ANUARIO DE LA REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA

Dr. Pascual E. Alferillo
Director

República Argentina. Tomo III. Año 2018

EDITORES
FONDO EDITORIAL

Anuario de la Revista Jurídica Región Cuyo-Argentina / Pascual Eduardo Alferillo ... [et al.] ; compilado por Pascual E. Alferillo. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IJ Editores, 2019.
570 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-4995-31-5

1. Derecho. I. Alferillo, Pascual Eduardo II. Alferillo, Pascual E., comp.
CDD 340

Índice

Autoridades.....7

Editorial
Pascual Eduardo Alferillo.....11

Humedales versus agricultura
Aldo Guarino Arias.....15

La problemática de la tasa de interés aplicable en juicio en la Provincia de Mendoza
Pascual Eduardo Alferillo.....35

Víctimas de Sharenting
Marcela Ilacqua.....67

La protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial
María Gabriela Calvo.....83

El daño punitivo como herramienta de prevención y sanción de las prácticas abusivas
Juan Carlos Pandiella.....97

Análisis crítico sobre las reformas a La Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad introducidas por la Ley Nº 27.375
Rubén E. Figari | Hernán D. Herrera.....139

El principio dispositivo y el nuevo rol del juez en el Código Procesal Civil y Tributario de la Provincia de Mendoza
Erica Von Zedtwitz.....219

La participación procesal de NNyA en el Proyecto de Ley Procesal para la Justicia de Familia y de Violencia Familiar de Mendoza
Nadia Anahí Tordi.....231

Sistema de perros de asistencia judicia
Hacia una humanización del Proceso Penal y de Familia
Experiencia comparada
El caso de Chile
Paulina Martínez.....251

Análisis del fallo Muiña
Los problemas de interpretación en los crímenes de lesa humanidad
Daniel Gorra | Manuel Serrano.....265

Diálogo jurisdiccional y protección de derechos humanos
Víctor Bazán.....285

El debate Thomson-Finnis sobre el aborto
Una lectura desde el realismo jurídico clásico
Marcelo Fernández Peralta.....305

La obligación alimentaria de los abuelos en el Código Civil y Comercial
Esteban de la Torre.....323

La capacidad progresiva de los niños para estar en juicio y la representación procesal de los padres
Pascual E. Alferillo.....349

De los derechos personalísimos
El daño al proyecto de vida y su ponderación
María Rosana Toranzo.....375

La antijuridicidad como presupuesto de la Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial y sus eximentes
Erica Von Zedtwitz.....399

Daño al proyecto de vida de los menores en las relaciones de familia
Juan Carlos Pandiella Molina.....411

Implicancias del contrato de suministro en el Código Civil Peruano
Roger Vidal Ramos | Hany Romani Arbieto.....425

La noción de consumidor a partir del Código Civil y Comercial
Claudio F. Leiva.....447

Reflexiones prácticas de Derecho Procesal
Raul E. Bertres.....477

El impacto sobre el debido proceso con el Código Civil y Comercial
Laura V. Pelayes.....497

La notificación electrónica
Breve aporte para comprender un gran paso hacia el proceso electrónico en San Juan
Juan L. Romero.....511

Competencia ordinaria en la apelación de sanciones por incumplimientos de normas del Derecho del Consumidor, impuestas por autoridades locales a empresas prestadoras de servicios telefónicos
Cristina V. Laciar.....527

Inflación y alimentos en la Jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza
Federico Bruno.....541

Autoridades

Director
Dr. Pascual Alferillo

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Mesa Directiva (2016 - 2019)

Presidente: Dr. Julio I. Altamira Gigena
Vicepresidente: Dr. Armando S. Andruet
Secretaria: Dra. Marcela Aspell
Tesorero: Dr. Guillermo Barrera Buteller
Director de Publicaciones: Dr. Juan Carlos Palmero
Revisor de cuentas: Dr. Efraín H. Richard
Secretario Técnico: Dr. Christian G. Sommer

Presidente Honorario
Dr. Juan Carlos Palmero

Instituto de la Región Cuyo

Director: Dr. Pascual E. Alferillo
Vice Director: Ab. Aldo Guarino Arias

Secretarios:
Dra. Mariel Molina (Mendoza)
Ab. Pablo Peñasco (San Rafael – Mendoza)
Ab. Fabio Conturso (San Juan)
Ab. Eugenia Bonna (San Luis)
Dr. Raúl Eduardo Bertres (V. Mercedes - San Luis)

Directores anteriores
Dr. Luis Moisset de Espanés (Córdoba) (†)
Dr. Alejandro Pérez Hualde (Mendoza)

Académicos Correspondientes de Cuyo

Dr. Roberto José Dromi (Mendoza) 30/7/82
Dr. Alejandro G. Baro (Mendoza) 28/10/1983
Ab. Aldo Guarino Arias (San Rafael - Mendoza) 6/5/1988
Dr. Héctor Andrés Benélbaz (Mendoza) 27/5/1988
Dr. Aída Kemelmajer de Carlucci (Mendoza) 14/6/1989
Dr. Pascual E. Alferillo (San Juan) 24/6/2003
Dr. Alberto Sánchez (San Juan) 25/11/2003
Dr. Alejandro Perez Hualde (Mendoza) 12/7/2005
Dr. Jorge Sarmiento García (Mendoza) 31/3/2009
Dr. Raúl Eduardo Bertres (V. Mercedes - San Luis) 26/4/2011
Dr. Oscar Alvaro Cuadro (San Juan) 7/8/2012
Dr. Víctor Bazán (San Juan) 23/9/2014

Académicos correspondientes fallecidos

Pablo Antonio Ramella - San Juan - 16-10-75 (†25-04-1993)
Juan Ramón Guevara - Mendoza - 15-04-83 († 21-04-1994)
Joaquín López - Mendoza - 25-06-86 († 22-09-2004)
Dardo Pérez Guilhou - Mendoza - 15-12-80 († 30-7-2012)

Editorial

Dr. Pascual Eduardo Alferillo

El tiempo inexorable transcurre. Por ello cuando el ser humano no construye y vuelve la mirada atrás solo ve un desierto. Nada dejó, nada cambio. Pero, más grave es cuando no acuña una quimera, cuando no idealiza un objetivo positivo para la evolución hacia estándares superiores de bienestar espiritual y material de la sociedad toda.

Esta patología, demos gracias, no anido en la Región de Cuyo donde con el esfuerzo constante de los integrantes del Instituto permite presentar un nuevo número, el cuarto, para ser ponderado por los distintos actores del Derecho que accedan a su lectura.

La revista ha cruzado los umbrales de su nacimiento e inicia el camino hacia su consolidación y ello depende de nuevos aporte, tanto, de los juristas consagrados que la Academia ha distinguido designándolos Académicos correspondientes, como de aquellos jóvenes abogados que se inician en el camino de la investigación jurídica. La sabiduría, la experiencia y la pureza novel confluyen para el progreso de las instituciones del Derecho.

El tiempo juzgará. Pues si de todos los esfuerzos realizados, una idea expresada logre, aun cuando fuere, morigerar una injusticia o contribuir con la evolución de alguna figura o institución de la legalidad, el objetivo de la revista estará cumplido.

Humedales versus agricultura

Ab. Aldo Guarino Arias

El Convenio Ramsar

Estimo necesario, sin que ello signifique un estudio exhaustivo del convenio RAMSAR y su evolución en el tiempo, un breve análisis, ya que La Pampa centra sus reclamos en la recomposición fluvio ambiental de los ex humedales del noroeste de su territorio.

El convenio Ramsar, o convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas, fue firmado en la ciudad de Ramsar (IRÁN) el 2 de febrero de 1971, y entró en vigor en 1975, al año 2000 contaba con 123 partes contratantes (estados miembros) en todo el mundo.

Este acuerdo internacional es el único de los modernos convenios en materia de medio ambiente, que se centra en un ecosistema específico, los humedales[1].

La estructura del convenio Ramsar consta de 4 órganos: la conferencia de las partes contratantes (cop), el comité permanente, la secretaria del convenio y el grupo del examen técnico y científico.

De estos 4 órganos, el más importante es el primero, ya que es el órgano decisorio del convenio y se reúne cada tres años mediante representación de todos los Estados miembros y con la participación de observadores.

La convención emplea una definición amplia de los tipos de humedales abarcados por esta misión, incluidos pantanos y marismas, lagos y ríos, pastizales húmedos y turberas, oasis estuarios, delta y bajo de mareas, zonas marinas próximas a las costas, manglares y arrecifes de coral, así como sitios artificiales como estanques piscícolas, arrozales, embalses y salinas.

Los pantanos son regiones cubiertas por aguas poco profundas e invadida por la vegetación; las marismas son "terrenos pantanosos de aguas salobres en las proximidades de la costa; lagos, es un vasta y perenne acumulación de agua formada por la naturaleza[2]. En cambio laguna es una extensión de agua acumulada dulce o

[1] http/www.mm a.es/recursos /dacs/sobreel conveniorans ashtm- Diccionario "Pequeño Larrouse" – "Tierra húmeda". Edic. 2009.

[2] Miguel S. Marienoff – "Régimen y Legislación de aguas públicas y privadas".

salada más pequeña que el lago[3]; agrego por mi parte que esa acumulación de agua se produce generalmente en depresiones del terreno y en ocasión de grandes lluvias en el llano o de una intensa fusión de los glaciares en la cordillera. La enumeración incluye a los "ríos" y otros humedales, con lo cual daría a entender que no se trata de una enumeración taxativa sino meramente ejemplificativa, pues al incluir a los ríos debía más bien citar a las cuencas hidrográficas que es la región geográfica donde actúa el río, y humedece la tierra.

Es importante por nuestra parte, destacar dos aspectos. Dice Marienhoff que por "Río debe entenderse todo curso natural de aguas, más o menos considerable, de caudal perenne[4].

Muchos ríos de las provincias andinas, sin ser torrentes son en cambio de régimen torrencial puesto que el volumen de sus aguas, sufre variaciones súbitas[5].

Reciente información[6] dan cuenta que las montañas, vitales como fuente de agua dulce son unos de los ecosistemas más sensibles al cambio climático y están siendo afectados más rápido que otros hábitats terrestres según las naciones unidas casi el 50% de la población mundial depende del agua que se produce a través de las montañas.

Una observación sobre el comportamiento de los ríos de montañas nos demuestra que ellos están integrados por tres secciones, una cuenca superior o alta cuenca, cuenca media y cuenca inferior.

En la alta cuenca es donde se produce la alimentación, normalmente nívea o neviscas. El río en este sector baja con gran ímpetu. Al llegar a la cuenca media, zona más llana. La fuerza del agua se atempera. No obstante para regular sus caudales, que se ven incrementados por numerosos arroyos, el hombre ha construido diques y embalses, cuya principal función es la de regular el río y secundariamente para facilitar el riego con fines agrícolas

[3] Diccionario "Pequeño Larrouse". 2009.
[4] Miguel S. Marienoff. Ob. cit., pág 212.
[5] Miguel S. Marienoff. Ob. cit., pág. 213.
[6] Diario Los Andes. 27-05-14.

y generación de energía. Al llegar el curso de agua en la cuenca inferior, se pierde normalmente por filtración en una zona muy permeable, sumamente arenosa.

En ocasiones de grandes precipitaciones, el agua llega a esta zona y se deposita en las irregularidades del terreno, formando lagunas, bañados, pastizales, etc.., que con el tiempo vuelven a secarse. Las "turberas" son lugares donde se deposita la turba extraída de los pantanos – puede interpretarse también como la vegetación que crece en lugares encharcados[7]. La misma fuente de información nos dice que el "estuario" es la desembocadura de un río de gran anchura, donde el agua del mar penetra al subir la marea; delta, es una zona de acumulación aluvial, de forma más o menos triangular que se forma en la desembocadura de un río. Manglar es una formación vegetal en la que predomina el mangle, característica de la región tropical.

La enumeración incluye como hemos visto los arrecifes de coral, y sitios artificiales como estanques piscícolas, arrozales, embalses y salinas.

Esta enumeración que hace el convenio Ramsar repetimos, no es taxativa, sino, meramente enunciativa, y esta afirmación surge de tener en cuenta la amplitud y variedad de lo que se entiende por humedales.

Mi opinión de estar en presencia de una enumeración ejemplificativa y no taxativa, está dada por la afirmación del mismo convenio. "La convención emplea una definición amplia de los tipos de humedales abarcados por esta misión[8].

Por otra parte, si fuera taxativa tendríamos que excluir de toda consideración, las "lagunas" y "bañados" que son depresiones que acumulan agua en poca cantidad cuando hay grandes avenidas, y no están mencionadas en el convenio.

[7] Diccionario "Pequeño Larrouse". 2009.

[8] http:/www.rams ar.org/cda/e s/Ramsar- home/m ain/Ram sar/1-400-2.

Uso racional de los humedales

A decir verdad, el convenio Ramsar nace con un neto corte ambientalista. Tan es así que en la resolución V.G. Kushiro (Japón 1993) de la cop (partes contratantes del convenio) se dictaron una serie de orientaciones adicionales para la aplicación del concepto de uso racional de los humedales.

En él se señala que los factores sociales y económicos son las principales razones de la pérdida de humedales y por lo tanto merecen la atención principal de los programas de uso racional[9].

Se agrega en el punto 5 que "cuando los humedales forman parte integrante de una zona costera o cuenca hidrográfica más amplia, el uso racional debe también tener en cuenta los problemas de las zonas costeras o cuencas hidrográficas en su conjunto.

Es importante señalar a los fin de de este trabajo lo expresado en el punto I-5 "Desarrollo de acuerdos de cooperación para los sistemas hidrográficos compartidos entre dos o más países con el fin de lograr un uso racional de los mismos. Esto significa que será necesario concertar acuerdos para la conservación, el manejo y el uso racional de tales sistemas, según lo especifica en el art. 5 de la convención. De ser pertinente podrían utilizarse ciertos elementos de las presentes orientaciones para elaborar tales acuerdos. Además, esas medidas deberían adaptarse en coordinación o por conducto de otros tratados existentes como la convención Helsinki de 1992.

Como vemos, las partes contratantes de la convención Ramsar, han debido adaptar el concepto de uso racional, a las reglas de la equidad, que constituido por una serie de factores que deben ser ponderados en su conjunto, dan la nación de lo que es el "uso racional". Por ejemplo la geografía de la cuenca, la hidrología de la cuenca, el clima de la cuenca, la población, los usos preexistentes, prevenir el desaprovechamiento, etc..

No está demás señalar que también se ha elegido como tema por dilucidar, la relación que existe entre los humedales y la agricultura, son elementos que están muy vinculados y muchas veces

[9] Anexo a la resolución VG Kushiro, 1993, punto L.

requiere determinar la prioridad de los usos de las aguas. El tema fue tratado en el 2014 con motivo del año internacional de la agricultura familiar.

Agricultura versus humedales

Es de conocimiento público que el río Atuel es utilizado en territorio mendocino para usos agrícolas. En el río, en Mendoza hay 132.000 has empadronadas con derecho de riego de las cuales a 1987 solo se podían regar 75.761 has. Hoy escasamente, como consecuencia de la emergencia hídrica, solo pueden regarse 40.000 has..

La provincia de La Pampa quiere aguas del Atuel para recomponer los bañados, lagunas, praderas naturales y usos domésticos en el NO pampeano, Santa Isabel y Algarrobo del Águila. Por ahora excluimos los usos domésticos, pues este uso ha tenido una solución fuera de la cuenca del Atuel, por un convenio de buena vecindad y ajeno al conflicto que habían mantenido por el Atuel se le concedió a La Pampa un acueducto desde Punta del Agua a Santa Isabel para usos domésticos de 6.000 personas.

Frente a ambos requerimientos y la falta de agua, resulta necesario analizar la prioridad de ambos usos.

El convenio RAMSAR ha elegido como tema a dilucidar, la relación que existe entre los humedales y la agricultura. Son elementos que están vinculados y muchas veces requiere de determinar la prioridad de los usos de las aguas.

Algunos autores ya enuncian su preocupación por el tema de la prioridad de la agricultura frente a los humedales. Así Leonardo Fabio Pastorino[10] dice: "Cuando los agraristas que buscaban los principios de su disciplina comprobaron que todos los que lograban enunciar tampoco eran absolutamente exclusivos, se decidieron por justificar su especialidad con una serie de institutos, variables en el tiempo, pero identificados con la finalidad productiva y el ciclo biológico sobre el que opera la actividad agraria. En

[10] Leonardo Fabio Pastorino. Ob. cit., pág. 375.

nuestro caso, el derecho ambiental, identificado por el objeto y la finalidad descripta y por una particular relación jurídica compleja y pluripolar; además de una identidad configurada por los principios antes mencionados, cuenta con institutos particulares, como el del daño al ambiente, que basa su originalidad en todas estas características."

Francisco Giletta[11] citando a un organismo internacional, dice: "La FAO defiende la biotecnología y sostiene que esta tecnología integrada con otras para la producción de alimentos y productos derivados de la agricultura, ofrece un significativo potencial para cubrir las necesidades de una población mundial en crecimiento."

En materia de prioridades para otorgar los permisos o concesiones de usos especiales, todos o casi todos los códigos de agua del país han priorizado los usos domésticos o abastecimiento de poblaciones, luego los usos agrícolas y después los otros usos (industriales, mineros, recreativos, etc..)

El Código de Aguas de La Pampa sancionado el 15 de octubre de 2010 en su art. 67 dice: "Se establece el siguiente orden de prioridad para los usos especiales: 1)uso para consumo humano y doméstico, abastecimiento de poblaciones y municipal; 2)uso pecuario y de granja; 3)uso agrícola y para regadíos … etc. ", o sea que pospone el uso agrícola al uso pecuario y de granja.

Sin embargo la legislación pampeana no desconoce las reglas de la equidad, proporcionalidad y razonabilidad en la distribución de las aguas en caso de escasez (art. 68).

Pero hay un antecedente que descalifica la actual pretensión de La Pampa.

La Corte Suprema de la Nación en su sentencia de diciembre de 1987, al analizar los usos preexistentes, como uno de los factores de las reglas de Helsinki, le recordó a La Pampa que en su reclamo "había expresado reiteradamente que respetará los usos consuntivos actuales de la cuenca…" (Obviamente se refería a los usos agrícolas realizados en territorio mendocino, pues en La Pampa no había ningún uso. Los usos en Mendoza fueron deter-

[11] Francisco Giletta – Humanismo ambiental. Editorial Advocatus. Córdoba 2001, pág. 36.

minados en 75.761 has bajo riego para la agricultura). Para ello basta con leer la sentencia de la Corte de 1987, basada en toda la prueba pericial rendida.

Estas manifestaciones de La Pampa invalidan las actuales pretensiones, que han llegado incluso a sugerir que Mendoza debe reducir su agricultura.

Estas actuales manifestaciones y pretensiones de La Pampa son sancionadas por la teoría de los actos propios (contra viniere facttum). No pueden aceptarse expresiones o hechos que se contradigan con expresiones o hechos anteriores.

Los últimos documentos internacionales sobre la agricultura

En cambio, para que un humedal esté en la lista del convenio Ramsar se requiere. Uno: que el humedal tenga importancia internacional: lo de importante debe entenderse como algo que se destaca de otros humedales por su superioridad hidrológica, la geografía de la cuenca a la cual pertenece y su influencia social. Y lo de internacional, sin que sea un humedal transfronterizo, al menos debe interesar a otras nacionales.

El anexo V6 Kuchiro 1993 de la COP, en el capítulo II, relativo al conocimiento de los humedales, expresamente se determina una serie de estudios técnicos sobre los mismos. Así, se expresa "para el manejo de los humedales, es necesario poseer conocimientos adecuados sobre su funcionamiento, debiendo realizarse inventarios, investigaciones, actividades de monitoreo y de formación, tomando en consideración los criterios geográficos, económicos y políticos. En Ii 1 se recomienda a partir de los inventarios, preparar una información, en forma de mapas, listas análisis regionales o ecológicos, identificación de los recursos en un contexto geográfico socio económico, determinación de los usos conocidos de los humedales, identificación de los problemas presentes y potenciales.

En el cap. III 1 se expresa que el manejo de los humedales debe ser un proceso integrador, en el que deben tenerse en cuenta cri-

terios de tiempo y espacio. Debe incorporar objetivos sustentables a largo plazo y también hay que tomar en consideración toda la cuenca hidrográfica, como proceso integrado, tiene que incorporar diferentes usos y actividades compatibles con la viabilidad.

De esta apretada síntesis extraemos como conclusión, que no cualquier sitio de tierra humedecida por una laguna o bañado puede ser incluido en la protección del convenio Ramsar.

Como este análisis está dirigido a demostrar que los ex humedales del NO pampeano no superan el test del convenio Ramsar, deseo recordar que en el año 2003, legisladores nacionales de La Pampa, habían presentado un proyecto de ley, para que el Congreso de la Nación, declarara a dichos sitios, humedales de importancia internacional para ser incluidos en el convenio Ramsar, y de esta manera, obligar al Estado Nacional, vía provincia de Mendoza a liberar aguas del Atuel, para recomponer los mismos.

La iniciativa quedó solo como un proyecto de declaración[12] por el cual vería con agrado que el Poder Ejecutivo, o por su intermedio a quien corresponda, inicie las gestiones necesarias tendientes a la incorporación de los bañados del río Atuel, ubicado entre las provincia de Mendoza y La Pampa, a la lista de humedales de importancia internacional, como sitio de importancia Ramsar.

Los últimos documentos internacionales sobre la agricultura

A partir de la declaración oficial por parte de la Organización de las Naciones Unidas en su 66º sesión, el 2014 se proclamó como año internacional de la Agricultura Familiar.

El año Internacional de la Agricultura Familiar 2014 tiene como objetivo aumentar la visibilidad de la agricultura familiar y la agricultura a pequeña escala al centrar la atención mundial sobre su importante papel en la lucha por la erradicación del hambre y la pobreza, la seguridad alimentaria y la nutrición, para mejorar los medios de vida, la gestión de los recursos naturales, la

[12] Proyecto de declaración Nº 1441 – D – 2003.

protección del medio ambiente y lograr el desarrollo sostenible, en particular en zonas rurales. Este objetivo lo destaca con énfasis la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y desarrollo de Río 1992, principio 5 … erradicar la pobreza como requisito indispensable.

La meta es reposicionar la agricultura en el centro de las políticas agrícolas, ambientales y sociales, identificando lagunas y oportunidades para promover un cambio hacia un desarrollo más equitativo y equilibrado.

Tanto en los países en desarrollo como en países desarrollados, la agricultura es la forma predominante en la producción de alimentos[13].

Según la Fao en América latina y el Conibe el 80% de las explotaciones pertenecen a la agricultura familiar, lo que la convierte en la principal fuente de empleo y rural de la región.

Al respecto no debemos olvidar que según el censo de 1980 en el territorio de Mendoza, en la zona geográfica de la cuenca del río Atuel, se asentaban 100.000 pobladores, y en Santa Isabel y Algarrobo del Águila en el NO pampeano, no superaban las 1.300 personas. El censo del 2.010 no ha cambiado mucho la situación de ambas poblaciones. En el censo de 2.010, Algarrobo del Águila contaba con 329 habitantes ligeramente superior al censo 2.001. El censo 2.010 determinó para Santa Isabel 2.526 habitantes. En consecuencia no es exacto afirmar como lo hace La Pampa que como consecuencia de la falta de escurrimiento del agua del Atuel en su territorio se ha producido una importante migración humana.

Para mayor ilustración sobre la importancia de la agricultura resulta interesante transcribir la información aparecida en diario Los Andes del día 13-05-14, emanada del Ministerio de Agricultura de la Nación, que dice así: "El ministro de Agricultura, Carlos Casamiquela, convocó a los países de la región a "adaptar la agricultura al cambio climático y garantizar la seguridad alimentaria", durante la 33 Conferencia Regional de la FAO para América Latina y el Caribe que se realiza en Santiago de Chile. "Debemos in-

[13] Htp/INTA.gob.ar

crementar la cooperación internacional para adaptar la agricultura al cambio climático". Consideró "necesario asegurar que los suelos se conserven fértiles y productivos, ya que los mismos constituyen la base del desarrollo agrícola, y en consecuencia, de la seguridad alimentaria mundial". Recordó que en el 38 período de sesiones de la conferencia de la FAO los países apoyaron la creación de la Alianza Mundial sobre los suelos, como iniciativa voluntaria destinada a "mejorar la gobernanza de este recurso".

La irrigación con fines agrícolas

Las lagunas, al igual que los lagos, son obra de la naturaleza[14] y cuando el hombre quiere cambiar la naturaleza lo primero que debe hacer es respetar las leyes de la misma.

En cambio los proyectos agrícolas y de riego son instrumentos que maneja el hombre y tienden al desarrollo de áreas o regiones determinadas y son de gran valor para el mejor desenvolvimiento técnico, económico y social de un país[15].

Nada más injusto y absurdo en contraponer los humedales a la agricultura. De esta (la agricultura) depende la vida de la humanidad. Que el lector juzgue qué es más importante.[16]

Importancia de la agricultura

El riego es la aplicación artificial del agua al terreno con el fin de suministrar a los vegetales la humedad necesaria para su desarrollo. Es una práctica agronómica antiquísima. En el código de Hammurabi (Babilonia) ya se hablaba que la existencia de las gentes, despendía del regadío.

---

[14] Miguel S. Marienhoff. "Régimen y Legislación de Aguas Públicas y Privadas". Abeledo Perrot, pág. 426.

[15] Jorge A. Luque. "Proyectos agrícolas de riego". Edit. Hemisferio Sur. Bs. As. 1980, pág. 1 y siguientes.

[16] Biblioteca Práctica y Agrícola". Océano Centrum – Introducción.

Las necesidades nutricionales de una población que crece día a día imponen un aumento de la producción vegetal y uno de los medios más seguros y eficaces lo constituye el regadío.

La prioridad en los usos del agua es de fundamental importancia para la humanidad. Por ello, no puede compararse el deseo de "recomponer" humedales, con los usos agrícolas.

Como dice el profesor italiano Giusseppe Bolla, "la agricultura es una cosa viva, porque nace de la tierra, su realidad está influida directamente en su evolución, por la naturaleza misma"[17].

El autor citado, Felipe Ordoñez Corasa[18] incluye como elementos de la agricultura, al campesino y su familia, que intervienen en la empresa agraria.

Se señala también como importante en la agricultura, la relación entre el hombre y la tierra, cuestión cuya solución agita la opinión pública de las naciones y decide por su propio peso la suerte de los gobiernos.

Sin entrar en consideraciones de orden técnico de la agricultura, impropias de quienes no tenemos los conocimientos necesarios para ello, a los fines de este trabajo, deseo referirme a documentos jurídicos, que hemos citado, antes pero que ahora conviene profundizar.

Ya el anexo a la resolución VG (Kushiro) 1993 del convenio Ramsar Capítulo I-2, se establece que a nivel nacional los países podrían crear organismos destinados al medio ambiente, conservación de la naturaleza, agricultura, etc..

El 2014 es el año internacional de la agricultura familiar (sobre este tema volveremos más adelante). Por consiguiente, no es tan raro entender por qué la convención de Ramsar ha elegido humedales y agricultura como el tema para el día mundial de los humedales de 2014.

La convención Ramsar, reconoce que es un tema importante, dado que los humedales están muy a menudo íntimamente vinculados con la agricultura[19].

[17] Citado por Felipe Ordoñez Corasa. Enciclopedia jurídica Omeba. T. VI, pág. 950.

[18] Felipe Ordoñez Corasa. Ob. cit., pág. 950.

[19] http:/www.ra msar.o rg/cda.

Veamos entonces cual es el objetivo del año internacional de la agricultura familiar para sacar algunas conclusiones.

En el 2008, una crisis alimentaria mundial vuelve a poner en primer plano, los problemas relacionados con la seguridad alimentaria.

En el 2008 el foro Mundial pone en marcha, en colaboración con más de 350 organizaciones de agricultores y de la sociedad civil, una campaña para instituir el año internacional de la agricultura familiar (AIAF).

En el 2010, el presidente de la FIDA apoya oficialmente la campaña a favor de la AIAF.

En 2011 el Gobierno de Filipinas, en el 37º período de sesiones de conferencia de la FAO, propone que las Naciones Unidas, declaren 2014 como Internacional de la Agricultura Familiar.

Ese mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su sexagésimo sexto período de sesiones, declara oficialmente 2014, año internacional de la agricultura familiar.

En el 2013, la FAO establece el Comité Directivo Internacional de la AIAF aprueba el plan maestro y organiza diálogos a nivel regional[20].

El acuerdo de la ONU, resalta el papel de la agricultura familiar en la provisión de alimentos, el mantenimiento de los espacios y culturas rurales, la gestión de la biodiversidad y la superación de la pobreza.

La agricultura familiar y la agricultura en pequeña escala son fundamentales para la misión de la FIDAI, de reducir la pobreza y el hambre en las zonas rurales del mundo en desarrollo.

Invertir en la agricultura familiar, significa invertir en un futuro sostenible en el que reine la seguridad alimentaria.

Los objetivos de la AIAF son varios, todos dirigidos a la protección y fomento de la agricultura, entre ellos, como ya lo señalamos, acabar con el hambre y la pobreza, con un decidido apoyo en la elaboración de políticas propicias para la agricultura familiar sostenible.

[20] LESA – Revista de Agricultura. www.lesa.af.org

Otros de los objetivos del año internacional de la agricultura familiar (AIAF) es crear oportunidades económicas rurales para los agricultores familiares que ofrezcan alternativas a la migración de las zonas rurales.

Algunos datos que suministran las naciones unidas

a) Alrededor de 1.500 millones de personas se dedican a la agricultura familiar en todo el mundo.

b) Hay más de 500 millones de pequeñas explotaciones agrícolas en el mundo.

c) Los hogares de los países en desarrollo gastan en comida entre el 70% y el 80% del ingreso disponible.

Otros datos de las Naciones Unidas

La agricultura familiar abarca todas las actividades agrícolas de base familiar y está relacionada con varias esferas de desarrollo rural.

La agricultura familiar desempeña un importante papel socio económico ambiental y cultural.

La agricultura familiar es, en toda su diversidad, la forma predominante de agricultura en el mundo. La seguridad alimentaria a nivel local y mundial, depende de ella.

La agricultura familiar genera ingresos para ciento de millones de habitantes de las zonas rurales, incluidos los pobres y marginados.

Uno de los problemas, de no menor importancia que destaca las Naciones Unidas es la ausencia de seguridad de la tenencia en un contexto de competición creciente por la tierra y el agua.

Algunos datos suministrados por el FIDA, Institución Financiera Internacional Especializado de las Naciones Unidas[21]

Desde su creación en 1977, la FIDA ha respaldado los esfuerzos de los países por mejorar las condiciones de vida de los agricultores familiares de todo el mundo en desarrollo.

He aquí algunos ejemplos:

En el ámbito del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), en América Latina, el FIDA colabora con los Gobiernos de la Argentina, el Brasil, Chile, el Estado Plurinacional de Bolivia, el Paraguay, el Uruguay y Venezuela para que la integración regional redunde en beneficio de los pequeños agricultores. El FIDA, mediante la concesión de dos donaciones, contribuyó a la creación del MERCOSUR y de la Reunión Especializada sobre Agricultura Familiar (REAF). El MERCOSUR trata de fomentar la convergencia entre las agendas ministeriales en materia de pobreza rural y agricultura en pequeña escala de los países que lo integran. La REAF es el órgano asesor del MERCOSUR en lo relativo a la agricultura familiar y en su marco se promueve un proceso constante de consulta entre los gobiernos y las asociaciones de pequeños agricultores, centrado, entre otros temas, en el acceso a la tierra, la financiación y los seguros agrícolas.

En Egipto, el FIDA presta apoyo a un proyecto a largo plazo destinado a mejorar los ingresos y la seguridad alimentaria de los hogares ubicados en los nuevos asentamientos de Nubaria Occidental. Entre otras actividades, el proyecto ha ayudado a crear asociaciones campesinas de comercialización que han logrado que por primera vez la relación con los pequeños agricultores resultase atractiva para los grandes exportadores y elaboradores. De este modo unos 36000 hogares de productores se han organizado en asociaciones de comercialización y han recibido capacitación. Los precios al productor han aumentado hasta en un 33%.

[21] Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola - Vía Paolo di Dono, 44 – 00142 Roma, Italia. Correo electrónico: ifad@ ifad.org; www.ifa d.org; www.ruralpovertyportal.org; ifadun.blogspot.com; instagram.com/ifadnews; www.fac ebook.co m/ifad; www.t witter.co m/ifadn ews; www.you tube.com/use r/ifadTV.

En Gambia, el Proyecto de Ordenación Integrada Participativa de las Cuencas Hidrográficas, financiado por el FIDA, está promoviendo la construcción de puentes, calzadas elevadas y diques para bonificar tierras destinadas a los pequeños agricultores. Gracias al proyecto, las familias campesinas han logrado recuperar más de 34000 hectáreas de tierras agrícolas cultivables. En las tierras bajas, las mujeres son las principales beneficiarias, mientras que en las actividades relacionadas con la agricultura de conservación que se ejecutan en las tierras altas participan hombres, mujeres y jóvenes por igual.

En Viet Nam, los proyectos financiados por el FIDA han reforzado la seguridad alimentaria de los hogares pobres de las zonas montañosas. Un proyecto en Ha Giang permitió aumentar la productividad del arroz de dos a cinco toneladas por hectárea, mientras que la del maíz aumentó de algo más de una tonelada a más de tres toneladas por hectárea. El porcentaje de hogares en situación de inseguridad alimentaria se redujo, pasando del 49% en 2006 al 18% en 2011.

Datos extraídos de nuestra realidad en el Río Atuel

Los datos que a continuación se señalan, extraídos de la realidad del Río Atuel, han sido sintetizados del material que surge de las pruebas y análisis del fallo de la Corte en 1987[22] y de las últimas informaciones, especialmente de la prensa, con carácter oficial.

1. Como decíamos antes, en la provincia de Mendoza, en la cuenca del río Atuel hay 132000 has y fracción, empadronadas con derecho de riego desde hace más de medio siglo.

2. Al año 1987, con pruebas agronómicas, hidráulicas y de fotointerpretación desde 1983, se podían regar con aguas del Atuel en Mendoza (pág. 7294 y vta.) 75.761 has (considerando 88).

3. Hoy, al tiempo de escribir estas líneas escasamente se riegan entre 40000 y 50000 has, como consecuencia de la emergencia hídrica, producto del cambio climático que afecta a los cursos de agua especialmente a los glaciares que alimentan los ríos andinos.

[22] Corte Suprema. L.195 – XVIII.

4. En la cuenca del Atuel en Mendoza figuran entre 10000 a 11000 personas físicas y jurídicas como empadronadas.

a) Si tomamos la superficie empadronada tenemos en promedio unidades bajo riego de 12 has.

b) Si tomamos las 75.761 has regadas al año 1987 tenemos unidades económicas de 5 has y fracción.

Por supuesto que estas aproximaciones requerirían para tener precisión un censo y una estadística que determine cantidad de hectáreas por persona.

5- Según el censo poblacional de 1980 en General Alvear y San Rafael, departamentos de Mendoza con influencia en la cuenca del Atuel, existían 186.805 habitantes. En cambio en los de Chalileo y Chicalcó en La Pampa, habían 3.024 habitantes. El censo del año 2010 (último que tenemos) nos da 237.479 para San Rafael y General Alvear. En cambio en La Pampa en Chicalcó (Algarrobo del Águila) nos dan un dato de 329 habitantes y en Chalileo (Santa Isabel) nos da 2526 habitantes, o sea un total de 2,855 habitantes (en 30 años había una disminución de 169 habitantes). No puede sostenerse entonces con rigor científico el mentado proceso migratorio[23]. De esos totales 100000 habitantes se ubicaban en la cuenca del Atuel, en territorio mendocino.

6- Resulta sumamente interesante el análisis efectuado por la Corte en lo relativo a los usos preexistentes de los que surge que en territorio mendocino desde antes de la construcción del dique El Nihuil existían más de 10,738 has cultivadas asistidas con aguas del Atuel, llegando en el año 1974 a cubrir 105.732 has. En cambio en La Pampa, sólo pudo observarse en igual período, media hectárea con cultivo de maíz[24]. Esta situación no ha mejorado en Mendoza. Por el contrario, la agricultura bajo riego del río Atuel se ha visto críticamente disminuida como consecuencia de la emergencia hídrica (escasez) derivada del cambio climático que ha afectado a los glaciares andinos. Así lo informa el ingeniero Ricardo Villalba en sus últimos estudios del Ianiglia[25].

[23] Pág. 7253 vta. del proceso de la Corte.

[24] Ver fs 7260 a 7262 de los autos Nº L-195-XVIII. La Pampa c/ Mendoza de la Corte Suprema.

[25] El cambio climático y los servicios del agua en la Cordillera de los

Conclusiones

1) Conforme a los antecedentes y toda la prueba rendida en el proceso judicial que fue resuelto por la Corte de la Nación en 1987, resulta un absurdo pretender aguas del río Atuel para recomponer los bañados en La Pampa.

2) Más absurdo resulta reclamar una indemnización pecuniaria por un daño ambiental inexistente.

3) La Pampa deberá entender que la Corte le ha concedido un derecho omo condómina del río Atuel, sólo a celebrar convenio tendientes a una participación, razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas del río Atuel, sobre la base de los principios generales y las pautas fijadas en los considerandos de la sentencia[26].

Ello implica que sólo es posible hablar de usos futuros cuando hayan excedentes futuros de aguas, después que Mendoza cubra las 75.000 hectáreas y fracción que la Corte le concedió como uso privativo exclusivo, pues de ningún uso puede hablarse si no hay agua.

Andes - Jose A. Boninsegna a*, Ricardo Villalba a, Rocio Urrutia b,c *Autor de Correspondencia: a Instituto Argentino de Nivología, Glaciología y Ciencias Ambientales, Casilla de Correos 330, 5500 Mendoza Argentina. Tel: 054 261 524 4225, E-mail: pbonin @m endoza-conicet .gob.ar bLaboratorio de Dendrocronología y Cambio Global, Facultad de Ciencias Forestales y Recursos Naturales, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile. Environmental Change Institute, School of Geography and the Environment, University of Oxford, UK.

[26] Autos L.195 XVIII, punto 3º parte dispositiva.

La problemática de la tasa de interés aplicable en juicio en la Provincia de Mendoza

Dr. Pascual E. Alferillo

I. A modo de introducción

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, se convocó en Tribunal Plenario en fecha 30 de octubre de 2017, en la causa N° 13-00845768-3/1 caratulada: "Citibank N.A. En J: 28.144 "Lencinas, Mariano C/ Citibank N.A. P/ Despido" P/ Rec. Ext. de Insconstit-Casación", a los efectos de responder si corresponde mantener o modificar la doctrina sobre intereses fijada por éste tribunal en el Plenario "Aguirre" (28 de mayo de 2009), atendiendo la sustancial modificación acaecida a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

Como se puede colegir, la hermenéutica del fallo tiene importancia suma dado que abrió el debate en la máxima jerarquía jurisdiccional, en un tema de suma trascendencia como es definir cuál es el tipo de interés aplicable para las deudas judiciales y junto con ello, precisar el tipo de tasa de interés que corresponde dentro de la gama que se ofrece la vida comercial.

Ello, sin duda, es una invitación abierta para reflexionar sobre la evolución del tema en la provincia de Mendoza, que no tuvo su punto final con el dictado del fallo plenario sino que por injerencia legislativa posterior, se debe meritar si nuevamente se abrió la polémica y con ello la indefinición de cuál es el interés y la tasa aplicable a los débitos judiciales.

II. La regulación de los intereses moratorios en el Código Civil y Comercial

La redacción del art. 768 Cód. Civ. y Com., no da una definición, sino presume que, a partir de la mora, el deudor debe intereses moratorios.[1]

En la palabra de Trigo Represas, se entiende por tales los debidos en concepto de indemnización por la mora o retardo imputable del deudor en el pago de una obligación dineraria[2].

[1] Alferillo, Pascual E., en "Tratado de Derecho Civil y Comercial", Tomo II "Obligaciones. Títulos valores y defensa del consumidor", Andrés Sánchez Herrero (Director) Pedro Sánchez Herrero (Coordinador), Thomson Reuters La Ley, 2016, p. 112 y sig.

[2] Trigo Represas, Félix A., comentario art. 768, en Código Civil y Co-

Por su parte, Barbero define que "el interés moratorio es la indemnización que debe pagar el deudor ante el cumplimiento tardío de su obligación de dar una suma de dinero. En nuestro derecho cuando la obligación cumplida tardíamente es de pagar una suma de dinero, la única reparación debida por la mora, es el interés moratorio. Se trata entonces solo de una indemnización, que, si es pactada en el mismo contrato, será una liquidación anticipada de daños. Si no fue pactada por las partes, ni resulta de una ley especial, la fijará el juez"[3].

En su relación con el resarcimiento de los daños, el art. 1748 Cód. Civ. y Com., regula que "el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio".

Este criterio había sido expuesto por Llambías, cuando sostuvo que "los intereses moratorios se originan en la mora del deudor, y por tanto solo corren desde ese momento, sin que haya que distinguir entre los intereses convencionales o legales […] acá lo que está en juego es la sanción que el retardo del deudor merece: de ahí que no puedan disociarse la conducta sancionada y la sanción aplicable a ella"[4].

Hay que tener en cuenta, además, que "la iliquidez de la deuda no es un impedimento para el curso de los intereses moratorios. Lo que importa es la certeza de la obligación, es decir, el conocimiento que el deudor tenga o deba tener de la existencia y legitimidad de dicha obligación. Una deuda cierta, aunque ilíquida, impone al deudor constituido en mora, el pago adicional de los intereses moratorios correspondientes"[5].

Precisado ello, el art. 768 se avoca al tratamiento de la tasa de interés aplicable fijando su prelación en los incisos que contiene.

---

mercial Comentado. Tratado exegético, Jorge H. Alterini (Director) – Ignacio E. Alterini (Coordinador), Tomo IV, Thomson Reuters La Ley, CABA, Segunda Edición, 2916, p. 769.

[3] Barbero, Ariel E., Intereses monetarios, Astrea, Buenos Aires, 200, p. 19.

[4] Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo II, Perrot, Buenos Aires, 1970, § 915, p. 226.

[5] Llambías, Jorge J., ídem, § 912, p. 221.

En ese sentido, en primer lugar, el artículo acepta, en el inc. a), la tasa de interés que acuerden las partes. Como es lógico, deberá estar acorde con el resto de los principios y normas que sistemáticamente deben ser consideradas para calificar a la tasa como justa. Si se vulnera el límite de la razonabilidad, el art. 771 Cód. Civ. y Com., concede facultades morigeradoras a la jurisdicción.

En cuanto a la factibilidad contenida en el inc. b) que la tasa aplicable sea dispuesta por las leyes especiales, debe ser entendido con un sentido amplio: no solo por los poderes legislativos nacionales y provinciales quienes se encuentran facultados para fijar la tasa aplicable en términos generales, sino que, en caso de omisión, podrá hacerlo el Poder Judicial mediante el mecanismo de los fallos plenarios o la jurisprudencia vinculante (normas en sentido material)[6].

De todos modos, prima la determinación legislativa. De existir, la jurisdicción solo podrá revisar su constitucionalidad.

Con relación al inc. c) donde se autoriza, en subsidio, la determinación de la tasa conforme sea fijada por las reglamentaciones del Banco Central, deja un espacio vacío mientras no dicte ésta institución la reglamentación específica.

En otras palabras, la delegación al Banco Central es subsidiaria de segundo orden: solo es aplicable en caso de que no haya acuerdo de parte o decisión legislativa al respecto.

Atendiendo a ello, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en Bahía Blanca - 2015, la Comisión n°2 de Obligaciones, estudio y se expidió sobre los intereses moratorios y llegó a las siguientes conclusiones: 1- La previsión del artículo 768 inciso c), no implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa, sino que siempre será el juez el que la determinará. Las tasas fijadas por las reglamentaciones del Banco Central servirán como pauta que podrá ser utilizada por el juez en esta tarea (Mayoría). 2.- La previsión del artículo 768 inciso c), implica la delegación al Banco Central de la fijación de la tasa (Minoría).

[6] Ferreira Rubio, Delia Matilde y Alferillo, Pascual Eduardo, "Algunas reflexiones sobre los fallos plenarios", en "Estudio de Derecho Civil", Libro Homenaje a Luis Moisset de Espanés, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, p. 585.

3.- Es necesario que al determinar la tasa de interés moratoria se fije aquella que aliente el cumplimiento en tiempo propio por el deudor (unánime).

III. La hermenéutica de la doctrina judicial de Mendoza

3.1. Antecedentes: Los fallos plenarios.

En la provincia de Mendoza, se sancionó la Ley N° 4.087 (B.O.10/09/1976) en cuyo artículo primero se reguló que "la tasa legal del interés, en los casos que por ley o por decisión judicial, se reconozca la desvalorización monetaria, no podrá exceder del cinco por ciento (5 %) anual".[7]

Esta normativa fue de plena aplicación en los tiempos de inflación de la economía la cual era reconocida y morigerada mediante la aplicación de sistemas de actualización monetaria mediante distintos índices.

Posteriormente, se dictó la Ley N° 7.198 (B.O. 30/3/2004) modificada por la Ley N° 7.358, en la cual se reglamentó en el art. 1° que "la tasa de interés, cuando no exista convenio entre las partes, será igual a la tasa anual que pague el Banco de la Nación Argentina a los inversores, por los depósitos a plazo fijo, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago". En esta norma se prevé que la tasa legal indicada en los artículos precedentes se aplicará siempre y cuando no exista una disposición especial ya sea de orden nacional o provincial que regule la tasa aplicable para el principal, la que también será de aplicación para los accesorios.

Por otra parte, se precisó que la Ley N° 4.087 mantendrá su vigencia, en tanto, se aplique a situaciones no previstas por la presente norma.

---

[7] Alferillo, Pascual E. y Alferillo, Ayelén N., Cuantificación del daño // Región Cuyo, Thomson Reuters La Ley, CABA, 2017, p. 273. En sentido concordante, en el fallo plenario comentado, los magistrados intervinientes, realizan un recuento de los antecedentes plenarios dictados por el tribunal y también, las discordancias surgidas en los tribunales inferiores al interpretar el alcance de la normativa aplicable del Cód. Civ. y Com.

Esta legislación impulsó el dictado del plenario "Amaya" donde se juzgó que "la tasa pasiva de la Ley N° 7.198, aplicada a obligaciones reclamadas judicialmente cuando no existe disposición normativa (convencional o legal) no es inconstitucional en abstracto. No obstante, el acreedor tiene derecho a ser compensado del mayor daño sufrido si acredita la lesión manifiesta a su derecho de propiedad en razón de la insuficiencia de esa tasa para indemnizar el daño moratorio producido dado el destino específico que las sumas debidas tenían conforme la naturaleza de la obligación reclamada judicialmente. En cuanto a la aplicación de la Ley N° 7.358 a períodos anteriores al momento de su entrada en vigencia es inconstitucional; la tasa pasiva promedio que cobra el Banco de la Nación debe aplicarse a los periodos posteriores a la entrada en vigencia de la ley N° 7.198 (26/04/2.004)[8]".

Posteriormente, y ante un cambio de las circunstancias económicas en el país, se revisó el criterio y se emitió el fallo "Aguirre" donde se resolvió que "1) La Ley N° 7.198 ha devenido en inconstitucional atento que la tasa pasiva que la misma fija no cumple con la función resarcitoria que deben tener los intereses moratorios. 2) Corresponde aplicar la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.). 3) Los jueces tienen la obligación de verificar si en cada caso en concreto la tasa activa que ordenan aplicar resulta razonable y conlleva un resarcimiento legítimo y justo.4) La tasa de interés fijada debe aplicarse a partir del dictado del presente plenario, lo que no impide que, en cada caso particular, se verifique si en concreto la tasa pasiva resultaba inconstitucional, pudiendo el sentenciante así declararlo[9]".

La mayoría sustentó su voto aseverando que "el nudo gordiano que estructura el razonamiento judicial es que lo vinculado a la

[8] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, expte.: 80131 – "Amaya Osfaldo Boglioli, Mario P/ Despido S/ Inc. Cas.", 12/09/2005 – Plenario LS356-050.

[9] Suprema Corte de Justicia de Mendoza - Plenario-, causa N° 93.319, caratulada: "Aguirre Humberto por sí y por su Hijo Menor en J. 146.708/39.618 Aguirre Humberto C/ Osep P/ Ejec. Sentencia S/ Inc. Cas.", 28 mayo 2009, LS405-086.

pesificación, indexación, desindexación, etc., dan lugar a la "jurisdicción de equidad", que impone a la función jurisdiccional la flexibilidad suficiente y necesaria para atender a todas las circunstancias del caso. Desde este punto, la sentencia no es arbitraria, ya que se adecua a la pretensión de la actora, quien no sólo pidió el reajuste de las sumas debidas sino que tituló su incidente "revisión de contrato", expresión sin sentido si pretendía el reajuste de lo debido según el valor dólar. El recurrente no ataca un argumento decisivo de la sentencia cual es que, frente al tema planteado, no es posible acceder a la pretensión de la demandada (no reajustar nada) ni a la de la actora (reajustar, "rabiosamente", por el valor del dólar sin ningún tipo de distribución). En consecuencia, la queja no versa sobre la teoría del esfuerzo compartido, sino en el modo de aplicación entendiendo que no responde a la equidad, ni en el porcentaje que se hace pesar sobre la actora, ni en la tasa de interés que se fija para compensar la mora[10]".

En otras palabras, "las diferencias señaladas por el recurrente entre lo que resulta de la aplicación de los índices y la solución del Tribunal, encuentran respaldo suficiente en otras circunstancias como la jurisdicción de equidad que se ha abierto, en la que la emergencia también ha afectado a la deudora, la obra social de la empleados públicos de Mendoza; pese a esas dificultades, terminó de pagar nominalmente - aunque en mora - a los pocos días de la última cuota pactada; la actora fue recibiendo los pagos sin hacer mención o reserva alguna, incluyendo esos pagos intereses a tasa activa. El tribunal ha señalado que no puede no reajustar porque el perjuicio al menor sería manifiesto, pero tampoco puede ajustar a valor dólar, sin esfuerzo compartido. En consecuencia, no es normativamente incorrecto fijar la tasa pura conforme la ley provincial, en tanto que la ley 4.087 no ha sido declarada inconstitucional[11]".

[10] Suprema Corte de Justicia de Mendoza – Plenario -, causa n° 93.319, caratulada: "Aguirre Humberto por sí y por su Hijo Menor en J. 146.708/39.618 Aguirre Humberto C/ Osep P/ Ejec. Sentencia S/ Inc. Cas.", 28 mayo 2009, LS405-086. (Voto mayoría Dra. Kemelmajer de Carlucci).

[11] Suprema Corte de Justicia de Mendoza – Plenario -, causa n° 93.319,

Ello justifica aseverar que "los agravios son insuficientes para determinar arbitraria la sentencia, en cuanto, si bien el Tribunal no se pronuncia sobre la naturaleza del crédito, el recurrente no explicita cual hubiera sido la solución diferente, sin mención a un solo caso de la Corte Federal que haya excluido de la pesificación a las deudas por indemnización de daños y perjuicios, mucho menos si quien recibe la indemnización no es la víctima, sino un damnificado indirecto y el heredero de la víctima; tampoco se acredita la violación del derecho de propiedad. Por otro lado la distribución en el 50% de las cargas no luce ilógica, absurda o irrazonable[12]".

En síntesis, "las diferencias señaladas por el recurrente entre lo que resulta de la aplicación de los índices y la solución del Tribunal, encuentran respaldo suficiente en otras circunstancias como la jurisdicción de equidad que se ha abierto, en la que la emergencia también ha afectado a la deudora, la obra social de la empleados públicos de Mendoza; pese a esas dificultades, terminó de pagar nominalmente - aunque en mora - a los pocos días de la última cuota pactada; la actora fue recibiendo los pagos sin hacer mención o reserva alguna, incluyendo esos pagos intereses a tasa activa. El tribunal ha señalado que no puede no reajustar porque el perjuicio al menor sería manifiesto, pero tampoco puede ajustar a valor dólar, sin esfuerzo compartido. En consecuencia, no es normativamente incorrecto fijar la tasa pura conforme la ley provincial, en tanto que la Ley N° 4.087 no ha sido declarada inconstitucional[13]".

---

caratulada: "Aguirre Humberto por sí y por su Hijo Menor en J. 146.708/39.618 Aguirre Humberto C/ Osep P/ Ejec. Sentencia S/ Inc. Cas.", 28 mayo 2009, LS405-086. (Voto mayoría Dra. Kemelmajer de Carlucci).

[12] Suprema Corte de Justicia de Mendoza – Plenario -, causa n° 93.319, caratulada: "Aguirre Humberto por sí y por su Hijo Menor en J. 146.708/39.618 Aguirre Humberto C/ Osep P/ Ejec. Sentencia S/ Inc. Cas.", 28 mayo 2009, LS405-086. (Voto mayoría Dra. Kemelmajer de Carlucci).

[13] Suprema Corte de Justicia de Mendoza – Plenario -, causa n° 93.319, caratulada: "Aguirre Humberto por sí y por su Hijo Menor en J. 146.708/39.618 Aguirre Humberto C/ Osep P/ Ejec. Sentencia S/ Inc.

En cambio, la minoría opinó que "la aplicación de la tasa pura de interés fijada por Ley provincial N° 4.087, no es procedente, toda vez que, si bien la deuda se recompone, ello no es equiparable al reconocimiento de la desvalorización monetaria, recaudo necesario para aplicarla. La recomposición se efectúa reduciendo en un 50% la deuda en pesos ajustada por el tipo de cambio vigente a la fecha del vencimiento, razón que obliga a afinar el cálculo de la tasa de interés para que ésta realmente cumpla su función reparadora y armonice con la recomposición efectuada[14]".

Ello por cuanto entiende que "la Ley N° 4.087 es aplicable a supuestos en que se reconozca la desvalorización monetaria, caso en que el interés máximo no puede exceder el 5% a fin de no producir una doble compensación. La Ley N° 23.928 prohibió las cláusulas de indexación, por lo que aplicar una tasa pura perjudica notoriamente al acreedor en beneficio del deudor, porque la misma no computa desvalorización alguna, más aún porque no se trata de un juicio de estimación de daños, sino de ejecución de sentencia de monto determinado. En consecuencia, los intereses deben calcularse teniendo en cuenta que la deuda se remonta a una fecha anterior a la vigencia de la Ley N° 7.198 y como fecha de la mora el 22.02.2002, según la tasa activa mensual promedio del Banco de la Nación Argentina, hasta el 26.04.2004, y desde esta fecha al 28.05.2009 la tasa pasiva promedio que cobra el mismo Banco, y desde esa fecha hasta el efectivo pago la tasa activa cartera general nominal de la misma institución bancaria[15]".

La existencia de este precedente judicial en la jurisdicción tiene notable influencia, por cuanto ha generado distintos planteos y respuestas desde la jurisdicción, frente a la normativa contenida

Cas.", 28 mayo 2009, LS405-086. (Voto mayoría Dra. Kemelmajer de Carlucci).

[14] Suprema Corte de Justicia de Mendoza – Plenario -, causa n° 93.319, caratulada: "Aguirre Humberto por sí y por su Hijo Menor en J. 146.708/39.618 Aguirre Humberto C/ Osep P/ Ejec. Sentencia S/ Inc. Cas.", 28 mayo 2009, LS405-086. (Voto disidencia Dr. Romano).

[15] Suprema Corte de Justicia de Mendoza – Plenario -, causa n° 93.319, caratulada: "Aguirre Humberto por sí y por su Hijo Menor en J. 146.708/39.618 Aguirre Humberto C/Osep P/ Ejec. Sentencia S/ Inc. Cas.", 28 mayo 2009, LS405-086. (Voto Disidencia Dr. Romano).

en el Código Civil y Comercial, particularmente con las previsiones del art. 768 donde se regula el modo de definir la tasa de interés aplicable.

3.2. Las primeras interpretaciones de los tribunales de conocimiento.

La entrada en vigencia del art. 768 del Cód. Civ. y Com., motivó el replanteo de la doctrina judicial respecto de cuál debía ser la tasa aplicable, atendiendo la existencia de líneas directrices emanadas de anteriores fallos plenarios.[16]

Así, se emitieron distintos criterios que, en pleno proceso de transición, procuraban adecuarse a la nueva directriz legal.

Así se juzgó que "la cuantificación de daños es una consecuencia pendiente a la que debe aplicarse el nuevo Código Civil y Comercial aún en esta instancia revisora, por lo que tratándose de deudas de valor deben los jueces ajustarse a lo dispuesto por los arts. 772, 1.741, 1745 y 1746 CCyCN. Ello implica necesariamente establecer una indemnización que consista en un valor real al momento en que deba hacerse la evaluación de la deuda, sea con referencia a la instancia revisora o a la revisada[17]".

En el mismo fallo se consideró que "el juez al ajustar la deuda de valor respecto de las fluctuaciones del signo monetario, establece una relación equivalente entre lo reclamado y lo otorgado, conforme a un hecho que por ser público y notorio, como lo es la depreciación de la moneda no necesita de invocación ni prueba[18]".

Por su parte, también se estimó que "el interés puro del 5% anual de la Ley N° 4.087 solo se aplica si de algún modo se han actualizado los valores reclamados en la demanda a la fecha de la

[16] Alferillo, Pascual E. y Alferillo, Ayelén N., Cuantificación del daño // Región Cuyo, Thomson Reuters La Ley, CABA, 2017, p. 273.

[17] Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Primera Circunscripción Judicial Mendoza, expte.: 51292 – "Ortolano, Margarita Nélida C/ Municipalidad de Capital p/ Daños y Perjuicios", 22/08/2016 (voto mayoritario).

[18] Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Primera Circunscripción Judicial Mendoza, expte.: 51292 – "Ortolano, Margarita Nélida C/ Municipalidad de Capital p/ Daños y Perjuicios", 22/08/2016 (voto mayoritario).

sentencia, mientras que si ello no sucede y se reconocen idénticas sumas a las pedidas o se disminuyen los montos, corresponde aplicar alguna tasa de interés que contemple la pérdida del valor de la moneda como lo hace la tasa activa[19]".

En otros términos, la cuantía resarcitoria debía ser repotenciada "con más el interés fijado por la Ley N° 4.087 desde el ilícito o sea el 28 de diciembre de 2.011 y hasta la fecha de la presente sentencia (entiéndase de Primera Instancia), debiendo a partir de la misma aplicarse la tasa que cobra para los préstamos el Banco Central[20]".

Para otro tribunal debía ser, "más los intereses de la Ley N° 4.087 desde la fecha del hecho hasta la de la sentencia de primera instancia y de allí en adelante se aplicarán los intereses moratorios de conformidad al art. 768 in c) CCyC, por ende, la tasa aplicable será la que fije para este supuesto las reglamentaciones del BCRA, hasta su efectivo pago, que a la fecha aún no ha sido establecida. Para el caso de que al momento del pago la misma no haya sido reglamentada por el Banco Central, se deberá aplicar la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.)[21]".

Con criterio similar se entendió que el capital indemnizatorio debía ser integrado con "más los intereses legales (tasa activa) desde el momento del presente resolutivo hasta el efectivo pago y los interés de la 4.087 desde el momento del hecho[22]". Para otro

[19] Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Primera Circunscripción Judicial Mendoza, expte.: 52093 – "Alagna, Rodrigo Ezequiel C/Oscar Fabián Patti, Silvana Marcela Bismach y Rio Uruguay Seguros Cooperativa Ltda. P/ D. y P.", 29/09/2016, LS145-272.

[20] Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Primera Circunscripción Judicial Mendoza, causa Nº 250.259/52.359, "Cerroni Lidia Elisa C/ Ficarra Orlando Darío y ots. P/ D. y P.", 1 febrero 2017.

[21] Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Primera Circunscripción Judicial Mendoza, causa N° 250.267/52.227, "Escudero Patricia Alejandra C/ Alvarado Jesús Andrés y ots. P/ D. y P. (Accidente de Tránsito)", 3 febrero 2017.

[22] Cámara Quinta de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz

fallo, "con más los intereses de la ley 4087 desde el momento del hecho (24/01/2012) hasta la fecha de sentencia y, a partir de entonces, la tasa activa promedio que cobra el banco de la Nación Argentina[23]".

En el mismo ideario, se precisó que "respecto a los intereses al tratarse de una obligación de valor cuantificada a la fecha de la sentencia corresponde la imposición de la tasa pura prevista por la Ley N° 4.087 calculada desde la fecha del hecho hasta el dictado de la presente. En este aspecto entonces como la suma se encuentra actualizada no corresponde que los intereses a la tasa activa deban imponerse desde la sanción del Código Civil y Comercial, puesto que en este caso estaríamos y conforme a la jurisprudencia que se invoca de aplicarse la tasa activa o la pasiva, que contemplan la pérdida del valor de la moneda, condenando dos veces al deudor a pagar la desvalorización monetaria que experimentó la víctima, produciendo un inadmisible enriquecimiento sin causa en favor de ésta[24]".

Del mismo modo, se dictaminó que "la tasa de interés pura prevista por la referida Ley N° 4.087 desde la fecha del hecho hasta el dictado de la sentencia de primera instancia y desde allí los intereses moratorios que fije el juez de primera instancia al momento de liquidación hasta su efectivo pago. En el caso la jueza de primera de instancia ha determinado por efecto de la mora que la demandada abone la tasa activa que fija el Banco Nación para las operaciones de préstamo personales con destino libre a sesenta meses la cual si bien no era la que por antecedentes se aplicaba en el ámbito provincial (tasa activa cartera general nominal anual

y Tributario, Primera Circunscripción Judicial Mendoza, causa: Nº 88.824/51.449, "Yebra, Alberto Adrian C/ González, Héctor Raúl P/ D. y P.", 5 abril 2016.

[23] Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Segunda Circunscripción Judicial Mendoza, causa N° 28.657/121.642, "Paolantonio Gisela E. C/ Prieto Roberto H. P/ Ds. y Ps.", 20 marzo 2017.

[24] Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Primera Circunscripción Judicial Mendoza, expte.: 51663 – "Linares, Maria Cecilia c/ Navarro, Francisco Antonio p/ D. y P.", 18/05/2016 - LS144-059.

vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.) - Plenario de la Suprema Corte de Justicia Provincial - n° 93319 "Aguirre Humberto por sí y por su hijo menor en j. 146.708/39.618 Aguirre Humberto c/ Osep p/ Ejec. Sentencia s/ Inc. Cas." – 28/5/2009 - L.S.401-211), no ha sido objeto de discusión en este ámbito recursivo[25]".

Con criterio similar se define "que la indemnización ha sido fijada al momento del hecho (daño emergente) devengará la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.) desde la fecha del hecho (30/8/2.010) hasta el 01-08-2015 y desde allí en adelante hasta su efectivo pago, los intereses previstos por el art. 768 inc. c) del C. C.N.), salvo que a ese momento o al de practicarse liquidación aun no esté reglamentada, en cuyo caso se deberá seguir aplicando la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.) y para los rubros fijados a la fecha de la sentencia en crisis (incapacidad sobreviniente y daño moral) el interés moratorio puro fijado por la Ley N° 4.087 del 5% anual desde la fecha del hecho (30/8/2.010) al pronunciamiento de 1er Instancia (14/09/2.015) y hasta el efectivo pago los intereses previstos por el art. 768 inc. c) del C. C.N.), también con la salvedad de que si a ese momento o al de practicarse liquidación aun no estuviera reglamentada se deberá seguir aplicando la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (T.N.A.)[26]".

Finalmente acotar para esta jurisdicción que la Sala Segunda de Suprema Corte local modificó su criterio aplicable a las indemnizaciones provenientes de ámbito laboral cuando resuelve: "1. Admitir parcialmente el recurso de casación interpuesto a fs. 18/22

[25] Cámara Tercera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Primera Circunscripción Judicial Mendoza, causa Nº 88.655/52.114, "Correa Durand Cristian Alejandro C/Hunicken Pablo Adrián y ot. P/ D. y P.", 13 marzo 2017.

[26] Cámara Cuarta de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, Primera Circunscripción Judicial Mendoza, causa Nº 241.132/51.851, "Olguín, Paula Verónica y ots. C/ El Plumerillo S.A. P/D. y P. (Accidente de tránsito)", 11abril 2017.

por Galeno A.R.T. S.A. Por consiguiente, el resolutivo de grado, quedará redactado de la siguiente forma: "…3) Hacer lugar a la demanda deducida por el Sr. Pedro Juan Cruz en contra de Galeno A.R.T. S.A., imponiendo a esta última el deber de abonar en el plazo de cinco (5) días de quedar firme la presente, la suma de capital de pesos dieciocho mil novecientos setenta y cinco con 44/100 ($18.975,44), en concepto de indemnización por incapacidad parcial, permanente y definitiva del 10%. 4) Declarar la inconstitucionalidad del artículo 1° de la Resolución 414/99 S.R.T. a los fines del cálculo de los intereses moratorios. Por Departamento Contable practíquese liquidación desde la fecha de la mora (19-04-2012) hasta la data de la presente (05/05/2016), según la tasa para préstamos de libre destino a 36 meses del B.N.A. vigente según el período de devengamiento de las utilidades que corresponda[27]".

Como se colige, los tribunales de conocimiento de la jurisdicción han expuesto hermenéuticas con criterios diferentes para definir el tipo de tasa de interés aplicables y desde que momento, razón por la cual el dictado del fallo plenario es una herramienta idónea para procurar la homogenización de las ponderaciones realizadas.

IV. Las consideraciones del plenario *Citibank N.A.*

4.1. Opinión de la minoría.

La minoría del plenario integrada por los magistrados José V. Valerio, Jorge Horacio Nanclares y Pedro Jorge Llorent, con dos eruditos pronunciamientos, proponen mantener la doctrina fijada en el plenario "Aguirre".

[27] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 2ª, causa N° CUIJ: 13-00844567-7/1((010404-26349)) "Galeno Art SA En J: "26349 Cruz, Pedro Juan C/ Mapfre A.R.T. S.A. P/ Accidente" (26349) P/ Recurso Ext. de Casación", 15 mayo 2017.

En este sentido, el voto del magistrado Valerio, en la parte medular del pronunciamiento parte de reconocer la existencia de un cambio en la normativa introducida por el Cód. Civ. y Com., la cual es brevemente analizada para considerar que "quien adopta la solución más justa para el caso sólo pueden ser los jueces".

En los siguientes párrafos hace expresa adhesión a las conclusiones de la mayoría entendiendo que "la fijación de la tasa de interés moratorio es una parte de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor ante el incumplimiento por lo que la facultad de determinarlos es tarea propia de los jueces y no puede ser delegada en un órgano administrativo como sería el Banco Central".

A partir de ello, tiene como punto de partida de su razonamiento la idea de que "son los jueces los que deben fijar la tasa de interés en los reclamos judiciales, vuelve a plantearse el tema de la opción por la tasa pasiva o activa, visto ahora a la luz del nuevo Código Civil y Comercial".

Avanzando en sus considerandos expresa respecto del interés judicial que "el nuevo Código no ha establecido expresamente una tasa determinada, sin embargo ella puede inferirse indirectamente de otra norma como es el art. 771 en tanto faculta a los jueces a "reducir los intereses convenidos cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excediera, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación…".

El magistrado precisa que "en la expresión "costo medio del dinero para deudores" está claro que se refiere a la tasa activa (la que pagan los deudores) y dado que el BCRA no publica una tasa activa sino varias, habrá que determinar cuál de ellas corresponde seleccionar. La respuesta puede ubicarse en la expresión "costo medio del dinero" que indica que debe ser una tasa moderada (no la más alta ni la más baja) una tasa promedio, (no el costo financiero total –CFT-) y la que más se acerca a este concepto es la tasa activa cartera general nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (TNA) que es la que se fijó en el plenario Aguirre".

Para corroborar su pensamiento, advierte que "cuando el legislador del CCyC ha querido referirse a otra tasa como el costo financiero total (CFT) lo ha dicho expresamente, tal es el caso de los arts. 1385 inc. d (publicidad bancaria), 1388 (condiciones en contratos bancarios) y 1389 (información de contratos de crédito), por lo que la expresión "costo medio del dinero", ha sido deliberadamente establecida para referirse a una tasa promedio".

Luego de analizar la nueva ley de Riesgo del Trabajo N° 27.348 y otras sanciones a la mora en la legislación laboral, desarrolla su argumento numérico/estadístico mediante el cual realiza una comparación entre el IPC Congreso y la TA durante los últimos años para llegar a la conclusión que "Actualmente la relación entre la inflación y la tasa promedio activa es más favorable que la que se estableció al momento del plenario "Aguirre". En este momento resulta ser una tasa positiva, en tanto a la fecha de aquel plenario había una diferencia negativa de 4,14 puntos".

Participando del pensamiento minoritario, Manclares tiene diferencia sustancial con el voto antes transcripto por cuanto estima que "el nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) no otorga a los jueces la facultad de fijar la tasa cuando no exista tasa convenida o determinada legalmente. El art. 768 in c) ha introducido una modificación importante con relación al texto anterior (art. 622) y es precisamente que la tasa se fija conforme las reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina. El nuevo Código sólo otorga facultades a los jueces para morigerar los intereses y ello surge del texto expreso del art. 771 del CCyC".

En función de ello estima que "si existe norma legal que establece los intereses, ella debe aplicarse en tanto el art. 768 (inc. b) del CCyC) así lo disponen (al igual que el art. 622, inc. b) del CCivil de Vélez)" dado que si "está vedado a los jueces juzgar a la ley y reemplazarla por criterios personales, en tanto ello responde al sistema republicano de división de poderes".

Sin perjuicio de ello, luego de comparar resultados estadísticos asevera que "la tasa activa fijada por el plenario "Aguirre" hoy no luce desproporcionada frente a la inflación anualizada publicada por INDEC 21,8%. La tasa activa anualizada con esos guarismo

arroja 24%, en tanto la tasa libre publicada por el Colegio de Abogados de Mendoza, asciende a 49,92%".

4.2. Criterio de la mayoría

El pensamiento de la mayoría se integra con las ideas de los magistrados Omar Alejandro Palermo, Julio Ramón Gómez, Mario D. Adaro y Alejandro Pérez Hualde, consideró ajustado a derecho "1) Modificar la doctrina fijada por esta Suprema Corte en el Plenario "Aguirre" sobre intereses moratorios para litigios tramitados en la Provincia en los casos en que no exista tasa prevista por convención o ley especial. 2) Disponer que corresponde aplicar la tasa para la línea de préstamos personales del Banco de la Nación Argentina, denominados "Libre Destino" a 36 meses. 3) Los jueces tienen la obligación de verificar si la tasa establecida debe ser reducida conforme a las circunstancias acreditadas en cada caso. 4) La tasa de interés fijada debe aplicarse a partir del dictado del presente plenario".

El voto preopinante fue de Palermo, quién reitera el pensamiento anteriormente expuesto al decir que "la Sala que integro analizó la razonabilidad de la tasa activa determinada por la Resolución 414/09 SRT en relación a los intereses moratorios recaídos en juicios laborales en los que se ventilan cuestiones vinculadas con el sistema de riesgos del trabajo en el precedente citado "Galeno A.R.T. S.A. en J° N° 26.349 "Cruz, Pedro Juan c/ Mapfre A.R.T. S.A. p/ accidente" s/ Recurso Ext. de Casación."(15/05/2017). En tal ocasión, la mayoría concluyó en que la misma no resultaba resarcitoria para los trabajadores que padecen alguna incapacidad laboral permanente".

Por ello, como primer argumento relevante expresa que "las sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas, principio que ha sostenido la Corte Federal incluso en aquellos pleitos en los que dichas circunstancias sean sobrevinientes al día en que se interpuso el recurso extraordinario (Fallos 301:947, 306:1160, 391:1558, entre otros). Esta obligación resulta fundamental en tanto la labor del juez es la de mantener

"vivo" el derecho, ajustándolo a las variables de la realidad que se van presentado en el entramado social".

A continuación referencia la importancia que tienen los Tratados Internacionales sobre los DDHH suscripto por el país y su coincidencia con el contenido del plenario "Samudio" para afirmar que "el daño en el patrimonio del acreedor se produce y se verifica por el solo transcurso del tiempo, sin que exista una "sanción" (intereses moratorios) que compense en forma razonable la falta de disposición de su dinero, circunstancia que releva la carga probatoria del daño, el que resulta un hecho notorio y evidente". Además, resalta "el sentido resarcitorio e indemnizatorio de los intereses legales cuya función es reparar al acreedor por el retardo en el cumplimiento de su crédito, evidencia que se trata de intereses que son siempre de carácter moratorio, y no compensatorio. Así, advierto que los mismos tienen una doble función, por un lado resarcir la falta de disposición de un capital determinado como propio, pero además tienen la función de punición del deudor que retiene ilegítimamente un monto de dinero que le pertenece a otro".

El preopinante recuerda que "la Corte en el plenario "Triunfo" sostuvo que tratándose de deudas reclamadas judicialmente debe existir un plus, por mínimo que sea, que desaliente el aumento de la litigiosidad (LS 214-126). En este escenario, una tasa de intereses moratorios que refleje realmente la desvalorización del dinero de acuerdo a las variables económicas y financieras reales, tiene una doble función, por un lado reparar justamente al acreedor dañado y por el otro desalentar al deudor moroso en la dilación del pago sus obligaciones. Lo que a la larga impacta en una disminución de la litigiosidad"

A modo de síntesis expresa que "sostener la aplicación de la tasa activa de conformidad con el plenario "Aguirre" para liquidar los intereses moratorios en los pleitos tramitados en la provincia, resulta una solución ilegítima e irrazonable en tanto dicha tasa en relación a otras variables, particularmente el transcurso del tiempo y costo que acarrea para el acreedor la "no disposición" de su capital, resulta insuficiente y no resarcitoria".

En función de los argumento que expone, sostiene que "corresponde aplicar la tasa de interés para préstamos de "libre destino" a 36 meses informada por el Banco de la Nación Argentina, por considerar que la misma refleja de manera más real las fluctuaciones en las variables económicas de los últimos tiempos, resultado su aplicación resarcitoria para los derechos patrimoniales del acreedor. b. En relación al momento a partir del cual debe aplicarse dicha tasa, se considera que la misma debe aplicarse a partir del dictado del presente plenario. c. Además, resulta prudente sostener la cláusula que ratifica la obligación de los jueces de verificar si en cada caso concreto la tasa "libre destino" a 36 meses informada por el B.N.A. que ordene aplicar resulta razonable, pudiendo reducirla en relación a las circunstancias acreditadas en el caso".

Del voto del magistrado Gómez, se destaca por su trascendencia, cuando consideró que los fundamentos dados por el plenario para el ámbito laboral "no deben limitarse a la situación de un trabajador que ha perdido su empleo, sino que deben extenderse a las distintas hipótesis en las cuales el reclamo se origina en un incumplimiento obligacional de cualquier naturaleza. Así, si un acreedor se ha visto impedido de disponer o gozar de un capital propio, o si una víctima ha debido incurrir en gastos para reparar los daños sufridos, es también probable que, en cualquiera de los casos, hayan tenido que recurrir a algún tipo de financiación que, en definitiva, implica un costo mayor a la indemnización que luego podrán obtener por sentencia judicial.

