sólo debe probar la realización del acto, la cualidad de comerciante del quebrado al tiempo de la realización del mismo, y la existencia en aquel momento del vínculo matrimonial. «Para sustraerse a la

acción revocatoria el cónyuge *in bonis* debe probar que no existía la insolvencia de su consorte, que la ignoraba o que del acto no se ha derivado ningún perjuicio a los acreedores».³⁴

«La reforma del Derecho de Familia no presenta en este punto ninguna incidencia restrictiva. La norma del art. 69, párr. 1º puede ser aplicada a los esposos casados en régimen de separación o en régimen de ganancias. Las complicaciones, si se producen, vendrán de la mano del régimen de gananciales en el que cabe la posibilidad de una actuación colusoria de los esposos. Así por ejemplo, cabe que se realicen actos de disposición de bienes privativos o sobre la cuota de la comunidad correspondiente a uno de los cónyuges».³⁵

El art. 69, párr. 2º limita la hipoteca legal por la dote de la mujer, prohibiendo su extensión a los bienes adquiridos por el marido con posterioridad a la celebración del matrimonio, en el caso de que el mismo desarrollara una actividad empresarial o la iniciara en el año siguiente, salvo que los bienes hubieran sido adquiridos por donación o herencia.

Como ya hemos indicado, son plenamente reproducibles, y a ellas nos remi-

timos, las soluciones adoptadas durante la vigencia del Código de Comercio. No obstante la derogación de la dote por la Ley 1.975, hay que tener presentes los posibles casos de derecho transitorio, es decir, las dotes estipuladas con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma y a las que se sigue aplicando la norma.

Por último, el párrafo 3º del art. 69 prohíbe a la mujer, cónyuge del quebrado, el ejercicio de las ventajas a su favor estipuladas en los pactos capitulares, y, correlativamente, establece la prohibición de que los acreedores se valgan de las que puedan derivarse para el marido, cónyuge.

10. La presunción murciana

La disciplina de los actos realizados por los cónyuges frente a los acreedores se completa con la disposición del art. 70 L.F., que contiene la presunción murciana concursal.

El art. 70 L.F. dice que los bienes adquiridos por el cónyuge del quebrado a título oneroso durante el quinquenio anterior a la declaración de quiebra se presumen, en beneficio los acreedores -salvo prueba en contrario- adquiridos con dinero del quebrado, y se consideran de su propiedad, y el síndico está autorizado

para tomar posesión de los mismos; si los bienes son enajenados o hipotecados en ese mismo período, no podrá ejercerse la acción revocatoria contra el tercero que probara en buena fe.

La presunción murciana ha recibido, y sigue recibiendo, gran atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia. Al igual que sucede con la empresa familiar, sobre la presunción murciana, especialmente después de la reforma del Derecho de Familia, se ha dicho todo y lo contrario de todo, pero sin que ello haya supuesto soluciones a los múltiples problemas que plantea dicha Institución.

Las innovaciones que presenta el art. 70 L.F. respecto a los arts. 673 Cód. Com. 1865 y 782 Cód. Com. 1882 son dos lateralizaciones de la norma; es decir, aplicación al marido y a la mujer; y delimitación temporal de la aplicabilidad, limitándola al quinquenio, anterior a la declaración de quiebra.

«Para la operatividad de la presunción murciana son condiciones necesarias que la adquisición se haya realizado después de la celebración del matrimonio y que el adquirente tenga la cualidad actual de cónyuge del quebrado al tiempo de la misma».³⁶

Claves Judiciales

Quiebra del cónyuge en el derecho comparado y el derecho argentino. Proyecto de reforma.

11. Derecho español. Presunción murciana del art. 1.442 del Código Civil

Dice el art. 1.442 del Código Civil: «Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso, por el otro, durante el año anterior a la celebración o en el período a que alcance la retroacción. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho».

La versión moderna de la presunción murciana tiene como finalidad el facilitar la revocación de las adquisiciones de un cónyuge en beneficio de los acreedores del otro. Y para ello, en el ámbito concursal, a la estricta presunción de gratuidad se le añade la incorporación automática de la adquisición al patrimonio, responsable una vez declarada la quiebra. Cual fuera su naturaleza jurídica no es una cuestión pacífica, habiéndose elaborado diversas teorías al respecto sin que quepa sentar la preeminencia de una u otra.»

«La formulación que se contiene en el art. 1.442 Cód. Com. nos coloca ante una presunción *iuris tantum*»,³⁷ por medio de

la cual se determina que el supuesto de hecho se tendrá por producido cuando se acredite o conste el indicio o hecho base, y como no excluye la posibilidad de que el hecho presunto no se haya producido, admite que la parte a quien el efecto perjudica pueda demostrar la falsedad del supuesto de hecho.

12. Requisitos para su procedencia

Así pues, la presunción murciana afectará a las adquisiciones efectuadas en el período -incluido en el lapso máximo a que alcance la retroacción- que va desde la celebración del matrimonio hasta la interrupción de la vida en común. Lo que, a su vez, nos exige determinar en qué momento deben estar separados los cónyuges para que no sea aplicable la presunción murciana. Lo lógico será que estén separados desde la fecha de la retroacción o desde un año antes de la declaración, y que continúen estándolo de manera ininterrumpida hasta la declaración de quiebra. «Una solución diferente daría al traste con la protección que se quiere brindar a los acreedores, ya que bastaría con probar la no convivencia de los cónyuges en el momento de la declaración para enervar la presunción.»³⁸

13. Regímenes económico-matrimoniales en los que se aplica

La aplicación de la presunción murciana al régimen de separación de bienes no plantea problemas: viene determinada por el propio Legislador.

Admitido que la finalidad de la norma es la protección de los acreedores frente a determinados actos -no necesariamente colusorios- de los cónyuges mediante una extensión de su garantía, su aplicación al régimen de gananciales nos enfrenta con una dificultad y con un cúmulo de desventajas. La dificultad radica en la colocación sistemática del precepto. «El obstáculo podría salvarse, en principio, por la vía de la interpretación analógica, atendiendo la finalidad de la norma. Sin embargo, no es necesaria esta ficción pues la situación de los acreedores ante el régimen de separación no es tan favorable como régimen de gananciales».³⁹ De ello se desprende que el régimen de gananciales, con respecto a los acreedores, goza de una bondad intrínseca de la que el régimen de separación carece, pues su estructura no favorece -tal y como sucede en el régimen de separación- los acuerdos y maniobras de los cónyuges. Pero, insistimos una vez más, aunque el régimen de separación pueda

propiciar las actuaciones colusorias, no podemos acercarnos a dicho régimen con la idea preconcebida de que su adopción viene motivada por la existencia de ese margen de maniobra.

Por lo que se refiere al régimen de participación en las ganancias, si bien la doctrina no se muestra pacífica, nos decantamos por la afirmativa sobre la base de que el régimen de participación está sujeto durante su vigencia a las reglas de la separación de bienes, a lo que se añade la remisión expresa y sin restricción alguna que hace el art. 1.413 Cód. Com.

Así pues, y recapitulando, la presunción murciana será aplicable cuando el régimen matrimonial vigente sea el de separación de bienes o el de participación en las ganancias, pero no cuando se trate de gananciales.

14. Quiebra o concurso de uno de los cónyuges

Dada la configuración de los arts. 1.442 Cód. Com., 23 de la Compilación catalana y 264 ALC, no se plantea como cuestión a dilucidar si es necesario que el quebrado fuera comerciante en el momento de producirse la adquisición, «cuestión planteada en Italia, y que mantiene divi-

da a la doctrina».⁴⁰ En ese sentido, hay que tener en cuenta que la presunción murciana es la versión de los tres preceptos, es aplicable con independencia del carácter civil o mercantil del deudor. «En consecuencia, lo relevante es que el deudor sea o no empresario al tiempo de instarse el procedimiento de ejecución colectiva, para, en función de ello, aplicar la quiebra o el concurso de acreedores.»⁴¹ «Pero además, aun limitándonos a los supuestos de quiebra el excluir del ámbito de aplicación de la presunción murciana las adquisiciones anteriores, que son tan dignos de tutela como los posteriores a la adquisición de la cualidad de comerciante.»⁴²

15. Quiebra de ambos cónyuges

«Cuando los dos esposos son comerciantes y quiebran simultánea o sucesivamente y el valor de las adquisiciones es idéntico, no tiene mucha lógica aplicar la presunción murciana a ambas quiebras; es decir, se produce una compensación que no incide en la composición de los patrimonios».⁴³

La única solución viable para evitar el juego inútil de la presunción murciana sería dejar en manos de los síndicos, quienes resuelven sobre la reintegración

de la masa», la decisión de solicitar una verificación del valor de las adquisiciones, y ello en el entendimiento de que no deja ser una rémora para el procedimiento si el valor de las mismas es dispar. El fundamento de esta solución estaría en la aplicación analógica de la interpretación restrictiva de la nulidad del art. 878, piso 2º Cód. Com.: sanción de los actos del quebrado perjudiciales para la masa.

Como ya hemos dicho, cuando quiebran sucesivamente es obvio que al declararse la primera quiebra no exista ningún obstáculo para la operatividad de la presunción murciana. «El problema se plantea respecto a la segunda»⁴⁴

«La presunción podría operar siempre que el período de retroacción de la segunda no coincida con el de la primera, pues de coincidir ambos períodos, las adquisiciones realizadas por el primer quebrado serían nulas (art. 878, párr. 2º Cód. Com.)».⁴⁵ Este razonamiento es válido respecto a la coincidencia de los períodos de retroacción, pero no en cuanto a la solución, implícita, que ofrece para los casos de no coincidencia -operatividad de la presunción murciana-, pues olvida que los principios rectores de la quiebra no permiten que se detraigan bienes de la masa de una quiebra para satisfacer a

Claves Judiciales

Quiebra del cónyuge en el derecho comparado y el derecho argentino. Proyecto de reforma.

unos acreedores ajenos a la misma (los de la segunda quiebra). «Cuando las quiebras son simultáneas, bien porque son comerciantes individuales, bien porque son socios de una sociedad personalista, la presunción murciana es igualmente, inaplicable.»⁴⁶ En el primer caso, las dificultades que se plantean son las mismas que cuando se trata de quiebras sucesivas. En el segundo caso, a fortiori, hay que tener en cuenta la superposición de la quiebra social y de la quiebra personal. Como es sabido, la quiebra de una sociedad colectiva o comanditaria acarrea la de los socios que tengan en ellas responsabilidad solidaria (art. 923 Cód. Com.), es decir, los socios colectivos (art. 127 Cód. Com.) y aquellos socios comanditarios que hubieren incluido su nombre o hubieren consentido su inclusión en la razón social (art. 147 Cód. Com.). La particularidad de este supuesto radica en que los esposos responden conjuntamente, siendo palmaria la incongruencia de un trasvase entre las masas patrimoniales, lo que determina la inaplicabilidad, una vez más, de la presunción murciana.

16. Derecho argentino. El régimen patrimonial del matrimonio. Proyecto de reforma

«El régimen patrimonial del matrimonio, actualmente vigente, es legal, único y

forzoso, con reglas específicas, aunque de distinto alcance, destinadas a dar respuesta a problemas como la propiedad de los bienes que se aportan al matrimonio, el ejercicio de los derechos de administración y disposición de los mismos y de los que incorporaran con posterioridad; las responsabilidades frente a terceros; el espacio que se reconoce librado a la voluntad de los cónyuges dentro de la imperatividad del sistema y las causas de disolución del régimen matrimonial y su forma de liquidación»⁴⁷.

A menudo ocurre durante la vida matrimonial, que alguno de los cónyuges caiga en una situación de desequilibrio o impotencia matrimonial; sus bienes se tornan insuficientes para satisfacer las deudas que contrajo y, en consecuencia, haya algún acreedor que peticione su quiebra.

No obstante, continúa rigiendo la interpretación y aplicación sistemática de los arts. 5º y 6º de la Ley 11.357 y el art. 1.276 del Código Civil que permiten concluir que cada uno de los cónyuges administra sus bienes propios y los gananciales de su titularidad y responde con ellos a sus acreedores personales, salvo la excepción prevista en el art. 6º de la citada Ley.

Como sostiene Claudio Leiva, «ante esta situación de hecho, se ponen en contacto dos normativas: la del régimen patrimonial del matrimonio y la del concurso o quiebra; aunque aparentemente puedan aparecer compartimientos estancos, pronto resultará necesaria la vinculación entre ellas y su consideración dentro del integral complejo de normas que constituye el ordenamiento jurídico».⁴⁸

El Proyecto de Reforma del año 2012 permite que los cónyuges opten por un régimen de separación, y a falta de ella, se aplica supletoriamente el régimen de comunidad; vale decir que para quienes al contraer matrimonio no elijan la separación de bienes o no lo convengan, rige supletoriamente el régimen de comunidad.

Se puede mutar de régimen sin limitación alguna, siempre y cuando haya transcurrido un año desde la última modificación.

Es común a ambos regímenes una serie de disposiciones, tales como la referida a la protección de la sociedad conyugal y su ajuar, el deber de contribución en las cargas del matrimonio y la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges frente a los acreedores de cualquiera de los cónyuges por las deudas asumidas para

sufragar los gastos ordinarios del hogar, el sostenimiento y educación de los hijos.

17. Régimen de deudas vigente y proyecto de reforma

El principio general en materia de separación de responsabilidades del art. 5o de la Ley 11.357 es que cada cónyuge responde frente a sus acreedores con sus bienes propios y los gananciales de su titularidad; esto se mantiene en el Proyecto de Reforma.

Ya hemos afirmado que, según el actual art. 6o de la Ley 11.357, el cónyuge que no contrajo la deuda responde solamente con los frutos de sus bienes propios y con los gananciales de su titularidad, cuando la deuda haya sido contraída para atender las necesidades del hogar, educación de los hijos y conservación de los bienes comunes.

«Corresponde destacar que en ningún caso responde con su capital, concepto que puede clarificarse con un ejemplo práctico: el cónyuge que contrajo la deuda es insolvente; el que no contrajo la obligación es propietario como bien propio de un inmueble que no habita pero que no le rinde frutos porque tampoco está alquilado; ese inmueble no responde frente al acree-

dor de la deuda porque constituye sólo un capital que no reditúa frutos y por lo tanto es inatacable por parte del acreedor»⁴⁹.

Ahora, el art. 461 del Proyecto establece la responsabilidad solidaria de los cónyuges por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos comunes.

Aquí el cambio es sustancial, ya que se amplía la responsabilidad que hasta ahora se encontraba regulada en el art. 6o de la Ley 11.357. Así, al establecerse una responsabilidad solidaria, significa que ambos cónyuges responderán, cualquiera que sea el régimen elegido, con todos sus bienes frente a los acreedores en este tipo de obligaciones; comparado con la regulación actual, hay una ampliación de la prenda de los acreedores.

Donde también se produce un cambio significativo es en el caso de deudas contraídas para la reparación y conservación de los bienes comunes. En este caso la responsabilidad del cónyuge que no contrajo la deuda se extiende a todos los bienes gananciales, a diferencia del régimen anterior, donde la obligación se extendía sólo a los frutos de propios y gananciales (art. 6o de la Ley 11.357).

Dependiendo del caso, su garantía se verá expandida o contraída (todo depende de la duración de los matrimonios). «Aquí es necesario destacar que la redacción original emitida por la subcomisión excluía la garantía de los acreedores, los honorarios y salarios del cónyuge no obligado»⁵⁰

18. Bienes excluidos del desapoderamiento

Conforme al art. 108 de la Ley concursal, los bienes excluidos del desapoderamiento, no pueden ser objeto de incautación, pues el fallido conserva la libre administración y disponibilidad de los mismos, que son aquellos imprescindibles para la subsistencia del fallido y su familia, tales como, por ejemplo, la heladera, televisor, etcétera, conforme lo establecido en el art. 147 de la Ley 24.522.

A su vez, el bien de familia, que protege al inmueble, asiento del hogar conyugal, queda excluido del mismo por lo dispuesto en el art. 38 de la Ley 14.394 y sólo podría caer en el desapoderamiento si existiesen acreedores anteriores a su inscripción registral.

Esta protección de raigambre constitucional surge del art. 14 bis de nuestra Carta Magna; fue introducida por la re-

Claves Judiciales

Quiebra del cónyuge en el derecho comparado y el derecho argentino. Proyecto de reforma.

forma de 1957 que proclama «la protección integral de la familia», «el acceso a una vivienda digna» y «la defensa del bien de familia».⁵¹

Es decir, «el bien de familia no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aun en caso de concurso o quiebra»

Quedan también excluidos del desapoderamiento, la administración de los bienes propios del cónyuge, según lo ordenado por el inc. 4º del art. 108 de la Ley 24.522; este dispositivo jurídico guarda relación con el art. 1.276 del Código Civil, según el cual la administración de los bienes propios y ganancias del cónyuge *in bonis* sólo puede darse por mandato expreso o tácito. Otros supuestos posibles se darían si el cónyuge fallido hubiese sido designado judicialmente curador del cónyuge solvente, o en el caso de simple ausencia, conforme al art. 1.289 del Código Civil o impedimento accidental, según surge del art. 1.282 del Código Civil. El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 aprueba, en cuanto aquí interesa, los preceptos de los arts. 249 y 255.

Ahora, en el Derecho vigente, «en caso de quiebra del constituyente, la operatividad de esta última disposición, en cuanto establece la inembargabilidad e

inejecutabilidad del inmueble afectado como bien de familia, supone que la inscripción no se hubiera efectuado dentro del denominado período de sospecha (art. 116, LCQ), pues de lo contrario su registro como tal resultaría ineficaz frente a los acreedores concursales, ya que la afectación sería un acto a título gratuito que queda aprehendido por lo dispuesto por el art. 118, inc. 2º, LCQ.»⁵²

Si no se da la condición anterior, es decir, si la inscripción del bien de familia es anterior a la fecha de iniciación de cesación de pagos, o se remonta a una fecha anterior a los dos años contados desde la fecha de la sentencia de quiebra o desde la presentación del constituyente en concurso preventivo (cit. art. 116, LCQ), las situaciones que pueden presentarse en relación con los acreedores son las siguientes:

1- Que todos los acreedores del constituyente sean posteriores a la inscripción del bien de familia, en cuyo caso rige en plenitud lo previsto por el art. 38 de la ley 14.394, es decir, el inmueble afectado no resulta desapoderado habida cuenta de su carácter inembargable (art. 108, inc. 2º, LCQ) e inejecutable, tanto individual como colectivamente.

2- Que todos los acreedores del constituyente sean anteriores a la inscripción, es decir, acreedores con derecho a ejecutar el inmueble no alcanzado por el art. 38 citado; en este caso, el bien raíz ingresa al activo de la quiebra mediante su desapoderamiento (art. 107, LCQ), quedando afectado a la ejecución colectiva de tales acreedores.

3- Que sólo algunos acreedores del constituyente quebrado sean posteriores a la inscripción del inmueble como bien de familia, existiendo otros que, por el contrario, lo son anteriores; hipótesis no resuelta expresamente por la ley, que plantea el problema de conciliar la situación de unos y otros, ya que los primeros no pueden pretender que se traiga el inmueble a la quiebra para su ejecución colectiva, mientras que los segundos no están impedidos para hacer lo propio en tanto no los alcanza la regla de inejecutabilidad del art. 38 de la Ley 14.394, pudiendo consiguientemente aspirar a la desafectación del bien de familia en los términos del art. 49, inc. e, de la misma Ley.

4- «Por último, se ha interpretado que la solución consiste en la formación de una masa separada, constituida por el bien de familia, a la que concurren en una etapa liquidatoria sólo los acreedo-

res con derecho a ejecutar dicho bien, esto es, los acreedores anteriores a la inscripción, a los cuales les resulta inoponible. Así, liquidado el bien afectado al régimen de la Ley 14.394, los fondos se distribuyen entre tales acreedores con derecho a ejecutar, atendiendo a la Ley del prorrateo, salvo que entre ellos exista acreedores con alguna preferencia. En cambio, los acreedores respecto de los cuales la anotación es oponible, es decir, aquellos que no tienen derecho a embargar y ejecutar y, en consecuencia, nunca contaron con el inmueble afectado como garantía patrimonial, no participan de los resultados de la liquidación que pudiera hacerse del bien de familia, a instancia de los acreedores anteriores a la inscripción. En este último sentido, si subastado el bien, el monto liquidado fuera suficiente para el pago de las acreencias de los acreedores a quienes la Ley priva de tal derecho. La subasta, si bien puede producir la cancelación de la inscripción registral de la afectación del inmueble, no puede tornar embargable lo que para los acreedores sin derecho a ejecutar era inembargable, conforme al art. 38 de la Ley 14.394. De tal modo, dicho saldo no es aprehendido por la quiebra, pudiendo ser retenido por el fallido, pues sigue afectado a la satisfacción de las necesidades del grupo familiar, al producirse

una subrogación real en los términos del art. 1.266 del Código Civil.»⁵³

Esta última orientación es la que adoptan los arts. 249 y 255, inc. e, del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012.

Respecto a la legitimación procesal activa del Síndico para peticionar la desafectación del bien de familia, el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 en su art. 249, último párrafo, sigue los lineamientos de la Corte Suprema de la Nación en cuanto afirma que «la legitimación del Síndico no se extiende a la actuación respecto de bienes que no hayan sido objeto de desapoderamiento, y porque el derecho que el art. 38 de la Ley 14.394 resulta disponible para los acreedores que pueden agredir el inmueble inscripto como bien de familia, de manera que el Síndico no tiene atribuciones para enervar los efectos de una renuncia u omisión de aquéllos, en la que no está comprometido el orden público.»⁵⁴

19. Quiebra de uno de los cónyuges

En el derecho vigente, en caso que sea decretada la quiebra de uno de los cónyuges en plena vigencia de la sociedad conyugal, el desapoderamiento, efecto

típico de la quiebra, alcanza a los bienes propios y gananciales de titularidad del fallido, a la cuota-parte de los bienes propios en condominio con su cónyuge o con un tercero; la cuota parte de bienes de titularidad conjunta con su cónyuge, y el 50% de los bienes de gananciales de titularidad dudosa.

El art. 107 de la Ley 24.522 dispone que: «El fallido queda desapoderado de pleno derecho de sus bienes existentes a la fecha de la declaración de la quiebra y de los que adquiera hasta su rehabilitación. El desapoderamiento impide que ejercite los derechos de disposición y administración».

«El desapoderamiento se extiende a todos los bienes actuales presentes en el patrimonio del fallido a la fecha de la sentencia de quiebra, más todos los bienes futuros que ingresaren a dicho patrimonio por cualquier título de adquisición (oneroso, gratuito, *mortis causa*, etcétera.), antes de la rehabilitación (art. 236 LCQ), más todos los bienes salidos del patrimonio del fallido, que reingresaren -aun después de la rehabilitación- con motivo de las acciones de recomposición patrimonial del derecho común (acción de simulación y de fraude o pauliana) o alguna de las ineficacias falenciales arts. 109, 118, 119, etcétera, LCQ».⁵⁵

Claves Judiciales

Quiebra del cónyuge en el derecho comparado y el derecho argentino. Proyecto de reforma.

De ese modo, el cónyuge fallido pierde las facultades de administración y disposición de su patrimonio, o sea, de bienes propios y gananciales de su administración, los que pasan a cabeza del Síndico, conforme lo establecido en los arts. 107 y 109 de la Ley 24.522.

«No obstante ello, la incautación no implica sustraer al fallido la posesión ni la propiedad de sus bienes. Este pierde la tenencia que pasa a manos del Síndico como sustituto del quebrado».⁵⁶

20. Competencia

«La jurisprudencia ha sido contradictoria en cuanto a si los trámites atinentes a la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio están o no alcanzados por el fuero de atracción del concurso preventivo o de la quiebra. La duda se plantea en función de dar o no prevalencia al carácter patrimonial de dichos términos, o bien tenerlos como procesos fundados en las relaciones de familia y excluidos, por tanto, de la atracción concursal, de acuerdo a lo previsto por los arts. 21, inc. 2o, 132 LCQ».⁵⁷

Así por ejemplo, tanto «se ha resuelto que no existe obstáculo para que el Juez de la quiebra intervenga en un incidente

de liquidación de la sociedad conyugal, pues ello atiende al principio de universalidad y concentración impuesto por la Ley para hacer efectiva la competencia universal del Juez».⁵⁸ Como, contrariamente, no opera el fuero de atracción de la quiebra en el proceso iniciado por el síndico, solicitando la formación de incidente de liquidación de la sociedad conyugal, toda vez que están excluidas las acciones fundadas en relaciones de familia.⁵⁹

El Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 resuelve la cuestión a favor de la primera postura, prescribiendo que «...Si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, es competente el Juez del proceso colectivo...» (art. 717, último párrafo).

Conclusión

En nuestra opinión, la relación entre las normas sobre el régimen patrimonial del matrimonio y las disposiciones sobre las leyes de concurso y quiebras son esenciales para la mejor interpretación y aplicación de la Ley.

La interdisciplinariedad juega un rol fundamental en la integración de normas

en un mundo jurídico cambiante como el actual, donde la unidad del Derecho obliga al intercambio de especialidades y a una labor continua por parte de distintos sectores sociales con enfoques sociológicos y jurídicos diferentes ■

Quiebra del cónyuge en el derecho comparado y el derecho argentino. Proyecto de reforma.

¹ LOCRIÉ, *Esprit du Code de Commerce*, VII París, 1812, página 104.

² LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité de droit commercial*, VIII, París, 1916, PÁG. 2 LOCRIÉ, *Esprit du Code de Commerce*, VII, París, 09, PERCEROU ET DESSERTAUX, ob., cit., PÁG. 108.

³ La extensión al marido de las restricciones que se le imponían a la mujer fue calificada de radical u brutal. Así, DERRIDA, «*La revendication des biens personnels du conjoint au cas de faillite au admission au règlement judiciaire d'une poux*», en J.C.P., 1955, I. 1265, no I y LAMBERT, «*Les droits du mari en cas de faillite ou d admission au règlement judiciaire de sa femme*», en Rev. tr. dr. Com., 1958, PÁGS. 709 y ss., PÁG. 711.

⁴ DERRIDA, ob. cit., no 16; REPERTOIRE de droit commercial et des societes, cour la direction de RODIERE, II, París, 1957, no 2270, PÁG. 200.

⁵ DERRIDA, «*La revendication des biens personnels*», cit., no 19.

⁶ Véase, DERRIDA, «*La revindication des biens personnels*», cit., no 19 d'admission au règlement judiciaire d'un époux, en J.C.P. 1955. I, 1265; PREVAULT, note sur Cass. 11 mai 1964, en D., 1965, J, PÁGS. 443 y ss., PÁG. 444 y REPERTOIRE, de droit commercial et des societés, cit., no 2277, PÁG. 200.

⁷ LAMBERT, «*Les droits du mari en cas de faillite...*», cit., PÁG. 718, en Rev. tr. dr. com. 1958.

⁸ RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, II, París, 1960, PÁG. 403.

⁹ Cass. 11 mai 1964, en D. 1965 J., PÁGS. 443 y ss., note PREVAULT; París, 18 Abril 1966, en Rev. tr. dr. civ., 1966, PÁG. 1040, no 65, obs. HOUIN.

¹⁰ HONORAT, «*Les incidences de la loi du 13 juillet 1965 sur les droits du conjoint d un commerçant en état de faillite ou de règlement judiciaire (antérieurement au 1o Janvier 1968)*», *Etudes de droit commercial à la mémoire de HENRY CABRILLAC*. París, 1968, PÁG. 281 Y SS., PÁG. 299.

¹¹ HONORAT, «*Les incidences de la loi du 13 Juillet...*», cit. PÁG. 300.

¹² RIPERT-ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, II, PÁG. 795, PARÍS, 1976.

¹³ Cass.com., 14 février 1989, citada por RIPERT-ROBLOT, ob. cit., II, 1990, PÁG. 1.052.

¹⁴ RIPERT-ROBLOT, *ibídem*.

¹⁵ KUHN-UHLENBRUCK, *KONBURSORDNUNG KOMMENTAR*, cit., PÁG. 733, München 1986.

¹⁶ KOHLER, *leitfaden...*, cit., PÁG. 170.

¹⁷ KOHLER, *leitfaden...*, cit., PÁG. 119.

¹⁸ JAEGER, *kommentar...*, cit., PÁG. 803.

¹⁹ KOHLER, *leitfaden...*, cit., PÁG. 119, y JAEGER, *KOMMENTAR...*, I, cit., PÁG. 804.

²⁰ MENTZEL-KUHN, *Kommentar...*, cit., PÁGS. 320-321.

²¹ JAEGER, *KOMMENTAR ZUR KONKURSORDNUNG UND DEN EINFÜHRUNGSGESETZEN*, I, cit., PÁG. 810, Berlín

²² MENTZEL-KUHN, *KOMMENTAR...*, cit., PÁG. 320.

²³ MENTZEL-KUHN, *KOMMENTAR...*, cit., PÁG. 321.

²⁴ JAEGER, *KOMMENTAR...*, I, cit., pág. 809. En contra, KOHLER, *LEHRBUCH DES KONKURSRECHTS*, STUTTGART, 1891, PÁGS. 184-185, si bien posteriormente (*LEITFADEN...*, cit., pág. 119) procedió a distinguir los supuestos de donación del dinero para proceder a la adquisición de los de donación sin una subsiguiente adquisición, excluyendo la aplicación del art. 45 KO en este segundo caso.

²⁵ JAEGER, *KOMMENTAR...*, I, cit., PÁG. 811.

²⁶ MENTZEL-KUHN, *KOMMENTAR ZUR KONKURSORDNUNG*, cit., PÁG. 322. BERLÍN-FRANKFURT, 1962.

²⁷ A partir de la entrada en vigor de la Ley de equiparación numerosos autores empezaron a poner de manifiesto la posible inconstitucionalidad del art. 45 KO. Así, entre otros, BOHLE-STAMMSCHRADER, *KONKURSORDNUNG, MÜNCHEN-BERLÍN*, 1964, PÁG. 164; BOSCH, «*Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz*», en *FAMRZ*, 1957, PÁGS. 194 y SS.; BROX, «*Die Folgen der Nichtigkeit*

Claves Judiciales

Quiebra del cónyuge en el derecho comparado y el derecho argentino. Proyecto de reforma.

des Art. 45 KO», en FamRZ, 1968, PÁGS. 406 y ss.; JAEGER- LENT, KOMMENTAR...I, cit., PÁG. 659.

²⁸ FAMRZ, 1968, PÁGS. 437-439.

²⁹ ROESKAU, «*Allemagne*», en Les procédures collectives de liquidation ou de refolement des entreprises en droit comparé, cit., PÁG. 244, PARÍS 1976.

³⁰ Ver KUHN-UHLENBRUCK, KONKURSORDNUNG..., cit., PÁGS. 1946-1949, MÜNCHEN 1986.

³¹ No obstante, hay que señalar una diferencia entre el Código de Comercio y la Legge fallimentare, a diferencia del primero, que regulaba las relaciones entre los cónyuges en el capítulo dedicado a las mismas.

³² Una referencia expresa al «*fantasma*» del fraude en las relaciones entre los cónyuges puede verse en DE SEMO, Diritto fallimentare, cit., PÁG. 318.

³³ A favor de una restricción, con aplicación de los mismos plazos, señalados en el art. 67 LE, OPPO, «*Acquisti alla comunione coniugale e pregiudizio dei creditori personali*», en Rev. dir. civ.. 1981. I. PÁG.137 Y SS., PÁG. 149.

³⁴ DE SEMO, Diritto fallimentare, cit., PÁG. 319; FERRARA, II fallimento, cit., PÁG. 380.

³⁵ SATTÀ-VACCARELLA-LUIISO, Diritto fallimentare, cit., PÁG. 249.

³⁶ FERRARA, II fallimento, cit., PÁG. 386, MILANO 1986.

³⁷ ISAS Y SOLANES, El divorcio y el derecho familiar catalán, BARCELONA, 1986, PÁG. 128.

³⁸ DIEZ PICAZO Y GULLON, Sistema..., IV, cit., PÁG. 224.

³⁹ REBOLLEDO VARELA, Separación de bienes en el matrimonio. El régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil, MADRID, cit. PÁG. 206, Madrid 1983.

⁴⁰ A favor de la coincidencia, FERRARA, II fallimento, MILANO, 1966, PÁG. 386; SATTÀ, Istituzioni di diritto fallimentare, ROMA, 1949, PÁG. 191. En contra, SALANITRO, GLI ACQUISTI..., cit., PÁG. 219; VASELLI, La presunciones murcianas, cit., PÁG. 66.

⁴¹ El que la presunción murciana sólo sea aplicable a los supuestos de concurso y quiebra le parece criticable a MARTINEZ-CALCERRADA, El nuevo derecho de familia, I, MADRID, 1983, PÁG. 197, pues considera que se excluye cualquier otra situación, menos formalista de que, acreditada la insolvencia, pudiera operar.

⁴² BROSETA PONT, «*La presunción y el derecho de quiebras. En torno a las repercusiones de la quiebra del marido sobre los bienes privativos de la mujer*», en RDM, PÁG. 311, 1ª parte.

⁴³ Cfr. art. 1366 LEC.

⁴⁴ La dificultad fue advertida en Francia por HOUIN, «Faillite-Réglement judiciaire», en *Enc. Dalloz, II, París, 1957, no 2279 señalando que «el decreto de 1955 no ha previsto el supuesto de la quiebra de ambos esposos. Parece imposible encontrar una solución, ya que cada una de las masas tiene el derecho de oponerle a la otra la presunción.»*

⁴⁵ TORTORICI PASTOR, «En torno a la murciana moderna del art. 1.442 del Código Civil», en *ADC, PÁG. 1.206, AÑO 1990.-*

⁴⁶ TORTORICI PASTOR, ob., cit., PÁG. 1.205.

⁴⁷ CORBO, CARLOS MARÍA «*Revista de Derecho de Familia y de las personas*», *La Ley*, PÁG. 8, mayo 2012.-

⁴⁸ LEIVA, CLAUDIO, «*La quiebra del cónyuge*», Ediciones jurídicas Cuyo, PÁG. 129, año 2001.

⁴⁹ CORBO, CARLOS MARÍA «*Régimen patrimonial del matrimonio*», PÁG. 249, Edit. Nova Tesis, año, 2010.-

⁵⁰ El texto original decía: «*Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales, excluidos los provenientes de sueldos y salarios.*»

⁵¹ CORBO, CARLOS MARÍA, *Revista de familia y de las personas*, PÁG. 10, *La Ley*, mayo 2012.

⁵² SAJON, J., «*El bien de familia y la quiebra*», ED 95-923; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. PARELLADA, C. Y FLORES, G. M., «*Bien de familia y quiebra*», *RDCO* 1984-479, cap. VII.

⁵³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., PARELLADA, C. Y FLORES, G. M., ob., cit., PÁGS. 471 Y 472- 475 Y 476.

⁵⁴ CORTE SUPREMA 10/4/2007, «*Baumwohlsperner de Pilevski, Nélica s/ quiebra*». En el mismo sentido: LETTIERI, C. A., ob., cit., PÁG. 888, quien otorga legitimación al acreedor interesado, es decir, aquel a quien el art. 38 de la Ley 14.394 habilita para ir contra el bien, debiendo el Síndico solamente ser oído.

⁵⁵ ROUILLON, ADOLFO, *Comentario al Régimen de Concursos y Quiebras*, 7a ed., ASTREA, AÑO 1997, PÁG. 146.

⁵⁶ CAMARA, HÉCTOR, «*El concurso preventivo y la quiebra*», T. I, vol. 3, PÁG. 2013, DEPALMA.

⁵⁷ HEREDIA, PABLO D. «*Comentario al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*», PÁGS. 13, 44/45. Edit. ABELEDO PERROT, año 2012.

⁵⁸ C. NAC. COM., sala B, 23/6/2000, «*Arditi, Elías R.*».

⁵⁹ C. NAC. COM., sala A, 21/11/2000, «*A Patanina e Hijos S.A.*»

Criterios judiciales en materia de intereses



DR. LISANDRO GERBAUDO

Relator de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial,
Sala I. Rosario.

Introducción

Los variados aspectos atinentes al tema de los intereses han sido ampliamente estudiados por la doctrina de los autores¹ y han tenido un rico y prolífico tratamiento jurisprudencial. Sin pretender abarcar el tema de modo exhaustivo ni mucho menos, en esta acotada recopilación de jurisprudencia se intentará hacer especial referencia al criterio de la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario sobre algunas de las aristas relevantes de la cuestión, sin perjuicio de señalarse, desde ya, que las decisiones de dicho Tribunal se hallan alineadas con lo que es doctrina prevaleciente entre los demás tribunales del país y con la opinión de diversos autores, que se citarán en lo pertinente.

1. Clasificación y diferencias²

Para comenzar, parece oportuno señalar que en lo concerniente a la tipología de los intereses, es generalmente aceptado que, de acuerdo a su función económica, los mismos se clasifican en compensatorios y punitivos. Los compensatorios persiguen una finalidad retributiva por el uso del dinero ajeno, y su devengamiento se produce durante el período convenido de concesión

del crédito hasta el momento de la exigibilidad del capital, siendo su aplicación predominantemente a las obligaciones contractuales de dar sumas de dinero; su procedencia sólo opera en caso de convención de partes (art. 621, CCiv.) o por disposición legal que la imponga (v. gr. arts. 466, 1.950, 2.298, 2.030, CCiv.; art. 558 CCom.). En cambio, los intereses moratorios tienen una finalidad resarcitoria de los daños y perjuicios que provoca el incumplimiento, y su devengamiento es necesario para todo tipo de obligaciones en mora, aun sin pacto expreso; su aplicación en concreto se efectúa respetando, en principio, las tasas convenidas o legales y a falta de éstas y, siempre que el rédito hubiera sido solicitado por el acreedor, existe la facultad judicial de fijarlos por imperio del artículo 622 del CCiv. (cfr. CCCRos., Sala I, Auto N° 248 del 07.07.2005, causa «Vetere c. Moszoro» y Auto N° 191 del 10.06.2008, causa «Colomar c. Cabanellas y Cía. S.A.C.I.»). Cabe puntualizar que el interés punitivo es simplemente un interés moratorio especialmente pactado³ (CCCRos., Sala I, Acuerdo del año 2003 en la causa «Lloyds Bank c. Ferreyra»)

2. Interés pactado

2.1. Estipulación excesiva. Morigeración

Como derivación puntual del principio de autonomía de la voluntad resulta que toda determinación convencional de intereses es, como regla general, válida, pero con la limitación de no transponer las fronteras de la ética y de las buenas costumbres (arts. 21, 656, y 953, CCiv.), lo que constituye una cuestión fáctica, subjetiva y cambiante. Si bien el artículo 621 del Código Civil establece la legalidad de las convenciones particulares que instituyen intereses, nadie discute en la actualidad la facultad judicial de morigerar los intereses convenidos, tanto los compensatorios como los punitivos o moratorios, como la suma de ambos; ello atendiendo a los excesos que puedan presentarse, de conformidad con la variación de las circunstancias económico-financieras cambiantes que influyen en su determinación. Es decir, no corresponde admitir cualquier tasa de interés por el solo hecho de que se encuentre estipulada por las partes. Las reglas contenidas en los artículos 21, 621 y 1.197 del Código Civil encuentran su límite en la pauta rectora del artículo 953, en relación con los artículos 1.171 y 1.198 del mismo Código, que permiten fulminar con nulidad las cláusulas de interés exorbitantes⁴ y facultan al juzgador a morigerarlas por pedido de parte, o

Claves Judiciales

Crterios judiciales en materia de intereses

bien actuando de oficio, más aún cuando a simple vista es palmaria la transgresión a los parámetros de la moral y de las buenas costumbres (cfr. CCCRos., Sala I, Acuerdo N° 382 del 17.10.2011, causa «Sánchez c. Club Eduardo Hertz M.S.D. y C.»).

2.2. Pacto de capitalización de intereses

Asimismo, si bien es cierto que el artículo 623 del Código Civil autoriza a pactar la capitalización de los intereses, ello, no obstante, también se encuentra sujeto a las facultades- deberes del Juez, si éste advirtiera que de esa manera se puede producir una transgresión a la moral y a las buenas costumbres, y dar lugar a un enriquecimiento ilícito del acreedor, puesto que tal capitalización de intereses puede conformar una vía de generar recursos indebidos al acreedor, desequilibrando injustamente en su favor (en consecuente perjuicio del obligado) la razonable contraprestación que los intereses implican como renta del capital adeudado. O sea, si bien en la actualidad en sí mismo no es ilegítimo el método de capitalización de intereses, el mismo puede, sin embargo, llegar a serlo, si conduce a un resultado abusivo (cfr. CCCRos, Sala I, Acuerdo N° 382 del 17.10.2011, causa «Sánchez c. Club Eduardo Hertz M.S.D. y C.»).

2.3. Criterios para determinar el carácter adecuado o excesivo de la tasa pactada y en su caso para fijar una tasa razonable

Se ha señalado que para arribar a una tasa compatible con el ordenamiento jurídico deben tenerse presente varios elementos de juicio, entre ellos: a) el plazo de pago; b) la moneda objeto del contrato; c) el monto de la deuda; d) el sistema de amortización pactado; e) la garantía y el riesgo de incobrabilidad; f) el factor tiempo transcurrido desde el incumplimiento; g) el factor mercado. Debe efectuarse una tarea de comparación entre la tasa pactada con relación a otras tasas comunes en el mercado financiero⁵.

Desde tales coordenadas y considerando que la tasa de referencia de mercado que cobra el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento de documentos en los últimos años es del orden del 18% anual, sumada en concepto de interés compensatorio, y teniendo en cuenta también que es de práctica habitual que los intereses por mora pactados o punitivos sean del orden del 50% de los compensatorios, en un caso sometido a su decisión, la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario consideró

que se podría arribar a una tasa racional y prudente del 27% anual sumada como tope cuando las partes han acordado dos tasas: la compensatoria y la punitiva. El interés a la tasa del 27% anual, sumada, desde la mora hasta el pago, por todo concepto y comprensivo de los intereses compensatorios y punitivos, equivaldría a una vez y media la tasa de referencia citada del Banco de la Nación, lo cual se juzgó razonable, proporcional, y aceptado por el ordenamiento jurídico (cfr. CCCRos, Sala I, Acuerdo N° 382 del 17.10.2011, causa «Sánchez c. Club Eduardo Hertz M.S.D. y C.»).

3. Ausencia de tasa pactada. Fijación judicial de la tasa de interés moratorio

En las obligaciones susceptibles de devengar intereses, ya sean compensatorios o moratorios, a falta de estipulación expresa de las partes acerca de la tasa a aplicar, regirá supletoriamente la tasa instituida por la Ley. Cabe aclarar que ninguna Ley ha fijado una tasa de interés con carácter general. En este punto, Vélez Sarsfield, en la nota al artículo 622 del Código Civil expresó que se abstuvo de proyectar el interés legal «*porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente*

el interés de los capitales en los diversos pueblos». Sin perjuicio de ello, algunas normas específicas sí establecen las tasas aplicables a situaciones particulares. Ello ocurre, por ejemplo, con el mutuo comercial, figura contractual en la cual, mediando estipulación de intereses sin mayores precisiones sobre la clase de interés que se trata o la cantidad a la que asciendan, debe entenderse que la estipulación refiere a los moratorios y a la tasa que cobren los Bancos públicos, debiendo entenderse que siempre que en la Ley o en la convención se hable de intereses de plaza o intereses corrientes se hace referencia a los que cobra el Banco Nacional (art. 565, CCom.); asimismo, por aplicación de esa normativa en relación con las disposiciones cartulares⁶, se aplican también a la letra de cambio, al pagaré y al cheque, los intereses a la tasa activa -sumada- del Banco de la Nación Argentina (cfr. CCCRos., Sala I, causa «Francobich c. Mangani», año 2005; Acuerdo N° 1 del 01.02.2012, causa «Banco Patagonia S.A. c. López»; entre muchos otros). Subsidiariamente, para los supuestos en que no exista tasa pactada ni previsión legal, las leyes dejan sometido al arbitrio judicial la determinación cuantitativa del interés a pagar.

3.1. Doctrina plenaria

En relación a la fijación judicial de la tasa de interés, en línea con la opinión del codificador, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, mediante acuerdo pleno ha resuelto que: «*No corresponde la convocatoria a tribunal pleno para unificar la jurisprudencia aparentemente contradictoria de sus Salas en materia de intereses» (Acuerdo Pleno N° 32 15.09.1997, autos «Banco Bisel S.A. c/ Salvi, Héctor»⁷, reafirmado mediante Acuerdo de Cámara N° 3 del 23.02.2007 y nuevamente por Acuerdo de Cámara N° 3 del 19.03.2012). Ello así, teniendo en consideración que las tasas de interés de plaza, cualquiera sea su clase, están signadas por el dinamismo propio de la actividad financiera contemporánea, siendo su variación generalmente imprevisible, resultando inconveniente fijar una doctrina judicial plena sobre un tema de tan alta y rápida variación, con el consiguiente riesgo de someter a las relaciones negociales a una solución que se torne obsoleta con mayor rapidez que la vigencia de los fallos plenarios; de modo que la cuestión relativa a la tasa de interés que se manda a pagar en juicio se encuentra ligada a circunstancias particulares que varían significativamente en cada caso sujeto a decisión, lo cual explica la variedad de soluciones jurisprudenciales que, más que evidenciar*

contradicción, muestran el ajuste de las diferentes resoluciones a las distintas situaciones fácticas.

3.2. Pautas a ponderar en cada caso

Con arreglo a lo anterior, se ha señalado⁸ que en cada juicio sometido a su decisión, los jueces deben aplicar las tasas que resarzan adecuadamente al acreedor por la imposibilidad de usar su dinero y esta no es una cuestión que pueda ser resuelta con prescindencia de la relación jurídica a las que se aplicarán, de la obligación que las originó, o que omita considerar quién es el deudor que debe pagarlas o el contexto económico en que el interés establecido debe cumplir su finalidad (cfr. CCCRos., Sala I, Acuerdo N° 249 del 22.08.2012, causa «Beta S.A. c. Carrfour Argentina S.A.»; Acuerdo N° 152 del 29.05.2012, causa «Giosue C. Bini»; Acuerdo N° 446 del 13.12.2011 «Guevara c. Carbonari»; entre muchos otros).

3.3. Tasas de referencia

En general se considera que, de aplicarse una tasa bancaria, cabe tomar como referencia las tasas del Banco de la Nación Argentina, en razón de no advertirse motivos para acudir a tasas de instituciones privadas, y porque muchas normas

Claves Judiciales

Criterios judiciales en materia de intereses

legales refieren a aquéllas (v. gr. art. 565 del C.Com.; criterio de la CCCRos., Sala I en Auto N° 399 del 08.11.2011, causa «Ceserani c. Chichoni»; Acuerdo N° 249 del 22.08.2012, «Beta S.A. c. Carrefour Argentina S.A.», entre otras).

3.4. Improcedencia de las tasas bancarias capitalizadas

A su vez, como regla, no resulta procedente la aplicación de tasas bancarias capitalizadas. El principio general es que no se deben intereses de los intereses y la capitalización sólo es posible como excepción en los casos en los que media convención expresa o en los que habiendo liquidación judicial aprobada que incluye intereses, no es abonada al ser intimado el obligado (art. 623 CCiv.), quedando también a salvo algunos otros supuestos previstos en la Ley, de modo expreso (arts. 1.950, 2.298 y 2.030 CCiv.). Aunque con mayor extensión, en el Derecho mercantil la capitalización de intereses también se encuentra limitada, estando prevista para la cuenta corriente bancaria (art. 795 CCom.), la cuenta corriente no bancaria mediando convención (art. 788 CCom.) para el mutuo mercantil, en el que los intereses vencidos pueden capitalizarse a partir de la demanda judicial si han sido adeudados por un lapso no

inferior a un año (art. 569 CCom.). Fuera de los supuestos apuntados y algunos a los que los autores consideran excepcionales o que han sido establecidos por leyes especiales, no procede la capitalización. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido⁹ que es descalificable por la doctrina de la arbitrariedad, en tanto implica un menoscabo a las garantías de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional el pronunciamiento que ordena la capitalización de intereses en violación de una norma de orden público (art. 623, CCiv.), sin que concurren los supuestos de excepción que establece la misma (CCCRos., Sala I, Acuerdo N° 443 del 10.11.2009, causa «Calabrese c. Aufe»; Acuerdo N° 509 del 29.12.2009, causa «Villalonga c. Sanatorio Británico»; Acuerdo N° 732 del 14.02.2006, causa «Construcciones Industriales y Civiles c. Aguas Provinciales de Santa Fe S.A.», entre otros).

3.5. Intereses y prohibición de los mecanismos de actualización de deudas

Sobre este particular se ha señalado que en la actualidad la vigencia del principio nominalista, expresado en la prohibición de reconocer un plus por actualización monetaria, se desenvuelve en un contexto inflacionario y, como consecuencia de

la reinterpretación constitucional del alcance de la prohibición de actualización en las obligaciones dinerarias contenida en el artículo 10 de la Ley 23.928 efectuada por la Corte Suprema¹⁰, la atención se desplaza hacia los posibles mecanismos de recomposición que podrían servir a los acreedores para ponerse a resguardo de la depreciación monetaria en un sistema legal que no admite la actualización directa mediante la aplicación de índices, figurando en el acervo de posibles mecanismos de recomposición la tasa de interés moratorio, explicándose en tal sentido que a través de la fijación judicial de la tasa de interés moratorio puede morigerarse la incidencia que la inflación tiene en la desvalorización de la moneda, resultando dicho criterio consonante con los principios de realismo económico¹¹ (cfr. CCCRos., Sala I, Acuerdo N° 262 del 04.09.2012, autos «Veloza c. Cooperativa de Vivienda Consumo y Provisión de Servicios Públicos Rosario Limitada»).

3.6. Distintas tasas según la obligación de que se trate. Algunos supuestos:

Obligaciones comerciales: siendo el contrato celebrado entre las partes de naturaleza comercial, resulta de aplicación el criterio hermenéutico que estima que la previsión contenida en el artículo 565 del

Código de Comercio supera el acotado escenario del mutuo mercantil para regir con respecto a toda obligación comercial¹² En tal sentido, se entiende que si bien el artículo 565 del Código de Comercio está ubicado en el título dedicado al contrato de préstamo, debe aplicarse a todos los contratos mercantiles, a la responsabilidad derivada de los mismos y, en general, a los actos de comercio, pues se trata de una norma propia y típica del Derecho comercial aplicable a todo su ámbito, y que desplaza al artículo 622 del Código Civil (CCCRos., Sala I, Acuerdo No 25 del 12.04.1999, «Banco de Crédito Argentino c. Sileoni»; Auto N° 110 del 17.10.2000, «Lansky c. Bertolino»; Acuerdo N° 127 del 21.11.2000, «Laboratorios Ferkim S.R.L. c. Diagnósticos por Imágenes S.R.L.»; Acuerdo N° 573 del 05.12.2005, «Mo Amílcar R. c. Rosario Refrescos S.A.I.C.F.I.»; Acuerdo N° 3 del 04.02.2009, «Tasca c. Zarzur»; Acuerdo N° 10 del 07.02.2007, autos «Publicar S.A. c. Pritty S.A.»; Acuerdo N° 536 del 29.12.2010, autos «Caneda c. Federación Patronal Seguros S.A.»; Acuerdo N° 239 del 30.06.2011, autos «Moscatelli c. Ergo S.R.L. y Techint S.A.»).

Información bancaria errónea: Respecto de la tasa a aplicar en estos casos, la jurisprudencia ha entendido con igual funda-

mento en la doctrina del artículo 565 del Código de Comercio, que, tratándose de una cuestión de responsabilidad derivada de una vinculación de carácter comercial como en la actividad bancaria [art. 8, inc. 3°, CCom.], y siendo el demandado un Banco, aparece razonable aplicar en concepto de interés una tasa que se adecue a las vigentes en el mercado, como lo es la tasa activa promedio mensual sumada -sin capitalización- que percibe el Banco Nación Argentina (cfr. CCCRos., Sala I, «Utrera c. Banco Francés S.A.», Ac. N° 127 del 16.12.2004; «Borraz c. Citibank N.A.», Ac. N° 35 del 24.02.2006; «Tamagno c. Banca Nazionale del Lavoro S.A.», Ac. N° 235 del 02.05.2006, entre otros). Tratándose de un conflicto enmarcado en una relación de origen contractual, el punto de arranque de tales intereses será a partir de la constitución en mora del deudor, que no es otra que la fecha de la intimación extrajudicial por medio de la cual se denunció el daño y la responsabilidad del Banco y se lo intimó al pago de una indemnización estimada provisionalmente, con todos los efectos y formalidades del artículo 509 del Código Civil, atento las características de intimación fehaciente, categórica, apropiada, coercitiva y recepticia (CCCRos., Sala I, Acuerdo N° 79 del 04.04.2012, causa «Jacinto c. Banco Columbia»).

Expensas comunes en el ámbito de la propiedad horizontal: En supuestos de una deuda por expensas comunes, se ha juzgado que en principio no es admisible hacer jugar idénticas pautas a las que regulan los intereses en otro tipo de créditos pues, en virtud de las especiales características del régimen instrumentado por la Ley 13.512, la vida del consorcio de propiedad horizontal exige el pago puntual y exacto de las contribuciones por la trascendental función que cumplen. Además, dada la especial naturaleza de la obligación, en la que el incumplimiento de uno de los copropietarios recae sobre los restantes y perjudica la economía del consorcio en general, se admiten tasas mayores a las habituales, que resulten lo suficientemente representativas para constreñir a los copropietarios al pago puntual de la obligación y evitar perjuicios al desenvolvimiento del consorcio. En estos casos, la tasa de interés tiene un verdadero objetivo de coacción derivado de que su percepción hace a la existencia del consorcio, y dada esa vital función que cumplen las expensas comunes en el régimen de propiedad horizontal, se admite la fijación de tasas un tanto más elevadas que la aplicable a otros supuestos, atento la trascendencia que el puntual cumplimiento de este tipo de obligaciones reviste para

Claves Judiciales

Criterios judiciales en materia de intereses

la subsistencia del régimen y al normal funcionamiento de la vida consorcial, por lo que se han juzgado admisibles tasas del 36% al 42% anual¹³ (CCCRos., Sala I, 29.10.2004, «Consortio Edificio Avenida Pellegrini 2364/2372 c. Sala», Zeus 97-J-490; Acuerdo N° 210 del 24.04.2006, «Consortio de Propietarios Edificio Cocheras Beta 39 c. Maliandi»; Acuerdo N° 75 del 17.03.2010, «Consortio Edificio Torre Bco. Comercial Israelita c. Lande»)

Empero, ello no significa que las pautas establecidas por el reglamento de copropiedad o, en su defecto, por lo que disponga la asamblea de copropietarios, no puedan ser corregidas cuando vulneren claramente los principios que emanan de los artículos 953 y 1.071 del Código Civil (CCCRos., Sala I, Acuerdo N° 172 del 02.05.2005, causa «Kaijal Propiedades S.R.L. c. Dominioni»). Por ello se ha estimado que no resulta desajustada a Derecho la fijación de un tope con arreglo a las pautas antes señaladas (en el caso considerado se fijó un tope del 36% anual, v. CCCRos., Sala I, Acuerdo N° 44 del 04.03.2011, causa «Consortio del Edificio San Marino c. Tognarelli»).

Responsabilidad civil extracontractual por hechos ilícitos: En esta materia, corresponde tener bien presente que la

indemnización originada en un hecho ilícito es generalmente una deuda de valor que no cabe cuantificar sino al tiempo del dictado de la sentencia¹⁴, salvo que razones especiales justifiquen la cuantificación de los daños a valores no actualizados o históricos (Acuerdo N° 35 del 11.03.2013, causa «Arrúa c. Sosa»). Asimismo, cabe tener en consideración que los intereses moratorios son la consecuencia del retardo en el pago de lo que se debe, no son sancionatorios sino resarcitorios de la indisponibilidad del capital por parte del acreedor durante el curso de la mora; cuando se trata de la reparación de los daños ocasionados por hechos ilícitos, la mora es automática y desde la fecha del suceso (*ex re*, art. 509 CCiv.) conforme a lo que es pacíficamente aceptado en la doctrina judicial y autoral, y los intereses que se aplican son moratorios, desde el incumplimiento de la obligación, el cual se verifica con la producción del daño. La sentencia que establece la responsabilidad del causante del daño y fija la indemnización es declarativa y no constitutiva de la obligación de indemnizar; el fallo simplemente reconoce la existencia del daño resarcible que nace del hecho ilícito y a cuya reparación está obligado el responsable desde el mismo momento que aquéllos acaecieron, y los intereses tienen, pues,

el mismo punto de partida toda vez que propenden a reparar el retardo en el cumplimiento de la obligación; es decir que el hecho ilícito provoca un daño resarcible que será cuantificado en la sentencia, y la demora en pagar el resarcimiento provoca otro daño (moratorio), una pérdida adicional para el acreedor que también debe ser reparada y está cubierta por los intereses establecidos¹⁵. En consecuencia, no resulta jurídicamente procedente sostener que porque la obligación indemnizatoria estaba indeterminada al momento del hecho, los intereses moratorios deban computarse recién a partir de su determinación (cfr. CCCRos., Sala I, «Corbellini c. Serrani», Acuerdo N° 4 del 14/02/2000).

Desde tales coordenadas y teniendo expresamente en consideración el cambio de circunstancias económicas, operado desde el año 2002 hasta el presente, y la vigencia de la prohibición de utilización de índices de actualización, la jurisprudencia ha debido reconsiderar los criterios que, en materia de tasa de interés moratorio aplicable a los casos de indemnización de daños y perjuicios por hechos ilícitos, habían regido en el período de vigencia de la Ley 23.928 -en su versión originaria- y aun en el período inmediatamente posterior a las

modificaciones introducidas por la Ley 25.561. Así, la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario, en el marco de su competencia por recurso ordinario de apelación, por remisión a lo decidido en algunos de sus precedentes (v. gr. Acuerdo N° 104 del 29/03/2010, causa «Moreyra c. Alemi Tours» y otros anteriores), ha descartado que en los supuestos bajo análisis resulte procedente y adecuado aplicar una tasa bancaria activa o incluso mixta (promedio entre activa y pasiva) durante el período anterior al fallo que cuantifica el daño, por tratarse de guarismos que no son puramente una tasa de interés, sino que además llevan implícita una corrección monetaria y otros componentes que, de aplicarse en conjunto con la cuantificación del daño al tiempo del dictado de la sentencia, terminarían generando un fenómeno de multiplicación de la deuda a niveles no aceptables o no razonables. Por ello, se considera más adecuado para ese tramo temporal la aplicación de una tasa bancaria pasiva, tesitura que ha sido reiteradamente sostenida por el mencionado tribunal (CCCRos, Sala I, Acuerdo N° 330, del 24.08.2010, causa «Menna c. Vecchio»; Acuerdo N° 18 del 16.02.2011, causa «Santamaría c. Rayco S.R.L.»; Acuerdo N° 47 del 10.03.2011, causa «Ovejero c. 9 de Julio S.R.L.»;

Acuerdo N° 420 del 22.11.2011, causa «Arredondo c. Rosario Bus S.A.», entre muchos otros), aceptándose también la aplicación de una tasa pura del orden de entre el 6% y el 8% anual (Acuerdo N° 214 del 31.07.2012, causa «D Angelo c. Traverso»). Sí se halló apropiada la aplicación de una tasa bancaria mixta entre la activa y la pasiva respecto del período posterior al fallo de primera instancia que fija la cuantificación del daño, en atención al contexto inflacionario actual (criterio reiterado por el Cuerpo en: Acuerdo N° 18 del 16.02.2011, causa «Santamaría c. Rayco S.R.L.»; Acuerdo N° 47 del 10.03.2011, causa «Ovejero c. 9 de Julio S.R.L.»; Acuerdo N° 420 del 22/11/2011, causa «Arredondo c. Rosario Bus S.A.», entre muchos otros).

Con referencia a la existencia de un criterio dispar respecto de lo que pueda haber decidido otra Sala de la misma Cámara sobre el particular, se recuerda la vigencia de la doctrina plenaria en el sentido de que no corresponde la convocatoria a pleno para unificar la jurisprudencia aparentemente contradictoria de sus salas en materia de intereses; a su vez, lo resuelto en el plenario de la Cámara Nacional Civil «Samudío de Martínez» sólo resulta vinculante para los Tribunales civiles de la Capital Federal, en

cualquier caso, la mayoría de las Salas de dicha Cámara evita extender la tasa bancaria activa al período anterior al fallo cuando los montos indemnizatorios se fijaron a valores actuales, en el entendimiento de que ello haría excepción a la doctrina plenaria por implicar una alteración del significado económico del capital de condena configurando un enriquecimiento indebido¹⁶; de igual modo se puntualiza que el sólo hecho de que la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe haya desestimado una impugnación constitucional contra una sentencia de Cámara en materia laboral, que había fijado una tasa bancaria activa¹⁷, no lleva tampoco a sostener que ello implique la necesidad de adoptar tal criterio, puesto que la fijación de la tasa de interés es en suma una cuestión cuya determinación corresponde a los jueces ordinarios, excediendo la competencia extraordinaria (CCCRos., Sala I, causas «Menna c. Vecchio», antes citada; Acuerdo N° 11 del 07/02/2013, causa «Spolli c. Karcher»; Acuerdo N° 35 del 11.03.2013, causa «Arrúa c. Sosa»).

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, corresponde señalar que respecto de la tasa de interés moratorio fijada por los Tribunales Colegiados de Responsabilidad Extracontractual en supuestos

Claves Judiciales

Criterios judiciales en materia de intereses

de indemnización por hechos ilícitos, la Sala Primera de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Rosario tiene dicho, en el marco de su competencia por vía del recurso de apelación extraordinaria, que las objeciones a la tasa de interés fijada en la sentencia no justifican la admisibilidad de la apelación extraordinaria por la causal del artículo 42, inciso 4, de la L.O.P.J., toda vez que dicha causal refiere a la contradicción entre lo resuelto por el Colegiado y la interpretación dada a una idéntica cuestión de Derecho por una Sala de la Cámara de Apelación de la respectiva circunscripción judicial, mientras que lo relativo a la tasa de interés que fijan los jueces es calificada como una cuestión fáctica. En este aspecto, la Sala tiene reiteradamente resuelto que en cada juicio sometido a su decisión, los jueces deben aplicar tasas que resarzan adecuadamente al acreedor por la imposibilidad de utilizar su dinero y esta no es una cuestión que pueda ser resuelta con prescindencia de la relación jurídica a las que se aplicarán, o de la obligación que la originó, o que omita considerar quién es el deudor que debe pagarlas, por lo que comparte el carácter contingente y accesorio de los intereses. Además, conforme a la norma citada [art. 42 inc. 4 L.O.P.J.] el apartamiento de la doctrina legal debe ser relevante, exigen-

cia tendiente a evitar la desnaturalización del carácter excepcional y extraordinaria del recurso¹⁸. Así pues, aun cuando por esa vía recursiva se invoquen pronunciamientos de la Cámara que hayan dispuesto la aplicación de determinada tasa de interés, tales pronunciamientos no pueden desconocer que la propia Cámara ha advertido y admitido la posibilidad de fijación de criterios dispares en materia de intereses, atento tratarse de una cuestión cambiante según las circunstancias económicas y de hecho. Tal doctrina, contraria a la uniformidad de criterios en materia de intereses, ha sido establecida mediante Acuerdo Pleno N° 32 del 15/09/1997 en autos «Banco Bisel S.A. c/ Salvi, Héctor» (sucesivamente reafirmada mediante Acuerdo N° 3 del 23/02/2007 y por Acuerdo N° 3 del 19/03/2012). Ello quiere decir, pues, que no se encontraría justificada la relevancia del apartamiento de la doctrina judicial invocada, dado que la disparidad de criterios en materia de intereses no habilita la vía casatoria. Lo antedicho no obsta a que -por vía de razonabilidad en la solución aplicada o transgresión del realismo económico- pueda, excepcionalmente, perfilarse un supuesto de arbitrariedad [subsumible en la causal del inciso 1o del art. 42 L.O.P.J., de apartamiento de las formas sustanciales estatuidas para la decisión del litigio]. Relativo específicamente a

la relación de los intereses con la causal de arbitrariedad por afectación al realismo económico, ha dicho la Corte Suprema de Justicia Provincial¹⁹ que «no obstante tratarse de una cuestión de derecho común, existen sin embargo poderosas razones de incidencia macroeconómica, como así también razones vinculadas a la seguridad jurídica, que justifican la intervención de la Corte en aquella materia» (doctrina de la CCCRos., Sala I en: Auto N° 245 del 14.06.2010, «Pérez c. Bonardi»; Auto N° 522 del 17.12.2010, «Cechini c. Ponsetto»; y Auto N° 414 del 14.12.2012, «D'Angelo c. Municipalidad de Rosario»).

Intereses sobre honorarios judiciales: En este punto se ha señalado que en caso de silencio de las regulaciones de honorarios sobre el punto de los intereses, conforme al criterio de la Corte Suprema de la Provincia²⁰, su percepción resulta procedente aun en defecto de previsión expresa en la regulación respectiva, pues los intereses no encuentran fundamento en el auto regulatorio en sí mismo sino en la mora en el cumplimiento del obligado al pago, según lo normado en el artículo 622 del Código Civil (CCCRos., Sala I, Auto N° 351 del 14.09.2010, causa «Banco Provincia De Córdoba Contra Pérez Lamolla»).

Asimismo, teniendo en cuenta que el artículo 32 de la Ley 6.767 (según redacción dispuesta por Ley 12.851), además de pautar la fijación del crédito por honorarios sobre la base de otro término de referencia patrimonial (Jus), exige a los Magistrados expresar el interés moratorio aplicable; en esa tarea no debe perderse de vista que la norma también impone un criterio prudencial a la hora de elegir la tasa aplicable, debiendo ponderarse circunstancias tales como las vicisitudes del mercado, el valor adquisitivo de la moneda y el carácter alimentario del honorario profesional, como asimismo que la tasa indicada en la norma constituye un tope máximo. En tal sentido, se ha expresado que cuando la regulación de honorarios ha sido practicada en función del artículo 32 de la Ley 6.767 con las modificaciones de la Ley 12.851, no debe pasarse por alto que dicha norma prevé un mecanismo destinado a paliar los efectos de la inflación sobre la base de la fijación de la unidad Jus. En ese plano se juzgó razonable y prudente la tasa aplicada en un caso concreto por el Juez de Primera Instancia (pasiva promedio mensual sumada del Nuevo Banco de Santa Fe S.A.), precisamente teniendo presente en especial que a ello debía adicionarse el mecanismo del Jus. Se señaló además que el artículo 32 de

la Ley de aranceles vigente deja librado a la prudencia judicial el tipo de interés a aplicar a los honorarios, teniendo en cuenta las características del mercado, el valor adquisitivo de la moneda y el carácter alimentario de los honorarios, pudiendo alcanzar como tope máximo hasta una vez y media la tasa activa capitalizada del Nuevo Banco de Santa Fe para operaciones de descuento de documentos (CCCRos., Sala I, Auto N° 358 del 06/11/2012, causa «Mac Donald c. Mac Donald»). Es decir, el artículo 32 de la Ley 6.767 no determina inexorablemente la aplicación de una tasa activa, sino que establece un tope a los intereses, que pueden alcanzar hasta una vez y media la tasa activa capitalizada del Nuevo Banco de Santa Fe S.A. para operaciones de descuento de documentos. Ello no impide que el Juez aplique un interés equivalente a una tasa bancaria pasiva (CCCRos., Sala I, Auto N° 111 del 14.04.2011, causa «Centro Unión Lecheros Minoristas de Rosario»).

Relacionado con lo anterior, en cuanto al punto de arranque de los intereses sobre honorarios sujetos a recursos, se ha decidido que lo será a partir de la firmeza de la regulación, es decir si medió recurso de revocatoria o, en su caso, apelación, por el obligado al pago, la

deuda por honorarios será exigible por la mora a partir de la notificación de la resolución que resuelva el recurso de revocatoria o, en su caso, apelación. Recién a partir de allí, notificado el auto de honorarios, se cumple con el requisito de la exigibilidad que es el momento de la mora, nunca antes, porque no hay intereses moratorios si no media mora (CCCRos., Sala I, «Vetere c. Moszoro», auto N° 248 del 07/07/2005, y «Colomar c. Cabanellas y Cía. S.A.C.I.», Auto N° 191 del 10/06/2008)

4. Recibo de capital sin reserva de intereses

De acuerdo con la doctrina más reciente del Alto Tribunal de la Nación²¹, el artículo 624 del Código Civil que da por extinguida la deuda por intereses cuando se da recibo por el pago del capital, sin formular reserva alguna sobre aquéllos, establece una presunción *iuris tantum*, de carácter puramente presuntivo, y no definitivo. En igual sentido, la jurisprudencia actualmente prevaleciente²² se inclina por considerar que la presunción de extinción de intereses consagrada en la norma citada (fundada en el orden de imputación de los pagos que surge de los arts. 776 y 777 del CCiv., normas según las cuales los pagos deben imputarse

en primer lugar a los intereses y luego al capital, de lo cual se sigue que si el actor da recibo de capital sin hacer observación alguna, es lógico pensar que ya ha cobrado previamente los intereses, en correlación con la norma del art.525 del CCiv. que dispone que la extinción de una deuda principal determina la extinción de las que sean accesorias), tiene carácter *ius tantum*, motivo por el cual el recibo de capital por parte del acreedor tiene valor presuntivo pero no definitivo respecto de la cancelación de los intereses, y, por consiguiente, admite prueba en contrario, por lo que la presunción no funciona cuando de los antecedentes del caso se infiere con claridad la voluntad del acreedor de percibir los accesorios de su crédito, estando a cargo del acreedor la prueba que desvirtúe la presunción, debiendo tenerse presente también que la jurisprudencia es conteste en el sentido de que la reserva de accesorios del crédito no requiere ninguna forma sacramental, como asimismo que la intención de renunciar no se presume y que la interpretación de los actos que induzcan a probarla debe ser restrictiva (art.874, CCiv.), primando la voluntad real manifestada por el acreedor que no ha querido renunciar a la percepción de intereses por sobre la simple omisión de reserva en el acto del pago (cfr. CCCRos.,

Sala I, Acuerdo 399 del 05/12/2012, causa «Lo Cascio c. Municipalidad de Rosario»)

5. Intereses sancionatorios (art. 622, 2º párr., CCiv. y art. 565, 2º párr., CCom.) y multas por mala fe procesal (art. 24, CPCC)

Es doctrina reiterada emanada de los precedentes del Tribunal tomado como referencia, que no procede la declaración de inconducta cuando el perdidoso ha efectuado un normal ejercicio del derecho de defensa, aunque resulte vencido, pues el hecho de oponer defensas y excepciones, o deducir recurso de apelación y contradecir las aseveraciones del fallo recurrido con base en una distinta valoración de las circunstancias del caso, no amerita sin más la sanción postulada, toda vez que se trata del ejercicio de una facultad procesal que en modo alguno permite por sí solo inferir que se configure dolo o malicia procesal, recordándose que, a todo evento, si hubiere una situación de duda, debe estar-se por la no aplicación de intereses sancionatorios, preservándose el derecho de defensa en juicio. Las sanciones disciplinarias deben ser aplicadas cuando la incorrección del proceder examinado resulte palmario, es decir, cuando sea

evidente la intención de alguna de las partes de perjudicar el desenvolvimiento del proceso, puesto que lo que se tiende a evitar son las maniobras que no tengan otro objeto que el de prolongar el pleito. Por ello, no toda articulación de una defensa ni toda expresión de agravios improcedentes autoriza a dar por sentado que han existido aquellos propósitos. De conformidad con la doctrina de la Corte Suprema local²³, los jueces deben ser parcos en la aplicación de tales sanciones, debiendo las mismas reservarse para casos de real gravedad, donde exista una verdadera obstrucción al curso de la Justicia. Queda por mencionar que el no reconocimiento de los intereses sancionatorios peticionados, en tanto depende de las facultades del Tribunal que debe valorar la conducta asumida por las partes durante el proceso, no debe tener incidencia sobre la imposición de costas (cfr. CCCRos., Sala I, Acuerdo No 107 del 26/12/1997, autos «Atuel Fideicomisos S.A. c. Gronda»; Acuerdo N° 108 del 03/04/2009, autos «BBVA Banco Francés c. Silvestri»; Acuerdo N° 478 del 02/12/2009, autos «De La Encina c. Nuevo Banco Bisel S.A.»; Acuerdo N° 264 del 06/09/2012, autos «Agelet c. Nuevo Banco Bisel S.A.»; Acuerdo N° 37 del 27/02/2006, autos «Institución Salesiana Nuestra Señora del Rosario c. Argen-

tino Atlético Club»; Acuerdo N° 91 del 10/04/2008, autos «Constante c. Pérez Lamolla»; Acuerdo N° 71 del 15/03/2007, autos «Nuevo Banco de Santa Fe S.A. c. Massi»; Acuerdo N° 108 del 03/04/2009, «BBVA Banco Francés c. Silvestri»; Acuerdo N° 37 del 27/02/2006 «Institución Salesiana Nuestra Señora del Rosario c. Argentino Atlético Club»]

6. Intereses y cómputo del agravio a los fines de acceder a la vía apelatoria

A los fines del artículo 43 de la L.O.P.J., es criterio reiterado que en punto a los rubros a considerar, la estimación del agravio computable para obtener la apertura de la segunda instancia debe hacerse exclusivamente teniendo en cuenta el monto del capital en danza y no los accesorios²⁴, debiendo, por tanto, excluirse los intereses (CCCRos., Sala I, Auto N° 46 del 18/03/2013, causa «Municipalidad de Rosario c. Chavero»; Auto N° 74 del 09/04/2013, causa «Campos c. Broya», entre muchísimos otros)

A modo de conclusión

La opinión generalizada -como se ha visto- acerca del carácter contingente de los intereses, obliga a los operadores del

Derecho a mantener una constante atención sobre la realidad económica y sobre las decisiones jurisprudenciales que se hacen eco de ella, en orden a procurar resultados razonables frente a la realidad de los casos concretos, a la hora de escoger las pautas que confluyen en la determinación cuantitativa de la condena, entre ellas las relativas a los intereses. Este trabajo, en la medida en que se exponen algunos de los criterios actualmente vigentes en la jurisprudencia local con relación al tema, aspira a ser un aporte en tal sentido ■

Trabajo preparado para la exposición realizada en el Instituto de Derecho Privado del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, Delegación Rosario

¹ V. BUSO, EDUARDO B.: Código Civil anotado, Ediar, 1951, T. IV, PÁG. 266 y ss.; SALVAT, RAYMUNDO M.: Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones en general, 6a. ed. actualizada por ENRIQUE V. GALLI, TEA, 1952, T. I, PÁG. 421 y ss.; LAFAILLE, HÉCTOR, con la colaboración de BUERES, ALBERTO y MAYO, JORGE A.: Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones, 2a ed., La Ley/ Ediar, 2009, T. II, PÁG. 353 y ss.; LLAMBÍAS, JORGE J.: Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, Perrot, 1970, T. II, PÁG. 212 y ss.; entre otros

² Para ahondar en esta y otras clasificaciones puede consultarse SCHUJMAN, MARIO S.: Visión jurisprudencial de la contratación bancaria, RUBINZAL CULZONI, 2000, PÁG. 87 y ss.

³ Cfr. FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L., GÓMEZ LEO, OSVALDO R.: Tratado teórico práctico de Derecho Comercial, Depalma, T. III-B, PÁG. 174; BARBERO, ARIEL E.: Intereses monetarios, 2000, PÁG. 28

Claves Judiciales

Criterios judiciales en materia de intereses

⁴ Sobre el particular puede consultarse BUERES, ALBERTO J.: El negocio usurario (enfoque general), en 'Estudios sobre las posibles implicancias de la Ley de convertibilidad 23.928', Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 1 y ss.

⁵ RIVERA, JULIO C.: Ejercicio del control de la tasa de interés, en 'Intereses', Suplemento Especial La Ley, Dir. JULIO C. RIVERA, 2004, PÁGS. 105/116; HIGHTON, ELENA I.: Intereses, clases y puntos de partida, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 2001-2: 'Obligaciones dinerarias. Intereses', PÁG. 91, RUBINZAL CULZONI. Tales criterios han tenido renovada aplicación en CCom, Sala A integrada, 17/02/2004, «Avan S.A. c. Banco Torquinst», L.L. 2004-D-400

⁶ arts. 52 inc. 2 y 103, decr.-Ley 5.965/63; art. 41, inc. 2, Ley 24.452.

⁷ Publicado en EL Litoral 1997-392

⁸ CROVI, LUIS D.: Clases de intereses. Sus razones jurídicas y económicas, en 'Intereses', Suplemento Especial La Ley, Dir. JULIO C. RIVERA, 2004, pág. 23

⁹ v. Fallos 325:2.652; 325:2.665; 326:2.533, entre muchos otros
¹⁰ C.S.J.N., 20.04.2010, «Massolo, Alberto José c/ Transporte del Tejar, Fallos 333:447

¹¹ ARIZA, ARIEL, Senderos del nominalismo, L.L. 2010-F-635; v. tb. TRIGO REPRESAS, Félix, El régimen de la

Ley 23.928 y sus modificatorias, la situación económica actual y posibles 'remedios' protectivos, 'Estudios sobre las posibles implicancias de la Ley de convertibilidad 23.928', Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, 2002, pág. 153 y ss.

¹² Doctrina judicial subyacente en el plenario de la CN Comercial del 27/10/1994, «La Razón S. A.», L.L. 1994-E-412

¹³ CNACiv., Sala A, L.L. 1996-E-658; CNACiv., Sala G, L.L. 1999-A-504; CNACiv., Sala D, L.L. 1998-D-930; CNACiv., Sala B, D.J. 1998-III-753

¹⁴ ZANNONI, EDUARDO A.: El daño en la responsabilidad civil, 1993, PÁG. 242 y ss.; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A.: Obligaciones de dinero y depreciación monetaria, 2a ed., Platense, 1978, PÁG. 63 y ss.; BORDA, GUILLERMO A.: Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 8a ed., Perrot, 1998, T. I, PÁG. 324; CASIELLO, JUAN J.: Los intereses y la deuda de valor. Doctrinas encontradas y saludable evolución de la jurisprudencia, La Ley 151- 864.

¹⁵ LLAMBIAS, JORGE J.: Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 2a ed., PERROT, 1973, T. I, PÁG. 290 y ss.

¹⁶ v. CNACiv., Sala A, 27/04/2009, «Rogala c. Nuevo Ideal S.A.», La Ley Online; CNACIV., Sala A, 11/12/2009, «Voulgaris c. Pasalides S.A.», Responsabilidad Civil y Seguros, Junio 2010, pág.168; cnaciv., Sala C, 30/04/2009, «Ricoy c. Metrovias S.A.», La Ley Online; CNACiv., Sala L, 13/05/2009, «Alvarez c. Falabella» La

Ley 2009-D-167; CNACIV., Sala D, 21/05/2009, «*Roza-dilla c. Renzullo*», La Ley Online; CNACiv., Sala E, 17/06/2009, «*Bond c. Coto C.I.C.S.A.*», La Ley Online; CNACIV., Sala F, 28/04/009, «*Billalba c. Montana*», La Ley Online», entre muchos otros

¹⁷ C.S.J.S.F., 07/04/2009, «*Aguirrec. Nuevo Banco de Santa Fe S.A.*», A.Y S.231-144

¹⁸ PEYRANO, JORGE W. y SAUX, EDGARDO I.: Análisis doctrinario y jurisprudencial del CPCC, T. II, PÁG. 662; PEYRANO, JORGE W.: *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe*, T. I, P. 304/306

¹⁹ (C.S.J.S.F., «*Gómez c. Ortiz*», Zeus 70-J-161; «*Sanmartino c. Viscardi*», Zeus 73-J-83; «*Galeano c. Ace-rías 4 C*», Zeus 74-J-163)

²⁰ C.S.J.S.F., 23.04.2003, «*Olivieri c. provincia de Santa Fe*», A. y S. 188-205

²¹ C.S.J.N., 04.07.2003, «*La Providencia S.A. c. Ferrocarriles Argentinos*», Fallos 326:2081

²² CASIELLO, JUAN J.: en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Dir. Alberto J. Bueres, coord. Elena I. Highton, Hammurabi, 1998, T. 2-A, PÁGS. 494/495; CIFUENTES, Santos: Código Civil comentado y anotado, La Ley, 2003, T. I, p. 458; v. tb. LLAMBIAS, Jorge J.: Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 1970, T. II-A, N° 942; BORDA, Guillermo A.: Tratado de Derecho Civil. Obligaciones, 1965, T. I, n°

498, PÁGS. 350/351; TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. Y LÓPEZ MESA, MARCELO J.: Código Civil y leyes complementarias anotados, Depalma, 1999, T. IV-A, PÁG. 264; CNACIV., Sala A, 27/02/1970, E.D. 34-585; CNACIV., Sala B, 23/03/1973, E.D. 49-198; CNACIV., Sala C, 13/06/1972, E.D. 48-499; CNA-Civ, Sala E, 25/04/1983, L.L. 1983-D-381; CNACIV., Sala E, 06/05/1983, L.L. 1983-C-542; CNACIV., Sala G, 28/05/1982, E.D. 100-172; CNACOM., Sala A, 06/11/1990, J.A. 1991-III-48; CNACOM., Sala B, 14.12.1976, E.D. 75-345; CNACOM., Sala B, 16/10/1979, L.L. 1980-A-433; CNACOM., Sala B, 07/08/1986, E.D. 123-367; CNACOM., Sala B, 16/08/1988, L.L. 1989-C-649 Y E.D. 132-603; CNACOM., Sala C, 28/05/1984, L.L. 1984-C-565; CNACOM., Sala C, 09/11/1988, L.L. 1989-C-360; CNACOM., Sala C, 28/09/1990, J.A. 1991-IV-189; CACONTADM., Sala II, 27/03/1979, L.L. 1980-A-637; CNFED.CC, Sala II, 15/10./991, J.A. 1992-II-352; CNFED.CC, Sala II, 09/09/1994, L.L. 1995-A-191; SCJ Mendoza, Sala I, 21.09.2009, Abeledo Perrot Online No 16/15718; SCJ Mendoza, Sala II, 06/10/2004, L.L. Gran Cuyo 2005-437, entre otros

²³ C.S.J.S.F., fallos «*Ortega c. Banco de Santa Fe S.A.*» del 27/11/2002, y «*Schmalenberger c. Porta*», del 30/06/2004, entre otros

²⁴ LOUTAYF RANAEE, ROBERTO, El recurso ordinario de apelación en el proceso civil, 1989, T. I, P. 347

Aproximaciones al Derecho de Huelga en la Función Pública



DR. MAURO RAÚL BONATO

Prosecretario de la Cámara en lo Contencioso Administrativo. Rosario.

En los últimos años, uno de los fenómenos sociológicos que más ha caracterizado a esta sociedad argentina en los albores del siglo XXI es, quizás, el modo de solución de conflictos sociales entre empleador y trabajador.

Basta con hojear las páginas de algún matutino, recurrir al *zapping* televisivo o modular el radial preferido casi cualquier día, elegido al azar, para comprobar que, en algún lugar, cualquier tipo de conflicto laboral produjo la huelga del sector y -esto ya sí más complejo, que excede la intención de este trabajo- hasta en no pocas veces la salida de la parte quejosa a la vía pública, recurriendo al corte de calles, a expensas del ciudadano.

El método de la huelga -de ninguna manera huelga para los efectos de estas líneas podría significar corte de calles- ha sido ampliamente trabajado por la doctrina científica laboral, y tras la inclusión expresa de tal derecho en el art. 14 bis de la Carta Magna, hoy prácticamente nadie podría negar que constituye uno de los derechos paladines del trabajador privado.

Ahora bien, tan pacífica solución halla más de un obstáculo cuando se trata de servicios o función públicos, porque inmediatamente colisionan de manera casi

irreconciliable los intereses del trabajador, no ya con el interés también individual del empresario, sino con el interés general de la sociedad para que las instituciones funcionen.

No es, ni podría ser el mismo grado de compromiso -en el que se ve afectado el interés público- el de paralizar una fábrica o el que no haya actividad judicial por estar el personal de paro. Esto parece innegable.

Con ese paradigma, uno de los principales problemas del derecho administrativo moderno es reconciliar el derecho del empleado público a velar por sus derechos y, a la vez, proteger la marcha correcta y el normal funcionamiento de servicios y funciones esenciales del Estado.

La cuestión se reduce, entonces, a analizar si los funcionarios públicos pueden o no suspender sus servicios o hacer huelga y, en caso afirmativo, hasta qué punto y con qué consecuencias para el vínculo de empleo.

a) La cuestión en la doctrina

La doctrina iusadministrativista clásica ha negado de antiguo que los funcionarios públicos tengan derecho a huelga.

Marienhoffi¹ se preguntaba si pueden recurrir a la huelga los funcionarios o empleados públicos y, contundentemente, se contesta: «la respuesta negativa se impone». Argumentaba que varias razones se han dado en derecho comparado para negar que tales colaboradores estatales recurrieran a la huelga:

- En primer lugar, al respecto, corresponde recordar las siguientes palabras con que el Consejo de Estado de Francia denegó, a principios de siglo, la procedencia de huelgas por parte de agentes públicos: «Por la aceptación del empleo que se le ha conferido, el funcionario se somete a todas las obligaciones que derivan de las exigencias del propio servicio público, y renuncia a todas las facultades incompatibles con una continuidad esencial, a la vida nacional; declarándose en huelga, los agentes encargados de un servicio público, no sólo comenten una falta individual, sino que, por ser una actitud colectiva, se colocan fuera del orden jurídico creado para garantizarles el ejercicio de los derechos resultantes del contrato de derecho público que los vincula a la Administración».

- Si un funcionario o un empleado público deja de cumplir sus obligaciones y no concurre a su trabajo, comete una

Claves Judiciales

Aproximaciones al Derecho de Huelga en la Función Pública

falta disciplinaria perfectamente caracterizada, puesto que el primer deber de un agente público es el de ejercer sus funciones. Si el funcionario no puede -sin violar la Ley de su función- negarse individualmente a cumplir su labor, es obvio que, por lógica consecuencia, la negativa planeada y colectiva de un grupo de funcionarios para cumplir con sus respectivas obligaciones, o sea la huelga dispuesta por ellos, constituye una caracterizada violación del servicio, una grave falta disciplinaria.

- El objeto de la huelga de funcionarios es influir coactivamente sobre la autoridad o gobernante, paralizando el servicio público y perturbando los intereses generales de la colectividad.
- La huelga es un procedimiento de coacción. Ese procedimiento aleja todo razonamiento, privándole a la misma de su juridicidad.
- La huelga de los agentes públicos es siempre, sean cuales fueren las circunstancias, una falta grave.
- La huelga contradice la noción de subordinación y de obediencia jerárquicas. Luego concluye que se carece de un derecho a la huelga, y que «si es inadmisibile

la huelga en materia de servicios públicos, por iguales motivos y con mayor razón aún, lo será en materia de función pública».