Esa inequidad es la que debe combatirse mediante la aplicación de una tasa de interés que no premie la dilación de los procesos y que repare, de manera justa e integral, el daño que provoca la mora en el cumplimiento de las obligaciones.

En consecuencia, considero que cuando el art 768 CCyCN, en su inciso b) remite a las leyes especiales, debe tenerse en cuenta que en nuestra provincia dicha ley es la N° 7.198 que dispone la aplicación de una tasa fijada por el Banco de la Nación Argentina. La que disponía originariamente (tasa pasiva) fue, excepcionalmente y con ese alcance, declarada inconstitucional en el plenario "Aguirre", ordenándose allí la aplicación de la tasa activa (T.N.A.).

Hoy, la más adecuada para reparar los perjuicios de la mora, es la tasa "libre destino" a 36 meses, conforme a la ley".

V. Algunas reflexiones

El contenido de los considerandos expuestos por los señores Ministros de la Corte de Justicia de Mendoza en el plenario "Lencinas", no es el punto final de un proceso sino la apertura de nuevos escenarios para el debate jurídico relacionado con el vínculo entre el derecho y la economía que lleva ínsito la problemática de cuál es el grado de influencia de los compromisos internacionales asumidos por la Argentina al suscribir los Tratados sobre los DDHH que lleva inexorablemente a revisar cual es la verdadera función que deben cumplir los jueces en la actualidad, especialmente cuando deben resolver coyunturas litigiosas donde quedan en evidencias asimetrías que se transforman en injusticias.

Por cierto que su contenido, es vasto por lo cual se ha seleccionado para reflexionar en esta oportunidad, la cuestión técnica normativa que se evaluó en el plenario, relacionada con la tasa de interés aplicable en la jurisdicción de la provincia de Mendoza teniendo en consideración la vigencia del Código Civil y Comercial.

5.1. Ámbito de aplicación

Del contenido del fallo resulta que la base fáctica de la convocatoria a plenario es una litis vinculada con el Derecho del Trabajo que como es de conocimiento básico tiene un régimen de tutela especial.

En función de ello, no cabe lugar a hesitación que el plenario por imperio del actual art. 149 de la Ley N° 2.269 es doctrina obligatoria para los tribunales del fuero laboral.

Por ello, el Ministro Palermo se preocupa por expresar que los fundamentos que da no deben limitarse a la situación de un trabajador que ha perdido su empleo, sino que deben extenderse a

las distintas hipótesis en las cuales el reclamo se origina en un incumplimiento obligacional de cualquier naturaleza.

El punto del alcance de su aplicación vinculante queda en una expresión de deseo dado que no fue motivo de un expreso pronunciamiento, sino con una hermenéutica flexible podría inferirse del punto 1) del resolutorio.

En el caso que se estimará aplicable a todos los pleitos a dirimir por la Administración de Justicia de Mendoza, no se puede soslayar que el crédito que tiene el trabajador contra su empleador es una obligación de dinero, razón por la cual no sería aplicable sin más cuando la obligación sea de valor, como es en el caso del resarcimiento de los daños o en la justa indemnización por una expropiación.[28]

[28] Trigo Represas, Félix A., Obligaciones de dinero y depreciación monetaria, Libería Editora Platense S.R.L., 1978, p. 64. El autor recuerda que "en la "obligación dineraria" lo que se debe es un quantum (o cantidad) y que el dinero constituye el objeto inmediato de la obligación actuando por lo tanto in obligatione e in solutione… En cambio, en la "obligación de valor" lo adeudado es un "quid", un valor abstracto o una utilidad, que sin embargo deben ser referidos necesariamente, en términos comparativos, a una porción de bienes:…". En consecuencia, en todas las obligaciones de valor, mientras la utilidad no sea liquidada, es decir, mientras no haya deuda liquida, no existirá un monto nominal inmutable, ya que solo las obligaciones pecuniarias que implican un pago de una suma definida de dinero, constituyen el objeto especifico de la regla de la inmutabilidad: por el contrario, una vez operada la liquidación, el objeto de la deuda se transforma en una suma de dinero resultante". En épocas de profunda inequidad por los procesos inflacionarios significativos, un sector de la doctrina, Moisset de Espanés, Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos G., "Deudas de valor y dinerarias" ponencia presentada en las Jornadas realizadas en Rosario 23/25 setiembre 1976, Auspiciadas y organizadas por la "Asociación Argentina de Derecho Comparado (Filial Rosario), compilada en libro: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Distribuidor Ediciones Depalma Buenos Aires, 1979, p. 118, sostenían que "la distinción entre obligaciones dinerarias y obligaciones de valor no tiene fundamento ontológico sino que es un simple medio técnico a que apelaron los juristas para superar las injusticias que acarrea la aplicación del principio nominalista". Ello, era a los fines de justificar la posibilidad de actualizar las deudas dinerarias mediante los índices de inflación, como fue posteriormente realizado de modo normal.

Es dable recordar que por imperio del art. 772 Cód. Civ. y Com., cuando se cuantifica una deuda de valor, la misma, se transforma en dineraria. En función de ello, resulta importante conocer el momento de la determinación de la cuantía del valor para el cálculo de los intereses.

Ello por cuanto no se puede confundir el tema de mantener intangible el capital en su capacidad adquisitiva con la aplicación de los intereses moratorios que es una cuestión perfectamente diferenciable. Ello había quedado, en la doctrina autoral y judicial, perfectamente esclarecido en los años de la década del ochenta pero evidentemente en los criterios expuestos en los fallos se advierten algunas expresiones oscuras que llaman a confusión.

En síntesis, la tasa de interés definida en este plenario "Lencinas" sería aplicable obligatoriamente a las deudas de valor a partir de su cuantificación en dinero. La mora anterior a ese momento debería ser punida con la aplicación de una tasa de interés pura que en la jurisdicción fue definida por la Ley 4087 en el 5% anual[29].

5.2. Desvalorización monetaria, intereses y equidad

Para formular una correcta interpretación del alcance doctrinario del contenido del fallo en su decisión final que sin lugar a duda está presidido por la búsqueda de la equidad, frente a la realidad socio económica actual no queda otra alternativa que desempolvar viejos libros donde, luego de arduos debate respecto de los desfasajes que producían los procesos inflacionarios en las deudas dinerarias afectando sustancialmente el sinalagma contractual, se llegó a conclusiones estables dignas de ser recordadas porque permitirá comprender el fallo plenario en su real dimensión jurídica, económica y social.

[29] No se verifica que la Ley 7198 (B.O. 30/3/2004) modificada por la Ley 7358, haya derogado expresamente a la Ley 4087, sino que la misma quedó en desuetudo por la prohibición de indexar vigente. Desde otra óptica se podría aseverar que de esa ley quedó derogada por la Ley N° 23.928 "Convertibilidad del austral" y sus modificatorias, la posibilidad de indexar el capital adeudado pero no el interés puro aplicable cuando el capital se considera íntegro.

En ese sentido, se dijo que "producida la actualización de las obligaciones dinerarias, con lo cual únicamente queda a salvo el poder adquisitivo de la moneda nos interesa determinar si el acreedor tendrá derecho a recibir una suma adicional en concepto de "intereses". Creemos que la respuesta afirmativa se impone. El acreedor debe ser compensado por las pérdidas sufridas en forma total, y sería absurdo, pretender que dicha satisfacción se opere con la actualización del crédito, ya que por esta vía el acreedor ha de recibir nominalmente una cantidad muy superior a la adeudada, pero realmente, midiendo todo en valores, recibirá exactamente lo mismo que anteriormente dio. Es justo, entonces, que se le reconozca el derecho a percibir tanto intereses moratorios como compensatorios y, eventualmente sancionatorios[30]".

Concordando con esa línea de pensamiento se sostuvo que "d) Que la mora del deudor es irrelevante a los fines de reajuste dinerario. e) La actualización monetaria, no agrega nada al capital, sino que únicamente concurre a reponer la capacidad adquisitiva perdida por efecto de la inflación, manteniéndolo intangible, causa por la cual no es un accesorio de éste. f) Para mantener la intangibilidad del capital se debe mantener la equivalencia de las prestaciones, tanto en la génesis de la vinculación obligacional, como al momento del pago. Es decir, se debe conservar el sinalagma genético y funcional[31]".

Con relación a los intereses moratorios, se enseñaba que "en las obligaciones de dar dinero, el pago de la suma debida como capital satisface in natura al acreedor, y los intereses moratorios constituyen la indemnización consiguiente al estado de mora del deudor. Éste es el responsable por los daños e intereses que su mo-

[30] Moisset de Espanés, Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos G., "Deudas de valor y dinerarias" ponencia presentada en las Jornadas realizadas en Rosario 23/25 setiembre 1976, Auspiciadas y organizadas por la "Asociación Argentina de Derecho Comparado (Filial Rosario), compilada en libro: Indexación en el Derecho Argentino y Comparado, Distribuidor Ediciones Depalma Buenos Aires, 1979, p. 114. De los mismos autores, Inflación y actualización monetaria, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, p. 114/117.

[31] Alferillo, Pascual E., "Mora del deudor y actualización monetaria", La Ley 1987-B, 491.

rosidad causare al acreedor en el cumplimiento de la obligación (art. 508), es decir que, aunque no se haya pactado ningún tipo de interés, corresponde siempre el pago de los moratorios, en caso de incumplimiento. Los intereses moratorios son legales, pero ello no obsta a que se los estipule convencionalmente, caso en el cual se los denomina punitorios[32]".

Por su parte, Richart, con una visión fuertemente mercantil, señalaba que "el interés moratorio reviste la misma naturaleza que el compensatorio, o sea compensar al acreedor por el no goce de determinado capital durante determinado tiempo después del vencimiento de la obligación" [agregando que] "el fundamento jurídico de la aplicación de este interés es el mismo del compensatorio, por lo que el tipo de interés debe ser similar en ambos caso[33]".

La claridad conceptual del pensamiento doctrinario expuesto exime de otros comentarios sino sintetizar que no debe confundirse la problemática de cómo mantener incólume el capital debido, con la justa compensación que merece el acreedor por no tener la disponibilidad del mismo frente al incumplimiento de la obligación.

Sin perjuicio de ello, cada una de las etapas con economía inflacionaria tiene sus peculiaridades que exceden el mero marco conceptual jurídico, dado que entran en juego decisiones de índole económica que se expresan a través de la norma que en algunas oportunidades desconocen la realidad.

Una de ellas, es la decisión índole económica contenida en el art. 7 de la Ley N° 23.928 sustituido por Ley N° 25.561, donde se

[32] Ameal, Oscar J., comentario al art. 622 en Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Tomo 3 Artículos 574 a 895, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 123.

[33] Richart, Efraín Hugo, "Intereses. Un examen sobre su naturaleza, con particular énfasis en la tasa equivalentes, el anatocismo y como variable de ajuste", en libro "Convertibilidad del Austral – Estudio Jurídicos, Primera serie, Zavalia Editor, Buenos Aires, 1991, p. 156 . El autor agrega que "el interés compensatorio y el moratorio tienen idéntica entidad proporcional en el régimen bancario, y, por aplicación de las normas legales, esa equivalencia debe mantenerse en las demás prestaciones a las que se hace aplicable".

ordena que "el deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley".

La sin razón de la norma cuando existen procesos con altos índices inflacionarios que producen el deterioro del poder adquisitivo de la moneda de pago, inexorablemente, colocan a los jueces en el sendero de procurar paliar las situaciones de inequidad mediante la utilización de las tasas de los intereses moratorios aplicables que cumplan la doble función de mantener la intangibilidad del capital, por un lado y, la de compensar al acreedor, el no goce del capital que le adeudan.

Va de suyo, que con el criterio plasmado en el plenario "Aguirre" quedo en evidencia, en el notable voto del Ministro Valerio, la licuación de los pasivos judiciales dado que se acordó durante muchos años, una tasa de interés inferior al IPC Congreso que en el presente año no logra remediar a pesar de que la TA aplicable era del 16,75% contra una inflación del 14,70%, lo cual implica que el verdadero interés moratorio aplicado era del 2,05%, dado que el resto repotencia la integridad del capital que se diluyó en su capacidad adquisitiva por la inflación.

La problemática se facilita cuando es la propia norma la que sale del rigorismo nominalista, como es en el caso del art. 8 de la Ley 26.773 que autoriza el ajuste de los importes por incapacidad laboral permanente mediante la variación del índice RIPTE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), publicado por la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

En este caso, el RIPTE procura mantener la intangibilidad del capital indemnizatorio y los intereses moratorio la de sancionar al deudor moroso.

En síntesis, procurando aportar a la convocatoria del resolutorio del plenario cuando indica que los jueces tienen la obligación de verificar si la tasa establecida debe ser reducida conforme a las circunstancias acreditadas en cada caso, estimo como un justo parámetro in abstracto proponer que la tasa de interés justa es aquella que mantiene intangible el capital adeudado frente a los procesos inflacionarios y, a la par, sanciona adecuadamente la mora debitoris. De este modo no se licuaran los pasivos judiciales ni se enriquecerán los acreedores cualquiera sea su naturaleza.

A modo de conclusión parcial, es dable reflexionar que la función judicial es resolver con justicia en el caso concreto conforme la norma vigente y la realidad que lo rodea. Por ello, la administración de Justicia, más allá de la trascendencia social que tienen sus pronunciamientos, no puede sentirse responsable de la producción de los procesos económicos inflacionarios ello derivado de la división de las funciones del poder, pero sí de convalidar situaciones de inequidad derivados de ellos porque contradice su función esencial prevista en el Preámbulo de la Constitución Nacional que es "Afianzar la Justicia"[34].

VI. Un nuevo escenario

El fallo plenario "Citibank N.A.", al contrario de lo que razonablemente se pudo pensar que por un tiempo se aquietarían las aguas torrentosas, puso en actividad al poder legisferante, proceso que

[34] Ver: CSJN, "Roses y Cía. S.R.L. c/ Laurent, Karin Bali", 1977, Fallos: 298:466. En este fallo se dijo que "cuando el equilibrio de las prestaciones se altera a causa del proceso inflacionario, que al resentir el poder adquisitivo de la moneda disminuye su valor real, es necesario el reajuste de la deuda, que procede para cumplir el propósito de ¨afianzar la justicia¨ que incluye el Preámbulo de la Constitución Nacional y proteger el derecho de propiedad". En el mismo sentido, "Vera, Oscar Felipe c/ Sanidad S.A.", 1978, Fallos: 300:655, entre otros, se dijo que "para no frustrar el propósito de ¨afianzar la justicia¨ que incluye el Preámbulo de la Constitución Nacional y preservar el derecho a la propiedad que consagra su art. 17, el reajuste de los créditos debe ser admitido cuando media mora culpable del deudor".

finiquita con la sanción de la Ley 9041 titulada "Obligaciones de dar dinero - Tasa de interés moratorio - Derogación de las leyes 7198, 7358 y 4087". (B.O. 02/01/2018), la cual deviene in abstractus la resolución del fallo plenario antes citado.
En la ley se establece:

Artículo 1.- De conformidad con lo establecido en el art. 768 del Código Civil y Comercial de la Nación la presente ley tiene por objeto establecer la tasa de interés moratorio para las obligaciones de dar dinero.

A falta de acuerdo entre las partes o ausencia de otra ley especial aplicable al caso, las obligaciones de dar dinero tendrán una tasa de interés moratorio equivalente a la evolución de la serie de la Unidad de Valor Adquisitivo (U.V.A.) que publica el Banco Central de la República Argentina (BCRA), a la que por decisión judicial fundada en las especiales circunstancias del caso, se podrá reconocer un adicional de hasta el cinco por ciento (5%) anual, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago.

Para el caso de que las sumas adeudadas fueran exclusivamente por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Libro Segundo, Título IV, Capítulo Segundo, Sección Primera del Código Civil y Comercial de la Nación, se aplicará la tasa de interés por préstamos personales de moneda nacional al sector privado no financiero, a más de ciento ochenta (180) días de plazo, que informa el Banco Central de la República Argentina. El carácter alimentario de las sumas adeudadas no podrá extenderse más allá de lo establecido en las normas citadas anteriormente.

Artículo 2.- De conformidad a lo establecido en el inciso 2) del artículo 46 del Código Procesal Civil Comercial y Tributario, el deudor perseguido judicialmente, que litigue sin razón valedera, podrá ser condenado a pagar un interés de hasta dos (2) veces el establecido en el artículo 1°. Los jueces, de oficio, graduarán el acrecentamiento de la tasa atendiendo a las circunstancias de cada caso. La presente facultad deberá ser ejercida de manera fundada, con explicación de las circunstancias de

hecho y de derecho que justifiquen, en el caso, el aumento de la tasa.

Artículo 3.- Las costas judiciales, incluidos los honorarios profesionales, deberán respetar los parámetros precedentes y seguirán la suerte de compensación o interés moratorio correspondiente al objeto principal del litigio. En consecuencia, los intereses y demás accesorios que se aplique a la liquidación de los honorarios profesionales, quedarán subordinados a las disposiciones legales y al criterio aplicado en la resolución judicial al débito principal.

En este punto es ineludible recordar que el Banco Central de la República Argentina (BCRA) explicó que en virtud de la sanción de la Ley N° 27.271 recientemente dispuesta por el Congreso, el Banco Central de la República Argentina (BCRA) reglamentó la ampliación de los instrumentos de crédito y ahorro de largo plazo, extendiendo las posibilidades de acceder a la vivienda y de ahorrar con protección de su poder adquisitivo para las familias de todos los segmentos económicos.

Los cambios impulsados por la reglamentación sancionada hoy por el BCRA son:

La Ley N° 27.271 designa a la UVI (Unidad de Vivienda) como el instrumento para actualizar préstamos y depósitos en base al índice del costo de la construcción. Por ello, el BCRA determinó que el instrumento de actualización ya existente denominado UVI, que a diferencia del anterior se actualiza en base a la inflación (CER), pase a llamarse UVA (Unidad de Valor Adquisitivo). De esa forma, los préstamos hipotecarios y depósitos a plazo fijo actualmente en ejecución ajustables por CER, cambiarán su denominación de UVI a UVA. El cambio se limita únicamente al nombre y no modifica en ningún sentido las condiciones contractuales pactadas.

La nueva UVI, que tendrá un valor inicial de $14,05 (igual que la UVA), representa el costo de construcción de un milésimo de metro cuadrado de vivienda al 31/3/16, obtenido a partir del promedio simple para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las ciudades de Córdoba, Rosario, Salta y zona del Litoral (Paraná y Santa

Fe). Su actualización se realizará mediante el índice del costo de la construcción para el Gran Buenos Aires (ICC) que publica el INDEC para vivienda unifamiliar modelo 6. De este modo, los bancos podrán ofrecer depósitos y préstamos hipotecarios en UVI y, a la vez, depósitos y préstamos para cualquier destino en UVA. El BCRA publicará en su web el valor diario de la UVI y de la UVA.[35]

Como se colige la decisión del legislador provincial antes referenciada centra su atención en el modo como mantener intagible el capital adeudado que es el objetivo del U.V.A., pero deja a la facultad de la magistratura agregarle un interés de hasta el 5% anual que tendría la función de punir la mora.

Evidentemente, se introduce un parámetro de indexación cuando existe una legal prohibición de ello, en el art. 10 de la Ley 25561 modificatoria de la Ley 23928 que aún sigue vigente, porque el U.V.A. no es una tasa de interés, sino un mecanismo para mantener intangible un capital. La pregunta ineludible es si la provincia tiene facultades para derogar en su jurisdicción leyes monetarias de fondo que son de exclusiva facultad de la Nación. En función de ello, se debe pensar que en su actividad legisferante ha superado la línea autorizada por la Constitución Nacional.

Sin perjuicio de ello, los puntos de colisión entre el fallo plenario "Citibank" y la Ley 9041, se focaliza: 1. Son aplicables simultáneamente o la ley derogó el plenario?

En caso de una respuesta positiva a la simultaneidad corresponde discernir cual es el alcance de cada uno.

En ese sentido, partiendo de la base que cuando dice la Ley 9041 que es aplicable el U.V.A., es para repotenciar las deudas lo cual es equivalente a lo que en otrora en nuestra larga historia inflacionaria se conocía como la "actualización de la deuda con la aplicación de algún índice (consumidor, construcción, etc.)", a lo cual se le adicionaba un interés puro. Pero este mecanismo ideado por la ley, sin lugar a duda, es inaplicable por contradecir normas de jerarquía superior como es la ley nacional antes referenciada.

[35] http://ww w.bcra. go b.ar/No ti cias/BCR A_reglam enta_la_amp liacion_ de_instrume nto s_para_credit o_y_ahorr o.asp

Si la jurisdicción mendocina decidiese la aplicación de la Ley 9041, del mismo modo, no cabe lugar a hesitación que es incompatible con el mandato normativo del plenario "Citibank/Lencina", puesto que el interés definido tiene la doble función: la de mantener intangible el capital y a la vez punir la morosidad. Y, la ley prioriza la integridad del capital pero impone un tope para determinar el interesa moratorio. En otras palabras, se aplica la ley o el contenido del fallo plenario, el resultado más beneficioso para el acreedor depende del momento y de un pormenorizado estudio financiero.

VII. Reflexiones finales

La diversidad de opiniones que había generado la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en los fallos mendocinos sobre cuál era la tasa de interés aplicable encontró un punto final de referencia en el plenario dictado por la Corte de Justicia local en el caso "Citibank/Lencina", pero la fuerte repercusión económica del mismo en el seno social llevo a la sanción de la Ley N° 9.041.

Sin duda que los procesos inflacionarios generan este tipo de soluciones encontradas y rayanas con los límites autorizados por la Constitución Nacional, por ello, es ineludible diferenciar claramente lo que es mantener intangible el capital adeudado de los intereses moratorios que tienen otra finalidad legal, como es la de punir la demora culposa en el cumplimiento de las obligaciones. Si no se tienen en cuenta ambos propósitos en su justa dimensión se puede propiciar la transferencia de riqueza a favor de los deudores y, con ello, generar la industria del juicio, pero en su versión inversa, propiciada por los debitoris.

Víctimas de Sharenting

¿Pueden los hijos demandar a los padres por publicar sus fotos en las redes sociales?

Mag. Marcela Ilacqua

I. Introducción

"Genial: cuando se duerme su mamá la convierte en un personaje de película. Joey tiene cuatro meses y un sueño tan profundo que su madre aprovecha para disfrazarla y sacarle fotos caracterizada. Es furor en las redes. ¿No la conoces?" Con este título, Santiago Gómez nos invita a leer su artículo del Diario Digital MUY y comenta:

"Laura Izumikawa es fotógrafa y, a la vez, madre primeriza. Luego del nacimiento de Joey se dio cuenta de que necesitaba hacer algo que la entretuviera y la conectara con su trabajo mientras estaba en casa, cuidando a su hija. Y no tuvo mejor idea que ametrallar a fotos a la nena, una regordeta con cara de simpática y, como se ve, con el sueño muy pesado. Fanática del cine y las series para televisión, a Laura se le ocurrió disfrazar a la nena, a la hora de su siesta, justamente con los personajes más reconocidos de sus películas o programas favoritos. Entonces surgió la idea de hacer algunas imágenes temáticas. Y la rompió. Con más de 80.000 seguidores en Instagram, Izumikawa replicó su trabajo sin control." (Gómez, 2016)

La nota es ilustrada con fotos en las que la bebé, dormida, es mostrada en distintas caracterizaciones copiadas del site de su progenitora en la red social Instagram. El sitio es de consulta pública y la mamá ha sumado seiscientos treinta dos mil cuatrocientos dos seguidores de la vida diaria de la bebé. Algunas de las fotos y videos, han sido visualizados y compartidos por más de cien mil personas.

Todo parece un divertido juego de roles en el que las imágenes pueden resultar simpáticas y despertar ternura. Pero vale la pena preguntarnos, qué opinaría Joey, si pudiera hacerlo, al verse dormida caracterizada como un bocadito de sushi, un taco mexicano, la Estatua de la Libertad o un guardia del Buckingham Palace. ¿Cuál será su valoración al tomar conciencia que su primera infancia fue un reality show creado por su mamá y seguido on line día tras día por miles de personas? Esta conducta se denomina

sharenting[1], y describe la ciberconducta de publicar masivamente información y datos de los hijos en las redes sociales.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad y merecen una especial protección. Si bien las redes sociales han modificado en más de un aspecto la vida cotidiana, hay ciertos momentos en el desarrollo de su personalidad, en los que no desean ser fotografiados ni filmados. Seguramente si fueran consultados, muchos de ellos no autorizarían que sus fotos y videos se hicieran accesibles a miles de personas en las redes. Entonces nos preguntamos, ¿podría un hijo que siente afectado sus derechos, demandar a sus padres por la publicación de sus fotos y videos en las redes sociales? Esa es la cuestión que intentaremos responder en el presente trabajo.

II. Desarrollo

a. Planteo del Problema.

Internet es el nuevo escenario de interacción social. Las redes sociales han pasado a ocupar parte importante en la vida de las personas. Los videos y las fotos de bebés y niños son el deleite de muchos. Sus imágenes son reproducidas miles de veces llegando a ser accesibles a cualquier persona en cualquier parte del mundo. El click de acceso a una red social implica una cesión de derechos de las imágenes que son posteadas.[2]

[1] Del idioma inglés share+parenting= shareting "Compartir paternidad".

[2] Cada vez que se sube una foto a una red social se concede licencia para usarla y difundirla. La dinámica de red requiere esos derechos porque de otra forma no podrían usarlo para poner fotos en las páginas de noticias, en mensajes, compartirlo con otras personas o, simplemente, poner contenido visible en un perfil. También la red podría usarlas cuando considere conveniente, para fines comerciales y/o publicitarios. La cesión es solicitada cuando el usuario se registra y acepta la "Declaración de Derechos y Responsabilidades", que, aunque casi nadie la lea, establece las condiciones para compartir el contenido y la información.

Esta acción, aunque inocente, puede vulnerar diferentes aspectos de la vida de un niño o niña. El primero es su intimidad, y con ello, su honor y dignidad. El otro y no menos importante es la autonomía para decidir y gestionar su propia identidad digital y su E-Reputation, como se lo denomina en el ciber lenguaje.[3] (Giones-Valls, Serrat-Brustenga, 2010)

> "La identidad digital es la expresión electrónica del conjunto de rasgos con los que una persona, física o jurídica, se individualiza frente a los demás. La percepción por terceros a través de Internet de dichas actividades y la expresión de las reacciones que por su causa se generan, configuran la reputación online del sujeto. Por tanto, por un lado, el sujeto cuenta con identidad, construida, en virtud de la imagen que desee dar de sí mismo; por otro lado, la interpretación de dicha identidad hace surgir la reputación o consideración pública del individuo que, por afectar de forma directa a la identidad del sujeto, también forma parte esencial de aquella." (Burgueño, 2012)

La participación de los progenitores en la construcción de la E-reputation de los hijos, no sólo depende de la cantidad y calidad de los contenidos que éstos publiquen en la red social, sino también de la edad y grado de madurez de los niños y niñas ya que se debe fortalecer la calidad de su participación y fomentar la valorización de su consentimiento como fuente de su identidad digital.

Un estudio realizado en el Reino Unido arroja un promedio de mil quinientas fotos subidas por padres a las redes sociales antes de que sus hijos e hijas cumplan cinco años, con el agravante de que sólo un diez por ciento de ellos utilizó configuraciones de privacidad. (Megan Rose, 2017)

Desde el mismo instante en que esas fotos y videos fueron publicados, los padres cedieron su uso y posibilitaron su copiado, replicado y almacenado sin límite temporal. Indudablemente,

[3] La gestión de la identidad digital personal es la habilidad de gestionar con éxito la propia visibilidad, reputación y privacidad en la red.

alguno de esos niños o niñas británicos está siendo víctima de shareting. Esa conducta puede causar empatía mientras son pequeños, pero podría ser perjudicial en un futuro no muy lejano. Es que en la red todo permanece. Informaciones y datos que hasta ahora eran difícilmente accesibles están actualmente a disposición de todos. Esta "transparencia" de la historia digital de cada persona, sin dudas puede tener beneficios, pero también riesgos en relación con la preservación de derechos como el honor, la intimidad y la protección de datos personales.

b. Antecedentes. Derecho Comparado.

La cuestión ha tomado relevancia a partir de la publicación de diferentes casos en los que los hijos o hijas, o terceros usuarios de las redes sociales, interpretan que las publicaciones de ciertas fotos vulneran su intimidad.

En setiembre de 2016, el diario austríaco Heute publicó que una joven había solicitado en reiteradas ocasiones a su padre que bajara de su sitio en Facebook un álbum que contenía más de quinientas fotos de su primera infancia por las que había sido objeto de burla en su escuela. Ante la negativa del padre, la hija lo demandó. La joven actuó con asistencia letrada del especialista en ciber derecho Michael Rami[4] y el juez interviniente hizo lugar a la medida cautelar ordenando el cese de la publicación. (Heute, 2016)

En Arizona, Estados Unidos, se ha ventilado el caso de la fotógrafa Heather Whitten, quien en noviembre de 2014 subió a su muro de Facebook una foto de su pequeño hijo sin ropa en los brazos de su esposo, ambos bajo la ducha. La imagen se viralizó. En mayo de 2016 un usuario de la red social solicitó a las autoridades locales que intervinieran en protección de la intimidad del niño. La norma vigente en los Estados Unidos de América es la Children's Online Privacy Protection Act conocida como COPPA (FTC, 1998). En la actualidad, la fotógrafa enfrenta un proceso por negligencia parental. (NewsHub, 2017)

[4] http://www.law-in-austria.at/en/michael-rami.html

Francia ha sido pionera en la sanción de normativa protectoria del derecho a la imagen en las redes sociales de los niños, niñas y adolescentes. Con fuente en el artículo 9 del Código Civil Francés[5], se han dictado normas que fijan multas pecuniarias para padres que compartan fotos de sus hijos menores de edad en las redes sociales. (CODE, 2006)

Eric Delcroix[6], experto francés en identidad digital y redes sociales, sostiene en una entrevista publicada en el diario Le Figarò, que es necesario reforzar los cuidados de los padres respecto de cómo se construye, desde su primera infancia y sin su intervención, la E-Reputation y la identidad digital de una persona. En ese sentido y dada la alta regulación que tiene el tema en Francia, Jay Parikh, vicepresidente de Facebook, ha informado que la empresa enviará una notificación de alerta a los padres cuando posteen imágenes de sus hijos menores de edad en un perfil público.

En España, la Ley Orgánica N° 1/1996 de Protección Jurídica del Menor establece que las personas menores de edad tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y que los padres o tutores y los poderes públicos deben respetar estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros. La normativa otorga facultades de intervención al Ministerio Fiscal con la finalidad de tutelar el derecho a la intimidad de los menores de edad. (Protección del honor, intimidad e imagen de menores de edad, 1996)

La problemática planteada es de gran actualidad en la República Argentina, aunque a la fecha no hay pronunciamientos judiciales al respecto. Nuestro país es el tercer país latinoamericano con mayor cantidad de usuarios en Facebook. (Sedano, 2013)

---

[5] Código Civil Francés. Artículo 9 (Ley N° 70-643 de 17 de julio de 1970 art. 22 Diario Oficial de 19 de julio de 1970) Cada uno tiene derecho a que se respete su vida privada. Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces podrán prescribir toda clase de medidas tales como secuestro, embargo y demás, propias para impedir o cesar un ataque a la intimidad de la vida privada; en caso necesidad estas medidas podrán ordenarse por procedimiento de urgencia.

[6] Ver CV en https://fr.linkedin.com/in/ericdelcroix

A mayo de 2014, ya había veintitrés millones de usuarios registrados en Facebook Argentina. Según datos de la compañía, quince millones de ellos se conectan a diario, casi el mismo número que accede a esta red social desde el celular. Los veintitrés millones de usuarios ejecutan por mes más de mil cien millones de comentarios en el sitio, al tiempo que envían seiscientos quince millones de mensajes, cargan trescientos sesenta millones de fotos y actualizan su perfil unos ciento sesenta y ocho millones de veces. (Di Ciocchis, 2014)

Aunque no hay estadísticas de shareting en Argentina, estos datos permiten inferir que la ciber actividad de los padres es alta, por lo que es dable presumir que las vidas de sus hijos puedan constituir el centro de sus publicaciones en las redes sociales.

c. Marco Legal en Argentina

Para responder a nuestra pregunta inicial, resulta indispensable hacer un análisis integral de distintas disposiciones del Código Civil y Comercial y de la legislación protectora de los niños, niñas y adolescentes. (SAIJ, 2015)

1. El Derecho a la Imagen en el CCyC[7] y en la Legislación Protectoria de Niños, Niñas y Adolescentes

Como cita Eleonora Lamm al comentar el Capítulo 3° del Título I del Libro Primero del CCyC, los derechos personalísimos o de la personalidad constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella, en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral. (Rivera, 2010)

Se reconocen expresamente los derechos a la dignidad, a la intimidad personal y familiar, al honor, a la identidad y a la imagen. El punto de partida es el artículo 51 que enmarca la protección de

[7] En adelante se utilizará la sigla CCyC para referir al Código Civil y Comercial vigente desde 01/08/2015.

los derechos personalísimos en el paradigma de la dignidad en el cual la persona humana se erige en centro y eje del sistema jurídico. Esta concepción es fruto de un largo camino trazado desde el pensamiento jusfilosófico humanista[8]. (Fernández Sessarego, 2000)

El artículo 52 adelanta las consecuencias que emanan de la vulneración de la dignidad: La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos. A renglón seguido, el artículo 53 expresamente incluye entre los derechos personalísimos el derecho a la imagen, y claramente determina que para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, sin importar el formato, es necesario su consentimiento.

Del análisis integral de los artículos mencionados se deduce que toda persona humana que sienta afectada su dignidad por la captación y/o reproducción sin su consentimiento de su imagen y/o su voz, está legitimada para reclamar el cese de su publicación y el resarcimiento de las consecuencias, patrimoniales o extrapatrimoniales.

A ese fin el Código regula en el Libro Tercero, Título V los mecanismos legales de la responsabilidad civil como fuente de la obligación de resarcir la afectación de un derecho personalísimo. Explícitamente el último párrafo del artículo 1738 determina que la indemnización debe incluir especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima. Indudablemente, esta normativa es aplicable a toda persona humana más allá de su edad. Por último, a más de la tradicional acción resarcitoria, la normativa actual regula la acción preventiva o tutela inhibitoria genérica como instrumento autónomo. Así, el artículo

[8] Ya aseveraba Fernández Sessarego en su estudio del Código Civil Peruano de 1984: "Estamos convencidos que, en un futuro próximo, se ha de producir un significativo vuelco en la apreciación del Derecho, lo que determinará la paulatina sustitución de una exclusiva visión patrimonialista por una concepción humanista que coloque a la persona en el centro del sistema jurídico."

1710 pone el deber de prevenir el perjuicio en cabeza de todos aquellos que se encuentren en posición de evitar la producción del daño.

En el mismo sentido, la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 16 establece que ningún niño o niña será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación y tienen derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. La ley 26.061 expresamente regula el derecho a ser respetados en su dignidad, reputación y propia imagen y establece la prohibición de exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad, cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar.[9]

2. La Cuestión de la Representación Legal de los Hijos y el Consentimiento

En este punto, podríamos preguntarnos, ¿en qué momento de su desarrollo personal un niño o una niña puede brindar por sí su consentimiento? Analicemos qué dice la normativa vigente al respecto.

El art. 24 inc. b) del CCyC, clasifica como incapaz de ejercicio a la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y el artículo 25 define que es menor de edad la persona que no ha cumplido dieciocho años. Complementariamente, el artículo 101 inc. b) dispone que son representantes de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Es decir, que la limitación a la capacidad de obrar está instituida en beneficio de la persona menor de edad y es complementada por un sistema de protección: la representación legal derivada de la responsabilidad parental.

[9] Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes promulgada en 2005.

Si siguiéramos rigurosamente este juego de roles, rápidamente concluiríamos que son los padres -en ejercicio de la responsabilidad parental- quienes deben prestar el consentimiento por sus hijos menores de edad. Ergo, estarían autorizados a subir a las redes sociales fotografías, videos, audios de sus hijos sin su consentimiento, mientras estos no cumplieran dieciocho años y que ello, de ninguna manera, les acarrearía consecuencias legales. Sin embargo, observamos que el art. 638 del CCyC, establece que la responsabilidad parental se ejerce no sólo durante esa determinada extensión temporal, sino también con una finalidad específica: la protección, desarrollo y formación integral de los hijos mientras sean menores de edad. Esa finalidad debe ejecutarse a la luz de tres principios generales previstos en el artículo 639: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del/la hijo/a conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo, y c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. Complementariamente, el art. 26 del CCyC, al regular el ejercicio de los derechos por la persona menor de edad, si bien establece igual regla general de representación que el art. 101, a renglón seguido dispone que la persona menor de edad que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Congruentemente con el inciso b) del art. 639.

Estamos ante un paradigma en el que la capacidad de ejercicio derriba fronteras rígidas y la pauta etaria es un elemento más. En consecuencia, como la otra cara de una misma moneda, la representación legal de los hijos también resulta más flexible de lo que parecería determinar el art. 101. La existencia de ciertas condiciones personales que permitan entender que, configurada una determinada aptitud suficiente para ciertos y determinados actos la pauta de representación del art. 101 se flexibiliza. En opinión de Silvia Fernández, esta noción es de carácter más empírico que técnico y toma en consideración la posibilidad personal del niño, niña o adolescente de comprender, razonar, evaluar y finalmente decidir con relación al acto concreto en juego. (Fernández, 2015)

Como vemos, tras la vigencia del Código Civil y Comercial, el juego de roles resulta más complejo que sólo esperar a cumplir dieciocho años para dar el consentimiento.

3. La Capacidad Procesal de los Hijos Menores de edad

El reconocimiento de la condición de sujetos de derechos de niños, niñas y adolescentes trae consigo principios rectores del ordenamiento jurídico protectorio de los derechos humanos que han sido recogidos en el Código Civil y Comercial. Así, el superior interés se transforma en guía, sus opiniones adquieren relevancia jurídica, y el ejercicio de sus derechos se adecua a las competencias, aptitudes y condiciones de madurez que gradualmente desarrolle.

Este cambio de paradigma implica necesariamente la ampliación de la capacidad procesal de los hijos. ¿Pero, qué alcance tiene respecto de la representación legal de los padres? Se ha dicho que el CCyC regula la representación general respecto a las personas menores de edad en los artículos 26, 101 inc. b) y 646 inc. f), aunque la representación en los procesos judiciales en los que el hijo/a menor de edad es parte, requiere de un análisis más detallado. Veamos: el art. 677 del CCyC establece como principio general que los progenitores representan en juicio a sus hijos, sea como legitimados activos o pasivos durante toda la menor edad. Sin embargo, a renglón seguido la norma particulariza: el/la hijo/a adolescente, entre 13 y 18 años, cuenta con capacidad suficiente para intervenir en un proceso en forma autónoma, y con su propia asistencia letrada.

Esbozando una primera respuesta afirmativa a nuestro planteo inicial: el/la adolescente, goza de capacidad procesal para demandar por sí a sus padres en el caso de sentir que la publicación de sus fotografías y/o videos menoscaba su dignidad y vulnera su intimidad. Y para reforzar este empoderamiento, el Código dice que debe hacerlo con asistencia letrada de su confianza.

Cabría preguntarnos entonces, si esta posibilidad está vedada al hijo o hija menor de 13 años, quien por lo visto debería actuar

en todo momento por medio de sus representantes legales. Si leemos en detalle el art. 679 CCyC, veremos que plantea un supuesto específico: la posibilidad del/la hijo/a menor de edad que cuenta con grado de madurez suficiente, sin importar si es mayor o menor de 13 años, pueda reclamar a sus progenitores por sus propios intereses y sin previa autorización judicial, siempre y cuando tenga asistencia letrada.

En el caso no se trata necesariamente de un conflicto de intereses entre progenitores en su carácter de representantes y el hijo, en su condición de representado, cuestión que se resuelve con la designación de un tutor especial, conforme art. 109, inc. a) CCyC, sino de un reclamo del hijo o hija frente a los progenitores, en protección de sus propios intereses. (Pellegrini, 2015)

De este modo, concluimos que, en virtud de la interpretación integral de los artículos citados, en especial 677 y 679 los/las hijos/as que cuenta con grado de madurez suficiente tienen capacidad procesal para reclamar por sus intereses a sus progenitores y deben contar con asistencia letrada autónoma. Ergo, si un hijo o hija siente que la difusión de imágenes, videos, información personal que sus padres realizan por las redes los afecta, y tiene la madurez de expresarlo, sin importar la edad, están legitimados para demandarlos con las particularidades descriptas.

III. Conclusiones

La era digital trae consigo nuevos desafíos que impactan en el centro del ordenamiento jurídico y obligan a configurar nuevos mecanismos de protección de derechos. La realidad cotidiana es interpelada sin pausa por el avance de la tecnología, lo que requiere de acciones jurídicas adecuadas y oportunas. Todos los derechos humanos que existen offline deben también estar protegidos online.[10] (Comision Europea, 2014)

[10] Los Ministros del Exterior de los países que integran la Unión Europea reunidos en Bruselas en 2014 convinieron una serie de directrices para internet que cubren todos los aspectos de los derechos fundamentales.

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de protección especial. Los padres publican fotos y videos de sus hijos e hijas menores de edad en Facebook, Twitter o Instagram, sin su consentimiento aún en aquellos estadios de su desarrollo en los que pueden ser consultados. Quizá sin ser plenamente conscientes de su accionar, exponen a sus hijos e hijas y permiten que esas imágenes dejen de ser privadas, cediendo los derechos sobre las mismas una vez que hicieron click.

Toda información subida a las redes sociales permanece sine die. Desde el momento en el que nacen, los niños y las niñas necesitan forjar su personalidad. La identidad digital es parte fundamental. Los padres deben acompañar su desarrollo respetando sus intereses y fomentando su autonomía conforme a sus características psicofísicas y aptitudes. Esa es la finalidad específica de la responsabilidad parental. Si en virtud de su ejercicio, los progenitores actúan en perjuicio de los intereses de los hijos, queda expedita la vía para que estos últimos reclamen la intervención judicial.

La irreflexiva actitud de los padres de "compartirlo todo" en las redes sociales constituye un ejercicio irresponsable de la parentalidad. La falta de conocimiento de las consecuencias jurídicas de tal conducta podría en un futuro, provocar que aquellos hijos e hijas, que entiendan que tales actos le han sido perjudiciales, ejerciten las acciones correspondientes contra el progenitor o progenitores que en su momento subieron imágenes o grabaciones en redes sociales sin su consentimiento.

Steven Leckart, padre y periodista que forjara el término shareting reflexiona: "No es que quiera que mi hijo permanezca escondido del mundo. Sólo quiero que herede una decisión en lugar de una lista de contraseñas y configuración predeterminada. Si participa en las redes sociales, lo hará en sus propios términos, no en el mío. ¡A qué edad, no tengo idea, soy nuevo en esto!" (Leckart, 2012)

Referencias

- Bidart Campos, G. (2001). Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino (Vols. I-B). Buenos Aires: Ediar.

- Burgueño, P. F. (24 de marzo de 2012). AdComunica Revista Cientifica. (F. d. Castellón, Ed.) Recuperado el 2017, de http://www.adco municar evista.c om/ojs/in dex.ph p/adc omuni ca/arti cle/view/50
- CODE. (4 de Abril de 2006). Code_41.pdf. Recuperado el 21 de Febrero de 2017, de file:///C:/Users/u suario/Down loads/C ode_ 41.pdf
- Comision Europea. (2014). La política y la gobernanza de Internet. COM(2014) 72 final , (pág. 12). Bruselas.
- Di Ciocchis, A. (9 de mayo de 2014). La Nacion. (C. 2. NACION, Ed.) Recuperado el 28 de febrero de 2018, de https://www. Lanaci on.com.ar
- Fernandez Sessarego, C. (2000). Comparaziones e Diritto Civile. Recuperado el 8 de febrero de 2017, de www.co mpara zionediri ttociv ile.it
- Fernandez, S. (2015). Codigo Civil y Comercial Comentado (Vol. T.I). BsAs: INFOJUS. Recuperado el 2017 de febrero de 2017, de http://www.sai j.gob.a r/docs-f/co digo-co menta do/CCyC _Come ntado_To mo_I% (arts.%2 01%20 a%2040 0).pdf
- FTC. (1998). Federal Trade Comission. Recuperado el 21 de Febrero de 2017, de https://www.ft c.gov/ enforceme nt/rules/ru lemaki ng-regul atory-ref orm-procee dings/childr ens-onlin e-privacy –prote ction-rule
- Giones-Valls, Serrat-Brustenga. (junio de 2010). textos universitaris de biblioteconomia i documentació. Recuperado el 22 de febrero de 2017, de http://bid.u b.edu/24/ gione s2.htm
- Gomez, S. (25 de agosto de 2016). muy.clarin.com. Obtenido de http://muy.clarin.c om/muy-curi oso/g enial- duerme –conviert e-person aje-peli cula-10 0684.html
- Heute. (13 de setiembre de 2016). Recuperado el 15 de febrero de 2017, de http://www.heu te.at/di gital/multim edia/1 8-Jaeh rige-verkl agt-El tern-we gen-Facebo ok-Fotos;art734 72,1342 447
- Leckart, S. (12 de mayo de 2012). The Wall Street Journal. Recuperado el 28 de febrero de 2018, de https://www.wsj .com/article s/SB100014 240527 023044 51104577 392 041180 138910

- Medina, G., & Garcia Santas, c. (s.f.). JURISPRUDENCIA SOBRE DAÑO MORAL. Recuperado el 24 de Febrero de 2017, de http://www.graciel amedina. com/asse ts/Uploa ds/resena-jur Isprud encial/daño –moral .pdf
- Megan Rose. (2015 de febrero de 2017). ParentZone. Obtenido de http://parentzo ne.org. uk/article e/avera ge-parent -shares-a lmost-1500-im ages-th eir-child -online-their-5t h-birt hday
- NewsHub, S. (29 de enero de 2017). NewsHub. Recuperado el 15 de febrero de 2017, de http://www.ne wshub .co.nz/ho me/world /2017/0 1/intima te-pho tograph-subject-o f-co urt-hea ring.ht ml
- Pellegrini, M. V. (2015). Codigo Civil y Comercial comentado (Vol. T.II). BsAs: INFOJUS.
- Rivera, J. C. (2010). Instituciones de Derecho Civil. Parte General, Cap. XVIII: Derechos Personalísimos. Bs As: Abeledo Perrot.
- SAIJ. (2015). SAIJ. Recuperado el 28 de febrero de 2018, de http://www.sa ij.gob.ar /nuevo-co digo-civil -y-comer cial-de-la-n acion
- Sedano, G. (15 de Mayo de 2013). WEBESPACIO. Recuperado el 21 de febrero de 2017, de https://www.web espac io.com

La protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial

Un nuevo régimen a la luz de la constitucionalización del Derecho Privado

Ab. María Gabriela Calvo

I. Introducción

El proceso de reforma del Código Civil y unificación con el Código de Comercio recepta el llamado proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado y la protección de los Derechos Humanos bajo la inclusión del dialogo de fuentes y la preeminencia de los Tratados de Derechos Humanos incluyendo en su texto el orden de prelación ya reconocido en la Constitución de 1994[1].

En palabras de Lorenzetti la principal característica del nuevo cuerpo normativo es que incorpora la Constitución en su estructura y así constitucionaliza el Derecho Privado, haciéndolo un sistema coherente, donde los principios normativos bajan desde la Norma Fundamental hacia las distintas instituciones civiles y comerciales y recepta el trabajo que venía desarrollando la jurisprudencia. El Presidente de la corte sostuvo que el concepto de "Constitucionalización del Derecho Privado" abre un nuevo campo de posibilidades, tanto de intervención a través del control de constitucionalidad como del uso de pautas interpretativas abiertas que son propias del método constitucional, y ajenas, en principio, a las técnicas del Derecho Privado[2].

Para Comanducci cuando se habla de constitucionalización del derecho privado se hace referencia al proceso por el cual el de-

[1] El orden de prelación que ha establecido la reforma de la constitución argentina constituye el andamiaje apropiado para que se concreten los controles de constitucionalidad y de convencionalidad. Este último es ejercitado tanto en el ámbito nacional como en el internacional. La jurisdicción nacional al interpretar las normas locales debe velar poniendo todo su empeño para que ellas se adecuen a lo que contemplan los tratados. Así se evitará lo máximo posible que se susciten juicios ante la jurisdicción internacional. SABSAY, Daniel "El acceso a la vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pag 279. Consulta del 29-07-16 http://www.derecho .uba.ar/p ublicacio nes/pensar-en-derec ho/revistas/0/el- acceso-a -la-viviend a-digna-en- un-fallo-de-la -corte-su prema-de-justic ia-de-la-nacion .pdf

[2] Conferencia Foro de Políticas de Estado del Poder Judicial 01-03-15 http: //todos obrelaco rte.com/2 015/03/ 17/loren zetti-sobre-e l-nuevo-codigo -civil y-co mer cial/ consulta del 30-07-16

recho es impregnado, iluminado y enmarcado por la Constitución. Desde la segunda mitad del siglo XX se dio una progresiva constitucionalización de distintos ordenamientos jurídicos que se caracteriza por la manifestación de una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Es un proceso graduado que se da por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales y la presencia en la Carta Magna de principios y no solo de reglas, y por un sistema que modifica la interpretación y la aplicación de las leyes con sujeción a las normas constitucionales[3].

La reforma en el modelo se da porque la función interpretativa no se enmarca en la interpretación exclusiva de normas sino que incorpora las garantías y de derechos fundamentales y exige del intérprete un ejercicio argumentativo de mayor envergadura y amplitud sujeto a nuevos valores y principios que priorizan la efectiva realización del derecho y no la aplicación vacía de la ley[4] conforme lo establecen las normas de los arts. 1 y 2 del CCC en juego con el art. 75 inc. 22 Const. Nacional, de modo de hacer efectiva la pri-

[3] Comanducci Paolo, Constitucionalización y Neoconstitucionalismo campus virtual Maestria de Derecho Privado UNR.

[4] En palabras de Edwin Figueroa Gutarra la interpretación en el Estado neoconstitucional asume un contexto diverso al de la justicia común. Se exige una motivación de contenidos más profundos, de discernimiento de supravalores en relación a los derechos fundamentales de las personas, y se busca, como fin supremo, que compatibilicen los principios y valores constitucionales y los conflictos que atañen a las personas. Para este autor "la interpretación constitucional marca una sustancial diferencia con la tradicional interpretación del Derecho que manejamos en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, en los cuales la observancia del principio de legalidad, la prevalencia de la ley y el acatamiento del principio de congruencia, representan otro modo de discernir los conflictos jurídicos, modalidad que en rigor, no es tampoco ajena al Derecho Constitucional pues esta última disciplina aborda tanto normas- regla como normas-principio…." Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Lambayeque, Perú. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo, Lambayeque. Becario del curso de DD.HH. en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., EE.UU. Becario Aula Iberoamericana, La Constitucionalidad de las Leyes, Cádiz, España.

macía de la Constitución por sobre las demás normas y obliga a los Jueces a efectuar un control, permanente, de la constitucionalidad y convencionalidad de las mismas.

En estos procesos el Estado de Derecho ya no es el "imperio de la ley" sino "el imperio del derecho como conjunto, es decir, de la suma de la Constitución y sus principios y de la labor de intérpretes y argumentadores[5] que no podrán limitar su labor a la aplicación cerrada de la letra de la ley.

El Proyecto de reforma se apartó de la división tajante entre Derecho Público y Derecho Privado y tomó muy en cuenta los Tratados internacionales, en general, y los de Derechos Humanos, en particular con todos los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad. Por eso el CCyC resulta innovador en este aspecto al receptar la Constitucionalización del Derecho Privado, y establecer una comunidad de principios entre el Derecho Público, la Constitución y el Derecho Privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina.

Esta decisión se ve claramente en casi todas las normas del nuevo Código: 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 muchos otros aspectos.

En los fundamentos del Código Civil y Comercial se destacan algunos principios esenciales como el de no discriminación y respeto de la persona y su diversidad cultural, el respeto y reconocimiento de derechos de comunidades originarias y de nuevos modelos de familias y del derecho al acceso a la vivienda al que se le reconoce su carácter de derecho humano justificando así la redacción de un capítulo especial para su protección.

[5] Cárdenas García, Jaime, "Diez tesis sobre nuestro atraso jurídico", en Torres Estrada, Pedro (comp), Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho, México, Limusa, 2006, pp. 41-66, p. 41, citado por Aguilera Portales, Aguilera Portales, Rafael Enrique, en Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales pág. 5

Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.[6]

En el marco de este nuevo paradigma se reguló la protección del régimen de vivienda con una mirada constitucionalizada que superó el sistema vigente de la Ley N° 14.394.

II. El derecho a la vivienda como un derecho social

El reconocimiento del derecho a la vivienda como derecho constitucional está vinculado a su consideración como una necesidad básica imprescindible para vivir con dignidad y seguridad, a desarrollar libremente la propia personalidad y a participar, incluso, en los asuntos públicos. Su vulneración pone en entredicho la integridad física y mental de las personas, su vida privada y familiar, y su libertad de residencia. La ausencia de una vivienda digna afecta a la salud y al medio ambiente, tanto en términos individuales como colectivos, y menoscaba los derechos al trabajo o a la educación entre otros.[7]

En el ámbito internacional, el derecho a la vivienda viene recogido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 pasando a tener rango de garantía universal. Es receptado en todos los Estados miembros como uno de los derechos fundamentales para la vida de las personas y por ello están obligados a su protección y efectiva protección.

A partir de ese reconocimiento, diversos Tratados Internacionales han incorporado y reafirmado la obligación estatal de promover y proteger el derecho a la vivienda de todos los individuos.

En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se lo recepta en el art. 11 que establece "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí misma y para su

[6] Lorenzetti Ricardo Aspectos valorativos y principios preliminiares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial. LL 2012-C pags 581 y sgtes.

[7] Pisarello Gerardo El derecho a la vivienda como derecho social: Implicaciones constitucionales. Revista catalana de dret públic, núm. 38, 2009 file:/ // hom e/m gcft/ Desc arg as/200 90 5 _02Pi sarello_e s.pdf consulta 25, 07,16.

familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuadas y una mejora continuada de las condiciones de existencia".

Los gobiernos locales signatarios del Pacto deben desarrollar políticas que garanticen este derecho, priorizando la atención a los grupos más vulnerables. Para hacerlo, el Comité DESC de Naciones Unidas considera que, independientemente del contexto, hay algunos elementos que hay que tener para que la vivienda se pueda considerar adecuada: a) seguridad jurídica de la tenencia; b) disponibilidad de servicios materiales e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) accesibilidad; f) lugar y, g) adecuación cultural.

De la lectura de los Tratados en análisis surge que el derecho a la vivienda es parte integrante del derecho que todos los individuos tienen a gozar de un nivel de vida adecuado en un medioambiente sano y en un hábitat que permita desarrollar sus capacidades y cubrir sus necesidades alimentarias, de salud y educación.

Las Naciones Unidas enumera dentro de la nómina de los derechos humanos el derecho a la vivienda digna y lo analiza en el Folleto explicativo de los derechos humanos nro. 21Nº 21 (Rev.1)[8]. En su texto analiza que siendo indiscutible el carácter de derecho humano universal hay millones de personas sin vivienda y con condiciones de vida peligrosos y denigrantes (refugiados, asentamientos en zonas de guerra o sin urbanización, ocupación de viviendas sin derecho) e insta a los Estados del mundo cumplir su obligaciones porque todos han firmado al menos un Tratado internacional que protege la vivienda digna como herramienta que permite a su vez hacer efectivo el derecho a una vida digna[9].

Por su parte la Organización Mundial de la Salud sostiene que la vivienda en condiciones dignas se asocia directamente a la esperanza de vida y a la erradicación de enfermedades. El derecho al "grado máximo de salud que se pueda lograr" exige un conjunto

[8] Folleto Explicativo Nº 21 (Rev.1) "El derecho humano a una vivienda adecuada": estos folletos de la ONU tienen la finalidad de dar a conocer cada uno de los derechos humanos para promoverlos y protegerlos. Se distribuyen en forma gratuita en todo el mundo.

[9] http://ww w.o hchr.o rg/Do cu ments/ Publicati ons/FS21_ rev_1_Ho using_ sp.pdf consulta del 25.07.16

de criterios sociales que propicien la salud de todas las personas, entre ellos la disponibilidad de servicios de salud, condiciones de trabajo seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El goce del derecho a la salud está estrechamente relacionado con el de otros derechos humanos tales como los derechos a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la no discriminación, el acceso a la información y la participación[10].

Del análisis articulado de los Tratados internacionales se puede afirmar que cuando se habla del derecho a la vivienda no se hace referencia solo al acceso a una estructura edilicia sino que se trata de un concepto global que incluye una serie de aspectos y necesidades de los sujetos que la habitan, complementarios e importantes que deben ser incluidas en las políticas públicas.

En concordancia la Declaración de Estambul de 1996 establece que el concepto jurídico de "vivienda adecuada" comprende una serie de obligaciones estatales como las de "velar por la seguridad jurídica de la tenencia y la igualdad de acceso a la tierra a todas las personas; promover el acceso de todos al agua potable y al saneamiento adecuado, promover un amplio acceso a financiación para vivienda adecuada"[11].

El derecho a la vivienda comprende un conjunto de garantías. La seguridad jurídica en la tenencia que permita vivir sin miedo al desalojo, despojo o intromisiones. El acceso a infraestructura y servicios como la energía eléctrica, el acceso al agua potable, cloacas, y el saneamiento y recolección de basura que permitan contar con un entorno saludable y adecuado para el desarrollo de una vida digna y el derecho a un medio ambiente equilibrado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Sostiene que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues

[10] Página web de la Organización Mundial de la Salud: http://www.who .int/me diace ntre/fact sheets/fs3 23/es/ consulta del 25.07.16

[11] Cardinaux Nancy y otros "Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito local" http://ww w.der ech o.uba .ar/investiga cion/invest igadores/p ublicacion es/vitaco ndicion es-de-posibili dad-para-la-e xigibili dad-jud icial-del-der echo-a-la –viviend a.pdf consulta del 25.07.16

el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo su contenido. Toda norma debe "garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Fallos: 327:3677; 332:2043) y "garantizar" significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas", según indica en su Observación General N°5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las "condiciones de vigencia" de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos: 332:709). Esta interpretación de la Corte es una adhesión de lo que Bidart Campos entendía como "la fuerza imperativa de la constitución"[12].

III. El derecho a la vivienda en la legislación argentina

La construcción de la protección del derecho a la vivienda en el ámbito nacional encuentra antecedentes en la reforma constitucional de 1949, en el artículo 37, parte I, inciso 6, que garantizaba el derecho de los trabajadores al bienestar "cuya expresión mínima se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda" y en la parte III del inciso 2 que regula el "derecho a un albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas es inherente a la condición humana para la tercera edad". Finalmente la protección se vio concretada en el texto del art. 14 bis en el cual se prevé que por leyes especiales se debe dar "protección integral familia", entre otras cosas por "la defensa del bien de familia, la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna".

Tras la reforma de 1994 este derecho se vio reforzado, ya que se encuentra también garantizado en el artículo 75 que en su inciso 22 otorga rango constitucional a los Tratados Internacionales de derechos humanos y en su inciso 23 que sostiene que el Con-

[12] Sabsay, Daniel Op citada pág. 272.

greso deberá legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que incluye todos los derechos reconocidos en los tratados incorporados.

La protección del bien de familia se concreta con la Ley especial N° 14.394[13] que en su Capítulo V arts. 34 a 50 contemplaba la posibilidad de constituir un bien de familia con la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble sin necesidad de recurrir a la justicia a tal fin.

El Bien de Familia buscaba el aseguramiento y protección del núcleo familiar y la sede del hogar domestico para resguardar las necesidades de vivienda de la familia las que deben precisarse atendiendo parámetros básicos que hacen a la dignidad, el decoro y el interés objetivado del mismo[14]. Se protege ante la posible ejecución por deudas posteriores a la constitución.

La ley entendía como familia a la integrada por el propietario, su cónyuge, descendientes y ascendientes.

IV. La protección legal de la vivienda en el Código Civil y Comercial

El último avance en el proceso de construcción de la protección al régimen de la vivienda se vislumbra en la reforma del Código Civil y Comercial con las normas del Capítulo 3 del Título III, del Libro Primero que alcanza el espacio habitacional de una familia, independientemente del tipo familiar que se trate[15] como correlato del reconocimiento a las personas de definir el plan de vida en base a distintos modelos familiares.

---

[13] Sancionada el 14-12-1954 y promulgada el 22-12-1954 sufrió desde su entrada en vigencia diversas modificaciones y reformas. Abrogada por el art. 3°inc a Ley 26.994 BO08/10/2014 vigencia 1° de agosto de 2015 Según ley 27.077 BO 19/12/2014.

[14] SCBA 14-04-2004, Sumario JUBA B27338

[15] Fernandez, Silvia Eugenia La Capacidad de las personas en el nuevo Código Civil y Comercial, pág. 1, consulta 16-06-2016. http://www.nu evo codigo civil.com/w p-cont ent/upl oads/201 5/04/La-c apacida d-de-las perso nas-en-el-nuevo- C%C3 %B3digo- Civil-y-C omercial-F ERNAN DEZ.pdf.

Se reconoce a toda persona el derecho de afectar su vivienda al régimen de exclusión de la agresión de los acreedores, equilibrando los intereses propios del tráfico jurídico con la necesidad de asegurar un espacio existencial[16]. Y se garantiza la protección del inmueble sobre el cual se asienta y desarrolla el proyecto de vida familiar común.

El nuevo texto legal tiene en cuenta tres campos o aspectos diferentes para armonizar la protección a la vivienda:

a) las relaciones entre los miembros de la pareja, matrimonial o convivencial

b) los acreedores del titular o titulares de la vivienda

c) atribución de la vivienda frente a la ruptura de la convivencia, el divorcio o muerte.

4.1. Proyecto familiar y afectación de la vivienda.

Todo proyecto o plan de vida familiar parte del deseo y la unión de dos sujetos que para iniciar una vida en común y la convivencia requieren de un espacio digno y seguro que será la vivienda familiar. Como ya se dijera el CCC otorga protección a esa vivienda familiar en reconocimiento de uno de los derechos humanos más básicos e imprescindibles, independientemente de la tipología familiar elegida (matrimonio, convivencia, familia monoparental). Esta no es la única novedad respecto del nuevo régimen de vivienda que en el Código de Vélez solo permitía la constitución como bien de familia sujeto a la existencia de una familia.

El régimen prevé que la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar está sometida al asentimiento de ambos cónyuges (art. 456 CCC) que se exige no sólo cuando el titular tiene escritura, sino también cuando tiene otros derechos, por ejemplo, boleto de compraventa o adhesión a un fideicomiso. Tampoco

[16] Herrera Marisa, Pellegrini María Victoria "La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial" Mayo 2015 pág. 2 http://www.nuevocodig ocivil.com/w p-conte nt/uploads/ 2015/05 /La-protecci% C3%B3n-a-la -vivienda-f amiliar-en-el-n uevo-C%C3%B 3digo-Civil y-Comercial -Por-M arisa-Her rera-y-Mar% %ADa-Vi ctoria-Pe llegrini.pdf consulta del 25.07.16

podrá vender o trasladar fuera del hogar los muebles indispensables del mismo salvo acuerdo entre cónyuges.

Se aplica independientemente del régimen patrimonial del matrimonio elegido (comunidad o de separación de bienes) y sin importar que el bien sea propio o ganancial.

Es decir, entre las disposiciones comunes a los dos regímenes patrimoniales matrimoniales que admite el Código Civil y Comercial –conocido también como régimen primario-se impone la necesidad de contar con la conformidad del otro cónyuge. Por ello resulta irrelevante cuál sea la calificación del bien

El asentimiento debe prestarse para cada acto y sus elementos constitutivos (conf. art. 457 Cód. Civ. y Com.).

A diferencia del Código anterior, cuando el bien es propio ya no se requiere que haya hijos menores o con discapacidad. Otra novedad es que un cónyuge no puede dar poder al otro para darse a sí mismo el asentimiento.

4.2. La protección frente a los acreedores

A partir del nuevo Código, los inmuebles que constituyan la vivienda de un matrimonio o de la unión de una pareja inscripta, no pueden ser embargados y rematados por acreedores después de la celebración del matrimonio (art. 456 CCC) o de la inscripción de la unión convivencial (art. 522 CCC). La protección no rige en relación a deudas contraídas con anterioridad a la celebración del matrimonio o a la inscripción de la convivencia, ni en relación a deudas contraídas por ambos cónyuges o convivientes, o por uno sólo con el asentimiento del otro.

Esta restricción a la agresión patrimonial por parte de los acreedores deriva de la condición de vivienda familiar del inmueble, independientemente de su afectación al régimen de protección de la vivienda previsto en el nuevo texto legal y es una específica cobertura a la vivienda familiar sin necesidad de ninguna afectación[17].

[17] Herrera Marisa, Pellegrini María Victoria "La protección a la vivienda familiar en el nuevo Código Civil y Comercial" Mayo 2015 pág. 4 http://www.nue vocodigoci vil.com/w p-content/ uploads/201 5/05/La-

4.3. Atribución del uso de la vivienda familiar.

La atribución del uso de la vivienda familiar puede establecerse cuando el matrimonio o la unión convivencial finaliza en vida de ambos cónyuges o miembros de la unión (arts. 443 y 526 Cód. Civ. y Com) por acuerdo de partes o decisión judicial; o por el fallecimiento de alguno de ellos.

a) Divorcio: Si no hay acuerdo entre las partes respecto a la atribución del uso de la vivienda familiar lo decidirá el Juez teniendo en cuenta: quién tiene a su cargo el cuidado de los hijos, quién tiene menos posibilidades económicas de proveerse de una vivienda, el estado de salud y edad de los cónyuges y los intereses de otros miembros del grupo familiar. También decidirá el plazo del uso de esa vivienda y puede dictaminar que se abone una renta compensatoria a cargo de quien tiene el uso del inmueble.

b) Fin de la unión convivencial: Si las partes en el acuerdo convivencial fijaron la atribución de la vivienda para el caso de cese de UC resulta claro afirmar que la solución aplicable será la acordada y a falta de acuerdo se aplicará el art. 526 CCC que regula la atribución judicial teniendo en cuenta las circunstancias referidas para la atribución por divorcio. La diferencia en este caso se da porque la ley establece un plazo de uso de la vivienda que no puede ser mayor al que hubiere durado la convivencia con un máximo de dos años.[18]

c) Muerte de cónyuge o conviviente:

i. El cónyuge supérstite goza de derecho real de habitación vitalicia y gratuita sobre el inmueble que constituyó el último hogar conyugal. Es decir, puede habitarlo hasta su muerte y sin necesidad de pagar alquiler a los demás herederos.

---

pro tecci%C3 %B3n-a-la-vi vienda-fam iliar-en-el-un evo-C%C 3%B3dig o-Civil-y-C omercial. -Por-Mari sa-Herrera -y-Mar% C3 %Ada –Victoria –Pellegr ini.pdf consulta del 27.07.16

[18] Santangelo María Victoria "La protección de la vivienda familiar en las uniones convivenciales" pag 265/267 Revista Jurídica UCES http://dspace.uc es.edu.ar: 8180/xmlui/b itstream/handl e/12345 6789/2150/L a_prote ccion_Santa ngelo.pdf 27.07.16.

ii. Respecto a las uniones convivenciales, el conviviente que aún vive y que carece de vivienda o de posibilidades de obtenerla, también goza del derecho real de habitación gratuito, pero por un plazo máximo de dos años.

V. Conclusiones

El nuevo Código Civil y Comercial recepta el llamado proceso de constitucionalización o humanización del derecho privado y la protección de los Derechos Humanos bajo la inclusión del dialogo de fuentes y la preeminencia de los Tratados de Derechos Humanos. En el marco de este nuevo paradigma se reguló la protección del régimen de vivienda con una mirada constitucionalizadora superadora del sistema vigente de la Ley N° 14.394.

Antes de la reforma la protección del bien de familia se regía por la Ley especial N° 14.394 que en su Capítulo V arts. 34 a 50 contemplaba la posibilidad de constituir un bien de familia con la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble sin necesidad de recurrir a la justicia a tal fin.

El nuevo régimen prevé que la disposición, de los derechos sobre la vivienda familiar y los bienes muebles que la integran, está sometida al asentimiento de ambos cónyuges (art. 456 CCC)

La atribución del uso de la vivienda familiar puede establecerse, por convención de partes o judicialmente, cuando el matrimonio o la unión convivencial finaliza en vida de ambos cónyuges o miembros de la unión (arts. 443 y 526 Cód. Civ. y Com) o por el fallecimiento de alguno de ellos.

A partir del nuevo Código, los inmuebles que constituyan la vivienda de un matrimonio o de la unión de una pareja inscripta, no pueden ser embargados y rematados por acreedores después de la celebración del matrimonio (art. 456 CCC) o de la inscripción de la unión convivencial (art. 522 CCC).

El daño punitivo como herramienta de prevención y sanción de las prácticas abusivas

Dr. Juan Carlos Pandiella

I. Introducción

En el presente trabajo nos proponemos realizar un breve recorrido por la evolución de la figura en los Estados Unidos de América, Canadá, Inglaterra y en Italia; para luego hacer una reseña histórica en el ámbito local, una conceptualización del daño punitivo, su estrecha relación con la función preventiva del daño y un breve análisis de la normativa vigente al respecto, lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia existente en nuestro bendito país, Argentina.

II. Breves nociones

2.1. Evolución del daño punitivo- Derecho comparado

Entre los antecedentes más antiguos que se registran, se encuentran en el Código de Hammurabi, con aquellas sanciones económicas para ciertos actos ilícitos, además y sin perjuicio de las penas corporales que eran costumbre en esa época.

En la ley de las XII Tablas del Derecho Romano, también existían sanciones pecuniarias; posteriormente en las Siete Partidas exigía a quine negara el daño, "que lo pagara doblado".[1]

El origen de la institución, como se conoce en la actualidad se encuentra en el common law. En el derecho inglés, si bien los precedentes se remontan hasta el siglo XVIII, reviste particular importancia el leading case "Rookes c. Barbard", donde se restringió su aplicación únicamente a los casos en que haya una disposición legal que los autorice, o se trate de sancionar una conducta vejatoria o arbitraria de un funcionario público, o cuando el autor del ilícito actuó sobre la previsión de que la ganancia que podía obtener con él sería mayor a la eventual indemnización a pagar al damnificado.[2]

[1] Véase Tambussi, C. E. (2016). Regimen de Defensa del Consumidor (II): Instituciones del derecho de consumidores y usuarios- Daño punitivo. En A. Sanchez Herrero, Tratado de Derecho Civil y Comercial (Primera ed., Vol. II, pág. 1084). Ciudad Autonoma de Buenos Aires: La Ley.

[2] Picasso, S. (2015). Las funciones del derecho de daños en el Código

2.2. Europa

Señala Picasso[3], que en el ámbito continental europeo, el instituto es mirado con menosprecio. En ese sentido, el proyecto de reglamento europeo del 27 de julio de 2003, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, consideraba que la condena a daños punitivos era "contraria al orden público comunitario" (art. 24). De todos modos, el texto finalmente aprobado (Reglamento CE 864/2007) sólo mantiene en un considerando (el nº 32) una mención a que la aplicación de una disposición que condujera a la asignación de daños punitivos de naturaleza excesiva puede, según las circunstancias, ser considerada contraria al orden público del foro.

En ese mismo sentido, existen precedentes italianos y alemanes donde se ha declarado que la imposición de esta clase de multas es contraria al orden público de los mencionados países.[4]

Por su puesto, que, eso no implica que no existan en Europa voces favorables a la admisión de los "daños punitivos", pero lo cierto es que, pese a que la cuestión se ha estudiado y debatido mucho, ninguna de ellas ha podido hacer triunfar sus propuestas.

2.2.1. Inglaterra

La autora italiana Benatti[5], señala que a partir del caso Attorney General v Blake, de 1980, el debate de hacer extensivo los punitive damages al contrato tomo relevancia. El caso está referido a la venta por parte de Blake de un libro de memorias de su actividad como agente secreto en Rusia, en el cual se divulgaban informa-

Civil y Comercial de la Nación. Responsabiliad Civil y Seguros(IV), p.5.

[3] Picasso, S, ob. cit., p. 6.

[4] Respecto de esos precedentes, Picasso, recomienda la lectura de ELÍAS, Ana I., "Daño punitivo: derecho y economía en la defensa consumidor", en ARIZA, Ariel (coord.), La reforma del régimen de defensa del consumidor por ley 26.361, Abeledo—Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 142 y nota 5.

[5] Benatti, F. (2015). Incumplimiento del contrato y punitive damages. En C. E. Moreno More, Estudios de la responsabilidad Civil (págs. 283-301). Lima, Peru: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.

ciones secretas de Estado. La House of Lords, llamada a decidir sobre la violación del contrato de trabajo que imponía él debe de reserva, estableció una liquidación del daño ascendiente a los beneficios obtenidos por el libro, pero, reconoció que los compensatory damages podrían resultar insuficientes en diversas hipótesis, sin embargo la atención se centró principalmente sobre la materia bajo análisis, al haber obtenido Blake ganancias injustificadas por el breach (incumplimiento). La introducción del disgorgement en el ámbito contractual, marca un claro punto de ruptura con la teoría compensatoria del resarcimiento del daño. En efecto, la parte no es puesta, necesariamente, en la misma posición en la que se habrían encontrado de no haberse incumplido el contrato, sino en una mejor, concediéndosele adicionalmente una suma anexa igual al beneficio obtenido.

Concluye esta autora su análisis de la situación en este país, sosteniendo que la posible solución tendiente a evitar resarcimientos excesivos, cuestión que hasta el día de hoy, se considera como el principal en torno a la admisibilidad de los punitive damages, podría ser obtenida del modelo estadounidense, que introduce límites al quantum de modo tal que logra equilibrar las exigencias de disuasión y compensación, con la certeza y razonabilidad de los resarcimiento. No obstante, algunas hipótesis como la de aprovechamiento de la vulnerabilidad y debilidad de la parte que sufre el incumplimiento o de los costos sociales causados por el, merecen particular atención.

2.2.2. Francia[6]

En este país, encontramos el anteproyecto de reformas al derecho de las obligaciones llamado "Proyecto Catalá", elaborado por una comisión de expertos y sometido a la consideración del ministro de justicia galo el 22 de septiembre de 2005, propuso incluir en el Code Napoleón un artículo (el nº1371) facultando a los jueces a imponer tal sanción al autor de "una culpa manifiestamente deli-

[6] Seguimos la reseña efectuada por Picasso, S. (2015). Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. Responsabiliad Civil y Seguros(IV), 5.

berada, y particularmente de una culpa lucrativa". Se añadía que el juez puede decidir que parte de la suma resultante sea entregada al Tesoro Público, y que los daños punitivos no son asegurables. De todos modos, el mencionado proyecto ha sido descartado, y seguido de otros dos (llamados "proyecto Terré" y "de la Chancellerie") que tampoco han tenido mejor suerte.