Diez -por su parte- con cita de Duguit, se oponía a que los funcionarios públicos tuvieran el derecho en análisis, dado que «Hay que reconocer que el funcionario público, en relación con la administración, no está en la misma situación que el obrero frente al patrono, pues las obligaciones del primero derivan unilateralmente de la Ley en sentido general, mientras que las del segundo están regidas por el contrato. Además, la huelga es un procedimiento coactivo que lesiona el principio de autoridad al pretender obtener, por la acción coordinada de los funcionarios, lo que no se ha podido obtener de buen grado. La huelga también subordina el interés general, representado por el servicio público, paralizándolo en aras del interés de sus agentes o funcionarios, que, en relación con aquél, es particular por ser el de un grupo. Los funcionarios, como parte constitutiva de los Organos del Estado, son integrantes del mismo y, como tales, no pueden tener derechos frente a aquél, que perturben su exigencia²».

Más aún, quienes se mostraban proclives a admitir la huelga en los servicios públicos, se enrolaban en la decidida

posición de negarla respecto de la función pública³. Sostenía Kemelmajer de Carlucci que «No ignoramos que existieron huelgas de magistrados en países de notoria tradición jurídica (tal el caso de Italia y Chile), pero la medida es institucionalmente inadmisibile⁴».

Sin embargo, ocurría que mientras en las aulas se discutía la premisa en los términos volcados, la realidad indicaba otra cosa: la huelga se había instalado, y perdura aún como un modo normal y ordinario de solución de conflictos laborales, incluso en la propia administración pública. Así, desde la vieja Europa se notaba que « El problema de la huelga de los trabajadores estatales es uno de los casos típicos de fricción entre el Derecho y la realidad latinoamericana. Mientras la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de América Latina prohíben o restringen el ejercicio de la huelga en el sector público, ésa es una realidad para los trabajadores del Estado en casi toda la región⁵». Tal estado de cosas no ha variado.

Así, siendo la huelga una realidad cotidiana, la discusión pasó ya a la práctica: la necesidad de reglamentación y sus eventuales consecuencias. Esto porque -como tiene dicho la Corte- la huelga no es un derecho absoluto, sino regulable,

y debe efectivizarse en armonía con los demás derechos individuales⁶.

Es que el interés público comprometido es, a no dudarlo, mayor que el interés sectorial en huelga. Vanossi -parafraseando al profesor Sánchez Viamonte- comentaba la situación de la recolección de los desperdicios, de la basura, en las grandes o en las medianas urbes. Continuaba diciendo que, en el caso de una huelga total del servicio, en un par de días pudiera desatarse una enfermedad cuya contagiosidad pondría en peligro la salud de todos los habitantes y causara un número indeterminado de afectados o incluso de muertos. No podía admitirse -afirmaba- que existiera por tiempo indeterminado una huelga en la prestación de un servicio público esencial de esa índole⁷.

Con los servicios públicos los autores trataron de orientar la solución con las guardias mínimas obligatorias que garanticen la regularidad del funcionamiento. Pero con la función pública la problemática se agrava. Imaginemos, para el caso concreto que nos ocupa, la lesión irremediable de derechos que a los justiciables se les podría ocasionar con un paro total de los Tribunales, en especial para los casos de remedios urgentes, como medidas cautelares o am-

paros. Un paro total del Tribunal sería, a nuestro juicio, un errado sacrificio del interés general en beneficio de un interés sectorial.

La generalidad de la doctrina se mostró desde siempre, entonces, reacia a admitir la huelga en la función pública.

El Legislador, por su parte, tampoco avanzó demasiado, no existiendo una reglamentación genérica a nivel nacional ni tampoco provincial sobre los procedimientos a seguir en el caso de huelga. Existen sí, a nivel nacional, disposiciones sobre servicios públicos esenciales, más no en detalle sobre la función pública.

De tal forma, de producirse una huelga en la función pública, son las decisiones de los jueces las que tratan de marcar algún camino.

b) La cuestión en la jurisprudencia

Por la influencia que ha ejercido en nuestro derecho administrativo, y por marcar la tendencia sobre la cual luego se asienta nuestra propia Corte, cabe en primera instancia aclarar que para el Consejo de Estado de Francia la huelga de empleados públicos -servidores pú-

blicos según su modo peculiar de entender el «servicio público»- no tenía cabida, a principios del siglo pasado.

En los albores del siglo XX (1909), en el caso «Winkell» se enseñaba que «Por aceptación del empleo que se le ha conferido, el funcionario se somete a todas las obligaciones que derivan de las exigencias del propio servicio público, y renuncia a todas las facultades incompatibles con una continuidad esencial a la vida nacional. Declarándose en huelga, los agentes encargados de un servicios público no sólo cometen una falta individual, sino que por una actitud colectiva se colocan fuera del orden jurídico, creado para garantizarles el ejercicio de los derechos resultantes del contrato de Derecho Público que los vincula a la Administración⁸».

Esa tendencia se mantiene sin variables y es recogida pacíficamente por nuestra Corte.

Algunos años más tarde, la Corte de la Nación tuvo oportunidad de expedirse justamente en un caso relativo al personal del Poder Judicial, y fue fulminante. Se trataba de un grupo de agentes dependientes de la Dirección Administrativa y Contable del Poder Judicial de la Nación que se habían ausentado -por un

Claves Judiciales

Aproximaciones al Derecho de Huelga en la Función Pública

día- de su trabajo, por haberse adherido a una huelga del sector. Ante tal situación, y conforme establecía la reglamentación, se les había impuesto una multa como sanción.

Así, en «Empleados de la Dirección Administrativa y Contable del Poder Judicial», se recordó que «La Corte Suprema ha declarado de manera reiterada la inadmisibilidad del derecho de huelga de los empleados del Poder Judicial», y que «para el caso de los que se adhieren a paros de esa naturaleza ha establecido (en ejercicio de facultades que derivan de la Constitución) sanciones de tipo disciplinario tendientes a impedir que los agentes judiciales -con prescindencia de la labor que de acuerdo a sus respectivos cargos o jerarquías les sea propia- entorpezcan la administración judicial⁹».

Por su parte, la Corte local también tuvo oportunidad de expedirse. En «Maghsick»¹⁰ trató un supuesto donde se sancionó a un jefe jerárquico por su adhesión a la huelga. El Alto Tribunal, primero, descartó que con ello se afectara la garantía de la igualdad, y luego sostuvo que: «Entre dos valores en juego, cuales son: el derecho de huelga (para el supuesto de que fuera lícitamente ejercido), y continuidad de los servicios

públicos, la circunstancia de que se exigiera al único jerárquico su concurrencia al trabajo para preservar estos últimos, en modo alguno hacía peligrar ese presunto derecho colectivo. Antes bien, lo consolidaba y legitimaba asegurando la continuidad de los servicios a que la comunidad tiene derecho», y para el caso juzgó que «no resulta irrazonable la sanción disciplinaria impuesta al recurrente quien, siendo Jefe de Departamento en la Administración demandada y habiendo sido instado a reintegrarse al trabajo, no lo hizo, para adherirse a un paro de actividades del personal municipal».

En el citado precedente, además se explicó que: «Es necesario distinguir entre el derecho de huelga y el derecho a la huelga, que son expresiones distintas. El derecho a la huelga integra el derecho de huelga, pero no es todo el derecho de huelga. Aquel es la actitud ejecutoria ante el fracaso de las tratativas para la obtención de una mejora salarial». Con esto, el Tribunal hizo hincapié en la necesidad de medidas de conciliación, previas a la acción directa.

Concluyó, además, en que: «sería contrario al entendimiento común asignarle al derecho constitucional de huelga un rango superior a la serie de deberes y

correlativas facultades del Estado, también de raíz constitucional, que se vinculan con la adecuada consecución de los fines antes expresados».

Posteriormente, con distinta integración, el Alto Tribunal santafesino ratificó algunos de estos criterios, si bien no encaró de raíz la cuestión por considerar que, en el caso concreto, la solución podía ventilarse de otra manera. Ello porque el Cuerpo debía analizar «la posible existencia de vicios de ilegitimidad por incompetencia, violación de las formas sustanciales o irrazonabilidad en el acto atacado, sin entrar a abrir juicio general sobre si corresponde o no el derecho a huelga a los agentes de la administración, teniendo en cuenta las características esenciales de los servicios públicos, ni entrar al controvertido tema de la distinción entre funcionarios y empleados, fundada sustancialmente en la naturaleza de las funciones, el *imperium* y la mera ejecución de órdenes¹¹».

En síntesis, la jurisprudencia clásica se alineaba al criterio doctrinario tradicional predominante, y como principio general era reacia al reconocimiento de un expreso derecho de huelga en cabeza del funcionario público.

A lo largo de la década del 90 la jurisprudencia, ante la falta de reglamentación, se mantuvo resolviendo siempre situaciones netamente aplicables al caso concreto, de manera que no es fácil colegir una especie de doctrina judicial sobre la materia.

En los albores del siglo XXI, si bien la solución no ha variado, los contados fallos sobre la materia muestran una tendencia más amplia hacia el reconocimiento del derecho de huelga. La cuestión no se enfoca, por lo general, en la antinomia derecho de huelga o no, sino que se subsume en discusiones que son, si se quiere, consecuencia de su tácita aceptación como fenómeno social, siendo el ejemplo típico el pago de los salarios caídos o no abonados durante el período no trabajado.

En esto han coadyuvado las administraciones públicas que, por lo general, ante la huelga no optan por la cesantía sino por descuentos de haberes a modo de presión indirecta, para el cese del paro.

La Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza, con fundado voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, legitimó el descuento de haberes. El Ministerio de Cultura y Educación mendocino, ante una huelga docente, había procedido a descontar los días no trabajados. La Cor-

te sostuvo que, en el caso, la patronal no había provocado culposa o dolosamente la medida. Y agregó, por lo demás, que es irrelevante para el caso que la huelga no se haya declarado ilegítima¹².

Más todavía, la Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 1, con sede en la ciudad de Santa Fe, determinó que, como regla general, no cabe el pago de los salarios por los días no trabajados. Así, sostuvo en «Kappes»¹³ que «la relación de empleo público supone la satisfacción de obligaciones laborales mínimas, resumidas en la efectiva prestación del servicio a cargo del agente y el consiguiente reconocimiento de la contraprestación salarial por parte del Estado, además del cúmulo de deberes funcionales resultantes de las normas estatutarias vigentes», y que el derecho de huelga «implica la suspensión de determinados efectos de la relación laboral, respecto a la concreta obligación de prestar servicios y pagar la remuneración pertinente». Así consolidó el criterio de que la no prestación de servicios implica la suspensión de la otra obligación principal de la relación: el pago de salarios. Ahora bien, en el caso declaró ilegítima la resolución en cuanto determinaba la suspensión del pago del suplemento «presentismo», ya que en cuanto el paro había sido efec-

tuado en la modalidad de concurrencia al lugar de trabajo, el rubro presentismo -que no es otra cosa que un plus o suplemento retribuido por la asistencia y la puntualidad- había sido ilegítimamente descontado.

Existe concordancia, entonces, de que, como regla general, la no prestación de servicios conlleva la suspensión de la obligación principal del empleador, esto es, el pago de salarios, por lo que como principio no existiría un derecho al cobro del salario durante el período no trabajado.

Este principio encuentra su excepción cuando la huelga se debe a una culpa grave del propio empleador. Solamente el grave incumplimiento de la parte empleadora obliga al pago de la remuneración por el tiempo no trabajado.

En un interesante fallo la mayoría de los integrantes de la Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 2 de Rosario consideró que no procedía el pago de los días no trabajados por una huelga protagonizada por algunos empleados de la Municipalidad de Capitán Bermúdez, de siete meses de duración. Ello porque se interpretó que, si bien existían salarios adeudados que dieron motivo a la medida de fuerza, las diversas tratativas de

Claves Judiciales

Aproximaciones al Derecho de Huelga en la Función Pública

pago y conciliación posteriores permitirían concluir que en la especie no se advierte la configuración de «culpa grave». Para el voto en disidencia, en cambio, las constancias de autos permitían determinar que los salarios se adeudaban por culpa de la Municipalidad y, siendo así, correspondía el pago de los días no trabajados, dado que: «Tengo para mí que las deudas salariales derivadas de los contratos de empleo público deben cumplirse por los Estados escrupulosamente, atento al carácter alimentario de las mismas. Al hilo de tal principio de ejemplaridad, que debe presidir la acción estatal con todos sus despliegues, tales obligaciones deben cumplirse puntual y acabadamente [principio de integridad]. No puede aquí haber lugar a relativizaciones o ablandamientos de las obligaciones que los sujetos públicos han asumido¹⁴» [del voto en disidencia del Dr. Andrada].

En un afín orden de ideas, puede concluirse que si existió previamente instancia de conciliación y la huelga fue finalmente declarada ilegítima, es dable sostener que caen las consecuencias de la sanción eventualmente impuesta. En «Miguelés»¹⁵ la Corte de Santa Fe resolvió, en consecuencia, declarar procedente un recurso interpuesto por un agente

de la Municipalidad de Vera que había sido dejado cesante en razón de haber participado en una medida de fuerza. La Corte ordenó la reincorporación y el pago de los salarios caídos con el límite de tiempo de dos años según sostuvo desde antaño¹⁶.

En señera jurisprudencia, un audaz fallo del Juzgado Civil y Comercial N° 1 de La Plata, a cargo del Dr. Alberto E. Rezzonico, hizo lugar a un amparo interpuesto por la Asociación Judicial Bonaerense contra la provincia de Buenos Aires, a fin de que se anule la Resolución de la Corte Suprema bonaerense dictada en función administrativa, por medio de la cual se aplicaron descuentos salariales a empleados judiciales de esa provincia, en razón de haberse adherido a una huelga. Sostuvo el referido Magistrado que «la resolución en cuestión resulta arbitraria por sustentarse en apreciación no referida a principios jurídicos claros que la sustenten debido a la falta de reglamentación del ejercicio del derecho de huelga, y objetivamente ilegítima por falta de concordancia o desconocimiento del art. 39, inc. 4 de la Constitución Provincial que garantiza a los trabajadores públicos que la sustanciación de conflictos colectivos mantenidos con el Estado sean resueltos a través de un organismo

imparcial que determine la Ley, requisito que no cumple la Corte habida cuenta de su condición de poder del Estado¹⁷».

Otras veces, en cambio, se dio prevalencia a intereses considerados superiores a los de las partes. Esto ocurrió con el extenso tiempo de huelga llevado a cabo por los docentes de la provincia de Río Negro, donde ante la inminencia del peligro que podría acarrear para un niño la pérdida del año lectivo, un grupo de padres interpuso una acción de amparo con el solo fin de que se solucionara el conflicto. Vale decir, que se dictaran clases. Luego, en el caso «Frank»¹⁸ el máximo Tribunal rionegrino hizo lugar a la medida, destacando que: «Procede admitir la acción de amparo-mandamus deducida por los padres de alumnos que asisten a establecimientos educativos públicos de la provincia de Río Negro a fin de que se solucione el conflicto docente, ordenando al Estado reanudar las negociaciones colectivas y a los docentes a levantar las medidas de fuerza, pues se ha puesto en riesgo el cumplimiento del dictado obligatorio de clases a través de medidas de tiempo indeterminado, y el interés superior del niño a recibir una educación en tiempo y contenidos adecuados prevalece por sobre los derechos de las partes en conflicto».

La situación es perfectamente imaginable y trasladable, vía hipótesis, a la función judicial, porque es un ámbito donde en no pocas veces, con franca probabilidad, los intereses perjudicados de terceros -léase justiciables- resultan de mayor envergadura que los de las partes en conflicto, lo que nos hace tomar con beneficio de inventario la proclama así, sin más, del derecho a huelga de los agentes judiciales.

c) A modo de colofón

Este derrotero jurisprudencial confirma la sospecha inicial que yace en la introducción al estudio del derecho de huelga en los funcionarios públicos: la confusión conceptual, la falta de reglamentación y la inminencia fáctica del fenómeno coadyuvan para que la imprecisión y la oscuridad se impongan.

No obstante, una ligera conclusión:

1. En primer lugar, urge al Legislador provincial reglamentar el derecho de huelga para agentes públicos. De continuarse en la omisión como principio general, no existe un derecho a la huelga ante cualquier incumplimiento. Solamente un incumplimiento grave y que afectara realmente el equilibrio de prestaciones de la rela-

ción, puede justificar la medida. Aun así, previas a la acción directa, deben mediar vías de conciliación, y aunque se llegara a la más grave y radical de las medidas -la huelga efectiva-, la misma no puede significar una suspensión total de la función pública.

2. En segundo lugar, hecho el paro, estimamos que, y siempre partiendo desde el prisma de la falta de reglamentación, la cesantía no es, en principio, la sanción que pareciera la más adecuada. En este caso jugarán los parámetros del *casus* en concreto -duración del conflicto, antecedentes del agente, reiteración de la conducta, etcétera-, pero lo cierto es que la envergadura social que, como modo de reclamo ha tomado la huelga, atenúa el rigorismo de la sanción a aplicar, en aras al principio de proporcionalidad que gobierna el derecho administrativo disciplinario.

3. En tercer lugar, una vez resuelto el conflicto, no existe como principio la obligación de pagar los salarios adeudados por los días no trabajados, salvo que exista «culpa grave» del empleador como iniciador del conflicto. Esto último será, en definitiva, una cuestión de apreciación judicial ■

Claves Judiciales

Aproximaciones al Derecho de Huelga en la Función Pública

¹ MARIENHOFF, MIGUEL S.: «*Tratado de Derecho Administrativo*», Tomo III-B, PÁG. 320, 4a. edición, Editorial Abeledo Perrot, BUENOS AIRES, 1998

² DIEZ, MANUEL MARÍA: «*Manual de Derecho Administrativo*», Tomo II, pág. 145, 6a edición, Editorial Plus Ultra, BUENOS AIRES, 1997

³ MARTÍNEZ VIVOT: «*La huelga en los empleados públicos y en los servicios públicos*», en T. Y S.S., T. 1988, PÁG. 876

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA: «*Huelga y Servicios Públicos*», en La Ley, 1990-B-829

⁵ CARO FIGUEROA, JOSÉ A. Y LUIS A.: «*El derecho de huelga en Francia*», D.T. T. 1988, PÁG. 1.057

⁶ C.S.J.N.: «*Sociedad de Seguros Mutuos San Cristóbal*», Fallos 250:418

⁷ VANOSI, JORGE REINALDO: «*El derecho constitucional de huelga en los servicios públicos esenciales*», en Academia Nacional de Derecho (2004), septiembre, 1

⁸ Citado por Chiappini, Julio en: «*La Huelga en el Sector Público Provincial*», en «*Cuestiones de Derecho Público Provincial*», Tomo II, PÁG. 63, Editorial Panamericana, SANTA FE, 1987

⁹ C.S.J.N.: «*Empleados de la Dirección Administrativa y Contable del Poder Judicial*», del 13.12.71, en Fallos 281:328

¹⁰ C.S.J.S.F. «*Maghsdick, Waldemar Heriberto c/ Municipalidad de Esperanza*», del 28.12.88, en A. Y S. T. 74, PÁG. 94

¹¹ C.S.J.S.F., «*Leno, Gerardo Oscar c/ provincia de Santa Fe s/ Recurso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción*», del 14.04.93, en A. Y S. T. 99, PÁG. 348

¹² S.C.J.M., Sala I, «*Sindicato Unido de Trabajadores de la Educación de Mendoza c/ Dirección Gral. de Escuelas*», del 26.12.00, en La Ley Cuyo 2001, 611 -DT 2001-B-2135

¹³ C.C.A. N° 1, «*Kappes, Bernardo José c/ Municipalidad de Esperanza s/ Recurso Contencioso Administrativo*», del 13.06.06, en A. Y S. T. 5, PÁG. 73


¹⁴ C.C.A. N° 2, «Aguirre, Francisco c/ Municipalidad de Capitán Bermúdez s/ Recurso Contencioso Administrativo», del 29.03.2010, EN A. Y S. T. 24, P° 145

¹⁵ C.S.J.S.F., «Miguelés, Luis A. c/ Municipalidad de Vera», del 29.12.04

¹⁶ Sobre la limitación a dos años respecto de los salarios caídos, véase: C.S.J.S.F., «Alcácer», en A. Y S. T. 109, PÁG. 164; «Ramírez», en A. Y S. T. 122, PÁG. 366; y «Carrari», en A. Y S. T. 125, PÁG. 123

¹⁷ Juzgado Civil y Comercial N° 1 de La Plata, «Asociación Judicial Bonaerense c/ provincia de Buenos Aires», del 11.02.08, en LLBA (julio), 586. A mayor abundamiento, véase el comentario a fallo por Raffaghelli, Luis A., en «Huelga y Salarios Caídos», LLBA (Julio), 2008, 585

¹⁸ Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, «Frank, Silvia s/ Amparo s/ Competencia» del 30.03.09, en La Ley Patagonia 2009 (abril), 777



Comisión Nacional
Virtual de Secretarios
Judiciales y del
Ministerio Público

La creación de la Comisión Nacional de Secretarios Judiciales y del Ministerio Público es el resultado del compromiso y participación de un importante grupo de funcionarios en el marco del Asociacionismo y con la finalidad de lograr el mejoramiento del Servicio de Justicia, velando por la Independencia del Poder Judicial y revalorizando la función jurídica del Secretario.

Esta Comisión tiene hoy existencia dentro del ámbito de la Federación Argentina de la Magistratura y de la Función Judicial.

Desde el año 2001 se gestó la idea de organizar Congresos Nacionales de Secretarios Judiciales, desarrollándose distintas Jornadas entre los años 2005 y 2012. Es en el marco de estos Congresos que surge la iniciativa de creación de una comisión nacional de Secretarios elevándose a la FAM en el año 2005 la propuesta de su implementación.

En ese camino, se creó la Comisión Virtual de funcionarios a nivel nacional, como primer paso tendiente a la formación de una comisión dentro de la FAM, en el marco del congreso de Mar del Plata 2010, surgiendo el primer grupo de secretarios representantes de cada asociación provincial.. En el congreso de



Corrientes 2012 se resolvió ratificar su funcionamiento y establecer reuniones anuales entre la concreción de los congresos nacionales.

En la actualidad se logró activar la Comisión virtual con la participación de los representantes de numerosas provincias. Los medios electrónicos e informáticos disponibles han permitido sostener un contacto permanente entre las distintas jurisdicciones y facilitaron el tratamiento de temas de importancia común como impuesto a las ganancias, la participación activa de la Justicia de Paz, el Secretario Sustituto, entre muchos otros

temas, contando con los aportes de todos los integrantes de la comisión.

También han sido propicias oportunidades para concretar reuniones de la Comisión las Jornadas Científicas de la Magistratura de Paraná (donde se aprobó un texto introductorio que es la base de este informe) y las Asambleas de la FAM.

Creemos que este nuevo órgano constituirá una herramienta de gran importancia en nuestra tarea de fomentar la necesidad y conciencia de respeto a la carrera judicial y, principalmente, de apuntalar al movimiento asociacionista ■

Un Sistema Convencional



DRA. MARÍA LAURA MARTÍNEZ

Secretaria del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral
de la 5ª. Nominación. Rosario.

Personajes: Olivetti, Sofía.

Es el atardecer del viernes. En el balcón aparecen las primeras luces. Se escucha la alarma incesante de un automóvil. En el living, sobre el sillón de diseño contemporáneo de color cereza, Olivetti mira la TV. Sostiene sobre la cabeza una bolsa de polietileno con hielo, de la que caen unas gotas que ruedan por las sienes y van a parar a la camiseta de «Trámite interno», un equipo de fútbol de la liga judicial. Sofía, a su lado, preocupada.

Sofía: -Y bueno, paciencia, ya va a mejorar la cosa.

Olivetti: -Qué va a mejorar si dijeron que tienen que rascar la olla para pagarnos.

Sofía: -Y claro. Y sí. Qué se le va a hacer. Pero es la misma olla para todos, ¿o hay distintas ollas?

Olivetti: -Bueno, depende. Por el momento para la nuestra no llega a tiempo la partida de virulana.

Sofía: -A propósito, ¿fuiste al API a ver si salió ese certificado que nos piden en el banco?

Olivetti: -¿En qué banco?

Sofía: -Ay, amooooor, prestame atención (*ahucando la voz*): sistema solar, planeta tierra... ¿Te acordás que en el banco nos piden para el crédito un informe de que no tenemos vivienda propia?

Olivetti: -Y si no tenemos vivienda propia.

Sofía: -Ya lo sé, pero lo tenemos que acreditar en el banco. ¿Y te acordás que nos saltó un tercio indiviso del terrenito de Pueblo Muñoz de tu papá, cuando se le ocurrió la Pyme de la cebolla, te acordás? Que después fue a la quiebra y se remató, pero nadie lo compró y sigue a nombre de ustedes. Y en la comuna dijeron que no valía la pena volver a rematar porque no cubría los gastos, ¿te acordás?

Olivetti: -Ahhh, sí... ni me acordaba... qué se yo, no lo tengo en cuenta... Pero ocupate vos, Sofi, yo a la mañana no puedo salir del juzgado.

Sofía: -Sí, mi vida, pero vos sos abogado. Además cómo puede ser. Si dicen que algunos dan clase a la mañana. Y vos, a la mañana ni hablar, a la tarde, si estás en casa, estás con un expediente.

Olivetti: -Qué van a dar clase... Vos te creés cada cosa... uh ...aaaaaaay... Taborda.

Sofía: -¿Taborda? ¿Quién es Taborda?

Olivetti: -Taborda contra FUNDAEMU.

Sofía: -Otra vez con eso. Mejor voy a ver la salsa, que debe estar como en la olla de la provincia.

Sofía se levanta, va hasta la cocina. Olivetti está como en trance, con la mirada fija en la TV. En la pantalla un hombre de físico apolíneo y aspecto saludable habla por teléfono y sonríe a la cámara desde una cinta para correr. Debajo una leyenda que dice «llame ya», un número, y en letras rojas titilantes: «Si llama en la primera media hora se incluye bluetooth y whatsapp por el mismo precio». De pronto, Olivetti se sobresalta.

Olivetti: -Sofi, yo no puedo ir al cumple de tu mamá.

Sofía: -Náaaaaaaa!!!! ¿Cómo que no podéeeessss????? Uuuuuuh noooooo... pero amooooor, no, ni se te ocurra, si ya le dije que vamos... Nene, mirá, ya tuvimos que remarla tres meses con lo de fin de año, que todavía no me cree que te intoxicaste con yogur. No, no, esta vez tenés que estar. Además tenía un poco de razón mi mamá..., a quién se le ocurre tomarse un yogur vencido.

Olivetti: -Pero qué querés, si hacía tres meses que estaba en la heladera del

Secretarios

Un Sistema Convencional

juzgado. Y no, no voy... qué voy a hacer si tengo que mirar el de Taborda con FUNDAEMU, me lo dejó el martillero y lo tengo que tener listo para el lunes sí o sí. Me preocupa Sofi, Taborda fue el otro día y me mostró que se tiene que poner una cadera de platino y no tiene plata para operarse, y otra vez con eso de que la fundación es todo mentira, y sí, ya sé, pero no le puedo decir ya sé, entendés Sofi, y es cierto lo de la cadera porque el tipo trabajó treinta años en la fundación, pero cómo le explico que estaba el bien de familia, si el tipo me dice pero doctor, ahí funcionaban oficinas, y sí, le dije, pero primero había que hacer la desafortunación... bueno, ahora está el martillero interviniendo, le dije, disculpemé doctor, me dijo el tipo, yo de papeles no entiendo nada, pero entonces ya se hace el remate, será la semana que viene, me dice, y bueno, puede tardar algún tiempo más le digo, mirá cómo me acuerdo... todas las noches me acuerdo, pero claro, el abogado ya no me cree más, me dice igual que mi cliente, qué cliente le digo, y, Taborda, me dice, cuál va ser, no me cree más, y bueno, le digo, doctor, yo le explico, no se preocupe... entendés Sofi, que tu mamá no sabe que esto es así.

Sofía viene de la cocina con dos vasos en la mano. En la TV el hombre de la cin-

ta sigue hablando por teléfono, y con la otra mano sube y baja rítmicamente una mancuerna; sin dejar de hacerlo, mira la cámara y dice: «¡Por cincuenta pesos más incluye guía de suplementos dietarios aprobados por la Organización Mundial de la Salud!».

Sofía: -Ves, amor, ves, eso te tenés que comprar. Mirá que bueno, te va a servir para relajarte. No podés estar siempre pensando en expedientes.

Sofía está parada en medio del living, con los vasos, mirando la publicidad. Olivetti sigue con la mirada de trance.

Olivetti: -Detrás de los expedientes hay gente, Sofi.

Sofía: -Gente hay en todos lados, amor, es el mundo así. Y menos mal que hay gente, en el futuro no va a haber ni agua, quién sabe que será de nuestros hijos. Ya te lo explicó la psico, ya te dijo que la justicia es una idea que hay que tratar de realizar pero es un sistema convencional, humano, por lo tanto falible... Además no tenés que cuestionar tanto. Como eso de los carteles. Qué tenés que hacerte mala sangre por los carteles. Si la chica de mesa de entradas puso No hay abrochadora ni útiles de oficina, bueno, tomalo

con soda, se habrá cansado de que le pidan la abrochadora cada cinco minutos, bueno, entendela, es subrogante. La gente ni lee los carteles. Hablando de soda, no pusiste soda en la heladera. ¿Y por qué el yogur estuvo tanto tiempo en la heladera del juzgado? ¿Nadie lo vio?

Olivetti: -El tiempo vuela... no me di cuenta que hacía tanto que estaba. Mirá si en medio de ese caos voy a mirar la fecha de vencimiento de un actimel. Si muero ahí, me muero de tétanos, no de intoxicación. Salvo que el Botita no guarde la yerba cuando fumigan. Qué va a guardar. Uhhhh, me parece que el de Taborda lo pasé para costura...

Sofía: -Ves que te hacés problema por todo... vas y lo agarrás y ya... y si no está cosido, coselo, si yo te coso los ruedos también, no se te van a caer los galones por eso. ¿Y por qué de tétanos? ¿Por los ganchitos?

Olivetti: -O por el taco aguja que una abogada me clave en el ojo si seguimos así.

Sofía: -Bueno, qué tiene que ver el Botita con el cumple de mi mamá. Lo mirás este finde, descosido, y el Botita te lo cose el lunes a primera hora.

Olivetti: -Pero no Sofi, no entendés, es que en el juzgado no hay lugar, entonces el Botita cose en el juzgado de al lado, mirá si lo voy a llamar al secre de la ocho para que me abra, vive en Funes. Además el Botita lleva las cédulas a primera hora, si lo hago coser no le entra en el esquema. Uhhh no, otra vez... otra vez el martillero diciéndome que yo cobro todos los meses...

Sofía: -Pero, ¿no me dijiste que el martillero es Rapignani? Si ese tiene un audi, yo lo vi en un semáforo. Qué problema te hacés... mmm.. nene, no aprendés más vos, eh. Che, y así que el de la ocho se mudó al final a Funes... uh, pobre, se habrá inundado. Y la cuota del crédito la tienen que pagar igual, ¿no?

Olivetti entrecierra los ojos. Ahora en la TV ahora una mujer y un hombre sonríen a la cámara, el hombre dice: «No de nuevo, decía». Sofía acomoda sobre una mesa ratona la vajilla y una jarra con un líquido anaranjado. Trae de la cocina una fuente de pasta humeante.

Sofía: -Dale amor, servite que ya te estás durmiendo.

Olivetti: -¿Vino no compraste?

Sofía: -Me dijiste que te da acidez. Tenemos juguito light, si total me dijeron que no es cierto que la fenilalanina sea cancerígena.

Olivetti: -Che, me preocupa Taborda, qué estará haciendo ahora. ¿Lo habrán operado?

Se hace un silencio. En la publicidad dice «satisfacción garantizada». El ritmo mandibular de Olivetti se hace más lento.

Olivetti: -¿Será cierto que te devuelven el dinero?

Sofía: -Pero nooooo, son publicidades... además... mmm, escuchá, eso de la satisfacción... bueno, no hablemos, no importa, pero no te preocupes por eso, es estrés, nada más. Bueno, ya va mejorar la cosa, comé que se enfriá.

Olivetti: -Se enfriá... sí, hummmm, sí, se enfriá... Y sí, paciencia, ya va a mejorar la cosa.

(Apagón) ■

Gestión judicial y los nuevos roles del Secretario



DRA. MYRIAN RAQUEL HULJICH

Secretaria del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil
y Comercial de la 18^a Nominación, Rosario.

1. Modelos

Desde hace algunos años los distintos operadores del derecho vienen bregando por el cambio de modelo de gestión judicial; y es que se puede llegar a pensar -sin temor a equivocarnos- que cualquier proyecto de reforma del derecho procesal puede verse seriamente comprometido sino impera la transformación de la gestión judicial que mire hacia afuera y puertas adentro.

En el primero de los aspectos señalados, la informatización que ha operado en nuestro Poder Judicial es un dato mayúsculo: el correo electrónico, el seguimiento de las causas por internet, el cargo electrónico, los accesos a información de algunos registros públicos, las proyecciones de la firma digital y del expediente electrónico, la búsqueda on line de obras jurídicas, la publicación de los fallos más relevantes de nuestro Alto Tribunal provincial como seguro resguardo al principio de publicidad de los actos de gobierno, constituyen muestras cabales del direccionamiento que el Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe ha trazado en este camino de adaptación y aprehensión de la justicia a los beneficios y bondades de esta revolucionaria era de la comunicación e informatización y siempre teniendo en miras

un mejoramiento ostensible al acceso a la justicia y la eficacia y eficiencia del proceso constitucional.

Esta es una parte del paradigma y a todas luces es palpable para los usuarios y operadores de la justicia.

La que resta, la de puertas hacia adentro, y que aclaramos no por esa circunstancia la releva de la transparencia y publicidad que debe tener una casa de justicia, es la parte de la gestión judicial que más compromiso requiere del Secretario de un juzgado y de ahí la justificación de estas reflexiones.

Ante todo, cabe recordar que la gestión judicial comprende toda la actividad organizacional de índole administrativa, que sirve de apoyo a la labor jurisdiccional de los jueces, pues su implementación y estudio permiten la adecuada administración de los recursos humanos y materiales destinados a dicha función.

Su punto de partida es el trabajo que todos los días cumplen los jueces, secretarios, funcionarios, empleados -no podemos olvidarnos de nuestros practicantes y pasantes- y abogados; todos ellos, mancomunadamente, perseguimos el mismo interés, una justicia constitucio-

nal y que, a su vez, nos asegure una mejor calidad de vida, laboral y personal.

Difícilmente podremos salir de los módulos intercambiables donde la doctrina autoral asienta los pilares básicos de la gestión judicial. Aunque intentaremos llenar algunos de esos postulados con nuestro quehacer diario que nutren la abstracción cognoscitiva.

Así, por ejemplo, si pensamos en el liderazgo como factotum primario de la nueva gestión judicial, no es posible desatender que el perfil del juez que la sociedad exige por nuestros días es distinto al del Magistrado del siglo pasado, de despacho cerrado, poco asiduo al intercambio y diálogo con los distintos protagonistas de un expediente y con una dedicación casi pura y exclusiva en la hermenéutica y aplicación del derecho al pronunciar la sentencia.

Los días que corren determinan una mecánica distinta en el rol del juez, ya no basta el dictado de una norma individual que heterocomponga el conflicto. Hoy se impone hasta respuestas jurisdiccionales que salen de los contornos clásicos del derecho público y privado ante problemáticas que no pueden solucionarse por los carriles o conductos naturales

que la constitución y la ley atribuyen a los otros poderes del estado.

Y claro está, otro dato determinante en cualquier análisis que pueda efectuarse de la justicia, esto es, el crecimiento de la litigiosidad y, paralelamente, la ausencia de toda proporcionalidad con los recursos humanos y materiales que aquellos altos índices registra.

2. El liderazgo como destreza

Frente a este cúmulo de circunstancias la pregunta deviene inexorable en este discurrir del pensar ¿cómo encarrillamos el aparato judicial, nuestra casa, para hacer frente al nuevo horizonte de hacer justicia?

La primera respuesta es casi una obviedad. Al Juez, Secretario y a todos los que trabajan en nuestra casa se le debe exigir honestidad y conocimiento del derecho e idoneidad. Esta es una moneda que no puede trocarse o cambiarse, permanece inalterable en el tiempo, desde que no hay respuesta válida que pueda prescindir de estas dos exigencias de primer orden.

Ahora bien, si hablamos de un grupo de personas, con los defectos y virtudes de

cada uno, con las improntas de nuestras vidas y aun en el marco de participaciones activas de diálogos fluidos, intercambios intelectuales, de propuestas y opiniones, es necesario que una persona aglutine el flujo de información y finalmente decida, y esto le corresponde al juez como cabeza de estructura del órgano. El juez es el jefe de nuestra casa.

Aquí no hay excusas, el juez debe planificar como líder del grupo. Es un concepto innato y connatural de la judicatura y así lo entienden los propios destinatarios del proceso que ven al juez como responsable.

No basta una excelsa sentencia. Se reclama que en todo el procedimiento se procure un servicio eficaz y eficiente, que empieza desde la cara amable de mesa de entradas, la de evitar colas intratables, el dictado de un proveído congruente con lo pretendido, la realización de las audiencias a la hora señalada, la predisposición para enmendar un error o incluso para resolver los imponderables de todos los días.

Empero, las respuestas de su planificación integral de la política de un juzgado, de organizar y conducir, de influir en otros sujetos, logrando incentivar a los

miembros de su grupo para que trabajen en conjunto por un objetivo común tendrán aceptación racional del resto de sus colaboradores en la medida que el propio líder sea un ejemplo.

Peter F. Druckier ha dicho: «El líder no se distingue por las estrellas de sus charreteras. Un funcionario ejerce el liderazgo con el ejemplo. Y el ejemplo más grande que usted puede dar es, precisamente, consagrarse a la misión de su organización como un medio de engrandecerse, de respetarse más a sí mismo».

Un ejemplo muy gráfico de Labrada, Courtade y de Cara en «Manual de Gestión para el Servicio de Justicia» (Bs. As., 2008, Ed. Nova Tesis, pág. 48) compara al titular de una repartición judicial debe sentirse como capitán de un equipo de fútbol: no le corresponde dar todos los puntapiés que reciba la pelota, pero debe organizar, conducir y, por sobre todo, insuflar un deseo de éxito. Para ello, debe estar permanentemente a la par de los integrantes y, por sobre todas las cosas, dar ejemplo.

Siguiendo con la comparación deportiva, y aun cuando nos comprendan las generales de la ley, todo director técnico tiene un asistente de campo, ello son los secreta-

rios. Principal auxiliar del titular, tanto en las labores judiciales como en las relativas a la gestión judicial, por lo que la actividad que desarrollan es de máxima importancia para el logro de los objetivos.

La actuación de los secretarios se enfocará en materializar todas las disposiciones del juez, además de motivar y acompañar al grupo en las tareas; debe por ello actuar con prontitud, precisión y responsabilidad.

Podrá afirmarse que el secretario es un subordinado del juez, o que es otro líder o que es un lazo entre el juez o personal o jefe de todo el trabajo que no sea la actividad de sentenciar. Es una y todas las cosas a la vez.

Me explico.

Los cargos se jerarquizan a través de las personas que las ocupan.

Un secretario podrá ser fedatario y solo eso. No lo compartimos, debe ser el motivador de su personal, el que con su apertura del «*open mind*» puede trasladar las ideas novedosas, las críticas bien intencionadas del resto y canalizarlas para perfeccionar la labor.

El juez, el titular y líder indiscutible de casa, no podrá estar en cada una de las secuencias de la cotidianeidad de un juzgado. Si lo está el secretario, en contacto directo y permanente con el resto del equipo.

Aquí, al igual que el juez, deberá ser buen comunicador, saber escuchar, transmitir, con aptitudes para dirigir, persuadir y resolver todo aquello que podrá distraer al juez del estudio de los casos.

El denominado filtro de problemas es una actividad que corresponde al secretario, con autocontrol y audacia en su justo medio con la inteligencia para no caer en la irresponsabilidad.

3. Una unidad jurisdiccional es también un equipo

Persuadidos de que el secretario debe actuar siempre adelantando soluciones a posibles conflictos de trabajo. Por ejemplo, no es posible concebir un juzgado donde la ausencia de unos de sus integrantes paralice o dificulte el productor final diario.

Es necesario que todos los integrantes de la estructura conozcan cada uno de los puestos de trabajo de manera tal que cualquier eventualidad respecto de una termi-

nal pueda ser suplida sin vacilaciones ni tropiezos por otros integrantes del grupo.

Del mismo modo y en función de las capacidades que va adquiriendo el personal, en ciertas ocasiones resulta prudente la rotación de aquel con vistas a lograr su polifuncionalidad. Muchas veces la permanencia en un mismo puesto de trabajo, produce relajación y desgano y tiene un efecto desmotivador; en esos supuestos, es necesario un renovado estímulo de nuevas tareas.

Todos no podemos estar en todo, ni el juez ni el secretario. La delegación de tareas de manera responsable y equilibrada es de vital importancia en la estructura organizativa del juzgado. Luego vendrá los inter-controles recíprocos, a sabiendas de que cuantos más filtros pase una diligencia o actuación procesal menor índice de equivocación o yerro habrá en el resultado.

Se requiere internalizar el trabajo en equipo y esto es labor de los líderes; los puestos de trabajo de un juzgado no son terminales aisladas o comportamientos estancos; por el contrario, el caso, donde está en juego la vida, el honor, el patrimonio de una persona -vale tenerlo siempre presente-, constituye una se-

cuencia de actos absolutamente concatenados donde necesita la cohesión, solidaridad, sentido de pertenencia de cada uno de los componentes del grupo.

Para trabajar en equipo es esencial la cooperación de todos los actores, basada en su compromiso para alcanzar los objetivos propuestos y su participación activa.

Y eso se consigue solo en un ambiente de armonía, de compañerismo, de respeto por el trabajo del otro siendo los secretarios principales actores de la atmósfera de un juzgado como así también de mantener a su personal altamente motivado.

John W. Newstrom, en su obra «Comportamiento Humano en el Trabajo», define motivación del trabajo como «...el conjunto de fuerzas internas y externas que hacen que el empleado elija un curso de acción y se conduzca de ciertas maneras; desde un punto de vista ideal, estas conductas se dirigirán al logro de una meta organizacional...».

No se pueden entender el buen funcionamiento de una organización sin la motivación adecuada a nuestro personal, pues ésto genera que al interior el ambiente sea propicio para mantener relaciones laborales sanas, en las cuales los grupos puedan

trabajar llegando a los resultado que busca el objetivo, que no es otro que procesar el caso de manera eficaz, eficiente y en tiempo oportuno como reclama el debido proceso constitucional.

Pensamos que muchos de los secretarios podrán -en un futuro no muy lejano- ser jueces y dignifica la actuación de ellos, la colaboración en el dictado de las resoluciones judiciales.

Pensar y escribir una sentencia, como cualquier otro rol o tarea que asumamos en la vida, es una actividad que se aprende, se ejercita. No es una oportunidad menor la que tenemos de jerarquizar nuestros cargos a partir de la elaboración de proyectos. Sabedores que no tenemos capacidad de decisión en un pleito, pero si colaborar con el resultado, contando con la generosidad de nuestros magistrados de enseñarnos el arte de lo transmitir en papel de dar a cada uno lo suyo conforme las constancias de la causa.

La problemática donde está inserta el servicio de administración de justicia conlleva inexorablemente a la nueva concepción del juez de nuestros tiempos y a re-dimensionar al Secretario y a todos los componentes de un juzgado.

4. La exigencia de una Capacitación continúa

Pero liderazgo, motivación y trabajo en equipo serán postulados que caerán en saco roto sino hay una capacitación permanente.

Este es un imperativo de primer orden. Capacitarnos y capacitar.

La Corte Suprema a través de su Centro de Capacitación Judicial ha puesto su norte también en la adquisición de aptitudes específicas en el quehacer funcional de los juzgados. Y más allá de los reparos que el Colegio de Magistrados ha manifestado en torno a los arancelamientos, no puede desconocerse, por el contrario, corresponde celebrar el copioso marco de actividades que se organiza el Centro para la adquisición de herramientas y de prácticas que tienda a mejorar la calidad de la justicia santafesina.