Por el contrario, un informe producido posteriormente en el seno del Senado francés alertó sobre la necesidad de "rehusar una aplicación generalizada de los daños punitivos", pues ella "conduciría en efecto a hacer desaparecer totalmente la distinción entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil". El mismo informe señaló —a nuestro juicio con razón— que el desarrollo de la acción colectiva se revela como un instrumento mucho más adecuado para lograr las finalidades que teóricamente se asocian a los "daños punitivos": "Solo la puesta en práctica de una verdadera posibilidad de accionar colectivamente por reparación de los daños de poca cuantía sufridos individualmente por una pluralidad de víctimas sería hábil para asegurar la prevención de las culpas lucrativas no sancionadas penalmente, reparando eficazmente al mismo tiempo el perjuicio sufrido por la víctima".

Sin lugar a dudas, esta opinión fue determinante en la redacción del último proyecto francés de reforma del derecho de las obligaciones, que el gobierno galo intenta hacer aprobar por estos días. En efecto, en ese texto, Art. 56 del proyecto de reforma de la responsabilidad civil elaborado por el Ministerio de Justicia francés y presentado el día 26 de julio de 2012, se prevé la posibilidad de que el juez aplique una multa a quien daña intencionalmente —y en especial, con ánimo lucrativo—, cuyo importe no puede ser superior a dos millones de euros o al décuplo del monto del daño —o del beneficio obtenido por el responsable—, pero —a diferencia del "daño punitivo" anglosajón— se dispone que ella será afectada al financiamiento de un fondo de indemnización que tenga relación con el perjuicio sufrido por la víctima. De ese modo, el texto francés respeta, grosso modo, los requisitos propios a la imposición de una sanción de naturaleza penal (descripción de la conducta prohibida, naturaleza y monto de la sanción apli-

cable, y exigencia de un factor subjetivo de atribución), y evita el grosero enriquecimiento indebido que importa la atribución de esas sumas a un particular.

2.2.3. Italia

Existe en este país, señala Benatti[7], una reciente tendencia de evocar al daño moral como instrumento de ingreso de liquidaciones supracompensatorias, sobre todo para suplir las lagunas del sistema cuando el resarcimiento se muestra inadecuado. Su otorgamiento esta influencias por la precepción de las cortes de aspectos similares a los que caracterizan a los punitive damages originales, enfocándose en la gravedad de la conducta, en las posibles consecuencias del comportamiento sobre el individuo y la sociedad, en la necesidad de una disuasión, aunque no es evidenciada en las motivaciones, a menudo está implícita. Además, el daño moral al igual que el punitive damage, al prescindir de cálculos matemáticos y al no ser cuantificable, se ve afectado también de la visión emocional o ideológica del juez.

Continua diciendo esta autora, que sería necesario una regla expresa sobre esta figura para llevar un poco de claridad, y una mayor consciencia sobre la certeza y previsibilidad de los resarcimientos, además porque el daño moral no puede y no debería suplir todas las funciones de los punitive damages.

Esto sería de mucha utilidad, tomando como base la experiencia de otros países, en aquella hipótesis en las que:

a) El resarcimiento del daño, establecido de conformidad con las reglas tradicionales, no sea compensatorio, al no ser posible o suficiente poner a la parte en la misma posición en la que se habría encontrado si no se hubiese verificado el incumplimiento.

b) Sea necesaria la prevención de un comportamiento que presenta costos sociales relevantes, sobre todo, con referencia al fenómeno del underdeterence.

[7] Benatti, F. (2015). Incumplimiento del contrato y punitive damages. En C. E. Moreno More, Estudios de la responsabilidad Civil (págs. 299). Lima, Peru: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.

c) Se presente una intensidad del dolo capaz de justificar la persecución de la función disuasiva.

Concluye, que la cuantificación de los daños sigue siendo un tema pragmático y por lo tanto, no es deseable o practicable buscar formular un régimen exhaustivo de las circunstancias que en abstracto pueden justificar el otorgamiento de los punitives damages por incumplimiento contractual. Es cierto que en la actualidad ellos podrían cumplir una función fundamental, siempre que sean introducidos de manera coherente en el sistema.

2.3. Estados Unidos

No existen dudas, que con la denominación actualmente conocida y su mayor progreso u avance de la institución emana del derecho anglosajón, en donde los daños punitivos se los conoce como "exemplary damages", "non compensatory damages", "agravates damages", "penal damages" o "punitive damages".

En este punto, siguiendo el pensamiento de Francesca Benatti, cabe hacer la salvedad, que en el tort law se diferencian los conceptos de damage y damages. El damage es la injerencia de un interés reconocido legalmente, mientras que los damages representan la suma otorgada (resarcimiento) por la violación de dicho interés. Por lo tanto, el concepto original no refiere precisamente a un tipo de daño (damague), sino más precisamente a una suma otorgadas a título de resarcimiento (damages award), la cual presenta caracteres punitivos al no corresponder al daño efectivamente sufrido (compensatory damages).[8]

En ese país, no todos los estados miembros los aceptan, en algunos requieren para su imposición una expresa previsión legal, pero se admiten generalmente en los casos de daños lucrativos, o bien cuando el actor actúa con el propósito deliberado de dañar. Pero la aplicación de los "punitive damages" es excepcional en materia contractual.

[8] Benatti, F. (2015). Incumplimiento del contrato y punitive damages. En C. E. Moreno More, Estudios de la responsabilidad Civil (págs. 283-301). Lima, Peru: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L.

En este país, desde mediados del siglo XVIII, se registran importantes precedentes judiciales, relativos a casos de especial gravedad en los que los tribunales aplicaban penas donde además de reparar el daño causado, se buscaba reprobar especialmente la grave conducta del causante del daño.

Un caso por demás representativo de lo indicado en el párrafo anterior, es el "Grimshaw vs. Ford Motor Co."[9], tuvo tal importancia que fue llevado al cine, obteniendo numerosos premios, protagonizada por Gene Hackman, conocida en Latinoamérica con el título de "Acción Judicial"[10]. Se trata de un siniestro protagonizado por el automóvil modelo Ford Pinto, producido por la firma demandada que al incendiarse provocó la muerte de su comandante (Lilly Gray) y severas quemaduras en el menor Richard Grimshaw que viajaba en su interior. Durante el juicio se comprobó que dicho vehículo tenía una grave deficiencia constructiva en la ubicación del tanque de combustible, que lo hacía propenso a explotar e incendiarse en caso de ser chocado desde atrás a una cierta velocidad, y con mayor facilidad si se encontraba activada la luz de giro a la izquierda, puesta a escasos centímetros de la boca del tanque de combustible, y el arco voltaico que se producía en el encendido y apagado de la luz de giro, hacía que los gases habitualmente emanados por el combustible entraran en combustión (valga la redundancia) y estallara el vehículo.

Lo más grave de este precedente, radica en que la fábrica tomó conocimiento de este "defecto" después de haber lanzado el producto al mercado, sin embargo decidió no rescatar las miles de unidades vendidas por razones de economía, ya que su departamento contable había sacado las probabilidades cuantos eventos de este tipo podrían sucederse, y el costo que esto le implicaría a la empresa, le salía más económico pagar los supuestos reclamos

[9] Corte de Apelaciones de California, Cuarto Distrito de Apelación, Segunda División, "Grimshaw v. Ford Motor Co.", 119, Cal. App. 3d, 757, 174, 29 de mayo de 1981 (en línea: http: // online. ceb. com/ calcases/CA3/119CA3d757.htm [consulta: 2/7/2016])

[10] También se hizo una parodia del caso, en una escena de la película "Top Secret" escrita y dirigida por Mel Brooks, en donde un tanque de guerra apenas toca desde atrás a un modelo del auto, el mismo estalla.

que cambiar la línea de producción para salvar dicho defecto. Es decir, el análisis de expertos permitió concluir fácilmente que las probabilidades de siniestros y su reparación serían escasas en comparación con las ventas si el producto era puesto a la brevedad en el mercado.

En la sentencia se determinó que Grimshaw recibiera U$S 2.841.000 por daños compensatorios y U$S 3.500.000 en concepto de daños punitivos. Inicialmente le habían otorgado la suma de U$s 125.000.000 por daño punitivo, pero tras la apelación, fue reducida a U$S 3.500.000.

2.4. Canadá

El Código Civil de Quebec, en un intento por armonizar el instituto con la tradición continental europea, lo reguló en su art. 1621. Esa norma dispone que, en los casos en que la ley prevé la asignación de daños punitivos, éstos no pueden exceder el valor suficiente para garantizar su función preventiva. Añade que los daños punitivos se aprecian teniendo en cuenta todas las circunstancias apropiadas, y en particular, la gravedad de la culpa del deudor, su situación patrimonial y la extensión de la reparación a la que ya está obligado frente al acreedor, así como, en su caso, el hecho de que el pago de la indemnización haya sido asumida por un tercero, en todo o en parte. De ese modo, se requiere una expresa previsión legal para la procedencia de la sanción; la ley quebequense la habilita para proteger ciertas categorías de bienes (como los árboles), prevenir ciertos comportamientos dañosos (particularmente, en las relaciones de consumo), y para sancionar daños "lucrativos" en especial, en materia de derechos de la personalidad.

Sostiene Benatti, que el requisito es menos estricto, sin embargo el área de difusión de los punitives damages ha sido principalmente el del incumplimiento de los contratos de seguros, donde se verifica también una mayor aplicación de los daños por emotional distress. Para ellos, las cortes requieren una conducta grave, merecedora de sanción y se debe considerar que los compensatory damages no son suficientes. Quedando claro que el

otorgamiento de los punitives damages o supraconpensatorios en los contratos, es una cuestión de percepción por parte del juez del hecho concreto y su gravedad. De esa manera, lo que es determinante para su otorgamiento es, principalmente, el enriquecimiento injusto.

III. Reseña histórica en la argentina

Como bien lo señala el autodidacta tucumano Chamatropulos[11], quien puso doctrinariamente el tema de los daños punitivos en el tapete fue Alfredo Kraut, en una publicación del año 1989, en el mismo, resalto la conveniencia de fijar en ciertos casos un plus sancionatorio además de la reparación integral, siguiendo el modelo de los daños punitivos en los Estados Unidos[12], pero no se puede dejar de señalar que el primer trabajo doctrinario local que se ocupó in extenso de la temática fue el del representante de la escuela cordobesa, Ramón Daniel Pizarro, si bien se trató de unas pocas páginas dentro de una obra en homenaje a Félix Trigo Represas, tuvo la entidad necesaria como para provocar un gran revuelo en el mundo académico, generando distintas opiniones que incluso se plasmaron en varias publicaciones en diversos medios jurídicos.[13]

Las críticas que recibió la figura de los daños punitivos, a raíz de la publicación de Pizarro, se pueden resumir, señala Chamatropulos, en las siguientes:

1. La incompatibilidad de las multas civiles con nuestro sistema de responsabilidad civil.

---

[11] Chamatropulos, D. A. (2016). Estatuto del consumidor comentado. Ciudad Autonoma de Buenos Aires, Argentina: LA LEY, tºII, p.256 y ss.

[12] Kraut, A. J. (1989). Faceta preventiva y sancionatoria del derehco de daños. La culpa como agravacion de la responsabilidad ojetiva. Jurisprudencia Argentina, III(3), 909.

[13] Pizarro, R. D. (1997). Daños punitivos. En A. (. Kemelmajer de Carlucci, & C. A. Parellada, Derecho de daños, Segundda Parte (Homenaje a Felix Trigo Represas (págs. 287-337). Buenos Aires: La Rocca.

2. La no existencia de penas privadas dentro del ordenamiento civil.

3. La violación de garantías constitucionales que implica la admisión de la figura.

4. La grave afectación de la economía de una comunidad que la aplicación de estas pena puede producir.

5. La inutilidad de los daños punitivos para cumplir con la finalidad preventiva del actual derecho de daños.

6. Las grandes dificultades prácticas que conlleva la aplicación de estas multas en la realidad.

Parte de la doctrina, reconoce, aunque con una naturaleza distinta, los antecedentes de esta figura en el derecho nacional, las sanciones conminatorias del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 37[14] y muchos otros códigos procesales provinciales), y las astreintes prevista en el art. 666 del Código Civil de Vélez Sarsfield.[15]

En Latinoamérica, los daños punitivos como tales solo están regulados en el Argentina, no obstantes existir figuras que se encuentran emparentadas con ellos en la legislación de nuestro continente.

Un buen repaso de los antecedentes legislativos los realiza en unos de sus trabajos Tagliani[16], señalando que el primer intento

[14] ARTÍCULO 37 CPCyCN.- Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias compulsivas y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por el incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

[15] ARTICULO 666 BIS Código Civil (ley 340).- Los jueces podrán imponer en beneficio del titular del derecho, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieron deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

[16] Tagliani, M. S. (2016). Los daños punitivos en el derecho argentino. Responsabilidad Civi y Seguros, X, 32.

de incorporación de los daños punitivos tuvo sus antecedentes en el art. 1587 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 1998 que bajo el nombre de "multa civil" establecía: "El tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúe con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija prudencialmente tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada". Una versión aggiornada producto de modificaciones en la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación, agregando que "la multa se destinara al Fondo de garantía para víctimas con el objeto de cubrir las indemnizaciones fijadas por sentencias contra deudores insolventes que se creen en las respectivas jurisdicciones. El tribunal podrá destinar a la víctima del caso un porcentaje de la multa no mayor al treinta por ciento. La multa solo podrá imponerse una vez por los mismos hechos. A tal fin, el Ministerio de Justicia centralizara en un registro especial la información sobre las multas que se impongan por los distintos tribunales del país, informe que deberán pedir los tribunales antes de resolver sobre su imposición."

Sin perjuicio de las críticas que puedan formularse a la norma, tales como su amplitud, carencia de tope indemnizatorio y destino de la multa, en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1999, por unanimidad, se consideró "plausible la regulación específica de las multas civiles que efectúa el Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 1587".[17]

Más tarde, la Ley N° 26.361 incorporó el instituto a la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) a través del art. 52 bis, que reza "Daño punitivo: Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemniza-

[17] XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil: conclusiones, Santa Fe, 23 al 25 de septiembre de 1999, Comisión 10: Derecho privado comparado.

ciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

Esta norma, única actualmente vigente en esta materia, fue objeto de numerosas y fundadas críticas. Así, en las conclusiones de la Comisión interdisciplinaria de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se propuso "Una interpretación razonable de la norma exige su adecuación a los principios informadores del Derecho Privado y el resguardo de derechos constitucionales...".

De una rápida lectura, sostiene Tagliani, se advierte que la única condición para la aplicación del mentado instituto es el incumplimiento de las obligaciones contractuales o las que legalmente pesan sobre el proveedor. De este modo, y como agudamente observa Picasso, la "gravedad del hecho" es tenida en cuenta únicamente para graduar la cuantía de la sanción, mas no como condición de su procedencia[18]. En igual sentido, con cita de Stiglitz y Colombres, Trigo Represas afirma que resulta "poco serio —y atenta contra la esencia misma de la figura y contra la eficacia de su regulación—, abrirle las puertas frente a cualquier incumplimiento o ilícito paracontractual"[19].

En el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012, liminalmente, y a fin de culminar con los arduos debates generados en torno a las funciones de la responsabilidad civil —principalmente en orden a la función sancionatoria—, el Anteproyecto receptaba en el art. 1708 la función tripartita de ésta, es decir, "preventiva, resarcitoria y sancionatoria".

---

[18] Picasso, Sebastián, Nuevas categorías de daños en la ley de defensa del consumidor, publicado en Sup. Esp. Reforma de la Ley de defensa del consumidor 2008 (abril), 123.

[19] Colombres, Fernando Matías "Ley de defensa del consumidor", LA LEY, 2008-E, 1165 y ss., n° 6; Rua, María Isabel, "El daño punitivo en la reforma de la ley de defensa del consumidor", en diario La Ley del 31/07/2009.

Luego, proponía la reforma al art. 52 bis de la LDC y la expresa incorporación de las "sanciones pecuniarias disuasivas" al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en el art. 1714: "Sanción pecuniaria disuasiva. El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada".

De este modo se planteaba reemplazar el "mero incumplimiento" por un "grave menosprecio" hacia los derechos de los demás como requisito para la aplicación del daño punitivo; eliminar la solidaridad pasiva; enumerar otras pautas a tener en cuenta por el juez al liquidar la sanción; suprimir topes y facultar al juez a eliminar excesos punitivos; incorporar otros destinatarios de la multa además del consumidor, entre otros.

A su turno, el art. 1715 agregaba: "Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida".

En efecto, y a modo de síntesis, la situación proyectada era la siguiente[20]:

- Derechos individuales en las relaciones de consumo: es aplicable el régimen especial de la ley de defensa del consumidor que prevé el instituto.

[20] Fundamentos del CCyC, Título V, punto 4) Sanción pecuniaria disuasiva, apartado 4.2) Nombre y campo de aplicación; Kemelmajer De Carlucci, Aída, Breves reflexiones sobre los mal llamados "daños punitivos" en la jurisprudencia argentina y en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, Estudios de Derecho Empresario, ISSN 2346-9404.

- Derechos de incidencia colectiva: se aplica conforme a la norma proyectada.

- Derechos individuales que no están dentro de una relación de consumo: no se aplica.

- Derechos individuales afectados como consecuencia de la lesión a un bien colectivo: no se aplica.

Sin embargo, la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación suprimió la incorporación de la sanción pecuniaria disuasiva aunque mantuvo el art. 1715 sobre punición excesiva (desdoblado en los arts. 1714 y 1715). En este sentido, entendieron que su campo de aplicación se extendía más allá de la supresión mencionada

pues allí quedaban comprendidas otras sanciones civiles como las conminatorias reguladas en el art. 804 y la especial contemplada en el art. 52 bis de la ley 24.240.

En este contexto, entendemos que al haberse suprimido la sanción pecuniaria disuasiva del Código también debería haberse eliminado la norma sobre punición excesiva ya que sólo tenía sentido a fin de evitar que la acumulación de distintas sanciones punitivas derivaran en una suma excesiva e irrazonable. En la actualidad la norma carece de sentido ya que la facultad de morigeración de obligaciones excesivas que tienen los magistrados se encuentra contemplada en los arts. 771, 794, 1742 y concordantes del CCyC.[21]

[21] ARTÍCULO 771.- Facultades judiciales. Los jueces pueden reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. Los intereses pagados en exceso se imputan al capital y, una vez extinguido éste, pueden ser repetidos.
ARTÍCULO 794.- Ejecución. Para pedir la pena, el acreedor no está obligado a probar que ha sufrido perjuicios, ni el deudor puede eximirse de satisfacerla, acreditando que el acreedor no sufrió perjuicio alguno. Los jueces pueden reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor.
ARTÍCULO 1742.- Atenuación de la responsabilidad. El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimo-

IV. Definiciones

Podemos observar a través del tiempo se han elaborado distintas definiciones de daños punitivos.

Así, Dobbs los conceptualiza como "aquellas sumas otorgadas en adición a cualquier daño compensatorio o nominal, usualmente como castigo o disuasorio impuesto contra un demandado encontrado culpable de una particularmente agravada inconducta, unida a un malicioso, temerario o de cualquier manera equivocado estado mental. Algunas veces esos daños son llamados ejemplares en referencia a la idea de que son un ejemplo para el demandado"[22].

Pizarro establece que son "sumas de dinero, que los tribunales mandan pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro"[23].

En palabras de Reglero Campos se trata del "plus" de indemnización que se concede al perjudicado, que excede del que le corresponde según la naturaleza y el alcance de los daños.[24]

Por su parte, la jurista mendocina, Kemelmajer de Carlucci sostiene que "los punitive damages se conceden para sancionar al demandado (el sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable con el fin de disuadir o desanimar acciones del mismo tipo"[25].

---

nio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.

[22] Dobbs, Dan B., Law of remedies, 2ª edición, 1993, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, p. 312, citado en Lopez Herrera, Edgardo, Teoría General de la responsabilidad civil, LexisNexis, Buenos Aires, 2006, p. 67.

[23] Pizarro, R. D. (1997). Daños punitivos. En A. (. Kemelmajer de Carlucci, & C. A. Parellada, Derecho de daños, Segundda Parte (Homenaje a Felix Trigo Represas (págs. 287-337). Buenos Aires: La Rocca, p. 292.

[24] Reglero Campos, Luis F., Lecciones de responsabilidad civil, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 37, Nº 3.3., citado por Trigo Represas, Félix A. y López Mesa, Marcelo J., Tratado de la Responsabilidad Civil, La Ley, 2004, T. I, p. 557.

[25] Kemelmajer De Carlucci, Aída, ¿Conviene la introducción de los llamados "daños punitivos" en el derecho argentino?, en Separata de la Aca-

Por su parte, López Herrera afirma que "los daños punitivos son un plus a la indemnización por daños sufridos, algo que se concede a título distinto de la mera indemnización del daño causado, que puede tener una función preventiva y también sancionatoria"[26].

Resulta poco feliz la expresión "daños punitivos", toda vez que lo que se busca es castigar son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño en sí mismo, como lo señala Pizarro en su definición.

Si bien lo que se expresa es correcto, señala Chamatropulos, la verdadera causa de la aparente desinteligencia es haber usado la palabra daño como equivalente damages. La traducción hubiese sido correcta si es que este último término estaría planteado en singular. Sin embargo al expresarlo en plural, su sentido cambia, no haciendo ya referencia a la palabra "daño"[27].

Sobre este tema de la denominación señala Bustamante Alsina, siguiendo al Black´s Law Dicionari, que la palabra "damages·" hace referencia, en realidad a una "compensación pecuniaria o indemnización que le permita obtener en justicia una reparación a toda persona que hubiese sufrido lesión, detrimento o injuria sea en su persona, propiedad o derechos por un acto ilegal, omisión o negligencia de otro"[28].

Es decir, que "damage" en singular seria el daño que efectivamente sufre una persona como consecuencia de la acción de otra, mientras que "damages" en plural, haría referencia a lo que se le debe pagar al damnificado a causa del daño que se le produjo.

Esto los lleva a concluir que el término "punitive damages" no tiene un equivalente estricto en el idioma castellano, sin perjuicio de ello, una opción factible sería la expresión "condenaciones pu-

demia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de anales, año XXXVIII.

[26] Lopez Herrera, E. (2006). Teoría General de la responsabilidad civil. Buenos Aires: LexisNexis, p. 63.-

[27] Chamatropulos, D. A. (2016). Estatuto del consumidor comentado. Ciudad Autonoma de Buenos Aires, Argentina: LA LEY.

[28] Bustamante Alsina, J. (1994). Los llamados daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. La Ley, B, 860.

nitivas", o la denominación propuesta en el Proyecto de la Comisión de 2012, de "sanción pecuniaria disuasiva".

Más allá de toda esta discusión terminológica de índole académica, en la LDC, art. 52 se denomina "multa civil" a lo que comúnmente se usa como daño punitivo, que más allá de su incorrecta traducción, se encuentra fuertemente arraigado en el léxico jurídico en esta parte del continente americano.

Por nuestra parte nos inclinamos por el uso de la terminología "multa civil" empleada en LDC, por considerarla más cercana a la utilizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que habla de "private fines" (multas privadas).

V. La naturaleza del daño punitivo

La atribución de función punitiva a la multa civil prevista en el art. 52 bis, LDC, aunque presenta distintos vaivenes en punto a la adición de propósitos diversos que con frecuencia se ha hecho, es constante en los precedentes jurisprudenciales y está presente también, pero sujeta a una intrincada polémica en torno a su asimilación a la normativa penal cuyos principios se aplicarían en esta materia, en las elaboraciones doctrinales, que han destacado a la vez su excepcionalidad.[29]

Al respecto, el novel y a su vez experimentado en el tema de Derecho del Consumidor, Baroccelli[30], se refiere al tema de la naturaleza de este instituto diciendo, se ha sostenido que es una pena privada que consiste en una suma de dinero suplementaria o independiente de la indemnización que le pueda corresponder a la víctima para reparar los daños sufridos que tiene por finalidad castigar una grave inconducta del demandado, hacer desaparecer los beneficios obtenidos a través de ella y prevenir su reiteración

[29] Barreiro, R. F. (2016). La aplicación de la nueva ley a las relaciones jurídicas anteriores a su vigencia y las relaciones de consumo. El daño punitivo. Responsabilidad Civil y Seguros, XI, 199.

[30] Barocelli, S. S., & Faliero, J. C. (Diciembre de 2016). Aplicación de daños punitivos frente a la excesiva displicencia del proveedor. Revista del Codigo Civil y Comercial, 255.

en el futuro". Mientras que cierta parte de la doctrina local se inclina por la negativa a su admisibilidad, basándose en líneas generales en que "los "daños punitivos" tienen el carácter de una sanción materialmente penal (una multa), de lo que se deriva que son extraños al ámbito del derecho de daños; sosteniendo como Picasso, que el art. 52 bis de la LDC es inconstitucional, por cuanto desconoce los principios de legalidad, de culpabilidad y de igualdad ante la ley, así como las garantías mínimas que deben regir en un proceso tendiente a la imposición de una pena" .Pero, existe otro segmento no menos relevante que entiende su admisibilidad, al que se permite denominar como mayoritario, reconoce en los daños punitivos una figura no sólo valiosa por su funcionalidad, sino flexible y adaptable en su aplicabilidad a situaciones merecedoras de su admisibilidad, las que no se agotan simplemente en aquellas que surgen a causa de las relaciones de consumo. Esta aplicación arborescente permite divisar la riqueza judicial que permite este rubro en materia de daños, con una contribución claramente a favor de la equidad y justicia de los pronunciamientos. Incluso hay autores que sostienen que esta cualidad del daño punitivo receptado por la Ley de Defensa del Consumidor es la que permite afirmar que este instituto existe en nuestro derecho mucho antes de su incorporación por la Ley de Defensa del Consumidor. En efecto, podemos observar su aplicación en las astreintes que fijan los jueces, en los montos que se pagan por despido laboral, en la doble indemnización que se fija en momentos de crisis o ante situaciones particulares del trabajador (enfermedad, embarazo, estado de excedencia, etc.), como así también en los aranceles aduaneros que buscan establecer políticas de comercio exterior. En todos estos supuestos nos encontramos ante actos lícitos que como tales no pueden ser revocados contra la voluntad de su autor aunque está claro que la legislación busca disuadir su ocurrencia.

Por consiguiente, entiende este autor, que corresponde descartar la naturaleza penal de los mismos, ya que si bien los daños punitivos tienen carácter sancionatorio, no comparten la misma naturaleza que una sanción del Derecho Penal y se explica por la

función de tutela que el sistema de protección al consumidor atribuye al Estado.

Por otro parte, para Chamatropulos, resulta indudable asignar el carácter de sanción a los daños punitivos; ya que, todo conduce a ello, se trata de atacar conductas especialmente reprochables (intervención de culpa grave o dolo directamente); mediante su imposición se busca castigar y disuadir, tienen evidentemente un carácter extra a aquellos montos de dinero que tienden a compensar a la víctima.[31]

Además de la función punitiva, señala Barreiro, es corriente asignar a los daños punitivos otras dos finalidades: reparatoria y preventiva. Es claro que la reparación del daño ocasionado escapa al exclusivo ámbito de la regulación de las relaciones de consumo y se inserta también en aquél marco de características más generales, que no debe ser desechado absolutamente en tanto constituye el núcleo del derecho obligacional. Pero, como se decidió, es ostensible es que la reforma legislativa introducida por la ley 26.361 conllevó una modificación en la concepción de la responsabilidad civil de nuestro sistema codificado, que posee como presupuesto la idea de la reparación integral y plena del perjuicio causado (arg. art. 1083 CCiv).

Continua diciendo este autor, que debe tenerse en cuenta que el llamado microsistema de defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, influyó en el macrosistema constituido por el derecho civil patrimonial, específicamente en materia de responsabilidad cuando se trate de los vínculos descriptos por el art. 3 de la Ley N° 24.240; que esta incidencia es recíproca.

Además, a función preventiva de los daños punitivos no es desconocida en general por la doctrina autoral o jurisprudencial, sea alcanzada por el medio que pudiere utilizarse. Si se asigna a los daños punitivos una función preventiva, que comparte con la responsabilidad civil como categoría más amplia y continente de aquellos, aguardar a que se provoque un daño resarcible podría frustrar esa finalidad. En primer lugar, la frustración del propósito

[31] Chamatropulos, D. A. (2016). Estatuto del consumidor comentado. Ciudad Autonoma de Buenos Aires, Argentina: LA LEY, p. 264.

disuasorio inmediato, relacionado con el hecho que originó el litigio, no impide que la aplicación de la multa civil tenga incidencia para casos futuros y respecto de todos los proveedores por su ejemplaridad. De otro lado, aunque el incumplimiento de obligaciones legales y contractuales como requisito que habilita la imposición de la multa civil es de muy amplio contenido, incluye ciertamente al daño causado.

De este modo parece que puede admitirse que además de una especie particular de compensación del perjuicio concretamente sufrido, los daños punitivos pueden ser apreciados en una faz sancionatoria y otra preventiva o disuasoria. Este instituto tiene un propósito netamente sancionatorio de un daño que resulta intolerable, siendo su finalidad punir graves inconductas, y prevenir el acaecimiento de hechos similares. La primera, consiste en castigar civilmente una infracción que se considera particularmente grave con sujeción a las conductas desplegadas por quien ocasionó un daño o colocó a otro en posición de sufrirlo. Este objetivo sancionatorio cuenta con apoyo en la opinión de los juristas y es fácilmente diferenciable de la función reparatoria integral que está ínsita en la naturaleza de la responsabilidad civil.

Pero la interpretación se torna más dificultosa cuando se trata de describir los perfiles de la disuasión en relación a la facultad punitiva que se suelen presentar indisolublemente unidos. Es que la amenaza de la aplicación de una sanción puede tener el efecto de precaver la reiteración de conductas consideradas disvaliosas. Sin embargo, parece que es posible sostener que la punición opera en referencia a una conducta ya realizada mientras que la prevención alude a un obrar futuro.

De todas las opiniones y fundamentos precedentemente expuestos, nos permite concluir, es lo que sostenemos de nuestra parte al respecto, que los daños punitivos tienen una función sancionatoria, reparatoria, y preventiva a través del efecto disuasorio que se le atribuye a una sanción ejemplar. Entendemos que tiene prevalencia el aspecto preventivo, acorde con la novedosa regulación de la tutela preventiva en la responsabilidad civil, en relación a la punición, que no tendría un propósito exclusivo y único en sí

misma sino que sólo sería el vehículo para arribar a una finalidad que se estima socialmente valiosa.

VI. Finalidad

Es menester señalar, que según el Análisis Económico del Derecho, la responsabilidad civil cumple una doble función, por un lado disuasoria de conductas dañosas, y por el otro, compensadora de los perjuicios que padecen las víctimas, pudiendo incluso en casos especiales, recurrir a la función sancionatoria para corregir ciertas conductas no deseables. En palabras de Irigoyen Testa: "Desde el AED el sistema de responsabilidad cumple dos funciones principales. La primera es de disuasión o prevención; controla el nivel óptimo de daños tolerables en una sociedad, a partir del nivel de actividad y prevención adoptada por parte de los individuos. La segunda es la compensación de los perjuicios sufridos por las víctimas. Se puede afirmar que la primera función se logra mediante la segunda, y cuando ésta es insuficiente o inadecuada para crear los incentivos óptimos, se complementa con la función sancionatoria"[32].

En este sentido, es ineludible resaltar su carácter ejemplificador y moralizador, a los efectos de prevenir futuras conductas similares, preventivo respecto del acaecimiento de hechos similares, favoreciendo la prevención de futuras lesiones, sancionatorio, a efectos de punir graves inconductas y castigar a un infractor de una norma civil, disuasivo de comportamientos similares, tanto para el condenado como para la colectividad de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por el sistema de protección al consumidor y desalentadora del lucro ilícito, es decir, de hacer desaparecer los beneficios injustamente obtenidos provenientes de la actividad dañosa.[33]

[32] Irigoyen Testa, M. (2006). Daños Punitivos: Análisis Económico del Derecho y Teoría de Juegos. Jurisprudencia Argentina-Número Especial sobre Derecho y Economía, II(7), 36-52.

[33] Véase Barocelli, S. S., & Faliero, J. C. (Diciembre de 2016). Aplicación de daños punitivos frente a la excesiva displicencia del proveedor. Revista

Para Nallar, los daños punitivos resultan un instrumento útil para disuadir a las empresas de desplegar este tipo de conducta tendiente únicamente a la obtención de ganancias, abusando de su posición dominante en el mercado y —consecuente e inexorablemente— menoscabando los derechos de los consumidores y usuarios y burlando su confianza. Y también deben servir como instrumento de castigo y de desmantelamiento de las ganancias ilícitas respecto de quienes han observado ese tipo de conducta abusiva. De lo que se trata —en definitiva— es de poner en funcionamiento la función punitiva de la responsabilidad civil, la cual, lamentablemente, ha sido dejada de lado por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. De manera tal que con la supresión de los arts. 1714 y 1715 propuestos originariamente en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación y receptados sin modificaciones por el Proyecto del Poder Ejecutivo de 2012, esa concepción tripartita de las funciones del instituto de la responsabilidad civil, esto es, prevención, indemnización y sanción, queda limitada sólo a las dos primeras.[34]

Siguiendo el pensamiento de Selvarolo, es posible diferenciar entre dos formas de prevención, a saber:

a) Prevención especial (Specific deterrence): destinada a que el sujeto dañador condenado al pago de daños punitivos tenga incentivos suficientes para desalentar la reiteración de la conducta recriminada.

b) Prevención general (General deterrence): entendida como una suerte de "efecto dominó" en el que la condena al pago de daños punitivos en el caso particular, funciona como un ejemplo/incentivo para que el resto de la sociedad adecue su comportamiento de manera tal de evitar la producción de daños y/o conductas similares a la reprochada en el caso particular.

Asimismo, la función preventiva sobre la cual se funda la aplicación de indemnizaciones en concepto de daños punitivos, solo es alcanzada mediante una interrelación con el resto de las funciones del derecho de daños, de manera tal que para lograr en la

del Codigo Civil y Comercial, 255.

[34] Nallar, F. (2015). Daños punitivos frente al abuso de posición de mercado. LA LEY(4), 83.

práctica una prevención eficiente, resulta necesario que su utilización tenga especialmente en cuenta los siguientes parámetros: a) Sancionar al causante del daño: el objetivo de la punición se basa en la lesión al interés comunitario por la conducta intolerablemente nociva ante la cual el Derecho debe expresar una desaprobación contundente. En este sentido, los daños punitivos estarán justificados cuando la conducta del dañador fuese particularmente intolerable, ya sea por la existencia de dolo en su accionar, culpa grave o una negligencia o desinterés manifiesto frente al acaecimiento del hecho dañoso. b) Suprimir los beneficios injustamente obtenidos a través de la conducta dañosa: si bien todas las sanciones están destinadas a punir la conducta del dañador, la particularidad que nos presentan los daños punitivos, a diferencia de otro tipo de penas, habita en que la condena a su pago debe guardar sí o sí una equivalencia o cercanía con el beneficio injustamente obtenido por éste en la ejecución del hecho antijurídico, caso contrario, si al dañador le quedaran beneficios del ilícito cometido, se correría el riesgo de que el dañador se vea tentado a reiterar la actividad dañosa en futuras oportunidades. c) Incentivar el reclamo por parte de las víctimas: aun cuando parte de la doctrina nacional sostiene que la concesión de los daños punitivos en favor de la víctima configuraría un enriquecimiento indebido de su parte a expensas del responsable del acto ilícito, o bien que dicho destino sería contrario al principio de que el resarcimiento debe guardar una justa medida con el daño sufrido, a nuestro entender, resulta indispensable que al menos parte de la condena en concepto de daños punitivos sea destinado a los perjudicados por el hecho dañoso. La mentada opinión, se encuentra fundada en la idea de que resulta necesario que el Derecho de Daños genere incentivos suficientes para que el perjudicado reclame el resarcimiento por el ilícito padecido, de lo contrario, y más aún en casos de microdaños —en los que el costo que demanda el inicio de la acción judicial supera ampliamente el beneficio esperado—, quedan abiertas las puertas para que el dañador ya no solo especule con la posibilidad de ser condenado, sino además con la chance de que la reparación del daño provocado directamente no le sea requerida.

En el III Congreso Euroamericano de Protección Jurídica a los Consumidores en homenaje al Prof. Roberto López Cabana, realizado en setiembre de 2010, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de lege data se resolvió los siguiente: "se interpreta que la multa civil no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir su función de disuasión."

Por nuestra parte, en consonancia con lo sostenido respecto a su naturaleza, entendemos que tiene tres finalidades, sancionatoria, reparatoria, y preventiva a través del efecto disuasorio que se le atribuye a una sanción ejemplar.

Por su parte Chamatropulos, sostiene que todas las finalidades indicadas por la doctrina pueden ser reducidas a dos finalidades: disuasión y castigo.

VII. Admisibilidad

Teniendo en cuenta lo dispuesto por art. 52 bis de la LDC, la concesión de daños punitivos presupone:

1) el incumplimiento por parte del proveedor de sus obligaciones legales o contractuales;

Simplemente, se solicita un incumplimiento legal o contractual por parte del proveedor de bienes o servicios sin necesidad de indagar si ha actuado con un determinado ánimo subjetivo, como por ejemplo dolo o culpa grave.

La normativa no se limita a las obligaciones que surgen del contrato, sino también a aquellas que, aunque no incluidas expresamente al instrumentarse el mismo, o estando pero de modo parcial o defectuoso, se hallan presentes por el carácter de orden público de la LDC, como por ejemplo, la obligación legal del deber de informar regulado por el art. 4 de la LDC.[35]

2) la petición del damnificado;

La aplicabilidad es a pedido de parte no vinculantes para el juez; sostiene Tambussi, que la norma refiere a que el juez "podrá"

[35] Véase Chamatropulos, D. A. (2016). Estatuto del consumidor comentado. Ciudad Autonoma de Buenos Aires, Argentina: LA LEY, p. 271.

aplicarlos (no a que deberá) y a "pedido del damnificado", con lo que se excluyó la posibilidad de permitir solicitarlos cuando todavía no se ha producido el daño como función preventiva del derecho.[36]

Surge claramente del art. 52 bis LDC que los daños punitivos solo funcionan previo pedido o instancia de parte, por lo tanto, no procede su aplicación de oficio. La instancia de parte no requiere la cuantificación del daño punitivo, al consumidor le basta con pedir la aplicación de la multa sin estimar su monto.

Esta multa civil debe ser solicitada en el escrito de demanda, pero como bien lo señala Colombres[37], esto debería ceder en casos excepcionales, en razón de que en muchas oportunidades recién se tiene conocimiento del accionar malicioso del demandado cuando promedie la etapa probatoria. Así por ejemplo supongamos un caso donde se inicia la demanda por lesiones producto de la ingesta de alimentos, y de las resultas de la pericia practicada durante el proceso, se descubre que la empresa demandada utilizaba un componente cancerígeno prohibido, mucho más económico que los insumos legales. Esta situación no podría quedar exceptuada de la aplicación de esta sanción punitiva por el solo hecho de no haber sido reclamada el daño en la instancia originaria.[38]

En este caso, coincidimos con Chamatropulos, que en el supuesto de anexarse el reclamo de daños punitivos una vez comenzado el juicio, el magistrado interviniente deberá dejar debidamente cubierto el derecho de defensa del demandado, siendo este supuesto otro de los tantos que merecen una regulación más explícita y detalla en el futuro, que esperemos no sea muy lejano.[39]

[36] Tambussi, C. E. (2016). Regimen de Defensa del Consumidor (II): Instituciones del derecho de consumidores y usuarios- Daño punitivo. En A. Sanchez Herrero, Tratado de Derecho Civil y Comercial (Primera ed., Vol. II, pág. 1088). Ciudad Autonoma de Buenos Aires: La Ley.

[37] Colombres, F. M. (2008). Los daños punitivos en la nueva ley de Defensa del Consumidor. LA LEY, E, 1159.

[38] Véase Chamatropulos, D. A. (2016). Estatuto del consumidor comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: LA LEY, nota al pie en p. 301.

[39] Véase CHAMATROPULOS, D. A. (2016). Estatuto del consumidor comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: LA LEY, p. 302.

3) la atribución del magistrado para decidir su otorgamiento;

La función del magistrado es examinar los requisitos de su procedencia, no puede hacer caso omiso del pedido concreto, por lo que de ninguna manera esta dejada a su arbitrio la aplicación de la medida. Pero se debe dejar aclarado, que ante una petición de daño punitivo el magistrado si o si debe aplicarlo, debe analizar si se dan los requisitos para su procedencia y si están debidamente probados los hechos invocados, si estos guardan una relación causal con la conducta que se le achaca el demandado.

4) la concesión en beneficio del consumidor;

Si bien los daños punitivos se establecen en favor de la víctima, tienen también por objetivo básico la protección de la sociedad en general para tatar de evitar la producción de nuevos daños.

Siguiendo el pensamiento de Barocelli, creemos que el camino de la eficacia de este instituto está en modificar el articulado y fomentar alternativas mixtas, donde parte de los daños punitivos los obtenga el consumidor y otra parte se destinen a solventar acciones de asociaciones de consumidores, a financiar programas de educación al consumidor o a fondos de garantía. No compartimos que el esto quede a mero arbitrio judicial; resulta por demás injusto o irrazonable que el afectado, quien excita el aparato jurisdiccional vea al final del camino la historia termina con una sentencia elogiosa pero con las manos vacías.[40]

5) el límite cuantitativo determinado por la Ley N° 24.240.

Conforme el máximo del monto de multa a imponer por la autoridad de aplicación en los términos del art. 47 LDC, es de $5.000.000 (Pesos cinco millones).

Esta limitación ha merecido un gran número de críticas, toda vez que conspira con la naturaleza y finalidad del instituto, dado que el monto, según el daño o la conducta reprochable en algunas ocasiones puede resultar ínfimo, principalmente en los supuestos de daños colectivos o masivos.

Parte de la doctrina, rechaza dicho tope y propugnan su eliminación, primeramente por el contexto inflacionario en el que

[40] Véase BAROCELLI, S. S., & FALIERO, J. C. (Diciembre de 2016). Aplicación de daños punitivos frente a la excesiva displicencia del proveedor. Revista del Código Civil y Comercial, 255.

generalmente vivimos en la Argentina y principalmente porque si sostenemos que la multa civil o daños punitivos deben tener una finalidad preventiva, disuasiva, ejemplificadora, desmanteladora y sancionatoria dicha suma máxima no cumplirá dicha función en caso de daños colectivos de gran impacto, empresas monopólicos, oligopólicas o presencia destacada en un mercado determinado u otros supuestos de especial trascendencia social.[41]

VIII. Recepción Jurisprudencial- Jornadas nacionales[42]

Consideramos que los tribunales nacionales y provinciales, fueron sumamente sensatos en la aplicación del daño punitivo, considerando como presupuesto de su aplicación la conducta reprochable, antisocial y vejatoria del demandado.

La mayoría de los casos en los que se impusieron condenas por daños punitivos, señala Otaola, se trató de una sanción pecuniaria más bien modesta con respecto a su cuantía. Citaremos algunos de ellos, en los que consideramos tienen una cierta relevancia.[43]

Varios autores señalan como el caso emblemático en esta materia, el de "Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina"[44], por el cual condeno a la empresa de telefonía celular a pagar una suma de treinta mil pesos ($30.000) en concepto de daños punitivos, debido a la falta de rampas para discapacitados en uno de sus locales, donde el actor había concurrido a realizar

[41] Véase BAROCELLI, S. S., & FALIERO, J. C. (Diciembre de 2016). Aplicación de daños punitivos frente a la excesiva displicencia del proveedor. Revista del Código Civil y Comercial, p. 256 y ss.

[42] Recomendamos ver el exhaustivo y detallado análisis que realiza Chamatropulos, en la obra citada desde la página 312 a la 338. Y a Otaola, M. A. (2015). El régimen de Responsabilidad Civil antes y después del nuevo Código Civil y Comercial. El caso de la "sanción pecuniaria disuasiva". Responsabilidad Civil y Seguros, I, 19.

[43] Otaola, M. A. (2015). El régimen de Responsabilidad Civil antes y después del nuevo Código Civil y Comercial. El casode la "sanción pecuniaria disuasiva". Responsabilidad Civil y Seguros, I, 19.

[44] C1."CCMardelPlata, Sala II, Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina, 27/05/2009.

un reclamo, los que se consideró un grave incumplimiento de la demandada.

El Tribunal considero que la normativa del art. 52 bis de la ley 24240, solo exigía el incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales del proveedor con el consumidor y que, en consecuencia, del daño punitivo era aplicable a todos los casos en los que se de cualquiera de los extremos citados, es decir, a todo vínculo jurídico dentro de la relación de consumo.[45]

Un caso que trascendió por el monto en que se estimó la sanción y por ciertas aristas que se detallarán, fue el paradigmático fallo "Teijeiro c/ Cervecería y Maltería Quilmes"[46]. En este caso en primera instancia, en concepto de daños punitivos se concedió la suma de dos millones de pesos ($ 2.000.000,00). Recurrida la sentencia, en segunda instancia, los miembros de la Cámara dejaron sin efecto la condena por daños punitivos, resolución ésta que fue confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.

El hecho que motivó la demanda fue, conforme los dichos de la parte actora, es que el 24 de octubre de 2008, al comprar una botella de vidrio de 1,25 litros, retornable de la marca "Pepsi" en un kiosco de la ciudad de Córdoba, advierte que en su interior flotaba un cuerpo extraño. Al dejar la botella en reposo, el cuerpo comenzó a subir, haciéndose plenamente visible al llegar a la superficie, observando que se trataba de un sobre color plateado de la marca de preservativos Prime, que en su anverso reza "Prime" y luego tiene un logo que expresa "aloe vera", "gel íntimo", con sus bordes oxidados, probablemente por la acción corrosiva de los componentes de la gaseosa.

La parte actora reclamó la reparación en especie, la entrega de un producto equivalente o la suma necesaria para adquirirlo en el

[45] Tambussi, C. E. (2016). Regimen de Defensa del Consumidor (II): Instituciones del derecho de consumidores y usuarios- Daño punitivo. En A. Sanchez Herrero, Tratado de Derecho Civil y Comercial (Primera ed., Vol. II, pág. 1094). Ciudad Autonoma de Buenos Aires: La Ley.

[46] Juzgado de Primera Instancia y 5ª Nominación de la ciudad de Córdoba, "Teijeiro (o) Teigeiro, Luis Mariano c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. y G.", 23 de marzo de 2011.

mercado, la reparación del daño moral sufrido ante la repulsión que le provocó ver un objeto de tales características, y la imposición de daños punitivos fue por la suma de dos millones de pesos ($2.000.000), teniendo en cuenta la gravedad del incumplimiento.

El juez de primera instancia concedió la suma de dos millones de pesos en concepto de daños punitivos; pronunciamiento que fue apelado por la parte demandada, a la cual se concedió la razón en la alzada. Los miembros del tribunal de segunda instancia entendieron que para justificar la imposición de esa multa civil, conforme se desprende de la literalidad del art. 52 bis de la LDC, no son suficientes las circunstancias que facultan a atribuir, con criterio objetivo, responsabilidad al proveedor en su calidad de tal; sino que resultaba necesaria la adicional existencia de un grave reproche subjetivo para justificar la adopción de esa medida excepcional destinada a disuadir al que provocó el daño de las consecuencias que generó el ilícito e intentar de ese modo, evitar su futura repetición. La causa llegó al Tribunal Superior de la Provincia de Córdoba, que estimó correcto el pronunciamiento de la Cámara respecto de la no procedencia de los daños punitivos.

Otro caso similar en la Provincia de Neuquén, en autos Martínez, María Esther c. Coca Cola Polar Argentina S.A. s/ D.y P. por responsabilidad extracontractual de particulares"[47]. El juez hizo lugar al reclamo por la adquisición de un producto defectuoso, habría encontrado un cuerpo extraño en el interior de una botella y condenó a un fabricante de bebidas gaseosas a abonarle a la actora una suma determinada de dinero en concepto de daño punitivo. Disconforme con ello, la demandada interpuso recurso de apelación. La Cámara hizo lugar al remedio intentado, revocó la sentencia y rechazó la demanda en todas sus partes.

Entre los fundamentos se dijo: Los requisitos de procedencia del daño punitivo se encuentran ausentes, dado que la empresa demandada acreditó las medidas de seguridad que posee la planta de producción, alegando que no actuó con culpa grave, ni dolo, ni malicia, ni con desaprensión de los derechos de terceros, ni se

[47] Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería de Neuquén Sala I(CCivCom Lab y Minería Neuquén Sala I)

enriqueció en forma indebida, ni obró con consciente y flagrante indiferencia; a lo que se suma que tampoco se pudo determinar qué medida de precaución o de control adicional habría faltado observar o eventualmente podido añadirse para mejorar la calidad del proceso u optimizar la custodia de las botellas.

El voto en disidencia de la Dra. Pamphile, expreso "La empresa fabricante de bebidas gaseosas debe ser sancionada como consecuencia de la presencia de un cuerpo extraño dentro de una de sus botellas, pues el dispositivo de seguridad utilizado para asegurar la no violación o adulteración del contenido es inseguro y tal inseguridad era conocida por la demandada, implicando una conducta absolutamente negligente por su parte, que potencia la posibilidad de producir un daño al no existir un control estricto de lo que lleva dentro el producto que se introduce en el mercado de consumo; más aún cuando al tratarse de botellas contenedoras de un líquido destinado a ser ingerido, debían extremarse los recaudos destinados a evitar defectos potencialmente nocivos para la salud de los consumidores"

Entre los casos de servicios financieros, citamos el de "R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A."[48], conforme el relato de la parte actora, ésta había celebrado en el mes de agosto de 2007 el contrato de tarjeta de crédito con la tarjeta VISA, que contaba, entre otros servicios, con el de "seguro de desempleo". Al momento de celebrar dicho contrato, el actor trabajaba en la firma Tarshop S.A., entidad financiera que ofrece la Tarjeta Shopping, en el área de gestión de cobranza. Detalló que se ocupaba de instar telefónicamente a los clientes al pago de sus deudas, bajo apercibimiento de acciones judiciales e inclusión en las centrales de información crediticia. Indicó que en muchas oportunidades los reclamos efectuados a los clientes eran infundados y, consecuentemente, motivo de discusiones con aquellos, lo cual le generaba situaciones altamente estresantes. De allí que le fue concedida una licencia médica psiquiátrica en el mes de noviembre de 2007 que se prolongó hasta marzo del 2008, y al momento de reincorporarse a sus tareas, se

[48] Cámara Nacional Civil y Comercial, sala F de la Ciudad de Buenos Aires, "R., S. A. c. Compañía Financiera Argentina S.A.", 10 de mayo de 2012.

le notificó su despido. Por tal motivo, comunicó dicha circunstancia telefónicamente a la demandada. Al consultar por el seguro de desempleo, ante las respuestas evasivas que recibió de su adversaria, le remitió una carta documento intimándola a hacer efectivo el seguro contratado; sin embargo, no obtuvo ningún resultado. Luego, recibió incesantes llamados de Compañía Financiera reclamando el pago del saldo del resumen de la tarjeta de crédito, como así también diferentes misivas en las que aquélla la amenazaba con el "embargo de sueldo, secuestro y remate de bienes, inhibición general de bienes e inclusión en la central de deudores del Banco Central de la República Argentina"; y posteriormente, comprobó que figuraba en tal base de datos de desde el mes de mayo de 2008 por una deuda con la accionada en situación.

El juez de primera instancia rechazó el rubro daño punitivo e invocó para ello, su carácter excepcional así como la inexistencia de elementos probatorios de mala fe o intención de dañar por parte de la demandada. Sin embargo, la Cámara que intervino en alzada concedió la suma de quince mil pesos ($ 15.000), en concepto de daños punitivos y fundamentó esa decisión en la corroboración de que efectivamente existían datos inequívocos, extraídos de la causa, que acreditaban un proceder abusivo de la demandada y una notoria falta de atención a numerosas gestiones realizadas por el consumidor. Asimismo, por tener en cuenta la manifiesta negligencia e inoperatividad de la reprochada para aplicar esa multa civil, se juzgó cumplido el elemento subjetivo que también requiere la norma del 52 bis de la LDC y la doctrina establecida a su respecto.

En esta línea de desencuentros, en un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, se dejó sin efecto la condena por daños punitivos dispuesta en primera instancia, brindándose como fundamento, que en la causa no se advertía que la suspensión de un recital obedeciera a un accionar doloso, tendiente a obtener un mayor rédito económico por parte de la demandada.[49]

[49] Cámara 6ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, "Bastianelli, María Constanza c. Ticketek Argentina S.A. y otro s/ Ordinarios - Otros - Recurso de Apelación", 21 de febrero de 2013.

Otro caso vinculado al sistema financiero de nuestro país, es en el fallo "Cañadas Pérez, María Dolores c/ Bank Boston Na s/daños y perjuicios"[50] de fecha 28 de octubre de 2008, la actora manifestó que a mediados de enero de 2006 concurrió a la sucursal de la empresa de telefonía celular "Movistar" a los fines de comprar un celular y, para su sorpresa, el vendedor del local le informó de la imposibilidad de realizar dicha operación, en razón de figurar como deudora por cheques rechazados por falta de fondos librados contra el Bank Boston NA, según la consulta que se efectuara en el registro de la Organización Veraz SA. La demandante afirmó que nunca fue titular de ninguna chequera y no libró cheque a persona alguna, por lo tanto demandó daños y perjuicios derivados de dicha información falsa y solicitó al Bank Boston NA la rectificación de la información falsa y errónea que dicha entidad emitiera respecto a su persona, tanto al Banco Central de la República Argentina como así también a la Organización Veraz SA. El magistrado de primera instancia admitió la demanda entablada, condenando a la parte demandada a pagar en el término de diez días, la suma de $6000 en concepto de daño moral por la errónea información que la entidad demandada difundiera. Además, a modo de sanción ejemplificadora, aplicó la multa civil del artículo 52 bis, equivalente al importe por el que prosperó la demanda, con fundamento en la orfandad probatoria en que incurrió el Banco demandado, quien negando las circunstancias de la operatoria de la actora en cuenta corriente y negando la documental acompañada, no aportó prueba alguna que acreditara una versión diferente a la narrada por la parte actora, encontrándose la entidad financiera demandada en mejores condiciones de probar que no hubo error administrativo de su parte, que su actuar fue diligente. Lo llamativo del caso, es que en la demanda, los rubros reclamados fueron los siguientes: daño moral, daño emergente y gastos varios. El rubro daños punitivos no fue reclamado en este escrito inicial, ya que no existía dicho instituto en el derecho positivo argentino al momento de iniciar la demanda. Recuérdese que uno de los

[50] Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 39 de Buenos Aires, "Cañadas Pérez, María Dolores c. Bank Boston Na s/daños y perjuicios", 28 de octubre de 2008.

pocos recaudos que adoptó el legislador al receptar dicho instituto, fue la necesidad de instancia del damnificado como puerta de entrada a la discreción del juez para aplicar la figura. Por otro lado, el magistrado fundamentó la procedencia de esta sanción de la siguiente manera: Como vemos la norma solo exige el incumplimiento por parte de este de sus obligaciones legales o contractuales para con el consumidor. En consecuencia el daño punitivo resulta aplicable en todos los casos en los que se de cualquiera de los extremos, es decir, a todo vínculo jurídico. De este modo, se apartó de lo que sostiene la doctrina mayoritaria al respecto, que entiende que la aplicación de los daños punitivos se encuentra condicionada a la existencia de una conducta especialmente reprochable, no obstante la falta de previsión de tal conducta en la norma que acoge el instituto en cuestión.

La entidad bancaria demandada apeló el pronunciamiento de grado cuestionando puntualmente la procedencia de la multa civil aplicada, pues el juzgador castigó con una sanción prevista en una ley del año 2008, un obrar acaecido en el año 2006. Los miembros de la Cámara estimaron procedente el agravio de la entidad demandada en lo atinente al reclamo del rubro daños punitivos. En tal sentido, afirmaron que la aplicación del mismo al proveedor demandado, se impuso como consecuencia de una conducta llevada a cabo con anterioridad a la referida ley (26.361), y afirmaron que:

> La figura del daño punitivo es de carácter excepcional y no rutinario, y debe ser empleada con sumo cuidado, pues se trata de un instituto importado del derecho anglosajón, extraño a nuestro sistema jurídico que prácticamente no concibe la existencia de las llamadas penas privadas. Por ello, su aplicación 'ejemplar' a conductas disvaliosas no puede ser efectuada en forma retroactiva.[51]

[51] Cámara Nacional en lo Civil, sala F de Buenos Aires, "Cañadas Pérez María c. Bank Boston NA s/ daños y perjuicios", 18 de noviembre de 2009.

En el área de la medicina, podemos citar al importante caso de "R., F. E. c/ Bayer S. A. y Otros s/ Daños y Perjuicios", en primera instancia se negó la procedencia del rubro daños punitivos por las causas que se mencionarán a continuación.[52]

Los hechos que motivaron la demanda fueron los siguientes: en septiembre del año 1998 el Sr. R. efectuó un chequeo médico con el Dr. De M. quien le prescribió: "una dieta hipograsa e hipocolesterolemia durante cuatro semanas, control de laboratorio e interconsulta cardiológica" porque había detectado "dislipidemia importante". La interconsulta se concretó con el Dr. Z., quien le ordenó la realización de estudios y, a raíz de los resultados que estos arrojaron, prescribió al Sr. R. el medicamento Lipobay. Como seguía con síntomas, el demandante se comunicó telefónicamente con la Dra. L., quien trabajaba en Bayer S. A. Esta médica asentó en su informe, bajo el acápite "Descripción del evento adverso", los siguientes síntomas del actor: mialgias, debilidad muscular y visión borrosa en el ojo izquierdo y le recomendó que suspendiera la toma del Lipobay.

El día 3 de marzo de 1999, se constató que el actor presentaba "tiroiditis de Hashimoto hipotiroidismo". Con fecha 8 de agosto de 2001, Bayer S.A. dispuso voluntariamente el retiro del mercado del producto Lipobay "en todas sus concentraciones", justificándose tal decisión de la siguiente manera: Esto obedece a la evaluación de recientes datos de fármaco vigilancia que indican un creciente riesgo de rabdomiólisis, derivado del uso concomitante de cerivastatina y gemfibrozil. A pesar de que consta en el prospecto dicha asociación como una contraindicación, se siguen recibiendo reportes espontáneos de miopatía y rabdomiólisis asociados al uso concomitante de estos compuestos. La suspensión del medicamento fue ordenada para todos los países del mundo en donde estuviese disponible el gemfibrozil. El pronunciamiento de primera instancia fue apelado por ambas partes. El actor pidió daños punitivos porque, según sostuvo, Bayer S. A. conocía los riesgos del medicamento Lipobay y guardó silencio.

[52] Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, "R., F. E. c. Bayer S. A. y Otros s/ Daños y Perjuicios",22 de agosto de 2012.

El Señor juez de Cámara Dr. Sebastián Picasso que emitió su voto en primer lugar consideró que debía rechazarse el agravio tendiente a obtener una condena de Bayer SA a pagar daños punitivos, diciendo: En otras oportunidades he señalado que el art. 52 bis de la ley 24.240, cuya aplicación pretende la actora ante esta instancia, es inconstitucional (...) Sin embargo, entiendo que no es preciso recurrir en este caso a tal declaración, ultima ratio del orden jurídico, pues ello requeriría como presupuesto lógico que la mencionada norma fuera efectivamente de aplicación al sub lite, cosa que como se verá no sucede. En efecto, el pedido de imposición de daños punitivos no fue planteado en la instancia de grado, y es sabido que, so pena de lesión del principio de congruencia, el tribunal de alzada no puede fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del magistrado de primera instancia. Más allá de ello, el art. 52 bis de la ley 24.240 no estaba vigente al momento de los hechos, pues fue incorporado a dicho estatuto recién con la sanción de la ley 26.361 (publicada en el Boletín Oficial el 7/4/2008). Ello veda, claramente, su aplicación al caso, en los términos del art. 3 del Código Civil.

En este sentido, se decidió que no puede aplicarse el art. 52 bis de la Ley N° 24.240 a conductas desplegadas con anterioridad a la sanción de la Ley N° 26.361.

Pero en otro fallo vinculado a las ciencias médicas, en el fallo "LNR c/ Laboratorios Phoenix", la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, condenó a la parte demandada a abonar la suma de cien mil pesos ($ 100.000) en concepto de daños punitivos luego de que el juez de primera instancia negara la procedencia de dicho rubro. Lo llamativo de este caso, es que guarda similitudes con el fallo comentado precedentemente: en primer lugar, la plataforma fáctica es semejante; en segundo lugar, aquí los hechos que motivaron la demanda también acontecieron con anterioridad a la reforma de la ley de defensa del consumidor que introdujo los daños punitivos.

La persona que inicia la demanda fue tratada con un producto medicinal denominado "Megalex" que recetó un gastroenterólogo y no contenía en su prospecto adjunto, contraindicaciones que le

produjeron problemas ginecológicos, hinchazón generalizada, alteración en la visión y mareos. El medicamento se comercializaba con dos prospectos que diferían sustancialmente, uno de los cuales no mencionaba la reacción adversa aludida. La actora ingirió el medicamento con dicho prospecto carente de información veraz y completa que le causó efectos adversos y afirmó que de haberse consignado en el prospecto la contraindicación de "prolactinoma" no lo habría ingerido.

Desde el año 2003, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) había admitido el cambio del indicativo con la advertencia que omitió consignarse; no obstante lo cual, aún durante la substanciación del pleito se siguió comercializando el medicamento con dos prospectos, colocando de tal manera en el mercado un producto deficiente y con falta de información veraz y completa.

La demandada indicó que con anterioridad a la pretensión solicitó y obtuvo del ente correspondiente, la autorización para comercializar el medicamento con el nuevo prospecto que sí advertía dicha contraindicación. Por tal motivo, negó su responsabilidad en los hechos, la que en todo caso —sostuvo— debe recaer en el galeno que recetó dicho medicamento, que no fue demandado en la causa.

El juez de primera instancia admitió parcialmente el reclamo actoral, pero estimó improcedente el reclamo por daños punitivos.[53] Sin embargo, lo que motivó tal negativa no fue, como en el caso anterior, la imposibilidad de aplicar retroactivamente la norma. El magistrado rechazó la sanción con el siguiente fundamento: Los daños punitivos son multas o penas privadas que carecen de toda naturaleza compensatoria (o reparadora). Es más, son sumas de dinero que se adicionan al monto del daño (que es compensatorio, claro está). Se conceden —según se ha dicho— contra un sujeto culpable de una conducta reprochable particularmente agravada, inconducta unida a un malicioso o temerario estado mental. O bien "que tienen el propósito de castigar al de-

[53] Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil nro. 90 de Buenos Aires, "Lund Norma Rosa c. Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. s/ Daños y Perjuicios", febrero de 2012.

mandado, de enseñarle a que no haga de nuevo lo que está mal hecho y también de disuadir a terceros de hacerlo. En definitiva, las características de los imprecisos estados subjetivos enunciados podrían reconducirse al dolo (...) Articular estos conceptos con el devenir de los hechos acreditados permite concluir sobre la inexistencia de los condicionantes que tornarían procedente este reclamo, que consecuentemente se rechaza".

A ninguna de las partes satisfizo el pronunciamiento, motivo por el cual apelaron el fallo de primera instancia. Los miembros del tribunal de alzada discreparon con el pronunciamiento de primera instancia y estimaron procedente la sanción pecuniaria, en virtud de un conjunto de actitudes de los codemandados que, en palabras del tribunal interviniente "convencen de la aplicación del artículo 52 bis de la ley 24.240". Tales actitudes son: la continuación de la venta del producto con el prospecto que no alertaba respecto de las contraindicaciones (aún luego de haberse aprobado el nuevo indicativo con tal advertencia); la omisión por parte de los responsables frente a la evidencia derivada de la existencia de un específico intercambio epistolar; la mediación frustrada y su hipotético daño a la salud pública; y por último, el fácil recurso de retirar aquellos fármacos de información retaceada, cuestión que omitieron realizar.[54]

Fácilmente, los estimados lectores podrán observar que existen profundos desacuerdos en la jurisprudencia respecto de la aplicación de los daños punitivos en el derecho argentino.

Por ello, no resulta posible formular predicciones a su respecto o de otro modo, si corresponde o no la aplicación de este tipo de multa civil. Se podría decir que uno de los mayores problemas reside en la ausencia de una "práctica generalizada" y como consecuencia de ello, la carencia de acuerdo al respecto. Si bien la norma que acoge, dentro de nuestro derecho, los denominados daños punitivos parece ser clara en cuanto al presupuesto fáctico que es su condición de aplicación; la doctrina mayoritaria concluye que la finalidad punitiva o sancionatoria establecida en este instituto,

[54] Cámara Nacional en lo Civil, sala G, de Buenos Aires, "L., N. R. c. Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. y Otros s/ daños y perjuicios", 25 de septiembre de 2012.

exige la efectiva presencia de una conducta dolosa o gravemente culposa.

En este sentido, en las XXVI Jornadas Nacionales De Derecho Civil realizadas en la ciudad de La Plata Provincia de Buenos Aires, los días 28, 29 y 30 de septiembre de 2017, en la Comisión 4: Derecho De Daños. Función Preventiva y Sancionatoria De La Responsabilidad Civil, en relación a la función sancionatoria se llegaron a las siguientes conclusiones:

De lege lata: La función sancionatoria está asociada a la prevención de ciertos daños, y también a la punición y al pleno desmantelamiento de los efectos de ilícitos que, por su gravedad o consecuencia, requieren algo más que la reparación de los perjuicios causados. (Aprobado por unanimidad.)

Los daños punitivos sólo proceden en supuestos de particular gravedad: a) calificados por grave menosprecio a los intereses ajenos. b) obtención de enriquecimiento indebido derivado del ilícito. c) por abuso de la posición de poder, particularmente cuando ella evidencia menosprecio grave por derechos individuales o de incidencia colectiva en materia de consumo. (Aprobado por la unanimidad.)

Despacho A: La función sancionatoria sólo rige en el Derecho del Consumidor. No procede su aplicación analógica a otros ámbitos. (Aprobado por mayoría.) Despacho B: El criterio para disponer la aplicación de sanciones pecuniarias disuasivas es restrictivo. Su admisibilidad se encuentra limitada a la protección de derechos de incidencia colectiva, cuando existen lucros ilícitos obtenidos por el responsable del daño y pueda operar como efecto disuasivo de conductas futuras, tanto del autor directo como de terceros dañadores. (Votos: Miller; Frúgoli). En todos los casos, su aplicación exige una decisión razonablemente fundada de los magistrados. Dado que la cuantificación de la sanción pecuniaria disuasiva es facultad de los jueces, no es necesaria su determinación en el acto de postulación. (Aprobado por unanimidad.)

De lege ferenda: a) Conforme lo ya indicado en las Jornadas Nacionales de Bahía Blanca del año 2015 (Comisión 12), "sería conveniente una regulación específica acerca de la aplicación de

la sanción pecuniaria disuasiva, daños punitivos o multa civil, en caso de daños producidos a derechos de incidencia colectiva general, trascendiendo o ampliando lo ya previsto en el art. 52 bis de la ley 24240". b) Una reforma futura de la ley 24240, debería modificar la redacción del art. 52 bis, por el texto que proponía para esa norma el Anteproyecto de Código Civil y Comercial del año 2012. C) Los Dres. Rueda, Urrutia, Vernetti, Pandiella, Frúgoli, Chamatrópulos, López Herrera, Tagliani, Morón, González Zavala y Pérez formulan la siguiente aclaración: La sanción pecuniaria disuasiva debiera ser aplicable también en caso de grave menosprecio hacia los intereses individuales."

IX. Reflexiones finales

Entendemos que esta figura legislativa resulta ser una herramienta útil para la prevención (objetivo de relevancia en el C.C.y C.) y sanción para las prácticas abusivas.

Que si bien constituyen un ejemplo de la faz del poder punitivo estatal, los daños punitivos, no tienen naturaleza penal, no resultándole aplicables sus normas, principios e instituciones, y por ende son plenamente constitucionales, en contrario a lo que sostiene Picasso.

Pero en la realidad uno de los mayores problemas que se enfrenta esta figura, reside en la ausencia de una "práctica generalizada" y como consecuencia de ello, la carencia de acuerdo al respecto.

Por otra, parte, resaltamos la conclusión en las Jornadas de La Plata, de lege ferenda que "sería conveniente una regulación específica acerca de la aplicación de la sanción pecuniaria disuasiva, daños punitivos o multa civil, en caso de daños producidos a derechos de incidencia colectiva general, trascendiendo o ampliando lo ya previsto en el art. 52 bis de la ley 24240". b) Una reforma futura de la ley 24240, debería modificar la redacción del art. 52 bis, por el texto que proponía para esa norma el Anteproyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, citado supra. Y que "La sanción pecuniaria disuasiva debiera ser aplicable también en caso de

grave menosprecio hacia los intereses individuales". Con esto nos evitaríamos una aplicación desnaturalizada y totalmente errónea como vimos en los precedentes jurisprudenciales citados.

Debe darse una amplia y efectiva difusión de los derechos del consumidor, para que la gente común los internalice, los ejerza de una manera concreta, resaltar la gratuidad del trámite, de esa manera se lograría efectivamente el efecto disuasivo para las grandes empresas prestadoras de servicios, porque hasta el día de hoy les sigue conviniendo realizar prácticas desaprensivas del interés ajeno, toda vez, que tienen los trágicamente famosos llamados "cuenta centavos" que como se vio reflejado en caso del Ford Pinto, era conveniente económicamente hacer frente a los futuros reclamos, que subsanar el error en el que se estaba, aunque como en el caso mencionado, costara vidas humanas.

Análisis crítico sobre las reformas a La Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad introducidas por la Ley Nº 27.375

Dr. Rubén E. Figari
Ab. Magister Hernán D. Herrera

I. Introducción

Solía decir Bidart Campos que la ejecución de la pena no puede conceptuarse como un simple problema de política criminal, en razón de que la Constitución –y a partir de 1994 los Tratados Internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22 de la C.N –imponen pautas muy claras y además, porque todo el sistema de Derechos Humanos que contienen la ley suprema y los Tratados prohíja estrecha relación con todas la modalidades de cumplimiento de la sanción penal. En ello está sobre el tapete la dignidad personal del delincuente, muchos derechos suyos –por ejemplo el derechos a la intimidad, a la libertad religiosa, a la vida, a la salud, a casarse, expresar sus ideas, etc.–. "Se comprende fácilmente que el cumplimiento de la condena no provoca solamente una cuestión penitenciaria que, como tal, se recluya en el derecho administrativo; el tribunal cuya sentencia aplica la pena –u otro competente– debe retener o asumir en plenitud el control judicial necesario, tanto a los fines de la eficaz defensa social y de la seguridad, cuanto a los de tutela de la dignidad y los derechos del condenado, y a los de vigilancia de las condiciones de vida en los establecimientos carcelarios, del trato a los reclusos, de su reeducación para la reinserción social, etc."[1]

Al hablar de los Tratados Internacionales con respecto a este tema –y que posiblemente su mención se va a reiterar ut-retro– no se puede soslayar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece en el art. 25 "todo individuo tiene también un tratamiento humano durante la privación de su libertad". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que su art. 10 indica que "toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano". La Convención Americana sobre Derechos Humanos que en el art. 5 establece – "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o

[1] Bidart Campos Germán "Manual de la Constitución reformada" t. II, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 317.

degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados".

Hay otros instrumentos que si bien no tienen una categoría de tratados se han convertido en reglas insoslayables a tener en cuenta: a) Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas que establecen: "Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles". b) Los principios básicos elaborados por la Organización de las Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos expresan que "con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos...". c) Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión prescribe que "Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos crueles o penas crueles, inhumanas o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificativo para la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes". d) La regla 13 de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad establece que: "No se deberá negar a los menores privados de libertad, por razón de su condición, los derechos civiles, económicos, sociales o culturales que les correspondan de conformidad con la legislación nacional o el derecho internacional y que sean compatibles con la

privación de la libertad". e) Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores disponen que "Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria –social, educacional, profesional, sicológica, médica y física– que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano". f) Declaración sobre Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes. g) Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles Inhumanos y Degradantes.

En fin, se trata de la instrumentación mediante tratados y otros documentos donde se plasman principios inherentes a la cuestión relativa a las personas privadas de la libertad en establecimientos erigidos a tales efectos y que deben respetarse por tener carácter operativo –en el caso de los tratados– y en los otros supuestos por cuestiones humanitarias que priman sobre otras de carácter de política criminal.

Lo que se tratará de ver en una apretada síntesis –pues la reforma es muy extensa– es si se está dando un paso adelante en lo referente a la ejecución de la pena privativa de la libertad o si de lo contrario la cuestión se pone más rígida y por ende se involuciona. Adelantamos nuestra opinión –como se verá en los distintos artículos– que lamentablemente se erige la segunda secuencia.

La Ley N° 27.375 (B.O 28/07/2017) efectuó varias modificaciones sustanciales a la Ley N° 24.660 (B.O 16/07/1996) referida a la ejecución de la pena privativa de la libertad la que a su vez receptó modificaciones por los Decretos N° 1058/1997, N° 1136/1997, N° 396/1997, N° 1139/2000, N° 18/1997 y N° 72/2006.

II. Reinserción social

En efecto el art. 1 dice: "La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el

condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto. El régimen penitenciario a través del sistema penitenciario, deberá utilizar, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, todos los medios de tratamiento interdisciplinario que resulten apropiados para la finalidad enunciada".

Al principio la norma guarda identidad con la legislada con el art. 1 de la Ley N° 24.660 sólo que se altera el orden de las palabras "respetar" y "comprender la ley" y se le agrega la frase "así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta", asimismo, se agrega la frase "que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto" referido a la sociedad. El último párrafo simplemente altera el orden de las palabras, pero no el concepto.

Está fuera de discusión que este primer artículo, tanto en su anterior redacción como en la actual, está diseñado con el objetivo de lograr la reinserción social del condenado que en realidad es un principio que tiene un rango constitucional y no es una mera declaración de principios, pues toda la estructura de la ejecución de la pena se basa justamente en este principio. Por otra parte se refleja en el art. 18 de la C.N. –"Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ella y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice…"– los arts. 5º.6 de la CADH –"Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados…"– y 10.3 de la PIDCP –"El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados"–, pactos incluidos en el art. 75 inc. 22 de la C.N..

Se podría decir que lo que refleja esta primera norma es la piedra angular para la posterior interpretación de todos los preceptos que regulan la ejecución de la pena privativa de la libertad. "Cual-

quier precepto contenido en las leyes relativas a la ejecución penal debe ser interpretado de forma tal que no se oponga a este objetivo considerado "esencial"[2].

No obstante, la aceptación de la finalidad resocializadora que tuvo su auge en la década del 70 no ha determinado un concepto con precisión de su contenido y alcance. Por el contrario, la amplia variedad de los sustantivos que se emplean –reeducación, rehabilitación, repersonalización, reinserción, readaptación social– delata la formulación de la vaguedad del término. Es así que, son varias las cuestiones que el concepto resocializador trae aparejado, pues van desde su ámbito de actuación –teoría de la pena, en general, teoría de la pena privativa de la libertad, teoría de la ejecución– hasta la finalidad última –teoría individual o defensa social–. Existen varias teorías en cuanto a la naturaleza del proceso resocializador.

Para la tesis de la teoría de la socialización, el acto delictivo ejecutado por parte de la persona condenada encuentra su explicación en la deficiente socialización de aquél, de manera que la ejecución de la pena debe aprovecharse para lograr una forma que se denomina "socialización en reemplazo", que está orientada a corregir esa ausencia o defecto de socialización. Esta hipótesis plantea algunos problemas que se reducen a lo siguiente: más allá que una socialización totalmente conseguida aparece como "antropológicamente imposible" ya que en la realidad se puede demostrar que no son pocos los delincuentes "normales", sin importantes defectos de socialización. También resulta cuestionable que la institución penitenciaria sea el ámbito adecuado para la alteración de dichos déficits y hay que hacer una distinción entre las carencias de socialización primaria y secundaria y no debe pasarse por alto que una adaptación coactiva en el ámbito penitenciario puede llevar a un proceso de socialización negativa.

[2] Alderete Lobo Rubén en Zaffaroni Eugenio (dirección)-De Langhe Marcela (coordinación) "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Ley 24.660. Ejecución de la pena privativa de la libertad" Nueva serie, t. 15, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 189.

Las teorías mixtas se fundan en dos opciones: la resocialización para la moralidad o para la legalidad. La primera, se basa en que la intervención resocializadora debe estar dirigida a que el individuo internalice criterios valorativos dominantes en la sociedad a la que debe integrarse. Es decir, que sólo regenerado moralmente su inserción tendrá lugar de una manera segura, sin riesgo de la comisión de futuros delitos. Desde luego que esta teoría ha recibido múltiples críticas, básicamente fincadas en la independencia del Derecho y la Moral. La llamada resocialización para la legalidad debe perseguir un fin más modesto de resocialización mínima. Esto también ha merecido sus críticas.

Ahora bien, si se considera que todas estas teorías tienen sus falencias, la meta resocializadora no sirve para prevenir el delito que obedece a otro tipo de factores que no tienen que ver con los individuales y las condiciones de vida en prisión, son incompatibles con un acertado tratamiento penitenciario, además de erigirse en un factor vulnerante para los derechos individuales de los internos. Esto lleva al siguiente cuestionamiento que consiste en sostener que la resocialización se trata de un mito que está dirigido a ocultar una realidad de intervención penal cada vez más represiva y que sobre la base del discurso resocializador o terapéutico legitima el castigo. Las críticas contra el ideal resocializador en ningún caso merecen ser consideradas como definitivas y suficientes para el rechazo de la resocialización. "El abandono de la resocialización llevará, por tanto, a una focalización exclusiva de la intervención penitenciaria en los aspectos custodiales y represivos con graves riesgos de conversión de las prisiones en meros depósitos de seres humanos"[3].

Pero sí fuera así –un mito– se debe acordar que no se trata de único mito y no por ello se debe abandonar o simplemente soslayar. La vida está llena de mitos o ideales que la sociedad impone

[3] De La Cuesta Arzamendi José "La resocialización: objetivo de la penitenciaria" en "Papers D' Estudis i Formació" num. 12, diciembre 1993. Centre d' Estudis Jurícs i Formació Especialitzada; MUÑOZ CONDE Francisco "La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito" en "Cuadernos de política criminal" número 7, España, 1979, ps. 93 y sgtes.

como básicos para su existencia y desarrollo, por ejemplo, la justicia, la libertad, la democracia, la solidaridad, el amor, la belleza, etc. que sustentan a la naturaleza humana y el deseo de alcanzarlos para tratar de lograr un mundo mejor, de lo contrario, muerta la esperanza, no queda nada. De allí que, la resocialización como mito no deja de ser una de esas "ideas fuerza" esenciales para el funcionamiento de nuestra sociedad, no obstante, susceptible como la justicia, la libertad o la belleza, de interpretaciones diversas, según el modelo o la ideología social preferida.

En cuanto a la resocialización, si se asume que es un mito o un ideal, aunque se logre un mínimo saldo positivo en ello, ya constituye un logro. Por otra parte, si se ha dicho que ello se erige en un imperativo constitucional y supralegal, una visión absolutamente pesimista llevaría a revisar estos postulados y por lo tanto, parece absolutamente necesario que presida los objetivos de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad y como una obligación impuesta al Estado de posibilitarle al condenado las condiciones necesarias para un desarrollo personal adecuado que facilite su integración a la vida en sociedad, luego de recobrar su libertad.

Bien lo señalan De La Fuente - Salduna que a través de la idea de resocialización no se trata de imponer un determinado sistema de valores o un modo de pensar al condenado, transformándolo en un mero objeto despojado de dignidad. Es menester que el condenado debe conservar, pese a su condena, todos los derechos inherentes al ser humano, de modo que hay que reconocer que resulta plenamente libre para tener sus propias convicciones y sistema de valores. "En definitiva, no debe buscarse a través del fin de prevención especial de la pena una especie de "lavado de cerebro" o "tratamiento compulsivo" del condenado, sino algo mucho más moderado". Desde luego, que dado el principio de progresividad que propone la ley depende no solamente del establecimiento carcelario sino también del condenado un pronóstico de reinserción social. En ese aspecto se habla del "concepto" –el art. 101 establece que "el interno será calificado, asimismo, de acuerdo al concepto que merezca. Se entenderá por concepto la pondera-

ción de su evolución personal de la que sea deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social" y el art. 104 consigna: "la calificación de concepto servirá de base para la aplicación de la progresividad del régimen, el otorgamiento de tareas transitorias, semilibertad, libertad condicional, libertad asistida, conmutación de pena e indulto".

Derivado de esto se proponen dos objetivos bien precisos: a) Que el condenado comprenda la obligación y conveniencia de respetar la ley. O sea, que aun cuando no esté de acuerdo con el sistema de valores que rige nuestro ordenamiento jurídico, a través de la ejecución de la pena se debe procurar que el interno conozca y entienda que el cumplimiento de las normas resulta obligatorio y es una necesidad de convivencia social; b) proporcionarle al condenado alternativas superadoras y lícitas de comportamiento lo que conlleva a procurar que la ejecución de la pena contribuya a que el condenado cuente con mayores posibilidades para llevar una vida conforme a derecho. Es manifiestamente de trascendencia que cuando el servicio penitenciario le brinda al interno una capacitación, algún oficio –arts. 114/116 de la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad–, actividades laborales –art. 106–, educativas –art. 133– complementadas con aquellas que fomenten las relaciones familiares y sociales –art. 168–[4].

Qué le agrega la frase "así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta", añadida a comprender y respetar la ley?. Esto implica reflexionar sobre la gravedad del ilícito cometido y la consiguiente sanción aplicada?. Es un mea culpa?. En realidad no se alcanza a comprender el verdadero sentido de la frase.

Asimismo, se le adosa a la oración "promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad" el párrafo "que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto". Pone, en una forma un tanto imprecisa, en manos de "la sociedad" el control directo e indirecto y vigilancia el cumplimiento efectivo de las penas, lo que implica volver al rótulo del "derecho penal de autor".

[4] De La Fuente Javier-Salduna Mariana "El régimen de progresividad de la ejecución de la pena privativa de la libertad" en ZAFFARONI Eugenio (dirección)-DE LANGHE Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, ps. 335/337).

También se lo critica porque no se define de qué tipo de control se trataría y eso probablemente deja las puertas abiertas para aplicar cualquier forma de "control social".

En este sentido, las reformas introducidas por la Ley N° 27.375 darían cuenta de un cambio de paradigma en materia de resocialización pues se dejan de lado aquellos programas de readaptación mínimos – propios de la resocialización para la legalidad –, disponiéndose la aplicación de programas de readaptación máximos – de resocialización para la moralidad – en los que se exige que el individuo interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad, a fin de incidir en su conducta y en su personalidad. Esta cuestión no resulta menor, pues la legislación penitenciaria nacional se apartaría de las propuestas formuladas por las corrientes criminológicas que abordan el fenómeno del delito desde ópticas diferentes a la psicológica.

III. Tratamiento

El art. 5° especifica: "El tratamiento del condenado deberá ser programado, individualizado y obligatorio respecto de las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo. Toda otra actividad que lo integre tendrá carácter voluntario. Deberá atenderse a las condiciones personales del condenado, y a sus intereses y necesidades durante la internación y al momento del egreso. El desempeño del condenado, que pueda resultar relevante respecto de la ejecución de la pena, deberá ser registrado e informado para su evaluación". Se observa que la primera parte del artículo es idéntica al anterior perteneciente a la ley 24.660. Se agrega un último párrafo que dice: "El desempeño del condenado, que pueda resultar relevante respecto de la ejecución de la pena, deberá ser registrado e informado para su evaluación".

Se ha considerado a esta norma como una de las más importantes de la Ley N° 24.660 y por ende, al no sufrir cambios por la nueva ley, básicamente establece los límites y sentido de la intervención estatal en la aplicación del régimen penitenciario, en su

configuración y puesta en marcha de los programas de tratamiento. Se separa el conjunto de actividades que no son obligatorias – las terapéuticas que están diseñadas a colaborar en el proceso de resocialización – de las que sí lo son[5]. De esta manera se distingue el conjunto de normas que regulan al régimen penitenciario en todos sus aspectos, del tratamiento de actividades terapéutico - asistenciales que están orientadas a colaborar en el proceso de resocialización del condenado.

La ley consigna que toda otra actividad que integre al condenado es de carácter voluntario, lo cual implica garantizar la libertad de decisión del interno de aceptarla o rechazarla. Pero esto es relativo, pues la perspectiva de voluntariedad se encuentra en cierta forma jaqueada, pues la aceptación o no está relacionada con el aceleramiento o postergación de su liberación en cuanto a las calificaciones de lo que se denomina "concepto". El art. 5 es muy específico en cuanto a que el tratamiento de los condenados debe ser programado e individualizado y obligatorio en cuanto a lo que respecta a las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo – el no acatamiento constituye una infracción disciplinaria de acuerdo a los arts. 79, 80, 85 y 110 en función del art. 17 inc. k) del Decreto N° 18/97 – y toda otra actividad – como ya se dijo – es de carácter voluntario.

El último párrafo determina que este desempeño del condenado que sea de interés respecto a la ejecución de la pena constará en un registro y será informado para su oportuna evaluación.

Se ha efectuado la crítica que se finca en la insistencia del uso del concepto clínico de internación, calificado como una "tecnología punitiva". La última frase: "El desempeño del condenado, que pueda resultar relevante respecto de la ejecución de la pena, deberá ser registrado e informado para su evaluación." El término "relevante" denota ambigüedad y la evaluación y consideración respecto del "desempeño relevante" queda al arbitrio de los operadores del Servicio Penitenciario. Se puede confundir el objetivo propio de la

[5] Salt Marcos "Los Derechos fundamentales de los reclusos en la Argentina" en Rivera Beiras Iñaki - SALT Marcos "Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina" 1ª reimpresión, Ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, ps. 226/231.

pena con los objetivos del periodo de tratamiento[6]. Concuerdo con dichas apreciaciones pues provienen de un trabajo serio – en el marco de discusión del proyecto, que luego se convierte en ley – de investigación de campo y no solamente de especulaciones teóricas.

IV. Características del régimen progresivo

En el art. 6° ha quedado diseñado de la siguiente forma: "El régimen penitenciario se basará en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones abiertas, semiabiertas, o a secciones separadas regidas por el principio de autodisciplina. Las acciones a adoptar para su desarrollo deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno. La ausencia de ello será un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda". La primera parte del artículo no ha recibido cambios y se agrega un último párrafo que dice: "Las acciones a adoptar para su desarrollo deberán estar dirigidas a lograr el interés, la comprensión y la activa participación del interno. La ausencia de ello será un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda".

Esta normativa es de capital importancia pues se plasma en ella la progresividad como uno de los pilares del régimen penitenciario aplicable en la ejecución de las penas privativas de la libertad. Marca su principal característica la posibilidad de menguar en forma paulatina las condiciones del encierro o su intensidad que deriva del cumplimiento por parte del interno de determinados requisitos, más o menos objetivos, que culminan con la libertad plena del condenado.

[6] Dictamen elaborado por el Área Cárceles de la Asociación Pensamiento Penal y en el que participaron HUÑIS Magalí - Briccolani Guadalupe - Petrone Camila - Pereyra Paulo - Bogado María - Polo Lourdes - Mollis Santiago - Zerbino Larisa en "Observaciones y Críticas al Proyecto de Reforma de la ley 24.660" www.pe nsamientop enal.com.ar

El término "progresivo" – escalonado, paulatino, gradual – da la pauta reglamentaria de los principios constitucionales y trasnacionales de la resocialización como finalidad de la ejecución de la pena y sus aspectos característicos están dados por: a) División de tiempo de duración de la pena en fases o grados con modalidades de ejecución diferentes – por ej, cambio de lugar de alojamiento, distintos regímenes de vigilancia, mayor posibilidad de contacto con el mundo exterior, posibilidad de salidas transitorias, distinto régimen de trabajo, etc. –; b) Un sistema de avance del retroceso de los internos por las distintas fases, ya sea por criterios objetivos – el tiempo –, o valoraciones sobre la evolución de la personalidad del condenado que revela un avance hacia el proceso de resocialización; c) Un periodo de cumplimiento de la pena en libertad antes de su agotamiento, bajo algún tipo de condiciones. Faltando algunos de estos requisitos no habrá régimen progresivo[7].

Posteriormente se verá que el art. 12 establece que el régimen penitenciario contiene cuatro periodos – observación, tratamiento, prueba y libertad condicional – los cuales representan elementos de evaluación para que los internos lleguen a experimentar situaciones menos rigurosas del encierro con lo que se pueden alcanzar las salidas periódicas contempladas en el art. 16, previo a la concesión de la libertad condicional (art. 28 y 13 del C.P) o la libertad asistida (art. 54).

Se debe coincidir con Salt en que en términos generales esta disposición consagra el principio "pro régimen abierto" basado en la idea de la mínima intervención o mínima afectación de la ejecución y que debe influir como criterio de interpretación sobre clasificación y ubicación de los internos[8].

Se ha agregado un último párrafo que condiciona el régimen de progresividad a la compresión y activa participación del interno, considerando que la ausencia de la misma se considerará

[7] Garcia Basalo Juan "El régimen penitenciario argentino" Ed. Librería del Jurista, Buenos Aires, 1975, p. 32 citado por D'alessio Andrés (Director) DIVITO Mauro (Coordinador) "Código Penal de la Nación. Comentado y anotado" 2ª edición actualizada y ampliada, t. III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 1256.

[8] SALT Marcos (ob. cit. p. 234).

un obstáculo para el progreso en el cumplimiento de la pena y los beneficios que esta ley acuerda. Esto implica la falta de compresión del interno en cuanto a las reglas impuestas, ya sea disciplinarias, de trabajo o también las voluntarias y se erigirán en una valla para la progresividad del cumplimiento de la pena.

V. Promoción

Artículo 7.- "Las decisiones operativas para el desarrollo de la progresividad del régimen penitenciario, reunidos todos los requisitos legales y reglamentarios pertinentes, serán tomadas por: I. El responsable del organismo técnico-criminológico del establecimiento, en lo concerniente al período de observación, planificación del tratamiento, su verificación y su actualización; II. El director del establecimiento en el avance del interno en la progresividad o su eventual retroceso, en los periodos de tratamiento y de prueba; III. El director general de régimen correccional, cuando proceda el traslado del interno a otro establecimiento de su jurisdicción; IV. El juez de ejecución o competente en los siguientes casos: a) Cuando proceda el traslado del interno a un establecimiento de otra jurisdicción; b) Cuando el interno se encontrare en el período de prueba y deba resolverse la incorporación, suspensión o revocación de: 1. Salidas transitorias; 2. Régimen de semilibertad; 3. Cuando corresponda la incorporación al periodo de libertad condicional. c) Cuando, excepcionalmente, el condenado pudiera ser promovido a cualquier fase del periodo de tratamiento que mejor se adecúe a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos. Esta resolución deberá ser fundada".

En realidad este artículo determina en forma detallada quienes son los encargados de evaluar la actitud del interno camino a la progresividad. En primer término, le corresponde al responsable del organismo técnico-criminológico del establecimiento, luego al director del mismo, el que se atendrá al informe que presente el anterior funcionario y finalmente le compete actuar al juez de ejecución en los casos que la misma norma describe.

La principal crítica que se hace a esta redacción consiste en que el juez recién entiende para decidir sobre cuestiones relativas al periodo de prueba, salidas y libertad condicional. a) Cuando proceda el traslado del interno a un establecimiento de otra jurisdicción; b) Cuando el interno se encontrare en el período de prueba y deba resolverse la incorporación, suspensión o revocación de: 1. Salidas transitorias; 2. Régimen de semilibertad; 3. Cuando corresponda la incorporación al periodo de libertad condicional. c) Cuando, excepcionalmente, el condenado pudiera ser promovido a cualquier fase del periodo de tratamiento que mejor se adecúe a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos. Esta resolución deberá ser fundada. Todo lo anterior, queda a exclusivo cargo del Servicio Penitenciario, con lo cual se dejan de lado las garantías del proceso penal – como el derecho al recurso y al control judicial – que se extienden a la etapa de la ejecución de la condena[9].

Lo cierto es que la figura del juez de ejecución de penas o de vigilancia penitenciaria, no debe parecerse a la de un invitado de piedra, sino que debe transformarse en un instrumento eficaz para acercar la justicia a los privados del libertad, de allí que los diversos momentos de la ejecución privativa de la libertad deben encontrarse sujetos al "permanente control judicial", conforme a lo establecido por el propio art. 3 de la Ley N° 24.660, que a su vez se encuentra consagrado y fortalecido por la C.S.J.N. en el precedente "Romero Cacharane" (2004), tras lo cual no quedan margen de dudas acerca de que cualquier circunstancia que pueda incidir cualitativa o cuantitativamente en la ejecución de la pena habilita la intervención jurisdiccional. Asimismo, cabe referir que resulta inexorable integrar de modo adecuado la justicia de ejecución penal prácticamente en todo nuestro país, atento la escasez de juzgados especializados en esta temática y su consabida interdisciplinariedad implementada por la ley 26.813, modificatoria de la ley 24.660.-

[9] Huñis Magalí - Briccolani Guadalupe - Petrone Camila - Pereyra Paulo - Bogado María - Polo Lourdes - Mollis Santiago - Zerbino Larisa (ob. cit. www.pensa mientope nal.com.ar)

En este sentido, coincidimos con la doctrina que refiere que "la presencia de un órgano judicial en la prisión no es algo que pueda cuestionarse por razones de operatividad"[10], por el contrario su fundamentación constitucional no permite otras alternativas, y respecto a este tópico el debate debe situarse, en la forma de hacer compatible las necesidades del régimen penitenciario con las del control judicial.

Al decir de Mafelli Caffarena - Alderete, "todas aquellas decisiones que implican la modificación sustancial de los aspectos cualitativos de la sanción penal, sin dudas, deben estar incluidas dentro de las facultades jurisdiccionales del órgano de ejecución. El avance y retroceso de los internos por los distintos períodos de atenuación de las condiciones de encierro, la concesión de salidas transitorias, semilibertad, prisión domiciliaria, libertad condicional; la sustitución de la pena por trabajos comunitarios, la revisión de sanciones disciplinarias, el contralor de las condiciones de detención y los traslados de internos de un establecimiento a otro, en tanto resultan ser cuestiones que afectan de manera directa el aspecto cualitativo de la pena, no pueden ser otra cosa que objeto de una decisión de carácter jurisdiccional. Así entendida, la judicialización del proceso de ejecución no sólo implica la creación de mecanismos procesales para el control de la ejecución de la condena, sino también permitir que el interno pueda defenderse cuando la pena de prisión no se ejecute de acuerdo a su finalidad constitucional. Es el juez de ejecución, en consecuencia, quien debe actuar como defensor de los derechos fundamentales de todos los internos y de la Constitución Nacional, haciendo respetar las finalidades allí enunciadas y actuando también, en su caso, como órgano administrativo titular de iniciativas frente a la administración penitenciaria"[11].

[10] Mapelli Cafferana Borja - Alderete Lobo Rubén, Manual Regional de buenas prácticas Penitenciarias, Ed. Programa EUROsociAL, Madrid, España, 2015, p. 83.

[11] Mapelli Cafferana Borja - Alderete Lobo Rubén (ob. cit., p. 85 y sgtes).

VI. Igualdad y no discriminación

El art. 8 dice: "Las normas de ejecución serán aplicadas sin establecer discriminación o distingo alguno en razón de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia. Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado, a la evolución del régimen progresivo y a las disposiciones de la ley". La primera parte del artículo no registra cambio alguno con respecto a la anterior redacción. Se agrega el último párrafo que aclara que: "Las únicas diferencias obedecerán al tratamiento individualizado, a la evolución del régimen progresivo y a las disposiciones de la ley".

El principio de igualdad no admite ninguna discusión pues está contenido en el art. 16 de la C.N. y en los tratados internacionales contenidos en el art. 75 inc. 22 de la C.N. En principio, el alcance de la norma cederá ante cualquier alternativa que resulte del tratamiento individualizado, a la evolución del régimen progresivo y al resto de las disposiciones de la presente ley.

Se ha objetado el último párrafo agregado a la norma, considerando que la desigualdad se establece en la misma norma que prevé dicho principio y se justifican de esta manera las arbitrarias diferencias que la propia ley prevé –requisitos para acceder a institutos liberatorios distintos en función del delito contra requisitos iguales para todos sin distinción por el delito–[12].

VII. Aplicación a los procesados

Artículo 11.- "Esta ley es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad. Las cuestiones que pudieran suscitarse serán resueltas por el juez competente". Esta norma no ha recibido ma-

[12] Huñis Magalí - Briccolani Guadalupe - Petrone Camila - PEREYRA Paulo - Bogado María - Polo Lourdes - Mollis Santiago - Zerbino Larisa (ob. cit. w ww.pensam ientopen al.com.ar)

yores innovaciones salvo la supresión de la mención al art. 7, pues el mismo ha cambiado de texto.

Claramente, se deja expresamente consolidado que la ley no sólo será aplicable a los condenados sino también a los procesados, en la medida en que las mismas normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar la personalidad del procesado. Según Alderete Lobo una de las prohibiciones que corre mayor riesgo a partir de la aplicación igualitaria Ley N° 24.660 – idéntico texto de la actual – es el impedimento constitucional de alojar personas condenadas junto con personas procesadas (art. 5.4 CADH). Y ello es de esa manera, por cuanto al tratar de la misma forma a unos y a otros, puede generar que la clasificación produzca el natural alojamiento conjunto de reclusos que están en diferente condición procesal[13].

Y la cuestión no se agota en la arista normativa sino que se extiende a la faz práctica, pues esta situación trae aparejada la sobrepoblación carcelaria, muy propia de nuestro país y de varios otros del continente – téngase en cuenta que aproximadamente un setenta por ciento o más de los internos en las cárceles no tienen condena –. De modo que el hacinamiento impide la clasificación por categorías.

Refiere Salt que "la sobrepoblación es una de las principales causas del deterioro de las condiciones de encierro y, al mismo tiempo, es el signo o indicador más fácil de comprobar el incumplimiento de la garantía por parte de los Estados. Una vez establecidos los cupos de los distintos establecimientos de acuerdo a los estándares aceptados como condiciones mínimas, el alojamiento de mayor cantidad de internos significará siempre una agravación de las condiciones de encierro admitida por el Estado en las estadísticas penitenciarias. Evitar la sobrepoblación carcelaria como factor generador de condiciones inadecuadas en el ámbito carcelario es imperativo en un Estado de Derecho. Es una consecuencia lógica de la obligación del Estado de brindar condiciones carcela-

[13] Alderete Lobo Rubén en Zaffaroni Eugenio (dirección)- De Langhe Marcela (coordinación) (ob. cit., t. 15, p. 214)

rias dignas y evitar que el encierro se traduzca en una pena inhumana o degradante[14].

Se menciona que el Decreto N° 303/96, modificado por el Decreto N° 1.464/2007, ha regulado, en base a este art. 11, la posibilidad de que toda persona sujeta al régimen de prisión preventiva sea incorporada voluntariamente al régimen de ejecución de las penas (art. 35 decr. 303/96), es decir, luego de cumplir ciertos requisitos que determina el artículo, acepta ser tratado como condenado no obstante no haberse dictado sentencia firme en su contra. Y los argumentos por las cuales esto es aceptado, se sustentan en razones de equidad – art. 24 del C.P. – en el sentido que la prisión preventiva se contabiliza a los efectos del cumplimiento de la pena. Todo ello, debe ser atendido por el juez de la causa, no por el juez de ejecución.

VIII. Derechos de la víctima

Artículo 11 bis.- "La víctima tendrá derecho a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a: a) Salidas transitorias; b) Régimen de semilibertad; c) Libertad condicional; d) Prisión domiciliaria; e) Prisión discontinua o semidetención; f) Libertad asistida; g) Régimen preparatorio para su liberación. El Tribunal a cargo del juicio, al momento del dictado de la sentencia condenatoria, deberá consultar a la víctima si desea ser informada acerca de los planteos referidos en el párrafo que antecede. En ese caso, la víctima deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones. Incurrirá en falta grave el juez que incumpliere las obligaciones establecidas en este artículo". Este nuevo artículo se condice con las modificaciones impuestas por la ley de derechos y garantías

[14] Salt Marcos (ob. cit. p. 218).

de las personas víctimas de delitos – N° 27.372 – en su art. 12 y la modificación al C.P.P.N. en su art. 496[15] [16].

La Ley N° 27.372 otorga un protagonismo a la víctima en todo el proceso penal desde el momento de efectuarse la denuncia hasta incluso su participación en la ejecución de la pena privativa de la libertad. De modo que el art. 11 bis. de la ley recoge estos parámetros al extremo que el tribunal al momento del dictado de sentencia condenatoria deberá consultar a la víctima si desea ser informada acerca de las salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad condicional, prisión domiciliaria, prisión discontinua o semidetención, libertad asistida o régimen preparatorio para la liberación. A tales efectos la víctima deberá fijar un domicilio, designar un representante legal, proponer peritos y la norma culmina con la admonición para el juez que no cumpliera con obligaciones dispuestas en la norma, de la incursión en falta grave.

Como se ha manifestado en el trabajo mencionado en la nota 16 es de presumir, que en los casos de delitos graves, la víctima se opondrá a que el condenado obtenga algunos de los beneficios que se mencionan en el art. 11 bis bajo el popular lema "que se pudra en la cárcel". Por ello, las objeciones que se puedan esgrimir deben ser fundadas, razonables y atendibles, valoradas convenientemente por el juez de ejecución y no basadas en un mero capricho de ven-

[15] Art. 496 C.P.P.N.: "Sin que esto importe suspensión de la pena, el tribunal de ejecución podrá autorizar las salidas transitorias permitidas por Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad. La víctima, aun cuando no se hubiese constituido en querellante, será informada de la iniciación del trámite y sus necesidades deberán ser evaluadas. Asimismo, el tribunal de ejecución podrá autorizar que el penado salga del establecimiento carcelario en que se encuentre, por un plazo prudencial, y sea trasladado, bajo debida custodia, para cumplir sus deberes morales en caso de muerte o de grave enfermedad de un pariente próximo. También gozarán de este beneficio los procesados privados de su libertad".

[16] Ver FIGARI Rubén "Somero análisis de la ley de derechos y garantías de las personas víctimas de delitos (LEY 27.372)" en www.pen samientope nal.com.ar, elDial.com - DC23C9; www.terragnijurista.com.ar; y Revista de Derecho Penal y Criminología, Ed. La Ley. año VII, número 9 octubre 2017.

ganza, vulnerando de esa manera derechos que le asisten al condenado y que están demarcados en el Código Penal y en los Tratados Internacionales acogidos por el art. 75 inc. 22 de la C.N.

IX. Periodo de observación

El art. 13 dice: "El período de observación consiste en el estudio médico-psicológico-social del interno y en la formulación del diagnóstico y pronóstico criminológicos. Comenzará con la recepción del testimonio de sentencia en el organismo técnico-criminológico, el que deberá expedirse dentro de los treinta (30) días. Recabando la cooperación del interno, el equipo interdisciplinario confeccionará la historia criminológica. Durante el período de observación el organismo técnico-criminológico tendrá a su cargo: a) Realizar el estudio médico, psicológico y social del condenado, formulando el diagnóstico y el pronóstico criminológico; todo ello se asentará en una historia criminológica debidamente foliada y rubricada que se mantendrá permanentemente actualizada con la información resultante de la ejecución de la pena y del tratamiento instaurado; b) Recabar la cooperación del condenado para proyectar y desarrollar su tratamiento, a los fines de lograr su aceptación y activa participación, se escucharán sus inquietudes; c) Indicar la fase del período de tratamiento que se propone para incorporar al condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser destinado; d) Determinar el tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y proceder a su actualización, si fuere menester". La primera parte de la norma ha recibido algunas modificaciones en cuanto al definir en qué consiste el periodo de observación y cómo se debe administrativamente asentarlo en los registros. Luego las funciones que deban desplegar son idénticas al texto de la ley anterior.

La norma define al periodo de observación como el estudio médico-psicológico-social del interno y en la formulación de un diagnóstico y pronostico criminológico.

En este periodo – de treinta días – deben realizarse todos los estudios necesarios para lograr la programación e individualización del tratamiento y comienza con la recepción de los testimonios de la sentencia condenatoria y a partir de allí se confecciona la historia criminológica del interno para lo cual se requiere la colaboración del mismo. Durante este periodo de observación el organismo tendrá las siguientes tareas: a) El primer paso consiste en la realización de estudio interdisciplinario médico-psicológico-social a los fines de determinar el diagnóstico y el perfil criminológico del interno lo deberá asentarse en una historia criminológica debidamente foliada y rubricada la que deberá ser constantemente actualizada durante todo transcurso de la ejecución y en la que constará los avances o retrocesos que surgen como consecuencia de dicho periodo de observación. Para todo ello es necesario el punto b) que consiste en la cooperación del interno para proyectar y desarrollar el tratamiento. Se ha criticado que la decisión se adopta sobre la base de criterios de difícil control judicial –"diagnóstico" y pronóstico criminológico– que pueden dar lugar a la arbitrariedad de la administración y limitan el derecho de defensa, no obstante está previsto en forma expresa la participación del condenado al momento de proyectar el tratamiento[17].

En el punto c) el organismo técnico-criminológico deberá indicar el periodo y fase de tratamiento que se propone para incorporar al condenado y el establecimiento, sección o grupo al que debe ser destinado. Se ha dicho que aquí existe un error de técnica legislativa, pues el único periodo que puede ser dividido en fases es el de tratamiento, de modo que la autoridad administrativa sólo podrá disponer la incorporación del condenado a cualquier fase del periodo del tratamiento pero no su inclusión directa en el periodo de prueba. De acuerdo al art. 7 del Decreto N° 396/21 en cuanto dispone que la propuesta de incorporación al finalizar el periodo de observación, debe referirse a una fase del periodo de tratamiento[18].

[17] Salt Marcos (ob. cit. ps. 235/236).

[18] Pinto Ricardo en Zaffaroni Eugenio (dirección)-De Langhe Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, p. 257) citando a LOPEZ Axel - Machado Ricardo "Análisis del régimen de ejecución penal" Ed. Fabián Di Placido,

El inciso d) determina el tiempo mínimo para verificar los resultados del tratamiento y actualizarlo si así fuera necesario. En realidad este plazo está determinado en el primer párrafo del artículo pues el periodo de observación no puede exceder de treinta días a partir de la recepción del testimonio de la sentencia y del cómputo de la pena en el servicio criminológico – art. 7 Decreto N° 396/99 –, no obstante es sabido que la práctica existen varios casos de demora y retrasos debido a problemas burocráticos y de sobrepoblación.-

Sobre este tópico, debemos explicitar que resulta cuestionable el mantenimiento de cierta terminología proveniente del positivismo biologicista, ya que en este artículo se refiere al "estudio médico-psicológico-social del interno", que se corresponde con dicha corriente criminológica la cual evidentemente no ha sido eliminada de la ley de ejecución penal, y pareciera que las reformas introducidas por la Ley N° 27.375 corroboran algunos de sus postulados arraigadamente punitivistas.

X. Recaudos

El art. 13 bis consigna: "A los efectos de dar cumplimiento a los recaudos del artículo anterior se procederá de la siguiente manera: 1) Todo condenado será trasladado a un centro de observación en un término de cuarenta y ocho (48) horas de notificada la sentencia firme en la unidad penal. 2) La unidad de servicio judicial del establecimiento penitenciario de que se trate, iniciará un expediente adjuntando copia de la sentencia, planilla de concepto, conducta, informe de antecedentes judiciales, de evolución en el régimen y en el tratamiento, si los hubiera, y el estudio médico correspondiente. 3) Dicho expediente completo y así confeccionado será remitido al organismo técnico-criminológico a fin de dar cumplimiento a la totalidad de las previsiones previstas para dicho período. 4) El informe del organismo técnico-criminológico deberá indicar específicamente los factores que inciden en la pro-

Buenos Aires, 2004, p 92.

ducción de la conducta criminal y las modificaciones a lograr en la personalidad del interno para dar cumplimiento al tratamiento penitenciario. 5) Cumplimentados los incisos anteriores el expediente será remitido a la dirección del penal que lo derivará a la unidad de tratamiento la que, conforme las indicaciones emanadas por el organismo técnico-criminológico y previa evaluación de la necesidad de intervención de cada unidad del establecimiento, hará las derivaciones correspondientes. En todos los casos los responsables de las unidades que hayan sido indicados para la realización del tratamiento penitenciario, deberán emitir un informe pormenorizado acerca de la evolución del interno. Dicho informe será elaborado cada treinta (30) días y elevado al Consejo Correccional, debiendo ser archivado en el mismo para su consulta. Cuando el interno, por un ingreso anterior como condenado en el Servicio Penitenciario Federal, ya tuviere historia criminológica, ésta deberá ser remitida de inmediato al organismo técnico-criminológico del establecimiento en que aquél se encuentre alojado durante el período de observación, para su incorporación como antecedente de los estudios interdisciplinarios a realizarse".

Esta norma se agrega en carácter complementario de la anterior y especifica todos los pasos que deben seguirse a partir del ingreso del interno al centro de observación durante 48 hs. una vez dictada la sentencia de condena, pero parece ser que no queda muy claro qué debe entenderse por "centro de observación" pues existe el módulo de ingreso donde se puede estar un mes que es el máximo del periodo de observación. De modo que no queda claro qué diferencia existe entre ambos. Por otra parte el inc. 4 hace referencia a las modificaciones que se deben lograr en la personalidad del interno para dar cumplimiento al tratamiento penitenciario. Esto podría conllevar una crítica en cuanto a que podría afectar al principio de reserva y consagrar el derecho penal de autor.

De otro costado, el inc. 5 del art. 13 bis, establece que las unidades o áreas penitenciarias deben elaborar informes cada treinta días acerca de la evolución del tratamiento diagramado para el interno a fin de su evaluación, si bien dicha disposición resulta loable, lo cierto es que advertimos que resultará muy difícil que

dichos informes se puedan llevar a cabo adecuadamente en la práctica debido a la sobrepoblación carcelaria existente y la escasez de recursos con que cuenta la administración penitenciaria[19].

XI. Periodo de tratamiento

El art 14 establece: "En la medida que lo permita la mayor o menor especialidad del establecimiento penitenciario, el período de tratamiento podrá ser fraccionado en fases que importen para el condenado una paulatina atenuación de las restricciones inherentes a la pena. Estas fases podrán incluir el cambio de sección o grupo dentro del establecimiento o su traslado a otro. El período de tratamiento será progresivo y tendrá por objeto el acrecentamiento de la confianza depositada en el interno y la atribución de responsabilidades. El periodo de tratamiento se desarrollará en tres (3) etapas o fases: Fase 1. Socialización. Consistente en la aplicación intensiva del programa de tratamiento propuesto por el organismo técnico-criminológico tendiente a consolidar y promover los factores positivos de la personalidad del interno y a modificar o disminuir sus aspectos disvaliosos. Fase 2. Consolidación. Se iniciará una vez que el interno haya alcanzado los objetivos fijados en el programa de tratamiento para la fase 1. Consiste en la incorporación del interno a un régimen intermedio conforme a su evolución en dicho tratamiento, en el que tendrá lugar una supervisión atenuada que permita verificar la cotidiana aceptación de pautas y normas sociales y la posibilidad de asignarle labores o actividades con menores medidas de contralor. Para ser incorporado a esta fase el interno deberá reunir los requisitos y haber alcanzado los objetivos siguientes: a) Poseer conducta Buena cinco y concepto Bueno cinco; b) No registrar sanciones medias o graves en el último periodo calificado; c) Trabajar con regularidad; d) Estar cum-

[19] Jiménez María - Mansilla Matías "La mentada progresividad del régimen penitenciario ¿En qué consiste la ejecución de la pena privativa de libertad?", publicado el 25/10/2017 en la Revista Jurídica El Dial.com, DC2420, Biblioteca Jurídica On line, Editorial Albrematica S.A., Buenos Aires, 2017.

pliendo las actividades educativas y las de capacitación y formación laboral indicadas en su programa de tratamiento; e) Mantener el orden y la adecuada convivencia; f) Demostrar hábitos de higiene en su persona, en su alojamiento y en los lugares de uso compartido; g) Contar con dictamen favorable del Consejo Correccional y resolución aprobatoria del director del establecimiento. Fase 3. Confianza. Consiste en otorgar al interno una creciente facultad de autodeterminación a fin de evaluar la medida en que internaliza los valores esenciales para una adecuada convivencia social, conforme a la ejecución del programa de tratamiento. Para acceder a esta fase de tratamiento deberá poseer en el último trimestre conducta Muy Buena siete y concepto Bueno seis y darse pleno cumplimiento a los incisos b), c), d), e), f) y g) previstos para la incorporación a la fase 2. El ingreso a esta fase podrá comportar para el interno condenado: a) La carencia de vigilancia directa y permanente en el trabajo que realice dentro de los límites del establecimiento, y/o en terrenos o instalaciones anexos a éste. b) Realizar tareas en forma individual o grupal con discreta supervisión en zona debidamente delimitada. c) Alojamiento en sector independiente y separado del destinado a internos que se encuentran en otras fases del período de tratamiento. d) Ampliación del régimen de visitas. e) Recreación en ambiente acorde con la confianza alcanzada".

El periodo de tratamiento se ha fraccionado entre fases denominadas socialización, consolidación y confianza social que en realidad devienen del decreto 396/99 a partir del art. 14 y que las van detallando incluso con calificaciones en los arts. 15/25 remitiéndome para ello al mismo decreto para evitar repeticiones innecesarias. Quizás lo objetable resulta en cuanto a que la división de las fases es discrecional por parte del establecimiento "en la medida que lo permita la mayor o menor especialidad del establecimiento" dice la norma. Por ende la pregunta que surge es: qué pasa si no se realiza la división en fases y cómo se llegaría al periodo de prueba sin las calificaciones correspondientes.-

XII. Trámite

El art 14 bis expresa: "El ingreso a las diversas fases aludidas en el artículo precedente, deberá ser propuesto por el organismo técnico-criminológico. El Consejo Correccional, previa evaluación de dicha propuesta, emitirá dictamen por escrito. Producido el dictamen, el director del establecimiento deberá resolver en forma fundada. Dispuesta la incorporación del interno en la fase 3, la dirección del establecimiento, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas remitirá las comunicaciones respectivas al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico. En caso de que el interno dejare de reunir alguna de las condiciones selectivas o cometa infracción disciplinaria grave o las mismas sean reiteradas, el director, recibida la información, procederá a la suspensión preventiva de los beneficios acordados en la fase 3, debiendo girar los antecedentes al Consejo Correccional, quien en un plazo no mayor a cinco (5) días, propondrá a qué fase o sección del establecimiento se lo incorporará, comunicando tal decisión al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico".

Según esta disposición agregada a la ley, el ingreso a las distintas fases queda supeditado a la evaluación del organismo técnico-criminológico y el consejo correccional evaluará la propuesta y posteriormente emitirá un dictamen el que pasará al director del establecimiento para su resolución fundada. Esto es, que queda en manos de éste la resolución del pase a la otra fase, sin intervención judicial. Recién después de trascurrido el término de 48hs y dispuesto el pase del interno a la fase tres por parte del director del establecimiento se remiten las comunicaciones al juez de ejecución y el organismo técnico-criminológico. En el supuesto que el condenado cometa alguna infracción o deje de reunir las condiciones selectivas se suspenderá en forma preventiva los beneficios de la fase 3 por parte del director quien girará los antecedentes al Consejo Correccional el que en un plazo no mayor de cinco días propondrá en qué fase o sección se lo incorporará y posteriormente se hará la comunicación al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico. Todo este trámite implica que las decisiones

que tomen al respecto se concentran en el director del establecimiento y que el juez y el organismo técnico-criminológico sólo son informados de las decisiones que toma aquel funcionario administrativo. Esto es objetable por cuanto se concentran las facultades decisorias en este funcionario sin intervención judicial, o mejor dicho, el juez de ejecución sólo recibe una comunicación ante un hecho consumado. Se advierte en todos estos procesos que la supervisión judicial queda en un segundo plano.

XIII. Periodo de prueba

El art. 15 dice: "El periodo de prueba consistirá en el empleo sistemático de métodos de autogobierno y comprenderá sucesivamente: a) La incorporación del condenado a un establecimiento abierto, semiabierto o sección independiente de éste, que se base en el principio de autodisciplina; b) La posibilidad de obtener salidas transitorias del establecimiento; c) La incorporación al régimen de semilibertad. Son requisitos necesarios para el ingreso al período de prueba: 1) Que la propuesta de ingreso al mismo emane del resultado del periodo de observación y de la verificación de tratamiento. 2) Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución: a) Pena temporal sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: la mitad de la condena; b) Penas perpetuas sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal: quince (15) años; c) Accesoria del artículo 52 del Código Penal, cumplida la pena: tres (3) años. 3) No tener causa abierta u otra condena pendiente. 4) Poseer conducta ejemplar y concepto ejemplar. El director del establecimiento resolverá en forma fundada la concesión al ingreso a período de prueba, comunicando tal decisión al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico". Este artículo se amplía en su extensión aunque en realidad se incorporan dispositivos del decreto 396/99.

Este periodo de prueba en realdad está regido por un principio de autodisciplina y el periodo de evolución será examinado ya en el plano real a través de una interrelación directa con el medio

libre. Es evidente que en este estadio se produce una atenuación de las condiciones de encierro carcelarias y por otra parte se propugna la incorporación gradual del condenado al contexto social mediante la inclusión en regímenes de confianza que permiten aumentar sus relaciones con el exterior para una futura preparación adecuada que conduce a la libertad total[20].

Según Cesano la palabra "sucesivamente" incluida en la primera parte de la norma ha llevado a concluir que el interno debe transitar necesariamente el orden sucesivo establecido en este dispositivo, o sea que, previo a la obtención de las salidas transitorias o las semilibertad, debe transcurrir un lapso en un establecimiento o sector basado en el principio de autodisciplina, y que la previa inclusión en este período es requisito indispensable para la incorporación a los mencionados regímenes de confianza[21]. No obstante, se considera que esta interpretación literal de la ley se desvirtuaría en aquellos casos en que, frente a la irregular actividad de la administración, se ajusta judicialmente el régimen progresivo incorporado al condenado en ese período y, al mismo tiempo, a la modalidad de salidas transitorias[22].

El primer requisito está dado por el hecho de que la propuesta de ingreso al período de prueba derive de un resultado del período de observación y de la verificación del tratamiento.

El segundo coincide con el art. 27 del Decreto N° 396/99 y es estar comprendido en los siguientes tiempos mínimos de ejecución: a) pena temporal sin la accesoria del art. 52 del C.P.: la mitad de la condena – el decreto establece un tercio de la condena – es decir que en este sentido, la reforma es más rigurosa. b) Penas perpetúas sin la accesoria del art. 52 del C.P.: quince años – el decreto consigna doce años –, también aquí la reforma es más rigurosa. c) Accesoria del art. 52 del C.P., cumplida la pena: tres años – el

[20] Pinto Ricardo en Zaffaroni Eugenio (dirección)-De Langhe Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, ps. 261/262).

[21] CESANO José "Estudios de Derecho Penitenciario" Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 100, nota 6.

[22] Corbo Pablo - Fusco Lorena "Ejecución de la Pena Privativa de la libertad" en D'alessio Andrés (Director) Divito Mauro (Coordinador), (ob. cit. t. III, p 1273).

decreto habla de cumplida la pena – pasa lo mismo que en los anteriores casos.

El tercero consiste en no tener causa abierta u otra condena pendiente – el decreto establece una puntuación en la conducta: "tener en el último trimestre conducta muy buena ocho y concepto muy bueno siete, como mínimo" –.

El cuarto impone poseer conducta ejemplar y concepto ejemplar.

Queda a cargo del director del establecimiento la concesión al ingreso a período de prueba, mediante resolución fundada que será comunicada al juez de ejecución y al organismo técnico-criminológico – el decreto requería dictamen favorable del Consejo Correccional y resolución favorable del Director del establecimiento –.

XIV. Salidas transitorias

El art. 16 habla de los requisitos para las salidas transitorias: "Las salidas transitorias, según la duración acordada, el motivo que las fundamente y el nivel de confianza que se adopte, podrán ser: I. Por el tiempo: a) Salidas hasta doce (12) horas; b) Salidas hasta veinticuatro (24) horas; c) Salidas, en casos excepcionales, hasta setenta y dos (72) horas. II. Por el motivo: a) Para afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales; b) Para cursar estudios de educación general básica, media, polimodal, superior, profesional y académica de grado o de los regímenes especiales previstos en la legislación vigente; c) Para participar en programas específicos de prelibertad ante la inminencia del egreso por libertad condicional, asistida o por agotamiento de condena, III. Por el nivel de confianza: a) Acompañado por un empleado que en ningún caso irá uniformado; b) Confiado a la tuición de un familiar o persona responsable; c) Bajo palabra de honor. En todos los supuestos, sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos b) y c) del apartado III, las salidas transitorias serán supervisadas por un profesional del servicio social". El texto del presente artículo no difiere del anterior, salvo el agregado del último párrafo.

Las salidas transitorias tienen como objeto preparar al interno para su regreso al mundo exterior y que el mismo no sea abrupto o repentino, sino gradual para contribuir a la meta primigenia que es la resocialización. Este instrumento está dirigido, por un lado a menguar las consecuencias del encierro y por otro a ser el primer paso real en la preparación del condenado para su reintegro social, afianzar y mejorar los lazos familiares y sociales, realizar actividades educativas o participar en programas específicos de prelibertad[23].

El art. 28 del decr. 396/99 regula la periodicidad de las salidas transitorias. De ello surge que podrá incrementarse la duración y frecuencia de los egresos en una relación inversamente proporcional al tiempo que le reste al condenado para cumplir la exigencia temporal prevista para la obtención de su libertad anticipada o definitiva. Esto es, que cuanto más lejana se encuentre la fecha de posible libertad, menor tiempo permanecerá el condenado en el medio externo y lo hará más espaciadamente. La ponderación de los horarios y frecuencias de las salidas transitorias, sólo debe realizarse cuando se trata del afianzamiento de los lapsos familiares o sociales, pues en relación a los demás motivos contemplados por la ley, dicha determinación habrá de ser adoptada de acuerdo con la actividad que desarrolle el condenado extramuros[24].

Con respecto al último párrafo alusivo a que las salidas transitorias serán supervisadas por un profesional del servicio social, se ha considerado que no debe pertenecer al mismo servicio penitenciario para no confundir el rol de controlador y supervisor[25].

XV. Requisitos para acceder al régimen de salidas transitorias y de semilibertad

El art. 17 establece: "Para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad se requiere: I. Estar

[23] Lopez Axel - Machado Ricardo (ob. cit. p. 100).

[24] Idem (ob. cit. p. 100).

[25] Huñis Magalí - Briccolani Guadalupe - Petrone Camila - Pereyra Paulo - Bogado María - Polo Lourdes - Mollis Santiago - Zerbino Larisa (ob. cit. www.pensami entopenal. com.ar)

comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución: a) Penas mayores a diez (10) años: un (1) año desde el ingreso al período de prueba. b) Penas mayores a cinco (5) años: seis (6) meses desde el ingreso al período de prueba. c) Penas menores a cinco (5) años: desde el ingreso al período de prueba. II. No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente, total o parcialmente. III. Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación, durante el último año contado a partir de la petición de la medida. Para la concesión de salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad deberá merituarse la conducta y el concepto durante todo el período de condena, debiendo ser la conducta y el concepto del interno, durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de peticionar la obtención de los beneficios, como mínimo Buena conforme a lo dispuesto por el artículo 102. IV. Contar con informe favorable del director del establecimiento, del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento, respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado. V. No encontrarse comprendido en los supuestos del artículo 56 bis de la presente ley. VI. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados a presentar su propio informe". Esta norma ha recibido una reforma bastante significativa, al extremo que ha cosechado varias críticas.

Se impone que para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad se requiere:

I. Estar comprendido en alguno de los siguientes tiempos mínimos de ejecución: a) Penas mayores a diez (10) años: un (1) año desde el ingreso al período de prueba – en la norma anterior se

exigía una pena temporal sin la accesoria del art. 52 del C.P que abarcaba la mitad de la condena –. b) Penas mayores a cinco (5) años: seis (6) meses desde el ingreso al período de prueba – penas perpetuas sin la accesorio del art. 52 del C.P: quince años decía la norma anterior –. c) Penas menores a cinco (5) años: desde el ingreso al período de prueba – accesoria del art. 52 del C.P cumplida la pena: tres años, determinaba el artículo anterior –.

II. No tener causa abierta donde interese su detención u otra condena pendiente, total o parcialmente – en este aspecto el requisito no ha cambiado salvo el agregado de "total o parcialmente" –.

III. Poseer conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación, durante el último año contado a partir de la petición de la medida. Para la concesión de salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad deberá merituarse la conducta y el concepto durante todo el período de condena, debiendo ser la conducta y el concepto del interno, durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de peticionar la obtención de los beneficios, como mínimo Buena conforme a lo dispuesto por el art. 102 – el anterior dispositivo requería la posesión de conducta ejemplar o el grado máximo susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación –.

IV. Contar con informe favorable del director del establecimiento, del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento, respecto de su evolución y sobre el efecto beneficioso que las salidas o el régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado – anteriormente se requería el merecimiento por parte del organismo técnico - criminológico y del consejo correccional del establecimiento, concepto favorable respecto a la evolución del interno y respecto también al efecto beneficioso que la salida o régimen de semilibertad puedan tener para el futuro personal, familiar y social del condenado –.

V. No encontrarse comprendido en los supuestos del art. 56 bis de la presente ley[26], norma que se analizará ut-retro.

[26] Art. 56 bis: "No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el

VI. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el art. 128 tercer párrafo[27], 129 segundo párrafo[28] y 131[29] del Código Penal, antes de adoptar una decisión, se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados a presentar su propio informe.

---

período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los artículos 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal.
6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace. 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero. Los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los artículos 35, 54 y concordantes de la presente ley".

[27] El art. 128 tercer párrafo: "…Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años".

[28] Art. 129 segundo párrafo: "…Sí los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatros años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratare de un menor de trece años".

[29] El art. 131: "Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, conectare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito con la integridad sexual de la misma".

La modificación de esta norma ha recibido la justa crítica de los integrantes que participaron en un dictamen elaborado por el Área de cárceles de la Asociación Pensamiento Penal[30] al respecto dicen: "La principal consecuencia en relación con la libertad condicional es que, excepto en los casos de delitos menores a 5 años (en los que la incorporación a las salidas transitorias es contemporánea al periodo de prueba), el acceso a la libertad condicional sería ANTES que las salidas transitorias. Por lo tanto, en todas las penas superiores a 5 años, el acceso a la libertad no será de forma gradual. Obsérvese que para el periodo de prueba se requiere el cumplimiento de 2/3 [en realidad el art. 15 estipula la mitad de la condena] de la pena (entre otras exigencias), mismo tiempo que prevé el art. 13 del CP para acceder a la libertad condicional. En efecto, egresaran en libertad condicional sin haber egresado transitoriamente desconociendo de ese modo el carácter progresivo de la ejecución de la pena. Agrega que se debe tener conducta ejemplar diez durante el último año desde que se piden las salidas transitorias y durante al menos 2/3 de la condena debe ser bueno el concepto y la conducta. La consecuencia es que en los casos de condenas altas, las salidas transitorias sean usufructuadas luego de un prolongado tiempo de encierro y en aquellas condenas cortas no se acceda a las salidas transitorias porque su corta duración dificulta alcanzar esa calificación. Elimina la posibilidad de acceder a estos institutos a quienes se encuentren cumpliendo condena por los delitos del art. 56 bis de la ley, reduciendo así en gran medida la cantidad de condenados que podrían lograr su acceso. Agrega a la víctima como parte capaz de proponer "peritos especialistas". También habilita al condenado/a a proponer perito de parte". Las observaciones hechas a lo que entonces era un proyecto – que luego se convierte en esta ley – son acertadas pues hay un desfasaje en el texto con la anterior redacción, que si bien no era la óptima, por lo menos ya existía doctrina y jurisprudencia a la cual se podía apelar para la correcta aprehensión de su contenido.

[30] Huñis Magalí - Briccolani Guadalupe - Petrone Camila - Pereyra Paulo - Bogado María - Polo Lourdes - Mollis Santiago - Zerbino Larisa (ob cit. www.pensamie ntop enal.com.ar

XVI. Modalidades

El art. 18 expresa: "El director del establecimiento, por resolución fundada, propondrá al juez de ejecución o juez competente la concesión de las salidas transitorias o del régimen de semilibertad, propiciando en forma concreta: a) El lugar o la distancia máxima a la que el condenado podrá trasladarse. Si debiera pasar la noche fuera del establecimiento, se le exigirá una declaración jurada del sitio preciso donde pernoctará. En estos supuestos se deberá verificar y controlar fehacientemente la presencia del interno en el lugar de pernocte; b) Las normas que deberá observar, con las restricciones o prohibiciones que se estimen convenientes; c) El nivel de confianza que se adoptará". Este precepto no ha recibido mayores cambios salvo la frase: "En estos supuestos se deberá verificar y controlar fehacientemente la presencia del interno en el lugar de pernocte".

El régimen de salidas transitorias debe ser propuesto por el director del establecimiento penitenciario mediante una resolución fundada ante el juez de ejecución o el competente para intervenir en estas cuestiones. Ello de acuerdo a lo establecido por el art. 35 el decreto 396/99. El juez es el que resuelve concediendo o rechazando el beneficio y estableciendo las normas que debe acatar el condenado al régimen de salidas transitorias. La propuesta hecha por el director del establecimiento penitenciario no resulta vinculante para el juez que puede rechazarla en un todo o en parte o también modificarla. Desde luego que esta resolución debe estar motivada y no discrecional, pues son las autoridades del establecimiento penitenciario las que tienen inmediato contacto con el interno y pueden apreciar de primera mano la conducta desempeñada por aquél para obtener o no el régimen de salidas transitorias.

Se le ha agregado la frase "En estos supuestos se deberá verificar y controlar fehacientemente la presencia del interno en el lugar de pernocte" a los efectos de controlar que realmente el interno en su salida transitoria o semilibertad se encuentre pernoctando en el lugar que ha juramentado estar.

XVII. Incumplimiento

El art. 19 dice: "Corresponderá al juez de ejecución o juez competente disponer las salidas transitorias y el régimen de semilibertad, previa recepción de los informes fundados del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento y la verificación del cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 17. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, concepto y dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena. El juez en su resolución indicará las normas que el condenado deberá observar y suspenderá o revocará el beneficio si el incumplimiento de las normas fuere grave o reiterado. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el art. 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal continuará la intervención prevista en el art. 56 ter de esta ley. Al implementar la concesión de las salidas transitorias y del régimen de semilibertad se exigirá el acompañamiento de un empleado o la colocación de un dispositivo electrónico de control, los cuales sólo podrán ser dispensados por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución". En esta norma se han incorporado mayores requisitos en cuanto a los informes, acompañamiento y dispositivos electrónicos.-

Si bien es materia excluyente del juez de ejecución o juez competente disponer de las salidas transitorias y el régimen de semilibertad, dichas decisiones estarán supeditadas a la recepción de los informes del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del Establecimiento, amén de verificarse el cumplimiento de lo prescripto por el art. 17 de la ley. El informe que se le brinda al juez debe contener ciertos parámetros de conductas, conceptos y dictámenes criminológicos que van desde el comienzo de ejecución de la pena. El juez tendrá la facultad, en base a todos estos antecedentes a indicar las normas de conductas que deberá observar el condenado y en caso de no cumplirse revocar o suspender el beneficio. Se agrega que en los supuestos de los condenados por los delitos mencionados en la norma – algunos delitos

contra la integridad sexual – el interno será acompañado por un empleado del establecimiento carcelario y se le colocará un dispositivo electrónico de control lo cual podrá ser dispensado por decisión judicial contando con un informe favorable del organismo de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. Las críticas recaen nuevamente sobre la supremacía de la intervención del establecimiento penitenciario por sobre las decisiones judiciales. Aunque, honesto es reconocerlo que justamente los organismos que intervienen en el establecimiento tienen un contacto más estrecho con el interno en forma cotidiana lo que concede un plus de conocimiento sobre las actitudes de aquél, que el juez de ejecución quien sólo recibe esos informes. Pero, vale la pena también resaltar que dichos informes muchas veces no revelan en forma objetiva las situaciones de los internos que se transmiten al juez, situación que si bien es reconocida, es difícil solución.

XVIII. Supervisión

El art. 20 dispone: "Concedida la autorización judicial, el director del establecimiento quedará facultado para hacer efectivas las salidas transitorias o la semilibertad e informará al juez sobre su cumplimiento. El director deberá disponer la supervisión a cargo de profesionales del servicio social". La redacción es similar a la anterior salvo por el cambio de la palabra "podrá" por "deberá" en el último párrafo.-

Esta norma debe interpretarse en el sentido de que a partir de la autorización judicial el director del establecimiento puede hacer efectiva la salida transitoria del interno y en ningún caso debe prescindir de ella. O sea, que no significa que la efectivización de la salida queda bajo el criterio discrecional del director de la unidad, sino que debe acatar la orden judicial y debe mantener informado al juez sobre todas las circunstancias del régimen establecido para poder verificar la continuación, modificación o revocación de las salidas transitorias o las semilibertad[31]. La su-

[31] Pinto Ricardo en Zaffaroni Eugenio (dirección)-De Langhe Marcela

pervisión a cargo de los profesionales del servicio social la deberá disponer el director del establecimiento. Anteriormente se consideraba que no se trataba de un control o vigilancia, pues de esa manera se contradecía con el principio de autodisciplina en que se basaba la modalidad de salidas transitorias. Pero al suplantar la palabra "podrá" – facultativo – por "deberá" – imperativo – se troca en un verdadero control o vigilancia.

XIX. Semilibertad

El art. 23 expresa: "La semilibertad permitirá al condenado trabajar fuera del establecimiento sin supervisión continua, en iguales condiciones a las de la vida libre, incluso salario y seguridad social, regresando al alojamiento asignado al final de cada jornada laboral. Para ello, deberá tener asegurado, con carácter previo una adecuada ocupación o trabajo, reunir los requisitos del artículo 17 y no encontrarse comprendido en las excepciones del artículo 56 bis". El texto varía en el último párrafo que restringe esta posibilidad a las excepciones comprendidas en el art. 56 bis.

La semilibertad es un instituto que le otorga al interno la posibilidad poder desarrollar extramuros una actividad laboral como si se tratara de un hombre libre y constituye un régimen de confianza que tiene como efecto aminorar el efecto de la institucionalización y prepararlo para una reinserción a la sociedad. Para acceder a ello debe tener asegurado con carácter previo un trabajo u ocupación y que se observan las exigencias del art. 17. Esto debe asociarse con lo establecido por el art. 32 del decreto 396/99[32]. Pero

(coordinación) (ob. cit. t. 15, p. 273).

[32] Art. 32: "Para la incorporación al Régimen de Semilibertad se requerirá una información a cargo de la Sección Asistencia Social en la que se constate: a) Datos del empleador, si correspondiere; b) Naturaleza del trabajo ofrecido c) Lugar y ambiente donde se desarrollarán las tareas; d) Horario a cumplir; e) Retribución y forma de pago, según disposiciones del artículo 122 de la LEY Nº 24.660. El Asistente Social que realice la constatación acerca del trabajo ofrecido, emitirá su opinión fundada sobre la conveniencia de la propuesta a los efectos de su valoración por el Consejo Correccional según lo previsto en el artículo 34, inciso e)".

esta posibilidad está vedada para los casos contemplados en el art. 56 bis., circunstancia que se verá ut-retro.

XX. Requisitos

El art. 23 bis dice: "Para la incorporación al régimen de semilibertad se requerirá una información a cargo de la Sección Asistencia Social en la que se constate: a) Datos del empleador; b) Naturaleza del trabajo ofrecido; c) Lugar y ambiente donde se desarrollarán las tareas; d) Horario a cumplir; e) Retribución y forma de pago. El asistente social que realice la constatación acerca del trabajo ofrecido, emitirá su opinión fundada sobre la conveniencia de la propuesta a los efectos de su valoración por el Consejo Correccional". Esta es una norma nueva que indica que en la sección de asistencia social deben constar los datos del empleador, naturaleza de trabajo, lugar o espacio físico donde se desarrollan las tareas, horario, retribución de forma de pago. Esto en realidad ya está contemplado en el mencionado art. 32 del Decreto N° 396/99.

XXI. Evolución del tratamiento

El art. 27 refiere: "La verificación y actualización del tratamiento a que se refiere el art. 13, inc. d), corresponderá al organismo técnico-criminológico y se efectuará, como mínimo, cada seis (6) meses. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, los profesionales del equipo especializado del establecimiento deberán elaborar un informe circunstanciado dando cuenta de la evolución del interno y toda otra circunstancia que pueda resultar relevante".

La primera parte del artículo hace una referencia al art. 13 inc. d) y se hace una verificación y actualización del tratamiento por parte del organismo técnico-criminológico que se realiza con mínimo cada seis meses, lo que implica una verificación dinámica y

no estática. Como en otros artículos de la ley – 17, 19 y en el presente – se observa en toda la reforma que se han suplantado los delitos de los arts. 119 segundo y tercer párrafo, 120 y 125 que se modifican por los arts. 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131, todos del Código Penal. Francamente, no se comprende ni se fundamenta tal reforma, y el criterio por el cual fueron modificados. En todos los casos se trata de delitos contra la integridad sexual. Salvo la restricción que impone el art. 56 bis. de la presente ley. Mas la sustitución por los arts. 128, 3º párr., 129 2º párr., y 131 no tiene mayor relevancia desde el punto de vista punitivo, pues el primero conlleva una pena que va de un mes a tres años de prisión, el segundo tiene prevista una pena de seis meses a cuatro años de prisión y el tercero, pena de uno a cuatro años de prisión. Penas de corta duración y que seguramente no ameritaran ni siquiera una prisión preventiva, mucho menos una condena con pena privativa de la libertad.

XXII. Periodo de libertad condicional

El art. 28 estipula: "El juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico, del Consejo Correccional del establecimiento y de la dirección del establecimiento penitenciario que pronostiquen en forma individualizada su reinserción social. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, el concepto y los dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el art. 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escucharlo si desea hacer alguna manifestación. También se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal, que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno

y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe. Al implementar la concesión de la libertad condicional, se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución. Con el pedido del interno se abrirá un expediente en el que se deberán consignar: a) Situación legal del peticionante de acuerdo a la sentencia condenatoria, la pena impuesta, su vencimiento, fecha en que podrá acceder a la libertad condicional y los demás antecedentes procesales que obren en su legajo; b) Conducta y concepto que registre desde su incorporación al régimen de ejecución de la pena y de ser posible la calificación del comportamiento durante el proceso; c) Si registrare sanciones disciplinarias, fecha de la infracción cometida, sanción impuesta y su cumplimiento; d) Posición del interno en la progresividad del régimen detallándose la fecha de su incorporación a cada período o fase; e) Informe de la Sección de Asistencia Social sobre la existencia y conveniencia del domicilio propuesto; f) Propuesta fundada del organismo técnico-criminológico, sobre la evolución del tratamiento basada en la historia criminológica actualizada; g) Dictamen del Consejo Correccional respecto de la conveniencia de su otorgamiento, sobre la base de las entrevistas previas de sus miembros con el interno de las que se dejará constancia en el libro de actas. El informe del Consejo Correccional basado en lo dispuesto en el artículo anterior se referirá, por lo menos, a los siguientes aspectos del tratamiento del interno: salud psicofísica; educación y formación profesional; actividad laboral; actividades educativas, culturales y recreativas; relaciones familiares y sociales; aspectos peculiares que presente el caso; sugerencia sobre las normas de conducta que debería observar si fuera concedida la libertad condicional. El pronóstico de reinserción social establecido en el Código Penal podrá ser favorable o desfavorable conforme a la evaluación que se realice y a las conclusiones a las que se arriben respecto a su reinserción social para el otorgamiento de la libertad condicional. Sin perjuicio de otras causas que aconsejen dictamen desfavorable res-

pecto de su reinserción social, deberá ser desfavorable: 1) En el caso de encontrarse sujeto a proceso penal por la comisión de nuevos delitos cometidos durante el cumplimiento de la condena; 2) En el caso de no haber alcanzado la conducta y concepto del interno la calificación como mínimo de Buena durante al menos las dos terceras partes de la condena cumplida al momento de peticionar la obtención de la libertad condicional. Con la información reunida por el Consejo Correccional y la opinión fundada del director del establecimiento sobre la procedencia del pedido, éste remitirá lo actuado a consideración del juez de ejecución. El interno será inmediatamente notificado bajo constancia de la elevación de su pedido al juez de ejecución". La primera parte del precepto es similar al anterior art. 28 modificado por la Ley N° 26.813, salvo en lo concerniente a la sustitución de los arts. 119, 2º y 3º párr., 120 y 125 del C.P. por los arts. 128 3º párr., 129 2º párr. y 131 del C.P..

Al decir de De la Fuente - Salduna la libertad condicional se erige en la esencia de la etapa final del régimen de progresividad permitiendo al condenado recuperar la libertad antes del vencimiento de la pena, sometiéndose al cumplimiento de determinadas condiciones que establece el art. 13 del C.P.. Con esta liberación anticipada se da como una especie de premio a aquella persona que demostró una evolución satisfactoria en el régimen carcelario y paralelamente se lo incentiva a continuar observando una buena conducta en el ámbito libre, orientado todo ello a la prevención especial. Se ha entendido en forma prácticamente unánime en la doctrina que la libertad condicional no es una simple gracia o beneficio excepcional que se le concede al condenado, sino que una vez cumplidos ciertos parámetros legales se convierte en un derecho que no puede ser negado en forma discrecional por el juez. Por otra parte, el hecho de que cese el régimen carcelario, en el sentido que el interno recupera efectivamente su libertad, forma parte del cumplimento de la pena porque el cumplimento de ciertas condiciones o reglas de conducta impuestas, también constituyen penas[33].

[33] De La Fuente Javier-Salduna Mariana en Zaffaroni Eugenio (direc-

De acuerdo a lo que dispone el art. 13 del C.P. el condenado para acceder a este derecho primariamente debe cumplir una parte considerable de la pena. Treinta y cinco años para los condenados a reclusión o prisión perpetua, dos tercios de la pena para los condenados a reclusión o prisión por más de tres años y un año de reclusión y ocho meses de prisión para los condenados a reclusión o prisión por tres años o menos observando con regularidad los reglamentos carcelarios – art. 100 de la ley de ejecución penal –. El juez tiene la facultad de comprobar la verdadera entidad de las faltas sin que la opinión de los organismos técnicos resulte vinculante. Aunque el contacto permanente del interno con estos organismos técnicos debe ser oído por el juez quien para apartarse de este tipo de informes debe esgrimir razones valederas.

Los comentarios más adversos se centran en los siguientes ítems: a) se modifica el Código Penal al establecer más requisitos que los previstos para el otorgamiento de la libertad condicional en el art. 13. b) la dirección del establecimiento carcelario no sería un órgano especializado a los fines de pronosticar la reinserción. c) se agrega la creación de un expediente con "la situación legal de acuerdo a la sentencia condenatoria, la pena, el vencimiento y demás antecedentes procesales; conducta, concepto y calificación del comportamiento durante el proceso; sanciones disciplinarias; posición en el régimen de progresividad; informe de asistencia social sobre el domicilio propuesto; propuesta del organismo técnico criminológico sobre la evaluación del tratamiento; dictamen del Consejo Correccional". No se propone una forma eficaz de relevar toda esta información en 45 días para así evitar demoras y una burocratización del derecho a la libertad condicional, el que podrá ser frustrado ante las habituales dilaciones en la obtención de dicha información. Ello teniendo en cuenta la desproporción entre la población carcelaria y el personal penitenciario y judicial a cargo. d) establece que el dictamen del Consejo Correccional deberá ser desfavorable: en caso de tener otro proceso penal por nuevos delitos cometidos durante el cumplimiento de la condena; no haber alcanzado la calificación como mínimo buena en el con-

ción)-De Langhe Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, p. 363).

cepto y la conducta, durante los últimos 2/3 de la condena o manifieste conductas que permitan suponer verosímilmente que cometerá nuevos delitos o participará de organizaciones delictivas. Este último punto resulta sumamente discrecional y no tiene ningún sustento científico ni jurídico en el que sostenerse. Por el contrario, acentúa la caracterización de la persona como delincuente –derecho penal de autor – y su estigmatización en contra del principio resocializador[34]. Todas estas objeciones se patentizan en el contexto de esta norma en un tema tan sensible como la obtención de la libertad condicional que debería regirse básicamente por la ley de fondo y no que ésta se desvirtúe o contravenga principios de aquélla.

XXIII. Trámite

El art. 29 bis establece: "A partir de los cuarenta y cinco (45) días anteriores al plazo establecido en el Código Penal el interno podrá iniciar la tramitación de su pedido de libertad condicional, informando el domicilio que fijará a su egreso".

Esta nueva norma se incorpora en la ley no es otra cosa que la contenida en el art. 40 del Decreto N° 396/99, sin el último párrafo: "A partir de los cuarenta y cinco (45) días anteriores al plazo establecido en el Código Penal el interno podrá iniciar la tramitación de su pedido de libertad condicional, informando el domicilio que fijará a su egreso. La firma del interno o la impresión de su dígito pulgar deberán ser autenticadas por la autoridad penitenciaria pertinente".

XXIV. Tuición

El art. 31 bis consigna: "Cada caso será colocado desde su iniciación hasta su cierre bajo la tuición de un asistente social de la ins-

[34] Huñis Magalí - Briccolani Guadalupe - Petrone Camila - Pereyra Paulo - Bogado María - Polo Lourdes - Mollis Santiago - Zerbino Larisa (ob. cit. www.pensamien topenal. com.ar)

titución, responsable de la coordinación y seguimiento de las acciones a emprender, quien actuará junto con un representante del patronato de liberados o, en su caso, con organismos de asistencia post penitenciaria u otros recursos de la comunidad cuya oportuna colaboración deberá solicitar. El Programa de Prelibertad se iniciará con una entrevista del interno con el asistente social designado, quien le notificará, bajo constancia, su incorporación al programa y le informará sobre el propósito del mismo, orientándolo y analizando las cuestiones personales y prácticas que deberá afrontar al egreso, con el objeto de facilitar su reincorporación a la vida familiar y social. A dicha entrevista se invitará a participar al representante del patronato de liberados o de organismos de asistencia post penitenciaria o, en su caso, de otros recursos de la comunidad".

Se establece la tuición de un asistente social del servicio penitenciario en el programa de pre-libertad y la posibilidad de que participen de la entrevista el representante del patronato de liberados, de organismos de asistencia pos-penitenciaria o de otros recursos de la comunidad.

XXV. Competencia

El art. 33 dice: "La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente. En los supuestos a), b) y c) del art. 32, la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social. La pena domiciliaria prevista en el artículo 10 del Código Penal, o cualquier medida sustitutiva o alternativa a cumplirse total o parcialmente fuera de los establecimientos penitenciarios, será dispuesta por el juez de ejecución o juez competente y supervisada en su ejecución por el patronato de liberados o un servicio social calificado, de no existir aquél. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los arts. 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal se requerirá un informe del equipo especializado pre-

visto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución, que deberán evaluar el efecto de la concesión de la prisión domiciliaria para el futuro personal y familiar del interno. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe. Al implementar la concesión de la prisión domiciliaria se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución".

Los informes médicos aludidos por la norma se hacen necesarios pues el juez debe acudir a ellos para poder adoptar una resolución ajustada a derecho y a las circunstancias personales del interno. En el caso de que éste sufra una enfermedad terminal o una discapacidad que no pueda ser tratada en el servicio penitenciario, es de capital importancia tener el informe del cuerpo médico forense o de otro servicio sanitario apto para dichos menesteres. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad. Habilita a la víctima a proponer peritos especialistas para presentar su propio informe pero no establece el valor del mismo, aunque de acuerdo a la ley de protección a las víctimas de los delitos estimo que dado el protagonismo que ha cobrado la misma, debe ser atendida en sus reclamos ponderando acabadamente y con prudencia los mismos.

Como se advierte, la reforma introducida por la Ley N° 27.375 establece que en los casos de personas condenadas por los delitos previstos en los artículos 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del CP resultará necesario requerir un informe del equipo especializado para atender esta clase de delitos – contra la integridad sexual – y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución, quienes deben evaluar la concesión de la prisión domiciliaria para el futuro personal y familiar del interno. Ahora bien, deja sin efecto el texto anterior en el que se incluía a aquellos delitos previstos en los arts. 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del C.P., sin tener en cuenta algunos supuestos en los podría concederse la prisión domiciliaria – por ejemplo por razones de salud

del penado – si la víctima se emigró al extranjero, falleció o simplemente se mudó de la ciudad donde ocurrió el hecho.

XXVI. Revocación

El art. 34 expresa: "El juez de ejecución o juez competente revocará la detención domiciliaria cuando el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado o cuando los resultados de la supervisión efectuada así lo aconsejaren o cuando se modificare cualquiera de las condiciones y circunstancias que dieron lugar a la medida". La primera parte de la norma no recibe modificaciones y se agrega una tercera condición "cuando se modificare cualquiera de las condiciones y circunstancias que dieron lugar a la medida".