En el mismo orden, el Instituto del Secretariado del Colegiado de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe ha puesto en marcha distintos encuentros a partir del 12 de abril de 2012 a saber: «Lineamientos sobre gestión de una oficina judicial» con la Dra. María Laura Sabatier, «El Secre-

tario como jefe de oficina en sus relaciones laborales» con la Psicóloga Inés Sayas, «El asociacionismo y la visión actual de los Secretarios», Dr. Ariel C. Ariza, Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, a «Funciones fedatarias de los Secretarios» con los Dres. Mariela Oliva y José Cassanello Secretarios de la Oficina de Certificaciones de Rosario del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe; «Control a los aportes de la Caja Forense en los expedientes judiciales» con la Dra. Mariana Martínez abogada de Caja Forense, «Aspectos del régimen de sumarios administrativos aplicables a los integrantes del Poder Judicial santafesino» con el Dr. Iván Kvasina, Juez del Juzgado de Distrito en lo Civil y Comercial de la 5ta. Nominación de Rosario y la Dra. Mariana Guida, Relatora de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Santa Fe, «El Prosecretariado y su reglamentación» con los Dres. Fabiana Genesio Secretaria de Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I de la ciudad de Rosario y Florentino Malaponte Secretario del Juzgado de Primera Instancia de Instrucción N°2 de la ciudad de Rosario, «Los aspectos registrales de los documentos judiciales» con los Dres. Miguel Angel Luverá, Director del Registro General

de la Propiedad Inmueble de la ciudad de Rosario y el Dr. Ariel Galván, «Efectos secuestrados: Importancia. Normativa» con el sr. Osvaldo Corona, Encargado de la Sala de Efectos Secuestrados de los Tribunales Provinciales de Rosario y «Escrituras judiciales: distintos tipos. Clasificación y características esenciales» con el Escribano Enrique E. Filippini. Gestando así nuevos conocimientos sobre gestión judicial y respecto de problemáticas puntuales en las tareas de la Secretaría.

Finalmente, capítulo aparte debemos dedicar a la figura del Prosecretario.

El Alto Tribunal provincial por Acuerdo de fecha 19.5.2004, Acta 18, punto 9, incorporó a este Poder Judicial la figura del Prosecretario de Juzgado, al aprobar el «Régimen de los Prosecretarios, Practicantes y Pasantes del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe, previendo en el artículo 1 de la mencionada reglamentación, que en los Juzgados de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial; en lo Laboral; en lo Civil, Comercial y Laboral; y en los Tribunales Colegiados de Instancia Única, podían actuar Prosecretarios a razón de uno por cada órgano jurisdiccional o secretaría de trámite, en su caso. Que con posterioridad, por Acta 38, punto

6 de fecha 22.9.2004, La Corte modificó el citado artículo 1, posibilitando que los Juzgados de Primera Instancia de Distrito pertenecientes al Fuero Penal, los Juzgados de Menores, los Juzgados de Primera Instancia de Circuito con asiento en las sedes de Distrito y las Cámaras de lo Contencioso Administrativo, pudieran contar también con la aludida figura. Asimismo, y en la continuidad de la consolidación del sistema instaurado, en una tercera etapa, se procedió a extenderlo a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, y a las dependencias del Ministerio Público; todo lo cual ha posibilitado el desempeño de Prosecretarios en distintas dependencias judiciales de la Provincia, habiéndose alcanzado resultados altamente satisfactorios en orden a lograr una mayor optimización del servicio, contando a la fecha con 170 Prosecretarios desempeñándose en todos los fueros e instancias.

Corresponde agregar que la Comisión impulsora de esta figura se expidió destacando temas que necesariamente debían ser objeto de regulación legal, cuales son algunas de las facultades propias del Secretario y que se encuentran previstas en el artículo 174 de la ley número 10.160 (t.o. Decreto 0046/98).

El respectivo respaldo presupuestario

al requerimiento de modificación legislativa referido, ha solicitado por la Corte Suprema en reiteradas oportunidades, a través del anteproyecto de presupuesto que anualmente se remite al Poder Ejecutivo provincial, la provisión de los correspondientes cargos presupuestarios (vid Acuerdos de fechas 30.8.2006, Acta 34; 15.8.2007, Acta 34; 25.6.2008, Acta 26; 2.7.2009, Acta 29; y 10.8.2010, Acta 32).

Por último, cabe agregar la Legislatura de la Provincia de Santa Fe, en fecha 26.8.2010, sancionó la ley 13.117, cuyo artículo 1 modifica el Título IV, Capítulo I, apartado «e» de la Ley número 10.160 (t.o. Decreto 46/98), agregando el inciso 21 al artículo 174, incorporando dentro de las Atribuciones y deberes de los Secretarios «poder delegar sus atribuciones y deberes en el prosecretario, conforme a la reglamentación que disponga la Corte Suprema de Justicia»; en tanto el artículo 2 de la referida ley 13.117 dispone que la presente ley no es aplicable a los Secretarios del fuero penal, de conformidad a lo establecido en las leyes 13.013, 13.014 y 13.018.

Este breve relato histórico y normativo da cuenta que la figura del Prosecretario es una realidad incontrastable de nuestros órganos jurisdiccionales. Sabemos

del antagonismo que genera una mayor responsabilidad y una remuneración que derechamente no la retribuye.

La Corte Suprema ha realizado esfuerzos y contamos con ese camino institucional y del Colegio que representamos. Pero aun en este estado de cosas, se impone un reconocimiento de hecho, de validación fáctica de todos los magistrados y funcionarios que dentro del marco de delegación legislativa otorgada a los Prosecretarios sus atribuciones no sean mermadas por conducto de mantener un status funcional que ha sido definitivamente superado.

5. Conclusiones provisorias

En fin, la justicia provincial santafesina -al igual que en el resto del país- se inserta en un paisaje de litigiosidad, complejidad de los procesos, incesante marea legislativa, una ampliación de la legitimación procesal, carencia de recursos y frente a estos factores, simplemente enunciativos y no taxativos, la respuesta esperable impone romper con ciertos moldes anacrónicos de la gestión judicial.

Para ello no solo cabe redimensionar la figura del juez de los días que corren sino también la del Secretario; ya no basta el

simple actuario que cierra las puertas del juzgado al final de la jornada. Hoy se exige otros condimentos, liderazgo motivador, gestor y hacedor del grupo humano, capacitación continua con marcado tinte funcional y operativo, jerarquización del cargo a través de la colaboración permanente en la confección de resoluciones judiciales, no dejan de constituirse en aristas más que necesarias para escapar del ritualismo y el unguento de la burocracia.

Creemos que este debe ser el rostro del nuevo personaje, del secretario, así contribuiremos con los postulados constitucionales de afianzar la justicia de manera eficaz y eficiente y en tiempo razonable ■

Una Magistratura que pone en dudas su propia autoridad



DR. PABLO CRISTIAN SILVESTRINI

Secretario del Juzgado de Circuito de la 3ª Nominación, 1ª Secretaría. Santa Fe.

1. Introducción

En el ejercicio de mi función de secretario, puedo observar con cierta frecuencia que, cuando se peticiona embargo sobre un salario, se solicita que en el oficio dirigido al empleador se consigne expresamente el precepto contenido en el art. 239 del Código Penal, que establece que comete delito quien «resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones». Tal pedido, de ordinario, se despacha favorablemente, pues resulta admisible considerar que la inclusión del texto legal habría de contribuir a apuntalar el imperativo de la orden judicial a ser impartida, oficio mediante.

Más ocurre que, con orientación diferente a la expuesta, existen decisiones jurisdiccionales en las que se determina que no incurre en desobediencia típica la persona que hace caso omiso del mandato de efectivizar el embargo. Concretamente, a partir de uno de esos pronunciamientos, he de plasmar algunas apreciaciones, las cuales no pretenden agotar el desarrollo del tema, sino sólo brindar un sumario de enfoque personal del mismo.

2. El caso

En el proceso «Giardelli Hernando, J. D. s/ procesamiento», que contaba con parte querellante, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal resolvió¹ revocar el procesamiento y embargo de bienes del imputado, dictando en su lugar el sobreseimiento, bajo la siguiente consigna: «Cabe referir que no todo incumplimiento de una orden judicial trae aparejada la comisión del delito de desobediencia, pues «...el concepto de orden incluida en la figura del artículo 239... no comprende aquellas referidas a intereses personales de partes, es decir que resultan ajenas a tal significación las obligaciones de carácter personal con repercusiones de estricto Derecho civil...». Con cita del precedente «Partamian» [18/03/03] -seguido también por «Berstein» [09/09/10]- se señaló que «no incurre en... este delito...quien incumple órdenes relativas a intereses personales de índole patrimonial, puesto que el acatamiento que la Ley Penal impone es el de las normas dadas por la autoridad en función de tales, pero con repercusiones administrativas, no el de las que constituyen obligaciones de carácter personal con repercusiones de estricto derecho civil. Además, se ha sostenido que el incumplimiento de esos intereses perso-

nales debe perseguirse por los medios específicamente previstos por la Ley al efecto, dado que de otro modo vendría a sancionarse penalmente el mero incumplimiento de un pago». Se invoca doctrina (D'Alessio, Cód. Penal de la Nación, Comentado y Anotado, 2a ed., T. II, pág. 1185), y fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (306:1570; 313:824; 315:1693).

Sin desconocer el predicamento de quienes sustentan la tesis enunciada, me permito advertir que disiento con la misma. Seguidamente expresaré las razones de mi parecer.

3. El bien jurídico protegido

3.1. En general:

El artículo 239 del Código Penal se halla incluido en el elenco de delitos contra la administración pública -Título XI, L° Segundo del cuerpo legal referido.

Siguiendo a Estrella y Godoy Lemos², puede decirse que «el concepto de 'administración pública', bien jurídico protegido en el Título, es '...el gobierno del Estado totalmente integrado con los Poderes que lo componen' (Creus) y comprensivo del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, no sólo

Secretarios

Una Magistratura que pone en dudas su propia autoridad

del poder administrador concentrado en el Ejecutivo». «De esta manera, la 'administración pública' la podemos encontrar dentro del aparato administrativo o donde se desarrolle la función pública, con prescindencia del Organismo». «Se puede afirmar que el bien tutelado es el 'normal, ordenado y legal desempeño de la función de los Organismos del Estado, en todas las ramas de sus tres Poderes' (Soler)».

3.2. En particular:

Los autores arriba citados destacan³ que «en el delito de resistencia y desobediencia el funcionario ya resolvió una determinada cuestión y comienza a ejecutar lo resuelto. Justamente, lo que se pretende proteger en la figura del art. 239 es el libre accionar del funcionario»; y que, para que se configure el ilícito, basta con «que la orden del funcionario tenga como destinatario al agente y que éste omita su cumplimiento, sin una oposición activa».

4. El ejercicio de la Magistratura y su debido resguardo

En base a lo reseñado precedentemente, entiendo que la clave de discernimiento para determinar si la omisión de cumplir una orden judicial de embargo de sueldos

configura desobediencia, puede hallarse contenida en un fallo⁴ que expresara: «El delito de desobediencia debe reservarse para aquellos casos de menosprecio o alzamiento contra un acto de imperio legalmente notificado, de suficiente entidad como para acarrear desprestigio a la autoridad o entorpecimiento de las funciones judiciales o administrativas».

Creo estimable entonces que el bien a tutelar estaría relacionado con el respeto a la investidura de un Juez, representante de un poder público, y por tanto con la observancia de lo que ese Magistrado ordena al ejercer esa potestad. No resultaría relevante que la orden esté relacionada con asuntos de interés particular o público, porque la protección penal del imperio del mandato de un juez no debería depender de disquisiciones (v. gr., patrimonialidad o extrapatrimonialidad, carácter particular o colectivo, etcétera) acerca de la naturaleza y el contenido del derecho que se ejerce a través de la manda. El tipo penal sanciona al que «desobedeciere», simple y claramente. No distingue desobedecer tales o cuales clases de órdenes.

4.1. Algunos criterios:

4.1.1. Manigot⁵ destaca un precedente antiguo, pero no por ello menos valio-

so para el análisis del tema. En el caso «Tudor, Enrique H.»⁶, se decidió que «el incumplimiento de la orden judicial de retención del sueldo de un empleado dictada en virtud de un embargo, constituye el delito previsto y penado por el art. 239 del Cód. Penal, aun cuando se haya efectuado una entrega parcial al apoderado del embargante, depositándose el saldo con posterioridad a la remisión de los autos al Juez de instrucción y a la indagatoria del procesado».

El acusado era representante de una firma. Según sus manifestaciones, no se hacían pagos a ningún empleado, dada la situación de la casa de comercio. Ello no lo eximió de responsabilidad por no haberse hecho presente en el juicio respectivo, amén de que un informe contable desvirtuó totalmente su manifestación. Se le impuso la pena de dos meses de prisión en suspenso, con costas.

4.1.2. Ya en épocas no tan lejanas, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional⁷ sentenció que «la actitud del procesado que no cumplió la orden del Juez Comercial consistente en proceder, en el término de cinco días, a efectuar el embargo de sueldos, comisiones, o cualquier otra participación que el demandado percibía en la firma,

bajo apercibimiento de remitirse la actuaciones a la Justicia de Instrucción, no configura el delito de desobediencia, por cuanto resultó acreditado que cuando se comunicó en forma fehaciente al procesado que debía hacer efectiva la traba del embargo dispuesto, el demandado había dejado de trabajar en la firma de aquél y no existían fondos que pertenecieran a aquél y que hubieran podido embargarse. La omisión de poner en conocimiento del Juez Comercial la imposibilidad de cumplir con la traba del embargo no puede configurar el delito de desobediencia».

Surge del fallo que el imputado no incurrió en desobediencia, pese a no hacer efectivo el embargo dispuesto, pero no porque la orden judicial protegiera intereses patrimoniales o porque la obligación de trabar la cautelar fuera de carácter personal. La inexistencia de acción típica deriva, claramente, de la imposibilidad de cumplir la manda; circunstancia que, conforme lo estipula la Ley de fondo (art. 888, Código Civil), es factor extintivo de las obligaciones⁸.

5. Conclusiones

De lo expuesto parece surgir que, antaño, el Poder Judicial presentaba un ma-

yor celo en hacer observar la obediencia que le es debida, como institución dotada legalmente de imperio respecto de sus decisiones (supra, punto 4). Mas, en los últimos tiempos, el mismo Poder, a través de algunos de sus magistrados, está proclamando la falta de ilicitud (y por ello, la licitud -art. 19, Constitución Nacional-) de conductas consistentes en ignorar, sin dar razones, las órdenes judiciales de embargo.

Los argumentos esgrimidos (supra, punto 2) en pos de la admisibilidad de las conductas referidas no han logrado persuadirme de su validez. Es que considero preocupante que la sociedad caiga en descrédito respecto de los Tribunales y su función; pero estimo más preocupante aún que ese descrédito pudiera estar generándose, en parte, dada la relativización que ciertos juzgadores consagran, a través de sus fallos, respecto de su propia autoridad ■

¹ El fallo está fechado el 3 de abril de 2012, y fue publicado por elDial.com el 10 de agosto de 2012, bajo el registro AA 7858

² ESTRELLA, OSCAR ALBERTO Y GODOY LEMOS, ROBERTO: «Código Penal», Tomo 3, 2a ed., Buenos Aires, HAMMURABI-JOSÉ LUIS DEPALMA Editor, 2007, PÁGS. 391 Y 392

³ ESTRELLA Y GODOY LEMOS, ob. cit, PÁGS. 407 Y 410.

⁴ Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, Criminal y Correccional de Pergamino, 28/09/95, «Torelli, Daniel A.», LLBA, 1995-1104 Y 1005; con referencias a RUBIANES, BREGLIA-ARIAS Y SOLER. Citado por ESTRELLA Y GODOY LEMOS, ob. cit, PÁGS. 417 Y 418

⁵ MANIGOT, MARCELO A.; «Código Penal de la Nación Argentina», Buenos Aires, ABELEDO-PERROT, 1969, PÁG. 474

⁶ Cámara Criminal y Correccional de la Capital, 20/04/36. El texto completo del fallo puede verse en LL 3-894 Y 895

⁷ Sala III, «Wainer, Mauricio», 04/12/81, AR/JUR/1492/1981

⁸ Al respecto; SILVESTRINI, PABLO C.: «Quebras. Enajenaciones. Sanciones por inobservancia de plazos...» LL Online, punto 3.2. y citas allí expuestas

Extensión de la responsabilidad societaria por fraude laboral



DRA. DANIELA DE LOURDES FUENTES

Secretaria de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral.
Reconquista.

1. Introducción

El trabajo pretende, a través de un recorrido jurisprudencial y normativo, determinar si correspondería -en caso de detectarse un fraude laboral- aplicar la teoría del corrimiento del velo societario y extender la responsabilidad a los socios involucrados o responsables del fraude. Es decir, si debe primar el derecho laboral como un Derecho Humano, o bien darse preeminencia a las necesidades del Mercado.

Descriptores: Fraude Laboral –Responsabilidad Societaria– art. 54, 59 274 LSC – Disregard- Corrimiento del Velo

«Superponer al contrato social un sistema de clientelismo es una grave responsabilidad..... A los ojos de la historia, nuestra generación cargará con la responsabilidad de haber dejado desarrollarse, en la estela de la globalización, gérmenes letales para la democracia. La banalización de la corrupción es, de hecho, el reverso de una sociedad mercantilista en donde el dinero tiende a convertirse en el único criterio de valor y el único horizonte del individuo»¹

La cuestión relativa a la extensión de la responsabilidad societaria por fraude la-

boral ha provocado discrepancias entre los Juzgados y Tribunales laborales -que se expiden en su mayoría a favor de la extensión- y la Corte Nacional y algunas Cortes provinciales, quienes no la aceptan e incluso sostienen una postura sumamente restringida, en aras de admitir la posibilidad de la misma.

Es importante comenzar a analizar los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de algunos Superiores Tribunales provinciales en su análisis del tema.

Cabe señalar que la extensión de responsabilidad societaria a los integrantes de la sociedad, en virtud de lo normado por el art. 54, 3er. párrafo, 59 y/0 274 de la Ley 19.550 (de Sociedades comerciales), tiene diferentes argumentos; para ello recordemos las normas referenciadas:

Art. 54 inc. 3° LSC (introducido por el art. 1 de la Ley 22.903): «[Inoponibilidad de la personalidad jurídica] La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extra-societarios, constituya un mero recurso para violar la Ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.»

Art. 59 LSC: [Diligencia del administrador: responsabilidad.] Los administradores y los representantes de la Sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción y omisión.

Art. 274 LSC: [Mal desempeño del cargo]. Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la Sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la Ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas en el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo.

Secretarios

Extensión de la responsabilidad societaria por fraude laboral

[Exención de responsabilidad]. Queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diere noticia al síndico antes de que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.

Ahora bien, la Corte Nacional, en su anterior conformación, ha tratado el tema en tres fallos que se citan a continuación: Palomeque, Kamkar y Tazzoli, y en su integración actual, si bien han llegado fallos para ser revisados, la misma, en virtud del art. 280 CPCyCN, no ha abierto la instancia; sin embargo, el Dr. Lorenzetti (en disidencia) ha considerado que la cuestión sí debe ser tratada y ha abordado la cuestión manteniendo el criterio que tenía el Tribunal Superior en los fallos aludidos.

Así, en referencia a la extensión de responsabilidad en virtud de la figura contenida en el art. 54, inc. 3° de la Ley 19.550 (disregard), llamada de la inoponibilidad de la personería jurídica o descorrimiento del velo, ha sostenido: «no ha quedado acreditado que estemos en presencia de una **Sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del Derecho y con el propósito de violar la Ley (v. fs. 45)**,

que, prevaleciendo de dicha personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales, extremo al que se añade que tampoco se advierte -en rigor, no lo ha postulado así el decisorio de la Sala- que estén reunidos los elementos necesarios para considerar que entre los codemandados a título personal, y el actor, existía un contrato de trabajo (fs. 451).

*En el marco precedentemente descrito, aprecio que **los jueces han prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la Sociedad y sus socios y administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que ésta configura un régimen especial porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía. Desde esta perspectiva, no alcanzo a advertir que el contexto probatorio del caso posea virtualidad suficiente como para generar la aplicación de una causal de responsabilidad en materia societaria de orden excepcional, sin la suficiente y concreta justificación; ni que los motivos expresados provean del debido sustento a la inteligencia conferida al precepto en examen.**»²*

En la causa Tazzoli, la Corte Suprema de la Nación, siguiendo el dictamen del Procu-

rador General, no hizo lugar a la apertura del recurso de inconstitucionalidad. Dicho dictamen, entre sus fundamentos, sostuvo: «En estas actuaciones, los jueces de primera y segunda instancia coincidieron en reconocer la relación de dependencia invocada por el actor, que la antigüedad que denunció en su pretensión fue suficientemente demostrada, y que se incumplió por parte de las accionadas las obligaciones emergentes de la ley 24.013, al omitir registrar legalmente al trabajador, tornando procedente el despido indirecto producido por el accionante. También, que las sociedades demandadas conformaban un conjunto económico y conforme a lo dispuesto en el art. 31 de la Ley de Contrato de Trabajo debían responder en forma solidaria. La Cámara -como ya dije- limitó el monto de condena y exoneró de responsabilidad, por el distracto, al presidente de las dos Sociedades anónimas.

Trataré, en primer término, la pieza recursiva de la actora, que se agravia por haberse excluido de la condena solidaria al codemandado Vartanian, en una resolución que, según expresa, contiene una interpretación antojadiza y contraria a Derecho de las responsabilidades de los socios y controlantes de las Sociedades Anónimas y que, por lo tanto, deviene en arbitraria.

En abono de sus Tesis expresa que: «Cuando una Sociedad Anónima realiza actos simulatorios ilícitos tendientes a encubrir un contrato de trabajo, o articula maniobras para desconocer una parte de la antigüedad o para ocultar una parte del salario, **resulta pertinente extender la responsabilidad patrimonial de la entidad a los directores por vía de lo dispuesto en el art. 274 de la Ley de Sociedades comerciales; pero no porque deba caer el velo societario sino porque éstos organizaron maniobras que no sólo estaban dirigidas a incumplir obligaciones contractuales sino, además, a causar lesiones en el patrimonio del trabajador y en sus derechos previsionales, a defraudarlos personalmente y a defraudar el sistema de seguridad social**» (pág. 777)

Al respecto, debo recordar que la Cámara de Trabajo asevera, en su pronunciamiento, el principio general relativo a que **la personalidad jurídica no debe ser desestimada sino cuando se dan circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir fundadamente que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de generar el abuso de ella o violar la Ley, debiendo ser aplicado restrictivamente** y sólo en caso de existir pruebas concluyentes de que la actuación de la Sociedad encubre fines extra societarios, lo que -al decir

de la alzada- **no se da en el sub examine, pues no se ha demostrado que las figuras societarias fueran creadas con el fin de violar la Ley. Más aún -como lo sostiene la juzgadora en su sentencia-** cuando existen sanciones específicas para reprimir las violaciones mencionadas en la Ley 24.013 que -además- han sido aplicadas en este proceso.»³

En ocasión de tratar la cuestión de extensión de responsabilidad, esta vez en relación al art. 59 LSC, la Corte Nacional nuevamente se remite al dictamen del Procurador General que cito a continuación: «El Juez de primera instancia **tuvo por acreditado que el actor trabajó en relación de dependencia para la demandada Kanmar S.A. e hizo extensivas las obligaciones resultantes del contrato de trabajo a un grupo de empresas, con base en que habrían existido maniobras fraudulentas y conducción temeraria que hacían aplicable la responsabilidad solidaria prevista por el art. 31 de la Ley de Contrato de Trabajo. Encuadró en la misma situación al codemandado Kancepolski, con fundamento en lo dispuesto por el art. 59 de la Ley 19.550.**

Tuvo en cuenta, para decidir de ese modo, que la demandada Kanmar S.A. no produjo el peritaje contable ofrecido, a partir

de lo cual juzgó que esa omisión indicaba que existió la conducta irregular señalada en la demanda, con aptitud para generar la solidaridad de los terceros vinculados.

III. Julio Kancepolski apeló el fallo, agravándose de la falta de prueba sobre los hechos en que se fundó la condena.

Destacó que no fue empleador del accionante y sostuvo que no podía calificarse su conducta como director de la empresa en la caracterización del art. 59 de la Ley 19.550, con base en imputaciones genéricas contenidas en la demanda, que no fueron acreditadas. Cuestionó también la aplicación del art. 31 de la Ley de Contrato de Trabajo, alegando que sólo procedería ante la comprobación de maniobras defraudatorias, que no resultan de las constancias de autos.

El Tribunal de Alzada dijo que el apelante Kancepolski había centrado sus agravios en el examen de la presunción del art. 55 LCT, pero que había consentido la aplicación del art. 59 de la Ley 19550 en que se había apoyado el pronunciamiento en su contra. Concluyó sobre esa base, que el recurso no contenía una crítica razonada y concreta del fallo apelado.

IV. Estimó que la **sentencia de autos no cumple dichos recaudos toda vez que ha**

Secretarios

Extensión de la responsabilidad societaria por fraude laboral

vulnerado las garantías constitucionales invocadas por el recurrente, relativas al derecho de propiedad y de defensa en juicio, en tanto se ha extendido al director de una Sociedad Anónima la condena dictada contra la empresa, subvirtiendo las reglas sobre carga probatoria aplicables en la materia.

Es que los jueces laborales han hecho aplicación de una disposición de la Ley de Sociedades que no constituye una derivación razonada del derecho vigente, pues se contrapone con principios esenciales del régimen societario. Han prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la Sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre Sociedades Anónimas y que ésta conforma un régimen especial que se explica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía.

Desde esa perspectiva, resulta irrazonable que el simple relato del actor sin mencionar el respaldo de otras pruebas producidas en la causa, tenga la virtualidad de generar la aplicación de una causal de responsabilidad en materia societaria que tiene carácter excepcional, sin la debida justificación.

A mi modo de ver, cabe, en consecuencia, hacer lugar a los agravios vinculados a que la sentencia ha omitido el tratamiento de cuestiones conducentes para la adecuada solución de la causa (B.213.XXV, autos «Behrensen G.F. c/ Ferrocarriles Argentinos s/daños y perjuicios» del 30-11-93 (v. Fallos: 316:2602); S.418.XXI, autos «Samuel, Santiago Ponciano y Tiburci c/ Gobierno Nacional» del 8-9-87 (v. Fallos: 310:1764), toda vez que aquélla no se hizo cargo de las objeciones del apelante relativas a la falta de acreditación de los extremos que tornen aplicable el art. 59 de la Ley de Sociedades». ⁴

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires trató el tema en dos oportunidades, rechazando la extensión de responsabilidad y, así, en la causa «Avila» se expidió por el rechazo de la extensión solidaria a una Sociedad Anónima de la sentencia que admitió las indemnizaciones por despido y falta de registración de un trabajador, en el entendimiento de que los socios no adquieren ninguna clase de responsabilidad subsidiaria por las operaciones sociales. En tal sentido, teniendo en miras la doctrina de la Corte Nacional y tomando en cuenta que el ordenamiento laboral posee instrumentos para combatir estas prácticas (fraude a la Ley), sostuvo: «La

operatoria llevada adelante por la sociedad empleadora de abonar parte de la remuneración del trabajador «en negro» no constituye maniobra fraudulenta, desvío del objeto societario o abuso de la personalidad jurídica que habilite el corrimiento del velo societario para comprometer la responsabilidad individual de sus integrantes, directores o administradores.» «La ilegítima modalidad del trabajo informal y la sola inobservancia de los recaudos de registración formal que diera mérito a la condena contra la Sociedad, no tiene entidad suficiente para la aplicación del disregard societario.»

«La aplicación del disregard en los términos del art. 54 párr. final LS, tiene requisitos y alcances diversos de los de la responsabilidad de los directores, contemplada en el art. 274 de dicho cuerpo normativo, aspectos que no deben ser confundidos.»

«La inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria es una especie de «sanción» prevista para el caso de que la sociedad se constituya en un recurso para violar la Ley, el orden público, la buena fe o para la frustración de derechos de terceros.»⁵

En este punto me pregunto: sería ingenuo pensar que en el contrato social se exprese que se constituye la Sociedad

para cometer fraude (sería un suicidio), sin embargo reiteradamente nos encontramos frente a Sociedades que utilizan diversas formas para evitar las consecuencias que acarrea el tener al personal inscripto en regla, sobre todo a la hora de tener que extinguir el contrato; y así, reiteradamente, recurren a mecanismos que no son más que un fraude a la Ley y, aunque ello no sea el objeto social, no se puede negar que colabora con las ganancias que acumula la Sociedad constituida, por ejemplo, como industrial o comercial. Recordemos los reclamos que durante el año 2011 formularon los trabajadores de «La Delicia Felipe Fort SA» y que derivó en que el Ministerio de Trabajo detectara un 41% de trabajadores que revestían la modalidad de eventual sin cumplir los requisitos legales para la utilización de esta forma de contratación⁶.

En la causa «Cortina», mantuvo su postura y sostuvo que, si bien la falta de registración y la negación de la relación laboral constituyen una injuria que justifica el distracto por parte del trabajador, ello no es suficiente para correr el velo societario pues : «La inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria es una especie de «sanción» prevista para el caso de que la Sociedad se constituya en

un recurso para violar la Ley, el orden público, la buena fe, o para la frustración de derechos de terceros (art. 54 LSC), pero no en situaciones en que nos hallamos ante una entidad que se encuentra regularmente constituida y que, en función de su actividad social, comete actos ilegales sancionados expresamente por la Ley Laboral, como es el caso del empleo no registrado; es decir, en definitiva, cuando no se utiliza a la Sociedad misma como un instrumento para la comisión de dichas irregularidades.» «La aplicación del disregard en los términos del art. 54 párrafo último, LSC tiene requisitos y alcances diversos a los de la responsabilidad de los directores, contemplada en el art. 274 de dicho Cuerpo normativo.»⁷

La Corte Suprema de Justicia de Tucumán por su parte, en oportunidad de tratar la cuestión dijo: «**Es inmotivado y por ende arbitrario**, el pronunciamiento que omite justificar la aplicación de la disposición normativa que selecciona para resolver el caso, en el marco de un reclamo laboral contra un colegio constituido como sociedad de responsabilidad limitada.»

«La personalidad jurídica de las Sociedades no debe ser desestimada sino sólo cuando se dan circunstancias excepcionales, y por lo tanto la determinación de

los supuestos en los que procede la extensión de la responsabilidad a los socios es de interpretación restrictiva, ya que de lo contrario se dejaría sin efecto el sistema legal que dimana de los arts. 2 de la Ley 19.550 y 33 y 39 del Código Civil.»⁸

En la provincia de Santa Fe, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela, también se enrola en la tesis restrictiva y sostiene: «La inexistencia de maniobras fraudulentas, Sociedades ficticias, abuso de derecho o dirección temeraria con el fin de violar la Ley, hace improcedente el desplazamiento de la personalidad jurídica para hacer caer la responsabilidad solidaria en cabeza del socio gerente de la demandada si en la especie ha mediado solamente registración laboral defectuosa de parte de la firma accionada.» (ABELED0 PERROT No: 70070396 -Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela -Fecha: 12/04/2011- Partes: «Borgogno, Osvaldo E. vs. Mimar S.R.L y/o Druetta, Miguel A.»)

La Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, si bien no hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad en el fallo que se cita a continuación, dejó sentados ciertos criterios por los que no consideró desprovista de fundamentación la sentencia recurrida:

Secretarios

Extensión de la responsabilidad societaria por fraude laboral

«1. La sentencia atacada a través del recurso de inconstitucionalidad local revocó parcialmente la del Inferior y en consecuencia, extendió solidariamente la condena por despido incausado y falta de registro de la relación laboral al code mandado Fernando Riccomi, confirmándola con respecto a Medycin S.A. [...] la presente impugnación no podría, de todos modos, prosperar.[] Así, con relación a los reproches dirigidos a cuestionar la extensión de la responsabilidad a Riccomi en su carácter de administrador de Medycin S.A. cabe señalar que la Sala, enrolándose en una postura que cuenta con suficiente aval doctrinario y jurisprudencial, sostuvo que correspondía responsabilizar «...a los administradores y representantes de una Sociedad cuando no se comportan como un 'buen hombre de negocios', de conformidad con las pautas que brinda el art. 59 de la Ley de Sociedades (L.S.), por entender que tener empleados no registrados contraría este mandato y evidencia de parte de quien administra la Sociedad un comportamiento que lo hace solidario e ilimitadamente responsable por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión» (fs. 1vto/2).

Y, adhiriendo a la postura de un destacado comercialista, expresaron: «...la falta de registración de un trabajador constituye

un supuesto de clandestinidad laboral, o sea un acto contrario a Derecho, y por lo tanto ilícito, que hace surgir en forma directa la responsabilidad de los administradores y de los socios gerentes de la Sociedad, porque no han sido diligentes en los términos en que se lo exige la normativa vigente, responsabilidad que surge no sólo del art. 59 sino también de una interpretación sistemática de los arts. 54, 157, 276 y 279 de la LS, aun cuando traten supuestos de hechos distintos» (f. 2).

Frente a lo expuesto, los comparecientes no logran convencer que el A quo haya dado un enfoque jurídico arbitrario de la cuestión de la extensión de responsabilidad al administrador de la Sociedad empleadora por los reclamos de trabajadores por irregularidades en su registración.

En efecto, el Tribunal tuvo por probado que Fernando Riccomi no sólo era el Presidente del directorio de Medycin S.A. sino quien habría contratado a los actores en nombre de la empresa, por lo que resultaba claro su carácter de representante y/o administrador de aquélla. Además, de tratarse el incumplimiento del caso de «...una de las faltas más graves en que puede incurrir el empleador cual es utilizar figuras no laborales para encubrir el verdadero carácter de la relación, puesto que con esa manio-

bra se priva al trabajador de una serie de beneficios indivisiblemente ligados a la asistencia y a la seguridad social, con grave desmedro de la debida protección». Destacó asimismo que «Se trata nada más ni nada menos de aquello que el art. 14 de la Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T.) califica, receptando el principio de primacía de la realidad, con el nombre de 'fraude a la Ley Laboral'» (fs. 3/3vto.)

Y si bien el tema de la responsabilidad de los directores y administradores de una Sociedad comercial, por incorrecta registración laboral de sus trabajadores, ha sido tratado en forma dispar por doctrina y jurisprudencia, e incluso fue resuelto por el Máximo Tribunal de la Nación en los casos «Palomeque» y «Tazzoli» (aunque referidos solamente a la aplicación del 3er. párrafo del art. 54 de la L.S.C. al ámbito del derecho del trabajo) autorizada jurisprudencia a posteriori de dichos precedentes extienden la responsabilidad patrimonial de la entidad a los directores pero por vía de los artículos 59 y 274 de Ley de Sociedades Comerciales (Cf. «Martínez» A. y S. T. 214, págs. 402/405). »⁹

Los elementos en común que se derivan del análisis de estos antecedentes jurisprudenciales son:

1- Debe encontrarse acreditada la existencia de una Sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del Derecho y con el propósito de violar la Ley que, prevaliéndose de dicha personalidad, afecte el orden público laboral o evada normas legales.

2- Se debe considerar que la personalidad diferenciada de la Sociedad y sus socios y administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre Sociedades Anónimas.

3- La limitación de la responsabilidad en materia societaria constituye un régimen especial.

4- Las Sociedades de responsabilidad limitada son una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía.

5- La extensión de la responsabilidad es una herramienta de carácter excepcional y debe analizarse exhaustivamente y en forma concreta el caso para justificar su aplicación.

6- *La operatoria llevada adelante por la sociedad empleadora de abonar parte de la remuneración del trabajador «en negro» no constituye maniobra fraudulenta,*

desvío del objeto societario o abuso de la personalidad jurídica que habilite el corrimiento del velo societario para comprometer la responsabilidad individual de sus integrantes, directores o administradores (CSJBA«Avila»).

7- La inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria es una especie de «sanción» prevista para el caso de que la Sociedad se constituya en un recurso para violar la Ley, el orden público, la buena fe o para la frustración de derechos de terceros (art. 54 LSC.), pero no en situaciones, en que nos hallamos ante una entidad que se encuentra regularmente constituida y que, en función de su actividad social, comete actos ilegales sancionados expresamente por la Ley Laboral, como es el caso del empleo no registrad;; es decir, en definitiva, cuando no se utiliza a la Sociedad misma como un instrumento para la comisión de dichas irregularidades.¹⁰

Ante estas conclusiones, es oportuno analizar la Legislación societaria y la razón de limitación de la responsabilidad adoptada en ciertos tipos societarios, y asimismo abordar la cuestión relativa al fraude laboral, para de esa forma analizar si este último tiene entidad suficiente para justificar el corrimiento del velo societario o la extensión de responsabili-

dad, en virtud del art. 274 LSC.

La Ley de Sociedades comerciales (19.550) nace como una forma de regular en un cuerpo normativo los principios relativos a la Sociedad comercial como estructura jurídica de la empresa. Si bien la formación de Sociedades, basada en una idea de institución inclusiva de un «interés social» que abarcaría tanto a los aportantes del capital como a los trabajadores y acreedores, en la actualidad se denota que las sociedades conformadas mediante los tipos societarios que permiten la limitación de la responsabilidad (en especial S.R.L. y S.A.), tienen en miras precisamente este fin: separar los patrimonios de la persona jurídica del de los socios, procurando de esa forma resguardar este último frente a los posibles reclamos de los acreedores.

En su artículo 1º establece que: «Habrà Sociedad comercial cuando dos o más personas en forma organizada, conforme a uno de los tipos previstos en esta **Ley, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas.**

El art. 163 establece la limitación de responsabilidad para la Sociedad Anónima y dispone: «[Caracterización]-. El capital

Secretarios

Extensión de la responsabilidad societaria por fraude laboral

se representa por acciones y los socios limitan su responsabilidad a la integración de las acciones suscriptas»

La responsabilidad de los socios se encuentra regulada en la sección VI «De los socios en sus relaciones con la Sociedad» se regulan los derechos y obligaciones que constituyen el «estado de socio». En dicha sección encontramos el art. 54 en su inciso 3o -incorporado por la Ley 22.903- la regulación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica: «La actuación de la Sociedad que encubra la consecución de fines extra societarios, constituya un mero recurso para violar la Lley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados».

La responsabilidad de los gerentes (también se aplica a los directores) o controlantes, se desarrolla en los arts. 59 y 274 LSC.

En relación a la cuestión de la limitación de responsabilidad y, contrario al criterio adoptado por el Procurador General de la Nación y adoptado por la Corte Nacional y por algunas provinciales, en relación a la limitación de la responsabilidad, el Dr. Nissen sostiene que:

«La limitación de la responsabilidad de los accionistas de una Sociedad Anónima (o de los socios de las Sociedades de responsabilidad limitada) no constituye un principio absoluto en nuestro Derecho, ni es contemporáneo con el origen de las Sociedades comerciales (1) y constituye una excepción al principio general de la unidad y universalidad del patrimonio consagrado por nuestro Código Civil. Este excepcional beneficio sólo puede tener vigencia cuando se presentan los siguientes y requisitos. a. Que la Sociedad se encuentre **suficientemente capitalizada**, esto es, que el capital social, concebido como garantía de los acreedores, guarde relación con el pasivo de aquélla o con el nivel de gastos de la compañía. b. Que **toda la actuación** de la Sociedad esté **enderezada a la consecución de fines societarios**, entendidos éstos como la obtención de bienes y servicios (arts. 1º y 54, Ley 19.550).»¹¹

Si bien la Corte Nacional y algunas Cortes provinciales consideran que la normativa societaria es interpretada antojadizamente por los Juzgados y Tribunales Laborales que extienden la responsabilidad a los integrantes de la Sociedad, en virtud de los arts. 54 3er. párrafo, 59 y 274 LSC, al decir que «los jueces laborales han hecho **aplicación de una dis-**

posición de la Ley de Sociedades que no constituye una derivación razonada del Derecho vigente, pues se contrapone con principios esenciales del régimen societario. Han prescindido de considerar que la personalidad diferenciada de la Sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre Sociedades Anónimas y que ésta conforma un régimen especial que se explica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía.»

Ello no es así, pues -a mi entender- no se puede interpretar que se hayan violentado los principios esenciales del régimen societario, ni que con la adopción de soluciones que hacen extensiva la responsabilidad se provoque dejar de lado la constitución de Sociedades. Es oportuno citar, nuevamente, en este aspecto, la opinión del Dr. Nissen que afirma, en relación al fallo Duquelsy: «El fallo no es peligroso para el comercio ni abre ninguna caja de Pandora. Tampoco desalentará la constitución de Sociedades Anónimas, a pesar de que, con toda seguridad, será objeto de las críticas de siempre por parte de quienes, invocando la separación a ultranza del patrimonio de la Sociedad del patrimonio de los socios que la integran, sostienen

a rajatabla y sin excepciones el principio de la limitación de la responsabilidad de los accionistas, olvidando que el carácter de sujeto de Derecho que la Ley confiere a las Sociedades es un mero recurso instrumental en beneficio de los terceros que han contratado con la Sociedad.»¹²

Así las cosas, debemos enfocarnos ahora en el tema del fraude en materia laboral para poder continuar con el análisis propuesto, es decir, si el mismo tiene entidad suficiente para justificar o no la aplicación de los arts. 54 inc. 3º y/o 59 y/o 274 de la Ley de Sociedades Comerciales.

En la actualidad, la búsqueda de optimización de recursos en pos de mejorar los rendimientos (ingresos o ganancias) ha provocado que las empresas recurran a distintos medios para lograrlo. Así, en pos de reducir costos en cuestiones laborales han recurrido a distintas formas que van desde la falta de registración o la registración deficiente hasta la utilización de ciertas figuras, si bien en principio legales, a la luz de la teoría de la primacía de la realidad, algunas veces sólo se traducen como un fraude a la Ley. Ello ocurre por ejemplo, en los casos en que se utilizan servicios de empresas de contratación de personal eventual para la realización de tareas que no revisten tal

carácter o, en los casos en que se esconden relaciones laborales en figuras como la locación de servicios, o cuando se encubre al verdadero empleador detrás de otras personas jurídicas o de existencia real (pero insolventes o con solvencia limitada a la hora de responder), o en los casos en que se abonan salarios «en negro». Mediante la utilización de estos artilugios se está violando el orden público laboral y, en consecuencia, se actúa en fraude a la Ley, eludiendo los alcances de la misma y generando una precarización del empleo que debe ser condenada, a la vez que se están violando normas fiscales y previsionales, lo que afecta a toda la sociedad en su conjunto atentando contra el bienestar general.

El fraude es una figura genérica que abarca cualquier supuesto de evasión o elusión de la Ley, pero también encontramos la figura de la simulación. Esta es más específica y se traduce en una ocultación ex profeso. El Código Civil establece: «Art. 955. La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quie-

nes en realidad se constituyen o transmiten. Art. 956. **La simulación** es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real, y relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter.». Las conductas descritas por estas normas constituyen ilícitos civiles y, en algunos casos, también pueden llegar a encuadrar dentro de la tipología penal o penal económica y/o dentro de casos de defraudación al fisco, como por ejemplo en los casos de empleos no registrados o deficientemente registrados, sobre los cuales no se efectúan los aportes fiscales.

La Ley Laboral posee normas generales en pos de combatir estos casos. Así, mediante los arts. 14 LCT (fraude laboral) y 23 LCT (primacía de la realidad) se han resuelto numerosos casos en que se encubría la verdadera relación laboral existente, y estas mismas normas son las que impregnan -junto con el resto de los principios del Derecho laboral- la solución de las controversias laborales. Sin embargo, existen otras normas específicas que ayudan a remediar estas cuestiones y a las que se puede acudir entendiendo que el Derecho debe interpretarse en su conjunto.