Originalmente las causales que en forma taxativa daban lugar a la revocación de la prisión domiciliaria eran: a) el egreso injustificado del domicilio fijado por el interno para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad; b) cuando los resultados de la supervisión así lo aconsejen. En el primer caso, es natural que el condenado debe cumplir con la obligación de permanecer en su domicilio y sólo puede ausentarse por razones fundadas que hayan sido tomadas en consideración por el juez, o sea, una autorización previa. Aunque, pueden darse causas de fuerza mayor, por ej. una situación médica de urgencia que por ser tal no ha podido comunicarse en forma previa y compele al traslado urgente del detenido al centro asistencial, lo cual debe acreditarse posteriormente. La segunda causa está referida, por ej. al supuesto en el cual el lugar fijado para el cumplimiento del arresto domiciliario ha dejado de ser apto. En dicho caso, antes que el juez resuelva, se podría solicitar un nuevo domicilio, someterlo a verificaciones y consecuentemente, cambiarlo[35]. Con la reforma se ha agregado una nueva causal para la revocación de la prisión domiciliaria que consiste en "cuando se modificare cualquiera de las condiciones y circuns-

[35] Pinto Ricardo en Zaffaroni Eugenio (dirección)-De Langhe Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, p. 290)

tancias que dieron lugar a la medida". Frase bastante indefinida que da lugar a un abanico de posibilidades bastante amplio y que puede implicar algún tipo de medida discrecional, lo cual constituye un elemento que debe utilizarse con suma prudencia y más precisión. "Esta disposición se torna cuestionable en el caso de que el otorgamiento de la prisión domiciliaria se disponga porque la mujer está embarazada o posee un niño menor de cinco años. En estos casos, la separación madre/hijo podría implicar una vulneración a la Convención Internacional de los Derechos del Niño y el interés superior del niño"[36].

XXVII. Prisión discontinua y semidetención

El art. 35 dice: "El juez de ejecución o competente, a pedido o con el consentimiento del condenado, podrá disponer la ejecución de la pena mediante la prisión discontinua y semidetención cuando, no encontrándose incluido en los delitos previstos en el art. 56 bis: a) Se revocare la detención domiciliaria; b) Se convirtiere la pena de multa en prisión, según lo dispuesto en el art. 21, párrafo 2 del Código Penal; c) Se revocare la condenación condicional prevista en el artículo 26 del Código Penal por incumplimiento de las reglas de conducta establecidas en el artículo 27 bis del Código Penal; d) Se revocare la libertad condicional dispuesta en el artículo 15 del Código Penal, en el caso en que el condenado haya violado la obligación de residencia". Este artículo no ha recibido mayores reformas salvo la exclusión de la prisión discontinua o semidetención por el famoso art. 56 bis y la eliminación del inc. e) que contemplaba el caso de la pena privativa de la libertad, al momento de la sentencia definitiva, no sea mayor de seis meses de efectivo cumplimiento.

El supuesto de la prisión discontinua o la semidetención aluden a modalidades de cumplimientos de la pena privativa de la libertad que implican la presencia del condenado en el establecimiento por

[36] Huñis Magalí - Briccolani Guadalupe - Petrone Camila - Pereyra Paulo - Bogado María - Polo Lourdes - Mollis Santiago - Zerbino Larisa (ob. cit. www.pensa mientopen al.com.ar)

lapsos alternados y en el otro requiere su permanencia continua en el mismo con el goce de egreso diarios por un término determinado. Se explica que en consideración a que ambos institutos implican un grado de máxima confianza y autodisciplina por parte del interno, al mismo tiempo, no son generados en función del régimen progresivo, no resulta nítida la participación en estos casos del tratamiento de reinserción social. Así el interno cumplirá solamente durante el tiempo en que permanezca intramuros con las normas que regulan la convivencia, la disciplina y el trabajo, entendiéndose a este último como el destinado a cubrir las necesidades mínimas ya sea y orden del lugar de alojamiento[37].

La principal preeminencia de estas medidas alternativas se finca en que el interno puede mantener sus relaciones familiares y sociales durante los momentos de libertad, lo cual evita separarse de su medio social.

Las dos modalidades previstas deben ser pedidas por el interesado o en su defecto prestar su consentimiento para que se materialice.

El inc. a) se refiere a la revocación de la prisión domiciliaria cualquiera sea el motivo por el cual se hubiese otorgado. El inc. b) habla de la conversión de la multa en prisión lo cual trae aparejado la posibilidad que ante el incumplimiento del condenado del pago de la multa fijada en la sentencia, se convierta la pena de multa en prisión – art. 21, párr. 2º del C.P. –. Se ha considerado que ante la dudosa constitucionalidad que implica la conversión en prisión de la pena de multa, y a la naturaleza esencialmente retributiva que conllevaría su ejecución, la aplicación de las modalidades alternativas resultan acertadas[38]. El inc. c) indica otro de los supuestos de procedencia de la revocación de la condenación condicional – art. 26 del C.P. – por incumplimiento de las reglas de conductas fijadas – art. 27 bis. del C.P. – con lo que se quiere evitar la imposición de prisión efectiva de acuerdo con los fines de prevención especial que rigen en la ejecución de la pena y el principio consa-

[37] Lopez Axel - Machado Ricardo (ob. cit. ps. 157/158)

[38] Idem. (ob. cit. p. 159)

grado de que la prisión resulta la ultima ratio[39]. Finalmente, el inc. d) prevé que se revoca la libertad condicional dispuesta en el art. 15 del C.P. por haberse quebrantado la obligación de residencia. Se ha considerado que tratándose de un interno que ha alcanzado el último peldaño del régimen progresivo, indicativo de un proceso de reinserción social adecuado, resulta positivo la posibilidad que expone la norma para evitar un nuevo encarcelamiento, aunque el juez debe merituar con suma prudencia las razones del incumplimiento, analizando las prácticas laborales del condenado y la contención familiar[40]. Se elimina el inc. e) y se deja fuera del sistema de prisión discontinua o semidetención a los casos comprendidos en el art. 56 bis., adelantamos la dudosa constitucionalidad de éste. Respecto a esta última cuestión se ha sostenido acertadamente que: "Tal supresión reduce la posibilidad de aplicación de estos mecanismos – ya de por sí poco usados – que constituyen una alternativa válida que menguan o disminuyen el rigor en la ejecución del encierro carcelario clásico, como un medio de tutelar el denominado principio de no marginación, máxime para aquellas situaciones en las cuales por el escaso monto de la pena impuesta la prisión clásica resulta innecesaria y contraproducente. Asimismo se reduce también notablemente la chance de emplear el instituto del trabajo para la comunidad (art. 50 de la ley 24.660) ya que sólo se torna aplicable por la causal prevista en el inciso "b" del artículo 35."[41].

XXVIII. Implementación

El art. 45 prevé: "El juez de ejecución o juez competente determinará, en cada caso, mediante resolución fundada, el plan de ejecución de la prisión discontinua o semidetención, los horarios de presentación obligatoria del condenado, las normas de conducta

[39] Corbo Pablo - Fusco Lorena en D'alessio Andrés (Director) Divito Mauro (Coordinador), (ob. cit. t. III, p. 1293)

[40] Lopez Axel - Machado Ricardo (ob. cit. p. 160)

[41] Jiménez María - Mansilla Matías "La mentada…", (ob. cit. El Dial.com, DC2420)

que se compromete a observar en la vida libre y la obligación de acatar las normas de convivencia de la institución, disponiendo la supervisión que considere conveniente, debiendo asimismo solicitar informes al empleador a fin de evaluar su desempeño profesional. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el art. 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, al implementar la concesión de la prisión discontinua o semidetención, se exigirá el acompañamiento de un empleado o la colocación de un dispositivo electrónico de control. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe".

La primera parte del artículo rige como la anterior en el sentido que es el juez quien fija un plan de ejecución de las dos modalidades alternativas, así también como las normas de conductas que el condenado debe observar en la vida libre. En realidad, la ley no enuncia cuáles son dichas pautas por lo que queda a criterio del juez establecer aquéllas que considere conveniente, obviamente, dentro de un criterio de prudencia y razonabilidad. Se podrían utilizar las pautas que se fijan habitualmente para las salidas transitorias. Se le ha agregado otro requisito que debe ejecutar el juez, como es el de solicitar informes al empleador a fin de evaluar su desempeño profesional. Esto se lo ha objetado porque constituye un exceso del poder jurisdiccional pues el juez no tiene facultad para evaluar el desempeño laboral del interno.

Por lo demás se incorpora el consabido caso de las personas condenadas por los delitos indicados contra la integridad sexual con el acompañamiento de un empleado del servicio penitenciario o la colocación de un dispositivo electrónico, además de la intervención de la víctima, como en otros casos que se han visto.

XXIX. Impedimentos al acceso de la libertad asistida

El art. 54 consigna: "La libertad asistida permitirá al condenado por algún delito no incluido en el artículo 56 bis y sin la accesoria del artículo 52 del Código Penal, el egreso anticipado y su reinte-

gro al medio libre tres (3) meses antes del agotamiento de la pena temporal. En los supuestos comprendidos en el artículo 56 bis se procederá de acuerdo con las disposiciones del 56 quáter. El juez de ejecución o juez competente, a pedido del condenado y previo los informes del organismo técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento, podrá disponer la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida siempre que el condenado posea el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación. El juez de ejecución o juez competente deberá denegar la incorporación del condenado a este régimen si se encontrare comprendido en las excepciones del artículo 56 bis. El juez de ejecución o juez competente deberá denegar la incorporación del condenado a este régimen cuando considere que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado, la víctima o la sociedad. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escucharlo si desea hacer alguna manifestación. También se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal, que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe. Al implementar la concesión de la libertad asistida, se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual sólo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe favorable de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución". La libertad asistida está restringida para los casos contenidos en el art. 56 bis y en aquellos supuestos que no tengan la accesoria del art. 52 del C.P.. Por otra parte, el egreso anticipado al medio libre se reduce de seis meses a tres meses antes del agotamiento de la pena temporal.

La libertad asistida consiste en un beneficio que le permite al interno condenado con pena privativa de la libertad sin la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52

del C.P. al que se le agrega los delitos contemplados en el art. 56 bis de esta ley, a egresar del establecimiento penitenciario tres meses antes – antes se establecía seis meses – de la fecha de vencimiento de la pena fijada, como así también para aquellas personas que no pueden obtener la libertad condicional por algún motivo. Se trata, a decir verdad, de una incentivación motivadora para el interno durante el cumplimiento de la pena a fin de que trate de alcanzar objetivos propios del tratamiento penitenciario.

El trámite consiste en que el juez de ejecución o juez competente, que reciba el pedido de libertad asistida por parte del condenado será informado por el organismo y técnico-criminológico y del Consejo Correccional del establecimiento y podrá disponer la incorporación del condenado al régimen de libertad asistida en la medida que el condenado posea el grado máximo de conducta susceptible de ser alcanzado según el tiempo de internación. Esta última frase ha recibido algunas críticas, que comparto, en cuanto a que la redacción es confusa en razón de que "el grado de conducta" no se mide en relación al tiempo de detención y además no queda claro quién establece cuál es el grado máximo[42].

Otro párrafo que se ha objetado es el del supuesto de que la libertad asistida puede ser denegada por el juez "cuando considere que el egreso puede constituir un grave riesgo para el condenado, la víctima o la sociedad". Se ha considerado, ya con la anterior redacción que esta limitación se basaba en un concepto de "peligrosidad" y por consiguiente se lo tachaba de inconstitucional, por su imprecisión y por ser característica del derecho penal de autor y no de acto[43]. Aunque también se la defendió por considerársela una elección del legislador en base a un punto de vista política criminal, para establecer el límite a beneficio de la libertad asistida. De La Fuente observa que es común que lo jueces tengan en cuenta para rechazar la libertad asistida, las circunstancias que van más allá de la evolución que el interno haya tenido en el régimen y tratamiento penitenciario, siendo frecuentes los casos en que la

[42] Huñis Magalí - Briccolani Guadalupe - Petrone Camila - Pereyra Paulo - Bogado María - Polo Lourdes - Mollis Santiago - Zerbino Larisa (ob. cit. www.pensamien topenal.c om.ar)

[43] Lopez Axel - Machado Ricardo (ob. cit. ps. 183/187)

denegatoria se finca en los trastornos psicológicos o de personalidad que pueda presentar el interno, la falta de contención familiar o social, las características negativas del homicidio y del medio al que regresará, etc.[44]

Empero, el hecho de tacha de arbitrariedad tampoco es motivo para considerar que el instituto adolezca de requisitos que van más allá de lo temporal pues, como aseveran López - Machado con quienes coincide Pinto, la libertad asistida no puede ser concedida de modo general a partir de una verificación de la exigencia temporal, pues de razonar de dicha forma, la intervención del magistrado no tendría sentido, pues el instituto sería factible de ser regulado de modo directo por la autoridad penitenciaria tal como si se tratara de una agotamiento de la condena.[45]

Se propone, para llegar a una solución conciliadora, que la existencia del "grave riesgo" debe elaborarse – ante su imprecisión – a partir de la calificación conceptual del interno, denegándose el acceso al instituto – libertad asistida – a aquellos penados que registren una desfavorable posibilidad de adecuada reinserción social. También esta posibilidad resulta objetable, aunque más armoniosa con lo previsto en el art. 104 de la ley en cuanto dispone que la nota conceptual servirá de base para la concesión de la libertad asistida[46].

Nuevamente se convoca a la víctima para estos casos quien podrá proponer peritos, de acuerdo al panorama que presenta la ley de los derechos de las víctimas de delitos.

XXX. Listado

El art. 54 bis dispone: "La Dirección Nacional del Servicio Penitenciario remitirá un listado de condenados al patronato de libe-

[44] De La Fuente Javier "La ejecución de la pena privativa de la libertad. Breve repaso del régimen de proximidad " en www.derec hopenalon line.c om.ar

[45] Lopez Axel - Machado Ricardo (ob. cit. p. 187); Pinto Ricardo en Zaffaroni Eugenio (dirección)-De Langhe Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, p. 299).

[46] Lopez Axel - Machado Ricardo (ob. cit. p. 187).

rados seis (6) meses antes del tiempo mínimo exigible para la concesión de la libertad condicional, libertad asistida o definitiva por agotamiento de la pena, a los efectos de iniciar las tareas de pre egreso".

Este es un artículo nuevo que propone la remisión de un listado de condenados al patronato de liberados con una antelación de seis meses antes de tiempo mínimo del agotamiento de la libertad condicional, libertad asistida o definitiva por agotamiento de la pena a los efectos de realizar la tarea de pre-egreso. Se ha considerado que el aspecto burocrático conspira contra dichas tareas, que el plazo de seis meses es exiguo, que debería haberse extendido a un año y que en el plan de reintegración comunitaria intervengan distintos entes de forma interdisciplinaria que contacten a la persona con anterioridad a su egreso y comiencen a elaborar un plan de integración basado en la obtención de una vivienda y un trabajo, garantizando además acceso a la educación[47]. La observación aparece atinada en un contexto de progresividad que preside la resocialización del interno que puede diferirse por meras cuestiones burocráticas muy propias de todo nuestro sistema, no solamente circunscripto al ámbito penitenciario.

XXXI. Delitos Excluidos

El art. 56 bis regula: "No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1) Homicidios agravados previstos en el art. 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los arts. 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo del Código Penal. 6) Secuestro extorsivo, si se

[47] Lopez Axel - Machado Ricardo (ob. cit. p. 187).

causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el art. 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los arts. 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el art. 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo, previsto en el art. 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los arts. 5, 6 y 7 de la Ley N° 23.737 o la que en el futuro la reemplace. 11) Delitos previstos en los arts. 865, 866 y 867 del Código Aduanero. Los condenados incluidos en las categorías precedentes tampoco podrán obtener los beneficios de la prisión discontinua o semidetención, ni el de la libertad asistida, previstos en los arts. 35, 54 y concordantes de la presente ley".

Si hay un precepto que conspira contra todo lo que se ha postulado en el art. 1 de la presente ley y de la N° 24.660 con la reforma de la N° 25.948 es justamente este art. 56 bis que impide otorgar los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: a) todos los homicidios agravados previstos en el art. 80 del C.P. – anteriormente se incluía solamente el contemplado en el art. 80 inc. 7º del C.P. (homicidio criminis causae) –; b) delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119 – abuso sexual, abuso sexual gravemente ultrajante, abuso sexual con acceso carnal y agravantes –, 120 – abuso sexual aprovechando la inmadurez de la víctima –, 124 – abuso sexual con resultado de muerte –, 125 – promoción y facilitación de la corrupción y sus agravantes –, 125 bis – promoción y facilitación de la prostitución –, 126 – agravantes del artículo anterior –, 127 – rufianería y agravantes –, 128 primer y segundo párrafos – producción, financiación, divulgación y distribución de material pornográfico y tenencia del mismo material para distribución y comercialización –, y 130 – rapto – del C. P. – anteriormente estaba previsto sólo el caso del art. 124 –; c) privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo – idéntico texto al anterior –, del C.P.; d) tortura seguida de muerte, art. 144 ter, inciso 2 – no previsto en el anterior texto –, del C.P.; e) delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, se-

gundo párrafo – robo agravado por homicidio y robo con arma de fuego – del C. P. – el segundo caso no estaba contemplado en la anterior redacción –; f) secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos – muerte no querida por el autor y muerte causada intencionalmente –, del C.P. – en el texto anterior se preveía el caso del art. 170 anteúltimo párrafo –; g) delitos previstos en los artículos 145 bis y ter – trata de personas y agravantes – del C.P. – no previstos en el anterior texto –; h) casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies – terrorismo – del C. P. – tampoco previsto en el texto anterior –; i) financiamiento del terrorismo, previsto en el artículo 306 del C. P. – no contemplado en el texto anterior –; j) delitos previstos en los artículos 5° - los casos contemplados en los incs. a) / e) y los restantes párrafos –, 6° - introducción al país de estupefacientes fabricados o en cualquier etapa de fabricación, precursores químicos o cualquier materia prima destinada a su fabricación o producción y sus segundo y tercer párrafos – y 7° - organización y financiación de cualquier actividad ilícita a lo que aluden los arts. 5 y 6 y los arts. 865 inc. h) y 866 de la ley 22.415 – de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace – no previsto en el anterior texto – y k) delitos previstos en los artículos 865 – casos contenidos en los arts. 863 y 864 y sus agravantes –, 866 – en los casos previstos en los arts. 863 y 864 cuando se trate de estupefacientes en cualquier etapa de elaboración o precursores químicos y segundo párrafo – y 867 – en los casos de los arts. 863 y 864 cuando se tratare de sustancias nucleares, explosivos, agresivos químicos o materiales afines, armas, municiones o materiales que fueren considerados de guerra o sustancias o elementos que por su naturaleza, cantidad o características pudieren afectar la seguridad común salvo que el hecho configure delito al que correspondiere una pena mayor – del Código Aduanero – no previsto en el anterior texto –. El último párrafo no ha variado con respecto al texto anterior del art. 56 bis.

Ya el anterior texto era criticado, más allá de las argumentaciones de política criminal que se hayan tenido en cuenta, por las

razones que se han invocado al principio del comentario de este artículo y por contradecir principios constitucionales referidos al régimen progresivo para todos los condenados. Otros han postulado directamente la inconstitucionalidad de dicho artículo basándose en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional – art. 75 inc. 22 de la C.N. – CADH y el PIDCP[48]. También ha cosechado sendas críticas de De la Fuente - Salduna con argumentos parecidos a los expuestos, aunando que se debería establecer un límite a la perpetuidad de la pena considerando que los plazos previstos por el art. 13 del C.P. para la obtención de la libertad condicional son sumamente extensos al extremo de excluir directamente la libertad condicional en dichos supuestos[49].

> "En concreto, quienes se encuentren condenados/as por más de once delitos del Código Penal, del Código Aduanero y la Ley de Estupefacientes no podrán insertarse nuevamente en la sociedad de forma gradual en aras de cumplir el fin de resocialización"[50].

La inconstitucionalidad del art. 56 bis de la anterior ley fue declarada, por ej. por la C. Casación Penal – Sala IV – "Soto Trinidad, Rodolfo Ricardo s/recurso de casación", causa N° 675/2013, 20/12/2013; C. Penal Federal – Sala II –, "Arancibia, Mario Jorge s/legajo de ejecución penal", Reg. n° 438/2016, 10/06/2016 (mayoría); C. Casación Penal Federal, sala IV - 30/12/2014 - M. M., M. S. s/ recurso de casación e inconstitucionalidad; C. Casación Penal Federal, sala IV – Lemes Mauro Ismael s/ rec. de casación – 6/03/15 www.pjn.gov.ar. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente "Nápoli" – CSJN, "Napoli, Erika

[48] Ansiz Guerrero Ramiro "Ejecución Penal. Ley de ejecución penal de la República Argentina 24.660. Comentada" Ed. Cáthedra Jurídica, Buenos Aires, 2014, p. 179.

[49] De La Fuente Javier - Salduna Mariana en Zaffaroni Eugenio (dirección)-De Langhe Marcela (coordinación) (ob. cit. t. 15, ps. 388/389).

[50] HUÑIS Magalí - Briccolani Guadalupe - Petrone Camila - Pereyra Paulo - Bogado María - Polo Lourdes - Mollis Santiago - Zerbino Larisa (ob. cit. www.pensami entopen al.com.ar)

Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P.", 22/12/98 –, sostuvo que el legislador no puede limitar institutos vinculados a la libertad en base a la naturaleza del delito. Ello tiene sustento en los arts. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1° de la Ley n° 24.660 en cuanto establecen que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los/las condenados/as sin distinción[51].

En definitiva, se advierte una política criminal de suma rigurosidad que se traduce en la cantidad de ilícitos – graves por cierto – que pueden impedir en forma indefinida la obtención del período de prueba del condenado, cuestión que no es novedosa, pues con anterioridad a esta reforma en varias oportunidades el mismo art. 56 bis de la ley 24.660 había sido declarado inconstitucional.

XXXII. Derivación

El art. 56 ter determina: "En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, se establecerá una intervención especializada y adecuada a las necesidades del interno, con el fin de facilitar su reinserción al medio social, que será llevada a cabo por el equipo especializado previsto en el inciso l) del artículo 185 de esta ley. En todos los casos, al momento de recuperar la libertad por el cumplimiento de pena, se otorgarán a la persona condenada, un resumen de su historia clínica y una orden judicial a los efectos de obtener una derivación a un centro sanitario, en caso de que sea necesario".

Se refiere a los supuestos de las personas condenadas por los delitos contra la integridad sexual en los que especialmente se establecerá una intervención especializada, coherentes con las necesidades del interno a los efectos de posibilitar su reinserción social, lo que será llevado a cabo por el equipo especializado que determina el art. 185 inc. 1) de esta ley. Probablemente la lógica

[51] Idem. (ob. cit. www. Pensamie ntopenal. com.ar)

de este dispositivo tienda a mitigar la estrictez o rigidez con que se manejan los parámetros del art. 56 bis con respecto a la prohibición de otorgar los beneficios de los períodos de pruebas a los condenados – entre otros – por delitos contra integridad sexual.

XXXIII. Régimen preparatorio para la liberación en los casos previstos en el art. 56 bis

El art. 56 quáter dispone: "Régimen preparatorio para la liberación. En los supuestos de condenados por delitos previstos en el artículo 56 bis, la progresividad deberá garantizarse a partir de la implementación de un régimen preparatorio para la liberación, elaborado a través de un programa específico de carácter individual, teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, que permita un mayor contacto con el mundo exterior. Un año antes del cumplimiento de la condena, siempre que el condenado hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios y, previo informe de la dirección del establecimiento y de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, podrá acceder a la libertad conforme a dicho régimen. En éste, los tres (3) primeros meses se dedicarán a la preparación dentro del establecimiento del condenado para la liberación, con posterioridad se admitirá la realización de salidas con acompañamiento durante un plazo de seis (6) meses y, finalmente, en los últimos tres (3) meses el condenado accederá a la posibilidad de ingresar en el régimen de salidas fuera del establecimiento penitenciario sin supervisión. En todos los casos las salidas serán diurnas y por plazos no superiores a las doce (12) horas". Este es un dispositivo nuevo que se refiere al régimen preparatorio para la liberación de los condenados aludidos en el art. 56 bis de la ley.

Se advierte en forma especulativa que la tónica de esta norma, ante las críticas que generó el texto del art. 56 bis, ha sido paliar las consecuencias que traen aparejadas el impedimento de otorgar el período de prueba en todos los casos expresados, de modo que se instrumenta un régimen preparatorio de liberación con los caracteres que se explicitan a continuación.

Para este régimen preparatorio de liberación, se deberá elaborar un plan específico de carácter individual según la gravedad del delito cometido. Básicamente establece un régimen especial para los delitos en los que resultare la muerte del ofendido. Prevé la preparación para obtener la libertad que comienza un año antes del agotamiento de la condena en la medida que el interno haya "observado con regularidad" los reglamentos carcelarios y los informes realizados por la dirección del establecimiento sean favorables. Consigna un esquema en el que en los primeros tres meses se preparará al interno para la liberación dentro del establecimiento, los seis meses subsiguientes se realizarán salidas "supervisadas" y los últimos tres meses, el condenado podrá realizar "salidas" sin supervisión.

La crítica se sustenta esencialmente en que este régimen no ayuda a la resocialización planteada por el art. 1 de la ley aunque se reconoce un cierto progreso en el aspecto fáctico, mas se cuestiona que ante condenas extensas la preparación para la liberación de sólo un año antes del agotamiento de la condena no es significativo en un régimen progresivo, ya que la premisa consiste en que la preparación para la libertad debe ya iniciarse en el momento en que una persona ingresa al sistema penitenciario. "En estos casos, sostenemos que se debería respetar el derecho a la no prisionización representado en la libertad condicional, asistida, semidetención, prisión discontinua y demás institutos, agregando, además, la supervisión por un sistema de monitoreo"[52]. Si bien estas críticas tienen sus fundamentos adecuados, teniendo en consideración el régimen implantado por el art. 56 bis las medidas que se propugnan en este artículo no son del todo desdeñables. Lo óptimo o ideal sería una reformulación del "famoso" art. 56 bis. Mas esta parece la política criminal de "mano dura" impuesta por los legisladores.

[52] Idem. (ob. cit. www. pensamiento penal .com.ar)

XXXIV. Remisión de datos al Renabem

El art. 56 quinquies expresa: "El juez de ejecución o juez competente deberá remitir al Registro Nacional de Beneficios u otras Medidas Procesales (Renabem), o al que corresponda, dentro de los cinco (5) días posteriores a quedar firme, copia de los siguientes actos procesales, indicando en todos los casos las normas legales en que se fundan: a) Otorgamiento de salidas transitorias. b) Incorporación al régimen de semilibertad. c) Prisión discontinua, semidetención, prisión nocturna. d) Otorgamiento de prisión domiciliaria. e) Otorgamiento de libertad asistida. f) Otorgamiento de libertad condicional. g) Todos los beneficios comprendidos en el período de prueba previsto por la ley de ejecución de la pena. h) Suspensión del proceso a prueba. Deberán asentarse asimismo los datos pertenecientes al condenado, a saber: 1) Nombre y apellido del condenado sujeto a beneficio. 2) Lugar y fecha de nacimiento. 3) Nacionalidad. 4) Estado civil y, en su caso, nombres y apellidos del cónyuge. 5) Domicilio o residencia fijado para gozar del beneficio y/o libertad condicional. 6) Profesión, empleo, oficio u otro medio de vida denunciado. 7) Números de documentos de identidad y autoridades que los expidieron. 8) Nombres y apellidos de los padres. 9) Números de prontuarios. 10) Condenas anteriores y tribunales intervinientes. 11) El tiempo de la condena fijado por el tribunal, debiendo indicarse el tiempo de privación de libertad cumplido y el que faltare por cumplir. 12) La fecha de la sentencia, el tribunal que la dictó y el número de causa. 13) Los antecedentes penales. 14) Los dictámenes del organismo técnico-criminológico y el Consejo Correccional del establecimiento penitenciario. 15) Las normas que el condenado debe observar". Esta también constituye una nueva norma que prevé al registro de datos del condenado.

El juez de ejecución o el competente debe enviar al Registro Nacional de Beneficios u Otras medidas Procesales (Renabem) dentro de cinco días copia de los actos procesales indicando las normas en los que se fundan, los datos personales y familiares del condenado y todos los requisitos que menciona el artículo. A decir

verdad constituye una base de datos donde se registran todos aquéllos que resultan de interés para el organismo judicial, ante la comisión de un nuevo delito por parte del condenado. Así como en la ley de registro de datos genéticos de los condenados por delitos contra la integridad sexual que tiene una duración de cien años (sic), en este caso también debe tener una duración limitada, no justamente como el caso mencionado, pues el calificativo que cabe es el de simplemente "ridículo".

XXXV. Traslado de los internos

El art. 71 dice: "El traslado individual o colectivo de internos se sustraerá a la curiosidad pública y estará exento de publicidad. Deberá efectuarse en medios de transportes higiénicos y seguros. La administración reglamentará las precauciones que deberán utilizarse contra posibles evasiones, las cuales en ninguna circunstancia causarán padecimientos innecesarios al interno. En lo que respecta a traslados motivados por la notificación de actos procesales relevantes, se realizarán sólo cuando la notificación no pueda ser realizada por medio de una comunicación audiovisual". La primera parte de este precepto no ha recibido cambios y en la segunda se refiere a que los traslados referidos a las notificaciones de los actos procesales de relevancia, sólo se realizarán cuando no se puedan hacer por medio de una comunicación audiovisual.

Es innegable que el traslado y transporte de recluso es uno de los elementos importantes relativos a la relación de sujeción entre el Estado y aquéllos y cuya ineficacia puede vulnerar tanto la integridad personal como la dignidad de la persona detenida y consiguientemente cuando dichos traslados son arbitrarios o se vulneran derechos esenciales humanos se producen automáticamente abusos por parte de las autoridades penitenciarias, por ello deben observarse las reglas establecidas por esta normativa y es auspicioso el agregado del último párrafo donde impera el principio de que el traslado por notificaciones procesales relevantes debe ser primariamente realizadas por medio de comunicación

audiovisual y sólo cuando esto no pueda concretarse se hará el traslado correspondiente.

XXXVI. Recepción de visitas, correspondencia y comunicaciones telefónicas

El art. 160 regula que: "Las visitas y la correspondencia que reciba o remita el interno y las comunicaciones telefónicas se ajustarán a las condiciones, oportunidad y supervisión que determinen los reglamentos, los que no podrán desvirtuar lo establecido en los artículos 158 y 159. Quedan prohibidas las comunicaciones telefónicas a través de equipos o terminales móviles. A tal fin se deberá proceder a instalar inhibidores en los pabellones o módulos de cada penal. La violación a la prohibición prevista en este artículo será considerada falta grave en los términos del artículo 85 de esta ley". La primera parte del artículo no recibe modificaciones en tanto que se agrega tres párrafos referidos a la prohibición de comunicaciones telefónicas mediante equipos móviles, instalándose inhibidores en los pabellones y consagrando que la violación a tal prohibición será considerada falta grave de acuerdo a lo contenido en el art. 85 de la presente ley.

El primer párrafo de esta norma hace alusión a las visitas que pueda recibir el interno, correspondencia y comunicaciones telefónicas, las que deben ajustarse a los reglamentos pertinentes y que en ningún momento se debe contravenir lo dispuesto el art. 158 en cuanto el interno tiene derecho a comunicarse periódicamente en forma oral o escrita con su familia, amigos, allegados, curadores, abogados y con representantes de organismos oficiales e instituciones privadas – con personería jurídica – que puedan prestar alguna colaboración o muestren interés por la reinserción social del interno. Desde luego, por un principio elemental de humanidad, se debe respetar la privacidad de dichas comunicaciones, salvo alguna restricción dispuesta por el juez competente. Asimismo, los internos de nacionalidad extranjera, amén de los derechos anteriores, podrán comunicarse con los representantes diplomáticos y consulares acreditados. Esto se extiende a los in-

ternos nacionales de estados sin representación diplomática, refugiados o apátridas que tendrán la misma alternativa para dirigirse al representante diplomático del estado encargado de sus intereses en el país o a cualquier autoridad nacional o internacional que tenga la misión de protegerlos.

Todo esto hace a las relaciones familiares y sociales del interno que contribuyen, a no dudarlo, al proceso progresivo de reinserción social y a no aislarlo de ese contexto.

Se ha incluido como prohibición el uso de comunicaciones telefónicas mediantes equipos móviles – celulares – bajo la sanción de ser considerada una falta grave en los términos del art. 85 inc. c). Quedan prohibidas las comunicaciones telefónicas a través de equipos o terminales móviles. A tal fin se deberá proceder a instalar inhibidores en los pabellones o módulos de cada penal. La violación a la prohibición prevista en este artículo será considerada falta grave en los términos del art. 85 de esta ley[53].

De hecho que para que se configure una infracción debe tratarse de una tenencia no autorizada pues, por ejemplo el art. 120 del decr. 1136/97 permite la posesión personal y uso en su tiempo libre de un aparato de radio portátil o de un reproductor de sonido para ser utilizado con audífono o auricular, lo cual podrá ser autorizado al interno que tenga conducta o comportamiento bueno. Pero esto no comprende a los teléfonos celulares, circunstancia que ha sido bastante criticada y motivo de habeas corpus colectivos.

Juliano realiza una interesante interpretación y puesta en escena de esta cuestión preguntándose si se puede considerar lesivo a algún bien jurídico la posesión de un teléfono celular por parte de un preso. Se responde que, dentro de la lógica carcelaria, la te-

[53] Art. 85: "El incumplimiento de las normas de conducta a que alude el artículo 79, constituye infracción disciplinaria. Las infracciones disciplinarias se clasifican en leves, medias y graves. Los reglamentos especificaran las leves y las medias. Son faltas graves: …c) tener dinero u otros valores que lo reemplazan, poseer, ocultar, facilitar o traficar elementos electrónicos o medicamentos no autorizados, estupefacientes, alcohol, sustancias tóxicas o explosivos, armas o todo instrumento capaz de atentar contra la vida, la salud o la integridad propia o de terceros…"

nencia y uso de un teléfono celular por parte de un preso es potencialmente lesiva para la seguridad del establecimiento, ya que con ese artefacto se podrían organizar fugas o la introducción de elementos idóneos para poner en peligro la seguridad del establecimiento. Otra alternativa, de acuerdo algunos datos de la realidad, es que con un teléfono celular el interno podría seguir delinquiendo, ya sea en la continuidad de las acciones que lo llevaron a estar privado de la libertad –relación con sus cómplices del exterior– u organizando nuevos delitos –secuestros virtuales–. Califica a estas circunstancias como correspondientes a la imagen estereotipada del preso. "Todos los presos son malos, muy malos, y aprovecharán cualquier ventaja que se les proporcione para seguir delinquiendo, según es su naturaleza. No descartamos que algún interno emplee el teléfono celular para intentar un secuestro virtual, o para seguir regenteando sus negocios ilícitos, o planear nuevos delitos (como de hecho sucede y ha sido verificado)"[54]. Aunque no cree que esto ocurra con la mayoría de los internos y estima que "si lo que en realidad se trata es de evitar, o dificultar, es el contacto del interno con el mundo exterior, para que no siga delinquiendo, lo que habría que pensar es en incomunicar a todas las personas que se encuentran privadas de la libertad ya que, ciertamente, pueden seguir en contacto con el exterior por medio de la comunicación epistolar, de sus visitas y, por qué no, de su abogado. O, para no ser tan drásticos, intervenir toda su correspondencia, hacer escuchas de las conversaciones del interno, incluidas las que mantenga con su abogado"[55]. Señala que las interpretaciones que sustentan el rechazo de los teléfonos celulares para los internos se dan de traste con una contradicción como es que la mayoría de los pabellones del sistema penitenciario argentino tienen teléfonos fijos que funcionan con tarjetas o cobro revertido, y el riesgo que se aduce va tanto para el lado de los fijos como de la telefonía móvil. Culmina su argumentación con postulados de naturaleza constitucional, en el sentido que no advierte argumentos

[54] Juliano Mario "¿Debe habilitarse el uso de telefonía celular a la población carcelaria?" www.pensamientopenal.com.ar

[55] Idem. (ob. cit. ww w.pens amientopen al.com.ar).

consistentes que justifiquen privar a los presos del uso de teléfonos celulares. Por el contrario, teniendo en consideración que el principio de resocialización es un derecho, y tal como sostuvo la Corte en "Méndez", el ingreso a una persona a prisión no le quita la dignidad humana y gozan de todos los derechos constitucionales, con excepción de las libertades que hayan sido restringidas de acuerdo a las normas que rigen al debido proceso[56].

Por otra parte se menciona otra realidad en cuanto a que en el interior de las cárceles, la utilización del teléfono fijo se convierte en una verdadera "odisea". Los conflictos en torno al uso del teléfono – duración de la conversación, falta de intimidad, interrupción de otras actividades por la espera y discusiones por la prioridad en la fila – generan constantes conflictos de convivencia tanto con el personal penitenciario como con la población carcelaria. Además, se advierte que con una política prohibicionista del uso de telefonía móvil resulta ineficaz por dos razones. La primera, porque su empleo, pese a las incautaciones, es generalizado y la segunda, porque la misma prohibición favorece y promueve un mercado de circulación clandestina habilitando la corrupción por parte del personal penitenciario[57].

Se propone mediante la norma en análisis la instalación de inhibidores en los pabellones o módulos en cada penal, aunque esto podría generar un gran costo y por otra parte de llevarse a cabo podría ocasionar interferencia o también inhibiciones en los pobladores aledaños a los servicios penitenciarios. De modo que nos parece adecuada la propuesta de limitar las llamadas a números autorizados mediante la colocación de una tarjeta SIM, registrar cada aparato celular a nombre de una determinada persona – lo que incluso facilitaría el control de otros delitos (entre ellos, el hurto de celulares dentro de la cárcel) –[58].

---

[56] Idem. (ob. cit. www. Pensam ientop enal.com.ar)

[57] Huñis Magalí - Briccolani Guadalupe - Petrone Camila - Pereyra Paulo - Bogado María - Polo Lourdes - Mollis Santiago - Zerbino Larisa (ob. cit. www.pensamientopenal.com.ar).

[58] Idem. (ob. cit. www.pen samient openal.com.ar)

XXXVII. Autorización en caso de enfermedad, accidente grave o fallecimiento de familiares o allegados con derecho a visita

El art. 166 propone: "El interno será autorizado, en caso de enfermedad o accidente grave o fallecimiento de familiares o allegados con derecho a visita o correspondencia, para cumplir con sus deberes morales, excepto cuando se tuviesen serios y fundamentados motivos para resolver lo contrario. En los casos de las personas procesadas o condenadas por los delitos previstos en el Título III del Libro Segundo del Código Penal, o respecto de otros delitos cuando el juez lo estimare pertinente, se exigirá en todos los casos el acompañamiento de dos (2) empleados del Servicio de Custodia, Traslados y Objetivos Fijos del Servicio Penitenciario Federal". La parte primera de la redacción del presente artículo no ha sufrido cambios, en tanto que el párrafo segundo abarca a todos los delitos del Título III del C.P. referente a los delitos contra la integridad sexual, mientras que en la anterior redacción se circunscribía a los arts. 119, 2º y 3º párr., 120, 124 y 125 del C.P. en los que en los supuestos del primer párrafo se exigía el acompañamiento de dos empleados del Servicio de Custodia, Traslados y Objetivos Fijos del Servicio Penitenciario Federal.

Está previsto, tal como lo dice la norma, que en los supuestos de enfermedad, accidente o muerte de familiares o allegados con derecho a visita al interno, deba ser trasladado al lugar donde ha acontecido el infortunio "para cumplir con sus deberes morales", salvo denegatoria justificada si existen motivos para considerar la posibilidad de una situación de fuga. Esto se condice con el art. 496 del C.P.P.N. en su segundo párrafo: "Asimismo, el tribunal de ejecución podrá autorizar que el penado salga del establecimiento carcelario en que se encuentre, por un plazo prudencial, y sea trasladado, bajo debida custodia, para cumplir sus deberes morales en caso de muerte o de grave enfermedad de un pariente próximo. También gozarán de este beneficio los procesados privados de su libertad".

Tanto en el artículo anterior como en el texto actual en los supuestos de los delitos contra la integridad sexual el interno auto-

rizado será acompañado en todos los casos por dos empleados del Servicio de Custodia, Traslados y Objetivos Fijos del Servicio Penitenciario Federal.

Se ha objetado la frase "cuando se tuviesen serios y fundamentados motivos para resolver lo contrario" y el hecho de mantener el concepto de "deberes morales" no sólo no resuelve los problemas que ya se plantean en cuanto a su interpretación sino que además los acentúa al permitir la denegación por "serios y fundamentados motivos". Si no hay acuerdo sobre lo que son los deberes morales, cualquier motivo podrá ser tan válido como inválido[59]. La objeción por su obviedad, no requiere mayores comentarios.

XXXVIII. Recursos y medios de los establecimientos

El art. 185 dispone: "Los establecimientos destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad, atendiendo a su destino específico, deberán contar, como mínimo, con los medios siguientes: a) Personal idóneo, en particular el que se encuentra en contacto cotidiano con los internos, que deberá ejercer una actividad predominantemente educativa; b) Un organismo técnico-criminológico del que forme parte un equipo multidisciplinario constituido por un psiquiatra, un psicólogo y un asistente social y en lo posible, entre otros, por un educador y un abogado, todos ellos con especialización en criminología y en disciplinas afines; c) Servicio médico y odontológico acorde con la ubicación, tipo del establecimiento y necesidades; d) Programas de trabajo que aseguren la plena ocupación de los internos aptos; e) Biblioteca y escuela a cargo de personal docente con título habilitante, con las secciones indispensables para la enseñanza de los internos que estén obligados a concurrir a ella; f) Capellán nombrado por el Estado o adscripto honorariamente al establecimiento; g) Consejo Correccional, cuyos integrantes representen los aspectos esenciales del tratamiento; h) Instalaciones para programas recreativos y deportivos; i) Locales y medios adecuados para alojar a los internos que pre-

[59] Idem. (ob. cit. www.pens amiento penal.com.ar)

senten episodios psiquiátricos agudos o cuadros psicopáticos con graves alteraciones de la conducta; j) Secciones separadas e independientes para el alojamiento y tratamiento de internos drogodependientes; k) Instalaciones apropiadas para las diversas clases de visitas autorizadas; l) Un equipo compuesto por profesionales especializados en la asistencia de internos condenados por los delitos previstos en Título III del Libro Segundo del Código Penal". Este artículo no ha recibido modificaciones con respecto al anterior salvo el agregado en el punto l) que alude a los internos condenados por los delitos previstos en el Título III del C.P. – delitos contra la integridad sexual – y no restringidos a los arts. 119, 2º y 3º párr., 120, 124 y 125.

Esta disposición regula los recursos materiales y humanos con que debe contar un establecimiento penitenciario, enunciando los presupuestos mínimos – que no son taxativos – a los que cada institución debe adecuarse conforme a las particularidades de la población carcelaria. Por ejemplo el inc. a) responde a los parámetros establecidos por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. El b) se compadece con lo consignado en el art. 86 del decr. 396/99. El c) no requiere mayores comentarios y también responde a las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. El d) está relacionado con los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos proclamados por la Asamblea General en la Resolución 45/11 del 14/12/90. Lo mismo acontece con el inc. e). El inc. f) se compadece también con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. El inc. g) tiene su correlato con el art. 94 del Decr. 396/99. El inc. h) se refleja en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, lo mismo ocurre con el inc. i). El inc. j) conjuga una cuestión sumamente problemática y que no tiene mucho predicamento y acatamiento en el régimen penitenciario nacional debido a la carencia de instalaciones adecuadas para los internos drogodependientes cuando la población carcelaria en su mayoría lo es, amén de la existencia de los "dealers" muchas veces en complicidad con el mismo personal penitenciario. El inc. k) se relaciona con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y finalmente el inc. l) contempla la

presencia de un equipo especializado para atender los casos de aquellos internos condenados por delitos contra la integridad sexual a los efectos de reducir la posibilidad de reincidencia y posibilitar una adecuada inserción al medio social.

XXXIX. Reforma al art. 14 del C.P.

El art. 14 C.P. manda que: "La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá cuando la condena fuera por: 1) Homicidios agravados previstos en el artículo 80 del Código Penal. 2) Delitos contra la integridad sexual, previstos en los arts. 119, 120, 124, 125, 125 bis, 126, 127, 128 primer y segundo párrafos, y 130 del Código Penal. 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el artículo 142 bis, anteúltimo párrafo, del Código Penal. 4) Tortura seguida de muerte, artículo 144 ter, inciso 2, del Código Penal. 5) Delitos previstos en los artículos 165 y 166, inciso 2, segundo párrafo, del Código Penal. 6) Secuestro extorsivo, si se causare la muerte de la persona ofendida, conforme a los supuestos previstos en el artículo 170, antepenúltimo y anteúltimo párrafos, del Código Penal. 7) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal. 8) Casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal. 9) Financiamiento del terrorismo previsto en el artículo 306 del Código Penal. 10) Delitos previstos en los artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace. 11) Delitos previstos en los artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero".

En consonancia con el art. 56 bis de la presente ley se reforma el art. 14 del C.P. incorporando la gama de delitos que impiden obtener la libertad condicional. Me remito al comentario del art. 56 bis a fin de evitar repeticiones innecesarias.

XL. Registro de datos (Renabem)

El art. 39 regula: "Dispóngase la creación del Registro Nacional de Beneficios u otras Medidas Procesales (Renabem) en la órbita del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos".

Esta norma dispone la creación del Renabem ya citado en el art. 56 quínquies como un registro de datos que funcionará bajo la esfera del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

XLI. Revisión de la legislación y reglamentación penitenciaria e invitación a la CABA y las provincias para los mismos fines

El art. 228 refiere que: "La Nación procederá a readecuar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes dentro de un (1) año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, a efectos de concordarlas con sus disposiciones. De igual forma, se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a readecuar su legislación y reglamentaciones penitenciarias".

Evidentemente, la presente ley pretende unificar el contenido estructural del régimen de ejecución penitenciario a nivel nacional. Respecto a esta cuestión, seguimos la opinión de Zaffaroni - Slokar - Alagia, quienes bregan por la tesis del estándar federal mínimo –que puede ser superado por las provincias –; así, la legislación nacional de ejecución tiene el carácter de "marco garantizador mínimo" a partir del cual las provincias pueden avanzar en el reconocimiento de mayores derechos y garantías a las personas privadas de la libertad pero nunca legislar en forma más restrictiva. Por lo que no resulta factible que las provincias realicen modificaciones a su antojo suprimiendo beneficios o restringiendo los reglamentados en la ley 24.660, de lo contrario se afectaría el principio de igualdad.

De allí que, resultaría obligatorio para las provincias argentinas todo lo vinculado a las 3 fases que componen el período de tratamiento, su contenido y sus requisitos. Y aquellas provincias que no prevean dichas fases de conformidad al actual artículo 14 de la ley 24.660 deberán readecuar su legislación.

XLII. Complementaridad

El art. 229 manda: "Esta ley es complementaria del Código Penal en lo que hace a los cómputos de pena y regímenes de libertad condicional y libertad asistida".

Los dos últimos artículos son de forma. El primero a readecuar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias dentro del término de un año a partir de la entrada en vigencia de la presente ley e invita a las provincias y a la CABA a hacer lo propio. El segundo declara la presente ley como complementaria al Código Penal en lo atinente a cómputos de pena, regímenes de libertad condicional y libertad asistida.

XLIII. Sobre la vigencia temporal de la reforma

Sabido es que una de las consecuencias directas del principio de legalidad es la irretroactividad de la ley. Este límite de vigencia de la ley penal es descripto por la mayoría de la doctrina nacional como la imposibilidad de aplicar una norma legal a un supuesto acontecido con anterioridad a su entrada en vigor. De este modo, la irretroactividad afecta al Derecho penal salvo cuando la nueva disposición resulta más favorable para el reo.

Con respecto a las normas penitenciarias debido a que dentro de un mismo cuerpo legal encontramos normas de carácter sustantivo y otras que no lo son, en efecto, se encuentran normas penitenciarias que no pueden ocultar su estrecha relación con las de naturaleza administrativa o procesal, es indispensable que determinen en qué medida se ven afectadas cada una de ellas, específicamente, por el principio de irretroactividad. Ciertamente que esta heterogeneidad frente a una garantía jurídica de esta trascendencia no es una solución satisfactoria, pero es, a nuestro juicio, la única que da una respuesta satisfactoria frente a las peculiaridades de esta rama del derecho. De allí que consideramos que las son irretroactivas con idéntico rigor que las normas penales, aquéllas que determinan una modificación en la intensidad de la privación de

libertad –elemento sustantivo de la pena de prisión – (tales como las salidas transitorias, la libertad asistida, la libertad condicional entre otros beneficios, etc.) y sólo serán retroactivas en la medida que favorezcan al interno.

Más alejadas de la naturaleza penitenciaria, se encuentran las normas de contenido técnico, las que regulan el procedimiento disciplinario o las que se refieren a los aspectos organizativos de la Administración penitenciaria. Unas y otras, en cambio, están sometidas al principio de eficacia en coordinación con los principios constitucionales.

En este sentido, partimos de la idea que, una nueva norma es más favorable cuando permite más libertad, aunque con ello se incrementase el riesgo de la recaída en el delito y, a la inversa, serán irretroactivas aquellas normas que favoreciendo potencialmente la resocialización entrañan más o mayor tiempo de privación de libertad.-

XLIV. Conclusiones

El sistema penitenciario refleja una tensión dialéctica permanente entre el garantismo y la defensa social, en otros términos, da cuenta de una antinomia entre las exigencias preventivas – esto es, las necesidades de los individuos, que sufren la pena – y las necesidades de la colectividad – expresadas en la necesidad de aplicar un castigo –. Esta tensión, subyace en el actual texto de la ley de ejecución penal cuando señala como fines de la institución carcelaria la reinserción y su custodia en un establecimiento. La búsqueda de un punto de equilibrio entre ambos extremos es una exigencia del Estado de Derecho que no puede ignorar la sanción – como un fenómeno socio - jurídico ineludible – y la condición de persona del condenado, quien no puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Lo cierto es que la presente ley de reformas al sistema de ejecución penitenciaria, procura limitar la discrecionalidad de los jueces en la etapa de ejecución penal – dados los errores cometidos

por algunos jueces que han desoído los informes correccionales de los gabinetes técnicos de los servicios penitenciarios, concediendo beneficios y/o permisos inmotivadamente –, dejando de lado ciertas funciones jurisdiccionales, que pasan a manos de la autoridad administrativa penitenciaria sin contralor alguno; por lo que cabe inferir que la presente reforma se enrola en los postulados de aquellos sistemas penitenciarios de corte autoritario, que acentúan los aspectos subjetivos de la ejecución en favor de los fines defensistas de la sociedad al compás del clamor popular punitivista. En efecto, la ley 27.375 modificatoria de la ley 24.660 conserva criterios valorativos como los de peligrosidad, reincidencia, habitualidad criminal o moralidad para fijar condiciones regimentales más autoritarias, en contra de los principios y garantías del Estado de Derecho.

Sabido es que la ejecución de la pena privativa de libertad da lugar a una frecuente intervención en los derechos fundamentales, y que la legislación penitenciaria resulta ser en muchas ocasiones una norma válida para orientar la diversidad de problemas concretos que surgen en el desarrollo de la ejecución, pero con una gran dosis de inconcreción. Por esta razón es que reinvidicamos la necesaria intervención y el control judicial del todo el tratamiento penitenciario a fin de evitar afectaciones a los derechos de los internos privados de su libertad.

Se reitera, resultan censurables aquellas disposiciones que les otorgan facultades excluyentes a los funcionarios administrativos – que se desempeñan en los establecimientos penitenciarios – respecto a las decisiones vinculadas a la libertad de las personas detenidas con carácter vinculante. Dicha circunstancia, resulta un craso error del legislador nacional ya que implica una franca violación a la división de poderes, al tiempo que puede resultar contraproducente pues puede generar una mayor corrupción en el ámbito carcelario. Es que la ejecución de la privación de libertad no puede hacerse al margen de la jurisdicción, así como tampoco a espaldas de la normativa constitucional y convencional sobre Derechos Humanos.

De otra parte, pareciera que la reforma penitenciaria actual se orienta a la aplicación de programas de resocialización máxima – cuyo objetivo es obligar al condenado a identificarse con los valores socialmente hegemónicos – que contienen medidas notoriamente contrarias a las garantías y derechos consagrados en la normativa internacional. De allí que sostenemos que el principio de resocialización no puede ser interpretado como una mera declamación y que muchos de los aspectos introducidos por esta reforma implican un franco retroceso en materia de ejecución penitenciaria y de defensa de los DDHH de los condenados, ya que la legislación en esta materia no puede apoyarse en teorías de relación especial de sujeción, ni autorizarse todo tipo de restricciones de derechos, el ablandamiento del principio de legalidad, y/o el debilitamiento del control judicial de la ejecución. En este sentido, debemos recordar que la relación Estado-privado de libertad, genera una posición de garante de aquél respecto de todos los derechos que no se encuentran afectados por la privación de libertad, y que la resocialización compromete a las administraciones penitenciarias a tratar a los privados de libertad como sujetos de derechos, esto es, a organizar un ejercicio personal durante la ejecución de la pena que favorezca el futuro su reingreso en la sociedad en libertad.

Lamentablemente, observamos como muchos derechos son regular e institucionalmente negados con el argumento de que la prisión es en su estructura una sociedad carencial. Es más, pareciera que la actual legislación asume con naturalidad el hacinamiento, la tortura, las mafias carcelarias y la corrupción sobre la pena hegemónica del Derecho penal. Y en este sentido, hubiera sido muy interesante que el legislador nacional analizara tales problemas que atraviesan prácticamente todos los establecimientos penitenciarios de nuestro país; así como también los vinculados a la falta de servicios básicos y las condiciones insalubres de las instalaciones de las cárceles; el maltrato por parte de personal penitenciario; las deficiencias en la clasificación, asignación de alojamiento y separación por categorías de los internos; la falta de recopilación, sistematización y publicidad de la información sobre

hechos de violencia en las cárceles; la deficiente respuesta jurisdiccional frente a casos de torturas y malos tratos; la insuficiencias en los mecanismos de monitoreo; entre otros, que conspiran contra los ideales resocializadores.

Por tales motivos es que consideramos que algunas de las modificaciones introducidas por la ley 27.375, en particular las prescriptas en los arts. 7, 8 segundo párrafo, 13 bis, 56 bis podrían resultar contrarias a lo estatuido por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre DD.HH. incorporados a través del art. 75 inc. 22 de la C.N., desde que no es posible retorcer la teleología pro homine que inspira el progresivo reconocimiento de los Derechos Humanos. En este sentido, advertimos que no resulta adecuada la sanción de legislación regresiva, cuando el texto anterior marcó un nivel más avanzado en la realización de los fines constitucionales y convencionales de resocialización de los condenados; ello por cuanto la adición de derechos tiene carácter irreversible cuando es legal, y la misma no podría ser dejada de lado por una reforma posterior, máxime si existe jurisprudencia de las Cámaras de Casación Penal Federales y de la propia C.S.J.N. que ejercen una suerte de poder legislativo negativo, para cancelar la posibilidad del legislador de proveer un marco reducido de garantías en la materia.

Finalmente, cabe repetir que la actual reforma a la Ley 24.660 afecta parcialmente el régimen de progresividad de la pena y atenuación del encierro – de base constitucional –, perjudicando a la mayoría de los futuros condenados a pena privativa de la libertad de la República Argentina, ya que limitará los beneficios de salidas transitorias, semi-detención, libertad condicional o de libertad asistida por delitos de homicidio, de índole sexual o robo con armas, entre otros, desentendiéndose del fin resocializador de la pena – enunciado en su artículo 1º del referido cuerpo normativo –, aplazando el problema de fondo – inseguridad –, ya que simplemente se prolonga la estadía de los condenados en las penitenciarias, sin pensar en los resultados adversos que dicha medida puede generar – hacinamiento en las cárceles, motines e inseguridad –, e implica una reforma velada o encubierta al Código Penal

en tanto se agravan las penas de múltiples figuras delictivas. Dicha solución, además de producir un reintegro abrupto del interno al medio libre, indirectamente estimula conductas indeseadas, pero previsibles. Además, dicho endurecimiento de la penalización y la ampliación de condenas no disuade a los criminales que ejecutan tales conductas, por lo que resulta una solución coyuntural y demagógica ante la indignación social por homicidios como el de Micaela García cuyas circunstancias de hecho resultan ser la excepción a la regla. Para peor de males, no existirían incentivos y motivaciones para que los privados de su libertad quieran estudiar o aprender algún oficio, lo que trae como consecuencia lógica que se incremente la violencia intra-carcelaria. Indudablemente, la presente reforma pone en jaque la coherencia interna del ordenamiento de ejecución penal, pues se ha puesto énfasis en la prolongación de la pena privativa de la libertad como una solución incuestionada por el legislador.

El principio dispositivo y el nuevo rol del juez en el Código Procesal Civil y Tributario de la Provincia de Mendoza

Ab. Erica Von Zedtwitz

I. Introducción. Nociones generales sobre los principios procesales

El principio dispositivo se encuentra inmerso dentro de los llamados principios procesales, que en términos generales, podríamos definir como reglas generales que se siguen por numerosas disposiciones que establecen reglas concretas.

Estos principios tienen interés por el legislador en la organización de un determinado ordenamiento procesal, en la integración normativa y en la interpretación del Derecho. En este sentido, Couture mencionaba que toda ley procesal, todo texto particular que regula un trámite del proceso, es, en primer término, el desenvolvimiento de un principio procesal.[1]

Estos principios procesales, a lo largo de la historia, han ido variando, siendo admitidos, rechazados o vuelto a su aplicación, conforme a la situación de los hechos en un momento histórico dado, en los que toda reforma al sistema procesal tiende a instaurar principios distintos de los anteriores, a menudo su opuesto, o la vuelta a los primeros. Por lo tanto, es posible concluir que cada principio general del proceso tiene su opuesto, y así el maestro Peyrano decía que «(...) casi todos los principios procesales reconocen la viabilidad teórica de su antítesis».[2]

Entre las características que presentan podemos mencionar su bifrontalidad ya que se emplean según las necesidades del litigio; el dinamismo el cual comprende dos aspectos: uno absoluto, que permite explicar la Ratio Legis o razón legal para la interpretación y aplicación de las normas procesales, y otro del relativo que se aprecia al admitir la existencia de un ordenamiento procesal determinado y que el jurista deberá encargarse de explicitar en la aplicación de los principios; y por último, la practicidad y la complementariedad que se complementan entre sí para su mejor funcionamiento y así obedecer a la finalidad del proceso en forma coherente.

---

[1] Couture, Eduardo J. (1978). Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo III (2ª edición). Buenos Aires: Depalma. p. 51.

[2] Peyrano, Jorge (1978). El proceso civil. Buenos Aires: Astrea. p. 36.

Como se mencionó en párrafos anteriores dentro del principio procesal se encuentra el principio dispositivo, el cual abordaremos en el presente trabajo.

II. El principio dispositivo

a) Conceptualización

El principio dispositivo constituye un pilar fundamental del proceso civil y puede conceptuarse como aquel que en el proceso civil "atribuye a las partes la tarea de estimular la actividad judicial y aportar los materiales del proceso"[3], y que les reconoce la iniciativa exclusiva para poner en movimiento el aparato jurisdiccional, permitiendo al ciudadano, sobre la base de un criterio de oportunidad, decidir si lleva a la tutela judicial el derecho subjetivo e interés legítimo del que cree ser titular.

Palacio lo define como "aquel en cuya virtud se confía a la actividad de las partes tanto el estímulo de la función judicial como la aportación de materiales sobre los que ha de versar la decisión del Juez".[4]

El principio dispositivo ha sido también caracterizado en un sentido formal y en uno material. En la primera de sus manifestaciones, se refiere al manejo del proceso por parte de los interesados como instrumento técnico que garantiza el ejercicio de los derechos subjetivos que corresponderían a las partes en virtud del sentido material de este mismo principio, lo que les permitiría decidir sobre el ejercicio de la acción y los planteamientos que formulen al tribunal, pero dentro de las limitaciones formales establecidas por el proceso.[5]

---

[3] Montero, J.; Ortells, M. y Gómez-Colomer, J. Derecho jurisdiccional. Parte general, Bosch, Barcelona, 1993, t. I, 465-471. En el mismo sentido, I. Esparza Leibar, El principio del debido proceso, Bosch, Barcelona, 1995, 33.

[4] Palacio, L. Derecho procesal civil, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979, t. I, 253-254.

[5] Citado en Aguirreazabal Grünstein, M., "El principio dispositivo y su

En su orientación material, el principio dispositivo resulta de mayor aplicación cuando se trata de derechos subjetivos enteramente disponibles, disminuyendo su vigencia cuando se trata de derechos o intereses en donde se encuentran comprometidos derechos indisponibles o el interés general, reforzando en dichas hipótesis el principio de actuación de oficio, no siendo en estos casos lícito para las partes limitar la actividad jurisdiccional[6].

Es importante destacar que no solo se manifiesta en la iniciativa para solicitar la tutela jurisdiccional, sino también en la libertad para fijar los límites de lo que se pretende o lo que se ha denominado como la fijación del objeto del litigio, de donde se desprende que "el inequívoco objeto del proceso lo constituye la pretensión procesal"[7].

De esta manera, el principio dispositivo no solo determina la iniciativa en el procedimiento, sino que también constituye el supuesto sobre el cual se trabará la litis, y consecuentemente, fijará la actividad probatoria y la decisión, traducida en la sentencia.

b) Su nuevo rol

Como puede apreciarse, y tal como se expresó en párrafos anteriores, el principio dispositivo contiene parámetros de referencia que gobiernan o se hacen presentes en todo procedimiento que concluya con una sentencia; pero el mentado principio no es solo eso, ya que el nuevo rol del Juez es el punto de partida para la nueva mirada del principio en estudio.

---

influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno", Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017, 423-441. DOI: https://doi.org/10.18601/01234366.n32.14.

[6] Couture, E. Fundamentos del derecho procesal civil, De Palma, Buenos Aires, 1958, 186. Sería el caso, por ejemplo, de los procesos relativos al estado civil de las personas, o de los procesos ante los tribunales de familia, e incluso ante los tribunales del trabajo.

[7] Guasp, J. Derecho procesal civil, Civitas, Madrid, 2005, 212. Se extiende la fijación del objeto del proceso a la parte demandada, quien lo limita con el ejercicio de las excepciones, especialmente las materiales.

Es menester destacar que más allá del interés privado de los litigantes muchas veces se encuentra un interés social comprometido en ciertas clases de relaciones jurídicas que hace necesaria la prevalencia de los poderes del Juez sobre las facultades dispositivas de los litigantes (Vg. proceso relativo al estado civil y capacidad de las personas). Considerando que si bien nuestro sistema procesal se caracteriza por el impulso de parte, lo anteriormente citado nos demuestra que existen algunos principios de carácter inquisitivo que encuentran su límite en principios de orden público y el fin de paz social al que tiende el proceso civil. Si analizamos algunos aspectos tales como la iniciativa probatoria de la partes concluiremos que el Juez cuenta con la misma atribución, pero entendida esta no como carga ni como derecho subjetivo sino como potestad que se dirige a completar la insuficiencia de la instrucción; establecida esta potestad como complementaria e integrativa pero nunca más allá del thema decidemdun. Muchas veces una interpretación restrictiva del principio dispositivo entendido laxamente puede hacernos concebir erróneamente que las partes son las dueñas del proceso, manejando este a su gusto y arbitrio; pero si entendemos este principio extensivamente concluiremos que el magistrado, como funcionario público, debe satisfacer el interés general de justicia, eliminando el ritualismo excesivo, el chicaneo de los operadores del sistema que atentan hacia una adecuada administración de justicia, y completando o complementando la actuación en las partes. Es así que "si bien se mantiene el principio de que el Juez solo puede pronunciarse sobre los hechos invocados por las partes, va perdiendo aplicación el que a ellas le corresponde exclusivamente aportar la pruebas, admitiéndose en cambio que el Juez pueda completar el material de conocimiento; se mantiene también el principio de que las partes son las dueñas de la acción pero la facultas de impulsar el procedimiento mediante peticiones, acuse de rebeldía, etc. va siendo substituida por la perentoriedad de los términos y el pase de un estadio a otro sin requerimiento de parte, por obra del Juez o de la ley".[8]

[8] Alsina." Derecho Procesal". Tomo 1, p. 451. 2º edición. Editorial Ediar.

Pensamos que el Juez como director del proceso no puede asumir una actitud pasiva frente a la actividad procesal de las partes (engaños, mentiras, superficialidad, temeridad o malicia, recusaciones maliciosas, negativa de firmas propia, insistencia recursiva en casos de ser improcedente, abuso en la traba de cautelares, etc.). Por qué se abandona el concepto de eficacia y certidumbre jurídica, en lugar de actuar sobre la base de penalizaciones. Hay un deber de eficiencia que el Estado debe preservar, y al que las partes y sus abogados se encuentran obligados.[9]

Respecto a este tema, cabe destacar que el Juez debe tener un papel menos pasivo, no solo ser receptor de alegaciones y pruebas. Como es sabido, tradicionalmente las facultades iniciativas probatorias del Juez se han resuelto mediante el principio dispositivo (entendido como disposición de la prueba). Siguiendo esta dirección doctrinal, el Juez del proceso civil está vinculado a la prueba de modo que resultaría inquisitivo un proceso civil en el que el Juez pudiera separarse de la prueba de parte. Cappelletti propuso distinguir dos partes a diferenciar: una, la que ordena que le Juez dicte sentencias "según lo oportunamente alegado" por las partes; otra, desvinculando al Juez en cuanto a la prueba de la iniciativa de las partes, pudiendo introducir pruebas de oficio para comprobar la realidad o veracidad de las alegaciones realizadas. Esta última tendencia está hoy en alza.[10]

Podemos decir además que el rol de los jueces ya no se agota en la letra de la Ley, el Juez cada vez más activo y ejerciendo la dirección del proceso atenúa lentamente la rigidez del mentado principio dispositivo.

En este punto el actual protagonismo del Juez en el marco del moderno derecho procesal, en particular a la luz del bienvenido activismo judicial, el cual, entre otros aspectos, brega por una participación más activa de aquel en su calidad de director del pro-

[9] Gaso María Elisa, González Pinto, Florencia lobo, Lourdes Maturano, Federico Salas y María Graciela. El Proceso Civil en el siglo XXI: tutela y garantía. Ponencia: "El Principio dispositivo y el Rol del Juez".

[10] Gaso María Elisa, González Pinto, Florencia lobo, Lourdes Maturano, Federico Salas y María Graciela. El Proceso Civil en el siglo XXI: tutela y garantía. Ponencia: "El Principio dispositivo y el Rol del Juez".

ceso, traducido ello en un fortalecimiento de su rol dentro del iter procedimental, con incremento de sus potestades, alejándose de esta manera claramente de los moldes clásicos del proceso donde el Juez se limitaba más bien a una función de corte garantista, dejando así campear en consecuencia con mayor vigor el principio dispositivo y consecuente impulso procesal de partes; asistimos hoy día y a partir de este incipiente fenómeno, a un importante número de procesos regulados en nuestro derecho vigente, en todos los cuales el Juez "puede y debe" hacer lo que de ordinario no "no puede ni debe" -en palabras del Dr. Jorge W.Peyrano-, erigiéndose precisamente esta característica como uno de los síntomas reveladores para indicar cuando nos encontramos verdaderamente frente a una verdadera "tutela procesal diferenciada".[11]

Vemos como nota distintiva en esta nueva era, un claro fortalecimiento del protagonismo que le cabe al Juez en el proceso, confiriéndole a este, amplios poderes de ordenación y conducción, de instrucción probatoria oficiosa y cautelares para dictar medidas de urgencia y prevención aún de oficio, todo esto receptado hoy en nuestro Código Procesal Civil y tributario de Mendoza recientemente sancionado.

c) Ámbito de aplicación y su recepción en el Código Procesal de la Provincia de Mendoza

Como no podía ser de otro modo, el nuevo Código Procesal recoge el mencionado principio en todas sus manifestaciones:

El reciente sancionado Código Procesal de Mendoza no solo establece una nueva forma de juzgamiento de las causas civiles, sino, fundamentalmente, reconfigura al Juez civil al imbuirlo de nuevos poderes-deberes.-

Un claro ejemplo de esta concepción puede ser apreciado en el poder-deber de la iniciativa probatoria con la finalidad de llegar a la verdad material de los hechos postulados en el proceso por las partes, donde el Juez está facultado por el legislador para aportar pruebas al proceso, sin que por ello deje de ser imparcial.

[11] PEYRANO, Jorge W "Que es y que no es una tutela diferenciada en Argentina". Revista de Derecho Procesal. 2.008, II, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fé, año 2008 p.32.

Si bien el impulso procesal de parte es una consecuencia del principio dispositivo, de manera concurrente los ordenamientos procesales conceden a los jueces y tribunales el poder de impulsar de oficio (v.g. art. 36 CPCCN).

En nuestro ordenamiento los principios procesales como el principio en estudio surgen de los principios contenidos en el art. 2 (inc. I d) el que expresamente dispone:

Sin perjuicio de lo reglado por disposiciones especiales, el presente Código se rige por las siguientes reglas procesales generales:

a) Acceso a la Justicia y Derecho al Proceso. Toda persona tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones en forma definitiva; tiene derecho a acudir ante los Tribunales para exponer un conflicto jurídico concreto u oponerse a la solución pretendida y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal, debiendo en todos los casos invocar un interés jurídico protegido y legitimación. El Tribunal que entienda en la causa tiene el deber de proveer sobre sus peticiones.

b) Dispositivo: La iniciación del proceso incumbe a los interesados, los que podrán disponer de sus derechos y del proceso, salvo aquéllos que este Código u otras leyes expresamente declaren indisponibles. Las partes podrán terminarlo unilateral o bilateralmente conforme lo reglado por este Código.

c) Formas alternativas de resolución del conflicto. La conciliación, la transacción, la mediación, el arbitraje y otros métodos de solución de conflictos deberán ser estimulados por Jueces, Abogados y miembros del Ministerio Público en el curso del proceso judicial.

d) Impulso procesal compartido. Iniciado un proceso, tanto las partes como el Tribunal podrán impulsarlo evitando su paralización, con el objeto de adelantar el trámite con la mayor celeridad y eficacia posible.

e) Oralidad. Deber de los jueces de encontrarse presentes: Tanto las audiencias como las diligencias de prueba en las que así se indique, se realizarán por ante Juez o Tribunal, no pudiendo ser

delegadas en otros funcionarios, bajo pena de nulidad, salvo cuando este código excepcionalmente lo permita. En caso de ausencia justificada, podrán ser subrogados por otro Juez conforme la ley especial o según lo establezca por acordadas la Suprema Corte, salvo que circunstancias excepcionales autoricen a suspenderla audiencia.

f) Celeridad y concentración. Los actos procesales deberán realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos, cuando a ello se faculte por ley o por acuerdo de partes, y de concentrar en un mismo acto la mayor cantidad de diligencias posibles, así como la colocación de todas las órdenes anticipatorias en resoluciones que el Juez entienda puedan emitirse para una más ordenada y rápida resolución de la causa.

g) Concentración. Es deber de los jueces velar por el efectivo contradictorio y asegurar a las partes la igualdad de tratamiento en relación al ejercicio de los derechos y facultades procesales, a los medios de defensa, a los deberes y a la aplicación de sanciones procesales.

h) Buena Fe. Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe conforme lo establecido en el art. 22 de este Código. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal y cualquier otra conducta ilícita o manifiestamente dilatoria. i) Igualdad y de cooperación. El Tribunal debe velar por la igualdad de los litigantes y por preservar las garantías del debido proceso. Todos los sujetos del proceso deben cooperar entre sí para que se obtenga, en tiempo razonable, la decisión de mérito efectiva.

j) Pluralidad de formas. Los actos procesales y las resoluciones de todo tipo deberán tener las formas que este Código establezca, ya sea en forma oral o escrita, y ésta en soporte papel, electrónico o digital.

k) Publicidad. Todo proceso será de conocimiento público, salvo que expresamente la ley disponga lo contrario o el Tribunal así lo decida por razones de seguridad, de moral o de protección de la personalidad de alguna de las partes.

l) Cooperación internacional. Los Tribunales deberán brindar cooperación jurisdiccional conforme los tratados internacionales celebrados y ratificados de acuerdo a lo establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación. Los ciudadanos y residentes permanentes en el extranjero gozan de las mismas condiciones que los ciudadanos residentes permanentes en la Argentina, conforme lo dispone la Constitución Nacional y las leyes de fondo. Estos recibirán igual trato procesal.

m) Imparcialidad. El Juez o Tribunal debe carecer de todo interés en la resolución del conflicto.

La comisión redactora en la nota al artículo manifiesta que: siguiendo principalmente el modelo del Código Iberoamericano, el Código Procesal Civil Brasilero, Kaminker y otros, Anteproyecto Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. 2015, Rubinzal, Disp. Grales, p. 25, se establecen reglas generales que se encuentran íntimamente vinculadas al respeto del debido proceso y el deber que incumbe a todo tribunal para velar por el mismo. Se resaltan la eficiencia y efectividad para la pronta resolución de los conflictos, la concentración y economía procesal y mayor oficiosidad en el trámite de manera tal que el conflicto se resuelva en un plazo razonable…".

Vemos que la eficacia, la efectividad y la razonabilidad de los plazos para la resolución del conflicto son notas distintivas que atraviesan todo el Código Procesal unido a la mayor oficiosidad y el impulso procesal compartido, ambas atenuaciones del principio dispositivo consagrado en la norma.

Así otras de las normas que revive esta nueva concepción del principio dispositivo es el art. 46 de la nueva ley de rito (deberes y facultades de los jueces), en la que en algunos de sus incisos dispone: 1) Ejercer la dirección del proceso y proveer las medidas necesarias para su normal desarrollo, a pedido de interesado o por propia iniciativa ; 5) Disponer las medidas idóneas para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, propender a una más rápida y económica tramitación del proceso y asegurar una solución justa; 11) Concentrar en lo posible en un mismo acto o audiencia, todas las diligencias que sea preciso realizar para un avance eficaz del proceso; 12) Cuando

aplique las facultades otorgadas por las leyes de fondo como utilizar criterios de equidad, actuación oficiosa, criterios de justicia, de acompañamiento o deba por ley suplir la voluntad de las partes u ordenar prueba de oficio o al apreciarla, el Juez debe actuar respetando el derecho de defensa y el debido proceso.

En las normas arriba descriptas, y que están íntimamente relacionadas con este principio dispositivo, se puede ver claramente que se ha pretendido reforzar los poderes del Juez en la dirección del proceso y en la actividad de instrucción del mismo. Cumpliendo el magistrado un rol activo colaborando con las partes en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y no ya la verdad formal, otro cambio fundamental en nuestro derecho procesal del siglo XXI.

III. Conclusiones

El principio dispositivo es fundamental para el desenvolvimiento del proceso civil tal cual hoy se lo concibe.

El rol de Juez activo y las mayores facultades otorgadas a los magistrados dadas en el reciente Código Procesal sancionado dan una nueva mirada al principio en estudio.

Pero asimismo es importante advertir que esa mayor discrecionalidad de los jueces para resolver cuestiones de derecho privado, no implica una desnaturalización de la instancia privada, que sigue manteniendo su relevancia procesal; sino más bien apunta a lograr una tutela judicial efectiva. Es por ello que una interpretación extensiva del principio dispositivo, atribuye al Juez la potestad más proactiva frente a una posible pasividad de las partes, siempre de manera complementaria y no subsidiaria.

Finalmente, consideramos que estamos frente a un nuevo paradigma, en donde el rol protagónico del Juez no solo se limita a garantizar el debido proceso, velando por la prevalencia del principio procesal dispositivo y consecuente impulso procesal de parte; sino que además, se aspira a una mayor intervención del magistrado en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, aumentando su rol de director del proceso.

La participación procesal de NNyA en el Proyecto de Ley Procesal para la Justicia de Familia y de Violencia Familiar de Mendoza

Ab. Nadia Anahí Tordi

I. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar cómo se ha consagrado el principio de la participación procesal de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNyA) y la figura del abogado del niño en el proyecto de Ley Procesal para la Justicia de Familia y de Violencia Familiar de Mendoza. El camino para recorrer consiste: en analizar la aplicación de los principios procesales consagrados por el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) en la ley proyectada mendocina, determinar los lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Mendoza en relación con la figura del abogado del niño y para concluir, considerar la norma procesal proyectada.

Como es sabido, el CCyC sistematiza las normas jurídicas aplicables a las relaciones de familia en su Libro Segundo, en los primeros siete capítulos establece la regulación de fondo sobre matrimonio, régimen patrimonial matrimonial, uniones convivenciales, parentesco, filiación, adopción y responsabilidad parental, y en el último capítulo establece el derecho de forma que denomina procesos de familia.

La normativa sustancial que propone el CCyC, reconoce que la sociedad contemporánea atraviesa una verdadera revolución de la forma de vivir los afectos e intenta aproximar el derecho a la realidad. Acepta la complejidad e imprevisibilidad de las relaciones familiares y revisa las estructuras tradicionales sobre la base de la revalorización de la autonomía personal, la igualdad real, el pluralismo. Reformula los roles, avanza hacia procesos de democratización mediante la búsqueda de consensos con base en la ponderación de los distintos intereses en juego. Visibiliza la situación de muchos grupos vulnerables: cobran protagonismo los derechos de los niños, de los ancianos, de las mujeres embarazadas. Refleja un corrimiento del orden público familiar y deja espacio para que los involucrados tomen sus propias decisiones: en este sentido promueve el acuerdo a un sinnúmero de situaciones; permite definir aspectos económicos o responsabilidades personales y evitar conflictos anticipando soluciones autónomas[1].

[1] Kelmelmajer de Carlucci, Aida y Molina De Juan, Mariel, Los princi-

Se destaca, que la regulación normativa de las relaciones familiares en el CCyC se encuentra en consonancia con los tratados de derechos humanos y el consiguiente bloque constitucionalidad/convencionalidad[2], en otras palabras, las directrices que se proponen deben interpretarse de forma coordinada entre ellas y según el control de convencionalidad y el debido proceso legal[3].

Así, los lineamientos generales sobre los procesos de familia están regulados en los artículos 705 a 711 del CCyC, cuyo objetivo es asegurar la efectiva vigencia de los derechos sustanciales y su aplicación homogénea en todo el territorio[4], por lo que los códigos procesales provinciales deben utilizar este marco normativo como asiento sobre la cual regular sus procedimientos[5]. Se ha dicho, que el CCyC es novedoso, en tanto sistematiza las pautas que han de regir el procedimiento familiar; reconoce la existencia de un derecho procesal especial cuya autonomía científica y legislativa ya no se discute, aplicable a todo el territorio de la Nación[6].

pios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial, Revista de Derecho Procesal, 2015-2 Proceso de Familia, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p.36.

[2] Explica Gil Domínguez que el artículo 2 del CCyC refleja un cambio de paradigma en los sistemas de aplicación e interpretación, que la coherencia que exige como pauta de interpretación está basada en la inexcusable remisión a los principios constitucionales y convencionales. Las palabras, las finalidades, las leyes que deben ser interpretadas a la luz de la Constitución y de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional. (ver Gil Dominguez, Andrés, El Estado Constitucional y Convencional de Derecho en el Código Civil y Comercial, 2º ed., Ediar, CABA 2015, p.206).

[3] Kelmelmajer De Carlucci, Aida y Molina De Juan, Mariel, Los principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial, Revista de Derecho Procesal, 2015-2 Proceso de Familia, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, p.40/41.

[4] Ferreyra De De La Rúa, Angelina, "El procedimiento de familia en el proyecto", en L.L. 20012-d-722.

[5] Así lo ha sostenido la CSJN, en los autos "Correa, Bernabé c/ Barros, Mariano R.", 1923, Fallos: 138:157. 5.

[6] Ver Ferreyra De De La Rúa, Angelina, Bertoldi De Fourcade, María Virginia y De Los Santos Mabel, Procesos de Familia en Tratado de Derecho de Familia, TIV, (dir) Kemelmajer De Carlucci, Aida; Herrera Marisa y Lloveras Nora, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014 y Bermejo,

El proyecto ley mendocino, ha sido redactado teniendo en cuenta las reglas y principios procesales que sienta el CCyC, en los que se determinan: ámbito de aplicación, principios procesales, participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes, rol de juez y principios relativos a la prueba, a continuación, se estudiará a continuación cómo se han consagrado en el proyecto de ley mendocina.

II. Los principios procesales en la Ley Procesal para la Justicia de Familia y violencia familiar de Mendoza

En primer lugar, debo aclarar que, en la provincia de Mendoza, todavía no ha dictado una ley de procedimientos que regule los procesos de cuestiones de derecho de familia acorde al CCyC. Sí, se ha sancionado recientemente un Código Procesal Civil Comercial y Tributario, cuya puesta en funcionamiento fue en febrero del 2018. Hoy en la justicia de familia se trabaja con una ley de procedimientos anterior a la sanción del CCyC, por lo que nos encontramos ante la urgencia de resolver este vacío legislativo.

Esta necesidad se advierte, en los fundamentos del proyecto de ley, por lo que se destaca que pretende dar respuesta a dos necesidades impostergables de la justicia de familia mendocina:

(i) La adecuación de los procedimientos a los importantes cambios en el derecho sustancial introducidos por el CCyC[7];

Patricia, El proceso de familia en el nuevo Código Civil y Comercial y su coordinación con las justicias provinciales. Publicado en Revista de Derecho Procesal, "Procesos de familia", 2015-2, p. 149 Ed. Rubinzal — Culzoni Editores, Santa Fe, octubre 2015.

[7] En la justicia de Mendoza, actualmente se encuentra organizada bajo la órbita de la ley provincial nº 6354 que data del año 1995, ley pionera en su época, acorde a la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Con la sanción de la ley nacional 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niñas y Adolescentes, la práctica forense se fue adecuando a través de Protocolos de Actuación elaborados por Acordadas dictadas por del Poder Judicial, siendo necesario y urgente una normativa procesal en consonancia con el derecho sustancial reconocido por el CCyC.

(ii) La necesidad de proveer a la justicia de los ajustes requeridos para concretar la tutela judicial efectiva, en especial, teniendo en consideración las personas en situación de vulnerabilidad. Se busca un sistema que garantice el acceso a la justicia y la igualdad, sin menoscabar las garantías de bilateralidad y congruencia.

Los cimientos procesales de la ley proyectada se encuentran en el art. 706 del CCyC, que sistematiza los principios generales de los procesos de familia. Se denominan principios, porque se concretan como directivas u orientaciones para el juez o legislador para que sean utilizadas a la hora de aplicar o dictar el Derecho[8], así establece: "El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente: a) 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. b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c) 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[9].

[8] Para ampliar ver Ferreyra De De La Rúa, Angelina, Bertoldi De Fourcade, María Virginia y De Los Santos Mabel, Procesos de Familia en Tratado de Derecho de Familia, TIV, dir Kemelmajer De Carlucci, Aida; Herrera Marisa y Lloveras Nora, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, p.429)

[9] Ya en el XXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en la provincia de Santa Fe los días 8, 9 y 10 de junio del 2011, se destacaba la necesidad de establecer principios distintivos para los procesos de familia, en la Comisión de Derecho Procesal, Familia, Niñez y Adolescencia, se arribaron a las siguientes conclusiones: 1) Los procesos de familia por su naturaleza exigen principios diferenciados y propios. 2) Las directrices en estos procesos son las de conciliación, reserva, verdad biológica, flexibilidad del principio de congruencia respetando la igualdad de las partes, oralidad, inmediación y personalidad, celeridad, remoción de obstáculos formales, favor probationes. 3) Eliminar la categoría clásica del testigo. 4) Redimensionar el valor probatorio de las conductas de las partes en su rol familiar. 5) Necesidad de fuero especializado en materia de familia. La especialidad que se requiere se vincula a los órganos, a las normas procesales y a la competencia, es decir, a toda la organización

Reitero, estos principios se plasman a lo largo de toda la ley proyectada. Así ha sido diseñada en cinco partes: i) Parte General, ii) Clases de Procesos de Familia, iii) Procesos Especiales, iv) Procesos de Violencia Familiar y v) Disposiciones transitorias. En el presente trabajo, me detendré a estudiar el principio procesal de la participación de NNyA en algunos procesos especiales, siendo necesario abordar las bases generales que establece el proyecto.

En la Parte General, se sistematizan las reglas y principios generales de aplicación de la ley:

· Fines del proceso e interpretación de las normas: Se establece que la interpretación de las normas procesales debe ser integral de todo el ordenamiento jurídico, se pretende que los operadores del derecho apliquen la ley, siempre teniendo como horizonte el respeto por los derechos fundamentales y la operatividad del derecho sustancial (art. 1).

· Tutela Judicial efectiva y Debido proceso legal: Se enfatiza en dos ejes sobre los que se debe acentuar el proceso, uno es el respeto por la garantía constitucional del debido proceso legal y, otro la tutela judicial efectiva de los derechos[10], para lo cual se le exige al juez el deber de prevenir y sancionar todo apartamiento de la

jurisdiccional. Asimismo, se impone la especial versación en materia de familia para los operadores jurídicos. 6) Destacar la importancia de la multidisciplina en la resolución de conflictos de familia. 7) Activismo del juez de familia, con mayores poderes y atribuciones, pero con los límites que impone la autonomía de la voluntad de las partes y el derecho a la intimidad. 8) Recomendar la distinción entre la representación letrada de un niño y la representación promiscua del ministerio pupilar. 9) Propiciar que el órgano jurisdiccional difunda la doctrina judicial de los fallos, con reserva de la identidad de las partes. 10) Propiciar la regulación específica de las tutelas urgentes en los procesos de familia, como las tutelas cautelares, anticipatorias y autosatisfactivas, en resguardo tanto de lo personal como de lo patrimonial. (para ampliar ver Guahnon, Silvia, Procesos de familia en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. 31-ago-2012, MJ-DOC-5948-AR | MJD5948).

[10] El derecho a la tutela judicial efectiva involucra no solo el derecho a la jurisdicción y a los proveimientos adecuados, sino también a los medios ejecutorios eficaces. (ver De Los Santos Mabel, Las garantías constitucionales del proceso civil, en MANILI, Pablo L. (dir) y otros, Tratado de Derecho Procesal Constitucional, La ley, Buenos Aires, 2010, t I, p.551).

buena fe y lealtad procesal, y dirigir el proceso con observancia de las reglas de oficiosidad, oralidad, inmediación, gratuidad y acceso limitado al expediente (arts. 2 y 8).

· Especialidad del fuero e interdisciplina. Se reconoce la especialidad de fuero y la necesidad de trabajar desde la interdisciplina (art. 4). La exigencia de una versación especial en la materia, para todos los operadores se constituye en una garantía de la tutela judicial efectiva. La actuación de equipos interdisciplinarios deviene necesaria a fin de contar con una mirada integral sobre los conflictos familiares, contribuyendo a decisiones justas y adecuadas a derecho.

· Oralidad y Resolución consensuada de los conflictos: El proyecto propone la oralidad y la inmediación del juez con las personas que intervienen en el proceso, se busca jueces comprometidos con su función y que tengan un perfil eminentemente conciliador (art. 6). Se pretende lograr la cooperación interdisciplinaria, porque existe plena conciencia de que, en el ámbito del derecho de las familias, el saber basado exclusivamente en la ley es siempre insuficiente. El abordaje interdisciplinario favorece la resolución de los conflictos que se presentan.

· Oficiosidad. Se establece la oficiosidad como principio general, así se concreta que el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede, ordenar pruebas y disponer medidas no patrimoniales urgentes, cautelares y no cautelares. Se advierte que este impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas plenamente capaces. Como contracara del impulso procesal de oficio, se establece que la caducidad de la instancia no opera en los casos en que el impulso oficioso del trámite corresponda al juez (art. 9).

· Gratuidad: Los procedimientos que no sean de contenido económico son gratuitos y, están exentos del pago de cualquier tipo de tributo o carga. En los de contenido económico, quien alegue insuficiencia de bienes e ingresos debe presentar una declaración jurada por ante el funcionario que recibe demandas, quien le informará sobre las consecuencias de la eventual falsedad (art. 10). Se pretende así un verdadero acceso a una justicia inclusiva que brinde posibilidades a todas las realidades socioeconómicas.

· Acceso limitado al expediente: Se establece que el acceso al expediente está limitado a las partes, sus representantes y letrados, y a los auxiliares designados en el proceso, en garantía al derecho a la intimidad de las personas que acuden a la justicia de familia, y se encuentran inmersos en un litigio familiar[11] (art. 11).

· Oralidad e Inmediación: Resulta imprescindible el contacto directo y personal del juez con las partes, como así también con los distintos equipos intervinientes en el proceso. La oralidad deviene como consecuencia de dicha inmediación, se establece el deber de escucha directa a los protagonistas del proceso (art.8).

· Flexibilidad de las formas del proceso y de los principios de la prueba: Se establece que, a fin de evitar excesos rituales, el juez puede adaptar las formas procesales, cuyo límite es la garantía del debido proceso, y en relación con la prueba se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad. Se acepta expresamente la teoría de la carga dinámicas de las pruebas (arts. 14 y 15).

· Interés superior de las niñas, niños y adolescentes: Se resalta el criterio rector del interés superior, que debe estar presente en toda decisión que los involucre los derechos de NNyA (art. 7).

· Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de NNyA: La intervención de las personas vulnerables, se encuentra garantizada, en cuanto sujetos de derecho, se destaca el ejercicio del derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso (art. 7). En el apartado siguiente se analizará en detalle el tratamiento de esta garantía procesal.

· Lenguaje: En los actos procesales en los que participen personas con capacidad restringida e incapaces, y NNyA utilizar un lenguaje sencillo, de fácil comprensión y se deber evitar formalismos innecesarios y debe realizarse en un hábitat adecuado (art.7), se consagra en la justicia local la aplicación de las 100 Reglas de Brasilia para el acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad.

---

[11] Para ampliar sobre la diferencia entre conflicto y litigio familiar ver RIVAS, María Fernanda, La familia y la ley. Conflictos trasformaciones (perspectiva psicosocial), ed. La Rocca, CABA, 2017.

· División de competencias: civiles y violencia familiar: Se reconoce la especialidad y la urgencia de dar respuestas a problemas sociales por lo que se divide la competencia en dos orbitas: (i) juzgados de familia y (ii) juzgados de violencia familiar, se pretende que con la mayor especificidad permita asegurar las respuestas eficaces y oportunas a las personas que se encuentran inmersas en situaciones de violencia.

Todos estos principios, si bien están englobados en la parte general de la ley, a lo largo de su articulado se advierte su aplicación concreta en cada proceso que se propone. Nos detendremos a analizar uno de ellos, que es la participación procesal de los NNyA.

III. Análisis sobre la participación procesal del niño, niña y adolescente en el CCyC

El proyecto de ley, plasma a nivel procedimental el derecho de los NNyA a participar del proceso que involucre sus derechos. Se reconoce, la íntima relación que existe entre el principio de interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oído, sin perder de vista que se puede materializar desde dos aristas: i) derecho a ser oído y ii) derecho a contar con patrocinio letrado.

El principio de interés superior del niño, ha sido definido por la Observación General N° 14 del Comité de los Derechos del Niño, desde tres aspectos: (i) como un derecho sustantivo, (ii) como un principio de interpretación y (iii) como una norma de procedimiento.

(i) Es un derecho sustantivo. Ello significa que el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.

(ii) Es un principio jurídico interpretativo fundamental. Se establece que, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

(iii) Una norma de procedimiento. Se indica que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión.

El derecho a ser oído[12], encuentra también en la Observación General Nº 12 la interpretación del Comité, me permito destacar algunas premisas de importancia, que sirven de pautas de orientación a los operadores jurídicos:

(i) Se debe dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas y que no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.

(ii) El niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente.

(iv) No es necesario que el niño tenga un conocimiento exhaustivo del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para formarse su opinión.

[12] Sabido es que este derecho encuentra su fundamento en el art. 12 de la CIDN que establece: "1. Los Estados parte garantizarán que el niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los conciernan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función a su edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial que lo afecte, ya sea directamente o por medio de un representante legal o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional. Al decir de Mizhari: "La norma internacional sienta una plataforma mínima que por su jerarquía constitucional no puede ser restringida ni limitada por los países signatarios. En todos los casos permite un mayor avance en el reconocimiento de los derechos de los niños, con el consiguiente deber de los jueces de atenerse a las ampliaciones, reconocimientos y mayores especificaciones que contenga la ley interna. (ver MIZRAHI, Mauricio Luis. Intervención de niño en el proceso. El abogado del niño, LALEY 11/10/2011, 1-LALEY 2011-E, 1194).

(v) La escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se rige como principio rector en toda cuestión que involucre al NNyA, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etc..

Estas directrices han sido recibidas por el CCyC, siendo su antecedente la ley nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de NNyA[13], donde además se articulan estrechamente con ambos principios la regla de la autonomía progresiva. Con ella, se hace referencia que conforme la edad y grado de madurez, el NNyA tiene una mayor participación en las decisiones que hacen a su persona, disminuyéndose así la representación de los progenitores, tutores o guardadores.

En el sistema regulado por el CCyC, se advierte que algunas normas garantizan la intervención del NNyA como parte[14]; por ejemplo, el artículo 608 lo considera sujeto del proceso de declaración de adoptabilidad; otras normas, en cambio, contemplan su participación a través del derecho a ser oído (art. 707). El principio general está previsto en el art. 26 del CCyC que establece: "…La

[13] En el artículo 27 inc. c) prevé la participación del niño mediante un abogado como garantía de procedimiento en todos los procesos judiciales- no solamente los de familia- y aún en los procesos administrativos en los que se lo involucre. También regula expresamente que si el niño carece de recursos materiales es obligación del Estado asignarle de oficio un letrado que lo patrocine.

[14] En un trabajo anterior, llegué a la conclusión que de si bien, la capacidad de ejercicio de derechos por la persona menor de edad (capacidad procesal) se encuentra regulada en el artículo 24, la norma específica que hace referencia a la capacidad procesal es el artículo 677del CCyC; de su lectura se deprende que como regla, los padres son los representantes legales de los hijos; sin embargo, cuando el hijo es adolescente o sea, cuenta con la edad de 13 años, puede intervenir de manera autónoma en el proceso judicial ya que su capacidad procesal se presume (interpretación acorde a lo establecido en el artículo 261 inc. c. del CCyC). En tanto, si tienen menos de esa edad y conforme lo establecido en los artículos 24 y 26 la capacidad procesal del niño deberá ser valorada por el juzgador en el caso concreto conforme a su "edad y grado de madurez". (ver TORDI, Nadia Anahí, Aspectos procesales de la figura del abogado del niño y adolescente, Publicado en Revista de Derecho Procesal, "Procesos de familia", 2015-2, Ed. Rubinzal —Culzoni Editores, Santa Fe,2015, p.213.

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…".

A modo de ejemplo Kemelmajer y Molina de Juan sintetizan algunos supuestos en los que la ley distingue el derecho a ser oído del derecho a participar con un abogado en el proceso:

· El hijo matrimonial con edad y madurez suficientes puede solicitar se agregue el apellido del otro progenitor (art. 64). La persona con edad y madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando (art. 66).

· Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente y tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez (art. 113).

· La decisión judicial que otorga la dispensa por falta de edad para contraer matrimonio debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial (art. 404).

· En la adopción, se enumera entre los principios generales el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y que su opinión se tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 595); se valora su edad y grado de madurez a fin de garantizar su derecho a conocer sus orígenes (art. 596); si el adoptante tiene descendientes, deben ser oídos por el juez, teniendo en cuenta su edad y grado de madurez (art. 598); el niño o adolescente es parte del procedimiento donde se resolverá sobre su situación de adoptabilidad si tiene la edad y grado de madurez suficiente y comparece con asistencia letrada (art. 608).

· La persona menor de edad, puede estar en juicio contra sus progenitores si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada (art. 679)[15].

En consecuencia, puede advertirse que el derecho del niño a participar en el proceso no implica que siempre se lo considere

[15] Kemelmajer De Carlucci, Aída y Molina De Juan, Mariel F. La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial. RCCyC.,2015 (noviembre), 3 Cita Online: AR/DOC/3850/2015

parte. La obligación estatal de garantizar el derecho del niño a participar implica una serie de hechos que trascienden asignarle carácter de parte. Comprenden desde el derecho a ser oído hasta su expresión más profunda, que es la intervención del niño con su abogado patrocinante[16].

IV. Lineamientos establecidos por la jurisprudencia mendocina sobre la designación del abogado del niño

En nuestra provincia, aun antes de la sanción del CCyC, la Suprema Corte Provincial, se pronunció sobre la figura del abogado del niño y por ende sobre su capacidad procesal, tres casos merecen ser destacados:

(i) La primera sentencia, fue anterior a la sanción del CCyC, los hechos que llegaron a conocimiento de la Corte fueron los siguientes: la madre de un niño (de seis años aproximadamente), denunció al padre, por abuso sexual. El juez de primera instancia, como medida de protección dispuso la prohibición de acercamiento. En la segunda instancia, se tienen por desestimados estos hechos, como también en sede penal y se fija un régimen de comunicación. La progenitora interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha resolución. La Suprema Corte lo rechazó, ordenó establecimiento de un proceso psicoterapéutico de re vinculación y la designación de un abogado del niño como medida de protección[17].

---

[16] TORDI, Nadia Anahí, Aspectos procesales de la figura del abogado del niño y adolescente, Publicado en Revista de Derecho Procesal, "Procesos de familia", 2015-2, Ed. Rubinzal —Culzoni Editores, Santa Fe, 2015,p.218.

[17] SCJ de Mendoza, sala I, DYNAF s/ solicita medida conexa s/ inc. 08/04/2014, LA LEY 26/05/2014, 26/05/2014, 10 - LA LEY 16/06/2014, 16/06/2014, 8 - LA LEY2014-C, 568 - LLGran Cuyo 2014 (julio) , 593, con nota de Raganato Claudia R.; DJ16/07/2014, 40 - DJ 10/09/2014 , 14, y con nota de CUETO Ángel Mauricio; DFyP 2014 (octubre) , 75, con nota de Cagliero, Yamila Soledad y Belluscio Claudio A. Cita Online: AR/JUR/7091/2014.

De la lectura del fallo se desprende algunas pautas a considerar al sobre la participación del niño con abogado en el proceso: i) la designación de un abogado del niño es procedente independiente de la edad de este, ii) es una medida recomendada ante el alto grado de conflicto que existe entre los progenitores, y iii) esa designación recae en un abogado del Estado.

(ii) La segunda vez que la Corte mendocina se pronunció sobre el tema, fue poco tiempo antes de la entrada en vigor del CCyC, en un caso en el que padre de un niño, había iniciado un proceso de ejecución de sentencia respecto del régimen de comunicación. Sostenía que la madre se había mudado con su hijo a otra provincia sin consultar ni permitir el contacto. En primera instancia, se consideró que el cambio de domicilio no era ilícito ni constituía un incumplimiento de aquel decisorio y fijó un régimen a cumplirse alternadamente en ambos lugares. Apelada la sentencia, la Cámara modificó el régimen. Llegado el caso al Superior Tribunal se dispuso una serie de medidas de cumplimiento por ambos progenitores por aplicación del principio del interés superior del niño, entre ellas la futura designación de un abogado del niño para el supuesto que surja una nueva causa judicial en la que se ventile algo atinente a los derechos de su hijo[18].

Nuevamente se advierte que la Corte participa del criterio que el niño puede contar con un abogado independientemente de su edad, que es una medida a tomar en casos de conflicto de intereses con sus representantes legales y que la designación proviene del juez.

(iii) La tercera oportunidad, en la que la Corte se pronunció sobre la designación del abogado del niño, ya en vigencia el CCyC. Fue en un caso en el cual una niña, por el sistema anterior a la Ley N° 26.061, había sido declarada en situación de adoptabilidad, y había quedado bajo la guarda de hecho de una familia referente efectiva. Al llegar a su adolescencia, la joven fue albergada en hogares del Estado por la decisión del órgano administrativo en relación con una medida de protección excepcional, originada en

[18] SCJ de Mendoza, sala I, 06/07/2015, D. D. A. c. V. D. R. s/ ejec. de sentencia p/ rec.ext.de inconstit-casación Publicado en: LLGran Cuyo2015 (noviembre), 1095, Cita Online: AR/JUR/29444/2015

una denuncia de abuso sexual por parte de la pareja de su guardadora. La joven en reiteradas oportunidades se va del hogar y regresa al domicilio de su guardadora. Al ser buscada en reiteradas oportunidades por la policía con la orden del auxilio de la fuerza pública para ser albergada nuevamente, la joven se presenta ante la jueza de primera instancia con una abogada cuya designación es rechazada porque se advierte que es la misma profesional que defiende a la persona indicada como presunto abusador. Se presentan nulidades ante primera instancia y por su rechazo se habilita el pronunciamiento de la Corte. La Suprema Corte se expide, indicando que la joven tiene derecho a contar con un abogado de su confianza, pero la designación de esta profesional se encuentra éticamente impedido, dado que ha intervenido en la causa en representación de quien se encuentra denunciado por su presunto abuso sexual, lo cual evidencia un interés incompatible. En tanto, sostiene que el nombramiento de un letrado perteneciente a la Defensoría General de los Derechos debe confirmarse, pues no resulta irregular, la Ley N° 26.061 establece que los niños tienen derecho a ser asistidos por letrados preferentemente especializados, pero sin imponer limitación alguna respecto al organismo que pueda desempeñarse[19].

Se advierte que la Corte mendocina tiene un criterio amplio en relación a la designación de un abogado del niño, ya que considera que es una medida que puede ser útil para prevenir o impedir abusos procesales por parte de los progenitores y cuando hay un alto grado de conflicto entre ellos, considera la designación del abogado como una garantía procesal pertinente tanto en primera instancia, en segunda o en la misma Corte, y que es posible su designación independiente, de la edad, se valora conforme su autonomía progresiva del niño.

[19] SCJ de Mendoza, sala I, 22/12/2015, G., D. D. s/ medida tutelar p/ recurso ext. de inconstitucionalidad, Cita Online: AR/JUR/80623/2015

V. La propuesta de la ley proyectada

Con todos estos lineamientos, y sobre la base del Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia de CABA[20], el proyecto de ley para la Justicia de Familia mendocina en su articulado propone requisitos para la designación del abogado del niño. Así establece que: "El niño, niña o adolescente que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede: a) Si existe conflicto de intereses con sus representantes legales, intervenir con asistencia letrada. b) Solicitar la designación de un abogado para que lo asista en las peticiones que los afecten directamente" (art. 47).

Se advierte, que en el proyecto la designación del abogado del niño, no se relaciona con un parámetro etario concreto, sino que acepta la postura amplia ya que posibilita la designación conforme a su edad y grado de madurez, además se establece que el niño puede concurrir con abogado ante la presencia de conflicto con sus representantes legales o para una petición en concreto, ósea una actuación o varias, pero en las que no necesariamente exista conflicto de intereses.

Se establece en proyecto la obligación a los jueces, asesores, mediadores de dar la información necesaria sobre los posibles abogados especializados, inscriptos en el registro local, a los fines de poder elegir uno que lo asista en juicio (art. 49). Entiendo que esta designación del juez es procedente en el supuesto de conflicto de intereses con sus representantes, en tanto si el niño es acompañado en una sola presentación con su abogado elegido por si, nada

[20] El Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia, fue elaborado a requerimiento de la Unidad de Implementación y Seguimiento de Políticas de Transferencia de Competencias del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo presidente, el doctor Julio Giovanni, encomendó dicha labor a las doctoras: Ángeles Burundarena, Marisa Herrera y Mabel de los Santos. La Revisión general el texto estuvo a cargo de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, a la sazón integrante de la Comisión designada por decreto 191/2011 de poder ejecutivo nacional que tuvo a cargo la elaboración del CCyC. (ver DE LOS SANTOS, Mabel, El Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia y la garantía de la tutela judicial efectiva, Publicado en Revista de Derecho Procesal, "Procesos de familia", 2015-2, Ed. Rubinzal —Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, p.485).

impide que se tenga a este como su patrocinante, salvo que se advierta como en el último caso jurisprudencial analizado que el abogado sea designado por uno de los adultos involucrados en el tema en cuestión.

En el supuesto de conflicto de intereses, se prevé que la designación la realiza el juez seleccionando uno del Registro local de abogados del niño[21], de conformidad con los previsto con la reglamentación especial y en el supuesto de que el juez advierta que se ha presentado un escrito que requiere firma de abogado sin ella, tiene el deber de citar al niño para informarle que, para tratar su petición, debe ser ratificada por un abogado (arts. 49 y 50).

La ley regula nueve procesos especiales, entre ellos: proceso para la declaración de restricción a la capacidad jurídica, autorizaciones judiciales, alimentos, divorcio, filiación, adopción, control de legalidad de medidas excepcionales, restitución internacional y procesos de violencia familiar. Cado uno de tiene reglas especiales considerando la naturaleza diversa de cada pretensión.

Nos detendremos en el estudio del proceso de autorizaciones judiciales ya que un análisis de cada uno supera el objetivo de este trabajo.

En el art. 127 regula el proceso de dispensa para contraer matrimonio de las personas menores de dieciséis años. Como reglas, se establece que: a) No se aplica la etapa previa, b) La persona menor de edad que solicita la dispensa debe intervenir con patrocinio letrado, c) La demanda se notifica a ambos progenitores. Si no comparecen al proceso, debe intervenir el defensor oficial, d) El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales, con intervención del asesor de personas menores de edad, incapaces y capacidad restringida e) La decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto

[21] En la provincia de Mendoza, la Suprema Corte ha suscripto un convenio con la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo, a fin de que los abogados que tengan aprobada la Diplomatura en Derechos de NNyA, Sistema de Protección, Abogado del Niño, ingresen al Registro de Abogados del Niño de la provincia.

matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado.

En relación al tema es estudio merece destacarse que la persona menor edad de dieciséis años, que desea contraer matrimonio, debe intervenir con patrocinio letrado para entablar su petición, de la norma se advierte que la designación del abogado puede provenir de la información brindada por el juez o asesor quienes derivan al abogado del registro local, o si la persona menor de edad quiere designar a un profesional de su confianza, nada impide que se aplique la el supuesto regulado en el art. 47 segundo apartado.

En el mismo sentido, se establece que, si la autorización judicial para celebrar matrimonio es requerida por un adolescente entre 16 y 18 años, estos deben comparecer con el correspondiente patrocinio letrado. Se advierte que la ley ya presume la capacidad procesal del adolescente para peticionar un acto personal como es contraer matrimonio y lo habilita a que se presente con su letrado de confianza, además busca un proceso ágil para resolver la petición. En este supuesto el adolescente podrá seleccionar un abogado de la lista que el Estado le proporcionará, o designar uno de su confianza (art.47).

Una novedad que trae la ley de proyectada es que se legitima al niño, niña o adolescente, a solicitar autorización supletoria para salir del país, ante la negativa o ausencia de uno o ambos representantes legales, para lo que debe contar con el correspondiente patrocinio letrado. En este artículo, se aplica el principio establecido en el art. 47, el abogado puede ser designado por el juez en el supuesto de conflicto de intereses o por el niño si tiene acceso a un profesional de su confianza que no esté en el Registro inscripto. Se destaca que la norma no distingue edad, por lo que se pondera la designación conforme la edad y grado de madurez del niño, se prevé el mismo procedimiento para el cambio de residencia permanente (art. 135).

Se destaca que también en los tramites de apelación de estas autorizaciones el proyecto, establece que la Cámara debe convocar a una audiencia a los NNyA que cuentan con edad y grado de ma-

durez suficiente, sus representantes legales y el Ministerio Público en un plazo máximo de diez (10) días de recibido el expediente; escucha a los convocados y dicta sentencia concluido el acto. Se entiende que, si el NNyA se presentó en primera instancia con abogado patrocinante, con más razón podrá hacerlo en segunda instancia.

VI. Conclusiones

Es necesario y urgente, en nuestra provincia contar con una ley procesal que regule los procedimientos aplicables al derecho de familia, en consonancia con el derecho sustancial reconocido por el CCyC.

La norma proyectada adopta los principios procesales plasmados por el CCyC, reconoce la necesidad de la especialidad del fuero y pretende magistrados garantes de los derechos humanos y de la tutela judicial efectiva, que puedan poner en marcha un proceso donde exista un equilibrio entre la oficiosidad y el debido proceso legal.

El proyecto, busca garantizar, la participación procesal de los NNyA, tanto desde su derecho a ser oído como la posibilidad de contar con un abogado especialista que lo patrocine. Se adopta un criterio amplio sobre la participación procesal de los NNyA, ya sea a través del derecho a ser oído o de contar con su abogado, acorde al principio de autonomía progresiva. Se detalla cómo debe ser su participación en los procesos especiales en aras de la seguridad jurídica.

Sistema de perros de asistencia judicial

Hacia una humanización del Proceso Penal y de Familia

Experiencia comparada

El caso de Chile

Ab. Especialista Paulina Martínez

I. Sistema de perros de asistencia judicial. Conceptualización

El sistema de perros de asistencia judicial consiste en la utilización de perros profesionalmente entrenados, en los juzgados penales y de familia, para proporcionar apoyo emocional a todas las personas que participan o acuden al sistema judicial, especialmente a menores víctimas de delitos sexuales, o violencia intrafamililar, y personas vulnerables.

Estos perros que dependen del Poder Judicial, tienen como función, acompañar a niñas, niños, adolescentes y adultos en las audiencias reservadas ante los jueces. Es un servicio judicial gratuito, que se solicita ante la Unidad de Atención al Público del Tribunal respectivo. También, este servicio funciona a requerimiento del juez, si considera que, en un caso concreto, es necesario por la trascendencia de las cuestiones objeto de debate en el proceso judicial, sobre todo cuando intervienen menores en aras de la defensa del interés superior del niño. Es un servicio más de los juzgados.

En el tribunal, cuando hay involucrados menores, el perro es un elemento de apoyo para que el niño emocionalmente se encuentre mejor. No es activo, pero sí juega un papel muy importante. Simplemente se queda con el menor, apoya la cabeza sobre su pierna o le pone la pata encima durante todo el proceso. Están entrenados para ser como estatuas. No intervienen, sólo están presentes y permiten que el niño les toque o abrace.

Finalmente, los perros de asistencia judicial no son sólo para el niño, sino que constituyen una herramienta para el fiscal y el Juez, ya que permiten lograr declaraciones testimoniales más detalladas y veraces, que lógicamente afectarán al fallo judicial, al obtener la mayor cantidad de información, y de la manera menos dañina y traumática para los menores.

II. Antecedentes

Respecto de los antecedentes, el uso de los perros de asistencia judicial, fue desarrollado en Estados Unidos por la entonces fiscal Ellen O Neill- Stephens, de la división criminal de Seattle, en 2003.

Un niño bloqueado se negaba a hablar con el fiscal sobre los abusos que había sufrido por parte de su madre, a la vez que dos gemelas de siete años aguardaban aterrorizadas ante la idea de testificar contra su padre frente a un juez en un caso de abuso sexual. Por los pasillos de las oficinas de la fiscalía del Condado de King (Seattle) correteaba Jeeter, un labrador rubio y sociable. Entonces, la fiscal algo frustrada y atascada ante el silencio de los menores tuvo una idea: presentar al perro a los traumatizados pequeños y dejarles pasar un tiempo con él. Los menores jugaron con Jeeter media hora en una sala. El experimento surtió efecto, disminuyendo el estrés, a la vez que junto al animal las víctimas pudieron abrirse, hablar y proporcionar a la fiscal suficiente información para presentar cargos contra los acusados.

Así, el uso de perros en el sistema judicial penal, ocurría por primera vez de una manera no oficial.

Cabe destacar, que Jeeter era el perro de asistencia de Sean, el hijo mayor de Ellen O Neill Stephens, quien fuera diagnosticado al nacer de una parálisis cerebral, que le impedía caminar, usar las manos y hablar, pero Jeeter, un profesional entrenado para asistir a personas con capacidades especiales, cambió su vida. Una vez a la semana, Ellen se llevaba el perro al trabajo mientras su hijo permanecía con un cuidador social. Por aquel entonces ella era la fiscal del Tribunal de Drogas Juveniles del Condado de King.

Ellen no tardó en darse cuenta de las capacidades de aquel labrador (neutralidad y energía positiva), para reducir la tensión en la atmósfera hostil de un tribunal, y enseguida sintió la necesidad de poner el concepto en marcha de una forma organizada.

Es así, que, como resultado de esta experiencia, en 2.008 la ex fiscal de Seattle se asoció con la veterinaria Celeste Walsen y juntas crearon Courthouse Dogs Foundation. Desde entonces, esta organización sin ánimo de lucro capacita a todo tipo de profesionales inmersos en el sistema legal acerca de cómo los perros de asistencia judicial (courthouse dogs) pueden ayudarles en la investigación y enjuiciamiento de delitos u otros procesos legales, acompañando a los menores durante el complejo trance de testificar ante un juez.

Pronto la idea se extendió a los sistemas judiciales de Canadá y Chile.

En España, los pioneros en probar el programa de estas características fueron los profesionales de la empresa Dogtor Animal. Tras entrar en contacto con la estadounidense Ellen O Neill –Stephens, decidieron poner en marcha una iniciativa piloto limitada a varios juzgados de la capital. En el verano de 2014, se firmó un convenio de colaboración con la Comunidad de Madrid para trabajar con perros y menores en dos Juzgados de Familia de Madrid. A los dos años, se habían realizado un total de 120 acompañamientos a menores.[1]

En el caso puntual del Primer Juzgado de Familia de Santiago de Chile, a cargo de la Dra. Alejandra Valencia, se implementó el proyecto, con una perra labradora llamada Peseta, y su hija (Rayén), su sucesora.

Su tarea consiste en apoyar emocionalmente a los niños que tienen que prestar declaración en las causas que por ante ese tribunal tramitan, siendo la mecánica la de jugar con ellos y acompañarlos posteriormente a la Sala de Audiencias, para que puedan responder a las preguntas de los jueces sin la tensión propia de este tipo de trámites procesales. El perro juega con el niño tiempo antes de llevarse a cabo las audiencias, a las que lo acompañará, por cuanto se encontrará sólo frente a un magistrado.

Peseta empezó a trabajar en el tribunal en enero de 2.010, autorizada por una resolución de la Corte de Apelaciones, y es solicitada, en promedio, 16 veces al mes para acompañar a adultos mayores, personas con discapacidad, mujeres embarazadas, adolescentes y, sobre todo, a niñas y niños.

Como una funcionaria más, Peseta tiene labores definidas, un horario (lunes de 9.30 a 12.30 de la mañana), uniforme de trabajo, vacaciones y licencias por enfermedad y llega acompañada por sus entrenadoras y su hija Rayén. Su oficina propia está junto a las salas de audiencia, e incluso aparece en la foto institucional del primer Juzgado de Familia.

[1] Fuente: Diario 20 minutos.

III. Importancia del *Sistema de Perros de Asistencia Judicial* especialmente en el fuero penal y de familia

- La magistrada del juzgado, Alejandra Valencia, aclara que: "No es una mascota, es un perro profesional y así lo tomamos nosotros. Su presencia ha reducido mucho el estrés que se vive en los tribunales. En las fotos institucionales los funcionarios suelen aparecer muy serios, pero en la foto con Peseta, la energía es otra, todos estamos sonriendo".[2] "La presencia de esta labradora ha permitido audiencias más cortas, menos traumáticas. Y a pesar de todo, los niños y jóvenes se llevan un mejor recuerdo de su paso por tribunal".[3]

- Por su parte, la fiscal de la división criminal de Seattle por 26 años y pionera en la temática, expresó que ha presenciado el trauma emocional por el que deben pasar víctimas y testigos de delitos. Así, manifiesta que "varios estudios científicos han probado que el contacto físico con un perro disminuye nuestra presión arterial y frecuencia cardíaca. Los seres humanos han coexistido con estos animales durante miles de años y confían en ellos para alertar del peligro. Un perro vigilante y tenso a menudo causa una respuesta física de hiper consciencia en los seres humanos, por el contrario, un perro tranquilo y relajado ofrece un mensaje tácito de seguridad y confianza".

- En Chile, en el año 2009, Cecilia Marré, directora de Bocalán fue la encargada de poner en marcha este programa en un país, con altísimos índices de delitos sexuales (más del 70% de los pedidos de intervención policial, obedecían a problemas de violencia intrafamiliar, asociados normalmente con delitos sexuales).

La directora de Bocalán Chile, en un artículo publicado "El perro que es asistente judicial"[4], manifiesta que:

- Cuando un niño va a un lugar cargado de tensión, como puede ser una declaración en un tribunal, su sistema nervioso reacciona liberando mediadores químicos como adrenalina y nora-

[2] Ver http://www . paula .cl.

[3] Ver Revista Puertas Abiertas, Poder Judicial de Chile.

[4] Ver www.pau la.cl, cit.

drenalina, aumenta la frecuencia cardíaca, la presión sanguínea, hay sudoración y miedo, todas reacciones reflejas que le dan la percepción de que está en una situación de peligro. Lo que se hace a través de ciertos ejercicios con el perro, (en Chile con Peseta), es generar una interacción potente con el niño y eso produce efectos fisiológicos beneficiosos: baja la presión sanguínea y la frecuencia cardíaca, se calma la respiración. Es decir, compiten dos percepciones ambientales: una de peligro y otra de tranquilidad. Si el perro se vincula con el niño, exitosamente, se puede anular o disminuir la respuesta de miedo.

- El problema es que, muchas veces, los menores ni siquiera quieren hablar, por ello, se trabaja en obtener relatos de niños con edades entre los 2 y los 17 años, y en términos generales, los resultados tras implantar el programa son realmente asombrosos. En un 90% de los casos en los que se emplean perros se obtienen relatos. Recabar toda esta información implica que los jueces sean capaces de resolver con mayor justicia el caso.

- Se convierte al proceso más eficiente y justo para investigadores y jueces, y menos traumático para las víctimas o testigos, habiéndose probado que la presencia de un perro de apoyo en estas situaciones consigue testimonios más fidedignos y que se ajustan mejor a la situación vivida por el menor.

- Es muy importante el relato, pero también que los niños no salgan de la experiencia judicial más dañados, revictimizados, razón por la que el beneficio es amplio para todas las partes. Ser menor y víctima de maltrato, abandono o que los padres se disputen su cuidado, y además responder preguntas que formula un desconocido es, claramente intimidante, pero es una realidad y diariamente son cientos los menores que deben asistir a un juzgado de familia a contar su historia. La presencia de los perros permite que los niños se tranquilicen por lo que el relato se hace más fácil. Muchos niños están más dispuestos a "hablar" con un perro más que con un adulto desconocido.[5]

[5] Ver perros de asistencia judicial: El mejor amigo de víctimas y testigos, Revista Puertas Abiertas, Poder Judicial de la República de Chile.

- La sala de audiencias del primer Juzgado de Familia es una instancia crítica, porque el entrenador no está presente y Peseta entra con un niño al que conoció hace media hora. Nadie le está dando ningún tipo de información al perro más que el ambiente donde está. Por eso, su educación tiene mucho énfasis en discriminatorios ambientales, con técnicas de refuerzos positivos. Sin castigos. Puede estar muy activa y conectada con un niño, pero cuando entra a la audiencia sabe que tiene que desconectarse y no producir ninguna distracción. Incluso, cuando se arman peleas entre familiares, se queda tranquila junto al niño. La predictibilidad de su comportamiento la hace un perro profesional.

- La presencia de un perro de estas características durante una entrevista forense o durante una testificación puede ser una fuente de relajación en los niños y les puede permitir describir mejor cualquier abuso del que hayan sido víctimas o cualquier acto delictivo que hayan presenciado.

- Se ha comprobado que menores y adolescentes recurren a menudo a acariciar al perro cuando una conversación se vuelve estresante. Además, se ha observado que los adolescentes colocan al perro sobre sus piernas o entre ellos y el entrevistador para crear un escudo y así se sienten más seguros.

- Tras la situación delicada vivida por los menores se une una nueva prueba emocional al ser incluidos en estos procesos en los que han de revivir internamente lo sufrido. Así, el proceso se dulcifica teniendo en cuenta factores humanos y dotando a los niños de un "flotador" que les hace la tarea menos dificultosa. Una vez más, el perro se convierte en el mejor aliado y protector de un ser humano en unas condiciones muy delicadas.

- En España, Raquel Sánchez, decana y jueza de Primera Instancia e Instrucción en Colmenar Viejo (Madrid), es partidaria de cualquier elemento que facilite interrogatorio de menores y asegura que el objetivo es "que no hagamos más víctimas al menor por pasar por el juzgado. Para todo el mundo es muy traumático asistir a un juicio, para un niño más, por eso la idea es introducir algo que convierta la experiencia en algo bonito y lúdico es tan importante". "El testimonio de estos menores sería más veraz,

menos condicionado por el miedo, serían niños más sinceros y eso contribuye a la justicia material, a que se descubra la verdad de lo que pasó. Este tipo de delitos son dificilísimos porque se producen en la intimidad, por eso si el niño ha realizado su declaración en un ambiente relajado siempre será más veraz que si está en tensión". Agrega que la presencia del animal junto al niño "sería interesante y muy útil en la fase previa, que el perro estuviera con la psicóloga forense y el menor durante la declaración grabada (la más importante). Esto es la prueba preconstituida que se hace antes del juicio, se graba y tiene el mismo valor que si se hubiera hecho ante el juez. En realidad, es la parte esencial, el momento clave en el que necesitamos la mayor sinceridad por parte de la víctima porque la idea es que el niño declare solo una vez, por eso se graba. Se pretende evitar con ésto que el menor tenga que asistir a juicio y repetir una vez más su declaración, pero, sobre todo, que entre en contacto con el agresor".

- Finalmente, según la jueza Alejandra Valencia de Chile, "ver familias felices haciéndose fotos a la salida de una audiencia era algo impensado. ¿Quién quiere acordarse del día que tuvo que ir al Juzgado? Peseta ha logrado transformar una experiencia traumática en un recuerdo bonito.

IV. Algunos Informes técnicos que avalan la implementación del "Sistema de Perros de Asistencia Judicial"

En la línea argumental que se viene reseñando, se pueden mencionar algunos informes técnicos que avalan lo expuesto:

- El Informe titulado "Investigaciones científicas confirman que la presencia de perros de asistencia judicial reduce el estrés en humanos"[6], expresa que el uso de perros en las salas de los tribunales se ha expandido rápidamente en Estados Unidos, y de ahí al resto del mundo, como un mecanismo para calmar y apoyar a las personas involucradas en los procedimientos judiciales.

[6] Documento proporcionado por el Primer Tribunal de Familia de Santiago de Chile, extraído de Courthouse Dogs, y traducido al español.

Afirma el citado estudio, que existe una abrumadora evidencia científica de efectos calmantes físicos y mentales en períodos cortos y largos (Ver Wells (2009)). Respecto de efectos físicos a corto plazo, acariciar a un animal produce disminuciones de la presión arterial y/o del ritmo cardíaco (por ejemplo, Eddy, 1996; Katcher, Friedmann; Beck y Lynch, 1983; Shiloh, Sorek y Terkel, 2003; Vormbrock & Grossberg, 1988; Wilson, 1991). De hecho, estos efectos pueden verse incluso en individuos simplemente en presencia de un perro (Allen, Blascovich, & Mendes, 2002; Allen, Blascovich, Tomaka & Kelsey, 1991).

Por otra parte, también hay efectos bien documentados a largo plazo, físicos y psicológicos, incluidos efectos positivos sobre la comunicación social y la capacidad de establecer contactos sociales, la reducción de los sentimientos de soledad y aislamiento, y las mejoras en la depresión y la autoestima (Revisado en Wells, 2009).

Agrega el estudio citado, que participar en una sala de audiencias u otros procedimientos, son posiblemente uno de los eventos más estresantes que experimenta la mayoría de la gente. La presencia de un perro criado y entrenado adecuadamente puede reducir significativamente la ansiedad asociada con estas experiencias, mejorando así la eficiencia y la calidad de todo proceso legal. (Ver James C. Ha, PhD, CAAB, Researcy Associate Professor & Certified Applied Animal Behaviorist, Department of Psychology, University of Washington).

- La fundadora de Courthouse Dogs Foundation de EE. UU, aporta cifras que avalan el éxito de su programa en el primer país que lo puso en marcha. En Estados Unidos, ya hay más de 114 perros de asistencia judicial que trabajan en 33 estados ayudando a miles de personas.

- Los perros de asistencia judicial tienen un rol fundamental en casos de delitos de abuso sexuales cometidos a menores. Ilustra muy detalladamente esta situación, el artículo publicado en España en el periódico 20 minutos, titulado "Como puede un perro ayudar a investigar y juzgar un caso de abuso sexual a menores", que dice que: "Uno de cada cinco niños europeos es víctima de

algún tipo de violencia sexual, según dados del Consejo de Europa. En el 80% de los casos los abusos son cometidos por personas integradas en la vida de los menores, individuos de su entorno más cercano, gente en la que confían.

"Los abusadores suelen ser del entorno familiar, por eso los niños tienen la sensación de que están traicionando al adulto si lo cuentan, al tratarse de una persona cercana y bien reconocida socialmente, ellos creen que lo malo lo están haciendo ellos, y en parte por eso les cuesta tanto hablar de algo tan difícil y doloroso", asegura Margarita García Marques, psicóloga de la Asociación para la Sanación y la Prevención de los Abusos Sexuales en la Infancia (ASPASI).

El ambiente de un juzgado en un proceso por abusos supone para los niños una situación hostil. El reto no sólo es hacer justicia, sino también humanizar todo el proceso judicial. Se trata de prevenirles una segunda victimización (revictimización) a través de un proceso policial y judicial que pueda suponerles un nuevo trauma.

Con este doble objetivo, el programa de perros de asistencia judicial, desarrollado en diversas partes del mundo, ha demostrado que la presencia de estos animales tranquiliza a los niños, entregándoles apoyo emocional a la hora de testificar.

V. Casuística

En Estados Unidos, país en el que como se expresara, nace el "Sistema de Perros de Asistencia Judicial", el documento titulado "Legal Support for the Use of a Courthouse Facility Dog to Assist Testifying Crime Victims and Witnesses: A Review of the Evidence Rule, Case Law, and State Statutes", reúne antecedentes casuísticos y legislativos de perros de asistencia judicial en ese país, a saber:

- Court´s Authority – (Evidence Rule 611- Regla de Evidencia 611). Dispone que el juez de primera instancia es responsable del control y la administración del juicio y está investido con amplia

discreción para desempeñar esta función. El tribunal ejercerá un control razonable sobre el modo y el orden de interrogar a los testigos y presentar pruebas para: a) Hacer que el interrogatorio y la presentación de testigos sean efectivos para determinar la verdad; b) Evitar el consumo innecesario de tiempo; y c) Proteger a los testigos de acoso o vergüenza innecesaria.

- Facility Dog Case Law. (Casos judiciales con Perros de Asistencia Judicial). Estate v. Dye 283 P.3d 1130, (Was. App Div. 1, agosto de 2012).

En este caso de Washington, el acusado Dye apeló su condena por robo residencial. La víctima en el caso era un hombre adulto con discapacidades de desarrollo significativas. En el juicio, el Estado obtuvo permiso para que un perro de asistencia judicial del tribunal llamado "Ellie" se sentara a los pies de la víctima durante el testimonio. El jurado fue instruido para ignorar la presencia del perro. El caso fue apelado por el acusado, sosteniendo que su derecho a un juicio justo se vio comprometido porque la presencia del perro indujo incorrectamente la simpatía del jurado, lo alentó a inferir la victimización y dio a Lare un incentivo para declarar ante la fiscalía. En oportunidad de rechazar los argumentos del acusado, el tribunal concluyó que el derecho al debido proceso estaba satisfecho y la defensa realizó un "interrogatorio exhaustivo" de Lare. La Corte de Apelación consideró que el tribunal de juicio equilibró los intereses, encontrando que el perro era "muy discreto", no encontrando ningún perjuicio para el acusado de la presencia del perro, especialmente a la luz de las instrucciones del jurado para ignorarla.

Otras decisiones de la Corte de Apelación:

- People v. Spence, 212 Cal. App. 4th 478, 151 Cal. Rptr. 374 (2012) California

- People v. Tohom, 109 A.D.3d 253, 969 N.Y.S.2d 123 (2013) New York.

- State v. Devon D., 150 Conn. App. 314, 90 A.3d 383 (2014) Connecticut.

- People v. Chenault, 2014 WL 3568562 (Cal. App. 2014) California.

Casos análogos de utilización de perros de Asistencia Judicial respecto de testimonios de niños:

- Holmes v. United States, 171F.2d 1022 (D.C. Cir. 1948) (allowing 9-year old to sit on mother's lap).

- State v. Johnson, 528 N.E.2d 567 (Ohio 1986) (allowing 8-year old to sit on aunt's lap).

- Baxter v. State, 522 N.E.2d 362 (Ind. 1988) (allowing 9-year old to hold hand of support person).

- Soap v. State, 562 P.2d 889 (Okla. Crim. App. 1977) (allowing 7-year old to hold hands with support person).

- Review the National District Attorney Association list of Presence of Support Persons for Child Witness Compilation of Legislation, Session Laws and Codified Statutes (2010), available at http://www.ndaa .org/pdf/Pre sence%20 of%20Sup port%20P ersons% 20for% 20Child %20Witn esses% 202010 pdf.

- Smith v. State, 119 P.3d 411 (Wyo. 2005) (15-year old allowed to hold teddy bear)

- State v. Cliff, 782 P.2d 44 (Idaho Ct. App. 1989) (8-year old holding doll upheld).

- State v. Hakimi, 98 P.3d 809 (Wash. Ct. App. 2004) (7-year old allowed to carry a doll).

VI. Legislación

- Legislación de Arkansas:[7] La Ley N° 957 de Arkansas es una norma que regula el apoyo que deben brindar los perros de asistencia judicial a niños que intervienen en procedimientos penales ante la Corte.
- Legislación del Estado de Illinois. (Código de Procedimiento Criminal de 1963 Seccion 106B -10: Perros de Asistencia Judicial

[7] Courthouse Dogs Child Witness Support Act- Facility Dog – 2015- Texto completo disponible en http://www.a r kleg.stat e. ar.us/acts/2015/Public/ ACT95 7.pdf y Review the National District Attorney Association list Comfort Items case law http://www.nd aa.org/ pdf/Comfo rt_Items_11 _7_2014 .pdf

-2015):[8] Establece las condiciones para el testimonio de una víctima niño o persona mentalmente discapacitada (moderada, severa o profundamente). También para todos los delitos de agresión o abuso sexual de niños.[9]

[8] El texto completo de la ley puede ser encontrado en http://ilga.gov/legislation/publicacts/fulltext.asp?Name=099-0094 Sec. 106B -10.

[9] Ver http://www.d ailyherald.c om/artic le/2015072 1/news/ 15072 9752/

Análisis del fallo *Muiña*

Los problemas de interpretación en los crímenes de lesa humanidad

Daniel Gorra
Manuel Serrano

Descripción del caso

El fallo "Muiña"[1] dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha suscitado un amplio debate, no sólo jurídico, sino también social. La sentencia trata un problema de gran importancia en la Argentina: los juicios y condenas a los represores y partícipes en torturas, secuestros y asesinatos – entre otros delitos - producidos durante la última dictadura militar.

La Corte debía decidir si a Luis Muiña le correspondía el beneficio del cómputo de dos días por cada uno cumplido en prisión preventiva, teniendo en cuenta que: a) La ley que establecía este beneficio se promulgó en el año 1994 y se derogó en el año 2001; b) Muiña estuvo en prisión preventiva luego de derogarse dicha ley; y c) los delitos que cometió se realizaron durante la última Dictadura Militar y su condena se produjo en el año 2011. Es decir, debía decidir si a Muiña le era aplicable el beneficio de la llamada benignidad intermedia[2].

Un resumen de su historia judicial se podría plantear de la siguiente manera: en el año 2011 es condenado a trece años de prisión por la comisión de crímenes de lesa humanidad[3]. Asimismo,

[1] "Recurso de hecho deducido por la defensa de Luis Muiña en la causa Bignone, Reynaldo Benito Antonio y otro s/ recurso extraordinario" Fallo del 03/05/2017 de la CSJN

[2] Es la aplicación de la ley que resulta más benigna (ya sea porque desincrimina la conducta, reduce la condena o reduce la naturaleza de la pena) que ha sido puesta en vigencia después del comienzo de ejecución de la acción delictiva y se ha derogado antes de la condena judicial al acusado.

[3] Se lo condena a condenado a 13 años de prisión, inhabilitación absoluta y perpetua, accesorias legales y costas procesales por ser coautor penalmente responsable del delito de privación ilegal de la libertad cometido por funcionario público con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, agravado por el uso de violencia o amenazas, en concurso ideal con el delito de imposición de tormentos en relación con las condiciones de cautiverio impuestas, en concurso real con el delito de imposición de tormentos impuestos por un funcionario público al preso que guarde, reiterados en cinco (5) oportunidades en perjuicio de Gladis Evarista Cuervo, Jacobo Chester, Jorge Mario Roitman, Jacqueline Romano y Marta Elena Graiff (CAUSA N°: 1696 "Bignone, Rey-

la sentencia supeditó el cómputo de la prisión preventiva y el vencimiento de la pena impuesta, al momento en que quedara firme. Esto último sucedió cuando la Cámara Federal del Casación Penal confirmó la condena[4].

Ahora bien, llegado el momento de practicar el cómputo de detención y pena, el tribunal lo realizó conforme el art. 7 de la ley 24.390[5], basándose en el art. 2 del Código Penal[6]. Dicha decisión fue atacada por la fiscalía y el tribunal de alzada[7] ordenó revocar el cómputo efectuado, por entender que lo establecido por el art. 2 CP no resultaba de aplicación al caso en virtud de que el derecho al tratamiento más benigno que consagra tiene como fundamento la valoración social. Como dicha valoración con respecto a los crímenes de lesa humanidad no se modificó con la sanción de la Ley 24.390, ésta no resulta aplicable al caso. Ésta decisión fue recurrida ante la Corte Suprema, quien ordenó la aplicación del cómputo del "2 por 1".

Más allá de los diferentes análisis que se podrían realizar en torno al fallo, en este trabajo nos enfocaremos en la dimensión interpretativa. En particular nos interesa realizar un análisis en torno a la argumentación realizada por los ministros de la Corte Suprema.

---

naldo Benito Antonio; Muiña, Luis y Mariani, Hipólito Rafael s/ inf. arts. 144 bis inciso 1° y último párrafo -ley 14.616-, 142 incisos 1° y 5° -ley 20.642- del C.P." Veredicto del 29/12/2011 del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 de la Ciudad de Buenos Aires).

[4] "Muiña, Luis, Bignone, Reynaldo Benito Antonio, Mariani, Hipólito Rafael s/recurso de casación" Fallo del 28/11/2012 de la Sala IV del Tribunal Federal de Casación Penal.

[5] Art. 1. La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años… Art. 7° Transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.

[6] Art. 2. Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna.
Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho.

[7] Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal (CFCP).

La competencia de la Corte Suprema– en materia recursiva - es limitada a cuestiones de índole federal[8], es decir a decisiones que sean contrarias a la jerarquía normativa establecida por la misma Constitución Nacional. Esta situación convierte a la Corte en el último intérprete de la constitución y por lo tanto, sus decisiones generalmente se limitan a decidir sobre criterios interpretativos. Es por ello que en la sentencia no se cuestionan los hechos objetos del recurso, sino que la argumentación se desarrolla sobre cómo debe interpretarse el art. 2 del Código Penal.

Argumentos de la postura mayoritaria

El voto mayoritario sustentó su postura - básicamente - en una interpretación literal de la ley. Como el texto del art. 2 del Código Penal no establece que los delitos de lesa humanidad sean excepciones al mismo, concluye que es plenamente aplicable a Muiña. Los argumentos podrían resumirse de la siguiente manera:

1. Los arts. 2 y 3 del Código Penal son claros al permitir la aplicación de la Ley N° 24.390.

2. La legislación correspondiente a la prisión preventiva, ostenta carácter material (en oposición al carácter procesal o adjetivo) y por lo tanto es aplicable el principio de la ley penal más benigna (causa "Arce", Fallos: 331:472).

[8] Ley N° 48, art. 14: … sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:
1° Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.
2° Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso, y la decisión haya sido en favor de la validez de la ley o autoridad de provincia.
3° Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho; privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio.

3. La interpretación literal debe primar sobre cualquier otra, ya que la primera fuente de interpretación de una ley, es su letra (Fallos: 315:1256; 318:950 y 324: 2780).

4. Si el legislador hubiera querido tratar de manera diferente a los procesados – o condenados – por delitos de lesa humanidad, lo hubiera estipulado expresamente, y no utilizando el adverbio siempre, tal como lo hace.

5. El carácter permanente de los delitos por los que se condena a Muiña, en nada obsta a ésta interpretación, ya que el momento en que se comenzó a desplegar la conducta típica hasta que cesó de hacerlo, no inhibe la posibilidad de que se hubiera dictado una ley penal más benigna. Más aún, si el legislador no previó la excepción a los delitos de lesa humanidad, no corresponde al poder judicial hacerlo.

6. Si llegase a existir dudas sobre la aplicación del art. 2 CP al caso discutido, se debe resolver "en favor del imputado debido a que en el proceso interpretativo en materia penal debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos" (considerando 11).

7. Las leyes penales intermedias (aquellas promulgadas después de la comisión del delito y derogadas antes de dictarse condena) se aplican retroactivamente cuando son más benignas que las leyes anteriores, y son ultraactivas siempre que sean más benignas que las leyes posteriores.

Argumentos de la postura minoritaria

La postura minoritaria realiza una interpretación de tipo correctora restrictiva (cfr. Guastini, R. 1999, 39 - 43), al intentar limitar el alcance dado por el art. 2 del Código Penal, y excluir de su aplicación a los delitos de lesa humanidad y los delitos permanentes.

Entre otros, los argumentos serían[9]:

1. Una interpretación literal de la ley es insuficiente para resolver la aplicación de una ley derogada a un tema de relevancia institucional.Se deben tener en cuenta el sistema jurídico argentino en su totalidad, respetando su consistencia, plenitud e independencia.

2. El caso ronda sobre una condena por delitos de lesa humanidad y como tal no es susceptible de amnistía, indulto, ni prescripción, por otro lado, su persecución forma parte de los objetivos de la legislación internacional. De esta manera, la ejecución de la pena forma parte del concepto normativo de dichos delitos, situación que imposibilita la interpretación legal en contrario.

3. La valoración social de los delitos de lesa humanidad no se ha modificado y permanece inalterable en todo el poder judicial, a tal punto que se ha convertido en una política de Estado ratificada por los tres poderes en diversas épocas.

4. Si bien nuestro sistema establece la retroactividad de la norma más benigna, lo hace con miras a un criterio legislativo de mayor lenidad con respecto a la conducta en cuestión, situación que no se ve verificado en los delitos de lesa humanidad.

5. La Ley N° 24.390, ostenta carácter material y por lo tanto sólo se aplica al momento de su vigencia.

6. El carácter permanente del delito[10] implica que, si durante el lapso de consumación del delito rigieron dos leyes, se está ante un caso de coexistencia de leyes, y no de sucesión de leyes (que recoge el art. 2 CP). Por lo tanto, se debe aplicar una sola ley y es la vigente en el último tramo de la conducta punible.

---

[9] Es importante aclarar que la Corte argentina está compuesta por cinco miembros. En el voto minoritario se encuentra la postura de los ministros Ricardo Lorenzetti y Juan Carlos Maqueda. El desarrollo del presente se enfocará en los argumentos dados por el primero, ya que -en suma -, ambos votos basan su decisión en argumentos similares.

[10] Muiña es condenado por la desaparición de Jorge Mario Roitman, quien todavía se encuentra desaparecido.

El problema de la interpretación en la argumentación judicial

Hecha la descripción del caso y enumerados los argumentos de los votos emitidos por los jueces de la Corte, cabe ahora analizar el problema de interpretación que plantea el fallo. Es allí donde se encuentra el punto de disidencia en los votos de los ministros.

Ahora bien, la interpretación de los jueces es realizada en un proceso argumentativo donde, a través del establecimiento de determinadas premisas, llegan a una conclusión: la decisión judicial o sentencia que resuelve el problema planteado. En este sentido, en este trabajo no nos interesa cualquier tipo de interpretación, sino aquella que se enmarca en la justificación de la decisión judicial.

Si se parte de una justificación deductiva, siguiendo a Neil MacCormick (1978) se puede plantear la existencia de casos fáciles y difíciles. Los primeros serían aquellos en los que la decisión judicial es la aplicación de una norma jurídica general (premisa mayor) al hecho particular (premisa menor).

Ahora bien, este tipo de justificación parte de algunos presupuestos (cfr. Atienza 2005: 112):a) El juez tiene el deber de aplicar las reglas del derecho válido, sin entrar en la naturaleza de dicho deber. En este sentido, la justificación deductiva se sustenta en un cúmulo de razones subyacentes (vgr. división de poderes, certeza del derecho, etc.) que justifican el deber de los jueces. Estas razones – en ocasiones – parecería que tienen una jerarquía superior al deber de hacer justicia[11]. b) El juez puede identificar cuáles son lasreglas del derecho consideradas válidas. Esto implica que existen criterios de reconocimiento compartidos por los jueces.

A partir de esto se puede observar que la justificación deductiva tiene límites, expresados por la posibilidad de enfrentar casos difíciles. Estos se caracterizan por requerir una justificación de segundo orden. No basta con la mera subsunción de los hechos en una norma jurídica, sino que se debe acudir a un segundo nivel

[11] Sin ánimo de ingresar al debate sobre la justicia, debo aclarar que el sentido que se le da a éste concepto en esta parte del trabajo, es netamente intuitivo, entendido como justicia sustancial que no se limite a una mera aplicación de reglas.

para justificar la premisa de la que parte la decisión. De acuerdo a los problemas que se deban enfrentar con respecto a la premisa normativa, los casos difíciles se pueden clasificar en: a) problemas de interpretación: los términos son ambiguos o hay conceptos vagos en la formulación de la norma que deben ser interpretados, y b) relevancia: hay controversia en torno a si existe o no una norma aplicable al caso. Con respecto a la premisa fáctica: c) problemas de prueba: hay dificultades para determinar cuáles fueron los hechos, y d) calificación: es discutible la calificación jurídica que debe dársele a los hechos ya determinados (cfr. MacCormick N. 1978).

Tal como se adelantó, cuando la Corte Suprema se avoca a resolver un recurso extraordinario federal (art. 14, Ley N° 48), es porque está en juego la interpretación de una norma. En efecto, al ser la Corte el último intérprete de la constitución, sus decisiones buscarán que el sistema normativo sea coherente con la jerarquía normativa nacional. De esta manera, resulta claro que las decisiones de la Corte serán sobre casos difíciles, donde sea necesario sustentar las premisas en justificaciones de segundo orden.

En este contexto, y volviendo al fallo "Muiña". No sería un error sostener que se está ante un caso difícil, ya que ambos votos sustentan su decisión en justificaciones de segundo orden. Más preciso, parecería que los jueces están ante un problema de interpretación que derivará en un problema de relevancia (aunque de manera subsidiaria). En efecto, la decisión se enfoca en cómo se debe interpretar el art. 2 del Código Penal, si permitiendo la benignidad intermedia (y por lo tanto la aplicación de la Ley N° 24.390) o no (negando la aplicación de dicha ley).

Sistema normativo e interpretación del derecho

Si se piensa en la construcción del silogismo jurídico para éste caso, una primera observación es que la premisa fáctica se encuentra determinada: Muiña cometió un delito durante la dictadura militar, estuvo en prisión preventiva y se lo condenó. Esto no se

encuentra en discusión. Ahora, con respecto a la premisa normativa se plantea un problema de interpretación.

Previo al análisis de la interpretación del art. 2, corresponde realizar una distinción previa entre norma y formulación normativa. Alchourrón y Bulygin (1996: 134 – 135) al referirse al status ontológico de las normas, sostienen que hay una estrecha vinculación entre las normas y el lenguaje, ya que las primeras sólo pueden ser expresadas mediante algún tipo de lenguaje. En este sentido, distinguen entre la formulación de la norma como expresión lingüística y el significado de esa expresión. En otras palabras, norma será el significado de la expresión lingüística, producto de la interpretación de una (o varias) formulación normativa.

Estas normas no existen[12] en abstracto, sino que lo hacen en un sistema normativo[13]. Este sistema puede ser analizado – básicamente – desde dos perspectivas: una sustantiva (propia de la filosofía política) donde importarían los valores como la justicia, la razonabilidad, la eficacia del sistema, y otra formal, donde entra en escena la estructura lógica del sistema.

Desde esta perspectiva, los sistemas normativos poseen tres propiedades: a) Consistencia: el sistema regula de manera no contradictoria los diferentes casos o supuestos que abarca. b) Plenitud: el sistema normativo ofrece una solución normativa para todos y cada uno de los casos que regula. c) Independencia del sistema: el sistema regula los distintos casos de manera no redundante (Cfr. Martinez Zorrilla 2010: 99 - 100).

Aplicado al caso "Muiña", podríamos decir que el voto mayoritario sostiene la existencia de la norma "se aplicará siempre la ley más benigna que exista en el tiempo intermedio de la comisión y la condena"; mientras que el voto minoritario sostendría la norma "no será de aplicación la ley más benigna que exista en el

[12] Lejos de intentar analizar las condiciones de existencia de las normas, aquí estoy utilizando el término en un sentido de validez.

[13] Párrafo aparte es el problema de la pertenencia y validez de las normas al sistema. Voy a pasar por el alto ambos problemas porque en la sentencia no se discuten. Al contrario, los jueces aceptan que el principio de benignidad intermedia establecido en el art. 2 pertenece al sistema como norma válida.

tiempo intermedio de la comisión y la condena, en los delitos de lesa humanidad o permanentes".

Interpretación del art. 2 del Código Penal

El fallo es un ejemplo de la disparidad de criterios que tienen jueces para interpretar la ley y afirmar que no hay una formar de interpretar sino modos posibles de interpretación. En efecto, tanto el voto mayoritario como el voto minoritario se invocaron las mismas normas, nacionales e internacionales, llegando a conclusiones diferentes.

Análisis del adverbio "siempre" del art. 2 del Código Penal

Parte de la discusión fue el alcance del precepto legal a los delitos de lesa humanidad. Por un lado, la postura mayoritaria interpretó que la ley penal más benigna debía aplicarse cualquiera sea la naturaleza del delito, continuo o permanente, común o de lesa humanidad, porque el texto del artículo no diferencia entre uno y otro, y además al utilizar el adverbio de tiempo, "siempre", sería procedente en todos los casos.

Por otro lado, el voto minoritario entendió que si bien el artículo no aclara la naturaleza de los delitos para los cuales sería procedente la ley penal más benigna, la expresión "se aplicará siempre la ley penal más benigna" está limitada por la normativa internacional incorporada a la C.N.

Parte del problema es la interpretación sobre la extensión del adverbio "siempre". En ambos votos, la interpretación del adverbio es diferente y por ello difieren en el alcance de la ley penal más benigna.

Si bien el art. 2 del Código Penal no distingue la naturaleza de los delitos, razón por la cual se podría sostener que la norma es clara y por lo tanto se aplica a todos los delitos, una forma de resolver este problema es ofrecer un argumento partiendo del análisis del significado del adverbio y su función sintáctica en la

oración. La discusión pasa a ser un problema sobre el alcance externo del lenguaje normativo.

De acuerdo a la Real Academia Española la palabra "siempre" es un adverbio que entre los significados se define como "en todo o cualquier tiempo", "por todo tiempo o por tiempo indefinido", "perpetuamente o por tiempo sin fin". Estas definiciones se corresponden con el uso habitual de la palabra en el lenguaje ordinario.

Otro supuesto es cuando el adverbio está sujeto un particular condicional (a condición de que, a no ser que, con tal que, salvo que, siempre que). El adverbio "siempre" tiene limitaciones porque está sujeto a una condición. El texto del art. 2 del Código Penal no contiene una partícula condicional, tal como sería el caso por ejemplo: "se aplicará la ley penal más benigna siempre que" o "se aplicará la ley penal más benigna a condición de" o "se aplicará la ley penal más benigna salvo que se trate de delitos de lesa humanidad" o "se aplicará la ley penal más benigna salvo que contradiga los tratados internacionales asumidos por la Argentina".

De acuerdo a esto podemos distinguir dos problemas para el voto minoritario. Por un lado, el uso del adverbio "siempre" en el uso del texto del art. 2 del Código Penal no está sujeto a ninguna particular condicional, pero además, aun si estuviera el condicional debería decir expresamente cuál es la condición para limitar el alcance temporal del adverbio.

Una objeción a este argumento podría ser la interpretación en bloque constitucional realizada por el voto minoritario para limitar el alcance del precepto legal. De acuerdo a esto, si bien el art. 2 del Código Penal dice "siempre" y no aclara para qué delitos, el artículo debería ser interpretado en forma coherente con el ordenamiento internacional, del cual surgiría la prohibición para los delitos de lesa humanidad.

Si esto fuera así, se debería dar razones suficientes para sostener que una interpretación literal no es consistente con el sistema jurídico.Sin embargo, ni el Estatuto de Roma ni la Convención Americana de Derechos Humanos contiene expresamente una condición para aplicar la ley penal más benigna a delitos de delitos de lesa humanidad. Al contrario, su aplicación surge de la misma

Convención (art. 9), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 15.1), y el Estatuto de Roma (24.2). Al igual que el art. 2 del Código Penal tampoco distingue la naturaleza del delito (permanente o continuo).