Secretarios

Extensión de la responsabilidad societaria por fraude laboral

Creo que -tal como sostiene la Corte Nacional en numerosos fallos- el Derecho debe ser interpretado tomando en cuenta la totalidad de las normas vigentes. Así, debe darse preponderancia a las mismas pero sin dejar de desconocer que en toda sociedad existen ciertos valores -principios que deben ser respetados-, ya que estos «nos permiten orientar nuestro comportamiento en función de realizarnos como personas. Son creencias fundamentales que nos ayudan a preferir, apreciar y elegir unas cosas en lugar de otras, o un comportamiento en lugar de otro.... son fuente de satisfacción y plenitud. Nos proporcionan una pauta para formular metas y propósitos, personales o colectivos. Reflejan nuestros intereses, sentimientos y convicciones más importantes. [...] se refieren a necesidades humanas y representan ideales, sueños y aspiraciones, con una importancia independiente de las circunstancias. [...] Los valores valen por sí mismos. Son importantes por lo que son, lo que significan, y lo que representan, y no por lo que se opine de ellos. [...] Valores, actitudes y conductas están estrechamente relacionados. Cuando hablamos de actitud nos referimos a la disposición de actuar en cualquier momento, de acuerdo con nuestras creencias, sentimientos y valores. [...] Los valores se traducen en pensa-

mientos, conceptos o ideas, pero lo que más apreciamos es el comportamiento, lo que hacen las personas. Una persona valiosa es alguien que vive de acuerdo con los valores en los que cree. Ella vale lo que valen sus valores y la manera cómo los vive. [...] Pero los valores también son la base para vivir en comunidad y relacionarnos con las demás personas. Permiten regular nuestra conducta para el bienestar colectivo y una convivencia armoniosa. [...] Quizás por esta razón tenemos la tendencia a relacionarlos según reglas y normas de comportamiento, pero en realidad son decisiones. Es decir, decidimos actuar de una manera y no de otra con base en lo que es importante para nosotros como valor. Decidimos creer en eso y estimarlo de manera especial.»¹³

En nuestra sociedad, uno de los valores fundamentales es el respeto a la dignidad del hombre; ello queda patentizado en la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico como normas supra legales: la Declaración de Derechos Humanos y de Tratados Internacionales como el de Derechos Sociales, Civiles y Políticos. En estos, el derecho al trabajo está íntimamente ligado a la dignidad de la persona humana, y la misma Corte de la Nación ha tenido oportunidad de tratar ampliamente los mismos.

Debemos tomar en cuenta que los derechos humanos tienen su punto de partida en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y que estos abarcan múltiples aspectos de la vida del Hombre -entre ellos, los de la persona como trabajador-. Por su parte, los principios del derecho -en especial los del trabajo-, comparten además de ese origen común -la dignidad humana- los mismos propósitos y fines. Ambos, derechos humanos y principios del derecho, dan sustento y justificación a las normas positivas laborales (generales o individuales) y colaborarán para que la dignidad del Hombre sea respetada, reconocida y reclamada.

El derecho a la vida¹⁴-sin el cual no son necesarios ni posibles ninguno de los restantes- es el punto de partida para continuar con los de libertad y seguridad. Para alcanzarlos es necesario, entre otras cosas, contar con la posibilidad de auto determinarse, de tomar decisiones y, para ello, la persona debe contar con los recursos necesarios para lograrlo, recursos legítimos, permanentes, o con cierto grado de permanencia y suficientes -no sólo para sí misma, sino también teniendo en cuenta que el hombre como ser social tiene como núcleo básico a la familia-, por lo que debe pretenderse no sólo el dignificar al individuo, sino a través de él a toda una vida

familiar digna, para que, a partir de ella, se generen proyectos, se comparta cultura, se logre la continuidad del ser, más allá de las expectativas terrenas -sea cuales fueren sus creencias-, tener un núcleo en el cual proyectarse y verse reflejado es, a mi parecer, uno de los motores que moviliza y mantiene vigente a la raza humana en el mundo individualista que estamos viviendo, y lo que le otorga precisamente una de las características que la diferencia de otras especies.

Para ejercerlo plenamente es necesario otro derecho, reconocido universalmente: la libertad.¹⁵

También el hombre como persona que vive en sociedad tiene derecho a la seguridad social, a la satisfacción de derechos económicos sociales y culturales para desarrollar dignamente y en libertad su personalidad.¹⁶ Especialmente tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias y a elegir libremente el mismo, a estar protegido frente al desempleo, a no sufrir discriminación alguna, a obtener una remuneración idéntica a la de otro trabajador que cumpla las mismas tareas, y a que la remuneración le asegure tanto al trabajador como a su familia una existencia digna, lo que se completa con los derechos de asociación,

sindicalización y defensa de sus intereses, además del derecho al descanso y disfrute del tiempo libre.¹⁷

Bajo este análisis, la relación entre los derechos humanos y los principios del derecho del trabajo luce patente. El derecho del trabajo y el derecho al trabajo son derechos humanos, son derechos que deben garantizarse al Hombre - como especie y sin distinción- para asegurarle su dignidad, y los Estados, al suscribir la declaración de los derechos humanos, así lo reconocieron, plasmándolo en una norma positiva como lo es la Declaración citada. Los principios del derecho del trabajo tienen su fundamento en el mismo punto -la dignidad del hombre- y es por ello que se relacionan y coinciden.

Pero no debemos olvidar que los mismos deben respetarse y tienen como límite -la misma declaración lo exige- los derechos de los otros¹⁸.

Hay que tener presente que esta declaración es un **reconocimiento**, es decir, los derechos **corresponden al HOMBRE por naturaleza** -no por estar allí declarados-, en tales acuerdos internacionales sólo quedan patentizados -escritos- comprometiéndose los Estados firmantes a su cumplimiento. Esta Carta

de Derechos fue el punto de partida para el reconocimiento -a través de distintos tratados- de otros derechos como por ejemplo el Tratado de los Derechos Sociales, Civiles y Políticos, entre otros, y los mismos adquirieron fuerza de Ley supra nacional para nuestro país, a partir de la Reforma de 1994.

En definitiva, y a fuerza de reiterar, los derechos humanos y los principios del derecho del trabajo tienen como principio y fin la dignidad de la persona humana como integrante de la sociedad, como base del desarrollo de la familia y del sustento de la raza, y los mismos deben desarrollarse en un clima de armonía, intentando respetar y hacer respetar los mismos.

A finales del siglo pasado (XX), el fenómeno de la globalización irrumpió en el mundo de la mano de la economía y la tecnología y, en principio, sólo se vislumbraron sus ventajas, aunque luego se fueron reconociendo algunos de sus perjuicios.

Entre las desventajas que trajo la globalización, la que más se relaciona con los derechos humanos es, según creo, el imperio de la exclusión. En la sociedad actual existe un numeroso sector donde

Secretarios

Extensión de la responsabilidad societaria por fraude laboral

se patentiza una crisis de valores, valores morales (no monetarios) y se han dejado relegados algunos, a tal punto que la declaración de derechos humanos se ve frustrada en el logro de sus objetivos. Prima sobre todo una tendencia desmedida al consumo, a la acumulación, al individualismo, y se ha tomado al mismo como pauta de comparación para escalar posiciones sociales. Las decisiones que tomamos realzan valores económicos sobre los valores humanos.

Las políticas económicas y el capital sin nombre ni Nación, sin compromiso social ni moral, y sin escrúpulos, ha generado una gran masa de personas que han quedado fuera del sistema y -lo que es más grave- sin posibilidad cercana de incluirse. Ello debido a que han estado mucho tiempo fuera del mercado laboral o porque por falta de recursos para formarse o por falta de políticas educativas u orientadoras se ven sin la capacitación suficiente para acceder al mercado de trabajo [¿Cómo cumplir entonces el objetivo del artículo 23 de la Declaración de Derechos Humanos?]

De acuerdo a datos de la OIT, el mundo enfrenta una crisis del empleo juvenil. Unos 75 millones de jóvenes están desempleados en todo el mundo, y más de

150 millones viven con menos de 1,25 dólares al día (Fuente OIT Oficina Regional América Latina y el Caribe).

Esto acarrea un panorama que preocupa a los dirigentes mundiales y ha llevado a una declaración en la OIT en la que reconoce la existencia de una crisis en relación al empleo y la necesidad de una globalización equitativa, es decir, toma como punto de partida la inequidad de la globalización y la responsabiliza indirectamente por las consecuencias de la misma; alude a que hay que «abordar la dimensión social de la globalización». En tal sentido, estableció el Pacto Mundial para el Empleo (19/06/09): *«El respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo es fundamental para la dignidad humana.» «También es esencial para la recuperación y el desarrollo.» «El respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo es fundamental para la dignidad humana. También es esencial para la recuperación»*

Y, al final de la misma, hace un llamado que resalta la gravedad que para la organización reviste el tema: *«Necesitamos poner en práctica este compromiso. Todos tenemos una responsabilidad colectiva con el futuro. Tenemos el mandato de actuar ahora, y si trabajamos juntos con seguridad vamos a tener éxito»¹⁹.*

La crisis de valores que vivimos ha llevado a que, pese al esfuerzo de muchos miembros de la sociedad, comprometidos en el desarrollo de la persona humana y del pleno goce de sus derechos fundamentales, la declaración del 2009 no ha sido suficiente, o bien no ha enfrentado la crisis con suficiente antelación, por lo cual se han acrecentado los problemas de injusticia, disgregación, desempleo, exclusión.

Es necesario buscar la vía de compatibilizar la globalización con los derechos humanos porque de otra forma estos últimos perecerán bajo el imperio de la primera.

Recientemente el Director General de la OIT en el día Mundial de la Justicia Social sostuvo:

«En un proceso de globalización cada vez más ineficiente en el que dos motores clave – la desreglamentación del sector financiero y la liberalización mundial del comercio – están en crisis, el mundo del trabajo se ha convertido en fuente de muchas injusticias. Hay muchos motivos de preocupación en este Día Internacional de la Justicia Social. Este momento histórico requiere una nueva manera de pensar y soluciones creativas para generar un progreso económico acompañado de justicia social.»

Cualquiera que sea el nivel de desarrollo, hay que centrarse en un trabajo de calidad que confiera dignidad a las personas en el presente y les infunda esperanza para el futuro; hay que servir los intereses de la gente, las empresas, la economía y el medio ambiente, enfocando de manera equilibrada las funciones del Gobierno, las empresas, los trabajadores y la sociedad civil»²⁰.

En conclusión, necesitamos comprometernos -en todos los niveles y artífices del mundo global en que vivimos- para otorgar y otorgarnos dignidad a las personas, y para que una de las principales fuentes generadoras de dignificación sea a través de la realización, del trabajo y de la familia.

Nuestra legislación laboral, pese a los embates que ha sufrido por las leyes de flexibilización laboral dictadas en la década del '90 -consecuencia directa de la globalización- ha logrado sobrevivir en el respeto por los derechos fundamentales de las personas, gracias a la incorporación como norma supra nacional de los Pactos Internacionales a la Constitución Nacional en el año '94 con la Reforma, lo que provocó la declaración de inconstitucionalidad de dichas normas flexibilizadoras y, en definitiva logró mantener

-en cierta forma- el respeto por de los principios del derecho del trabajo y los derechos del hombre.

Sin embargo, me pregunto: si la normativa laboral cumple en proteger derechos fundamentales del hombre, por qué se insiste desde algunos sectores en priorizar la normativa comercial -de orden económico- sobre estos derechos fundamentales. No se puede negar que la economía, a través de la promoción de formas de organización del capital, es la que permite la existencia de fuentes de trabajo, pero tampoco podemos negar que se benefician del producido por ese trabajo y que esa organización debe - como cualquier otra- respetar la Ley y, de esa forma, respetar los valores existentes en la sociedad en que se desarrollan; la honestidad y el respeto de la dignidad del hombre como formas de generar bienestar social y, a través del mismo, paz social. Generar riquezas limitando la responsabilidad y utilizar formas contractuales en fraude a la Ley, amparándose luego en esa limitación, es violatorio no sólo de los valores humanos sino una burla para la sociedad.

Por otra parte, los fallos de la Corte en los que se pone énfasis sobre cuestiones económicas sobre los derechos de los

trabajadores, generan un interrogante y, al no haberse abierto el debate sobre la extensión de responsabilidad con la actual integración de la Corte, el mismo permanece vigente. Sin embargo, los jueces laboristas no tienen dudas al respecto y, en su mayoría, hacen primar el derecho al trabajo sobre cualquier otra cuestión.

Ejemplos de ello lo constituyen los antecedentes Delgadillo Linares y Duquelsy, en los que se resolvió que cuando la relación laboral no fue debidamente registrada, genera un beneficio económico y coloca a la empresa en una mejor condición para competir en el mercado por la disminución de los costos laborales y, en este entendimiento, hizo aplicación del art. 54 LSC, responsabilizó por estos actos a los socios y consideró para ello que se violentó el orden público (laboral arts. 7, 12,13 y 14 LCT), la buena fe (art. 63 LCT) y frustró derechos de terceros (trabajador, sistema previsional, de seguridad social, empresarial). Asimismo, en relación a una coaccionada respecto de la que no se había probado la calidad de socio, se le imputó responsabilidad por el art. 274 LSC.²¹ Siguiendo estos lineamientos, actualmente y, pese a los antecedentes de la Corte de la Nación y de la provincia de Buenos Aires, las Cámaras

Secretarios

Extensión de la responsabilidad societaria por fraude laboral

Laborales han extendido la condena a los administradores de las Sociedades comerciales, sosteniendo que no pueden ignorar desde el estándar de buen hombre de negocios y por el principio de buena fe (activa) la relación irregular que ligaba a los actores con la empresa²².

También se ha resuelto que: «... No caben dudas respecto a que las Sociedades Anónimas constituyen «una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía», sin embargo no debe obviarse el carácter de «herramienta» destinada al logro de fines útiles a la sociedad y su inclusión dentro del orden jurídico; en él la Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, considerando como tales al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos, o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres (art. 1.071 del Código Civil), calificado por Lidia Vaiser («El abuso del derecho en los procesos concursales», publicado en *Jurisprudencia Argentina Número especial Derecho Concursal*, Coordinadores Francisco Juyent Bas y Carlos A. Molina Sandoval, 03.12.2003) como « Más que un norma es un verdadero axioma del Derecho». El art. 1.071 del Código Civil, «resulta, a no dudarlo, una norma fundamental

en la restricción del abuso y un soporte monumental en el plano de todo conflicto jurídico, cualquiera fuere la esfera normativa que aborda en su núcleo central». Concluye la autora: «¿Podría acaso un Juez tolerar -por el modo que fuera- un abuso o fraude a la Ley?». La respuesta debe ser negativa: la razón de ser de la Sociedad Anónima y de la personalidad diferenciada de los socios y la Sociedad, es su utilidad social y de ninguna manera puede apoyarse que se cometan fraudes a la Ley; en este caso laboral y previsional, realizados de acuerdo con la prueba por aquellas personas, directivos de la empresa, a quien la demanda intenta responsabilizar solidariamente.

e. Este marco fáctico se ajusta a la descripción de aquellos hechos que, de acuerdo con el art. 54 de la Ley 19.550, permiten prescindir de la personalidad diferenciada y responsabilizar a los socios o controladores que la hicieron posible. Así, el tercer apartado del art. 54 sanciona la responsabilidad de los directivos societarios, estableciendo que «...la actuación de la Sociedad que encubra la consecución de fines extraordinarios, que constituya un mero recurso para violar la Ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes respon-

derán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados». [] f. Al respecto, cabe anotar que, **si bien puede ser difícil demostrar que la Sociedad fue utilizada con el fin de no cumplir o violar la Ley, no es necesaria la prueba de la intencionalidad de utilizar la Sociedad, para que las obligaciones pendientes resulten imputables al socio responsable que deberá hacer frente con su patrimonio a las mismas cuando, objetivamente, las conductas perjudiciales e ilegales son manifiestas, como en este caso en que se abonaba la remuneración parcialmente en forma clandestina. Se trata de extender la imputación, no sólo como manera sancionatoria, sino también como forma de preservar los derechos del afectado.** Si bien la Sociedad sigue siendo el sujeto obligado, se extiende a los directivos la relación pasiva por un accionar ilegítimo que hace caer su cobertura técnica condicionada que le proporciona esa personalidad limitada. Es como si en el teatro griego se cayera el «prósopon» o en el teatro romano la «persona» y quedara el actor desnudo ante el público, sin la máscara con altavoz incorporado que lo convertía en personaje y le permitía, mediante su prosopopeya, comunicarse con el público. g. Esta lectura **se refuerza a la luz de lo dispuesto por el art. 274 del mismo régimen legal, que expresamente sancio-**

na la responsabilidad de los directores de las Sociedades, «hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la Ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave». No hace falta demasiada argumentación para concluir en que **la clandestinización parcial de la remuneración del actor ha vulnerado las leyes previsionales y el art. 52 de RCT, así como que ha dañado al actor. Resolver de otro modo sería recaer en la relación inter/humana denominada «cainesca»** por Levinas («De otro modo que ser, o más allá de la esencia», *Sígueme, Salamanca, 1995, pág. 54*), en la que uno mata al otro a pesar de la fraternidad primordial o sería incorporar en lo interpersonal el «estado de jungla colectivo» en que vivimos y que fuera estudiado por Carlos Auyero («del Estado de jungla a la recreación de la República», Bs. As., 1984). Como hemos de cuidar que ambas realidades (la cainesca, la de jungla) no nos infeccione en lo personal como si fuese una herramienta de sujeción, ciertamente indicada por Hobbes con su famoso «homo hominis lupus», la sentencia debe revocarse en este aspecto y hacer extensiva la condena a Graciela Noemí Dubinsky»²³

También se ha resuelto: «El estándar de la confusión personal en la Doctrina del alter ego, piercing of the veil, penetración o disregard tradicional, se presenta cuando una sola persona física domina la Sociedad, como socio mayoritario, a veces presidente y prácticamente dueño»²⁴

«Si la forma societaria deviene en un recurso detrás del cual los particulares se esconden para medrar con sus beneficios, sin dar nada a cambio, burlando a la comunidad que ha creído en ellos, lo más correcto es el descorrimiento del velo y que la responsabilidad sea completa, como lo fue en sus orígenes.»²⁵

Es aplicable el art. 23 LCT toda vez que la prestación de servicios personales para el empresario hace presumir la existencia de un contrato de trabajo; incumbiéndole a este último acreditar el carácter autónomo de los servicios prestados.» [«De la sola mención de que el actor tenga experiencia en el rubro y diversidad de contactos no puede inferirse que tenga una organización propia; tampoco el hecho que facturase sus servicios a la demandada, resulta suficiente para descartar el carácter dependiente de los servicios.»] [«Resultan responsables solidariamente por la condena las personas físicas codemandadas pues se comprobó la reali-

zación de servicios no registrados por lo que se violentaron disposiciones fundamentales de la Ley Laboral y Previsional. En este sentido, sostiene que «Tampoco tendrá favorable recepción la queja respecto de la extensión de responsabilidad solidaria a los codemandados Patricia Elena Napolitano y Pablo Gustavo Reale. Ello puesto que resultan responsables solidariamente por la condena de autos, pues habiéndose comprobado la realización de servicios no registrados, se han violentado disposiciones fundamentales de la Ley Laboral y Previsional, situación que cae en las disposiciones de los arts. 54, 59 y 274 de la LSC.»²⁶

En la provincia de Santa Fe se ha seguido la postura de las Cámaras Nacionales del Trabajo y de numerosos laboristas. Así por ejemplo la Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Rosario, Sala I, en la causa «Romo Juan J. v. Imbef SRL» sostuvo: «... la Sociedad no tuvo -al menos en el período de que se trata, últimos de la relación laboral- actuación como tal, no llevando libros, ni registraciones en legal forma; confundiendo su patrimonio con el de los socios, enajenando inmuebles, sin que se acredite el ingreso del dinero a la Sociedad, ni -en su caso- su destino. [...] fueron los socios administradores quienes posibilitaron y llevaron adelante

Secretarios

Extensión de la responsabilidad societaria por fraude laboral

dicha actuación, omitiendo además, ingresar durante largos períodos aportes retenidos al actor, y ocurrir a los medios legales previstos en la Legislación para el estado de iliquidez que postulan, que, en su caso, agravaron con las enajenaciones apuntadas, dejando a la Sociedad sin patrimonio y en virtual estado de «abandono». [] La insolvencia de la Sociedad no se debe entonces a políticas empresariales -no justiciables- que a la postre resultaron erradas o no dieron los resultados esperados, o a la «crisis» del país, sino a la **actuación de la Sociedad fuera de la Ley, y a la conducta y omisiones de los socios administradores notoriamente ajenas a sus deberes.** [] Consecuentemente, la Sociedad se convirtió en un recurso para violar la Ley, la buena fe y frustrar derechos de terceros, como en el caso, el actor, debiendo responder los socios administradores solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados (art. 54 LS)...., a partir de su falta de existencia como tal, resultó una interposición fraudulenta, a los efectos de burlar los derechos del trabajador. [] A igual solución se arriba teniendo en cuenta que los socios administradores no obraron con lealtad y la diligencia de un buen hombre de negocios, siendo entonces responsables por los daños y perjuicios resultantes de su acción u omisión (art. 59 LS). []... **Dichos**

daños son los ocasionados al actor quien, ante la insolvencia de la Sociedad, no pudo percibir de la Sociedad su acreencia de carácter laboral. La relación causal entre los incumplimientos y el daño luce clara, atento la deficiente administración, la confusión de su patrimonio con el de los socios, no ingresando a la Sociedad dinero de la misma. [] Obsérvese además el proceder de los responsables de la administración de la Sociedad, que negaron la deuda salarial cuyo pago -previo a considerarse despedido- había intimado el trabajador, no ofreciendo luego prueba alguna para justificar el abono. **Dicha conducta, temeraria y maliciosa, con conocimiento de la propia sinrazón, no pudo sino tender a obstaculizar los derechos del trabajador, dilatar la declaración de la deuda, y con ello dificultar la posibilidad de cobro.»**²⁷

Luego de todo lo expuesto, pese a que la Corte de la Nación no se ha expedido con su actual integración en relación al tema, aunque uno de sus integrantes sí lo ha hecho en reiteradas ocasiones²⁸, me atrevo a sostener que la postura que debe primar es la adoptada por los Tribunales del Trabajo, ello en virtud de la primacía que tiene el Derecho laboral en su relación con los derechos del hombre y la dignidad de la persona humana y por

el respeto que debemos guardar por los valores que existen en la sociedad. El respeto a las leyes es uno de ellos; dejemos de ser un país al margen de la Ley (como sostuvo Carlos Nino), no admitamos violaciones al amparo del resguardo tras la limitación de la responsabilidad societaria y, en cambio; exijamos que esa limitación de responsabilidad surja como un resguardo para aquellos que sí encaminen sus actos en el marco legal.

Para finalizar, me gustaría nuevamente citar a Eva Joly: **«A los ojos de la historia, nuestra generación cargará con la responsabilidad de haber dejado desarrollarse, en la estela de la globalización, gérmenes letales para la democracia. La banalización de la corrupción es, de hecho, el reverso de una sociedad mercantilista en donde el dinero tiende a convertirse en el único criterio de valor y el único horizonte del individuo»**²⁹ ■

¹ Eva Joly: «Impunidad – La corrupción en las entrañas del poder- ¿Queremos vivir en este mundo?» Fondo de Cultura Económica, 2003 págs. 193 y 200

² RECURSO DE HECHO, Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro.- Dictamen del Procurador General Felipe Daniel Obarrio- Buenos Aires, 23 de octubre de 2001. - P. 1013. XXXVI

³ «Tazzoli, Jorge Alberto c/ Fibracentro S.A. y Otros S.A. s/ despido.» Procuración General de la Nación. Buenos Aires, 7 de noviembre de 2002. - FELIPE DANIEL OBARRIO - T. 458. XXXVIII

⁴ Dictamen de la Procuración General de la Nación - FELIPE DANIEL OBARRIO-; RECURSO DE HECHO CARBALLO, ATILANO c/ KANMAR S.A. (en liquidación) y otros. Buenos Aires, 12 de septiembre de 2001

⁵ ABELEDO PERROT No: 70021556 - Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires Fecha: 31/08/2005 - «Ávila, Carlos v. Benjamín Gurfein S.A. y otros» - Publicado: RDLSS 2006- 7-622.

⁶ <http://www.iprofesional.com/notas/110419-Condennan-solidariamente-a-Felfort-y-a-empresa-de-servicios-eventuales-por-fraude-laboral>;
<http://www.prensapuradigital.com.ar/?p=37870>;
<http://www.ambito.com/noticia.asp?id=593713&seccion=Economia&fecha=21/07/2011>

⁷ Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires - 25/04/2007 – «Cortina, Carlos vs. Power Tools

S.A.C.I.F y otros» ABELEDO PERROT No: 70047409

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala laboral y contencioso- administrativa - 16/04/2012 - «Alcaino, Rafael F. y otros vs. Colegio Santo Tomás S.R.L. y otros»- Publicación: APJD 21/06/2012)- ABELEDO PERROT No: AP/JUR/1026/2012

⁹ A Y S t216 P 231-235. Santa Fe, 18 de octubre del año 2006. «BRACCO, Angel José y RASCÓN, Adrián Alejandro c/ RICCOMI, Fernando y/o MEDYICIN S.A. -Cobro de Pesos- (Expte. 322/03)» (Expte. C.S.J. No 134, año 2006); queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los codemandados Medycin S.A. y Fernando Javier Ricconi contra la sentencia 168 del 9 de junio de 2005, dictada por la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral de la ciudad de Rosario

¹⁰ SCJBA «Cortina»

¹¹ Autores: NISSEN, RICARDO A.- «Un magnífico fallo en materia de inoponibilidad de la personalidad jurídica»; L.L.1999-B, Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III (CNTRAB) ~ 1998/02/19 ~ DUQUELS, SILVIA C. FUAR S. A. y otro

¹² Ídem cit. 6

¹³ JUAN CARLOS JIMÉNEZ: «El valor de los valores en las organizaciones»

¹⁴ En este aspecto, la Declaración Internacional de DERE-

CHOS HUMANOS de 1948 establece: «Artículo 1- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.» - «Artículo 3o. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.»

¹⁵ «Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.» (art. 4 DIDH 1848)

¹⁶ «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.» (art. 22 DIDH 1848)

¹⁷ Artículo 23 DIDH: «1.Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.

3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquier otro medio de protección social.

4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a

Secretarios

Extensión de la responsabilidad societaria por fraude laboral

sindicarse para la defensa de sus intereses.»

«Artículo 24 DIDH - Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.»

¹⁸ DIDH 1948 - Artículo 29- 1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas

¹⁹ JUAN SOMAVIA ex Director General de la OIT «Para Recuperarse de la Crisis Pacto Social para el empleo 2009» - Publicación de la Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, 1a edición, 2009 – en: [www.ilo.org](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_115078.pdf)
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_115078.pdf
http://www.oit.org.ar/portal/index.php?view=article&catid=23%3Anoticias&id=297%3Apara-recuperarse-de-la-crisis-un-pacto-mundial-para-el-empleo&format=pdf&option=com_content&Itemid=396

²⁰ JUAN SOMAVIA ex Director General de la Oficina Internacional del Trabajo -Mensaje con motivo del Día Mundial de la Justicia Social - 20 de febrero de 2012- «Una nueva Era de justicia social» en [www.ilo.org](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/media-centre/statements-and-speeches/WCMS_173508/lang-es/index.htm);
http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/media-centre/statements-and-speeches/WCMS_173508/lang-es/index.htm;

²¹ CNAT SALA III - «Duquelsy, Silvia c/Fuar S.A. y otro»- 19/2/1998.: «... la relación laboral.....no fue debidamente registrada....., dicha conducta constituye un típico fraude laboral y previsional, ya que tiene normalmente por objeto y efecto disminuir en forma ilegítima la incidencia del salario normal en las prestaciones complementarias o indemnizatorias y en los aportes al sistema de seguridad social. El pago en negro perjudica al trabajador, que se ve privado de aquella incidencia; al sector pasivo, que es víctima de la evasión, y a la comunidad comercial en cuanto, al disminuir los costos laborales, pone al autor de la maniobra en mejor condición, para competir en el mercado, que la reservada a otros empleadores respetuosos de la ley.[] El art. 54 de la Ley 19.550, en el último párrafo agregado por la Ley 22.903, dispone «La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituye un mero recurso para violar la Ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados». [] No podría decirse que el pago en negro encubre en este caso la consecución de fines extrasocietarios, puesto que el

principal fin de una sociedad comercial es el lucro; pero sí que constituye un recurso para violar la Ley, el orden público (el orden público laboral expresado en los arts. 7º, 12, 13 y 14 de la lct), la buena fe (que obliga al empresario a ajustar su conducta a lo que es propio de un buen empleador, art. 63 de la lct) y para frustrar derechos de terceros (a saber, el trabajador, el sistema previsional, los integrantes del sector pasivo y la comunidad empresarial, según ya se ha indicado). [], no se ha probado que la codemandada... fuera socia de Fuar S.A.,... y en virtud de lo dispuesto por el art. 274 de dicho Cuerpo legal responde ilimitada y solidariamente ante los terceros -entre quienes se encuentra la actora-, por la violación a la Ley -supuesto que se encuentra configurado en el caso, en virtud de lo señalado precedentemente- ya que no ha probado que se opusiera a dicho actuar societario, ni mucho menos que dejara asentada su protesta y diera noticia al síndico de la misma, único medio de eximirse de tal responsabilidad»

²² CNTRAB – SALA I – SD 87427 – CAUSA 46.171/09 – «D’ Andrea Gerardo Andrés c/ Sastre Gastón Ernesto y otros s/ despido» 29/02/2012: «Considero que debe modificarse este aspecto de la decisión y extender los efectos de la condena únicamente respecto del Sr. Gastón Ernesto Sastre.- [] Esto lo afirmo porque, como ya lo sostuve en casos anteriores..., corresponde hacer extensiva la condena a las personas físicas administradores de sociedades comerciales porque las mismas por regla no pueden ignorar, desde el estándar de «buen hombre de negocios» (arts. 59 y 274 Ley 19.550) y conforme una noción de buena fe activa y no meramente pasiva que impera en

el derecho patrimonial argentino, las irregularidades de los vínculos laborales, que, como el del demandante, ligan al ente colectivo.- [] En el caso de autos, si bien no soslayo que la sociedad demandada es una sucursal de una sociedad constituida en el extranjero, igualmente corresponde la aplicación de tal criterio, en virtud de lo normado por el art.121 de la Ley de Sociedades Comerciales que establece que «el representante de Sociedad constituida en el extranjero contrae las mismas responsabilidades que para los administradores prevé esta Ley y, en los supuestos de Sociedades de tipos no reglamentados, las de los directores de Sociedades Anónimas...».- [] De este modo, demostrado que el Sr. Gastón Ernesto Sastre revestía la calidad de representante de la firma Azul Tel Inc. en nuestro país....., corresponde extender la condena dispuesta en origen con la Sociedad demandada. []... la medida de la responsabilidad del referido codemandado, estimo que debe ceñirse, en el caso de autos, al pago de aquellos rubros que guardan una relación causal adecuada con la transgresión legal que se le imputa subjetivamente, es decir, que el administrador haya mantenido o avalado, desde la acción o la omisión, la clandestinidad de la relación laboral; en otras palabras, desde un operar activo o aun desde una reprochable pasividad.»

²³ CNAT SALA VI- «cabrera pedro arsenio c/seven seas s.a. y otro s/despido» del Voto del Dr. RODOLFO ERNESTO CAPON FILAS - Sentencia 57129 EXPEDIENTE N° 21.800/2001 del Juzgado del Trabajo N° 4 Buenos Aires, 27 de abril de 2004

²⁴ Sumarios ABELEDO PERROT No: 1/70071734-1

²⁵ CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, sala III, Fecha: 11/08/2011 Partes: GIRADO, SERGIO A. v. Rioja, Ricardo M. y otros» Sum. ABELEDO PERROT No 1/70071734-3

²⁶ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI -Fecha: 15/06/2010 -Partes: Feinmann, Enrique v. Protenar S.A y otros- ABELEDO PERROT No: 70066455

²⁷ Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Rosario, sala I – 17/12/10 «Romo, Juan J. vs. Imbef S.R.L.» -ABELEDOPERROT No: 70067752

²⁸ Ver votos en disidencia del Dr. LORENZETTI en causas como: «Recurso de hecho deducido por Juan Carlos Rodríguez Martorelli en la causa Ravecca, José Hilario c/ Romaical S.R.L. y otros» del 05/09/06; «Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Vázquez, Fabián Ariel y otro c/ Konttrolar S.R.L. y otro» 03/07/07; «Recurso de hecho deducido por la Organización de Remises Universal S.R.L. en la causa Ventura, Guillermo Salvador c/ Organización de Remises Universal S.R.L. y otros» 26/02/08; «Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Sansonetti, Miguel Angel y otros c/ La Internacional Empresa de Transporte de Pasajeros S.A. y otros» 08/04/08, entre otras

²⁹ EVA JOLY, ob cit., pág. 200

Sugerencias para la optimización de la Gestión Judicial



DRA. JÉSSICA CINALLI

Secretaria del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial,
13^a Nominación. Rosario.

DRA. JORGELINA ENTROCASI

Secretaria del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial,
14^a Nominación. Rosario.

Los cambiantes y exigentes requerimientos de la sociedad actual plantean el desafío de repensar la organización de la Justicia, de manera tal de asegurar su eficiencia para que se cumpla con la última finalidad del aparato judicial de dar a cada uno lo que le corresponde, a fin de mantener la paz social.

Son tiempos en los que se ha abierto el debate sobre la calidad democrática del Poder Judicial, impulsándose por parte del Ejecutivo una Reforma judicial que, para gran parte de los operadores de la Justicia, no resulta acorde con la Constitución, en el entendimiento de que la democracia exige un Poder Judicial independiente.

Resulta necesario que quienes formamos parte del Poder Judicial evaluemos el modo en el que impacta en la ciudadanía en general nuestra actividad, pero cabe destacar que, a pesar de las críticas que remarcan la falta de confiabilidad en el sistema, las personas siguen recurriendo

a la Justicia como alternativa para la resolución de sus conflictos, y ésta es la tarea a la que debemos abocarnos.

En este marco, nuestro mayor esfuerzo se concentra en lograr una organización de la oficina judicial que se traduzca en un mejor servicio de justicia, buscando permanentemente la manera de simplificar y sistematizar tareas, aprovechar al máximo los recursos materiales y humanos, y hacer lo mejor posible con los medios con que contamos a nuestro alcance.

Hemos aprendido sobre la importancia de la motivación, el liderazgo y la capacitación.

En cuanto a la motivación, los tres elementos claves que la definen son: el esfuerzo, las metas organizacionales y las necesidades. El esfuerzo individual debe ser controlado y dirigido hacia el logro de la meta organizacional (eficacia del servicio de justicia) para que el esfuerzo

Secretarios

Sugerencias para la optimización de la Gestión Judicial

no se diluya en otras metas personales. Por ello, quien dirige, debe marcar objetivos claros y alcanzables, e interesarse por las metas -tanto personales como profesionales- de cada empleado para ser asertivo en la asignación y distribución de las tareas. Asimismo, planificar reuniones con el equipo de trabajo que le permita descubrir cuáles son las actitudes que valoran los integrantes del Organismo.

En lo que hace al liderazgo que deben ejercer los jefes de la oficina, la aceptación por parte del equipo de las acciones o decisiones de trabajo que encaren dependerá en gran parte del despliegue en lo personal y profesional de actitudes que lo conviertan en un verdadero líder. A tal fin, se destacan el autoconocimiento, la creatividad, la actitud innovadora, la flexibilidad, la capacidad de absorber tensión y convertirla en oportunidades, la sensibilidad hacia las personas y el desarrollo de relaciones constructivas, el respeto, el saber priorizar y discriminar cuáles son las tareas productivas, la empatía y la humildad.

Otro componente de relevancia para una

organización es la capacitación de todos los integrantes del equipo de trabajo, que permita desarrollar habilidades o actitudes indispensables para rediseñar y mejorar los procesos del sistema de Justicia.

Llevados estos conceptos a nuestro quehacer cotidiano, como punto de partida proponemos la identificación de los problemas en el sistema, solucionables, sin necesidad de Reforma alguna, normativa o presupuestaria.

- En materia de Recursos Humanos delinear cada una de las funciones que requiere el desenvolvimiento de la oficina, para lo cual sería de suma utilidad: 1) la confección de manuales operativos para cada puesto de trabajo; 2) la optimización de la función del Prosecretario, a partir de la delegación de funciones del Secretario que permite la Ley orgánica; 3) la utilización eficaz del sistema de calificaciones dando a cada uno la puntuación que merezca realmente; 4) la conformación de una Oficina de Recursos Humanos de la Corte Suprema de Justicia que evalúe perfiles, aptitudes, intereses y experiencia, a fin de la ade-

cuada asignación del personal en cada una de las dependencias; 5) la previsión de un sistema de personal volante (administrativos y funcionarios) que permita cubrir las licencias que se produzcan.

- En materia de recurso tecnológicos: 1) refinamiento del sistema informático vigente para que los abogados puedan efectuar consultas de todo tipo vía internet y que permita prescindir de los registros manuales, hasta llegar a la digitalización completa del expediente; 2) utilización de la firma digital en todos los usos que sean funcionales a la celeridad del proceso.

- En materia jurisdiccional: solucionar los problemas eficientemente en el menor tiempo posible, a partir de la observancia de los principios de oralidad e inmediatez: 1) escucha activa sobre cuestiones procedimentales en Secretaría que permitan evitar incidentes, re encausar los procesos, bajar el nivel de conflictividad, etcétera.; 2) frecuente utilización de la audiencia de conciliación del artículo 19 del CPCC por parte del Juez, con el fin de conciliar a las partes y extinguir el proceso.

En resumen, creemos que el mejoramiento de la crisis judicial y el nacimiento de un nuevo paradigma dependen en gran parte y en lo que a nosotros concierne, de que los Magistrados y funcionarios ejerzan su liderazgo en forma eficaz, a partir de su propia capacitación y del apoyo tecnológico y humano que les permita actuar y dar respuestas de manera eficiente, rápida y oportuna a los justiciables ■

Unidad de información y atención de víctimas y denunciantes del Ministerio Público Fiscal

Fiscalía de denuncias
y de violencia familiar



DRA. MAGDALENA MARÍA MAZZINI

Secretaria de la Unidad de Información y Atención de Víctimas
y Denunciantes del Ministerio Público Fiscal.

I - Introducción

El 25 de noviembre de 2009 se reunió en Acuerdo Ordinario la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe y en el punto 5o del Acta N° 50 plasmó la Creación y Reglamentación de las Unidades de Información y Atención de Víctimas y Denunciantes del Ministerio Público Fiscal¹. Comúnmente denominada, o más conocida, como Fiscalía de Denuncias o Fiscalía de Denuncias y de Violencia Familiar, esta Unidad de Información y Atención a Víctimas comenzó sus primeros pasos colaborando con las Fiscalías de turno en la recepción de denuncias, hasta que comenzó su funcionamiento a pleno, el día 1° de Marzo de 2010. Dotada de un Acta de creación, un Reglamento y un Protocolo de Actuación, esta Unidad inició su camino.

Se buscaba asegurar los derechos de la víctima, otrora cuasi ausente en el vetusto proceso penal, de corte predominantemente inquisitivo, en trance de extinción, hacia un esquema dispositivo y atendente de este segmento de la ecuación procesal, quizá el más interesado en que el proceso llegue a su fin, o el conflicto se solucione, supere o extinga. La víctima brega, a través de esos avances organi-

zativos y legislativos, por tener presencia activa con voz y voto en las resoluciones de los conflictos que lo han tenido como actor secundario y silencioso de la obra procedimental. La víctima comienza a tener ahora presencia y a recibir atención.

Esta Unidad brinda un servicio que, como pilar y, de acuerdo a su Protocolo de Actuación, debe ajustarse a las normas del buen trato digno y respetuoso. El atendente debe adaptar tanto su escucha como la respuesta a brindar, a las condiciones personales del compareciente, su nivel de instrucción y su capacidad de comprensión.²

A partir de esta premisa, esta Unidad -que es parte integrante del Ministerio Público Fiscal- se erige con el propósito de asegurar los derechos de las víctimas garantizados por la Carta Magna, en lo que respecta a las posibilidades de encontrar adecuada respuesta institucional a sus conflictos; empalma en la búsqueda -hablando de objetivos- de agilizar la recepción y valoración temprana de las denuncias, que antes de la existencia de esta Oficina ingresaban a las Fiscalías, de facilitar la aplicación de criterios y métodos alternativos de resolución de conflictos, de garantizar una adecuada comunicación y fortalecimiento de las

relaciones entre la comunidad y el servicio de Justicia, buscando el más sencillo, simple y pronto acceso a la Justicia, cuya burocratización engalana la lentitud.

Son objetivos de esta Oficina el contar con un adecuado modelo de depuración temprana de denuncias que permita y dé posibilidad a los Fiscales para concentrarse específicamente en la labor investigativa y acusatoria encomendada a su Ministerio; descomprimir de esta manera el trabajo de los Fiscales, sobre todo durante el turno, administrando de manera funcional el uso de los recursos y disminuyendo el tiempo de respuesta. Mediante la eliminación de la recepción de denuncias por parte de cada una de las Fiscalías; se evita así que pasen por la atención de los Fiscales de Primera Instancia -racionalización de los recursos para un más eficiente servicio de Justicia y mejor atención de las víctimas y denunciantes- las causas que en principio puedan ser resueltas con la aplicación de algún medio alternativo de resolución de conflictos. De esta manera se optimiza la función de las Fiscalías de turno, al descomprimir la tarea, sacando de sus hombros la atención al público, que necesita una derivación o respuesta no penal.

Secretarios

Unidad de información y atención de víctimas y denunciantes del Ministerio Público Fiscal

Esta Unidad conformaría el primer contacto del consultante o denunciante con el Poder Judicial. El mismo viene con toda la impronta anímica que le genera su conflicto personal e interpersonal, cualquiera sea: angustia, indignación, pena, miedo, o el sentimiento acuciante que fuere. Esa tromba anímica repara en esta Oficina, cuyo personal requiere principal entrenamiento en la escucha de quien viene a «descargar» su conflicto; este individuo demanda la debida y cabal atención de quien está escuchando. El conflicto verbalizado se mitiga, y cuando es derivado -en principio- el individuo ya recibió una inicial contención emocional que lo tranquiliza *ab initio*, o suele hacerlo.

Descongestionar el trabajo de las Fiscalías ha sido la labor primordial de esta Unidad y, al aunar o concentrar la recepción de denuncias -con unidad de criterio- en una sola oficina, se busca disminuir el tiempo de respuesta y otorgar solución adecuada a un segmento relevante de denuncias que ingresan al sistema.

II - La víctima

Es la víctima la protagonista en ascenso en torno a la cual gira esta Unidad. El Mi-

nisterio Público Fiscal, como representante de la sociedad, del Estado y de la víctima, organiza sus recursos unificando la primera atención personalizada del individuo que arriba con su conflictiva a esta Unidad, de manera personalizada y con escucha activa. Los métodos alternativos de resolución de conflictos, la aplicación del principio de oportunidad, de comunicación con organizaciones e instituciones alineadas en la defensa social y garante del bien común, entran a interrelacionar en la procura de la respuesta pronta y adecuada a las necesidades de cada problemática.