El argumento de la interpretación en bloque constitucional junto al art. 2 del Código Penal, lejos de limitar, refuerza la aplicación de la ley penal más benigna a todos los delitos, sean instantáneos o permanentes, comunes o de lesa humanidad.

El carácter permanente de los delitos de lesa humanidad y la benignidad intermedia

Es importante aclarar, como lo hicieron Lorenzetti y Maqueda en su voto, que es el carácter permanente[14] del delito y no el de ser de lesa humanidad lo que impediría la aplicación de la ley penal más benigna. Aun cuando se tratará de un delito común pero permanente también hubieran sostenido su postura.

Sin embargo, es precisamente el carácter permanente lo que permite la aplicación de la benignidad intermedia. Al ser permanente este tipo de delitos, la ley 24.390estuvo vigente en ese tiempo intermedio. La doctrina penal argentina sostiene que la ley más benigna puede ser vigente en un tiempo intermedio. Incluso Zaffaroni (cfr. 2006: 104) - quien hizo pública su opinión rechazando el voto mayoritario - en una de sus obras sostiene que la ley más benigna es la que habilita el menor ejercicio del poder punitivo, puesta en vigencia desde el comienzo de la ejecución de la conducta típica y antes del agotamiento de los efectos de la pena impuesta. Entre estos momentos pueden sucederse más de dos leyes penales: siempre se aplica la más benigna, aunque sea la intermedia o una de las intermedias (no vigente al tiempo de la comisión ni al del agotamiento de los efectos de la condenación o de la pena).

[14] De acuerdo al art. 7 de la Convención Americana para la Desaparición Forzada de Persona el delito permanente es aquel cuya consumación se prolonga en el tiempo.

Si bien el hecho comenzó ejecutarse antes de la entrada en vigencia de la ley, dado su carácter permanente, la ejecución atravesó la vigencia de la misma. Esta doctrina sobre la benignidad intermedia sostuvo Francesco Carrara[15], citado por el voto mayoritario, para justificar la aplicación de la ley penal más benigna.

Elementos evaluativos

La explicitación de criterios no es una tarea sencilla. Es necesaria una actividad de reconstrucción racional, para hacer explícitos los criterios tenidos en cuenta para la interpretación, razonamiento y aplicación de la ley. Ante la pregunta ¿cuáles fueron criterios empleados por el voto en disidencia para determinar que la ley penal más benigna no es aplicable a los delitos permanentes, y en particular, de lesa humanidad? Podríamos responder identificando dos elementos valorativos invocados por el voto en disidencia.

Hay dos párrafos del voto en disidencia donde pueden advertirse elementos valorativos utilizados como criterios:

1. "…el derecho a la aplicación retroactiva de una ley más benigna requiere la evaluación de si la ley posterior al hecho es la expresión de un cambio en la valoración de la clase de delito correspondiente a los hechos de la causa"(considerando 12 del voto de Ricardo Lorenzetti) y "…Que la 'valoración social' sobre el cómputo de la pena en los delitos de lesa humanidad no varió aun durante el período de vigencia del beneficio…"

[15] "...cuando la ley penal posterior es más benigna, es aplicable también a los delitos anteriores todavía no juzgados de manera definitiva... Esta regla inconclusa se extiende también al caso en que se repitan las variaciones de una ley. Si la ley antigua, más severa, fue reemplazada por una más benigna, y después se vuelve a la severidad primera, entonces el delito cometido bajo la primera ley tiene que aprovecharse de la benignidad intermedia, a pesar de la tercera ley, porque al ser publicada la segunda, el delincuente había adquirido el derecho a la benignidad de ella, y ni el retardo en juzgarlo debe ponerse en su contra, ni ese derecho puede arrebatárselo la tercera ley..." (Carrara 1977: 217 – 218).

2. "…la ejecución de la pena es, claramente, parte del concepto normativo … y una interpretación de la ley no puede llevar a una frustración de la finalidadpersecutoria en este campo" (considerando 7 del voto de Ricardo Lorenzetti).

Respecto de 1. Invocar la valoración social para limitar el alcance de una ley, sobre el cómputo de la pena en los delitos de lesa humanidad al sostener que la valoración no varió durante el período de vigencia del beneficio parece más un criterio a nivel legislativo que judicial. Que la cultura, las preferencias morales, la idiosincrasia de una sociedad sean tenidas en cuenta por el legislador para elaborar una ley, forma parte del proceso de valoración que realizan los legisladores sobre fenómenos sociales. Pero invocar la valoración, clamor o sentimiento social de una época como criterio para determinar o no la aplicación de una pena es similar, cualquiera sea la naturaleza del delito, al denominado sano sentido de la justicia del Pueblo (gesundes Volksempfindung) criterio utilizado en el sistema judicial alemán de mediados de los años 30, donde se invocaba el sentimiento del pueblo para valorar si una conducta era delito y la pena a aplicar.

Este criterio basado en la "voluntad del pueblo", confunde los planos de la actividad judicial y legislativa, una constante del denominado neoconstitucionalismo.

Respecto de 2. y su afirmación que la ejecución de la pena forma parte del concepto normativo, esto responde a criterios de política criminal más que al contenido mismo del concepto normativo, es decir, la esencia del delito y del ejercicio propio del poder punitivo del Estado. Una norma regula la obligatoriedad, prohibición y permisión de una conducta, pero el tipo de sanción o la pena es una cuestión de ajena al concepto de normatividad.

Desde el punto de vista lógico que las conductas estén o no prohibidas es independiente del tipo de pena que vayamos a aplicar. Tal vez una forma de resolver esta ambigüedad del voto minoritario sea distinguir dos aspectos. Una cuestión es el problema de la pena como parte del concepto de normatividad. Como ya

dijimos, esto no se puede sostener, porque se puede dar, por ejemplo, la situación que existan dos códigos que sancionen las mismas conductas, pero sin embargo tengan penas diferentes.

Pero en otro aspecto, en el diseño de un código penal es necesaria la inclusión de penas, aun cuando pueda haber variedad de penas, porque es un elemento esencial de la norma jurídica penal en particular.

De esta manera, se puede sostener que lo argumentado por el voto en disidencia no es falso, pero es ambiguo. En un sentido dice algo verdadero, pero en otro sentido la pena no forma parte del concepto de normatividad.

Universo del discurso el principio de retroactividad intermedia

Aceptado que las decisiones judiciales se asientan sobre una justificación deductiva, consistente en la aplicación de una norma a una situación fáctica particular, y que esta norma forma parte de un sistema consistente, pleno e independiente, sólo resta analizar qué normas se deben aplicar al problema en cuestión.

Frente a un caso jurídico[16], no es necesario analizar todas las normas del sistema, sino sólo aquellas que sean relevantes. Aquí entra en juego la noción de Universo del Discurso, de Alchourrón y Bulyigin. Este determina los límites y alcances de un análisis interpretativo, a la vez que significa el punto de partido del mismo. En concreto, es el conjunto de todas las situaciones y estados de cosas posibles caracterizadas por una o varias propiedades determinadas (Martínez Zorrilla 2010: 40).

Para saber si el art. 7 de la Ley N° 24.390 es aplicable al caso, es necesario descubrir si la norma establecida en el mismo está sustentada en otra norma que obligue o permita su aplicación. Ésta es la establecida en el art. 2 del Código Penal. Si bien la formulación normativa es clara en cuanto a su alcance, al momento de analizar la norma pareciera que se choca con problemas de contradicciones con otras normas (según la postura minoritaria).

[16] La noción de caso puede resultar problemática, en este trabajo se lo va a entender como aquella situación que debe ser resuelta por un juez, aplicando las normas jurídicas apropiadas.

Tal contradicción parece difícil de sostener. La norma establecida en el art. 2 del Código Penal es lo que comúnmente se denominaprincipio de retroactividad favorable, por la cual toda conducta debe ser juzgada por las normas vigentes al momento de su comisión (o resultado), salvo que una norma posterior sea más favorable[17] para quien ejecutó la acción. Como derivación lógica (y expresamente planteada en el mismo artículo) se plantea la benignidad intermedia por la cual si una norma sancionada luego de la comisión de la conducta (u obtención del resultado) es derogada antes de la condena al autor, debe aplicarse siempre que sea más benigna para él.

Las contradicciones que plantea la posturaminoritaria, parece que se dan fuera del universo del discurso, toda vez que la persecución, prescripción o políticas estatales no se están discutiendo. Sólo entra en consideración el alcance de la norma, sus consecuencias lógicas, lo que Pablo Navarro (2000: 74) ha dado en llamar la sistematización. Es decir, tanto el concepto como el alcance del principio de retroactividad favorable, establecido en el art. 2 del Código Penal no conforman el mismo universo de discurso de los problemas planteados por la postura minoritaria. Mientras uno establece un criterio de interpretación para aplicar la norma, los otros establecen cuestiones vinculadas a características de un tipo específico de delito: el de lesa humanidad.

Más aún, forzar esta categoría de delito como elemento normativo al momento de interpretar el art. 2 es contrario al bloque constitucional y en consecuencia presenta una inconsistencia. En efecto, dicho artículo no distingue naturaleza de delitos, y si hubiera alguna duda al respecto, la interpretación deber ser siempre favorable al imputado, por aplicación del principio in dubio pro reo.

Dimensión política y moral

Más allá del análisis jurídico realizado, no cabe duda que el caso plantea problemas de índole político y moral. El conflicto se plan-

[17] Ya sea porque desincrimina la conducta, reduce la condena o reduce la naturaleza de la pena.

tea entre el otorgamiento o no del beneficio del cómputo de dos días por cada uno cumplido en prisión preventiva, a un condenado por delitos de lesa humanidad en la Argentina. La decisión a favor de Luis Miña fue ampliamente repudiada por la sociedad. Inmediatamente se realizaron manifestaciones multitudinarias en todo el país, repudios dedistintas agrupaciones, O.N.Gs., partidos políticos, declaraciones de parlamentos provinciales y municipales, etc. Es más, en menos de 24 hs. el Congreso de la Nación sancionó la Ley N° 27.362 que expresamente establece la inaplicabilidad de la Ley N° 24.390 a los delitos de lesa humanidad.

Los jueces no son ajenos a ésta situación. En la sentencia lo expresan[18]. Pero como no pueden argumentar su posición desde consideraciones personales internas, sino mediante una argumentación jurídica que aplique normas jurídicas (Atienza 2005: 25 – 26), la discusión – a primera vista – parece ser entre la aplicación o no del art. 7 de la Ley N° 24.390.

En el caso bajo análisis, los indicios existentes en relación al obrar de la CSJN, demuestran que la misma elige qué casos tomar, analizar y fallar. El art. 280[19] del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación le permite no tratar aquellas causas en que "no exista agravio federal suficiente" o cuando las cuestiones planteadas "resulten insustanciales o carentes de trascendencia". Lo paradójico de la cuestión, es que la admisión o rechazo de las causas queda al criterio de la misma CSJN, ya que el rechazo es netamente discrecional, y las interpretaciones de "agravio federal suficiente" y "cuestiones de trascendencia" son producto de la misma CSJN.

[18] Por ejemplo, el considerando 11 del ministro Rosatti, expresamente sostiene "esta Corte no puede soslayar el dilema moral que plantea en el juzgador la aplicación de un criterio de benignidad a condenados por delitos de lesa humanidad. Se trata de un dilema que debe ser resuelto con la aplicación de la Constitución y las leyes".

[19] Art. 280: LLamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

Por otro lado, se observa que el dictamen del Procurador General de la Nación, es de fecha 8 de julio de 2013, y es reiterado dos años después, el 15 de julio de 2015. De esto también surge que durante 4 años el expediente estuvo en la órbita de la Corte y recién dictó sentencia en 2017. Esto demuestra una clara discrecionalidad de la Corte Suprema para actuar que no se condice con lo que se espera de un juez en un Estado democrático y liberal, del que se debe esperar neutralidad a nivel valorativo[20].

Reflexiones finales

Del análisis desarrollado se puede llegar a dos conclusiones generales: Por un lado, el caso "Muiña" puede ser interpretado desde diversas dimensiones. En este trabajo nos limitamos a realizar un análisis desde una dimensión netamente jurídica, donde nos limitamos al análisis de la interpretación del art. 2 del Código Penal.

Por otro lado, en el análisis de la dimensión política y moral sólo vamos a plantear la discrecionalidad de la Corte en la elección de la causa. En efecto, conocido el es impacto de las sentencias que éste tribunal tiene en la realidad argentina, y pudiendo optar por causas donde las injusticias son palpables, decide fallar en ésta donde los únicos beneficiarios serán aquellas personas en situaciones análogas a la de Muiña, es decir, acusados de delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar.

Volviendo al análisis jurídico y aceptadas las premisas anteriores, la consecuencia lógica que se sigue es que, siendo aplicable la norma establecida en el art. 2 del Código Penal, entonces el cómputo de la pena aplicable a Muiña debe seguirse de acuerdo a los parámetros establecidos en la norma del art. 7 de la ley 24.390.

Extender o limitar el alcance de un término a supuestos no contemplados, sobre todo en derecho penal donde la analogía está prohibida, hace perder de vista el objeto de referencia de interpre-

[20] Utilizo éste concepto en perspectiva rawlsiana, en el sentido que un Estado democrático y liberal debe ser tal que respete el pluralismo de la sociedad y por lo tanto, sus decisiones deben ser producto de un consenso entrecruzado de diferentes doctrinas comprehensivas.

tación, la norma, y se termina creando Derecho, afectando la vigencia de las garantías constitucionales, empezando por el principio de igualdad ante la ley.

Bibliografía

- Atienza, Manuel. 2005. Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. México: Instituto de investigaciones jurídicas
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. 1996. "Norma jurídica", en E. Garzón Valdés y F. Laporta, El derecho y la justicia, Madrid, Trotta, pp. 133-147.
- Carrara, Francesco.1977. Programa de Derecho Criminal. Tomo 11. Buenos Aires: Editorial Temis.
- Guastini, Riccardo. 1999. Estudios sobre la interpretación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Maccormick, Neil. 1978.Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford University Press.
- Martínez Zorrilla, David. 2010.Metodología jurídica y argumentación. Madrid: Marcial Pons.
- Navarro, Pablo. 2000."Acerca del razonamiento jurídico", en Revista de Cencías Sociales, publicación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Nº 45 primer y segundo semestre, Valparaíso.
- Zaffaroni, Eugenio. 2006. Manual de Derecho Penal, Buenos Aires: Editorial Ediar.

Diálogo jurisdiccional y protección de derechos humanos

Dr. Víctor Bazán

I. Consideraciones previas e itinerario propuesto

La garantía de los derechos fundamentales legitima y justifica tanto al Estado Constitucional y Convencional cuanto al sistema protectorio transnacional, éste dinamizado principalmente por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (en adelante, esta última será identificada como Corte IDH).

Partiendo de una premisa jurídica y axiológica tan significativa, iniciaremos nuestro recorrido con algunas sumarias consideraciones para contextuar el problema y enfatizar la exigencia que pesa sobre los operadores jurisdiccionales (y demás autoridades competentes) de interpretar la normativa interna conforme al derecho internacional de los derechos humanos, lo que supone llevar adelante un control de convencionalidad.

A continuación, exploraremos otro núcleo temático atrayente: la necesidad de fortalecer cualitativamente una relación concertada y dialógica entre la Corte IDH y los órganos jurisdiccionales máximos en materia constitucional de los Estados del sistema interamericano, a partir de la función de integración que ostentan los derechos humanos.

Conectado con lo anterior, nos aproximaremos a un tópico que también ofrece interés: el margen de apreciación nacional, doctrina que tanto ha recibido una profusa utilización por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como un exiguo nivel de receptividad por la Corte IDH.

Finalmente, el cierre de este intento propositivo vendrá de la mano de ciertas consideraciones que se ligarán a otros reflexiones intercaladas en su nudo argumental.

II. Notas contextuales

Uno de los perfiles básicos de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se traduce en que la eficacia real del primero depende en buena medida de la fidelidad con que los derechos nacionales se conformen a las normas internacionales y

les den efecto[1]. En particular sobre el derecho internacional de los derechos humanos, la paulatina trascendencia que han adquirido sus zonas de interacción con el derecho doméstico demanda una armonización de ese tándem de fuentes (internacional e interna) por medio de su retroalimentación y complementariedad en aras del robustecimiento real del sistema de derechos.

Dichas pautas corroboran que la cardinal problemática de los derechos humanos es una incumbencia –y debe ser una preocupación– concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales y la transnacional.

Ello, por cierto, sin olvidar que esta última ostenta –al menos en el plano jurisdiccional– una naturaleza convencional coadyuvante de las de los ordenamientos nacionales (cfr. Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH–, párr. 2°) y que la premisa de agotamiento de los recursos internos[2], estrechamente vinculada a ese carácter complementario de la dimensión interamericana, ha sido concebida para brindar a los Estados la posibilidad de remediar internamente sus conflictos en la materia sin necesidad de verse enfrentados a un eventual litigio extramuros que pudiera provocarles responsabilidad internacional.

En la dinámica esbozada, se impone irrecusablemente a los magistrados judiciales (entre otras autoridades públicas) en el plano interno desarrollar sus tareas de interpretación de las fuentes infraconstitucionales de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, lo que obviamente incluye la exigencia de tomar en cuenta los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Semejante mandato de interpretación conforme a aquellas fuentes jurídicas debe ser leído no en términos de un relacionamiento jerárquico, sino en función del deber de decantarse por la interpretación de la norma más favorable y efectiva a la protección de los derechos, garantías y libertades (principio pro persona), en la línea de sentido del art. 29 de la CADH.

---

[1] Cfr. Pastor Ridruejo, José A., Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2006, pág. 165.

[2] Sobre el punto, ver por ejemplo el art. 46.1.'a' de la CADH.

La Constitución de un Estado, con el vigor normativo que le es ínsito, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas –inter alia– en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto moldea la Corte IDH, dan vida a un bloque jurídico que encauza su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico y normativo: la defensa y la realización de los derechos básicos.

En ese contexto, el desarrollo del control de convencionalidad plantea nuevos y demandantes desafíos a las jurisdicciones internas latinoamericanas[3]. La estimulación de relaciones sinérgicas entre éstas y la Corte IDH y la paulatina construcción de diálogos críticos entre ambos órdenes jurisdiccionales, pueden facilitar el descubrimiento de caminos idóneos para optimizar la protección de tales derechos, que son expresión directa de la dignidad humana.

Precisamente tal conexión dialogal concitará nuestra atención en esta sumaria contribución.

III. Acerca de la conveniencia de fortalecer un ámbito de diálogo jurisdiccional crítico y constructivo[4]

III.1. Acerca de la llamada comunicación transjudicial

Slaughter ha desarrollado una tipología de comunicación transjudicial (transjudicial communication), clasificándola por la

[3] En torno al tema del control de convencionalidad ver, entre otros trabajos de Bazán, Víctor, "El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado", Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, N° 19, 2015, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, págs. 25-70.

[4] Hemos anticipado algunas consideraciones sobre este tema, por ejemplo, en Bazán, Víctor, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", Revista Europea de Derechos Fundamentales, N° 18, 2º Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, págs. 63-104.

forma, el grado de compromiso recíproco (reciprocal engagement) y la función. Los resultados de su estudio definen un espectro que va desde el diálogo conscientemente interactivo entre un tribunal nacional y otro supranacional, en un extremo, hasta el uso no reconocido por parte de un tribunal nacional de ideas o modos de razonamiento de un tribunal extranjero, en el otro. Una vez identificados diferentes fenómenos que se podrían clasificar como comunicación transjudicial, la autora se plantea si de hecho podría decirse que ellos forman parte de un fenómeno más amplio, cuestión a la que responde afirmativamente porque considera que están unidos por un conjunto subyacente de elementos comunes, supuestos o precondiciones[5].

En todas las formas que describe en el trabajo que citamos, la comunicación transjudicial presupone que los tribunales involucrados se conciban a sí mismos como actores gubernamentales autónomos, incluso más allá de las fronteras nacionales; que hablen un lenguaje común suficiente para interactuar en términos más de persuasión que de coacción; y que se entiendan a sí mismos como entidades similares comprometidas en una empresa común. Añade que estas precondiciones parecieran existir entre un número creciente de cortes nacionales y tribunales supranacionales en todo el mundo, lo que a su vez abre la puerta a una nueva visión de las relaciones jurídicas globales[6].

Considera además que el refuerzo de los tribunales como actores internacionales y transnacionales autónomos es un paso hacia la desagregación de la soberanía del Estado en un componente ejecutivo, uno legislativo e instituciones judiciales que pueden interactuar de forma independiente a través de fronteras.

[5] Slaughter, Anne-Marie, "Typology of transjudicial communication", University of Richmond Law Review, N° 29, 1994, págs. 135-136 (disponible en http://www.princ eton.ed u/~slaug htr/Articl es/Typolog y.pdf.). El mismo trabajo puede consultarse en Franck, Thomas M. y Fox, Gregory H. (eds.), International Law Decisions in National Courts, Transnational Publishers, Irvington, New York, 1996, págs. 37-69.
Las citas que se efectuarán en las dos notas subsiguientes corresponderán a la primera referencia, o sea, la relativa a University of Richmond Law Review.

[6] Ibid., pág. 136.

Agrega que los frutos de esa interacción se podrían contemplar como redes de instituciones, o de relaciones institucionalizadas, que emularan la forma y el fondo de un gobierno mundial sin que de hecho trasciendan o desplacen a los Estados-nación. Por poner un ejemplo –continúa la aludida doctrinaria–, las redes de los tribunales nacionales y supranacionales hablando entre sí en un proceso de deliberación colectiva sobre la protección de los derechos humanos podrían generar, en efecto, un mecanismo multidimensional para crear y hacer cumplir las disposiciones de derechos humanos de una hipotética constitución global. Pero lo harían con un mínimo de maquinaria global. Incluso, los elementos supranacionales en esta red dependerían para su efectividad de la sensibilidad (capacidad de respuesta) de los tribunales nacionales[7].

Dicha "comunicación transjudicial" pareciera tener un alcance más general que el que rezuma la expresión "diálogo judicial". En otras palabras, tal vez la cuestión pudiera condensarse sosteniendo que este último es una especie –importante– del género "comunicación transjudicial".

Para Bustos Gisbert, el proceso de comunicación transjudicial sin duda ha generado una fertilización mutua (cross-fertilization) entre instancias jurisdiccionales y, por ende, entre ordenamientos jurídicos. O sea, se ha creado una progresiva y muy enriquecedora influencia mutua entre instancias jurisdiccionales[8], desde casi todos los puntos de vista[9].

---

[7] Ídem.

[8] Bustos Gisbert, Rafael, "XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales", en Revista Española de Derecho Constitucional, N° 95, mayo-agosto de 2012, CEPC, Madrid, págs. 18-19.

[9] Cuando el autor citado realiza una matización a lo que considera una progresiva y muy enriquecedora influencia mutua entre instancias jurisdiccionales, diciendo "desde casi todos los puntos de vista", se refiere a que [en ese momento] existía quien desde un "aislacionismo radical", pretende "excluir cualquier referencia a la jurisprudencia extranjera como fórmula (¿mágica?) de garantizar la soberanía del propio ordenamiento jurídico (juez Scalia, voto particular a Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 [2003])" (ibid., pág. 19).
Al solo efecto aclaratorio mencionamos que el juez Antonin Scalia falle-

Por su parte, en un interesante trabajo publicado hace una década y media, que enfocaba el diálogo judicial y la fertilización mutua (o –agregamos por nuestra parte– 'cruzada') de los sistemas jurídicos en el marco del Tribunal de la Unión Europea, Jacobs sostenía que dentro de esta estructura comunitaria había existido un notable grado de diálogo judicial y fertilización cruzada, lo que adquiría mayor significación en vista de las grandes diferencias en los sistemas jurídicos de los Estados Miembros y en sus fundamentos históricos. Mencionaba además que aquel Tribunal de la Unión también se había mostrado receptivo a la jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales, particularmente del TEDH. Por su parte, advertía que –hasta el momento de escribir su trabajo– había existido un impacto relativamente modesto de tribunales y cortes internacionales tales como la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), aunque conjeturaba que tal impacto podía incrementarse en el futuro[10].

III.2. Diálogo jurisdiccional

Bustos Gisbert asegura que "el éxito del significante 'diálogo judicial' se vincula a la intensificación de la interdependencia entre Estados y entidades internacionales como uno de los rasgos característicos de ese vaporoso e indefinible fenómeno conocido como globalización. Proceso que ha cambiado buena parte de las bases sobre las que se asentaba la convivencia humana. Esos cambios, como no puede ser de otra forma, afectan a todos los aspectos de la vida personal y en comunidad. Por ello no es de extrañar que tenga efectos también en el mundo jurídico y en el comportamiento de los órganos judiciales…" –itálicas añadidas–. Justamente, una de las manifestaciones más relevantes de tales cambios

ció el 13 de febrero de 2016.

[10] Jacobs, Francis G., "Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: the European Court of Justice", en Texas International Law Journal, N° 38, 2003, pág. 556 (puede consultarse en http://www.tilj.org/con tent/journ al/38/num3/ Jacobs 547.pdf).

es la aparición de la comunicación transjudicial[11] a la que aludiéramos.

Una de las aproximaciones conceptuales al "diálogo judicial" lo presenta como la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho[12].

Es también interesante la perspectiva que ofrece el autor aludido cuando expone que la estructura de las interacciones expresadas en el diálogo pueden ser diferentes según la posición de los sujetos dialogantes pudiéndose hablar desde el ámbito exclusivamente internacional de diálogos verticales (por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– y el Tribunal de Primera Instancia); semiverticales (el TJUE y el TEDH, el TJUE y el Órgano de Apelación de la OMC, el TJUE y la CIJ); horizontales (el TJUE y el Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio –EFTA–); competitivos o superpuestos (la CIJ y el Tribunal Internacional del Mar), o de relaciones especiales (el TJUE y los Tribunales Constitucionales estatales); "clasificación que probablemente deberíamos complicar aún más si incluimos en el análisis a las relaciones con los tribunales nacionales y de éstos entre sí" –énfasis agregado–. Del mismo modo, esta comunicación será diferente según el grado de "implicación recíproca" (expresión ya utilizada por Slaughter), pudiéndose diferenciar entre diálogos directos, monólogos y diálogos intermediados[13].

Entre las numerosas variantes taxonómicas de "diálogo", una modalidad simplificada consiste en identificar dos vertientes: la vertical, o sea, entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema; y la horizontal, entre los tribunales que pertenecen a distintos Estados que se encuentran en una relación de parificación ordinamental[14].

[11] Bustos Gisbert, Rafael, ob. cit., pág. 18.

[12] Ibid., pág. 21.

[13] Ibid., págs. 19-20.

[14] Utilizamos mutatis mutandis la presentación de De Vergottini, Giuseppe, Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione, Il Mulino, Bologna, 2010, pág. 10.

Esta segunda modalidad es relevante porque habilita una suerte de intercambio de ideas y razonamientos en torno a temas comunes de tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas) entre sí.

Con todo, nos centraremos particularmente aquí en las posibilidades de interlocución entre estos órganos y la Corte IDH, sin perjuicio de plantear tangencialmente que este tipo de diálogo también debería involucrar a órganos cuasijurisdiccionales, como por ejemplo, específicamente en el ámbito universal (ONU), el Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Aun cuando tal vez para algunos autores sea complejo aceptar un enfoque en términos de "diálogo" (pues en su percepción no podría haberlo cuando existe una relación de disímil jerarquía entre los pretendidos dialogantes), nos interesa focalizar ahora aquella faceta vertical de interlocución, para lo cual entendemos que debe intensificarse un 'rapport' jurisprudencial crítico, tangible y efectivo.

Ello, con la finalidad de que no sólo los órganos de cierre de la justicia constitucional (y demás autoridades involucradas) acaten los patrones exegéticos labrados por el Tribunal Interamericano, sino que a su vez éste tenga en cuenta las observaciones y sugerencias que puedan partir de aquéllos, en aras del fortalecimiento progresivo del sistema tutelar de derechos fundamentales en nuestra área regional.

El diálogo interjurisdiccional que proponemos constituye un desafío que –según lo plantea Jimena Quesada– "se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de un depurado filtro de control de convencionalidad, [que] puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones susceptibles de aflorar en el sistema de fuentes del Derecho y, por tanto, los problemas de articulación en el seno del ordenamiento jurídico, con objeto de que no se resientan principios esenciales del Estado social y democrático de Derecho como, entre otros, la seguridad jurídica o la igualdad"[15].

[15] Jimena Quesada, Luis, Jurisdicción nacional y control de convencio-

A su tiempo, recurriendo a un ejercicio extremo de síntesis y convergentemente con lo anunciado, la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente por medio de un prisma unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas), sino que corresponde hacer foco en una "construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional"[16].

Corresponde, por tanto y como anunciábamos, propiciar una lógica de crossfertilization de ambas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio de argumentos y experiencias y el aprendizaje mutuo.

IV. Un acercamiento al "margen de apreciación nacional". Proceso de reformas a la Convención Europea

Con algún punto de contacto con el diálogo judicial, la cuestión anticipada en el epígrafe merece al menos una somera indagación para visualizar si recurrir a ella en nuestro espacio regional puede o no operar como una herramienta que aporte a la búsqueda de un equilibrio sustentable entre las dimensiones jurisdiccionales interamericana e interna.

---

nalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos, Thomson Reuters - Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 158.

[16] Góngora Mera, Manuel E., "Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas", en von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un 'Ius Constitutionale Commune' en América Latina?, T° II, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., 2010, pág. 429.

Primeramente, vale advertir que la citada tesis ha mostrado (y sigue exhibiendo) una extendida aunque proteica utilización en la jurisprudencia del TEDH.

Sin embargo, su receptividad en la praxis de la Corte IDH ha sido discreta. De hecho, fue empleada en la Opinión Consultiva O.C.-4/84, de 19 de enero de 1984, "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización", solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A, N° 4, por ejemplo en los párrs. 58 y 62. También fue mencionada en algunos asuntos contenciosos, por ejemplo, en el "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107. En el párr. 161 del fallo, y en relación con el recurso que contempla el art. 8.2.'h' de la CADH, en cuanto a que debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho, el Tribunal Interamericano añadió que "[s]i bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo" –énfasis agregado–. Al respecto, señaló que no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos (remitiéndose al "Caso Baena Ricardo y otros", Sentencia de competencia, 28 de noviembre de 2003, Serie C, N° 104, párr. 77).

Retomando el marco europeo, García Roca señala que la citada zona apreciativa obedece a "una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona"[17].

[17] García Roca, Javier, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", en Bazán, Víctor (coord.), Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo, T° II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010, pág. 1517.

Por su parte, Sáiz-Arnáiz ha sintetizado su percepción sobre el tópico en cuestión en el contexto del TEDH, sosteniendo que tal doctrina es "necesaria" ante la gran diversidad cultural de los 47 Estados Parte de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que empieza en las Islas Azores y termina en Vladivostok. Sin embargo, sostiene que es un criterio muy difícil de objetivar y que ha recibido diversas críticas pues el Tribunal estrasburguense en ocasiones lo ha aplicado de manera "caprichosa". Alega, además, que el TEDH debería buscar un equilibrio por medio de la configuración de un estándar común mínimo[18].

En la visión de Bustos Gisbert la doctrina del margen de apreciación nacional es típica de los escenarios de pluralismo constitucional y una de las fórmulas para permitir soluciones no incompatibles en lo referente a la garantía de los derechos. Desde su punto de vista, "consiste no en el reconocimiento de la existencia de una protección equivalente, sino más bien el de una protección suficiente. En estos casos lo que el tribunal realiza es una labor de supervisión de la protección otorgada al derecho marcando sólo algunos mínimos y dejando un amplio campo de libertad para la actuación del otro ordenamiento. En ocasiones el margen de apreciación puede combinarse con el criterio de deferencia dando lugar a una suerte de deferencia impura en el que un tribunal no supervisa, sino que establece algunos criterios básicos para la solución del conflicto, dejando un amplio margen de interpretación de los mismos en el caso por parte de las autoridades judiciales que resuelven definitivamente el asunto de fondo"[19] –cursivas del original–.

Si debiéramos describir en breves trazos al instituto aludido, podríamos decir que se trata de una doctrina compleja, con contornos imprecisos (¿impredecibles?), cuya utilización ha sido voluble, pero que aparentemente está destinada a no desaparecer

[18] Sáiz-Arnáiz, Alejandro, en su disertación de 18 de noviembre de 2011 en el panel "Experiencias del control de convencionalidad y retos procesales", en el marco del "XVIII Encuentro Anual de Presidentes y Magistrados de Cortes y Salas Constitucionales de América Latina", Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, San José de Costa Rica, 16 a 19 de noviembre de 2011.

[19] Bustos Gisbert, Rafael, ob. cit., págs. 50-51.

nunca del todo, pues al TEDH le resulta funcional y útil acudir a ella para trazar las líneas argumentales de sus decisiones en casos con perfiles jurídica, política, institucional y/o socialmente dilemáticos o inhóspitos.

Ciertamente, un eventual empleo más intenso de semejante "margen de apreciación nacional" en el ámbito interamericano debería necesariamente ser muy prudente para evitar que se volatilice la esencia tutelar de los derechos humanos.

La cuestión no está exenta de dificultades operativas por los riesgos latentes de inseguridad jurídica e inestabilidad que aquella doctrina podría traer consigo. Además, y en su caso, debería exigirse a su respecto un empleo cauteloso para sortear el peligro de desnaturalización de las obligaciones asumidas por los Estados en materia de derechos fundamentales, desvaneciéndose las posibilidades de protección real y concreta de éstos.

En ese sentido, dejar librado al "margen de apreciación nacional" conceptos tan complejamente difusos como los de "orden público", "bien común" y "seguridad nacional" (sólo por citar un puñado de ellos), que operan en áreas de suma sensibilidad como las de la defensa de los derechos humanos y la consolidación de la democracia y el Estado Constitucional y Convencional, podría resultar altamente riesgoso, fundamentalmente en sitios donde los tribunales que deben definirlos se muestren claudicantes y permeables a las presiones del poder político-partidario reinante.

El desiderátum marca que ese espacio de análisis en función de las particularidades jurídicas del Estado en cuestión debe ser un margen de apreciación prudente y moderado y no un reservorio de arbitrariedad, aunque en cualquier caso deberemos rendirnos ante la evidencia de que se trata de una noción resbaladiza y volátil.

Dicho de otro modo, en abstracto (y no sin reservas) acaso podría ser una herramienta apta como actitud deferente hacia el Estado, sólo en la medida que sea empleada mesurada y razonablemente. Al hilo de esto último, no puede ya discutirse que justamente la pauta de "razonabilidad" ha pasado de ser requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del Derecho[20].

[20] Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 3ª ed.,

Conectando el tema del margen de apreciación con el del control de convencionalidad, García Ramírez ha sostenido que "el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis (…) de que no existan definiciones del tribunal supranacional o de que haya decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano. Ahora bien, es preciso reconocer que en la generalidad de los casos este margen de apreciación –nacional y circunstancial: al amparo de las circunstancias del caso sub judice– se halla acotado por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante. Cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad, en ausencia de definiciones supranacionales, las decisiones de aquél no tienen alcance erga omnes. Es decir, puede fijar criterios provisionales, inter partes, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de 'cuestiones de inconvencionalidad', […] que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales"[21] –destacado nuestro–.

Es también necesario recordar que en Europa, y dentro de un amplio proceso de reformas al TEDH, fundamentalmente encaminado a agilizar la resolución de los casos que se le presentan y a promover un diálogo entre el Tribunal y las autoridades nacionales para fortalecer la protección de derechos humanos en los marcos internos, se han elaborado dos Protocolos a la citada Convención Europea: el N° 15 y el N° 16.

Mientras el primero (aprobado en 2013, pero que todavía no está vigente) consagra el principio de subsidiariedad, positiviza la doctrina del margen de apreciación nacional, reduce de seis (6) a cuatro (4) meses el plazo dentro del cual debe plantearse la denuncia ante el TEDH, contado desde la fecha de la decisión na-

Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, pág. 147.

[21] García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte IDH y UNAM, Tirant lo Blanch, México D.F., 2013, pág. 772.

cional final, y elimina la cláusula de salvaguardia que impedía inadmitir demandas por falta de perjuicio importante cuando el asunto no hubiera sido debidamente examinado por un tribunal nacional; el segundo de ellos (ya en vigor, como veremos) prevé –inter alia– la posibilidad de que las Altas Cortes y Tribunales de los Estados Parte soliciten opiniones consultivas al TEDH respecto de cuestiones relacionadas con la interpretación o la aplicación de los derechos y libertades consagrados en la Convención o sus Protocolos[22].

Recientemente, el 1 de agosto de 2018, entró en vigencia el Protocolo Nº 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos, que es optativo en los diez (10) Estados miembros que lo han firmado y ratificado: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Eslovenia y Ucrania. Como anticipábamos, y según lo especificado por los Estados Miembros concernidos, tal Protocolo permite a los Altos Tribunales solicitar al TEDH la emisión de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus Protocolos. Dichas opiniones consultivas, que serán emitidas por la Gran Sala, deben ser motivadas y no vinculantes. Las solicitudes de opiniones consultivas se realizarán en el marco de asuntos que estén en trámite ante la jurisdicción nacional. El TEDH dispondrá de la facultad discrecional de aceptar o no tal solicitud. Debe recordarse que, por el momento (último cuatrimestre de 2018), otros diez (10) países han firmado el Protocolo, pero aún no lo han ratificado: Andorra, Bosnia-Herzegovina, Grecia, Italia, Noruega, Países Bajos, República de Moldavia, Rumania, Eslovaquia y Turquía[23].

Para cerrar este segmento y dar paso a las apreciaciones finales, sólo resta indicar que la afirmación que vertíamos líneas arriba en relación con que la doctrina analizada (margen apreciativo),

[22] Ver para ampliar, López Guerra, Luis M., "Los Protocolos de reforma Nº 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos", Revista Española de Derecho Europeo, N° 49, 2014, Aranzadi, págs. 11-19.

[23] Cfr. https://laicismo.o rg/entra-e n-vigor-d el-protocolo-n o-16-al-con venio-euro peo-de-dere chos-huma nos-que- espana-n o-tiene-previs to-firmar/.

aun cuando problemática, nunca desaparecería del todo en el contexto del TEDH, queda confirmada precisamente por conducto del aún no vigente Protocolo N° 15 a la citada Convención Europea, que –como adelantábamos líneas arriba– institucionaliza la tesis del margen de apreciación y el principio de subsidiariedad, que están estrechamente vinculados. Ello, orientado a dar más competencias a los tribunales nacionales en la aplicación y vigilancia del Convención Europea, remarcándose de esta forma la responsabilidad principal de los Estados en la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Tal Protocolo incorpora algunas de las propuestas de reforma del TEDH recogidas en la Declaración de Brighton[24].

V. Apreciaciones de cierre

1. El progresivo crecimiento de la dinámica interactiva del derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos acentúa la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales vertientes jurídicas en aras de solidificar el sistema general de derechos, y de bregar para que el Estado cumpla cabalmente los compromisos internacionalmente asumidos en la materia.

2. La Constitución, con la fuerza normativa que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas –inter alia– en la CADH y las pautas interpretativas que a su respecto traza la Corte IDH, conforman un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia una misma matriz axiológico-jurídica: el resguardo y el desarrollo de los derechos fundamentales.

3. El control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional vis-à-vis el compacto de reglas y principios que conforman la estructura literal de la CADH (y de los demás instrumentos integrantes del corpus iuris

[24] Las proyectadas modificaciones fueron acordadas por los Estados Miembros en la Conferencia de Alto Nivel sobre el Futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, celebrada en Brighton, del 18 al 20 de abril de 2012.

interamericano) y los patrones valorativos cincelados por la Corte IDH en su faena interpretativa, no puede ni debe darse en el plano de una exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales. Por el contrario, es preciso generar las condiciones para profundizar un diálogo jurisprudencial crítico (como una especie del género comunicación transjudicial) entre ambos órdenes de tribunales concernidos: internos e interamericano, sobre la base de una dinámica de retroalimentación y respeto mutuo.

4. Ese ambicioso esquema de aperturas dialógicas e influencias recíprocas debería constituirse en el paradigma jurisdiccional que adquiera definitivo impulso en la presente centuria, para contribuir a despejar algunas de las dificultades sistémicas que atentan contra la cabal efectividad de los derechos esenciales.

5. Si bien la doctrina del "margen de apreciación nacional" ha sido copiosamente utilizada en el ámbito del TEDH, no ha sucedido lo mismo en el contexto de la Corte IDH, que ha acudido a ella sólo esporádicamente.

Una indiscriminada apertura de la Corte IDH a tal tesis sería, cuando menos, riesgosa. Es que además de ser una construcción con perfiles un tanto indefinidos y, por tanto, tornadiza e insondable, la entronización del margen apreciativo en el plano interamericano quizá permitiría dejar en manos y mentes equivocadas –no siempre independientes del poder político-partidario gobernante ni totalmente consustanciadas con la democracia y el Estado Constitucional y Convencional– una facultad interpretativa muy relevante en un campo tan sensible como el de la cabal protección de los derechos humanos.

En última instancia, y de abandonar de modo frontal su posición hasta ahora usualmente refractaria al respecto, el Tribunal Interamericano debería ser muy cuidadoso para supervisar que verdaderamente se tratara de un margen de apreciación prudente y moderado y no de un manantial proveedor de arbitrariedades.

6. La deseable sinergia entre las instancias domésticas e interamericana se funda en que es tan necesario como conveniente que ellas convivan en conexión axiológica y jurídicamente coope-

rativa en la sintonía de una hermenéutica pro persona, en tanto ambas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos primordiales.

7. Ojalá germine entre ambas jurisdicciones un diálogo crítico y tangible que convierta en realidad sus potencialidades evolutivas y las vuelque en la lucha por el perfeccionamiento tuitivo de los derechos básicos, los que –con su carácter transversal–, son un elemento crucial para la consolidación de la democracia, el Estado Constitucional y Convencional y la custodia irrestricta de la dignidad humana.

El debate Thomson-Finnis sobre el aborto

Una lectura desde el realismo jurídico clásico

Abg. Marcelo Fernández Peralta

I. Introducción

El valor de la vida humana y su proyección como derecho es el sustento –reconocido o no en su real dimensión– de todo orden jurídico.

La cuestión de la existencia del hombre y del inicio de ésta ha sido y es aún tema de debates en muchos casos apasionados, que sostienen posiciones antagónicas, y en el que no muchas veces se llega a conclusiones que puedan hacer avanzar la discusión hacia un cauce de mayor claridad. Tal es la situación en la República Argentina, país en el cual al momento de escribir estas líneas se discute no sólo sobre la despenalización de todos los casos de aborto sino también sobre la instauración de un régimen de interrupción del embarazo libre, legal y gratuito. Si bien son varios los proyectos existentes, sus disposiciones se pueden resumir en los siguientes puntos principales[1]:

a. Se derogan las penas por el aborto voluntario tanto para la mujer como para el personal sanitario interviniente.

b. En todos los casos se deberá expresar el consentimiento por escrito, previa información profesional respecto de las características y consecuencias de la intervención.

c. Se establece que toda mujer mayor de 13 años podrá decidir voluntariamente la interrupción de su embarazo hasta la semana número 14 de gestación. Para el caso de menores de esa edad se requiere la asistencia de quien ostente su cuidado. En caso de violación, riesgo para la vida o salud física de la mujer y también en caso de malformaciones fetales graves el aborto podrá practicarse incluso más allá de las primeras catorce semanas de embarazo.

d. Se determina que será obligatoria su cobertura por parte del sistema de obras sociales y en el caso de mujeres que no posean tal seguro de salud, lo podrán hacer en los hospitales públicos. En todos los casos se establece un plazo de 5 días desde la manifestación de voluntad de la paciente.

[1] Vid. http://www.parlamentario.com/db/000/000597_proyecto _ive_2018.pdf. Fecha de consulta: 20 de mayo de 2018.

e. En principio, no se contempla el derecho a la objeción de conciencia para el personal sanitario involucrado.

En el presente trabajo y como un aporte más, se comentarán algunos aspectos del debate que mantuvieron Judith Jarvis Thomson, prestigiosa profesora del Instituto de Tecnología de Massachusetts y el catedrático de Oxford John Finnis; el cual, no obstante tener más de 40 años, no ha perdido actualidad dada la coyuntura y el nivel intelectual de los contendientes.

El mismo se originó con un artículo de Thomson, que fue replicado por Finnis y que a la vez tuvo su contrarréplica; dichas intervenciones en su conjunto formaron un diálogo sin dudas enriquecedor, que aún hoy permite extraer nuevas conclusiones y fundamentalmente, nuevos interrogantes. Tal es el objetivo de este escrito en el cual, tras efectuar una acotada síntesis de sus posturas, se presentará nuestra visión expuesta desde la óptica del realismo jurídico clásico de raigambre aristotélico tomista.

II. Sobre los autores

Si bien en un trabajo de tan corta extensión no se justificaría en principio brindar datos biográficos de los autores sobre los cuales se expone, en este caso particular resulta de singular importancia.

Ello porque la primera es una reconocida activista de la denominada "filosofía feminista" y su crítico uno de los más grandes exponentes del iusnaturalismo clásico del siglo XX. Y porque resulta particularmente esclarecedor conocer sus contextos para comprender sus concepciones sobre el tema en debate.

II.1. Judith Jarvis Thomson[2] y su artículo "A defense of Abortion"

Hija de padre judío y madre católica, Judith Jarvis Thomson es una filósofa estadounidense nacida en New York en 1929 que alcanzó su mayor notoriedad con un ensayo publicado en 1971 de-

[2] Vid. http://web.mit.e du/phil osoph y/thomso n.html, consultada el 20 de mayo de 2018.

nominado "A defense of abortion"[3] que es el que se comentará en este artículo. En él la autora analiza el hipotético caso de una persona que ha sido raptada y drogada por una Sociedad de Amantes de la Música; y que al volver en sí descubre que sus riñones han sido artificialmente conectados con los de un famoso violinista que necesita por unos meses de esta conexión para sobrevivir dado que padece una enfermedad renal mortal. De esa manera efectúa la comparación con el aborto: compara la situación hipotética del secuestrado con aquella en la que se encuentra la mujer que tiene un embarazo que no desea continuar; se trataría, expone, de dos situaciones similares en el sentido de que ambas exhiben una vinculación corporal indeseada.

Thomson ha dedicado toda su vida a estudios de Filosofía Moral, revistiendo en la actualidad como profesora emérita del MIT.

II.2. John Finnis

John Finnis nació en Adelaida, Australia, en el año 1940. Realizó sus estudios de doctorado bajo la supervisión de H.L.A. Hart hasta completar su tesis doctoral titulada The Idea of Judicial Power (1965). A partir de entonces Oxford ha sido su hogar académico, además de haber enseñado en numerosas otras universidades de gran jerarquía como Berkley, Boston y Notre Dame. Católico practicante confeso, es autor de numerosas obras sobre Derecho Natural, Filosofía Moral y Filosofía del Derecho, entre las que destaca su obra cumbre Natural Law and Natural Rights, en la que aborda analíticamente temas como las formas básicas del bien, las exigencias básicas de la razonabilidad práctica, la justicia, los derechos, la obligación, la autoridad, las leyes injustas y hasta la naturaleza y Dios[4].

[3] Publicado en Philosophy and Public Affairs 1. No. 1 (Fall 1971), Princeton University Press. Se cita por la traducción al castellano contenida en AA.VV. Debate Sobre el Aborto, Cinco Ensayos de Filosofía Moral, CÁTEDRA, Colección Teorema, Madrid, 1974 págs. 9-32.

[4] Véase Estudio Preliminar a cargo de Cristóbal Orrego S., en FINNIS, John, Ley Natural y Derechos Naturales, Buenos Aires, Abeledo Perrot,

En lo que a este trabajo atañe, Finnis responde los argumentos expuestos por la Profesora Thomson. Dicha respuesta fue publicada en su artículo "The Rights and Wrongs of Abortion"[5].

III. El aborto como acto defendible

III.1. Planteo del problema

Lo original del pensamiento de Thomson es que, a diferencia de una corriente prominente del espectro abortista, ella no propone como eje de la discusión si el feto reviste calidad de persona y por ende sujeto de derecho. Más allá de que no está de acuerdo con la idea de que lo es desde el momento de la concepción, concede que efectivamente lo es desde "bastante antes del nacimiento"[6]. También expresa que se inclina "a estar de acuerdo con que la perspectiva de «trazar una línea» en el desarrollo del feto es bastante turbia"[7] y expone una serie de características humanas que el feto adquiere desde muy temprano tiempo de gestación.

Al menos, en esta última afirmación, resulta irresistible. Es que efectivamente, tomar cualquier parámetro que no sea la concepción como determinante del inicio de la condición de humanidad sería arbitrario. Por el contrario, los estudios genéticos, en particular los de la línea del ADN han reforzado que "desde la singamia, existe ya un ser humano con prescindencia de los accidentes que lo distinguen"[8].

1980, págs. 9-32.

[5] P & PA 2, no. 2 (Winter 1973). Se cita por la traducción al castellano contenida en AA.VV. Debate Sobre el Aborto, Cinco Ensayos de Filosofía Moral, Madrid, CATEDRA, Colección Teorema, 1983, págs. 108-142.

[6] Op. cit. nota 3, pág. 10.

[7] Ídem.

[8] RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, La experimentación en seres humanos. Reflexiones a partir del nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina, en RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato et al, Los derechos de la persona en el nuevo Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, pág. 98.

De tal forma, el único instante indubitable, determinable con absoluta precisión como de creación propiamente dicha y entendida como inicio de una realidad óntica diferente de la madre es el momento de la concepción. La autora utiliza una metáfora que se sigue usando como slogan publicitario de las campañas abortistas, comparando una bellota con el cigoto y diciendo que ni aquella es un roble ni éste una persona. Lo cierto es que el cigoto contiene todos los elementos constitutivos de la persona humana, su línea de ADN lo configura como un ser independiente y distinto de su madre. Sólo necesita de dos cosas que justamente ésta le puede proveer: alimento y el tiempo necesario hasta que se pueda desprender de su seno. El caso de la bellota es bien diferente ya que dicho fruto no posee una especial vinculación con el árbol del cual surge. Finnis lo explica de la siguiente manera: "Dos células sexuales, cada una con sólo veintitrés cromosomas, se unen y de forma más o menos inmediata se funden para convertirse en una nueva célula con cuarenta y seis cromosomas, que dan lugar a una constitución genética única"[9]. Se trata de la conformación, ab initio, de un nuevo ser, distinto de su madre y por lo tanto, merecedor de respeto por sus bienes básicos.

III.2 La relevancia del consentimiento

Otorgado por Thomson que el feto es persona antes de nacimiento, su línea argumental pasa por el consentimiento. Dice: "Creo que podemos tomar como dato que en el caso de embarazo debido a violación, la madre no ha concedido a la persona no nacida el derecho al uso de su cuerpo. A decir verdad, ¿en qué embarazo puede suponerse que la madre ha otorgado a la persona no nacida tal derecho? No es como si hubiera personas no nacidas flotando a la deriva por el mundo, a quienes la mujer que desea un niño les dijera «Te invito a pasar»"[10].

Se observa un concepto muy particular de consentimiento en esta afirmación. Porque dada nuestra natural sociabilidad, todas

[9] Op. cit. nota 3, pág. 141.

[10] Op.cit. nota 2, pág. 22.

nuestras acciones tienen consecuencias que involucran a los demás en mayor o menor medida.

Además, como se puede advertir, si de simple consentimiento se tratara tampoco tendría derecho la madre a disponer del cuerpo del hijo, quien nunca se lo prestaría para dañarlo. Planteado en esos términos el conflicto no tiene solución.

El concepto de concesión de derecho aludido por la autora merecería un desarrollo que excede en mucho la extensión de estas páginas. Pero resulta menester dejar sentada nuestra convicción en el sentido de que los derechos como el de disposición sobre el propio cuerpo al cual la propia Thomson alude son de orden natural y por lo tanto no dependen de su reconocimiento por norma positiva alguna. Se tienen por el sólo hecho de ser persona dado que protegen lo que Finnis denomina bienes humanos básicos. De manera que tanto la mujer como el niño que alberga en su vientre disponen de ellos. La diferencia es que el nasciturus no los puede ejercer per se; lo que en modo alguno debilita su postura, sino que por el contrario exige de la ley una mayor protección; la mayor protección que merecen todas las criaturas que se encuentran en posiciones débiles y/o desventajadas. Podemos acá establecer otro ítem de discusión. En efecto, uno de los argumentos más utilizados por las posturas abortistas es que las mujeres más afectadas son las de condición más humilde, que en muchas ocasiones mueren por tener que abortar en condiciones precarias a diferencia de aquellas que pueden pagar una clínica. Se alude así a la debilidad en que se encuentran estas mujeres y derivan de allí una especial necesidad de protección. Entendemos que si de debilidad se trata, nadie más débil que el niño por nacer, quien depende absolutamente de su madre para todo ya que naturalmente debe pasar los primeros meses de su vida unido a ella en todo momento para sobrevivir. Siguiendo el mismo razonamiento, merece también una especial protección por parte del orden jurídico. De manera que, desde esta óptica, tampoco se puede optar por alguno de los derechos en juego.

III.3. El concepto de responsabilidad

En otro párrafo dice Thomson: "Si unos padres no evitan el embarazo, no llevan a cabo un aborto, y, cuando el niño nace, no lo dejan a disposición de unos adoptantes, sino que se lo llevan a casa, entonces han asumido la responsabilidad, le han concedido derechos, y ahora no pueden retirarle la atención a costa de su vida simplemente porque les resulte difícil dedicársela. En cambio, si ellos han tomado todas las precauciones razonables para evitar un niño, no tienen una especial responsabilidad hacia él sólo en virtud de la relación biológica que les une al niño que han concebido. Puede que quieran asumir esa responsabilidad, pero puede que no quieran. Lo que intento decir, es que si la asunción de responsabilidad les exige un gran sacrificio pueden rechazarla."[11]

La autora bajo comentario es muy afín a plantear ejemplos bastante originales y atractivos (como el ya citado de la bellota que no es roble, o el de la caricia de Henry Fonda que resulta un paliativo para un mal de salud de una enferma terminal, entre otros). Con el primero quiere decir que de la misma forma que la bellota no es un roble, el cigoto no es una persona. Con el segundo, que Henry Fonda no tendría la obligación de cruzar todo Estados Unidos para tocar la mejilla de una mujer enferma terminalmente de cáncer sólo para provocarle una mejoría. Empero, opino que no resultan aplicables porque en el embarazo se plantea una cuestión de responsabilidad que no existe en sus comparaciones; se trata de una responsabilidad objetiva de orden natural que se tiene independientemente del consentimiento.

Para la autora ser responsable implica tan sólo "tomar todas las precauciones razonables para evitar un niño"[12] de manera que parecería ser que eso es suficiente para evitar cualquier consecuencia indeseada. En otras palabras, aquella pareja que no desea concebir y que ha tomado las precauciones de control de natalidad, y aun así concibe (por cualquier circunstancia) resultaría liberada para abortar. El razonamiento es tan liviano como pueril desde el

[11] Op. cit. nota 2, pág. 31.
[12] Ídem.

doble prisma del derecho y de la moral: desde el primero porque el orden jurídico impone responsabilidades para una gran cantidad de actos que se han efectuado en forma involuntaria y desde el segundo porque, concedido por la propia autora que el embrión es persona, merece por tal condición el máximo respeto que su dignidad impone.

Razonar como Jarvis Thomson sería como liberar de responsabilidad al conductor que tomó todas las precauciones en el sistema de frenos de su vehículo y no obstante ello mató a un peatón porque los mismos fallaron. Es verdad que no hubo intención de matar. Es verdad que tomó todas las precauciones. Pero de ello no se deriva que no deba responder.

Asimismo, es muy importante resaltar que no resulta optativo al obligado cumplir o no cumplir una obligación. La existencia de la obligación implica la necesidad de cumplirla. La posibilidad de no hacerlo tiene que ver con la esfera de decisión de la persona –y obviamente, con la concepción de hombre que tengamos– pero no se encuentra intrínseca en la obligación misma. Porque todo lo que es, tiende a ser, a su realización. Las obligaciones, están para cumplirse, no para no cumplirse. En el ejemplo propuesto por Thomson los padres que han concebido al niño sin querer no tienen realmente la opción de incumplir su obligación de llevar el embarazo adelante sólo "porque tomaron las precauciones necesarias para evitarlo"[13].

IV. Réplica de John Finnis

IV.1. Algunas contestaciones

En su artículo "Pros y contras del aborto"[14], John Finnis dice: "Las reflexiones de Thomson sobre los derechos (...) indica[n], con bastante menos claridad, una serie de problemas sobre la fuente de los derechos; en concreto sugiere que, dentro de un amplio aba-

[13] Ídem.

[14] Op. cit. nota 4, pág. 108.

nico (que no especifica) de tipos de derechos, una persona sólo tiene derecho a lo que se le otorga por alguna donación, concesión u ofrecimiento por parte de otra persona"[15]. Pero, continúa diciendo "...algunos derechos implícitos..., no se adquieren por cesión del que los tiene"[16].

Explica Finnis que todo el argumento de Thomson está basado en que no tenemos ninguna responsabilidad especial por la vida o el bienestar de los otros, "si no la hemos asumido explícita o implícitamente"[17]. Coincidimos con Finnis en que esto es un error.

Las responsabilidades emergentes de nuestros actos no dependen de nuestra voluntad. Por lo menos no siempre y no en toda su extensión. Mucho menos en lo que tiene que ver con la vida y la existencia de una persona distinta de nosotros, que constituye una unidad existencial distinta y que no nos pidió ser concebida. Continúa Finnis: "Lo que carece de adecuada atención por parte de Thomson, entonces, es la afirmación (una de las afirmaciones implícitas, en mi opinión, en la retórica conservadora y papal sobre los derechos) de que el deber de la madre de no abortar no es que parte de ninguna responsabilidad especial que ella tenga hacia el niño, sino parte clarísima de un deber común que todos tenemos hacia el prójimo"[18].

La crítica de Finnis parte del supuesto de que el aborto no puede ser justificado jurídicamente porque va en contra de uno de los bienes básicos que en su opinión no pueden dejar de ser reconocidos y protegidos por cualquier orden jurídico que se precie de tal.

> "...Las consecuencias globales, previsibles, de una acción no ofrecen suficiente base para tomar una decisión que no puede verse más que como una elección contra un valor básico (aunque ese valor básico que se espera se consiga finalmente en las consecuencias), ya que no se puede valorar esas conse-

[15] Op. cit. nota 4, pág. 109.
[16] Op. cit. nota 4, pág.113.
[17] Op. cit. nota 4, pág. 114.
[18] Op. cit. nota 4, pág. 116.

> cuencias de forma suficientemente razonable y definitiva para ser la medida decisiva de nuestra reacción ante los valores humanos, mientras que una elección directa que vaya verdaderamente contra un bien básico proporciona, por el contrario, su propia valoración definitiva"[19].

Las palabras de Finnis muestran como en el tema en estudio, la doctrina consecuencialista a la cual Jarvis Thomson pareciera adherir resulta particularmente criticable. Porque el atentado directo contra un bien básico resulta contundente e indefectiblemente calificable como negativo, independientemente de sus consecuencias.

El hecho insoslayable de que los abortos clandestinos provocan en muchos casos la muerte de la mujer por falta de asepsia, resulta ser quizás el argumento más frecuentemente aludido por las posturas abortistas. Pero tales formas de pensar soslayan el valor de la vida del no nacido, creando de esa manera una jerarquía de valores entre las vidas en juego; sin proponérselo, caen en una discriminación tan aberrante como la que critican, porque dicen que con el aborto ilegal mueren mujeres pobres que no pueden pagar por clínicas costosas que trabajan en la clandestinidad. Sin embargo, no mencionan que en el aborto, sea legal o ilegal, lo que seguro sucede es que quien muere es el nasciturus. En otras palabras: con el aborto ilegal la vida de la mujer corre mayor riesgo de muerte; pero independientemente de su legalidad o ilegalidad quien indefectiblemente muere es el nasciturus. Así las cosas, la relación más clara del aborto con la muerte no se da en la madre, sino en el niño por nacer.

Volviendo al tema de la prioridad sobre el cuerpo, se dijo que tanto la madre como el niño la tienen, de manera que no podría ser usada como parámetro de justificación.

"...El niño, como su madre, tiene una «justa prioridad sobre su cuerpo» y el aborto significa poner las manos encima de, manipular, ese cuerpo. Y aquí tenemos, tal vez, la razón decisiva de que el aborto no se pueda asimilar al terreno de los problemas del

[19] Op. cit. nota 4, pág. 121.

samaritano y de que la localización que Thomson hace de ellos en ese caso sea una mera originalidad"[20]. Se refiere Finnis a las menciones que como estándares de comportamiento Thomson propone aludiendo a la figura bíblica del buen samaritano a las que agrega el espléndido samaritano y el samaritano mínimamente decente. Para ella sólo sería moralmente exigible para la mujer éste último.

En otro ingenioso ejemplo, la Prof. Thomson asemeja el feto no deseado a un ladrón que permanece en una casa ajena sin permiso de su dueño. Finnis responde que –a diferencia del ladrón que permanece en una casa ajena a la que entró sin permiso– el niño no rompe ningún deber al estar dentro de su madre. Thomson no ofrece ningún argumento en favor de que el niño rompa un deber al estar presente (aunque sus contra ejemplos indican que lo supone tácitamente)[21]. El niño no entró voluntariamente al cuerpo de la madre, como sí lo hizo el ladrón en el hogar ajeno. Por ello el ejemplo no resulta acertado.

Estimamos que, como advierte Finnis, Thomson no argumenta contra esta última afirmación no porque lo haya obviado, sino porque tendría que admitir que, en torno a ella sus conceptos de derecho y responsabilidad son contradictorios: el niño por nacer surge y se desarrolla naturalmente en el cuerpo de su madre; a diferencia del caso del ladrón, no existe voluntad de violentar ningún bien ajeno.

V. Nuestro punto de vista

V.1. Planteo del problema

Dice Finnis "Creo que aquellos a quienes Aristóteles llama sabios pueden tener opiniones claras sobre la mayoría de los problemas de aborto, opiniones que no coincidirán con las de Thomson"[22].

[20] Op. cit. nota 4, pág. 137.
[21] Op. cit. nota 4, pág. 138.
[22] Op. cit. nota 4, pág. 140.

La intuición finnisiana expone que cualquier persona común sin formación académica de ningún tipo tiene formado un claro concepto del supremo valor de la vida.

En nuestra opinión efectuar un análisis del aborto, tomando como punto de partida la determinación de un momento hasta el cual se pueda abortar lícitamente sería un error. En eso existe coincidencia incluso con Jarvis Thomson. Pero también resulta un error, establecer la condición de permanencia o no del feto en el útero de la madre en la exclusiva voluntad de ésta.

Si admitimos como cierto, y Jarvis Thomson lo hace, que existe vida desde el momento mismo de la concepción, no hay razones para elegir entre la vida de la madre y la del niño. No por lo menos que dependan de la voluntad de la madre que es quien puede actuar sobre el cuerpo y la vida del no nacido.

V.2. No se trata de un conflicto de derechos

Afirmamos categóricamente que no se trata de un conflicto de derechos. No se trata de elegir, como afirman varias corrientes favorables a la completa despenalización del aborto, entre los derechos de la madre y los del niño. Porque si bien podemos tener por cierto que sobre el cuerpo de la madre decide ella, podemos válidamente preguntarnos ¿sobre el cuerpo del pequeño ser que alberga en su vientre quién decide? La única forma de eludir esta respuesta es quitándole entidad al feto, sacándolo de su lugar de titular de derechos o poniéndolo en una especie de categoría subhumana. Y tal aserto es no sólo carente de sustento científico sino fundamentalmente arbitrario y por ende antijurídico. El hecho de que sea precisamente la madre quien deba decidir por la vida de su hijo es el hecho generador de la responsabilidad que Thomson niega.

Enseña Jacques Maritain que "el hombre es un individuo que se sostiene a sí mismo por la inteligencia y la voluntad; no existe solamente de una manera física; hay en él una existencia más rica y más elevada, sobre existe espiritualmente en conocimiento y en amor... es un universo en sí mismo..."[23].

[23] MARITAIN, Jaques, Los Derechos del Hombre y la Ley Natural, Bi-

Con esta cita, cuyas palabras nos parecen de una notable inspiración, queremos expresar lo majestuoso de la hominidad y el respeto que le es debido. Estimamos que el debate sobre el aborto debería asumirse siempre desde el valor ineludible que tienen las dos vidas en juego. De otra forma resulta parcial y por lo tanto injusta.

V.3. No se trata de derechos disponibles

Afirmamos también la ilegitimidad del aborto porque la mujer no puede válidamente disponer de una vida que le es ajena.

Los ejemplos aludidos por Jarvis Thomson, como bien lo demuestra Finnis, en poco la ayudan. Porque la vida del feto es una vida diferente de la madre. Es la vida de un ser que no pidió venir a la existencia. Y que, por circunstancias naturales, es decir simplemente porque es así y no de otra forma, anida en su inicio en el cuerpo de otro ser.

Pero tal vínculo, que Jarvis Thomson pareciera tratar como un contrato cuando dice que tiene derecho a expulsarlo si él entró sin consentimiento, no tiene naturaleza contractual. Ni mucho menos unilateral, por lo que no se trata de un derecho libremente disponible por la madre. El argumento esgrimido nos resulta vinculado con el propuesto por Ferrajoli, quien afirma que la voluntad de la madre tiene carácter performativo de la vida del hijo con estas palabras "...un derecho-poder de generar, es decir, de pensar y querer al embrión como persona, que es un poder por así decirlo constituyente, creativo de la personalidad del nasciturus no menos que de su cuerpo, expresión de una potencia natural inherente únicamente a la diferencia femenina"[24]. Tal temperamento confunde dos cosas bien distintas: la condición de humanidad con la existencia propiamente dicha. Afirmar que la condición de humani-

blioteca Nueva, Colección Orfeo, 1956, pág. 12.

[24] Tal su afirmación en la Jornada académica llevada a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 19 de abril de 2018. El desarrollo de su postura puede leerse en FERRAJOLI, Luigi, Principia Iuris, Tomo 2. Teoría de la Democracia, Madrid, Trotta, 2007, pág. 230 y subs.

dad del feto depende de la voluntad performativa de la madre, sería tanto como afirmarlo respecto de la que posee la víctima de un atraco a mano armada; lo que depende de la madre en un caso y del atracador en el otro, no es la condición de humanidad del no nacido y de la víctima respectivamente, sino la existencia misma. Así las cosas, si logramos establecer esa diferencia se aclara la cuestión: la voluntad no otorga la condición de hominidad al nasciturus, pero sí su mantenimiento con vida. Si lo aborta, lo mata, le quita la vida a un ser cuya condición de humanidad ya existía independientemente de cualquier acto de la madre.

V.4. El aborto es un asesinato agravado

No obstante la diferente tipificación que el aborto tiene respecto del homicidio –hecho que agudamente puntualiza Roberto Saba[25]– entendemos, a diferencia de él, que el aborto es un asesinato liso y llano porque existe persona desde el momento mismo de la concepción. De tal forma constituye, en palabras de Finnis, un atentado grave contra uno de los bienes humanos básicos. La fijación de cualquier otro momento para determinar tal inicio de la condición de humanidad se ha establecido como arbitraria a la luz de los avances científicos en la materia.

Además, sostenemos que es un asesinato agravado por dos razones que estimamos ostensibles.

La primera es el vínculo. La propia madre es la que pone fin a la vida de su hijo, se desprende de él como lo hace con cualquier otra cosa que le molesta.

La segunda es el estado de indefensión de la víctima. El niño, que permanece arropado en el tibio seno de su madre nutriéndose de su savia, no espera de ella más que protección. No puede hacer nada más que esperar a crecer para salir a la vida extrauterina al momento oportuno. Y sin embargo ese momento no llegará.

[25] SABA, Roberto, El aborto y la Constitución, Buenos Aires, Diario Clarín, 29/05/2018, pág. 29.

VI. Conclusión

El aborto no puede ser el contenido de un derecho por ir contra un bien básico digno de protección.

La corta exposición efectuada permite concluir que el aborto es un hecho indefendible. No se trata de un derecho de la madre en virtud de atentar contra uno de los bienes humanos básicos. No se trata del ejercicio de una porción de libertad, de un acto de disposición sobre el propio cuerpo porque en dicho acto se involucra el cuerpo de otro ser. No se trata de rechazar invasiones de espacios para las cuales no se ha dado permiso dado que el nasciturus no ha invadido voluntariamente espacio alguno. No se trata de suprimir un derecho de inferior jerarquía por otro de una superior dado que ambos seres poseen igual dignidad y por lo tanto igual derecho sobre su integridad física.

Se trata simplemente de un acto criminal, de un acto injusto, cuya antijuridicidad no cambiaría en caso de ser despenalizada su práctica, lo cual no solo no implicaría un avance en materia de derechos sino por el contrario, un evidente retroceso.

Una humanidad que desconozca su radical finitud y su necesidad de humanizarse continuamente es una humanidad que no llegará a buen rumbo.

Una humanidad que siga buscando justificativos para el aborto, será una humanidad que el día que los encuentre, habrá encontrado el punto de partida que lo lleva a su destrucción definitiva.

La obligación alimentaria de los abuelos en el Código Civil y Comercial

Por Abg. Esteban De la Torre

I. Obligación alimentaria. Concepto. Naturaleza

La obligación alimentaria consiste en el deber del alimentante de suministrar los medios de subsistencia a quienes estén necesitados de ellos, los alimentados o alimentistas. Esta prestación alimentaria comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica correspondiente a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante, y para el caso de ser menor de edad comprende también lo necesario para la educación (art. 541, CCyCN). Obviamente, aunque la norma no lo mencione en forma expresa, el deber bajo comentario comprende la alimentación propiamente dicha del alimentista.

La norma legal citada, si bien está ubicada en el Capítulo 2, Título IV, del Libro II del Código Civil y Comercial, dedicado a los "deberes y derechos de los parientes", es de aplicación general para las demás obligaciones alimentarias, en cuanto sean compatibles, conforme disposición expresa de los arts. 432 y 670 del CCyCN. Pero la extensión de esa obligación difiere según sea que la ley la imponga como consecuencia del matrimonio (art. 432, sgtes. y conc., CCyCN), de la responsabilidad parental (art. 658, sgtes. y conc., CCyCN) o del parentesco (art. 537, sgtes. y conc., CCyCN). El art. 541 fija la base de lo que debe quedar comprendido en toda obligación alimentaria, puesto que en materia de alimentos entre cónyuges rigen específicamente los arts. 433 y 434 del CCyCN, el que impone una obligación alimentaria más amplia, al igual que la obligación alimentaria de los padres para con sus hijos menores de edad, la que no se limita a las "necesidades concretas" de sus hijos alimentados, sino que la misma debe graduarse conforme la condición económica y sociocultural del grupo familiar del cual el menor forma parte.

El deber alimentario surge de la ley; es ésta la causa fuente de su imposición. Pero el sustento fáctico o motivo de existencia de esta relación asistencial es el deber moral y de solidaridad que tienen los integrantes del grupo familiar.

II. Los distintos tipos de obligación alimentaria y su regulación legal

Como ha tenido la oportunidad de desarrollar[1], el Código Civil y Comercial distingue tres tipos de obligaciones alimentarias, a las cuales les da regulaciones legales diferenciadas. La diferenciación señalada obedece a los distintos vínculos jurídico-familiares comprendidos, y se aprecia en cuanto al momento del nacimiento de la obligación alimentaria, a los requisitos de procedencia, a sus extensiones o alcances, etc.

Me refiero concretamente a: a) la obligación alimentaria de los cónyuges entre sí, cuyo régimen legal está dado por el estatuto personal del matrimonio (arts. 432, 433 y 434, CCyCN); b) la obligación alimentaria de los padres para con sus hijos de hasta veintiún años de edad, la cual se encuentra determinada por el régimen de Responsabilidad Parental (arts. 658, sgtes. y conc., CCyCN); y, por último, c) la obligación alimentaria de los parientes entre sí (arts. 537, sgtes. y conc., Cód. Civ.).

En lo atinente a la obligación alimentaria de los progenitores, el art. 658 dispone que ambos "...tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos". Se comprende en este apartado, por ende, la obligación alimentaria de los progenitores para con sus hijos hasta la edad de 21 años[2], aquellos alcanzados por el régimen imperativo de Responsabilidad Parental. Respecto de los hijos mayores de edad que no se capaciten, el deber alimentario de sus padres para con ellos queda comprendido por la que he denominado "obligación alimentaria entre parientes". Esta obligación bajo examen deriva, a diferencia de la obligación alimentaria entre parientes, de los deberes que impone la Responsabilidad Parental[3]. Basta ser padre o

[1] DE LA TORRE, Esteban S., La obligación alimentaria de los abuelos, en Revista del Foro de Abogados, www.f oroabogad ossanjuan. org.ar/Revi sta_jun io03.htm.

[2] Actualmente hasta los 25 años en caso de que se encuentren cursando estudios y ello le impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse, conforme art. 663 del CcyCN.

[3] BELLUSCIO, Augusto C., Manual de Derecho de Familia, Depalma,

madre para que la obligación exista, no siendo requisito alguno de procedencia del deber alimentario la prueba de las necesidades de los menores, ya que éste se impone a los progenitores como contenido de la Responsabilidad Parental[4]. Es por ello que nace desde el mismo momento de la concepción (art. 19, CCyCN). La prueba de estas necesidades será relevante solamente a los fines de la cuantificación de la cuota.

No obstante lo afirmado, el deber alimentario se mantiene aún ante la circunstancia de la privación o suspensión de la responsabilidad parental, tal cual lo dispone el art. 704 del CCyCN, en idéntica disposición a la del Código derogado. Esto nos hace pensar que en realidad la causa de la obligación alimentaria de los padres deviene del hecho de la "filiación" más que de la Responsabilidad Parental.

Si la pauta a tener en cuenta a los fines de cuantificar el deber alimentario es la "condición y fortuna de los progenitores" (art. 658, CCyCN), el alcance o extensión en cuanto a los rubros alimentarios a cubrir por la pensión es el máximo establecido por la ley, superando cuantitativamente la pauta del art. 541 que rige estrictamente la obligación alimentaria entre parientes, para lo cual se tiene en consideración la "condición del que la recibe".

III. La obligación alimentaria entre parientes

Habiendo hecho una introducción muy general en cuanto al derecho alimentario y su diferenciación en tres tipos, se desarrolla ahora con más detenimiento la obligación de los abuelos, que es el tema propuesto, la que se encuentra comprendida dentro del deber alimentario nacido del parentesco.

1995, t. 2, pág. 307; BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, 1995, pág. 181.

[4] Conf.: BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, 1995, pág. 199; CNCiv., Sala F, 23/3/81, LL 1981-C-116.

III.1. Causa de la obligación

Como se ha expuesto en apartado anterior, esta obligación alimentaria encuentra sustento en la existencia del deber moral de solidaridad entre los miembros del grupo familiar más próximos. En virtud de ello, a través del instituto del parentesco se ha establecido en qué casos y bajo qué condiciones, ciertos y determinados parientes se deben alimentos en forma recíproca.