Derechos de la Víctima³ - Las autoridades intervinientes en un procedimiento penal garantizarán a quienes aparezcan como víctimas u ofendidos penalmente por el delito, los siguientes derechos:

- 1) a recibir un trato digno y respetuoso,
- 2) a la documentación clara, concisa y exhaustiva de la lesiones o daños que, se afirman sufridos, por causa del hecho motivador de la investigación,
- 3) a obtener información sobre la marcha del procedimiento y el resultado de la investigación, debiendo notificársele fecha, hora y lugar del juicio, así como la

sentencia final cuando no concurriera a la audiencia del debate,

4) a minimizar las molestias que deban ocasionársele con motivo del procedimiento,

5) a salvaguardar su intimidad en la medida compatible con el procedimiento regulado por este Código,

6) a proteger su seguridad, a la de sus familiares y a la de los testigos que depongan a su favor, preservándolos de la intimidación y represalia, sobre todo si se trata de una investigación referida a actos de delincuencia organizada,

7) a requerir el inmediato reintegro de los efectos sustraídos y el cese del estado antijurídico producido por el hecho investigado en las cosas o efectos de su pertenencia, cuando ello corresponda, según las disposiciones de este Código,

8) a obtener la revisión de la desestimación de la denuncia o el archivo, y a reclamar por demora o ineficiencia en la investigación, ante el superior inmediato del Fiscal de distrito. Cuando la investigación se refiera a delitos que afecten intereses colectivos o difusos, las personas jurídicas, cuyo objeto fuera la protec-

ción del bien tutelado en la figura penal, tendrán legitimación, a la que se hace referencia en el presente inciso,

9) a presentar querrela y ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible, en los términos de este Código,

Una Ley especial establecerá la forma de protección a que alude el inciso 6 de este artículo, la que podrá hacerse extensiva, si fuere necesario, a imputados u otros testigos.

El nuevo texto del Código Procesal Penal dedica un capítulo completo a la víctima en el proceso penal, de lo cual se infiere el protagonismo que se le está otorgando a quien invoca esta condición. Incluso el Capítulo V se titula «La Víctima».

Si uno se detiene a desmenuzar el art. 108, VI, Ley 12.912 - tratamiento especial- relativo a víctimas menores de edad, el tratamiento dignísimo a la víctima en el proceso avanza sin pausa.

Las tendencias modernas, tanto procesales como político-criminales posicionan 'vigorosamente' a la víctima, permitiéndose su amplia participación como

querellante, luego de haber quedado obsoleto y desterrado el planteo referido a que el otorgamiento de mayores facultades a la víctima implica un menoscabo de los derechos del imputado. Tanto víctima como victimario son protagonistas del conflicto, por lo que impedir que el ofendido no tenga el derecho de participar activamente en el proceso, implica un desconocimiento discriminatorio de su condición.⁴

Los derechos de la víctima han cobrado nueva dimensión y atención.

III - Estructura de la Unidad. Organización. Conformación. Incremento cuantitativo del público concurrente

Se crearon dos oficinas receptoras en la provincia de Santa Fe: una funciona en la ciudad de Santa Fe y otra en Rosario.

Específicamente, la Unidad que tiene su sede en Rosario está a cargo de un Fiscal de Primera Instancia que es el responsable de la orientación de la actividad de la misma. Es asistido por un Secretario en razón de las funciones requeridas por los artículos 177, 178, 184 y 186 del Código Procesal Penal.

La Unidad funciona los días hábiles en horario matutino y vespertino en la franja que va de 7 a 20 hs. Los días inhábiles y fuera del horario referido, las competencias atribuidas son atendidas por las Fiscalías y Juzgados de turno, de acuerdo a la práctica habitual. En lo que refiere al horario de atención, atento a la carga emocional del público atendido, que viene en busca de ayuda, a la Justicia, en el momento crítico, cúspide o más álgido de su conflicto, y en función de la mayor o menor afluencia del público, se puede establecer una rotación horaria del personal, en la medida que lo considere necesario el Fiscal a cargo, en pos de la evitación del desgaste -laboral y emocional- que implica el ejercicio de un servicio de asistencia a personas en situación de conflicto.

La recepción de denuncias sigue siendo función de la autoridad policial, de los Juzgados de acuerdo a su competencia, y se viene a sumar esta Unidad al cumplimiento de dicha función. O sea: el denunciante puede optar entre hacer la denuncia en la Policía, en el Juzgado -en lo Penal Correccional, de Instrucción, según el delito que se trate- o en esta Unidad. Se mantiene en esa etapa de transición procesal la obligación de recepción por parte de Juzgados y Policía.

Secretarios

Unidad de información y atención de víctimas y denunciantes del Ministerio Público Fiscal

La oficina cuenta en la actualidad con cuatro personas que reciben denuncias en el horario matutino, un empleado en el turno vespertino, y hoy cuenta con un practicante a la mañana y un pasante a la tarde. Un ordenanza (turno mañana), una Secretaria y un Fiscal, completan el plantel.

Las reuniones con autoridades y organismos públicos y privados, a los cuales se hacen las derivaciones del público compareciente para coordinar la labor de aquellos con la Unidad y optimizar las derivaciones que se realicen, hacen al mejor funcionamiento de la misma, en lo que refiere a prontitud de respuesta a entuertos planteados.

Desde la puesta en funcionamiento de la Unidad, el número de personas que han venido por las razones más diversas se ha incrementado de manera continua y considerable, en directa proporción a los requerimientos de la Unidad, que se renuevan en tono ascendente.

**IV- Competencia de la Unidad.
Funciones: receptora,
consultiva, derivativa.
Interacción constante con otros
organismos, instituciones,
entidades**

Es función y competencia de esta Unidad brindar atención y asesoramiento a víctimas o denunciantes que se presenten para requerir información o evacuación de consulta acerca de una causa penal de su interés; recibir las denuncias en los términos del art. 177 del Código Procesal Penal, sin perjuicio de la vigencia de las disposiciones referidas a la recepción de denuncias por las autoridades policiales, Juzgados Correccionales y de Instrucción, como por las Fiscalías de turno en los casos que las particularidades del hecho requieran su directa intervención; realizar derivaciones a las reparticiones y organismos que correspondan al público cuando su problemática enmarque en una cuestión no penal; cuando la urgencia del caso lo requiera, el Fiscal dispondrá de las medidas pertinentes; cuando el caso lo amerite, el Fiscal procurará la aplicación temprana de los criterios de oportunidad y medios alternativos de resolución de conflictos.

El Fiscal de la Unidad direcciona la competencia, es decir, remite las denuncias penales que se reciben, de conformidad con el art. 184, 2º párr. del Código Procesal Penal, al Juzgado que considera competente para intervenir, de acuerdo a las reglamentaciones de distribución de turnos; luego, si el Juzgado que re-

cepta la denuncia con el dictamen fiscal ordenando las primeras medidas de investigación, o en su caso, la desestimación o la aplicación de algún criterio de oportunidad no se considera competente, planteará la respectiva cuestión de incompetencia ante el Juzgado que considere competente. La Unidad de Denuncias cesa su intervención en cuanto remite o eleva la denuncia con el dictamen pertinente al Juzgado que considere competente.

El personal de la Unidad recibe todas las denuncias presentadas por escrito; las denuncias del público que se presente en la oficina poniendo en conocimiento hechos con apariencia de delito -en cuyo caso se labra un acta de recepción de denuncia-, orienta, asesora y deriva a quienes se presenten como víctimas, testigos y denunciantes de delitos donde haya causa iniciada: se les informa el estado de las mismas y en qué Juzgado tramitan; todo, en procura de evitar el trajín que representa para el ciudadano canalizar su inquietud en el palacio tributario. Cuando se planteen cuestiones que no aparezcan como delitos de acción pública previstos en la Legislación Penal, esta Unidad debe derivar adecuadamente, para lo cual se requiere personal con estudios de Derecho y conocimiento

de la Legislación Penal sustantiva y de forma, al presentante a las reparticiones pertinentes, orientar al interesado e informarle de los trámites a seguir, organismos a los cuales acudir, incluso hacer el contacto telefónico con la repartición, si resultara menester para allanar el camino del consultante hacia una pronta respuesta.

Esta Unidad no maneja expedientes, maneja protocolos (denuncias, dictámenes y fojas cero cuando se trata de violencia familiar).

La interrelación y contacto con diferentes organismos y Juzgados son y deben ser continuos y fluidos, siempre en procura de limar diferencias y unificar criterios, en pos de la más eficaz, eficiente y ágil respuesta al individuo en conflicto.

La Unidad interactúa y mantiene intercambio con, verbigracia, la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe -que cuenta con su Centro de Asistencia a la Víctima y al Testigo del Delito y Centro de Mediación, y una delegación de la Defensoría del Pueblo de la Nación-, el Centro de Asistencia Judicial -con Oficina de Asistencia a la Víctima y Oficina de Mediación Penal-, la Secretaría de Promoción Social -Área de la Mujer del

Programa de Atención y Prevención de la Violencia de Género- de la Municipalidad de Rosario, con su teléfono verde, la Secretaría de Derechos Humanos, la Dirección Provincial del Menor, la Mujer y la Familia, la Comisaría de la Mujer -receptora de denuncias por violencia familiar que además contengan delitos-, equipos interdisciplinarios de la índole que requiera el caso puntual -con psicólogos especialistas en maltrato y abuso infantil con perspectiva de Género-, el Consultorio Médico Forense, profesionales de la Cátedra de Paidopsiquiatría que depende de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNR, Centros de Salud, etcétera.

La Unidad, incluso, ha recibido y recibe folletería de los diferentes organismos con los que interactúa en franca colaboración.

V- Reglas de disponibilidad. Criterios de Oportunidad. La Mediación

La idea de la persecución penal de todos los delitos -de génesis inquisitiva y vinculada con las teorías absolutas de la pena- es inoperante, impracticable y utópica, lo que se traduce en la falta de eficacia en la persecución penal. El nuevo Código Procesal Penal elige anclar

Secretarios

Unidad de información y atención de víctimas y denunciantes del Ministerio Público Fiscal

criterios de oportunidad en pos de la racionalización del sistema y la evitación del empleo de tiempo y dinero en casos irrelevantes socialmente, para ganar efectividad. Incumbe al Ministerio Fiscal decidir qué personas y en qué casos investigar - con control interno dentro del mismo Ministerio Fiscal y externo, ya que sólo se permite prescindir de la persecución en los casos que la Ley autoriza (disponibilidad reglada por la Ley)⁵. Todo conduce al asomo de un deseado descongestionamiento judicial.

Es anhelo de la Unidad potenciar y re-dimensionar el Instituto de Mediación como alternancia de resolución de conflictos entre interesados donde la instrucción de sumario y la condena penal no resuelven el problema de fondo que queda latente y vigente en el interior de las personas involucradas en el conflicto. Si se toma como ejemplo clarificador el delito de amenaza, hecho previsto como ilícito penal en los artículos 149 bis y 3o del Código Penal: es altamente probable que la amenaza -cotidiana- se reiterará si las partes no solucionan el conflicto de fondo -verbigracia, un conflicto económico, sucesorio, de límites, familiar, etcétera- mediante la intermedación experimentada de un profesional ajeno a las partes.

Esta Unidad -previa anuencia del compareciente denunciante- hace derivaciones cada vez más asiduas a los Centros de Mediación de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe y del Centro de Asistencia Judicial. Tanto la aplicación, por el Fiscal, del criterio de Oportunidad como el resultado de la Mediación concluida -que el Organismo comunica a esta Unidad- es a su vez anoticiada al Juzgado.

Al denunciante se le explican los beneficios y posibilidades del Servicio de Mediación Penal, y él expone su voluntad en tal sentido.

VI- Violencia Familiar. La Ley Provincial 11.529

Tema candente y actual, el ascenso continuado de esta problemática ha generado la aplicación en cantidad del art. 5 de esta Ley 11.529 que contempla medidas autosatisfactivas, inaudita parte a adoptar de inmediato por el Juez.

La interrelación de esta Oficina de Denuncias con los cuatro Tribunales Colegiados de Familia y sus Secretarías de Violencia Familiar es diaria, fluida y continua. La búsqueda de unificación de criterios es constante.

Esta oficina recepta dos tipos de denuncias: a) por hechos previstos en el Código Penal (delitos) y b) por hechos que enmarcan en la Ley 11.529 de Violencia Familiar. Este último segmento ha llegado a bordear el 40% del caudal de denuncias que ingresan a la Unidad, número que sigue su escala ascendente sin intermitencias, salvo algún frío invernal configurante de un freno momentáneo de la afluencia de personas con conflicto.

Cuando el denunciante reclama la aplicación de alguna medida autosatisfactiva de las previstas en la Ley referida (exclusión del agresor de la vivienda donde habita con el grupo familiar, prohibición de acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida y/o desempeña su trabajo; y/o en los establecimientos educativos donde concurre la misma o miembros del grupo familiar; reintegro al domicilio a pedido de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad personal⁶), integrantes de esta Oficina reciben la denuncia -por escrito o mediante redacción de acta-, confeccionan expediente con carátula, foja cero, denuncia, oficio de elevación, firma del Fiscal patrocinando el pedido, y de inmediato es remitido el expediente así confeccionado, a la Mesa de Entrada Única de los Tribunales Colegiados, para su sorteo. Una vez sorteado el expediente y adjudica-

do a determinado Tribunal Colegiado -No 3, 4, 5 ó 7- el Ordenanza de esta Unidad, o empleado -de acuerdo al voltaje de trabajo del momento o al apuro que lo urja- lo remitirá pronto al Tribunal Colegiado sorteado, que sellará la recepción. Recién allí finaliza la labor de esta Unidad cuando se trata de denuncias por violencia familiar en horario de oficina.

Llegada la hora del mediodía, se evalúa la urgencia del pedido para determinar si el hecho relatado o expuesto se enmarca dentro de un criterio de urgencia que amerite remitir el expediente fuera del horario de oficina. En este caso, se arma el expediente y se remite al Tribunal Colegiado de Familia que se encuentre en turno de urgencia. La labor de esta Unidad finaliza con la recepción del expediente por la Secretaria de Violencia Familiar en turno, quien continúa el trámite hasta el otorgamiento de la medida que sea menester.

En el caso en que la denuncia por Violencia Familiar sea receptada por la Comisaría de la Mujer -que recibe denuncias por Violencia Familiar solamente cuando hay delito en el hecho narrado, de lo contrario deriva directamente a esta Unidad para la realización del trámite y confección del expediente-, la misma es remi-

tida por dicha Seccional al día siguiente de su recepción para la confección del expediente que irá a la Mesa de Entrada Única, para ulterior sorteo del Tribunal Colegiado al cual corresponda intervenir.

Esta Unidad es receptora de denuncias por Violencia Familiar -con o sin delito- en la Circunscripción Judicial N° 2.

VII- Violencia de Género

En el orden nacional, se encuentra vigente la Ley 26.485 -año 2009- de protección integral (Violencia de Género) para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Esta Ley es de orden público y se aplica en todo el país, salvo las normas de procedimiento judicial (a las cuales la provincia de Santa Fe ha adherido el 30/05/13) la Legislatura santafesina sancionó la Ley por la que Santa Fe adhiere a la Ley Nacional 26.485 -, normativa que reconoce como fuente la «Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer», en virtud de ser un Tratado Internacional con jerarquía constitucional -art. 75 inc. 22 constitucional- y la «Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia

Secretarios

Unidad de información y atención de víctimas y denunciantes del Ministerio Público Fiscal

contra la Mujer» -Convención de Belém do Pará- aprobada por Ley 24.632. La Ley Nacional 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar será de aplicación en aquellos casos de violencia doméstica no previstos en la Ley 26.485.⁷

Esta Ley garantiza los derechos protegidos por las Convenciones mencionadas líneas arriba, y también los de la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley 26.061 de Protección integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en especial los referidos a una vida sin violencia y sin discriminaciones, salud, educación, seguridad personal, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, respeto a su dignidad, decisión sobre la vida reproductiva, número de embarazos, cuándo tenerlos -de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable-, derecho a la intimidad, libertad de creencias y de pensamiento, recepción de información y asesoramiento adecuado, goce de medidas integrales de asistencia, protección y seguridad, acceso gratuito a la Justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, igualdad real de derechos, oportunidades y de trato entre varones y mujeres, un trato respetuoso de las mujeres que padecen violencia, evitando toda conducta, acto u

omisión que produzca revictimización. La normativa es exhaustiva en su enumeración.

La Ley habla de violencia física, psicológica, sexual, económica, patrimonial y simbólica -tipologías- y refiere especialmente -como modalidades- a violencia doméstica contra mujeres, violencia institucional, laboral, contra la libertad reproductiva, obsétrica y mediática. La primera - violencia doméstica- sería aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ocurra.⁸

Si bien esta normativa no establece nuevos tipos penales, sí garantiza a las mujeres los derechos referidos frente a una relación desigual de poder.

Todo esto de la Violencia de Género emparenta con la Violencia Familiar, y conforma un plexo normativo que esta Unidad está comenzando a tener en cuenta a la hora de dictaminar y requerir medidas.

VIII- Colofón

El diseño propuesto y concretado de contar con un segmento del Ministerio Público Fiscal dedicado a la depuración temprana de denuncias con la consiguiente racio-

nalización del uso de recursos, procurar la disminución del tiempo de respuesta en una fracción considerable de casos, descongestionar el trabajo de las Fiscalías de turno para que los Fiscales puedan concentrarse puntualmente en su tarea acusatoria e investigativa mediante la eliminación de la recepción de denuncias por parte de cada una de las Fiscalías, evitar que pasen a la atención de los Fiscales las causas que pueden ser resueltas con la aplicación de salidas alternativas, asegurar los derechos de las víctimas garantizados en la legislación constitucional en cuanto a la posibilidad de encontrar una adecuada respuesta institucional a sus inquietudes y conflictos, concentrar la recepción de denuncias en personal específico y capacitado en la escucha, unificar criterios de actuación en la recepción de denuncias. Se trata una enumeración de objetivos de la Unidad, algunos cumplidos, otros en trance.

Esta Unidad de Información y Atención de Víctimas y Denunciantes del Ministerio Público Fiscal, podría decirse que representa el barómetro de la conflictiva que subyace en el núcleo social de la ciudad.

Se trata de una Fiscalía que comenzó a caminar hace poco en la provincia de Santa Fe. Hay todavía camino por recorrer ■

¹ Acta N° 50 de fecha 25/11/09 - Punto 5 - Exp. 1748/09

² Unidad de Información y Atención de Víctimas y Denunciantes del Ministerio Público Fiscal - Protocolo de Actuación - Punto 2

³ Art. 108 II (Art. 80 de la Ley 12.734) del Código Procesal Penal -de transición- de la Provincia de Santa Fe - Texto vigente Leyes 6.740 y 12.734 según lo dispuesto por la Ley 12.912

⁴ ERBETTA, DANIEL- ORSO, TOMÁS - FRANCESCHETTI, GUSTAVO - CHIARA DÍAZ, CARLOS: «Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe comentado», Edit. Zeus, pág. 197 y ss.

⁵ ERBETTA, DANIEL - FRANCESCHETTI, GUSTAVO - ORSO, TOMÁS: «El Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe», t.o. Por decreto 125/09, Ley 12.912 - Análisis y comentario a la Ley de Implementación progresiva y artículos de la Ley 12.734 que entran en vigencia, Edit. RUBINZAL CULZONI, PÁGS. 82 y 85

⁶ Artículo 5 de la Ley Provincial N° 11.529 de Protección contra la Violencia Familiar

⁷ Artículo 42 de la Ley 26.485

⁸ Arts. 3 al 6 de la Ley 26.485

Los delitos informáticos y la evidencia digital



DRA. GABRIELA GUADALUPE VALLI

Secretaria del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal de Instrucción
de la 13ª Nominación. Rosario.

I. Introducción

Los avances tecnológicos y el desarrollo de las telecomunicaciones indudablemente crearon una estructura favorable para el surgimiento de un fenómeno histórico que rige nuestra sociedad, la globalización. Este fenómeno de expansión habilitó la transmisión de la información desde los centros de poder económico – político - científico, hasta los lugares más inéditos.

Nuestros tiempos, esta masificación en la comunicación sumada al deliberado capitalismo mundial sustenta, no sólo las transacciones casi instantáneas que caracterizan la economía actual, sino que a todas luces fortalecen el poder desconocido de las grandes corporaciones, generado un ámbito propicio para el nacimiento de nuevas formas y oportunidades de delincuencia, denominados en términos genéricos delitos Informáticos.¹

No resultó una tarea fácil la inserción de la tecnología en el marco jurídico regulatorio. Hasta su regulación se generaron vacíos legales, que han colocado a infinidad de situaciones de hecho, transacciones comerciales o relaciones contractuales en un entorno de inseguridad jurídica conllevando en el ámbito

penal a que grandes ilicitudes quedaran impunes. De allí que uno de los desafíos actuales que trae el flagelo de la delincuencia cibernética es el de suministrar una respuesta jurídica expeditiva que permita combatirla eficazmente.

La sanción de la ley 26.388² significó un gran avance sobre este punto ya que si bien la misma requiere debate y permanente actualización en orden a la materia que trata en continuo movimiento, sin dudas implica un gran aporte a la hora de brindar respuestas jurídicas a esta nueva forma de criminalidad.

2. Tipos de delincuencia informática³

En la actualidad, el delito cibernético se presenta en distintas y múltiples formas, ya sea atacando a las propias tecnologías de la información y las comunicaciones, como también a los servidores, sitios Web y/o entidades comerciales, bancarias, financieras, etc.. Y si bien difieren los actores o los escenarios en términos generales podemos afirmar que comúnmente el modo de comisión es a través de la manipulación de **virus informáticos**.

Estos virus no son sino programas contenidos en otros programas que afectan

directamente a la máquina que se infecta causando daños muy graves. Se denominan malware y tienen como objeto alterar el normal funcionamiento de la computadora, sin el permiso o el conocimiento del usuario. Los virus, habitualmente, reemplazan archivos ejecutables por otros infectados con el código de este. Los virus pueden destruir, de manera intencionada, los datos almacenados en un ordenador, aunque también existen otros más inofensivos que sólo se caracterizan por ser molestos.⁴

También se distinguen los gusanos. Estos se fabrican de forma análoga al virus con miras a infiltrarlo en programas legítimos de procesamiento de datos o para modificar o destruir los datos, pero difiere del virus puesto que éste no puede regenerarse. En ese orden, **también aparecen las bombas lógicas o cronológicas. Estas funcionan como una especie de virus que explota en un momento determinado causando daños al equipo afectado.**

Todas estas herramientas –entre otras- si bien resultan una gran hazaña en el mundo de la informática, su potencial para dañar es inconmensurable, pudiendo llegar a causar considerables perjuicios a las redes comerciales y de consumidores.⁵

Secretarios

Los delitos informáticos
y la evidencia digital

El Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, 18 a 25 de abril de 2005, Bangkok (Tailandia), resume las distintas tipologías en el denominado «vandalismo electrónico» y, bajo ese rótulo, ubica a todos los casos donde la actividad ilícita se dirige al blanqueo de páginas web, o a suministrar contenidos inapropiados en las mismas, o también el vandalismo típico en páginas de los propios usuarios. Otra de las formas se presenta a través del robo o fraude, por ejemplo, ataques de piratería contra bancos o sistemas financieros y fraude mediante transferencias electrónicas de fondos. En estas situaciones las computadoras se utilizan para facilitar una amplia variedad de ventas telefónicas e inversiones fraudulentas mediante prácticas engañosas. La o la inundación de mensajes supuestamente de origen conocido (*spam spoofing*) es la construcción de mensajes de correo electrónico con páginas Web correspondientes, diseñadas para aparecer como sitios de consumidores existentes. Se distribuyen millones de estos mensajes fraudulentos de correo electrónico, que se anuncian como provenientes de bancos, subastas en línea u otros sitios legítimos para engañar a los usuarios a fin de que comuniquen datos financieros, datos personales o contraseñas.

Otra modalidad esta dada por la difusión de material ilícito y nocivo como por ejemplo la pornografía infantil. Tópico sobre el cual desde fines de los años 80 ha venido aumentando su distribución a través de una variedad de redes informáticas, utilizando una variedad de servicios de Internet, incluidos los sitios Web. Además de la utilización de la Internet para difundir propaganda y materiales que fomentan el odio y la xenofobia, hay indicios de que la Internet se ha utilizado para facilitar la financiación del terrorismo y la distribución de propaganda terrorista, entre otras.

3. Mitos y verdades de los delitos informáticos.

La Ley 26.388 ha permitido una actualización y armonización del Código Penal Argentino con el resto de las legislaciones mundiales en aras de receptor el avance de las nuevas tecnologías, pero no puede dejar de apreciarse que más allá de los llamados Delitos Informáticos actualmente la evidencia digital puede estar involucrada como elemento probatorio en cualquier clase de ilícitos.

En esa inteligencia, solo vasta echar un vistazo a los despachos para concluir lo certero de tal aseveración. Vemos a dia-

rio que nacen nuevos escenarios fácticos en los que se involucran medios tecnológicos o virtuales para la comisión de conductas ilícitas «tradicionales» pero adecuadas a la nueva realidad tecnológica.

Así aparecen amenazas, a través de medios digitales, instigación al suicidio, chantaje, coacción, corrupción de menores, estafas en sus más variadas formas, etc. En todos estos casos vemos como nota característica que el medio por el que se canaliza la intimidación, la instigación, el engaño o la sustracción, posibilita sin lugar a dudas el anonimato pudiendo quedar en la impunidad si no se actúa con precisión y en forma rápida.

Por ello entiendo que, aunque ofrezca cierta resistencia el tema, la prueba científica como especie de la prueba jurídica ocupa un papel cada vez más destacado en las investigaciones penales.

En los tiempos que corren es habitual que en una sola causa penal existan vinculados numerosos elementos tecnológicos de prueba que requieren de una pericia informática, y ello no siempre implicará que sea fruto de una investigación de delitos informáticos. De allí que resulte necesario erradicar el mito instalado que indica que la prueba tecnológica sólo es ámbito de los

delitos informáticos, pues se requerirá de periciales informáticas aún para la investigación de delitos comunes.

4. Dificultades de la criminalidad cibernética.

La criminalidad informática se caracteriza por las dificultades que entraña el descubrir, probar y perseguir los delitos. Concretamente, parte del problema de reconstruir un incidente en un caso de delito cibernético es que gran parte de las pruebas son intangibles, transitorias y de difícil acceso. En lugar de pruebas físicas, las investigaciones de delitos cibernéticos procuran encontrar rastros digitales que, con frecuencia, son inestables y de corta duración.

Una de las razones de la inestabilidad es que algunos tipos de información sobre direcciones y rutas electrónicas (es decir, los «datos sobre el tráfico») no se almacenan de manera permanente. Esa información puede quedar sólo en la memoria de un sistema de computadoras por un período corto y luego se le superpone otra ruta de información. En sentido similar ocurre cuando se trata de acceder a la evidencia digital protegida en muchos casos mediante mecanismos criptográficos, en tanto suele ocurrir que

los laboratorios periciales se vean imposibilitados de acceder a la evidencia por no contar con el soporte específico para sortear esos programas. Esa imposibilidad o demora en la labor pericial es nociva para la investigación, por cuanto privará a la misma de sustanciosa información que en muchas ocasiones hará pender de ella la suerte del proceso. De allí que resulte necesario contar no sólo con el experto capacitado sino también con el soporte que habilite a sortear las trabas tecnológicas predispuestas por los ciberdelincuentes para acceder, en rigor, a la prueba tecnológica.

5. El quid de la prueba: corpus instrumentorum.

Como mencionara en líneas anteriores, en materia de delitos informáticos resulta sumamente difícil delimitar el conocimiento, en tanto por la versatilidad de la disciplina no posee límites definidos, lo que demanda mayor sutileza y cuidados no sólo en la recolección del material probatorio sino también en la manipulación del material sujeto a pericia.

Desde el mismo momento del allanamiento o secuestro del objeto informático a peritar, se exige supremo respeto a fin de obtener el corpus instrumentorum.

Secretarios

Los delitos informáticos
y la evidencia digital

Por ello la actividad del experto también requerirá detectar y analizar el entorno para llevar a cabo la pesquisa. ***Es de vital importancia que el investigador indague qué contacto tuvieron los usuarios con el sistema o efecto involucrado en el incidente. Y resulta de gran utilidad llevar un registro detallado de la escena y de las entrevistas que se realicen y de ser posible procurar la registración fílmica o fotográfica ya que podrían relevarse a través de la misma detalles de utilidad en la investigación.***

Puede suceder que se requiera el experto con anterioridad a la realización del allanamiento y/o procedimiento a fin de que sirva informar al magistrado requirente las medidas a adoptar, la disponibilidad de equipos y personal técnico en el momento de la diligencia como asimismo determinar si la labor pericial puede llevarse in situ o bien cuáles serían las posibles consecuencias de diferir su tratamiento en cuanto a tiempo y lugar de realización.

Justamente por la rapidez en que se puede esfumar la prueba tecnológica del delito es que los métodos tradicionales de búsqueda y el hallazgo de evidencia resultan ineficaces.

Debemos tener en claro que si de mecanismo u objeto informático se habla, cualquiera sea, lo incautado debe ser exactamente lo que llegue al ámbito del perito para su análisis y dictamen, pues no escapa a la lógica más simple suponer que, al procederse al diligenciamiento de una orden de allanamiento, quienes resultan afectados y, de alguna manera se saben partícipes de una actividad delictual, intentarán por todos los medios evitar que los funcionarios intervinientes obtengan elementos probatorios que pudieren incriminarlos. De allí que sea necesaria la asistencia de expertos si lo que no se quiere es frustrar la investigación.

En una etapa posterior, sea ámbito judicial o policial, resultará preciso ser cuidadoso en la custodia de los efectos, en tanto la experiencia nos demuestra que ante tales situaciones no faltan los curiosos que no pueden vencer sus pasiones y sumidos en la curiosidad proceden a desplegar su supuesta experticia manipulando de algún modo la evidencia. Dicha actividad es altamente perjudicial para la investigación, en tanto puede generar la frustración de material dirimente para la solución del caso. Por ello, considero que en estos supuestos la labor del Secretario es importante tanto a la hora de enfrentar un procedimiento

como de procurar la correcta cautela y custodia de los efectos secuestrados.

Un buen ejemplo de que puede ser vital para un proceso la buena manipulación del material informático lo constituye el caso *«Perel»*. **En el mismo pudo determinarse que ningún otro medio hallado en el lugar podía aportar datos tan concretos sobre las últimas horas de la víctima. Sin embargo, labor pericial en forma directa sobre el ordenador secuestrado en la escena del crimen, sin realizar copias de resguardo de su disco rígido pudo determinarse más tarde introdujo cambios o alteraciones insalvables para la investigación.**

Este ejemplo sirve para ilustrar lo dicho y de como la ausencia de observación de los recaudos esenciales puede ser vital para la suerte de la investigación.

Ahora bien, los problemas en el ámbito de los ciberdelitos tampoco escapan al juzgador, en tanto si bien el principio general de que el conocimiento del perito debe sustentarse en un sistema verificable ordenado sobre pautas o hechos es totalmente aplicable a la totalidad de la actividad pericial, la incidencia **de la falibilidad en cuanto a la valoración jurisdiccional de los resultados** adquiere especial relevancia sea porque existe

un generalizado desconocimiento respecto de las modificaciones tecnológicas, sea porque irroga un elevado nivel de abstracción y terminología técnica en la exposición de sus resultados, o por la inexistencia de apoyo jurisprudencial suficiente que permita al juez moverse sobre bases más o menos seguras, fundadas en la experiencia judicial, tal como ocurre con otras disciplinas criminalísticas.

6. Del material probatorio. «Una evidencia sin alteraciones». La intervención del experto.

Si de evidencia se trata, no puede soslayarse que pueden diferenciarse algunas situaciones tejidas en relación al objeto sometido a pericia. Sin perjuicio de ello, se trate de un objeto obtenido como fruto de un allanamiento o de un ofrecimiento realizado por las propias partes del proceso en mismo ámbito del tribunal, se debe convocar siempre al experto.

Ahora bien, si el hallazgo o secuestro se realiza en el ámbito de un allanamiento, en tal caso se deberá convocar a personal técnico especializado para la realización de la medida⁶ y deberá estarse también al cumplimiento de las formalidades propias de la medida conforme el digesto procesal santafesino⁷.

Como primera medida se deberá disponer el alejamiento de toda persona que se halle en presencia de los computadores, servidores o tableros de suministro eléctrico, para proceder inmediatamente a desconectar la totalidad de los teclados hasta que cada uno de los terminales sea examinados por los expertos.

Se sugiere explicar claramente a los testigos cada una de las tareas que se realizan en el marco del procedimiento y, en el caso de realizarse pericial *in situ*, se deberá explicar a los presentes la finalidad de las aplicaciones que utiliza el experto, velando por la exacta transcripción de sus especificaciones en el acta respectiva. La toma de vistas fotográficas y soporte filmico de la medida desde el inicio hasta su culminación resultaran altamente ilustrativas por cualquier vicisitud que plantee el mismo procedimiento.

En rigor, *la labor del experto se reduce a recoger la información relevante teniendo especial cuidado para no modificarla. Asimismo, por la naturaleza volátil de algunos medios de almacenamiento, se recomienda tomar un duplicado forense (copia bit a bit)⁸. Para llevar a cabo el análisis de la evidencia se debe contar con herramientas útiles y acordes al objeto que se secuestra a fin de no afectar la evi-*

Secretarios

Los delitos informáticos
y la evidencia digital

dencia digital original. ¡El punto clave es recolectarla sin alterarla!

Se procura asegurar que el contenido de las unidades de almacenamiento (discos rígidos, CD, diskettes u otros) al momento del secuestro sea el mismo que se someterá a dictamen pericial posterior. Por ello se requiere un procedimiento prolijo, detallado y cauteloso.

Si lo que se pretendiere secuestrar fueran soportes de almacenamiento, se recomienda listarse todos los directorios o carpetas, según el sistema operativo de que se trate, de modo que quede expresamente consignado el nombre del archivo, su extensión, su tamaño, fecha y hora de su última modificación y atributos de accesos?

Resulta conveniente asegurar la medida con la rúbrica de los presentes, procediendo luego a asegurar con cinta adhesiva o elemento similar las entradas de acceso a toda unidad de almacenamiento (siendo un cpu se deberá proceder a franjar conexiones de entrada y salida, ya sea de datos, periféricos o energía y los accesos a unidades de discos flexibles, rígidos removibles, o unidades de **back-ups, evitando la posibilidad de que se desmonten sus partes componentes,**

todo ello con la rúbrica de funcionarios y testigos. Luego se procede al secuestro de los objetos y traslado al Tribunal o lugar que ordene el Juez que extendiera la medida.

Idéntico tratamiento se aconseja para los discos flexibles u elementos menores que deberán ser colocados preferentemente en cajas debidamente aseguradas para su traslado. En la medida que todos los elementos permanezcan bien conservados, no se albergarán dudas sobre su contenido.

7. Consideraciones técnicas

En el sentido apuntado, y visto que uno de los mayores cuestionamientos en materia probatoria lo constituye la cadena de custodia del elemento tecnológico a peritar, es que se debe procurar el respeto de las formas, procurando participación de las partes del proceso en la pericial y extremando los recaudos para llevar a cabo una adecuada recolección, cautela y custodia de la evidencia.

En este punto, si bien resultan de aplicación las normas de procedimiento del digesto procesal penal santafesino y, supletoriamente, las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial, las

mismas resultan estrechas ante la nueva casuística delictiva. De allí que deberían ser objeto de una actualización pues el análisis de la evidencia técnica digital -está claro- escapa a cualquier previsión que haya hecho el legislador.

En ese orden y de algún modo para sa-
near esas lagunas es que resulta hoy ne-
cesario que tanto las agencias policiales,
de seguridad o judiciales tengan como
prioridad la utilización de una metodo-
logía adecuada y herramientas jurídicas
robustas para aplicar al proceso de in-
vestigación y de prevención de la ciber-
delincuencia.

Por ello entiendo que resulta de interés
superlativo definir políticas y diseñar
protocolos de actuación y/o estándares
de operación tanto sea para ser utiliza-
dos en la recolección como en el análisis
de la evidencia, ya que su errada mani-
pulación, como vimos, puede costar el
éxito del juicio.

***Sobre este punto la Asociación de Ofi-
ciales Jefes de Policía del Reino Unido
ha publicado cuatro principios básicos
aplicables al procedimiento estándar de
operación que merecen su reproducción:***

1) no deberá alterarse los datos almace-
nados en un medio digital.

2) sólo en casos excepcionales se podrá
acceder a los datos originales. La ma-
nipulación sólo por técnicos y llevar re-
gistro de sus acciones documentando y
explicando su proceder.

3) crear y preservar un registro de se-
cuencia de eventos. Un tercero podrá
examinar esos resultados y lograr los
mismos resultados.

4) el investigador es responsable de ase-
gurar que la ley estos principios sean
cumplidos.

8. El Análisis del material informático. «Triage»

Debido a las dificultades propias de la ma-
teria en su mayoría las pericias se practi-
can en laboratorio, siendo dificultoso -sino
imposible- realizar tareas periciales en el
lugar del hecho. Las instituciones policia-
les no cuentan con personal capacitado ni
con recursos para realizar triage (clasifi-
cación y priorización) para lograr una re-
ducción y selección de posibles fuentes de
prueba digital y aunque ello fuera posible
las inspecciones digitales en el lugar del
hecho requieren un tiempo excesivo, bajo
presión, y deben ser realizadas en un lapso
temporal limitado -momento del allana-
miento-, lo que no permite poder arribar
a conclusiones certeras e induce a errores.

La técnica de triage fue desarrollada en
el ámbito de la medicina, para lograr la
optimización de recursos. Las inspeccio-
nes digitales -conocidas habitualmen-
te como «trriage» forense-, deben ser
realizadas utilizando métodos forenses
estándares y válidos, para evitar que la
evidencia no sea dañada, modificada o
contaminada. Como resultado de este
proceso automatizado se obtiene una
predicción sobre la verosimilitud de loca-
lizar evidencia relevante a la causa en un
determinado dispositivo. La utilización
de la técnica de triage con esta nueva
herramienta forense es sumamente útil
para intentar mitigar las listas de espe-
ra en un laboratorio pericial, pudiendo
ser aplicada en casos que tienen varios
elementos informáticos para ser anali-
zados. No obstante - en atención a los
costos- no hay señales de su utilización
por estos tiempos.

9. Conclusión

Estamos frente a una nueva realidad,
un entorno fáctico distinto, con valores
cambiantes que apenas llegamos a com-
prender. Aún así la dinámica del proceso
penal y la legislación de fondo perma-
necen inmóviles frente a estas nuevas
prácticas delictivas. En este orden de
ideas, todo esfuerzo resulta estéril si no

Secretarios

Los delitos informáticos y la evidencia digital

es acompañado por la adopción de políticas de seguridad orientadas a combatir y prevenir delitos informáticos.

La actividad pericial informática, aparece, en nuestro país, desdibujada, en tanto no solo no se invierte en instrumentos idóneos para la realización de la labor pericial, sino que tampoco se cuenta con personal especializado idóneo en el rubro.

Los profesionales del derecho, en su carácter de legisladores, jueces, fiscales o defensores no pueden permanecer ajenos a esta realidad. Tampoco puede desconocerse que no es necesario estar ante un delito informático para toparse con pruebas digitales.

Si bien la prueba digital posee características propias como su volatilidad, lo que demanda procesos específicos en lo que atañe a la recolección, cautela y custodia la misma. Así, se debe ser cuidadoso en su recolección y manipulación en tanto una desprolijidad podría frustrar el éxito de la investigación. Y para poder cumplir con ello se requiere de la colaboración de técnicos y, en lo posible, de procedimientos previamente definidos de actuación (creación de protocolos), y la sanción de leyes dinámicas que propicien la incorporación inmediata de las innovaciones tecnológicas.

No puede resultarnos ajena esta nueva realidad. Por ello es que resulta necesaria la capacitación de los funcionarios, fiscales, jueces, operadores judiciales y policiales para hacer frente a este nuevo escenario delictivo ■

Referencias bibliográficas:

- Kelsey Galloway «Cybercrime and Policing: The Continuous Online Game of Cat and Mouse», 2011.
- Gabriel H. Tobares Catalá y Maximiliano J. Castro Arguello «Delitos Informáticos». Ed. Advocatus, Cordoba 2009.
- 12º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal Salvador (Brasil), 12 a 19 de abril de 2010.
- Daniel A. Torres, Sandra J. Rueda Jeimy J. Cano Colombia.«Algunas consideraciones técnicas y de procedimiento para la investigación de delitos informáticos», ponencia, Reunión Española sobre Criptología y Seguridad de la Información, 2004.
- 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, 18 a 25 de abril de 2005, Bangkok (Tailandia).

- XI Encuentro de Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la UNR, Rosario, Pcia. De Santa Fe, Junio 2011.

- Leopoldo Sebastián M. Gómez, «El protocolo de actuación para peritajes informáticos en el ámbito judicial» Revista de Derecho y Nuevas tecnologías – Revista de Derecho Informático, ISSN 1681-5726, 2006 . Alfa-Redi Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtmlx=6216>. Fernández, C.;

- «Prueba Pericial. Delitos y tecnología de la Información. Características y valoración en el Proceso Penal Argentino», en Delitos Informáticos.com, 2002. Disponible en: «<http://www.delitosinformaticos.com/delitos/prueba.shtml>»<http://www.delitosinformaticos.com/delitos/prueba.shtml>

¹ GABRIEL H. TOBARES CATALÁ Y MAXIMILIANO J. CASTRO ARGUELLO «*Delitos Informáticos*». Ed. Advocatus, Córdoba 2009. Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, podemos definir los delitos informáticos como: los actos dirigidos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los sistemas informáticos, redes y datos informáticos, así como el abuso de dichos sistemas, redes y datos.

² Sancionada el 4/06/2008, publicada en Boletín Oficial el 25/06/2008.

³ Según Undécimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, 18 a 25 de abril de 2005, Bangkok (Tailandia).

⁴ De las referencias de las periciales informáticas extendidas por la URII Rosario.

⁵ Entre los ejemplos históricos: se encuentra el virus melissa que en marzo de 1999 causó más de 10 millones de dólares en daños solo en los EEUU y el virus LOVE YOU en marzo 2000 daños en 7.000 millones y 10.000 millones de dólares y que infectó hasta 45.000 computadores en el mundo.

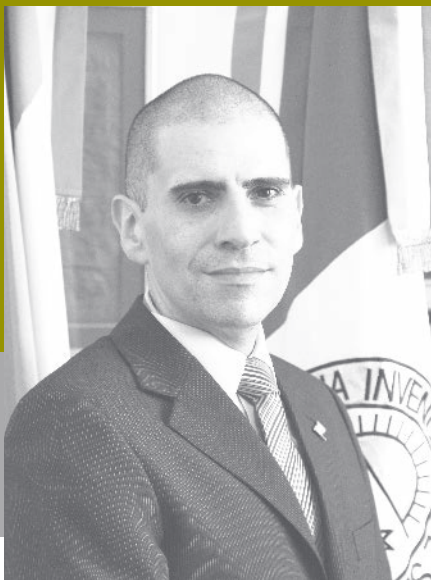
⁶ Que en nuestro ámbito sera el Gabinete de Pericias Informáticas Unidad Regional II.

⁷ Art. 218 del CPPSF cctes. Y sgtes.

⁸ Algunas consideraciones técnicas y de procedimiento para la investigación de delitos informáticos, ponencia, Reunión Española sobre Criptología y Seguridad de la Información, 2004 por DANIEL TORRES, SANDRA RUEDA, JEIMY CANO (Colombia).

⁹ Prueba Pericial, Delitos y tecnología de la Información Características y valoración en el Proceso Penal Argentino, Dr. CLAUDIO ALEJANDRO FERNÁNDEZ, 17,11,2002, Disponible en: <http://www.delitosinformaticos.com/delitos/prueba.shtml>.

Cuestiones relativas al inicio de la Instrucción



DR. HERNÁN ISMAEL PROCAJLO

Secretario del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal
de Instrucción de la 5ª Nominación. Rosario.

1.- Me propongo formular algunas reflexiones relacionadas a los momentos iniciales de la Instrucción y al acto que en nuestro sistema denominamos «requerimiento fiscal», legalmente regulado en el Art 175 del C.P.P. A partir de esa óptica, antes práctica que teórica, realizaré algunas consideraciones que pudieran resultar de utilidad en el trabajo diario. En particular habré de referirme a uno de los requisitos del Requerimiento: la «relación circunstanciada del hecho» (Art 175 Inc 2do del C.P.P.); a su frecuente ausencia en dicho acto procesal, a las implicancias de tal omisión y a su posible causa y consecuencias. Y, por fin, teniendo en cuenta las obligaciones funcionales que el Secretario Penal tiene, propondré todo aquello que dicho funcionario puede y debe hacer, de advertir irregularidades iniciales de la índole que menciono, en cuanto esté a su alcance y dentro de la normativa vigente.

2.- Conviene aclarar cual es el marco legal tenido en cuenta, ya que que no puede perderse de vista la existencia de un proceso de transformación del sistema de enjuiciamiento penal. Sin perjuicio de ello, estas consideraciones se formularán a partir del texto del C.P.P. en vigencia -leyes 6740 y 12.734-, porque es la ley que nos rige y, como he señalado,

el presente trabajo tiene un fin práctico. Se señalarán, de todas formas, algunas diferencias existentes respecto del C.P.P. a regir en el futuro (ley 12.734) respecto del actual prestándose, particular atención a las reformas introducidas en el C.P.P. vigente por las leyes 12.162 y 12.912 -siempre en cuanto se vinculen al objeto del presente-.

3.- El Ministerio Público Fiscal, como titular de la acción penal, está obligado a poner en conocimiento del Juez competente cualquier hecho del que tome conocimiento con apariencia delictiva, solicitándole la apertura de la investigación, pues ese último acto continúa a cargo del Órgano Jurisdiccional. Dicha pretensión se formaliza a través del «Requerimiento de Instrucción», acto procesal regulado en el Art 175 del C.P.P., que conviene transcribir: *«Requerimiento Fiscal. Cuando por cualquier medio el fiscal tenga conocimiento de un hecho que considere delictivo, deberá formular, al juez competente, requerimiento de instrucción. Bajo sanción de nulidad, si fuere admitido, el requerimiento de instrucción contendrá: 1) las condiciones personales del imputado o, si se ignorasen, las señas o datos que mejor puedan darlo a conocer. 2) La relación circunstanciada del hecho, con indicación, si fuere posible, del*

lugar, tiempo y modo de ejecución. 3) La proposición de diligencias útiles para el descubrimiento de la verdad. 4) La calificación legal que considere, prima facie, corresponda.» El texto legal, así redactado, rige desde la reforma al C.P.P. operada a partir de la ley 12.162, del año 2003. Respecto de la redacción anterior, con la reforma de mención, se agregó como requisito el de *calificar* provisionalmente el hecho; pero además, a partir de la misma, se sanciona con la *nulidad* el Requerimiento que carezca de alguno de los presupuestos enunciados.

4.- El C.P.P. sancionado por ley 12.734 -de vigencia futura-, no contiene norma de tenor similar a la comentada; y ello guarda lógica con el cambio de paradigma que es característico del nuevo sistema de enjuiciamiento. En el momento en que el C.P.P. se encuentre en vigencia, la investigación quedará en cabeza del Ministerio Público Fiscal, conforme surge del Art 251 del mencionado texto legal. Siendo ello así, serán sus representantes quienes habrán de decidir, de manera directa, si dan inicio a una investigación; en ese sentido, nada deberán «requerir» a ningún órgano jurisdiccional, ni menos aún resultará necesario un pronunciamiento judicial de tal índole -a diferencia de lo que ocurre en el sis-

tema actual-, pues pasará éste a tener una función netamente diferenciada de la atribuída al Órgano Acusador.

5.- Volviendo al texto actual, como adelanté, me interesa detenerme en uno de los requisitos enumerados en el Art 175, por su particular importancia: *la relación circunstanciada del hecho*. Ella viene dada por varios motivos. En primer lugar, como lo señala Eduardo M. Jauchen, por su vinculación con el derecho de defensa en juicio, y a fin que quien se encuentra sometido a proceso, desde el comienzo, conozca cuál es el hecho que se le imputa¹, desde que esa plataforma fáctica va a aproximarse -o debería- a la «atribución» que, de corresponder, se formalizará en ocasión de la defensa material de quien resulte imputado. Desde otro punto de vista, debemos tener en cuenta que, a partir de dicha pretensión, el Juez debe emitir un pronunciamiento jurisdiccional, esto es, decidir la apertura de la investigación o, por el contrario, disponer la desestimación de la denuncia o bien el rechazo del requerimiento formulado (Arts 185 y 176 del C.P.P.) para los supuestos de ausencia delictiva, ausencia de posibilidad de proceder o carencia de elementos serios y verosímiles como para disponerla. La experiencia demuestra que ese núcleo fáctico mu-

chas veces es omitido al requerir, o bien se efectúa un relato parcial, sea ello por desmerecer su importancia, por la sobrecarga de trabajo o por la razón que fuere. En estos casos el requerimiento a «mencionar» la existencia del hecho denunciado y calificarlo provisionalmente, proponiendo, casi siempre, el diligenciamiento de medidas instructorias.

6.- Esa omisión trae distintas consecuencias. Primero, puede conducir a una decisión errada del Órgano Jurisdiccional, lo que es lógico porque para concluir éste en la existencia de un hecho con apariencia delictiva o, por el contrario, que el mismo no guarda relevancia penal alguna, debería primeramente el órgano predispuesto indicarle cuál es ese «hecho», esto es, el acontecimiento de la vida real que, a su entender, resulta susceptible de encuadrarse en una figura penal -indicando, también, eventual identidad de sus autores, calificación provisional, etc- y qué razón lo ha llevado a concluir de esa manera-. Una inadecuada -o ausente- indicación de esa plataforma fáctica puede traer como consecuencia una decisión también desahortada -como frecuentemente ocurre.

7.- Por otra parte, ante la ausencia de un relato fáctico, se produce una desvia-

ción, ya que es el Órgano Jurisdiccional quien, ante el concreto requerimiento, procede a inferirlos y a disponer -la mayoría de las veces por formularios-, la apertura de la investigación; o, concluye en la irrelevancia de los mismos y emite un pronunciamiento desestimatorio. Sin embargo, ha de coincidir en que resulta ilógico que la «jurisdicción» supla a la «acción» en una función que le es propia, pues nadie sino el órgano de persecución es quien debe tener en claro, desde el comienzo mismo del proceso, qué es aquello que desea perseguir -a lo que se agrega que tampoco sabrá el accionado de qué defenderse.

8.- Si existe una denuncia escrita que precede al Requerimiento, la omisión se resuelve mediante la remisión a sus términos -lo que es impropio, pues la norma es clara en cuanto a la necesidad del relato de los hechos-. Ahora bien, las denuncias, en muchos supuestos, son efectuadas de manera verbal, en Secretaría del Juzgado o ante el Fiscal. En otros, el anoticiamiento viene en la forma de remisión de actuaciones administrativas o de legajos de fotocopias de expedientes -incluso desde fueros y jurisdicciones diferentes-. En en este último supuesto es cuando con más frecuencia se observa este fenómeno,

limitándose el Ministerio Público Fiscal a calificar provisionalmente «hechos con apariencia delictiva» -que con poca o ninguna claridad surgen del legajo o copias-, y a solicitar, genéricamente, la apertura de una instrucción, destinada a investigar un hecho que ni siquiera puede describirse de manera inicial.

9.- Una proporción importante de requerimientos son rechazados, en los términos del Art 176 del C.P.P., resolviéndose con un pronunciamiento desestimatorio, por ausencia delictiva o -mayormente- por carencia de elementos serios y verosímiles suficientes para iniciar una investigación. Pareciera que ante la duda el órgano acusador prefiere «requerir»; y sin embargo, con ello se soslaya, el espíritu que inspira al sistema procesal e inclusive el «principio de subsidiariedad o última ratio». Pues conforme el código adjetivo, a partir de la mencionada reforma legislativa (ley 12.912), es imperativo del comienzo de cualquier investigación, la existencia de «elementos serios y verosímiles» para iniciarla, lo que se desprende de los Arts 176, 185 y 200 del C.P.P. La norma es muy clara e inclusive proporciona al Ministerio Público Fiscal el remedio adecuado para corregir dudas iniciales por medio de las facultades conferidas en el Art 175 II

(también introducido por dicha reforma) -cuestión que habré de retomar-. Dicha tendencia - restrictiva- es seguida en el código vigente (leyes 6740 y 12.734) habiéndose modificado el Art 8, referido a la acción penal, al indicarse que el Ministerio Público estará obligado a promover la acción penal pública de los hechos punibles que lleguen a su conocimiento, *siempre que existan indicios fácticos de la existencia de los mismos*. Y sin embargo, la práctica indica que se suele requerir en relación a una cantidad de hechos que, desde el comienzo mismo, carecen de todo interés. Y esa tendencia amplia puede tener que ver con un inadecuado detenimiento inicial en los «hechos».

10.- Por otro lado observamos que una buena cantidad de requerimientos fundados en hechos irrelevantes -por inciertos-, paradójicamente recibe acogida por parte del Órgano Jurisdiccional. Así como el Ministerio Público Fiscal, ante la duda, solicita la apertura de una investigación, el Órgano Jurisdiccional tampoco presta adecuada atención a los hechos. Por el motivo que fuera, resulta más sencillo insertar el «formulario» con el decreto que dispone la instrucción que detenerse a considerar si realmente existe un acontecimiento fáctico que justifique la intervención del Derecho Penal. Para el momento en que se advierte la irrelevancia

penal de lo investigado, pasó mucho tiempo y se derrocharon recursos humanos y técnicos en la tramitación de una causa que no debería haber comenzado. No me refiero a los supuestos de cesaciones de la instrucción que se fundan en los resultados de la investigación misma, que es lo que ocurre cuando se aplica de manera adecuada el Art 200 II del C.P.P., sino al impropio uso de esta norma, en cuanto se la utiliza al advertirse, tardíamente, el evidente desinterés del hecho que es objeto de la investigación.

11.- Vemos entonces que requerir e instruir resultan soluciones sencillas a corto plazo -ante el exceso de tareas, sobre todo durante el turno judicial- pero problemáticas a posteriori. Y todo fundado en idénticos motivos. Por otro lado se transmite un mensaje social estrepitoso al señalar que no existe delito o bien que no hay elementos serios y verosímiles para investigar, si es que ello era evidente desde el inicio, pues se está demostrando que no se atendió debidamente la cuestión en su génesis, habiéndose creado inútiles expectativas. Además, esa incoherencia dificulta enormemente la tarea del Juez, que justificar el archivo de una causa luego de haber practicado una cantidad de diligencias que nada agregaron a lo que ya era evidente desde el comienzo mismo. Al contrario, un es-

fuerzo conjunto inicial, tanto del Ministerio Público Fiscal, evitarían una porción importante de estas situaciones, cerrando las puertas del Fuero Penal a todo lo que le es irrelevante.

12.- El fenómeno de investigaciones prolongadas -y que a nada llegan- es bastante corriente ante la práctica de formular denuncias por hechos a los que se intenta buscar una relevancia penal que no tienen. Por ejemplo, la costumbre de promover investigaciones penales fundadas en presuntas defraudaciones que, de manera evidente y desde el principio, no son tales, o bien sin que existan elementos serios y verosímiles para así suponerlo, es de antigua data. Así y de no resultar fulminados esos engendros desde el comienzo (que no tienen otra finalidad que la de ejercer una indebida presión sobre otros procesos, o de producir prueba que luego será utilizada en los mismos de manera sencilla y casi gratuita), suelen llegar a conformar interminables instrucciones que resulta dificultoso cerrar.

13.- La importancia del cumplimiento de los requisitos del Requerimiento de Instrucción es tal, que el legislador fulmina con la nulidad -maxima sanción- cualquier omisión; si bien ello raramente

o nunca es aplicado. Desde la reforma operada en el digesto procesal en el año 2003 (ley 12192), los requisitos del acto procesal a que venimos haciendo referencia, deben concurrir de manera indefectible. Lo trascendente de ello es que pone en evidencia la importancia que se ha dado a la cuestión, mas allá de que se aplique o no la sanción procesal. Y es que, si bien, el primer obligado es el Ministerio Público Fiscal, quien debería ajustarse a las formas impuestas, de no hacerlo es el Juez quien debe reencauzar el procedimiento, buscando la solución más apropiada dentro del marco legal, a fin de ni caer en el extremo de nulificar un requerimiento, ni darle curso sin más trámite ante falencias formales, pues de acuerdo al propio código, «... el juez... eliminará inmediatamente, si fuera posible, las causas de sancionabilidad que comprobara...» (Art 164) principio que puede -y debe- aplicarse.

14.- Otra consecuencia desviada de un inadecuado examen inicial es la de proponer «medidas previas». En efecto, es corriente que el Ministerio Público Fiscal, ante un anoticiamiento incierto, no formule su Requerimiento ni formalice un planteo desestimatorio, sino que solicite, al elevar sus denuncias o contestar el traslado del art 184 del C.P.P,

como «medida previa a peticionar la Instrucción de sumario», la materialización de diligencias probatorias, requiriendo al mismo tiempo que se confiera una nueva vista una vez que las mismas lo sean. Esta práctica intentó ser erradicada (con poco o ningún éxito) por el legislador, con la introducción, en la aludida reforma del año 2003 (ley 12.162), del art 175 II: «*Diligencias preliminares. Si la denuncia se formulare ante el fiscal o ante el juez y fuere necesario para su ulterior dictamen, esclarecer la entidad o seriedad de la misma o cualquier otra circunstancia de interés, previamente, el fiscal dentro de los quince (15) días de formulada la presentación, podrá entrevistar o recibir testimonio al denunciante, la víctima, los damnificados o cualquier otra persona que pueda aportar elementos útiles, recabar informes o documentación o practicar sumariamente las diligencias que estimare embargo, si se debiera proceder con urgencia, el fiscal formulará sin más su dictamen.*» La utilización de tal facultad-obligación es prácticamente inexistente; y, sin embargo, el artículo transcrito no deja lugar a dudas en cuanto a que si el anoticiamiento es dudoso, el Representante del Ministerio Público debe practicar por sí mismo las diligencias que estime necesarias a fin de fundar el dictamen a emitir. Peticionar su práctica

al Juzgado no sólo es desajustado al texto legal, sino que genera incertidumbre posterior en orden a determinar cuándo efectivamente comenzó la Instrucción. No es aceptable, a mi criterio, justificar la costumbre mediante el razonamiento relativo a la sobrecarga de funciones ya que, si bien ello es indiscutible, también lo es que dicho fenómeno afecta a la totalidad de la Administración de Justicia y no sólo al Ministerio Público Fiscal. Dichas diligencias «previas» deben ser practicadas de manera directa por dicha parte, salvo el supuesto especial previsto en la última parte de la norma -que no deja lugar a dudas en orden a su excepcionalidad y que no debiera convertirse en la regla general- y es incorrecto del Juzgado proceder a su producción cuando son peticionadas.

15.- Las responsabilidades son compartidas por los diversos operadores del sistema e incluyen, como es lógico, al Secretario Penal. Éste, en su carácter de «conductor del procedimiento» (art 174, 1er párrafo de la ley 10.160), debe colaborar en cuanto resulte posible para que el Juez, como «director del procedimiento» adopte decisiones que sean ajustadas a Derecho. En este orden de ideas, la citada norma coloca en cabeza de los Secretarios la obligación de dictar las providencias de

mero trámite y también la de colaborar activamente en el dictado de otras providencias (art 174, Incs 2do y 3ro de la ley 10.160) con lo cual adquiere particular relevancia la atención que preste este funcionario en relación a la cuestión tratada, desde que a él compete el primer contralor, en tanto la causa ingresa en el juzgado. En la práctica es el Secretario quien proyecta la providencia inicial y debe, en tal tarea, efectuar un preciso control a fin de proponer, en su caso, al Juez, el dictado del decreto o bien resolución que corresponda. Así, entre el Fiscal que solicita la apertura de la investigación, y el Juez, que resuelve, se encuentra el Secretario, quien debería aplicar la máxima diligencia, siempre dentro del marco legal, para advertir cualquier situación anormal y disponer las diligencias que puede -y debe- adoptar.

16.- En tal orden de ideas, de advertirse defectos de orden formal, debería el Secretario, en ejercicio de sus facultades, poner ello en conocimiento del Juez y proyectar, si contara con la anuencia de éste, una providencia que disponga conferir una nueva vista al Ministerio Público Fiscal, a fin que readece su dictamen y se expida de conformidad con el Art 175 del C.P.P., pudiéndose indicar en la misma cuál es el requisito faltante, reencauzándose el procedimiento de manera

práctica, dándose la posibilidad al Ministerio Público Fiscal de corregir cualquier omisión en dicho acto procesal. Ello, claro está, sin perjuicio de la decisión que pudiera adoptar el Titular del Juzgado en orden a aplicar la sanción más gravosa y disponer la anulación del Requerimiento -opción poco prudente -.

Por otra parte, de requerirse la producción de las «diligencias previas» a que me he referido, advertida tal situación por parte del Secretario, sería aconsejable que el mismo proyectara una providencia que rechazara tal pretensión, con directa invocación al art 175 II del C.P.P y que dispusiera un nuevo traslado, permitiendo al Ministerio Público Fiscal practicar por sí mismo las diligencias o bien emitir su dictamen dentro de las opciones legales. Una vez más, salvo que el Juez, puesto en conocimiento de la situación, decidiera interpretar el dictamen como un requerimiento y rechazarlo (por aplicación de lo dispuesto en el art 176). De adoptarse esta última opción, podría el Secretario colaborar con el Juez en la redacción del borrador correspondiente, debiendo tener en cuenta, en dicho supuesto, que el fundamento del pronunciamiento desestimatorio lo es el relativo a la «ausencia de verosimilitud», situación que resulta evidente ante la petición «medidas previas»

17.- No es fácil cambiar prácticas arraigadas y menos en que se avecinan cambios sustanciales. Sin embargo, no nos olvidemos que hoy tenemos una ley que debemos aplicar, de la manera más práctica, siempre intentando buscar soluciones que permitan concentrarse en lo que resulta verdaderamente importante para el Derecho Penal. Las cuestiones que he propuesto tienen ese objeto. Un pequeño esfuerzo inicial conjunto tiene como resultado una mejor y más rápida Administración de Justicia al tiempo que colocamos al Derecho Penal en el verdadero lugar que ocupa: Última herramienta de la que debe valerse el Estado para la protección de la sociedad, exigiendo, por ello, prudencia y responsabilidad, por parte de los operadores, en toda decisión que implique poner en marcha el proceso, debiéndose respetar, en todo momento, las formalidades legales, que como vemos, tienen un sentido ■

¹ JAUCHEN, EDUARDO Comentarios al Código Procesal de Santa Fe, Editorial RUBINZAL- CULZONI, 1ra edición, PAG 215

El querellante en el nuevo Sistema Penal



DR. SEBASTIÁN JOSÉ SUÁREZ MÓNACO

Secretario del Juzgado de Primera Instancia de Distrito
en lo Penal Correccional. Melincué.

DR. MARIANO RÍOS ARTACHO

Secretario del Juzgado de Primera Instancia de Distrito
en lo Civil, Comercial y Laboral. Melincué.

La discusión acerca de los alcances de la participación de la víctima en el proceso seguido contra el presunto autor de un delito de acción pública es una cuestión que se debate actualmente con pasión tanto en la Argentina como en toda Latinoamérica.

Es por ello que con este trabajo se procura analizar el tratamiento del «querellante» por parte del Derecho Argentino, a fin de que al culminar con la lectura del mismo se logre tener conocimiento del estado de la cuestión y se puedan formular conclusiones respecto de la conveniencia o inconveniencia de su inclusión en el proceso penal, como así de las problemáticas que trae aparejada su utilización.

La cuestión en la Argentina.

A nivel nacional, en el año 1882 Manuel Obarrio en su Código de Procedimientos en materia penal se estableció como facultades del Ministerio Fiscal la de promover y ejercitar todas las acciones que nacían de delitos que alteraran el orden público, sin importar el medio por el cual se tomaba conocimiento de la infracción. Además se estableció la figura del querellante bajo la forma de acción popular que habíamos heredado de España¹. Sin

embargo la constatación empírica demostraba que los particulares no intervenían en las causas penales. Empero a pesar de poder intervenir en el proceso como querellante, en la mayoría de las legislaciones procesales, lo era con facultades muy limitadas. Lo que llevó a Maier a decir que la víctima era verdaderamente un «convidado de piedra»².

Por su parte autores como Levene (h) se pronunciaron a favor de suprimir la intervención del querellante conjunto en el proyecto original del CPPN en su artículo 6°. Dicha era idea también era compartida por Veléz Mariconde quien sostenía que el carácter netamente público del procedimiento penal vedaba toda la intervención del ofendido por el delito.

Sin embargo con el paso del tiempo la víctima fue ganando terreno en el proceso situación originada en gran parte por la lentitud de los juicios penales fruto del abarrotamiento de las causas judiciales que hacen muy dificultosa la tarea de una sola persona (acusador público) lleve adelante la acción penal. Así se establecieron progresivamente funciones de promoción y ejercicio de todas las acciones situación que se mantuvo hasta implementación del actual Código Procesal Penal de la Nación [Ley 23.984, Año

1991]. En él, el primer rol del Ministerio Fiscal es el de guardián de la legalidad del proceso penal, tanto como titular de la acción como responsable de su impulso en pro de los intereses de la sociedad.

En el plano constitucional, nuestra Carta Magna mediante la reforma de 1994 le otorgó jerarquía constitucional. Es el único órgano que se encuentra fuera de la división clásica del poder (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) ya que posee un aparato normativo especial, motivo por lo cual parte de la doctrina lo ha llamado el cuarto poder. dispone en su artículo 120 que «el Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tienen por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República».

Como se puede advertir expresamente nada dice respecto de la titularidad de la acción penal, por lo que podemos concluir que en sentido estricto no existe un deber constitucional de perseguir todos los delitos por el Ministerio Público Fiscal.

Al respecto, Germán Bidart Campos sostuvo que si bien es cierto que el Ministe-

rio Público tiene el deber de ejercitar la acción penal dentro del proceso, también es cierto que nada desmiente acerca de que el querellante pueda asumir idéntica función procesal, aun ante la omisión del fiscal, impulsando, tramitando y concluyendo el proceso con su pretensión punitiva. De este modo se cumple con las garantías de la defensa en juicio y el debido proceso³.

Recién en la normativa infraconstitucional encontramos una mención expresa a la acción penal. Es en el artículo 71 del Código Penal⁴, que consagra la oficialidad de la persecución penal en manos del Ministerio Público Fiscal. Con su entrada en vigencia se generan dos líneas de discusión que se mantienen hasta el presente: la primera refiere a la usurpación en que habría incurrido el Congreso Nacional al regular mediante una ley sustantiva lo referido a la acción penal y la segunda refiere a si por la incorporación de dicho se ha abolido la figura del querellante. De esta discusión nos ocuparemos más adelante.

En materia jurisprudencial, el puntapié inicial para reconocer la autonomía del querellante esta dado por el caso «Santillán» de fecha 13-08-1998 en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación

sostuvo que el requisito de la acusación permite la defensa en juicio del imputado, sin que quepa distinguir en cuanto al carácter público o privado de ésta, por lo que en el caso en análisis el querellante podía llevar adelante la acusación en el debate oral, pese al pedido desincriminatorio del Ministerio Público Fiscal al momento de alegar.

El principal argumento esgrimido fue que todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos está amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional, que asegura a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma. Lo dicho por la Corte Suprema, no sólo se encuentra consagrado en nuestra Carta Magna en el art. 18 sino que también surge de Tratados incorporados por la misma y que tienen jerarquía constitucional: como ser el derecho de concurrir ante un órgano jurisdiccional en procura de justicia y obtener de él sentencia previsto en el art. 8 párrafo primero de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ y el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶.

Posterior al mismo siguieron pronunciamientos como el del caso «Ascolese» (30/12/2003) en el que la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal resolvió confirmar el pedido de desestimación por inexistencia de delito efectuado por la Fiscalía, pese al pedido en sentido contrario de la parte querellante. Lo importante aquí fue que los jueces analizaron la cuestión de fondo previo a arribar a un pronunciamiento confirmatorio del sobreseimiento recurrido, entendiendo que el proceso podría haber continuado con la querrela como única parte acusadora. Es decir, en el caso se hizo extensiva la doctrina del fallo mencionado ut supra a todas las etapas del proceso.

En el caso en cuestión se pronunciaron en este sentido los Doctores Bruzzone y Elbert, votando en disidencia el Doctor Edgardo Alberto Donna quien sostuvo: «queda claro que el delito no es una cuestión privada, aun en los casos de los delitos llamados de acción privada. No se trata, como se ha dicho, de un conflicto entre las partes, sino todo lo contrario. Es la subsistencia de la sociedad democrática y social que está comprometida con la comisión de este tipo de delitos. Cuando se mata a una persona, más allá del dolor de las personas allegadas a la

víctima, lo que está en juego con la pena es que se ha puesto en duda el valor de la vida humana y eso sólo se vuelve a su lugar con la pena, cuando el Estado reafirma el valor de la vida».

En el caso «Linares» la Cámara Nacional de Casación Penal de fecha 06-06-2005 se dijo que cuando hay un particular damnificado constituido en parte querellante y éste impulsa la acción, sin perjuicio de la opinión del Ministerio Público Fiscal, la jurisdicción se ve obligada a analizar la viabilidad del pedido, continuando en su caso la causa su estado, teniendo a la querrela como parte acusatoria y al Ministerio Público Fiscal como parte necesaria, aunque sólo para defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad.

De todo lo dicho podemos concluir que la jurisprudencia mayoritaria a partir del caso «Santillan» ha aceptado la autonomía del querellante aun antes de la etapa intermedia e incluso extendiéndolo algunos hasta el inicio del mismo.

Adentrándonos a lo que sucedía en el ámbito de la provincia de Santa Fe, encontrábamos un procedimiento escrito, burocrático, netamente inquisitivo –en manos de un Juez Instructor-, en don-

de la víctima veía arrancado de sus manos el conflicto penal. Paradójicamente aquella persona que más había sufrido como consecuencia del delito, se encontraba prácticamente al margen del proceso penal. Su intervención estaba limitada a la posibilidad de constituirse como parte civil.

Sin embargo, a fines de la década del ochenta y principios del noventa comenzaron a escucharse algunas voces de cambio respecto del proceso de enjuiciamiento penal. Ellas fueron en sus comienzos muy resistidas. El «nuevo proceso» suponía un giro copernicano: abrazaba el sistema acusatorio, incorporaba el criterio de oportunidad (reglada), investía de protagonismo a la víctima. Fue con la sanción de la Ley 12.734 (Año 2007) que esta tan anhelada y demorada reforma pudo llevarse a cabo.

Protagonismo de la víctima y su legitimación progresiva en el Nuevo Código de Procedimiento de Santa Fe

La víctima deja estar excluida en el trámite del proceso y pasa a tener un rol preponderante, se ubica en una posición igualitaria con el Ministerio Fiscal, puede coadyuvar constituyéndose como quere-

Secretarios

El querellante en el nuevo Sistema Penal

llante en los delitos de acción pública e incluso sustituirlo en su rol de acusador, a través de los mecanismos de conversión de la acción penal.

Esta privatización de la persecución es admitida en los siguientes supuestos: en primer lugar si el fiscal obtiene a través del Juez de la Investigación Penal Preparatoria la aplicación de alguno de los criterios de oportunidad que prevé el art. 19 y que lo habilitan a no promover o prescindir de la acción. Y en segundo lugar cuando el actor público dispone la desestimación de la denuncia o de las actuaciones policiales o archiva la Investigación Penal Preparatoria y luego la víctima disconforme, agota infructuosamente las distintas instancias de reclamo y control dentro del Ministerio Público Fiscal (ocurrir ante el Fiscal General y luego ante el mismo Procurador General).

En estos casos el ofendido cualquiera fuera el delito puede asumir como parte con el carácter de acusador exclusivo y continuar el trámite por el procedimiento de querrela regulado para los delitos de acción de ejercicio privado. En estos supuestos, notificada la víctima tiene sesenta días para presentarse y constituirse como parte querellante.

Como podemos advertir, estas normativas entran en colisión directa con el mencionado art. 71 del Código Penal Argentino, que consagra como regla la oficialidad de la persecución penal. Encontramos entonces que el Derecho Procesal Penal avanza por sobre el Derecho Penal material.

En este marco se suscita la problemática que refiere a si las provincias pueden introducir en sus procedimientos criterios de oportunidad. Existen al respecto diversas posiciones: para un sector de la doctrina la regulación de criterios de oportunidad por parte de las provincias, rompe un principio fundamental que es la aplicación uniforme del derecho penal en todo el país. Entre ellos se encuentra, paradójicamente, el prestigioso profesor procesalista José Ignacio Cafferatta Nores. El razonamiento es el siguiente: de permitirse la introducción por las provincias de criterios de oportunidad reglada, un mismo hecho de robo puede conducir en la provincia de Santa Fe –con el código recientemente sancionado– a un sobreseimiento por el arreglo (sea por pago o reparación); mientras en la provincia de Buenos Aires determinar la aplicación de una pena.

Además existe otro argumento relevante para esta postura; cuál que los Trata-

dos Internacionales incorporados por la Constitución Nacional Argentina reconocen determinados derechos y garantías y quien responde en caso de desigualdades u omisiones es el Estado Federal.

Otro sector de la doctrina ha sostenido la tesis contraria. La Constitución Nacional no contiene regulaciones expresa respecto del régimen de la acción penal. Así se pronunciado Binder diciendo que la eficacia de la legislación común es un problema de derecho público provincial. Además la titularidad del ius persecuendi recae necesariamente en cada Estado Provincial, y se ejercerá de acuerdo a la capacidad operativa de cada uno de ellos. Y respecto de las desigualdades que puedan presentarse existe un órgano encargado de preservar la aplicación igualitaria de las misma que es la Corte Suprema Nacional.

Una tercera posición está representada por el análisis constitucional que sobre la cuestión hacen Zaffaroni, Alagia y Slokar. Sostiene que la Carta Magna prefiere sacrificar cierta medida de igualdad para preservar el principio federal, es decir, el derecho de los habitantes a tener sus gobiernos locales. Por lo tanto existen asimetrías, pero este sacrificio tiene necesariamente límites. No puede

sostenerse que el arbitrio provincial en material legislativa procesal sea absoluto: la legislación procesal penal federal debe operar como un mínimo de garantías que las provincias pueden aumentar pero no disminuir. De lo dicho deriva que corresponde al Código Penal fijar una suerte de estándar mínimo al que las provincias deben adecuarse pudiendo prever supuestos por encima del mismo. Esta es la postura a la que adhiero.

Frente a esta confrontación respecto de la titularidad de la acción penal en manos del Estado estimo necesario recordar las palabras de Carrara quien decía «el principio de que la acción penal es siempre pública es de creación moderna, es una consecuencia del monopolio que ha querido dársele al ministerio público; este monopolio creó esa regla, y hoy quiere defenderse con ella dicho monopolio»⁷.

Al respecto puede agregarse –como explica el Profesor Javier De Luca– que la palabra «monopolio» significa la exclusividad en el ejercicio de una actividad, por lo que el único monopolio estatal verificable es el de la aplicación de una pena criminal.⁸

En esta postura encontramos también a autores como Binder, para quien la figu-

ra del querellante particular resulta muy útil dentro del proceso, puesto que moviliza mucho la justicia y le quita trabajo al Ministerio Público que –por lo general– está sobrecargado de tareas⁹.

Legalidad procesal vs. Oportunidad.

El principio de legalidad procesal surge en el momento en que el Estado se apropió de los conflictos de los particulares. Así, el ya mencionado artículo 71 del Código Penal Argentino manda ejercer la acción penal obligatoriamente para todos los casos en que hubiera apariencia delictiva. Este principio parte de la premisa que todo delito debe ser juzgado y castigado, lo que se convierte en una aspiración cuasi-mítica del sistema penal. En este sentido explica Cafferata Nores que «no hay sistema penal en ningún lugar que tenga capacidad para cumplir siquiera una mínima parte de legalidad procesal en cuanto a la obligatoriedad de investigar donde pudo haber ocurrido un delito sin importar la gravedad ni excepción¹⁰. Adhiere a esta posición el Doctor Julio Maier.¹¹

Bajo el imperio de este principio, en nuestro país los jueces se ven arrasados por una catarata de expedientes que

documentan desde la mínima infracción hasta los delitos más complejos, de inteligencia y difícil investigación. Esos mismos jueces deben impulsarlos masiva e igualitariamente, en busca de un objetivo tan lejano como la sentencia. La consecuencia de todo esto es evidente: progresan preponderantemente las causas con menos dificultades prácticas, las que tienen imputados confesos, por ejemplo. En cambio, los delitos complejos, de gravísima resonancia social quedan en el camino, mueren por prescripción. Es imposible procesar integralmente la avalancha porque en el mundo real no hay capacidad bastante para absorberla.

Frente a la legalidad procesal (promoción de oficio e ineludible de la acción penal, irrevocabilidad de su ejercicio e indisponibilidad de su contenido sustancial), se erigió el criterio de oportunidad (la posibilidad de no perseguir penalmente en ciertas ocasiones por afectar al infractor una pena natural, o mediar una conciliación entre los protagonistas, o reparar el ofensor el daño causado, etc.). Su conceptualización no es sencilla, ya que normalmente se lo define por oposición al principio de legalidad procesal. En su más amplia definición se identifica el criterio de oportunidad con cualquier excepción a su antagonista y, con ella, a la correspondiente

obligación del Ministerio Público Fiscal en lo que refiere a su vinculación con la acción penal.

Otros, sostienen que no debe entenderse como comprensivo del mismo solamente los casos en que se renuncia a la acción penal del fiscal bajo determinadas condiciones, sino a todo tratamiento penal diferenciado del conflicto social representado por el hecho delictivo.

Finalmente, en una acepción más restringida, se entiende por principio de oportunidad a la facultad que posee el órgano encargado de la persecución penal, de prescindir de ella por motivos de utilidad social o razones de política criminal.

Lo que no podemos negar -explica Alberto Binder- es que detrás del principio de legalidad se oculta una falacia idealista según la cual todo principio previsto en la legislación cumple necesariamente efectos en la realidad¹².

Alberto Spota -constitucionalista de altura-, disiente afirmando en que en realidad no existe una postura antagónica entre ambos principios, habida cuenta de que los criterios de oportunidad «no agreden al debido proceso», sino que son instrumentos que coadyuvan para una mejor eficacia

del sistema, en un ámbito razonable, en una comunidad determinada y en un momento histórico dado¹³.

Por todo lo expuesto estoy convencido que la adopción del principio de oportunidad se impone y «constituye uno de los medios para permitir no sólo un adecuado funcionamiento del sistema de enjuiciamiento penal en términos de eficiencia, sino también para evitar que la selectividad inherente a él, derive en una aplicación irracional y desigual de la ley penal»¹⁴.

Sin embargo su uso debe estar sujeto a la utilización de criterios reglados, ya que no puede omitirse que en definitiva, la oportunidad es también una manifestación de la selectividad del sistema penal.

En la legislación continental europea, encontramos que en Italia por una cláusula constitucional se impone el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal (art.112). En la práctica existen criterios encubiertos de selección de causas lo cual es criticado por la doctrina. Francia, en su Código Procesal Penal -artículos 40 y 41- concede al Ministerio Fiscal discrecionalidad para iniciar el ejercicio de la acción penal.

En España no existe una norma constitucional referida al ejercicio de la acción penal, sino que es el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la que establece un sistema de obligatoriedad de persecución penal, lo cual permitiría que por otra norma de igual rango se incorporen criterios de oportunidad.

Finalmente en Alemania, el principio de obligatoriedad acusatoria es la regla (artículo 152 y 170 de la Ordenanza Procesal Penal), apareciendo como excepciones variados criterios de oportunidad (artículos 153 y 154 del mismo ordenamiento).

En países de Latinoamérica como México, la constitución federal contiene una regulación constitucional de los derechos de las víctimas. Así el acceso al proceso por ella es una garantía constitucional. En el punto II apartado B de la constitución se establece el derecho de las víctimas a: coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuenta, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligenciada, deberá fundar y motivar su negativa. El derecho de coadyuvar impli-

ca que la intervención de la víctima en la realización del proceso y expresamente en la actividad probatoria no puede ser ignorada.

En la República Oriental del Uruguay, el art. 22 de la Carta Magna consagra el sistema acusatorio estableciéndose que «todo juicio criminal comenzará por acusación de parte o del acusador público». De este modo se prevé la participación en el proceso del ofendido por el delito en un plano de igualdad con el acusador público.

En Santa Fe, el Código Procesal recientemente sancionado, abraza este criterio, en su forma de oportunidad reglada. Se ha entendido que económica y políticamente resulta poco inteligente malgastar recursos humanos y materiales pretendiendo investigar todos los hechos presuntamente delictivos, cuando una lectura realista indica que se deben intensificar los esfuerzos e infraestructura en los hechos graves y a partir de allí, en la medida de lo posible, ocuparse del resto.

Ahora bien, ¿cómo se vincula la utilización de criterios oportunidad en miras a prescindir de la acción penal con la intervención del querellante particular en los delitos de acción pública?.

La respuesta esta dada en que la intervención del querellante es funcional a la aplicación de dicho criterio. A diferencia de lo que sucede en los sistemas anglosajones de oportunidad amplia –como el que rige en E.E.U.U.- en donde el fiscal decide bajo su responsabilidad política si impulsa una investigación penal, desiste de la acusación o retira la misma; en nuestro sistema de oportunidad reglada nunca puede dejar de mirarse a la víctima.

Así, cuando el Fiscal prescinda de la acción penal por la aplicación de un criterio de oportunidad, desestime la denunciada o disponga el archivo de la investigación penal preparatoria, la víctima constituida en querellante puede instar la jurisdicción y seguir adelante con la acusación. El Fiscal sabe a la hora de disponer de la acción penal que cuenta con un «segundo veedor», que tiene derecho a que se conozca la verdad y se sancionen a los responsables.

El querellante particular y el derecho a la verdad

En el Caso «Bulacio vs. Argentina» –sentencia de 18 de Septiembre de 2003-, la Corte Interamericana de Derechos Humanos optó por la afirmativa respecto de la intervención del querellante particular en los delitos de acción pública y sancio-

nó a la Argentina por la muerte de Walter David Bulacio en miras a reivindicar la memoria de la víctima y dar consuelo a sus deudos.

En enero de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte una demanda contra la República Argentina en la que solicitó que declarara la violación en perjuicio de Bulacio de los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal) y 19 (derechos del niño), así como los artículos 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana. Asimismo solicitó a la Corte que ordenara al Estado adoptar diversas reparaciones pecuniarias y no pecuniarias.

Los hechos de la causa fueron los siguientes: el abril de 1991 la Policía Federal Argentina realizó una detención masiva en la ciudad de Buenos Aires, en las inmediaciones del Club Obras Sanitarias donde se iba a realizar un concierto de música de rock. Entre los detenidos se encontraba Walter David Bulacio, de 17 años de edad, quien fue trasladado a la Comisaría 35. En ese lugar fue golpeado por agentes policiales. Los detenidos fueron liberados progresivamente pero durante la misma los menores estuvie-

ron bajo condiciones de detención inadecuadas.

Al día siguiente de su liberación, el joven Bulacio fue llevado al Hospital Provincial Pirovano víctima de vómitos. El médico que lo atendió diagnosticó un «traumatismo craneano». Luego de ser trasladado por distintos centros médicos -cinco días después-, el joven murió.

Los padres de la supuesta víctima se constituyeron en parte querellante impulsando el procedimiento e impugnando decisiones tomadas respecto de los policías que presuntamente habían incurrido en los hechos delictivos. Entre ellos el principal acusado fue el Comisario Miguel Ángel Espósito. Ante el fracaso del proceso en todas las instancias de nuestro país, los familiares realizaron la denuncia por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Esta última en el juicio por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que «la razón principal por la que el Estado debe perseguir el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas, entendiendo la persecución penal como un corolario necesario del derecho de todo individuo a obtener una investigación judicial a car-

go de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia o no de la violación de sus derechos, se identifique a los responsables y se les impongan las sanciones pertinentes». «Así se debilita el carácter inquisitivo del proceso donde el Estado aparece en la doble función de persecución y juzgamiento, representados en las figuras del fiscal y del juez»¹⁵.

Agregó además que «el estado parte de la Convención Americana tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y sancionar a los autores y a quienes encubran dichas violaciones y toda persona que se considere víctima de ésta o bien sus familiares tiene derecho de acceder a la justicia para conseguir que se cumpla, en su beneficio y en el conjunto de la sociedad, ese deber de Estado». «Los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad para actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana».

En definitiva que derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de acceder a los tribunales sin discriminación alguna, el derecho de incoar un proceso y de seguirlo, el de obtener una sentencia de fondo sobre esa cuestión, el

derecho a la obtención de los recursos, el derecho a que la sentencia se ejecute. Se hace hincapié entonces en el derecho a la «tutela judicial efectiva», según el cual la víctima también está amparada por los siguientes derechos: a que el juicio se lleve a cabo en un palacio razonable, a que se descubra la verdad y se sancione a los responsables, a que los jueces eviten dilaciones indebidas que produzcan impunidad, frustrando la debida protección de los derechos humanos, que las víctimas deben tener acceso a todas las etapas del proceso.

¿Argumentos detractores?

No podemos obviar que existen argumentos de peso que cuestionan la inclusión del acusador particular en los delitos de acción pública. Uno de los autores que trata el tema de forma acabada es Daniel R. Pastor¹⁶.

Explica el autor que en un Estado constitucional y democrático de derecho una vez decidido que un conflicto tiene suficiente gravedad como para ser considerado penal, aparecen necesariamente la pena estatal y la acción penal pública. Es decir, el Estado reemplaza al lesionado colocándose como se titular de la acción penal.

Plantea que la llamada «expropiación del conflicto a la víctima por parte del Estado», supone que el éste se quedo con todo y el damnificado sin nada. Por lo tanto hacer reingresar al particular supondría necesariamente la exclusión del fiscal por devolución de la cosa confiscada. La neutralización por el Estado de la venganza privada supone que los enfrenamientos graves de la vida social no queden librados al tratamiento privado entre el autor y la víctima si ha sobrevivido o sus allegados en su caso. El Estado reemplaza al lesionado por el hecho porque tiene un interés propio en que las cosas se hagan de una determinada manera, esto es, la constitucional y legalmente establecida para evitar tanto la impunidad como el exceso en la reacción.

Otra crítica esta dada por el hecho de que el acusador público actuará siempre con mayor objetividad que la que tendría un querellante particular y en un Estado de garantías, en el que se pretende impedir el abuso y la arbitrariedad, entonces nada mejor para ello que el poder de acusar esté en manos de un funcionario público no afectado por el hecho y que no se comportará, como casi seguramente sí lo haría la víctima, como un acusador a ultranza.

También se ve afectado el «principio de

igualdad de armas»: para asegurar el derecho de defensa del imputado es menester contraponerlo a una sola hipótesis acusatoria. Un modelo procesal contradictorio garantista lleva en sí la idea de una disputa entre dos partes.

En caso contrario, encontraremos al acusado, la parte más débil de procedimiento penal y favor de quien se establecen numerosas prerrogativas para compensar esa inferioridad (in dubio pro reo, presunción de inocencia, derecho al recurso, etc.), frente a una multiplicidad de perseguidores, todo ellos con facultades autónomas de acusar, probar y alegar en su contra.

Tesis superadora

Las críticas formuladas tienen asidero y son razonables. Sin embargo –en nuestra opinión– no tienen virtualidad suficiente como para desechar la intervención del querellante particular como querellante autónomo dentro del procedimiento penal en los delitos de acción pública.

Es cierto que el acusador público actuará siempre con mayor objetividad que la que tendría un querellante particular y que en un Estado de garantías, en el que se pretende impedir el abuso y la arbitrariedad esto es valioso. Por supuesto que

el querellante particular, aquel que ha sufrido las consecuencias del delito esta empapado de subjetividad. Pero frente a ella existen otros remedios mucho más eficaces que su exclusión del trinomio que supone todo procedimiento de corte acusatorio y garantista (acusación, defensa y un juez imparcial que resuelva la contienda entre las partes). Y he aquí el eje de la cuestión: es el Juez quien deberá procurar el respeto de las garantías, y recordemos que las mismas no sólo refieren al imputado de un delito, sino también a las víctimas. Podrá admitirse en su caso, como lo ha hecho la jurisprudencia que también siga interviniendo la Fiscalía, como órgano de control y respeto de las garantías.

Es preferible darle gran autonomía a la víctima para que canalice sus deseos vindicativos a través de un proceso regular controlado por los fiscales y los jueces donde, en definitiva, los que resolverán serán estos últimos. Ya que en definitiva existe un interés legítimo del ofendido por un delito en la sanción penal del ofensor, único medio por el cual se obtiene un verdadero restablecimiento del equilibrio roto por la lesión a los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento penal. Negar al damnificado la posibilidad de actuar como querellante,

es privarlo lisa y llanamente de la defensa en juicio.

Ya enseñaba Cafferatta Nores que no existen diferencias entre el acusador público y privado. Y agregaba el maestro Carrara –citado por Herbel- que «la acción penal es pública sólo cuando se ejerce para defender las ofensas inferidas a toda la sociedad (y que) en ningún caso puede impedirse al ofendido personalmente ejercerse su derecho contra quienes lo hubieran dañado, pues éste es un derecho individual natural, de análoga naturaleza al de defensa contra la agresión ilegítima»¹⁷.

Por lo tanto, el derecho del ofendido en poder querellar penalmente al victimario es anterior al concedido por el Ministerio Público para monopolizar la acusación, «pues a la autoridad estatal se le otorgaron dichas facultades para mejor amparo de los derechos individuales penalmente tutelados, a condición de su eficacia y nunca para obstáculo del derecho de la víctima, a la tutela judicial contra sus ofensores».¹⁸

La cita no pierde vigencia, por cuanto –enseñan Erbetta, Orso, Franceschetti y Chiara Diaz- en los sistemas regidos por el principio de discrecionalidad (modelo

anglo-americano) o en los que impera la oportunidad reglada (sistema alemán, entre otros) cuando el fiscal decide no impulsar o continuar la acción penal sin posibilidad de la reapertura le puede generar un perjuicio a la víctima, quien ve expropiado su conflicto, sin chance de obtener una justa reparación por el daño sufrido¹⁹.

Sin embargo –reconocemos– la posibilidad de conversión de cualquier delito de acción pública en privada no esta exenta de reparos. Un presupuesto para la misma estaría dado por la exigencia de «contracautela suficiente» para evitar los abusos de los querellómanos irracionales o sin motivaciones suficientes. Por ello, pese a la dicho, me atrevo a afirmar que la inclusión del querellante particular servirá para evitar casos de impunidad y desprotección; que va a revitalizar el concepto de víctima.

Respecto de aquellos que sostienen que la modalidad del querellante particular «autónomo» sirve para canalizar el sentimiento de venganza por intermedio del Estado, entendemos que la afirmación es falsa. Ella tiene un origen histórico determinado: los códigos italianos de 1913 y 1930, que por supuesto gravitaron en Latinoamérica. En ellos subyacía la idea de que la víctima no debía ingresar al proceso penal puesto que de ese modo canalizaba su venganza a través del Estado.

Sostiene Binder que esta demostrado que tal afirmación es falsa, que cuando la víctima ingresa al proceso penal busca, fundamentalmente, una reparación; sobre todo, muchas veces, una reparación pecuniaria, y no la venganza. Son muy raros los casos en los que la víctima no busca un arreglo económico, sino la imposición de una pena. Además, en la actualidad entrado en crisis la pena de prisión, muchos comienzan a preguntarse si, en última instancia, esta actitud de procurar una reparación económica no es mucho más sana, mucho más útil a la sociedad que la imposición de una pena que, en realidad, no le sirve a nadie²⁰.

Desde prisma constitucional –explica Augusto Morello– a la víctima del delito le comprende el derecho de defensa en juicio previsto por el art. 18 de la CN ya que no existen razones de peso para considerar excluida a la víctima en tanto la norma no hace distinción y solo expresa «es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos». El derecho de defensa en juicio comprende el derecho al debido proceso legal y el derecho de acceder a la jurisdicción en procura de justicia para la obtención de una sentencia útil a su derecho²¹.

Además en nuestro país la legitimación

de la víctima viene ahora consagrada por el art. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la profusa doctrina que emana de los organismos internacionales. Así el art. 8 apartado 1 dice: «toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter». Una redacción similar es la del art. 14 del PIDCP.

Por lo que el derecho a ser oído judicialmente no es otra cosa que la posibilidad que tienen los habitantes de comparecer a la justicia y exponer sus pretensiones y razones, como necesariamente previo a la emisión por los jueces de una decisión sobre sus intereses. Cuando la norma refiere a «toda persona», así como a cualquiera que sea la naturaleza de la pretensión, comprende sin duda a la víctima.

Por todo ello entiendo que en la actualidad ya no resulta cuestionable el carácter constitucional que asume la inclusión de la víctima en el proceso a la luz de los

Secretarios

El querellante en el nuevo Sistema Penal

Tratados Internacionales de Derechos Humanos que constituyen el bloque de constitucionalidad -en virtud de lo establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994-. Es indudable que la víctima del delito tiene un verdadero derecho a una intervención relevante en el proceso penal, para la satisfacción de sus legítimos intereses jurídicos y por ello constituye un mandato constitucional y de exigencia supranacional la de adecuar los distintos ordenamientos jurídicos procesales a esta nueva concepción permitiendo la incorporación de la víctima a la relación procesal.

Para concluir nos gustaría terminar nuestra exposición con unas palabras del constitucionalista -ya fallecido- Bidart Campos que dijo que no existe ninguna posibilidad de negar constitucionalmente legitimación a la víctima para ingresar al proceso penal como querellante aunque se trate de delitos de acción pública; expresándolo de la siguiente manera: «Tardíamente hemos comprendido con profunda convicción, que ninguna ley, ni en el código penal ni los códigos procesales pueden constitucionalmente privar de legitimación procesal a la víctima de un delito en el proceso penal, por mas que ese delito sea de acción pública y que ésta corresponda al Ministerio

Fiscal. No darle a la víctima legitimación concurrente es dejar desprotegida a la persona en cuyo beneficio se depara la tutela jurídico- penal a un bien determinado que le ha sido dañado»²² ■

¹ Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1979.

² JULIO MAIER. «*Derecho Procesal Penal*». Año 2004

³ GERMÁN BIDART CAMPOS. «*Es inconstitucional inhibir la actividad del particular querellante y del juez cuando en los delitos de acción pública falta la intervención de Ministerio Público*». Nota a fallo E.D. 137-104. Año 1990.

⁴ Código Penal Argentino, Art. 71: «*Deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales (...)*»

⁵ CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Art. 8.1: «*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (...)*»

⁶ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Art. 14.1 «*todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...)*»

⁷ CARRARA FRANCESCO. «*Progama de Derecho Criminal*». Parte General. Año 1998.

⁸ DE LUCA JAVIER. «*Las facultades del querellante en el proceso penal desde Santillán a Storchi*».

⁹ BINDER ALBERTO M. «*Introducción al Derecho Procesal Penal*».

¹⁰ CAFFERATTA NORES. «*Ejercicio concreto del poder penal. Límites, abusos, desafíos*». CÓRDOBA. Año 2006.

¹¹ MAIER JULIO B. «*El Sistema Penal hoy: entre la Inquisición y la Composición*».

¹² ALBERTO BINDER. «*Introducción al Derecho Procesal*». 2da. Edición.

¹³ ALBERTO SPOTA. «*Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad, en el ámbito penal*». BUENOS AIRES. 1992.

¹⁴ CLAUS ROXIN. «*El Ministerio Público en el Proceso Penal*». Edición 2003.

¹⁵ C.I.D.H. Informe No34/96, caso 11.228 e Informe No 5/96, caso 10970.

¹⁶ DANIEL R. PASTOR. Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal: «*Una ponencia garantista acerca de la acusación particular*». Año 2009.

¹⁷ HERBEL, GUSTAVO. «*El proceso acusatorio y el retorno de la acción penal*». Revista el Derecho Penal. U.C.A. Febrero de 2003.

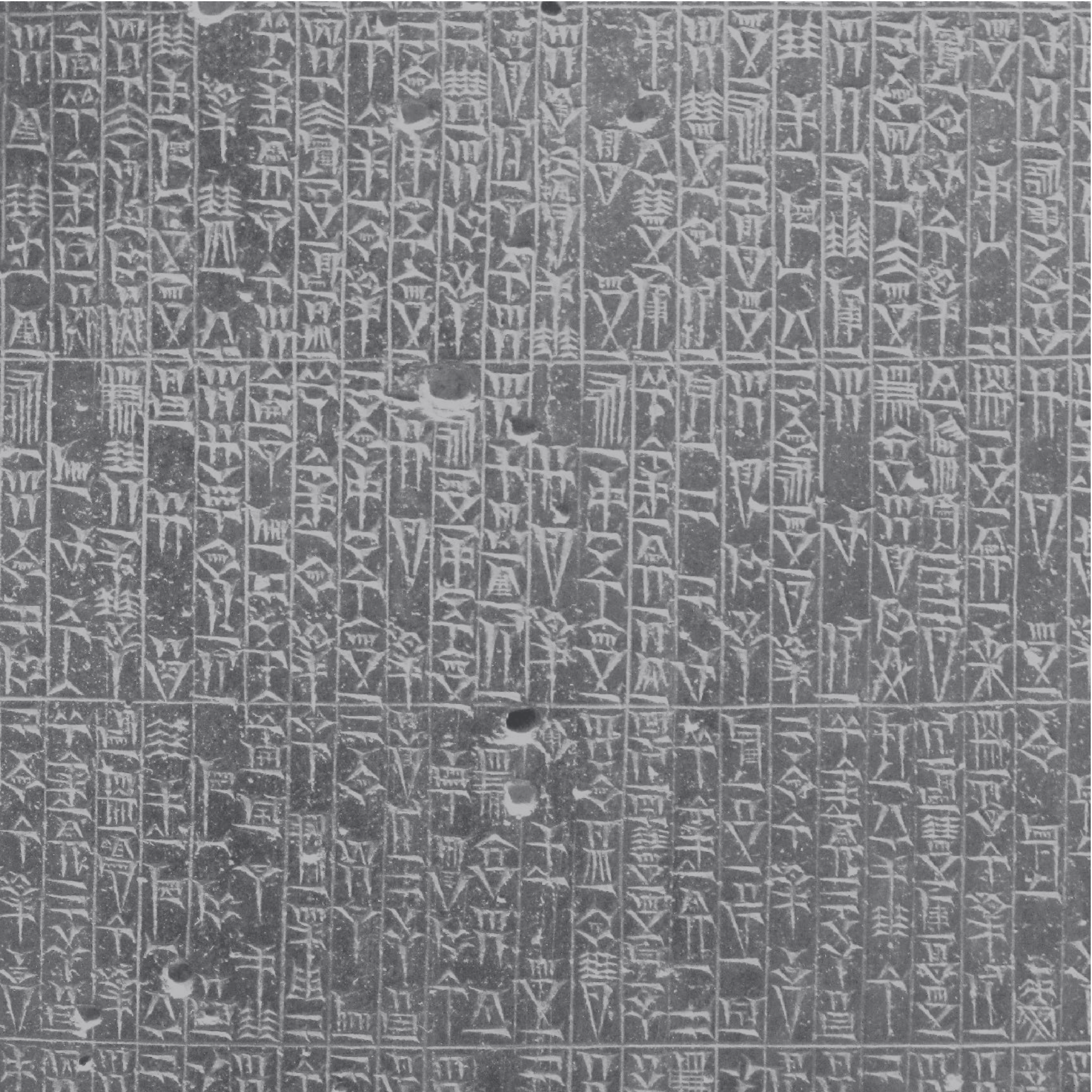
¹⁸ CARRARA, FRANCESCO. Obra Citada.

¹⁹ ERBETTA, ORSO, FRANCESCETTI Y CHIARA DIAZ. «*Nuevo Código Procesal de la Provincia de Santa Fe Comentado*».

²⁰ ALBERTO BINDER. Obra citada.

²¹ AUGUSTO MORELLO. «*Estudio de Derecho Procesal*», Año 1998.

²² GERMÁN BIDART CAMPOS. «*La Legitimación del Querellante*».





NOMBRAMIENTOS

NOMBRAMIENTOS

PROCURADOR GENERAL

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Barraguirre, Jorge Alberto	Titular	Procuración Gral de la Corte Suprema de Justicia	Santa Fe

JUEZ DE CÁMARA DE APELACIÓN DE DISTRITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Carbone, Carlos Alberto	Titular	Cámara Apelación Penal (Sala IV)	Rosario
Depetris, Georgina Elena	Titular	Cámara Apelación Penal (Sala III)	Rosario
Llaudet Maza, Guillermo Manuel	Titular	Cámara Apelación Penal (Sala III)	Rosario
Balangione, Jaquelina Ana	Titular	Cámara Apelación Penal (Sala IV)	Santa Fe
Feijoo, Martha Maria	Titular	Cámara Apelación Penal (Sala IV)	Santa Fe
Roman, Alejandro Alberto	Titular	Cámara Apel. Civ. Com. y Laboral, Circ. Jud. N° 5	Rafaela

JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DE DISTRITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Diana, Maria Jose	Titular	Trib. Coleg. Civil De Fam. -3 ^{er} .nom. -1 ^{ra} secr.	Rosario
Galletto, Alicia Ana	Titular	Trib. Coleg. Civil De Fam. -4 ^{ta} nom.-1 ^{er} .sec.	Rosario
Mangani, Maria Paula	Titular	Trib. Coleg. Civil De Fam. -4 ^{ta} nom.-1 ^{er} .sec.	Rosario
Favret, Beatriz Liliana	Titular	Juzgado De 1 ^{ra} Inst. De Familia	C. Gomez
Garini, Lorena Alicia	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. De Instruc. y Correc.- Sec. Instrucción	Rufino
Grasso, Nancy Viviana	Titular	Juzgado de 1 ^{ra} Inst. De Familia	Venado Tuerto
Marinucci, Silvina Lujan	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Penal Correccional	Melincué
Rodrigo, Juan Manuel	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil, Comercial y Laboral 2 ^{da} nom.	Vera
Saleh, Omar Amado	Subrogante	Juzg. Civil y Comercial de la 3 ^{ra} Nom.	Rafaela

NOMBRAMIENTOS

JUEZ TRIBUNAL COLEGIO 1^{RA} INSTANCIA EN LO CIVIL

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Avile, Ana Silvina	Subrogante	Trib. Colegiado de Familia N° 3 - 1er. Sec.	Santa Fe
Galvan, Noemi Matilde Zulema	Subrogante	Trib. Colegiado de Familia N° 2 - 1er. Sec.	Santa Fe

JUEZ DE 1^{RA} INSTANCIA DE CIRCUITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Alvarez, Luz Mariela	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Circuito N° 6	C. Gomez
Mendoza, Ana Laura	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. del Circ. Judicial N° 31	Sunchales
Militello, Vicente	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Instancia de Circuito	Venado Tuerto

FISCAL CÁMARA DE APELACIÓN

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Lauxmann, Liliana Noemi Guadalupe	Subrogante	Fiscalía de Cámara N° 3	Santa Fe
Mantaras, Jose Antonio	Titular	Fiscalía de Cámara	Vera
Romero, Carlos Raul	Titular	Fiscalía de Cámara N° 2	Santa Fe

DEFENSOR GENERAL

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Badino, Raquel Alejandra Maria	Subrogante	Defensoría General N° 2	Rosario
Bastianelli, Liliana Isabel	Subrogante	Defensoría General Zonal N° 5	Rosario
Beduino, Maria Silvia	Subrogante	Defensoría General N° 5	Rosario
Beneite, Claudia Cristina	Subrogante	Defensoría General N° 6	Rosario
Bria De Dundas, Silvia Raquel	Titular	Defensoría General En Lo Civil N° 2	Santa Fe
Chemes, Silvia Monica	Titular	Defensoría General	Esperanza

NOMBRAMIENTOS

DEFENSOR GENERAL

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Del Castillo, Gabriela Alicia	Subrogante	Defensoría General	Venado Tuerto
Fernandez, Andrea	Titular	Defensoría General	Melincué
Fuentes, Maria Cecilia	Titular	Defensoría Gral. Zonal N° 1 Dist. Jud. N° 1	Santa Fe
Galan, Estrella Luisa	Titular	Defensoría General de Cámaras	Rosario
Gimenez, Jorge Alberto	Titular	Defensoría General	San Jorge
Gomez, Raquel Mercedes	Subrogante	Defensoría General N° 1	Vera
Gretter, Analia Elena	Titular	Defensoría General	San Cristobal
Hail, Duilio Maximiliano Francisco	Subrogante	Defensoría General	Villa Ocampo
Leguiza, Marisa Viviana	Titular	Defensoría General	Tostado
Martin, Juan Carlos	Titular	Defensoría General	San Justo
Moya, Maria Carolina	Subrogante	Defensoría Gral. Zonal N° 3 Dist. Jud. N° 1	Santa Fe
Ojeda, Nilda Guadalupe	Titular	Defensoría General en lo Penal N° 6	Santa Fe
Paz, Jorge Rodolfo	Titular	Defensoría General	Villa Constitución
Rodriguez, Maria Alejandra	Subrogante	Defensoría General	San Lorenzo

FISCAL

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Alesso, Gerardo Oscar	Titular	Fiscalía N° 2	Santa Fe
Bacella, Carlos Armando	Subrogante	Fiscalía N° 2	Venado Tuerto
Fruh, Elena Beatriz	Titular	Fiscalía	San Cristobal
Gon, Gustavo Adrian	Titular	Fiscalía N° 1	Vera

NOMBRAMIENTOS

FISCAL

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Longhi, Patricia Maria De Los Angeles	Titular	Fiscalía General	San Justo
Milia, Juan Bautista	Titular	Fiscalía General	Esperanza
Moscetta, Roman Osvaldo	Titular	Fiscalía	San Lorenzo
Mudryk, Alicia Susana	Subrogante	Fiscalía General	Villa Ocampo
Rolando, Carlos Marcelo	Subrogante	Fiscalía N° 1	Santa Fe
Vaschetto, Ricardo Hector	Titular	Fiscalía	Melincué
Yasin, Paula Roxana	Subrogante	Fiscalía	Tostado

ABOGADO RELATOR (CAT. FISCAL)

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Carmona, Norberto Fabian	Titular	Relatoría de la Corte Suprema de Justicia	Rosario
Nardin, Juan Pablo	Subrogante	Relatoría de la Corte Suprema de Justicia	Rosario

ASESOR DE MENORES

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Cracogna, Stella Maris	Titular	Asesoría de Menores	Tostado
Papalardo, Daniel Angel	Subrogante	Asesoría de Menores 2 ^{da} Nom.	Rosario
Roman, Maria Gabriela	Subrogante	Asesoría de Menores 3 ^{ra} Nom.	Rosario

SECRETARIO LETRADO CÁMARA

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Barrilis, Claudia Maria	Subrogante	Cámara Apelación Laboral (Sala II)	Santa Fe
Fuentes, Daniela de Lourdes	Subrogante	Cámara Apelac. Civil, Comercial y Laboral	Reconquista

NOMBRAMIENTOS

SECRETARIO LETRADO CÁMARA

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Messersi, Nelida Mabel	Subrogante	Cámara Apelación Penal (Sala II)	Rosario
Moya, Maria Carolina	Titular	Sec. Presidencia de la Cámara Apel. Civil y Comercial	Santa Fe
Politi, Maria Alejandra	Titular	Cámara Apel. Civ. Com. y Laboral, Circ. Jud. N° 5	Rafaela
Ruiz, Mario Silvio	Subrogante	Sec. Presidencia de la Cámara Apel. Civil y Comercial	Santa Fe
Ruiz, Mario Silvio	Subrogante	Cámara Apelación Civil y Comercial (Sala I)	Santa Fe

SECRET. REGISTRO PUB. COMERCIO (CAT. FISCAL)

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Gesualdo, Monica Liliana	Titular	Registro Público de Comercio	Rosario

SECRETAR. DE CERTIFICACIONES (CAT. SEC. CIRC.)

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Costa, Patricio	Titular	Oficina de Certificaciones	Santa Fe
Suarez, Gabriela Noemi	Subrogante	Oficina de Certificaciones	Santa Fe

JUEZ COMUNITARIO DE LAS PEQUEÑAS CAUSAS

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Olguin, Gustavo Rolando	Titular	Juzgado Comunitario de las Pequeñas Causas	Sancti Spiritu

SECRETARIO DE JUZG. DE 1ª INST. DE DISTRITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Acosta, Ernesto Ricardo	Titular	Juzg. 1ª Inst. Menores 4ª Nominación Sec. Penal	Rosario
Acosta, Laura Fernanda	Subrogante	Secret. Servicio Social del Juzg. Menores 1ª Nom.	Rosario
Alloa Casale, Celina Rita	Subrogante	Juzg. 1ª Inst. Civil y Comercial 2ª Nom.	Reconquista

NOMBRAMIENTOS

SECRETARIO DE JUZG. DE 1^{RA} INST. DE DISTRITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Alvarez, Liliana Alejandra	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Instrucción 6 ^{ta} Nom.	Rosario
Alvarez, Paula Eliana	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Instrucción 8 ^{va} Nom.	Rosario
Alvarez, Paula Eliana	Titular	Juzgado en lo Penal de Instrucción 8 ^{va} Nom.	Rosario
Armoa, Mirta Griselda	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil, Comer. y Laboral 1 ^{ra} Nom.	Villa Constitución
Baclini, Maria Belen	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 6 ^{ta} Nom.	Rosario
Ballari, Maria Veronica Roxana	Titular	Juzg. de 1 ^{ra} Inst.en lo Penal de Instrucción 15 ^{ta} Nom.	Rosario
Bauza, Carina Alejandra	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Penal Instruc. 7 ^{ma} Nom.	Santa Fe
Bazano, Paula Valeria	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 7 ^{ma} Nom.	Rosario
Belavi, Natalia Silvana	Subrogante	Trib. Colegiado de Familia N° 2 - Sec. de Aud.	Santa Fe
Beneite, Claudia Cristina	Titular	Juzgado en lo Penal de Instrucción 8 ^{va} Nom.	Rosario
Benitez, Adriana Lorena	Subrogante	Trib. Coleg. Flia. N°5 -Secret.1-	Santa Fe
Benitez, Adriana Lorena	Subrogante	Trib. Colegiado de Familia N° 2 - 2 ^{da} Sec.	Santa Fe
Benvenuto, Natalia	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Sentencia 1 ^{ra} Nom.	Rosario
Berta, Mauro Valentin	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Penal Correccional	Reconquista
Bistoletti, Federico Javier	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Instrucción 10 ^{ma} Nom.	Rosario
Blasco, Alberto Atilio	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Sentencia 2 ^{da} Nom.	Rosario
Boaglio, Jose Alberto	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Penal Correccional	Vera
Bojanich, Milca Mileva	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 17 ^{ma} Nominación	Rosario
Bojanich, Milca Mileva	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 17 ^{ma} Nominación	Rosario
Bojanich, Milca Mileva	Titular	Trib.Coleg. Civil de Fam. - 4 ^{ta} Nom.-1 ^{er} Sec.	Rosario

NOMBRAMIENTOS

SECRETARIO DE JUZG. DE 1^{RA} INST. DE DISTRITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Braga, Adriana Anabella	Subrogante	Trib. Colegiado de Familia N° 2 -1 ^{er} Sec.	Santa Fe
Bustamante Friggeri, Abel A. Luis	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Ejec. Civil Circ.-2 ^{da} Sec.	Santa Fe
Camano, Cecilia Andrea	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 17 ^{ma} Nominación	Rosario
Campos, Alvaro Guillermo	Titular	Juzgado en lo Penal Correccional 7 ^{ma} Nom.	Rosario
Carattoli, Dario Alberto	Subrogante	Juzgado en lo Penal Correccional 3 ^{ra} Nom.	Rosario
Carbajales, Veronica	Titular	Juzgado en lo Penal correccional 9 ^{na} Nom.	Rosario
Cassullo, Damian Andres	Titular	Juzg. 1ra Inst. Dist. en lo Penal Correc. 2 ^{da} Nom.	Venado Tuerto
Castellano, Carolina Andrea	Subrogante	Juzg. Civil y Comercial de la 3 ^{ra} Nom.	Rafaela
Catalano, Daniel Oscar	Subrogante	Juzg. de 1ra Inst. en lo Penal de Instrucción	San Lorenzo
Cerqua, Maria Alejandra	Titular	Juzg. 1ra Inst. Laboral 5 ^a Nom.	Santa Fe
Cescato, Silvina Alicia	Titular	Trib.Coleg.Extrac.-2 ^{da} Nom- 1 ^{ra} Sec.	Rosario
Chaparro, Andrea Gladis	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 1 ^{ra} Nom.	Venado Tuerto
Chaumet, Florencia	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Distrito en lo Penal Correccional	Villa Constitución
Chaumet, Florencia	Titular	Juzgado en lo Penal de Instrucción 11 ^{ra} Nom.	Rosario
Cimino, Damian Carlos	Titular	Juzgado en lo Penal de Instrucción 14 ^{ta} Nom.	Rosario
Cinalli, Jessica Maria	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 13 ^{ra} Nom.	Rosario
Couselo, Silvia Cecilia	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Penal de Instrucción	Venado Tuerto
De La Torre, Anibal Sebastian	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Instrucción 7 ^{ma} Nom.	Rosario
Drewanz, Adolfo Jose Maria	Subrogante	Trib. Colegiado de Familia N° 3 - 1 ^{er} Sec.	Santa Fe
Ebenegger, Patricia Nora	Titular	Trib. Coleg. Flia. N°5 -Secret.2-	Santa Fe

NOMBRAMIENTOS

SECRETARIO DE JUZG. DE 1^{RA} INST. DE DISTRITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Etchevers, Maria Adelaida	Titular	Trib.Coleg. Civil de Fam. -5 ^{ta} Nom.-1 ^{ra} Sec.	Rosario
Fabbro, Marisol	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Instrucción 10 ^{ma} Nom.	Rosario
Falcone, Lisandro Matias	Subrogante	Trib.Coleg. Civil Resp.Contr.- 6 ^{ta} Nom.-1 ^{er} Sec.	Rosario
Fernandez Bussy, Gonzalo	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Instrucción 1 ^{ra} Nom.	Rosario
Fernandez Bussy, Gonzalo	Titular	Juzgado en lo Penal de Instrucción 1 ^{ra} Nom.	Rosario
Flores Calera, Viviana Gabriela	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Menores 4 ^{ta} Nominación Sec. Social	Rosario
Fuster, Sergio Luis	Subrogante	Juzgado de 1 ^{ra} Inst. de Familia	Cañada de Gómez
Gallardo, Carla Soledad	Subrogante	Trib. Coleg. Civil de Fam. -3 ^{er} .Nom. - 1 ^{ra} Secr.	Rosario
Gallardo, Carla Soledad	Titular	Trib. Coleg. Civil de Fam. -3 ^{er} .Nom. - 1 ^{ra} Secr.	Rosario
Gallardo, Fabian Alejo	Subrogante	Juzgado Penal de Sentencia 6 ^{ta} Nom.	Rosario
Gallardo, Fabian Alejo	Titular	Juzgado Penal de Sentencia 6 ^{ta} Nom.	Rosario
Garini, Lorena Alicia	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Instruc. y Correc.- Sec. Instrucción	Rufino
Gasser de Franzen, Olga Raquel	Titular	Trib. Coleg. Flia. N° 3 - Sec. Violencia Familiar	Santa Fe
Gautero, Maria Gisela	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 2 ^{da} Nom.	Reconquista
Gerbaldo, Carina Andrea	Titular	Juzg. Civil y Comercial de la 4 ^{ta} Nom.	Rafaela
Giampietri, Claudia Mariana	Subrogante	Juzg. Civil, Comercial y del Trabajo	San Cristobal
Gimenez, Silvia Lujan	Subrogante	Trib.Coleg. Civil Resp.Contr.-6 ^{ta} Nom.-1 ^{er} .Sec.	Rosario
Godoy, Marianela	Titular	Tribunal Coleg. Familia N° 7 -1 ^{ra} Secr.	Rosario
Gomez, Raquel Mercedes	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Penal Correccional	Vera
Gonzalez, Alfredo	Titular	Juzgado en lo Penal de Sentencia 3 ^{ra} Nom.	Rosario

NOMBRAMIENTOS

SECRETARIO DE JUZG. DE 1^{RA} INST. DE DISTRITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Gonzalez, Antonio Fabian	Titular	Trib. Coleg. Flia. N°5 -Sec.Violencia Familiar-	Santa Fe
Gonzalez, Sandra Silvina	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 7 ^{ma} Nom.	Rosario
Gonzalez, Sergio Antonio	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 11 ^{ra} Nom.	Rosario
Grabowski, Ana Clara	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral	Venado Tuerto
Granato, Maria De Los Angeles	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Dist. en lo Penal Correc. 1 ^{ra} Nom.	Venado Tuerto
Guglielminpietro, Gisela	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Dist. de Menores	Villa Constitución
Guglielminpietro, Gisela	Titular	Juzgado en lo Penal Correccional 8 ^{va} Nom.	Rosario
Gussoni Porrez, Carla Veronica	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 10 ^{ma} Nom.	Rosario
Gutierrez, Hernan Carlos	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 15 ^{ta} Nom.	Rosario
Hechem, Paula Nydia	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 2 ^{da} Nom.	Rosario
Hechem, Paula Nydia	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 2 ^{da} Nom.	Rosario
Herrero, Pedro Daniel	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 8 ^{va} Nom.	Rosario
Herrero, Pedro Daniel	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 8 ^{va} Nom.	Rosario
Hessel, Pablo Gustavo	Titular	Juzg. en lo Penal de Instruc. y Correc.-Sec.Instr.-	San Jorge
Hollmann, Juan Pablo	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 11 ^{ra} Nom.	Rosario
Ismail, Jimena	Subrogante	Juzg. Distr. Civil, Comercial y Laboral	Tostado
Jaime, Daniela Andrea	Subrogante	Trib.Coleg. Civil de Fam. -4 ^{ta} Nom.-1 ^{er} Sec.	Rosario
Jaime, Daniela Andrea	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 5 ^{ta} Nom.	Rosario
Jaime, Daniela Andrea	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 4 ^{ta} Nom.	Rosario
Jukic, Gustavo Andres	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 4 ^{ta} Nom.	Rosario

NOMBRAMIENTOS

SECRETARIO DE JUZG. DE 1^{RA} INST. DE DISTRITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Jukic, Gustavo Andres	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 4 ^{ta} Nom.	Rosario
Kreimer, Raul Edgardo	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Distrito en lo Penal Correccional	Villa Constitución
Lavaca, Ricardo Jose	Suspendido	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 17 ^{ma} Nominación	Rosario
Ledesma, Juan Carlos Alberto	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Instrucción 11 ^{ra} Nom.	Rosario
Ledesma, Juan Carlos Alberto	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Sentencia 5 ^{ta} Nom.	Rosario
Lescano, Gabriela Edit	Titular	Juzg. 1 ^{ra} inst. de dist. de Menores	Villa Constitución
Longhi, Maria Elvira	Subrogante	Trib.Coleg.Extrac.-1 ^{ra} Nom- 1ra Sec.	Rosario
Longhi, Patricia Maria de los Angeles	Titular	Trib. Colegiado de Familia N° 2 -1 ^{er} Sec.	Santa Fe
Lopez, Anibal Miguel	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 1 ^{ra} Nom.	Santa Fe
Loza, Silvina de las Mercedes	Titular	Trib. Colegiado de Familia N° 3 -2 ^{da} Sec.	Santa Fe
Lucente, Leandro Matias	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Penal de Instrucción	Venado Tuerto
Luis, Lisandro Eduardo	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Penal de Sentencia	Melincué
Malaponte, Florentino	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Instrucción 2 ^{da} Nom.	Rosario
Male Franch, Santiago Marcelo	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 8 ^{va} Nom.	Rosario
Manso, Maria Laura	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Distrito en lo Penal Correccional	Cañada de Gómez
Marcyniuk, Maria Alejandra	Subrogante	Sec. Serv. Soc. Juzg. Menores de la 2 ^{da} Nom.	Rosario
Marinucci, Silvina Lujan	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Penal de Sentencia	Melincué
Mazzini, Magdalena Maria	Subrogante	Unidad de Informacion y Atencion a la Victima	Rosario
Miranda, Juan Carlos	Subrogante	Trib.Coleg.Extrac.-1 ^{ra} Nom- 1 ^{ra} Sec.	Rosario
Molinari, Carlos Manuel	Titular	Trib. Coleg. Flia. N°05 -Secret. 1-	Santa Fe

NOMBRAMIENTOS

SECRETARIO DE JUZG. DE 1^{RA} INST. DE DISTRITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Montemarani Menna, Marianela	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil, Comercial y Laboral	Rufino
Muchiutti, Monica Yanina	Subrogante	Juzgado de 1 ^{ra} Inst. de Familia	San Lorenzo
Muchiutti, Monica Yanina	Titular	Juzgado de 1 ^{ra} Inst. de Familia	San Lorenzo
Navarro, Mariano Jesus	Titular	J. 1 ^{ra} Inst. Dist. Civ., Com. y Laboral - 2 ^{da} Nom.	Cañada de Gómez
Oldani, Daniel	Titular	Trib.Coleg. Civil de Fam. - 4 ^{ta} Nom.-1 ^{er} Sec.	Rosario
Pagan Serra, Natalia	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 6 ^{ta} Nom.	Rosario
Paoletti, Maria Gracia	Subrogante	Trib. Coleg. Civil de Fam. -3 ^{er} Nom. -1 ^{ra} Secr.	Rosario
Paterno Sellares, Alina Marcela	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Correccional 5 ^{ta} Nom.	Santa Fe
Payro, Andres Sebastian	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Distrito en lo Penal de Instrucción	Cañada de Gómez
Payro, Andres Sebastian	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Distrito en lo Penal de Instrucción	Villa Constitución
Pedrana, Valeria	Titular	Juzg. en lo Penal de Sentencia 8 ^{va} Nominación	Rosario
Peralta, Andrea Liliana	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Instrucción 12 ^{da} Nom.	Rosario
Perello, Juan Pablo	Titular	Juzgado de Ejecucion Penal (Carcel)	Rosario
Peretti, Virna Celina	Subrogante	Juzgado de 1 ^{ra} Inst. de Familia	Venado Tuerto
Peronja, Marcela Beatriz	Titular	Juzgado de 1 ^{ra} Inst.de Familia	Villa Constitución
Pessano, Yrides Maria Hilda	Subrogante	Juzgado Penal Correccional de la 10 ^{ma} Nom.	Rosario
Petracco, Maria Julia	Titular	Registro Público de Comercio	Venado Tuerto
Pinto, Pablo Sebastian	Titular	Juzgado en lo Penal de Instrucción 3 ^{ra} Nom.	Rosario
Procajlo, Hernan Ismael	Titular	Juzgado en lo Penal de Instrucción 5 ^{ta} Nom.	Rosario
Ramoneda, Mariana Patricia	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 3 ^{ra} Nom.	Santa Fe

NOMBRAMIENTOS

SECRETARIO DE JUZG. DE 1^{RA} INST. DE DISTRITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Reynoso, Liliana Carmen	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 2 ^{da} Nom.	Rosario
Riccardi, Noelia	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Penal de Instrucción (1 ^{ra} Sec.)	Melincué
Rojas, Orlando Tomas	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Penal de Faltas	Rafaela
Romero, Diego Jose	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 2 ^{da} Nom.	Santa Fe
Ruiz Staiger, Pablo Sebastian	Subrogante	Juzg. en lo Penal de Instruc. y Correc.-Sec. Correc.-	San Jorge
Ruiz, Mario Silvio	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 3 ^{ra} Nom.	Santa Fe
Saraceni, Marcelo Raul	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 1 ^{ra} Nom.	Venado Tuerto
Sauan, Elvira Sara	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil y Comercial 1 ^{ra} Nom.	Rosario
Savant, Margarita Analia	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Civil, Comercial y Laboral 1 ^{ra} Nom.	Vera
Serricchio, Corina	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral	Reconquista
Soler, Ana Lucia	Subrogante	Juzg. de 1 ^{ra} Inst. en lo Penal Correccional	San Lorenzo
Squeff, Maria Cecilia	Titular	Juzg. en lo Penal de Sentencia 7 ^{ma} Nominación	Rosario
Suasnabar, Jose Ignacio	Subrogante	Juzg. Distr. Penal de Instr. y Correc.- Sec. Correc.	Tostado
Sugasti, Elvira	Titular	Juzgado en lo Penal de Faltas 1 ^{ra} Nom.	Rosario
Surraco, Estanislao Miguel Alberto	Subrogante	Tribunal Coleg. Familia Nro 7 -1 ^{ra} Secr.	Rosario
Surraco, Estanislao Miguel Alberto	Titular	Tribunal Coleg. Familia Nro 7 -1 ^{ra} Secr.	Rosario
Tulian, Ana Graciela	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Distrito en lo Penal de Instrucción	Cañada de Gómez
Urruticochea, Rodrigo Raul	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Instruc. y Correc.- Sec. Instrucción	Rufino
Vigo, Diego Fernando	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Penal Instruc. 8 ^a Nom.	Santa Fe
Zampatti, Maria Lorena	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Ejec. Penal (Carcel Las Flores)	Santa Fe

NOMBRAMIENTOS

SECRETARIO DE JUZG. DE 1^{RA} INST. DE DISTRITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Zapata Charles, German Marcelo	Subrogante	Trib. Coleg. Resp. Extracontractual N°4-Sec.Aud.	Santa Fe

SECRETARIO DE JUZG. DE 1^{RA} INST. DE CIRCUITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Almara, Gabriela Patricia	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Circuito 1 ^{ra} Nom. - 1 ^{ra} Sec.	Rosario
Beltramino, Ivana Melina	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Circuito N° 25	San Genaro
Bumaguin, Gustavo Javier	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. del Circ. Judicial N° 10	San Cristobal
Cattani, Mariana Sabina	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Circuito	Arroyo Seco
Celli, Marino Gabriel	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. del Circ. Judicial N° 4	Reconquista
Celli, Marino Gabriel	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. del Circ. Judicial N° 4	Reconquista
Fertonani, Silvana Carolina	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. del Circ. Judicial N° 24	San Carlos Centro
Gomez, Maria Dolores	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. del Circ. Judicial N° 26	San Javier
Heltner, Paula Marina	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Ejec. Civ. Circ. 2daNom.-1 ^{ra} .Sec.	Rosario
Kabichian, Gabriela Maria	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Circuito 1 ^{ra} Nom. - 2 ^{da} Sec.	Rosario
Lirusso, Mariela Mabel	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. del Circ. Judicial N° 18	El Trébol
Ludovico, Matias Damian	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Circuito	Arroyo Seco
Marcial, Liliana Patricia	Subrogante	Ofi. Judicial de Causas con Imputados no Individualizados	Santa Fe
Paulinelli, Liliana Raquel	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Circuito 4 ^{ta} Nom. - 1 ^{ra} Sec.	Rosario
Paulinelli, Liliana Raquel	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. de Circuito 4 ^{ta} Nom. - 1 ^{ra} Sec.	Rosario
Rios Artacho, Gabriela	Subrogante	Secret. Penal del Juzgado de Menores 1 ^{ra} Nom.	Rosario
Rojas, Orlando Tomas	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. del Circ. Judicial N° 17	Coronda

NOMBRAMIENTOS

SECRETARIO DE JUZG. DE 1^{RA} INST. DE CIRCUITO

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Rolando, Carlos Marcelo	Titular	Ofi. Judicial de Causas con Imputados no Individualizados	Santa Fe
Roulet, Juan Daniel	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Inst. del Circ. Judicial N° 17	Coronda
Ruiz Diaz, Ricardo Luis	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. del Circ. Judicial N° 30	Sastre
Silvestri, Patricia Nelida	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Ejec. Civ. Circ. 1 ^{ra} Nom.-2 ^{da} Sec.	Rosario
Somaschini, Maria Genoveva	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Ejec. Civ. Circ. 2 ^{da} Nom.-2 ^{da} Sec.	Rosario
Suarez Monaco, Analia Cristina	Subrogante	Juzgado 1 ^{ra} Inst. de Circuito	Villa G. Galvez
Wagner, Maria Gabriela	Titular	Juzg. 1 ^{ra} Instancia de Distrito Menores	San Lorenzo
Benvenuto, Natalia	Subrogante	Fiscalía de Cámaras N° 1	Rosario
Caviglia, Magdalena	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Instrucción 14 ^{ta} Nom.	Rosario
Cimino, Damian Carlos	Subrogante	Fiscalía de Cámaras N° 1	Rosario
Fabbro, Marisol	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Instrucción 9 ^{na} Nom.	Rosario
Gonzalez, Juliana Alicia	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Sentencia 1 ^{ra} Nom.	Rosario
Moreno, Miguel Salvador Ernesto	Subrogante	Fiscalía de Cámaras N° 1	Rosario
Ocariz, Alejandra Maria Jose	Subrogante	Juzgado en lo Penal de Instrucción 10 ^{ma} Nom.	Rosario
Pinto, Pablo Sebastian	Subrogante	Fiscalía de Cámaras N° 1	Rosario

ABOGADO RELATOR (CAT. SECRET. DISTRITO)

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Bonomelli, Edgardo Mario	Subrogante	Relatoría de la Corte Suprema de Justicia	Rosario

NOMBRAMIENTOS

ABOGADO RELATOR (CAT. JEFE DEPARTAMENTO)

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Actis, Alejandro Ariel	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 5 ^{ta} Nom.	Santa Fe
Benassi Maria Clara	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 1 ^{ra} Nom.	Santa Fe
Gautero, Maria Gisela	Subrogante	Cámara de lo Contencioso Administrativo	Santa Fe
Puggi, Maria Carolina	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 4 ^{ta} Nom.	Santa Fe
Romero, Sandra Silvina	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 2 ^{da} Nom.	Santa Fe
Tolozza, Veronica Gisela	Subrogante	Juzg. 1 ^{ra} Inst. Laboral 3 ^{ra} Nom.	Santa Fe

ABOGADO RELATOR (CAT. JUEZ DE CÁMARA)

APELLIDO Y NOMBRES	SIT. REV. CARGO	DEPENDENCIA	LOCALIDAD
Weder, Ruben Luis	Subrogante	Secret. Técnica de la Corte Suprema de Justicia	Santa Fe
Bonato, Mauro Raul	Subrogante	Cámara de lo Contencioso Administrativo	Rosario
Diaz Metz, Marcos Octavio	Subrogante	Relatoría de la Corte Suprema de Justicia	Rosario
Eyherabide, Gaston Juan Andres	Subrogante	Relatoría de la Corte Suprema de Justicia	Rosario
Machado, Mariela Yanina	Subrogante	Secret. Técnica de la Corte Suprema de Justicia	Santa Fe
Mestres, Guadalupe	Subrogante	Relatoría de la Corte Suprema de Justicia	Rosario
Pioletti, Silvana Daniela	Subrogante	Relatoría de la Corte Suprema de Justicia	Rosario



Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe



Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe



myf

REVISTA DEL COLEGIO
DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS
DEL PODER JUDICIAL DE LA PROVINCIA DE SANTA FE