Es fundamental advertir desde ya que esta obligación es de "carácter subsidiario" de los otros dos tipos comentados anteriormente, prevista sólo para el caso de que los obligados principales y directos al pago no existan o no puedan atender los requerimientos alimentarios del alimentado. Obviamente, la obligación de un progenitor para con su hijo menor de edad es directa y principal en relación a la de otro pariente, el que será sólo un obligado en subsidio. Lo mismo sucede con los cónyuges entre sí, ya que, si bien no hay norma que expresamente resuelva el orden de prelación cuando existen parientes y cónyuge del alimentado, es posible afirmar, como principio, que la obligación de éste prevalecerá por sobre la de aquellos[5], debido al compromiso que asumieron los esposos al momento de contraer matrimonio respecto de compartir la vida común, asistiéndose en lo material y espiritual, tal cual lo disponen los arts. 431 y 432 del nuevo Código Civil y Comercial. Es decir que la subsidiariedad del régimen de los arts. 537 y siguientes relativo a los parientes deriva principalmente de la especificidad de las normas que regulan la materia alimentaría en el Código respecto del matrimonio y de la Responsabilidad Parental.

Por ello, a los fines de encontrar el obligado al pago de una pensión alimentaria, debe enfocarse el problema desde la óptica de la persona alimentada. De quien esté unido en matrimonio, el obligado principal y directo al pago será su cónyuge, y ello aún estando divorciados si concurran los requisitos del art. 434; de una persona menor de 21 años, los obligados principales y directos serán sus progenitores.

[5] CORDOBA, Marcos M. – SOLARI, Néstor E., Nuevas normas legales que rigen la materia alimentaria, LL 1990-B-1189; CNCiv., Sala B, 3/12/69, LL 139-816.

III.2. Parientes obligados. Orden de prelación

Los parientes que por virtud de la ley tienen el deber recíproco de prestarse alimentos son, dentro del parentesco por consanguinidad, los ascendientes y descendientes –línea recta–, sin limitación de grado, y los hermanos y medio hermanos –línea colateral– (art. 537, CCyCN). Mientras que entre los parientes por afinidad sólo se deben alimentos aquellos que estén vinculados en primer grado (art. 538, CCyCN).

En lo referente al orden de prelación, en primer término se encuentran obligados recíprocamente los "ascendientes" y "descendientes", estando entre ellos obligados preferentemente los más próximos en grado (art. 537, inc. a, CCyCN), y a igualdad de grados los que estén en mejores condiciones económicas para proporcionarlos . En segundo término, esto es a falta de los primeros, se deben alimentos los hermanos bilaterales y unilaterales (art. 537, inc. b, CCyCN), que son parientes colaterales, prevaleciendo entre estos los primeros sobre los segundos, ya que el doble vínculo parental tiene repercusión, en su beneficio, en materia sucesoria (art. 2440, CCyCN)[6]. Es así que, brindando un ejemplo, para el caso de que el alimentista o alimentado mayor de edad tenga a su vez padre y abuelos, obligado al pago será sólo el primero, pues es el de grado más próximo. Para el caso de un alimentista que tenga más de un hijo, entre estos, obligado al pago será el que se encuentre en mejores condiciones económicas, sin perjuicio de que a condiciones económicas similares o sin diferencias de importancia, lo razonable será la contribución de todos en proporción a sus posibilidades.

En cuanto a los parientes "afines", que son obligados en tercer término y a falta de los dos anteriores, la norma del art. 538 dispone que únicamente se deben alimentos aquellos vinculados en primer grado, siendo aplicable la parte pertinente del artículo anterior en cuanto a que a igualdad de grados prevalece la obligación de los que estén en mejores condiciones económicas. Conforme

[6] BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, 1995, pág. 248.

la norma, además del suegro y la suegra respecto de su yerno o nuera, también existirá obligación alimentaria recíproca entre padrastro o madrastra y el hijastro o hijastra, sin interesar que sean matrimoniales o extramatrimoniales[7]. Cabe poner de resalto que el parentesco por afinidad no se extingue como consecuencia de la disolución matrimonial, sea ésta por la causal que fuera (arg. art. 403, inc. d, CCyCN)[8], lo cual implica la subsistencia de la relación alimentaria aún después de disuelto el vínculo matrimonial que le dio origen a este tipo de parentesco, salvo, claro está, que el cónyuge divorciado o viudo contraiga nuevas nupcias con otra persona (arg. art. 434, in fine, CCyCN).

III.3. Requisitos de procedencia. Nacimiento de la obligación

Como consecuencia del carácter subsidiario de este tipo de obligación, debe tenerse en cuenta que el deber alimentario de los "parientes", en contraposición al de los "progenitores" respecto de sus hijos menores de 21 años de edad, y a los "cónyuges" entre sí, no nace y se torna exigible en forma automática por el sólo hecho del parentesco. Hay requisitos consagrados por la ley que deben cumplirse ineludiblemente como para atribuir a un pariente determinado una obligación alimentaria. Estos requisitos responden a básicos principios generales del derecho los que, a su vez, reconocen sólidos fundamentos morales, de solidaridad y de buena fe.

El sólo hecho de estar unido en matrimonio genera la obligación recíproca de prestarse asistencia. El sólo hecho de ser padre o progenitor implica la existencia de una obligación alimentaria para con los hijos menores de edad. El vínculo filial es suficiente para el nacimiento de la deuda de alimentos de los padres y el crédito correlativo en cabeza de la prole, sin perjuicio de su justa graduación a las condiciones económicas y socioculturales del grupo familiar. En el caso de los demás parientes ello no sucede, no se

[7] ZANNONI, Eduardo A., Tratado de Derecho Civil – Derecho de familia, Astrea, 1998, t. 1, pág. 124.

[8] ZANNONI, Eduardo A., Tratado de Derecho Civil – Derecho de familia, Astrea, 1998, t. 1, pág. 108; BUSSO, Eduardo B., Código Civil anotado, Ediar, 1946, t. II, pág. 880, nº 13.

da de esa manera; éstos no son obligados al pago de nada, no son deudores alimentarios; no tienen, en definitiva, el carácter de alimentantes por el sólo hecho de ser parientes. Esto que afirmamos implica que, a priori, los parientes entre sí son solamente eventuales sujetos pasivos y activos de la obligación alimentaria.

Concretamente y a los efectos del "nacimiento" –existencia– de la obligación alimentaria en cabeza de estos últimos, la ley civil exige tres requisitos en forma simultánea: 1) La ausencia de algún obligado principal o directo al pago de esos alimentos, sea por inexistencia de los mismos o por imposibilidad económica (arts. 432/3/4, 658, sgtes. y conc., CCyCN), para lo cual juega el orden de prelación referido en el art. 537 del CCyCN; 2) Que quien reclama alimentos tenga actualmente necesidades alimentarias desatendidas, o –según la ley– que pruebe "que le faltan los medios económicos suficientes y la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo" (art. 545, CcyCN)[9]; 3) Un último requisito exigido por el art. 541, CCyCN, consistente en la posibilidad económica del alimentante, es decir, que disponga de medios que superen la atención de las propias necesidades elementales, ya que nadie puede estar jurídicamente obligado a desatender sus necesidades básicas para cubrir las de sus prójimos[10]. No se trata de exigir, para la procedencia del reclamo, que en nada afecte al pariente demandado satisfacer las necesidades del alimentado; pero tampoco esa afección puede llegar a incidir en el desarrollo de la vida de aquel, imponiéndole privaciones.[11]

---

[9] "No es un eximente de la obligación alimentaria la mera invocación de la insuficiencia de los recursos del alimentante, pues a él le corresponde arbitrar los medios conducentes a la satisfacción de los deberes adquiridos al engendrar la prole, por lo que se encuentra constreñido a trabajar a fin de procurar lo necesario para sus hijos" (CNCiv., Sala C, LL 1983-B-512).

[10] MAZZINGHI, Jorge A., Derecho de familia, Abaco, 1999, t. 4, pág. 628; BELLUSCIO, Augusto C., Manual de derecho de familia, Depalma, 1995, t. II, pág. 408. Conf.: CNCiv, Sala J, 19/2/99, JA 2000-I-29. "La solidaridad familiar entre los parientes no puede poner en riesgo la subsistencia física del propio alimentante, más cuando es obvio que éste, por su edad, no puede procurarse por sí mismo ningún ingreso" (CNCiv., Sala I, 8/4/97, "R., M. S. y otro c/F. de K. L. y otro").

[11] BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea,

Todo lo hasta aquí sostenido resulta coincidente con la doctrina de la Corte de Justicia de la Nación y la doctrina especializada[12].

El segundo de los requisitos aquí señalados, esto es la prueba de la existencia de necesidades desatendidas del alimentado, además de la subsidiariedad ya referida, es lo que marca la gran diferencia con el régimen alimentario nacido del matrimonio y de la responsabilidad parental. En estos dos últimos no es requisito alguno de existencia de la obligación alimentaria la prueba de las necesidades de quien reclama su satisfacción, puesto que ellas se presumen, se verifican in re ipsa, teniendo tanto el cónyuge alimentado como los hijos menores de 21 años derecho a acceder al nivel de vida económico y socio cultural del grupo familiar. Es la prueba de estas necesidades y del nivel de vida mantenido por la familia lo que determinará la cuantificación de la cuota debida, mas no será requisito de existencia de la obligación, tal cual funciona respecto a los demás parientes comprendidos en los arts. 537 y 538 del Código Civil y Comercial.

Parece obvio decirlo, entonces, que si alguno de los requisitos o condiciones aquí explicitadas estuviera ausente, no nace en cabeza de los parientes obligados en forma subsidiaria deber alimentario alguno, debiendo, en consecuencia, rechazarse el reclamo en su contra.

Las cuestiones procesales a que esto puede dar lugar serán analizadas seguidamente.

III.4. Extensión de la obligación

Conforme la subsidiariedad del régimen alimentario nacido del parentesco, se verifica aquí otra diferencia sustancial con el régimen alimentario nacido del matrimonio y la responsabilidad parental, cuyos deudores son –dijimos– obligados directos y principales. Resulta ser que en el caso de los dos últimos, la amplitud de la prestación asistencial debida es la máxima exigida por la ley.

1995, pág. 276.

[12] Conf.: JAUREGUI, Rodolfo G., La Corte Suprema de Justicia de la Nación. La cuestión federal y la obligación alimentaria de los abuelos, La Ley 2006- E-367.

Los cónyuges entre sí, debido a la libre elección de contraer matrimonio y a la sumisión voluntaria a las normas que lo regulan, tienen derecho a exigirse recíprocamente el acceso a un mismo nivel de vida. En este sentido se ha dicho que "esa unión entrañable, profunda y total de vida supone también que los esposos se hagan mutuamente partícipes en la respectiva posición social económica, con lo que se logra, en este aspecto, que se nivelen las condiciones económicas de vida de los cónyuges. Cualesquiera que sean sus propias realidades patrimoniales, la comunidad de existencias precisa que ambos gocen de un mismo género de vida. Por ende no se podrá aplicar en este ámbito la normativa de la obligación alimentaria entre parientes, respecto de la cual la ley, al reglar el contenido y la cuantía de la prestación, dice que debe adecuarse 'a la condición del que recibe' (art. 372, Cód. Civ.)"[13].

Algo similar sucede en cuanto a la obligación de los progenitores para con sus hijos menores de 21 años de edad. Estos tienen derecho a gozar del nivel económico de vida del grupo familiar, por lo que la prestación exigible no se agota en la satisfacción de sus necesidades elementales. De esto deriva que los progenitores deban realizar todos los esfuerzos que sean necesarios, realizando trabajos productivos[14], sin que puedan excusarse de cumplir con su obligación alimentaria invocando falta de trabajo o de ingresos suficientes, cuando ello no se debe a imposibilidades o dificultades prácticamente insalvables[15].

En el caso de los parientes, entre los cuales se encuentran los abuelos, el deber de solidaridad familiar, al no derivar del ejercicio de la responsabilidad parental ni del vínculo matrimonial, reconoce un límite mayor, "…ya que no puede avanzar sobre el modo de vida, los hábitos y, en definitiva, la libertad individual en la elec-

[13] FANZOLATO, Eduardo I., Alimentos y reparaciones en la separación y el divorcio, Depalma, 1993, pág. 7/8.

[14] CNCiv., Sala A, 17/5/88, R. 36.161; CNCiv., Sala D, 4/6/84, RepED 20-A-184; CNCiv., Sala F, 11/4/84, R. 25.469.

[15] BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, 1995, pág. 207; CNCiv., Sala A 19/11/87, R. 32.695; CNCiv., Sala C, 3/12/86, ED 122/447; CNCiv., Sala E, 20/3/85, R. 9.491; CNCiv., Sala F, 25/11/83, LL 1984-B-114.

ción de actividades con que cuenta el pariente a quien se reclama alimentos"[16]. Así lo dispone la misma ley al decir que "la prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica correspondiente a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante" (art. 541, CcyCN).

Como podrá advertirse, la graduación cuántica de la prestación exigible tiene como límite máximo la condición de quien la recibe, sin que sea legítimo exigir una prestación superior a ese parámetro legal si la condición económica de quien la presta fuera superior. El pariente alimentado no tiene el derecho a acceder al nivel de vida del alimentante, debiendo conformarse con la satisfacción de sus necesidades elementales.

IV. La obligación alimentaria de los abuelos

Los abuelos, como parientes consanguíneos en grado ascendente que son de sus nietos, están comprendidos en el régimen alimentario de los arts. 537 y siguientes, por lo que le son aplicables los mismos lineamientos hasta aquí desarrollados. Por ende y como principio general, puede afirmarse, sin duda alguna, que son excluidos en la relación asistencial por los deudores alimentarios directos o principales: los progenitores del menor alimentado[17].

Pero existe un aspecto de importancia a ser tratado en este acápite, en el cual se hará hincapié, y que consiste en determinar las condiciones en las cuales los abuelos estarán alcanzados por el deber alimentario para con sus nietos estando vivos los progeni-

[16] BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, 1995, pág. 277.

[17] "El artículo 367 del Código Civil establece el orden de los parientes obligados al pago de alimentos, y la jurisprudencia y doctrina han interpretado que es sucesivo o subsidiario y no simultáneo. Por ello, la obligación de los abuelos respecto de los nietos tiene esa condición y se debe justificar la insuficiencia de recursos de los padres o bien la imposibilidad de suministrarlos, para poder reclamarlos" (CNCiv., Sala E, 29/8/91, R. 90.970).

tores de éstos últimos. En relación a ello, deberá analizarse también, para el caso de existir cuatro abuelos (supuestos de filiación de doble vínculo), y a los fines de determinar cuál de ellos será el obligado, el hecho de que sólo uno de los progenitores esté en condiciones de cumplir con el débito alimentario. El interrogante a contestar es el siguiente: ¿Si uno de los progenitores es quien no se encuentra en condiciones de cumplir con su obligación, serán necesariamente los padres de éste quienes deban suplirlo? Nos apresuramos a contestar que no. No es este el régimen legal imperante.

En primer lugar, debe dejarse sentado que la subsidiariedad de la obligación de los abuelos no impide que, en determinadas circunstancias, ésta pueda concurrir con la de los progenitores. Esto podría acontecer si los progenitores estuvieran imposibilitados económicamente de dar satisfacción íntegra a las necesidades esenciales o ineludibles de sus hijos, siendo legítimo exigir de sus abuelos, para el caso de ellos estar en condiciones, la complementación de la porción insatisfecha de esas elementales necesidades. Es decir, que la concurrencia es hasta el límite de la extensión de la obligación alimentaria de los abuelos, tal cual se dio cuenta en el apartado "III.4)" de este trabajo.

En segundo lugar, y comenzando a esbozar la respuesta al interrogante planteado en este apartado, si se ha sostenido que los parientes son obligados al pago sólo en forma subsidiaria, ello implica, lisa y llanamente, que los abuelos no son legalmente los "garantes" de la responsabilidad de sus propio hijos o hijas. Ante el incumplimiento de "uno" de los progenitores, por cualquier motivo que sea, no nace automáticamente la obligación alimentaria de los abuelos. Ello así porque existe el "otro" de los progenitores que es también un obligado alimentario directo y principal conforme el régimen legal de orden público como lo es la "responsabilidad parental", que excluye o impide que pueda demandarse alimentos a cualquier obligado subsidiario sin primero haber agotado las posibilidades de los obligados directos. Sólo ante la ausencia de los progenitores o la imposibilidad real y demostrada de ambos para la atención de las necesidades elementales de sus hijos,

nacerá como consecuencia extraordinaria y excepcional el deber alimentario de algún otro pariente no obligado en forma directa a la manutención del menor que no ha engendrado. Y esto último sólo por razones de solidaridad.

Los abuelos responden por "derecho propio" (rectius: por obligación propia) y no en representación de sus hijos. El deber asistencial de los abuelos es independiente del deber de sus hijos y progenitores del nieto alimentado. Sólo nace su obligación alimentaria cuando se hacen presentes todos los requisitos legales antes apuntados y no como una consecuencia automática del incumplimiento de uno de los progenitores[18].

A mayor abundamiento, queremos significar con esto, y haciendo un estricto análisis del régimen legal imperante, que los abuelos no son responsable solidarios con sus hijos por las responsabilidades paterno-filiares contraídas por éstos últimos al emplazarse legalmente como tales[19]. No están en juego principios algunos de los que rigen en materia de responsabilidad civil, lo que impide condenar ligeramente a una persona por deudas ajenas.

Si existen necesidades alimentarias de los hijos, es responsabilidad de ambos progenitores atenderlas. Ni siquiera están obligados los abuelos a completar la porción de la cuota desatendida por su hijo si el otro de los progenitores tiene la posibilidad, y efectivamente así lo hace, de atender íntegramente las necesidades alimentarias esenciales. En este sentido la jurisprudencia ha dicho que en cuanto a los ascendientes y descendientes, la norma dispone que "estarán obligados preferentemente los más próximos en grado", lo que implica, por ejemplo, que el abuelo puede rechazar el reclamo, en tanto uno de los progenitores del reclamante se halla en condiciones de prestar alimentos[20].

---

[18] Conf.: MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Visión jurisprudencial de los alimentos, Rubinzal-Culzoni, 2000, págs. 246-247.

[19] Ello así cualquiera sea la fuente u origen de la filiación: por naturaleza, por adopción o por voluntad procreacional, conforme surge del art. 558, segundo párrafo, del CCyCN.

[20] CNCiv., Sala A, 18/488, R. 35.639; CNCiv., Sala C, 17/11/88, R. 38.997. Conf.: DUTTO, Ricardo J., Juicio por incumplimiento alimentario y sus

De manera que siendo el progenitor una persona joven, o con posibilidades de realizar tareas remuneradas, sin que se demuestren dificultades concretas que obsten seriamente a ello, aunque no posea bienes, no es posible acceder al reclamo contra los abuelos, aunque sólo sea de coparticipación en los alimentos, ya que, de otro modo, podría aquel sustraerse de los deberes que la responsabilidad parental le impone, absteniéndose de ejercer tareas remuneradas, trasladando a otros parientes la manutención de su hijo, liberándose así de sus deberes de asistencia familiar, que en caso de no ser atendidos le acarrearían responsabilidades civiles y penales[21].

El progenitor de los menores que reclame judicialmente alimentos al otro debe justificar que éste se ve imposibilitado de cumplir con su deber y, además, la insuficiencia de sus propios recursos o, más propiamente, la imposibilidad de procurárselos, para poder dirigir su reclamo contra los abuelos[22]. Basta que la madre o el padre reclamante no acrediten tal imposibilidad para que se rechace la demanda dirigida contra los abuelos[23].

Ahora bien, existiendo cuatro abuelos obligados en forma subsidiaria al pago de los alimentos de sus nietos, la regla a contemplar a los fines de determinar cuál de ellos será el obligado, es la establecida en el art. 537 in fine el Código Civil y Comercial ya comentado: a igualdad de grados, obligado será aquel que esté en mejores condiciones económicas. La nueva norma se encarga de aclarar que si dos o más de ellos están en condiciones de proporcionar alimentos, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.

Hacemos mención de esto porque en la práctica tribunalicia es común que ante el caso de la imposibilidad de obtener el cumplimiento del deber alimentario por parte del obligado principal,

incidentes, Juris, 2003, pág. 66; BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, 1995, pág. 248.

[21] CNCiv., Sala A, 18/4/88, R. 35.639. Conf.: BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, 1995, pág. 252.

[22] CNCiv., Sala C, 17/11/88, R. 38.997; CNCiv., Sala F, 13/5/87, R. 26.322.

[23] CNCiv., Sala C, 25/6/87, R. 30.023.

el progenitor conviviente con el menor demande directamente a los padres de éste último en su carácter de abuelos de los alimentados. Y es más, hasta se vivencian reclamos en donde una vez condenado un progenitor, ante su incumplimiento se ha llegado a pretender la ejecución de la deuda devengada directamente contra los abuelos.

Esta actitud procesalmente asumida es pasible de defensas de fondo esgrimidas por los abuelos demandados capaces de triunfar por encima de la pretensión alimentaria ejercida en su contra. Ello así por diversos motivos: puede que el progenitor que reclama alimentos para su hijo esté por sí sólo en condiciones económicas de afrontar dichas necesidades, lo que impide el nacimiento de la obligación alimentaria en cabeza de quienes son obligados sólo en forma subsidiaria (los abuelos); puede ser que, ante la imposibilidad de atención por parte de ambos progenitores, los otros abuelos no demandados sean los obligados alimentarios por estar en evidente mejores condiciones económicas o por ser directamente los únicos en condiciones de hacer frente a las necesidades de sus nietos; y por último, porque resulta inviable pretender ejecutar una deuda ajena a quienes no han sido parte en un proceso judicial y, por ende, mucho menos condenados en el mismo[24]. Obviamente, ante una pretensión procesalmente ejercida en estos términos por el progenitor, no cabe más que su rechazo si los abuelos demandados opusieran como defensa la falta de legitimación pasiva.

En conclusión, la persona a ser demanda por alimentos no es discrecionalmente seleccionable; su condición de sujeto pasivo de esta obligación está determinada concretamente por la ley, lineamientos a los que debe darse cumplimiento bajo sanción de rechazo de la pretensión.

Reiteramos: si los progenitores se encuentran con vida, son ellos los que deben dar satisfacción íntegra a las necesidades de sus hijos, siendo exigible que realicen los esfuerzos necesarios para atender a los alimentos de aquellos. Si ello fuera francamente imposible, deberán demandar a aquel de los abuelos que se encuentre

[24] Conf.: BELLUSCIO, Claudio A., Alimentos debidos a los menores de edad, García Alonso, 2007, pág. 308; CNCiv., Sala K, 15/4/99, LL 2000-C-888 (42,607-S).

en mejores condiciones económicas y sólo hasta el importe que cubra las necesidades elementales.

V. Aspectos procesales

Nos limitamos a dar algunos lineamientos generales, y solamente referidos al juicio de alimentos en contra de los abuelos del alimentista.

V.1. Procedimiento

Es cierto que en algunas oportunidades a la demanda de alimentos promovida contra los abuelos por alguno de los progenitores del menor alimentado, conforme su representación legal, se le ha dado el trámite de un "incidente" del proceso principal. El proceso principal puede haber sido el juicio de divorcio entre los progenitores del menor alimentado, o directamente un juicio de alimentos iniciado por uno de ellos contra del otro. No obstante, entendemos que el procedimiento especialmente previsto para cualquier reclamo de tipo alimentario es el denominado "juicio de alimentos", reglado por los Códigos de Procedimientos provinciales.

Ahora bien, más allá del tipo de procedimiento a seguir, desde antaño preocupó a la doctrina y jurisprudencia la circunstancia por demás relevante respecto de si el menor reclamante de alimentos contra los abuelos debía, previamente, tramitar un proceso previo contra el obligado principal al pago, incluso llegando a plantearse el deber de agotar las posibilidades de ejecución antes del comienzo del juicio de alimentos contra los obligados subsidiarios. Dichos planteos, obviamente, eran consecuencia del carácter subsidiario de la obligación de los abuelos.

Como bien lo desarrolla BELLUSCIO[25], a cuyo desarrollo me remito, existieron tres posturas claramente diferenciadas. Así, y sólo a los fines ilustrativos, mientras una primera, haciendo apli-

[25] BELLUSCIO, Claudio A., Alimentos debidos a los menores de edad, García Alonso, 2007, págs. 303/308.

cación estricta del "principio de subsidiariedad", exigía la ineludible promoción previa y autónoma del proceso de alimentos contra el progenitor no conviviente, una segunda y opuesta abolía rectamente la subsidiariedad fundado en el interés superior del menor, concluyendo que los abuelos podían ser demandados en forma autónoma e independiente. Una tercera postura, intermedia o ecléctica, que fue ganando adeptos, sostenía que el reclamo alimentario contra el progenitor y los abuelos podía efectivizarse en el mismo proceso, sin afectar la subsidiariedad.

En la actualidad, y con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial, entiendo que la cuestión ha quedado definitivamente zanjada. Así, el art. 668 dispone: "Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en el que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado".

Esto importa, en nuestra opinión, dar tratamiento expreso a dos cuestiones. Por un lado, asienta definitivamente la subsidiariedad de la obligación de los demás parientes, en el caso los ascendientes, toda vez que debe acreditarse en juicio las dificultades económicas del progenitor. Y por el otro lado, admite tanto la promoción conjunta como autónoma del juicio contra los ascendientes.

En rigor de verdad, puede sostenerse que la subsidiariedad establecida por el Código Civil y Comercial refiere a una cuestión de derecho de fondo, mas esa subsidiariedad no se extiende al aspecto procesal.

La posibilidad de demandar a los abuelos en forma autónoma surge palmaria, además, del "Interés Superior" del menor alimentado sentado como pauta interpretativa básica por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, sin que ello implique dejar de lado la subsidiariedad de la obligación alimentaria, pues una cosa es la posibilidad de instar un proceso autónomo, y una muy distinta es que deba dictarse sentencia acogiendo la demanda si no se ha acreditado en dicho proceso la imposibilidad económica del progenitor obligado en forma principal.

Amén de lo expuesto, el principio de tutela judicial efectiva sentado en la norma del art. 706 del Código Civil y Comercial, coadyuva a la solución legal del mentado art. 668, al imponerle al magistrado admitir la promoción autónoma de la demanda contra los abuelos. Si ello no fuera así, la promoción previa de la demanda de alimentos contra el progenitor implicaría insumir un tiempo que, por breve que sea –lo que la práctica tribunalicia demuestra lo contrario–, importaría diferir en el tiempo la satisfacción de un derecho tan esencial como el alimentario, violentando el principio aludido.

Ello no hace más que cumplir con la disposición del art. 27, ap. 4°, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que establece que "Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimentaria por parte de los padres u otras personas que tengan responsabilidad financiera por el niño...".

En consonancia con lo expuesto, tiene dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "el derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de las personas en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales"[26].

Con respecto a la audiencia preliminar del juicio de alimentos (art. 643, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación), y la severa e injustificada acotación de la intervención del demandado prevista por el art. 639 del mismo cuerpo, debe aclararse que ha recibido la interpretación correctora de la jurisprudencia. La segunda norma mencionada prevé que "en la audiencia preliminar, el demandado, para demostrar la falta de título o derecho de quien pretende los alimentos, así como la situación patrimonial propia o de la parte actora, sólo podrá: 1) Acompañar prueba instrumental y 2) Solicitar informes…".

[26] CIDH, 21-6-2002, "caso Hilarie, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, N° 94, párr. 145, y "Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana", párr. 257.

Pareciera que el artículo comentado no autorizaría al demandado a contestar la demanda, debiendo limitarse a comparecer a la audiencia e intentar probar allí solamente la falta de título o derecho del actor así como la situación patrimonial propia y del reclamante, mediante la prueba documental y la de informes.

Dada la extensión del presente trabajo nos limitaremos a manifestar que una interpretación restrictiva de este tipo implica el cercenamiento ilegítimo del derecho de defensa del demandado, lo que además "repugna al sentido de justicia que el sacrificio impuesto unilateralmente a la indagación de los hechos en el juicio de alimentos arroje ventajas para la actora en cuanto al importe de la cuota, toda vez que el beneficio que a esta parte se deriva de dicho proceder reside, exclusivamente, en la aceleración del trámite"[27]. Por ello, se ha resuelto acertadamente que, no obstante la letra del art. 643, queda admitida una oposición de defensas que significa, en sustancia, contestar la demanda, lo que a los fines de garantizar la celeridad del trámite se deberá efectuar verbalmente o por escrito en la oportunidad de la audiencia del art. 639[28]. Y en esta tesitura, el demandado también podrá ofrecer el medio de prueba que entienda necesario –sin limitarse a la documental y de informes–, salvo la que sea manifiestamente dilatoria, caso en el cual el Juez de la causa deberá rechazarla de oficio.

V.2. La prueba. Objeto y carga de la prueba

Hemos sostenido recién que son admisibles todos los medios de prueba que consienta la naturaleza sumarísima del trámite. El interrogante que debe formularse ahora es el siguiente: ¿qué debe probarse y sobre quien pesa la carga de su prueba?

---

[27] CNCiv., Sala D, 29/4/83, ED 117-302, nº 328.

[28] BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Familia, Perrot, 1973, t. II, nº 1222; ESCRIBANO, Carlos – ESCRIBANO, Raúl E., Indefensión del alimentante, LL 1985-B-938; BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, 1995, pág. 345; CNCiv., Sala B, 24/11/88, R. 39.924; CNCiv., Sala C, 11/10/89, ED 137-269; CNCiv., Sala G, 6/2/85, LL 1985-B-63.

A los efectos de la procedencia del reclamo alimentario en contra de los abuelos, la parte actora debe acreditar, cargando con la responsabilidad de no hacerlo: a) el título en virtud del cual efectúa su reclamo; b) las necesidades del alimentado; c) la imposibilidad de atenderlas con sus recursos y/o con los del alimentado, y que tampoco le es posible procurárselos con su trabajo, para lo cual deberá tomarse en consideración lo manifestado sobre el deber de los progenitores de procurarse los medios para ello (arg. art. 545, CCyCN).[29]

Por su parte, y sin perjuicio de la prueba que pueda acompañar el actor, el abuelo demandado debe acreditar que los recursos del obligado principal son suficientes como para soportar la carga asistencial, excluyendo así su obligación de tipo subsidiaria, como así también acompañar todo el material probatorio relativo a su propia condición económica.

Esta distribución de la carga de la prueba resulta de la nueva norma del art. 710 del Código Civil y Comercial al disponer que "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".

No cabe duda que la norma bajo comentario ha introducido para los procesos de familia la teoría de las cargas dinámicas, como

[29] BELLUSCIO, Claudio A., Alimentos según el nuevo Código Civil, García Alonso, 2015, pág. 79 y sgtes. "Si se reclaman alimentos a los abuelos de un menor cuyos padres viven, debe demostrarse la incapacidad económica de los progenitores, carga probatoria que pesa sobre el reclamante" (CNCiv., Sala H, D. de pág., G. M. c/P., M. N.). Por su parte, ZANNONI ha afirmado correctamente que: "Aunque el pariente que solicita alimentos careciese de medios económicos, si está en condiciones de obtenerlos con su trabajo, no procederá fijar a su favor una cuota alimentaria. Por ello se ha resuelto que debe rechazarse la pretensión de quien no justifica en forma alguna hallarse, por razones de salud u otra cualquiera, impedido para adquirir los medios de subsistencia con su trabajo personal. No bastará invocar la falta de trabajo, sino que habrá de acreditarse la imposibilidad de obtenerlo, sea por impedimentos físicos, por razones de edad o de salud, etcétera", en Derecho Civil. Derecho de familia, Astrea, 1998, t. 1, pág. 118. Conf.: CNCiv., Sala D, 28/12/61, LL 107-981, 8131-S; CCiv.1ªCap, 16/7/36, LL 3-223.

así también la inversión de la carga probatoria[30]. De manera que aquella parte que se encuentre en mejores posibilidades de conocimiento e información (de ingresos, entradas o rentas) o con más posibilidades de suministrar los elementos de juicio conducente, debe brindarlos, a riesgo de que su conducta evasiva o la negativa a proporcionarlos repercuta en la decisión del magistrado[31].

Recientemente la jurisprudencia ha sostenido que: "entablada la discusión sobre la cuantía de la obligación alimentaria, es carga del alimentante brindar una explicación acabada acerca de su capacidad económica y la forma en que sustenta su ritmo de vida…"[32].

V.3. Intervención procesal del demandado

El abuelo demandado en calidad de obligado subsidiario al pago de alimentos de sus nietos puede, al contestar la demanda, interponer todas aquellas defensas contra la pretensión sustancial del actor, como así también las excepciones que entienda procedentes. Obviamente, por la índole del procedimiento alimentario, todas estas deberán ser resueltas con la sentencia, sin que sea viable la interposición de excepciones como de previo y especial pronunciamiento[33].

En cuanto a las defensas susceptibles de ser esgrimidas contra la pretensión de derecho sustancial ejercida por el actor, debe hacerse hincapié en la de falta de legitimación pasiva que podría articularse para el supuesto de que existieran en el caso otros

[30] COLERIO, Juan pág., La conducta en los procesos de familia, en Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y jurisprudencia, Lexis Nexis/ Abeledo Perrot, 2004, nº 28, pág. 52.

[31] MORELLO, Augusto M. y MORELLO de RAMIREZ, María S., La prestación de alimentos desde las perspectiva de la justicia de protección o acompañamiento, JA 1991-II-703/704, citado por BELLUSCIO, Claudio A., Alimentos según el nuevo Código Civil, García Alonso, 2015, págs. 154/5.

[32] Cam. Apel, Sala I CC, Gualeguaychú, Entre Ríos, 24/04/2018, Rubinzal Online; RC J 4504/18.

[33] PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, 1983, t. VI, pág. 539; ARAZI, Roland, Derecho Procesal Civil y Comercial, Rubinzal-Culzoni, 1999, t. II, pág. 331.

parientes de obligación preferente respecto de los abuelos demandados[34]. Esto podría suceder si el o los progenitores que demandaran estuvieran en condiciones de atender por sí solos las necesidades del hijo alimentado o, si ello no aconteciera, los otros abuelos estuvieran en mejores condiciones económicas que el demandado. Para ello el nuevo art. 546 admite la citación a juicio por parte del demandado de todos los demás parientes que estime deban asumir la obligación alimentaria, a los fines de que la sentencia los alcance.

Por último, es también viable la excepción de cosa juzgada para el caso de que se interpusiera un nuevo juicio de alimentos contra los mismos abuelos sin que las circunstancias de hecho tenidas en cuentas por la sentencia que rechazara la primera demanda hayan variado al tiempo de interposición de la segunda. Si bien la materia alimentaria no causa estado, lo que permite la modificación en más o en menos de la cuota fijada o el reclamo de fijación de nuevos alimentos cuando con anterioridad habían sido rechazados, ello no implica que la sentencia dictada en primer juicio no sea susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada. La sentencia recaída en juicio de alimentos no puede ser modificada si se encuentra firme y consentida, ni puede fallarse dos veces sobre lo mismo. Para la modificación de la relación sustancial resuelta por esta sentencia debe necesariamente producirse y acreditarse procesalmente una modificación en las circunstancias de hecho sobre las cuales ella hizo mérito.

V.4. Alimentos provisorios

Dice el art. 544 del Código Civil que "Desde el principio de la causa o en el curso de ella, el Juez puede decretar la prestación de alimentos provisionales...". La norma es realmente útil y posibilita realizar el factor eficacia de todo proceso judicial al permitir el adelanto de la jurisdicción o de la tutela al momento en que realmente sea ello necesario, sin esperar el arribo de una sentencia de-

[34] PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, Abeledo Perrot, 1983, t. VI, pág. 376; BOSSERT, Gustavo A., Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, 1995, pág. 347.

finitiva ya tardía. El tiempo que insume el proceso judicial va en desmedro de su eficacia y por ende del valor justicia.

En rigor de verdad, la norma contemplada no trae consigo la instrumentación de una verdadera "medida cautelar", tal cual se ha denominado comúnmente a los alimentos provisorios. Estos son un caso legislado de lo que la moderna doctrina procesalista ha denominado "tutela anticipada" o "tutela anticipatoria" de los derechos[35]. La medida implica la posibilidad del adelanto o anticipo de la tutela solicitada como pretensión principal en la demanda. No está enderezada a garantizar directamente la eficacia de la sentencia, cual es la finalidad de toda cautelar, sino adelantarle a quien realmente así lo requiera y justifique suficientemente la decisión sobre el fondo de la cuestión planteada. En la especie existe una coincidencia entre el objeto de la demanda de alimentos y el objeto de la medida urgente que se solicita –alimentos provisorios–, aunque la primera sea de naturaleza definitiva y la segunda sólo provisional.

Como lo afirma Peyrano, "hoy en día se habla, con razón, de la jurisdicción oportuna que debe procurar no sólo 'dar a cada uno lo suyo' sino hacerlo 'cuando corresponde', es decir en tiempo útil como para satisfacer adecuadamente las expectativas de los justiciables"[36].

Pero sentado esto, cuyo precedente inmediato es el leading case "Camacho Acosta"[37], cabe aclarar que para el dictado favorable de una medida urgente como ésta en la cual se adelanta parcial o totalmente la pretensión principal, lo que denota la coincidencia objetiva de una y otra, debe existir y demostrarse en el caso una circunstancia colateral (perjuicio irreparable) que justifique este

[35] PEYRANO, Jorge W., Lo urgente y lo cautelar, JA 1995-I-699; ARAZI, Roland, Medidas cautelares, Astrea, 1997, pág. 2; MORELLO, Augusto Mario, Anticipación de la tutela, 1996, Editora Platense; DE LAZZARI, Eduardo, La cautela material, JA 1996-IV-651; BERIZONCE, Roberto O., Tutela anticipada y definitoria, JA 1996-IV-741; ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil. Derecho de familia, 3º ed., 1998, Astrea, t. 1, nº 90, pág. 136.

[36] PEYRANO, Jorge W., Medidas autosatisfactivas, 1999, Rubinzal-Culzoni, pág. 14.

[37] CSJN, 7/8/1997, JA 1998-I-465.

proceder judicial. Es que, de no adoptarse urgentemente una medida de este tipo, se le irrogaría al alimentado un periculum in damni (distinto del periculum in mora propio de toda diligencia precautoria) que podría tornar infructuoso el proceso en cuestión, dado que la espera hasta el arribo de una sentencia de mérito estimatoria del derecho alimentario podría redundar en que una vez llegado dicho momento se hubiera ya provocado un perjuicio irreparable al alimentado[38].

Además del periculum in damni, en nuestra opinión resulta razonable exigir a los fines de su despacho favorable algo más que para el caso de una simple cautelar. Entendemos que no basta la mera verosimilitud del derecho a percibir alimentos del reclamante, mucho más en el caso bajo análisis en donde los demandados no son los obligados directos al pago de la prestación asistencial. Es necesaria la existencia de una fuerte verosimilitud del derecho alegado, lo que implica en el caso la seria posibilidad del dictado de una sentencia favorable a la pretensión principal. A esto se refería el derogado art. 375 del Código Civil cuando disponía que los alimentos provisorios podrán decretarse "según el mérito que arrojaren los hechos".

Por otra parte, en materia alimentaria no es dable exigir contracautela alguna.

[38] PEYRANO, Jorge W., Una categorización adecuada: La concesión de alimentos provisorios urgentes en el seno de un juicio de filiación extramatrimonial, es tutela anticipada, JA 2000-II-35, trabajo doctrinal en el cual se da cuenta de una resolución del Juzgado de Familia Nº1 de la provincia de San Juan, de fecha 7/10/1999, en autos nº 7.437, "Ch., Rosa Marina c/N. José J. S/Filiación extramatrimonial".

La capacidad progresiva de los niños para estar en juicio y la representación procesal de los padres

Dr. Pascual E. Alferillo

I. Introducción

La celebración del Congreso Internacional de las Familias, Niñez y Adolescencia, en Mendoza, los días 9 y 10 de agosto 2018 bajo la presidencia de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci junto a la principal responsable de la organización la Dr. Mariel Molina de Juan, es un ámbito de reflexión para profundizar en la temática relacionado con la capacidad procesal de los niños para el ejercicio en juicio de sus derechos.

En ese contexto tomando como punto de partida el principio de "capacidad progresiva" se debe analizar el punto de transición que se puede verificar entre la representación de los hijos por sus padres hasta la total autonomía de ellos dentro del proceso judicial.

Sin lugar a hesitación que la temática propuesta para las reflexiones tienen una notable trascendencia en la praxis judicial.

II. Interpretación sistemática e integral de la normativa aplicable

Aun cuando pueda configurar una tautología, resulta inevitable resaltar la importancia que tiene no solo para el dictado de una sentencia, sino para el razonamiento doctrinario en general, las pautas dadas en los arts. 1°, 2° y 3° del Código Civil, especialmente cuando se analizan situaciones jurídicas en las cuales convergen normas aplicables con criterios divergentes.

En ese sentido, para construir una opinión fundada no se puede soslayar la aplicación preferente de la Constitución Nacional y los Tratados de los Derechos Humanos por sobre el contenido del Código Civil y Comercial y normas procesales. Es decir, se debe formular una interpretación sistemática, coherente con todo el ordenamiento.

En otras palabras, en el estado actual de evolución de nuestro plexo normativo es un axioma judicial formular una hermenéutica sistemática que principia al observar cual es el tratamiento dado a la cuestión en litigio, por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales suscripto por el país que tienen rango liminar (art.

75 inc. 22 C.N.) y, a partir de ello, verificar la adecuación de la infra norma a dichos preceptos.

En el tema bajo examen, se debe revisar que la interpretación de las normas reglamentarias del Código Civil y Comercial, no contradigan, ni produzcan perjuicio al bien jurídicamente tutelado con preferencia, como es el "interés superior del niño".

Al respecto, la CSJN entiende que "la reforma legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene entre sus finalidades primordiales propender a la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales y, en particular, a los tratados de derechos humanos y derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, lo cual necesariamente incluye tanto las disposiciones en materia de restricciones a la capacidad como la mejor protección del interés superior del niño"[39].

De igual modo, se juzgó que "el principio del "interés superior del niño" establecido en el artículo 3.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño –aprobada por Ley N° 23.849– obliga a los órganos judiciales a aplicar las normas analizando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de éstos puedan verse afectados por las decisiones y medidas que se adopten"[40].

Teniendo en consideración el razonamiento antes expuesto, corresponde precisar en este punto que la integración normativa se debe completar con el análisis de los preceptos adjetivos de los códigos procesales donde se regula la representación procesal en juicio de los hijos por sus padres.

III. Algunas referencias a la capacidad progresiva

La capacidad progresiva ingresa al sistema jurídico nacional, encontrándose vigente el Código Civil la Ley N° 23.849 (27/set/1990)

[39] CSJN, "González Castillo, Cristian Maximiliano y otro s/ robo con arma fuego - Aptitud disparo no acreditada", 003341/2015/RH00111/05/2017, Fallos: 340:669 (Voto conjunto de los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda).

[40] CSJN, "R., B. S. Y OTROS c/ s/incidente tutelar", R. 551. XLVIII. RHE22/12/2015.

aprobó la Convención sobre los Derecho del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York – EEUU, el 20 de noviembre de 1989.

En este texto normativo se establece, en el art. 5 que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. Es decir, fija uno de los parámetros que se tienen en cuenta para determinar en cada caso, si el menor comprende o no la importancia jurídica del derecho que pretende ejercer y las consecuencias que pueden derivar para su vida.

Ello se complementa con el contenido del art. 12 donde se especifica que se garantizará al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del mismo. Se completa la idea especificando que a tal fin, se le dará la 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 órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.[41]

[41] Antes de la sanción del Cód. Civ. y Com., la doctrina judicial había expresado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, "T., R. E. y otros c. B., C. R. s/ autorización", 15/12/2014, AR/JUR/74820/2014: "La capacidad y discernimientos cronológicos de los menores en función de la edad, como lo establecen los arts. 54, 55 y 921 del Cód. Civil, tienen que ser complementadas con un criterio de capacidad y discernimiento reales, debiendo el juez en cada caso evaluar si el sujeto concreto, en atención a su capacidad progresiva, cuenta con la suficiente madurez para llevar a cabo por sí, autónomamente, una determinada actuación […] Los arts. 19 inc.a), 24. inc.b) y 27 incs. d) y e) de la Ley 26.061 y los arts. 5, 12 y 14 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño permiten concluir que se ha instaurado una capacidad progresiva del

Por su parte, avanzando en el tema, en la actualidad el art. 26 del Cód. Civ. y Com., fija como principio general que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales[42]. Sin perjuicio que no obstante, la que cuente con edad y grado de madurez suficiente 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.

Como se colige, la norma sustancial regula simultáneamente dos criterios para ponderar la capacidad del menor para estar en juicio, como es la visión etaria donde se fija como pauta general que los menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes. Y, la que, individualiza y personaliza que determinado menor tiene capacidad para ciertos actos, entre ellos para estar en juicio, en función del principio de capacidad progresiva.

Tradicionalmente, se estableció que la edad era el parámetro objetivo para medir la capacidad de los menores en general. Pero, el principio que atiende la capacidad progresiva de los menores, observa el grado de crecimiento natural de los niños en su capa-

niño, esto es, un sistema progresivo de autonomía –sin vinculación estricta a una edad cronológica– en función de su madurez intelectual y psicológica, el suficiente entendimiento y su grado de desarrollo"; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, "B. L. A. E. c. G., Y. A. s/ régimen de visitas", 15/10/2013, La Ley 17/12/2013, 7, La Ley 2013-F, 525, La Ley 28/02/2014, 4, La Ley 2014-A, 448, La Ley 28/02/2014, 4, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (julio), 11, AR/JUR/69621/2013: "el principio de capacidad progresiva de los menores no es incompatible con la supeditación del derecho acordado en el Cód. Civil a edades cronológicas determinadas, por cuanto este criterio legislativo no ignora la evolución madurativa de los niños, sino que la recoge en categorías fijas, con vistas a brindar seguridad a las relaciones jurídicas"; entre otros.

[42] Ello es concordante con el art. 100 Cód. Civ. y Com., donde se precisa como regla general, que "las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí". Y el art. 101, donde se enumera que "son representantes: a) de las personas por nacer, sus padres; b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;...".

cidad para razonar (discernimiento) que les permita definir su posicionamiento en determinado tema (intención) con libertad.

En base a la normativa aplicable, Famá comenta que el Cód. Civ. y Com., adopta un sistema mixto de capacidad de los niños donde se conjugan reglas flexibles sin límites etarios con reglas fijas con límites etarios, en función de los derechos involucrados[43].

En igual sentido, Tobías sostiene que "se implementa un sistema mixto para determinar la capacidad de ejercicio del menor, caracterizado por una variable rígida (la edad) y otra variable flexible (madurez para el acto) que, a su vez, se presume para determinados actos (infra, enseguida). Corolario de lo expuesto es que la seguridad jurídica supone incrementar la autonomía del menor en base al patrón de la edad, se complementa con otra variable que incorpora una cierta dosis de incerteza o inseguridad: la madurez para un determinado actor varía según el grado de evolución de cada menor"[44].

En palabras de Favot "el principio de capacidad o autonomía progresiva implica reconocer que el niño, como sujeto de derecho, adquiere discernimiento a medida que crece para comprender el sentido de sus acciones"[45].

---

[43] FAMÁ, María Victoria, "Capacidad progresiva de niñas y adolescentes en el Código Civil y Comercial", La Ley 20/10/2015; La Ley 2015-F-463, cita on line: AR/DOC/3698/2015. Esta autora completa su pensamiento expresando que "una lectura apresurada y aislada de la norma nos llevaría a afirmar que en los mismos términos propuestos por la ley 17.711 se mantiene la regla de incapacidad de las personas menores de edad en el ejercicio de sus derechos, con excepción de aquellos actos que la ley expresamente autorice a realizar si cuentan con edad y grado de madurez suficiente. Sin embargo, un examen integral y una interpretación armónica de todo el ordenamiento en clave convencional nos lleva a la conclusión inversa: son tantas las excepciones a esta regla a lo largo del articulado del Código que el principio no puede ser otro que la capacidad, siendo la incapacidad o, mejor dicho, la restricción de la capacidad, la excepción a la regla cuando se verifica que NNyA carecen de madurez suficiente para decidir en forma autónoma".

[44] TOBIAS, José W. comentario art. 26 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Jorge H. Alterini (Director General), Tomo I José W. Tobías (Director de tomo), 2ª edición actualizada y aumentada, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 239.

[45] FAVOT, María, L. "Capacidad progresiva del menor y su incidencia

Por su parte, Pellegrini destaca que "el concepto de la autonomía progresiva permite que, a medida que los niños adquieren mayores competencias, aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, disminuyendo consecuentemente la necesidad de orientación y dirección de sus padres, contenido y finalidad de la responsabilidad parental".

Esta autora observa que "la característica de progresividad en la adquisición de competencia para el ejercicio de los derechos se relaciona directamente con dos cuestiones: i) la madurez y el consecuente desarrollo de sus facultades, y ii) la naturaleza del derecho a ejercer".

A partir de ello, y con relación a la primera expresa que "en el proceso de madurez inciden factores de tipo biológico, psicológico y social, pues varía conforme la edad, el nivel de estímulos, y el marco social y cultural en el cual se desarrolla cada niño. Así, no todos los niños dejan de serlo del mismo modo y a la misma edad, resultando sumamente complejo el concepto de evolución progresiva de las facultades. O, dicho de otro modo, con qué parámetros se determina en qué "escalón" de la evolución de las facultades se encuentra […] En definitiva, con un enunciado tipo fórmula: a mayor evolución en las facultades, mayor competencia, menor necesidad de dirección y orientación por parte de los adultos y un incremento en la capacidad de asumir responsabilidades"[46].

Sin embargo aclara la autora que "este aumento en la capacidad de decisión difiere conforme a la naturaleza del derecho a ejercer, pues la competencia en la toma de decisiones está relacionada directamente con qué tipo de derecho se está pretendiendo ejercer y cuáles serán las consecuencias de su ejercicio. Aquéllos de tipo personal involucran el diseño del plan de vida individual y encuentran su anclaje y fundamento en la autonomía individual. Y los de contenido patrimonial, además de involucrar otros valores de importancia social, como la seguridad jurídica en el tráfico co-

en el régimen de capacidad civil", APCAPC 2010-1-1, Cita Online: 0003/70057987-1.

[46] PELLEGRINI, María Victoria, "Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de personas menores de edad", Cita Online: AP/DOC/1668/2012.

mercial —y por ende a terceros—, requieren de otro tipo de conocimientos y experiencias que permitan evaluar los posibles riesgos o abusos por parte de los adultos"[47].

En otras palabras, para determinar si el menor tiene o no capacidad en un caso concreto, en primer lugar, se debe examinar el tipo de derecho que pretende ejercer. La naturaleza del mismo definirá cual es el umbral mínimo para considerar que tiene la plena voluntad para su ejercicio en forma autónoma. A mayor complejidad del acto a ejercer mayor será la exigencia de madurez para comprender la dimensión de las consecuencias del mismo.

Finalmente, cabe transcribir las reflexiones de Tobías cuando dice que "la adopción del postulado de la autonomía progresiva supone reconocer, respetar y potenciar las aptitudes y libertad del menor, acompañándolo en su desarrollo; no supone librarlo tempranamente a su suerte, ni privar a sus progenitores o tutores de sus deberes para colaborar en su desarrollo, de modo de condenarlo a una inmadurez crónica por haber provocado una "adultización" precoz, afectando – por ende– su "interés superior" (criterio que emerge de los arts. 638 y 639 sobre responsabilidad parental)"[48].

IV. La representación procesal de los menores en los códigos procesales

Del entramado de normas aplicables para discernir el modo correcto de la participación de un menor en juicio donde se diriman sus intereses, es ineludible ocurrir al contenido de los códigos adjetivos provinciales, y nacional.

En ese sentido, cabe precisar que la mayoría de ellos aún no han llevado a cabo la reforma de sus normas para adecuarse a las directivas del Código Civil y Comercial.

En ese sentido, el Código Procesal Civil de la Nación fija como regla que la persona que se presente en juicio por un derecho que

[47] PELLEGRINI, María Victoria, ídem.

[48] TOBIAS, José W. comentario art. 26 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Jorge H. Alterini (Director General), Tomo I José W. Tobías (Director de tomo), 2ª edición actualizada y aumentada, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 239.

no sea propio, aunque le competa ejercerlo en virtud de una representación legal, deberá acompañar con su primer escrito los documentos que acrediten el carácter que inviste.[49]

Pero regula como excepción que "los padres que comparezcan en representación de sus hijos no tendrán la obligación de presentar las partidas correspondientes, salvo que el juez, a petición de parte o de oficio, los emplazare a presentarlas, bajo apercibimiento del pago de las costas y perjuicios que ocasionaren".

En la región de Cuyo, el Código Procesal Civil de San Juan, adopta esta redacción en forma textual, en su art. 49 de la Ley N° 988-O, agregando en la parte in fine de este párrafo que "el mandato para actuar ante la Justicia de Paz Letrada podrá otorgarse por acta labrada ante el Secretario o quien lo reemplace".

En cambio, en la provincia de San Luis se regula la idea general, en el art. 46 de la Ley Nº VI-0150-2004 (5606), con la siguiente redacción: "Sin embargo, los padres que comparezcan en representación de sus hijos y el marido que lo haga en nombre de su mujer, no tendrán obligación de presentar las partidas correspondientes, salvo que el juez, a petición de parte o de oficio, los emplazare a presentarlas, bajo apercibimiento del pago de las costas y perjuicios que ocasionaren".[50]

En otras palabras, los padres sean que actúen en forma conjunta o separada, para presentarse a juicio en representación de sus hijos menores, por ser deber parental ineludible, tienen la franquicia que con solo invocar el vínculo, sus hijos ya están represen-

[49] El segundo párrafo del art. 46 Cód. Proc. Civ. Nac. (art. sustituido por art. 1° de la Ley N° 25.624 B.O. 7/8/2002) regula que "si se invocare la imposibilidad de presentar el documento, ya otorgado, que justifique la representación y el juez considerase atendibles las razones que se expresen, podrá acordar un plazo de hasta VEINTE (20) días para que se acompañe dicho documento, bajo apercibimiento de tener por inexistente la representación invocada".

[50] Se advierte que se refiere a la representación de la mujer por parte del marido. Esta norma además de estar contraria al principio de igualdad entre los cónyuges debió, decir al menos que era la esposa, y no la mujer, si se pretendía hacer referencia a la representación dentro del marco de un matrimonio. Es indudable que merece una adecuación terminológica.

tados en juicios, sin perjuicio que en caso de duda sea la propia jurisdicción de oficio o a instancia de parte interesada, exija la acreditación documentada de la relación filial.

Esta norma adjetiva, en la actualidad debe ser compatibilizada con el régimen especial dado en el Código Civil y Comercial de participación de los menores en juicio.

Esta tarea fue iniciada en la provincia de Mendoza con la sanción de la Ley N° 9.001, Código Procesal Civil y Comercial de Mendoza, en cuyo art. 20 (Comparencia) establece, respecto del tema bajo tratamiento, que "I. Toda persona a la que corresponda intervenir en un proceso podrá comparecer personalmente o por intermedio de representante. II. Quienes no tengan el libre ejercicio del derecho que invocan litigarán mediante sus representantes legales, asesorados y autorizados conforme a las leyes. […] V. El niño, niña o adolescente que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede: a. Si existe conflicto de intereses con sus representantes legales, intervenir con asistencia letrada. b. Voluntariamente presentarse y solicitar la designación de un abogado para que lo asista en las peticiones que los afecten directamente […].

De igual modo este artículo regla en el inciso VII. Información sobre abogado especializado a personas menores de edad y con capacidad restringida. Los niños, niñas y adolescentes que cuenten con edad y grado de madurez suficiente y las personas con capacidad restringida pueden solicitar al Juez, o al asesor de personas menores de edad, incapaces y capacidad restringida, información sobre los posibles abogados especializados, inscriptos en el registro local, a los fines de poder elegir uno que lo asista en juicio. VIII. Registro local de abogados del niño. En los casos en que el Juez o el Asesor consideren necesaria la designación de un abogado para la mejor defensa de los intereses de los niños, niñas y adolescentes o de las personas con capacidad restringida, el Juez designará un abogado del Registro Local de Abogados del Niño, de conformidad con lo previsto en la reglamentación especial".[51]

[51] QUIROGA NANCLARES, Martín, comentario art. 20 en Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza. Analizado, anotado, concordado y jurisprudencia. Ley N° 9.001, Juan Pablo S. Civit y Gustavo A. Colotto (Directores), Pablo E. de Rosas (Coordi-

De igual modo corresponde traer a colación el art. 29 Justificación de la personería. Ratificación. Donde se establece que "[…] III.- Los padres que comparezcan en representación de sus hijos, no tendrán obligación de presentar las partidas pertinentes, salvo que el Juez, a petición de interesado o de oficio, los emplazara a presentarlas. En este caso es aplicable el segundo párrafo del apartado precedente".[52]

Como se colige, la modificación del código adjetivo es muy positiva por cuanto actualiza el modo de participación de los menores en juicio conforme a las nuevas pautas dadas en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales relacionado con los menores y Código Civil y Comercial.

V. El régimen del Código Civil y Comercial

La representación, disposición y administración de los bienes de los hijos menores de edad, se encuentra reglado en el Capítulo 8 del Título VII dedicado a la "Responsabilidad parental" dentro del Libro II en el cual se regula el régimen de las "Relaciones de familia".

En este marco se regla, en forma especial, el régimen de la representación en los procesos judiciales de los menores de edad el cual debe ser compatibilizado, cuando existiere alguna duda, con los principios de la representación en general.

La existencia del presente régimen se justifica a partir que si bien todas las personas gozan de aptitud para ser titular de derecho y deberes jurídicos (art. 22) no todas pueden ejercer por si misma esos derechos (art. 23) cuando la ley precisa que son incapaces para ello, como es el caso del inc. b) del art. 24 Cód. Civ. y Com., de las personas que no cuentan con edad y grado de madurez suficiente.

---

nador), editorial ASC, Mendoza, 2018, pág. 121.

[52] QUIROGA NANCLARES, Martín, comentario art. 29 en Código Procesal Civil,…, cit., págs. 161-2.

A partir de ello, se estableció en el art. 25 Cód. Civ. y Com., una clasificación etaria, donde se especifica que menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años y que se denominan adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

V.1. Principio general: Los padres representan a los hijos menores de edad

La regla, básica y general, mediante la cual se autoriza a los padres para representar a los menores de edad, principia con el contenido del art. 26 donde se estatuye que "la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales".

En el mismo sentido, se puede citar el contenido del art. 100 en el cual se prevé que "las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí". En relación a ello se especifica en los incs. a) y b) del art. 101, que las personas por nacer y los menores de edad no emancipados son representados por sus padres. Se aclara que faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les asigne.

Estas pautas son receptadas por el art. 677 Cód. Civ. y Com., donde se regla la representación de los progenitores quienes pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados, cuando se trate de accionar o responder una litis trabada contra un tercero

La representación de los progenitores, entiende Basset que se "ejerce esta representación sin intervención de sus hijos, con carácter sustitutivo. Tienen la facultad y el deber de defender los intereses personales y patrimoniales ante los estrados judiciales"[53].

Al respecto cuando se hace referencia al término "sustitutivo"[54], corresponde pensar en una capacidad fáctica preexistente

[53] BASSET, Úrsula C., comentario art. 677 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición corregida y actualizada, Jorge H. Alterini (Director General), Tomo III, Úrsula C. Basset (Directora de tomo), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 963.

[54] RAE, sustitutivo, va, Del lat. tardío substitutivus. 1. adj. Dicho de una

del menor para ejercer sus derechos que los progenitores sustituyen temporalmente. En realidad ello no es así, por cuanto los padres en función de los derechos y obligaciones que emergen de la responsabilidad parental, suplen la incapacidad natural de las personas por nacer y de los menores de edad en un proceso de pérdida gradual de la representación en la medida de la evolución del grado de madurez. Por ello corresponde entender que los padres "suplen"[55] la incapacidad natural de sus hijos.

Ahora bien, recuerda la autora antes mencionada, que "en coordinación con lo previsto en el art. 641, la representación puede ser asumida conjuntamente por los progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental, o indistintamente en los casos de ejercicio en cabeza de ambos. Cuando el ejercicio de la responsabilidad parental es unipersonal, la representación le corresponde solo al designado, sin perjuicio del derecho del otro a denunciar su desacuerdo por la inacción o mal desempeños del representante, en los términos del art. 642[56]".

En este punto cabe resaltar la importancia que el Cód. Civ. y Com., acuerda a la representación para estar en juicio cuando previene que los progenitores, en razón de la responsabilidad parental, no sólo protege la persona del menor sino que administra los bienes del hijo (art. 638). Y en juicio se ponen en juego dichos bienes, dado que si pierden el pleito y son condenados en costas los honorarios de los profesionales y gastos del juicio deben ser solventados con los bienes del menor y no de los padres porque éstos

cosa: Que puede reemplazar a otra en el uso. Sustituir. Del lat. substituĕre. 1. tr. Poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. Ha sustituido su foto por una más reciente. 2. tr. Dicho de una persona o una cosa: Ocupar el lugar de otra. Las nuevas costumbres sustituyen A las antiguas.3. tr. Suplir a alguien o hacer sus veces. Durante unos días el subdirector sustituyó al director.

[55] RAE, suplir, Del lat. supplēre. 1. tr. Cumplir o integrar lo que falta en algo, o remediar la carencia de ello. 2. tr. Ponerse en lugar de alguien para hacer sus veces.

[56] BASSET, Úrsula C., comentario art. 677 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición corregida y actualizada, Jorge H. Alterini (Director General), Tomo III, Úrsula C. Basset (Directora de tomo), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 963.

no están en juicio por sus intereses, sino el menor por sus derechos.

Es por ello, que el art. 645 expresamente prevé que se requiere el consentimiento de ambos progenitores cuando el hijo tenga doble vínculo filial, inc. d) para autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí.

V.2. Primer límite: La capacidad progresiva de los menores

El clásico sistema etario rígido para clasificar la capacidad de los menores fue puesto en crisis[57], razón por la cual, en el segundo párrafo del art. 677 Cód. Civ. y Com., se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.

Cuando la norma crea la presunción legal a favor de la capacidad de hecho de los adolescentes genera una división con los menores de 13 años, quienes no gozan de la presunción de suficiente autonomía para estar en juicio contra terceros, pero por ser simplemente una presunción, la misma permite prueba en contrario. Una interpretación rígida, con la conceptualización etaria clásica, no permitiría en ningún caso esa posibilidad, pero la legalidad está inspirada en un sistema mixto flexible.

En ese sentido, Junyent ha dicho que "el régimen actual busca que, a medida que el niño vaya creciendo en autonomía, disminuya la representación de sus padres[58].

---

[57] En la doctrina judicial se consideraba: CSJN, pág. 195. XLVII. REX , "P. G. M. y pág. C. L. s/ Protección de personas", 27/11/2012, Fallos: 335:2307 que "sin perjuicio de que cabe confirmar la sentencia que rechazó la presentación de los menores con patrocinio letrado en razón de que las disposiciones del Código Civil –que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos–, no han sido derogadas por la ley 26.061 y no conculcan los estándares internacionales en la materia, régimen conforme al cual los menores impúberes son incapaces absolutos de hecho, el juez de la causa deberá designar un letrado especializado en la materia a los efectos de que los patrocine en el proceso, en virtud de que no fueron oídos y de que debe atenderse primordialmente al interés superior de los mismos".

[58] JUNYENT, Patricia, comentario art. 677 en Código Civil y Comercial.

Por su parte, Pellegrini, precisa que "a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos". Por lo tanto, ser niño, niña o adolescente tiene relevancia, también, en la representación procesal[59].

Ahora bien de retorno a la situación jurídica de los menores de 13 años para estar en juicio por si, como actor o demandado, la autora de mención se pronuncia por considerar que "la respuesta es negativa, salvo un supuesto específico, aquel contemplado en el art. 679 CCyC. Es necesario destacar que, si bien esta norma impide a los niños y niñas estar en juicio por sí como actores o demandados, no significa que no tengan participación alguna en el proceso, pues en varios y diferentes artículos el CCyC les reconoce a todos los niños el derecho a ser escuchados en el proceso, y que su opinión sea tenida en cuenta, y en supuestos especiales les autoriza a contar con su propio patrocinio letrado.[60]

En cuanto a los niños adolescentes, mayores de 13 años, la doctrina coincide en señalar, como expresa Basset, que "el hijo mayor de trece años tiene autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con sus progenitores, salvo prueba en contrario. Esa presunción de autonomía implica que no necesita autorización de sus progenitores para tomar parte en el juicio (excepción al art. 645 inc. c.), pero ellos podrían invocar y demostrar que no cuenta con la

Comentado, anotado y concordado, Lidia Garrido Cordobera, Alejandro Borda y Pascual E. Alferillo (directores), Walter F. Krieger (coordinador), tomo 1, Astrea, Buenos Aires – Bogotá, 2015, pág. 768.

[59] PELLEGRINI, María Victoria, comentario al art. 677 y 678 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picazo (Directores), Tomo II Libro Segundo Artículos 401 a 723, 2ª edición, Buenos Aires, 2016, http://www.saij.gob.ar/docs-f/ còdigo -comentado/ CCyC_Nac ion_Comen tado_Tomo_II.pdf. Esta autora completa su pensamiento expresando que "los niños y niñas menores de 13 años, aunque no puedan estar en juicio como actores o demandados, no son invisibles o espectadores en los procesos judiciales en los cuales se debatan determinadas cuestiones que los atañen".

[60] PELLEGRINI, María Victoria, ídem. Esta autora completa su pensamiento expresando que "los niños y niñas menores de 13 años, aunque no puedan estar en juicio como actores o demandados, no son invisibles o espectadores en los procesos judiciales en los cuales se debatan determinadas cuestiones que los atañen".

madurez suficiente. En todos los casos, la admisión o no del adolescente en el proceso deberá evaluarse en función de su mejor interés y nunca en favor de la contraparte en el proceso.

También se le reconoce aptitud para intervenir en el proceso de manera autónoma con asistencia letrada. Considerando que una correcta interpretación de la disposición implica admitir su participación en defensa de sus derechos, como actor o como demandado, bajo la asistencia técnica de un abogado distinto de de sus progenitores pero sin sustituirlos[61].

En el mismo sentido se dijo que "como el desarrollo evolutivo de las personas implica la adquisición de madurez y habilidades —principio de autonomía progresiva—, la representación que ejercen los progenitores de los hijos adolescentes —de 13 y hasta los 18 años y no emancipados, art. 27 CCyC— es de tipo eventual, ya que la segunda parte del art. 677 CCyC los autoriza a intervenir en forma directa, sea conjunta o autónoma, sin necesidad de análisis respecto a la suficiencia de su autonomía, ya que la misma reviste el carácter de presunción legal: para ser desvirtuada, requiere que quien pretenda hacerlo pruebe la insuficiente autonomía o madurez"[62].

De igual modo, se consideró que "en caso de los adolescentes, es decir, quienes hayan cumplido los trece años (art. 25, Cód. Civil y Comercial), se presume que cuentan con suficiente autonomía para intervenir en un proceso juntamente con los progenitores, o de la manera autónoma con asistencia letrada. Incluso tal como lo señala el art. 678 de este pleno normativo, pueden ser autorizados a iniciar acción aun en contra de la voluntad de los padres"[63].

---

[61] BASSET, Úrsula C., comentario art. 677 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición corregida y actualizada, Jorge H. Alterini (Director General), Tomo III, Úrsula C. Basset (Directora de tomo), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 963

[62] PELLEGRINI, María Victoria, ob. cit.

[63] JUNYENT, Patricia, comentario art. 677 en Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado, Lidia Garrido Cordobera, Alejandro Borda y Pascual E. Alferillo (directores), Walter F. Krieger (coordinador), tomo 1, Astrea, Buenos Aires – Bogotá, 2015, pág. 768.

El punto de interés para la investigación se presenta cuando existe opinión divergente entre los progenitores y los menores, respecto de cómo se va a ejercer el derecho del menor, puntos que serán analizados infra.

Ello por cuanto si no existe hipótesis de conflicto, los progenitores podrán iniciar el proceso en representación de sus hijos, inclusive sin acreditar su calidad. A su vez, cuando el menor adquiera la calidad de adolescente puede per se peticionar, debidamente asesorado por letrado, su participación en un proceso ya iniciado. La misma puede continuar, reemplazando totalmente a sus progenitores o, en su caso, litigar en forma conjunta con ellos hasta que cumpla la mayoría de edad dado que a partir de ese momento, cesa la responsabilidad parental (art. 699).

V.3. Iniciación de los procesos por los menores contra terceros

El art. 678 del Cód. Civ. y Com., regula que "si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público".

La lectura sistémica de la normativa, implica reconocer que los hijos adolescentes se encuentran plenamente autorizados por la ley para iniciar per se una acción contra terceros. A partir de ello, la ley facultad a sus padres para oponerse y el juez a dirimir el conflicto familiar.

Pero el juego en la praxis de la norma, genera una serie de preguntas que merecen respuesta.

La primera, si es deber de los jueces frente a una demanda iniciada por un menor adolescente controlar si la misma tiene o no autorización parental. Al respecto, por imperio del interés superior del niño, el juez debe revisar de oficio la presentación por cuanto si no contará con una expresa autorización, o al menos se acreditase el conocimiento, de sus padres sería una demanda improponible.

En otras palabras, siempre debe existir autorización de los padres, sea expresa (liberando al menor adolescente para iniciar la acción contra terceros) o, en caso de oposición, declarando la jurisdicción que la misma contradice ese ejercicio autónomo en forma injustificada, autorizándolo, como consecuencia, para continuar con la acción con asistencia de abogado.

Junyent, en consonancia, sostiene que "el precepto analizado, al igual que el art. 282 del Cód. Civil, permite la autorización judicial supletoria cuando existe oposición de uno o ambos padres. Para ello el juez deberá previamente realizar una audiencia con el oponente y el Ministerio Público, y decidir conforme el interés superior del niño. Como se aprecia, el nuevo texto incorpora como parte necesaria al Ministerio Público"[64].

También, Basset marca que "la resolución judicial exige la previa audiencia del progenitor que se opone y la del Ministerio Público. El adolescente autorizado por el juez para demandar deberá hacerlo con la debida asistencia letrada. No aclara la norma si goza de autonomía para designar por sí mismo a su abogado, o la designación está a cargo del magistrado que lo habilita para accionar. Una interpretación coherente con los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación hasta la fecha nos llevan a concluir que el adolescente puede designar a su abogado"[65].

La selección del abogado particular que lo represente, sin duda que está dentro de las facultades del adolescente, pues que si puede lo más que es iniciar la acción contra terceros asumiendo el riesgo del éxito del juicio, va de suyo, que se le debe reconocer que tiene la suficiente capacidad para discernir el profesional de su parte.

---

[64] JUNYENT, Patricia, ídem. La autora completa su pensamiento expresando que "además en la redacción anterior, se determina que si otorgaba la autorización, el juez debía darle un tutor especial al hijo, previsión que no se ha reproducido en este caso, razón por la cual será el adolescente el que participe".

[65] BASSET, Úrsula C., comentario art. 677 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición corregida y actualizada, Jorge H. Alterini (Director General), Tomo III, Úrsula C. Basset (Directora de tomo), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 965.

El juez, si se lo pidiera el adolescente, podría nombrar a un defensor oficial.

V.4. Iniciación de los procesos por los menores contra sus progenitores

La regulación del Código Civil y Comercial cambia sustancialmente cuando debe reglar un conflicto de interés entre los menores y sus progenitores. Al respecto, en el art. 679 estatuye que el hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

La norma ha sido regulada en términos muy amplios, dado que no discrimina clase de menor, razón por la cual se debe entender que puede ser de cualquier edad siempre que se presente un conflicto con sus progenitores.

Respecto de ello, de igual modo, no se discrimina que deban ser demandados en forma conjunta o separadamente, pero sin duda en este último caso queda por resolver si el progenitor no demandado puede ejercer la representación del menor o éste puede iniciar autónomamente la reclamación judicial.

Va de suyo que la respuesta es condicionada por la propia norma cuando precisa que es necesario que el menor cuente con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada. Al respecto más importante que la edad es que el menor tenga la madurez necesaria para comprender que existe una diferencia entre sus intereses y los de sus progenitores como para ocurrir a la administración de justicia para que dirima el pleito. Es decir, el menor no solo tiene que tener la madurez suficiente para razonar, sino que ese razonamiento tiene que discernir la importancia del problema existente con sus padres y buscar la solución a los mismos en los estrados judiciales en pleno uso de su libertad para decidir.

A partir de ello, la norma exige que cuente con asistencia letrada, sin precisar si la misma será facilitada por el Estado o debe ser contratada por el menor. La regla ideal, presidida por el principio tutelar del interés superior del niño, debe considerar la mayor

amplitud para la voluntad del menor en buscar su propio asistente letrado pero el Estado debe estar presto para suplir esa deficiencia en caso que no lo tuviere.

Además de ello, creemos que es necesaria la participación activa de la jurisdicción cuando el reclamo sea contra ambos progenitores por cuanto en esos casos se presume que el menor se presenta por si, sin el apoyo de sus padres. En ese caso se deberá controlar que se cumplan los presupuestos de la norma.[66]

Por ello compartimos el pensamiento de Basset cuando dice que "la inhabilidad en el caso concreto se resolverá por vía de oposición. En efecto, el juez de oficio, con asistencia de los equipos técnicos y dictamen del Ministerio Público, podrá decidir que el hijo no cuenta con las condiciones requeridas y que su actuación autónoma perjudica su interés. Igual decisión puede dictarse a pedido del progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental que no sea el demandado, o del tuto del niño o adolescente"[67].

Pellegrini, recuerda algunas hipótesis de reclamo de los hijos a sus progenitores: "alimentarios (legitimación expresamente concedida por el art. 661, inc. b, CCyC); por cuestiones relacionadas al contacto con alguno de los progenitores o parientes; para hacer cesar los malos tratos (prohibidos en forma expresa por el art. 647 CCyC) y/o para reclamar por las consecuencias que aquellos le podrían haber ocasionado; para solicitar las autorizaciones para

[66] JUNYENT, Patricia, comentario art. 679 en Código Civil y Comercial, ob. cit., pág. 680. La autora comenta que "conforme a los principios ya enunciados que amparan los derechos de los niños y adolescentes como sujetos de derechos independientes de los adultos que tengan a su cargo su cuidado, se contempla la posibilidad incluso de iniciar juicio en contra de ellos. Tal posibilidad dependerá de la edad y grado de madurez del hijo. De allí la conexión entre el derecho de ser escuchado y el principio de autonomía progresiva, insoslayablemente unidos a la directriz del interés superior, establecido en el art. 639. En cambio, el texto del art. 285 del Cód. Civil requería necesariamente de la autorización judicial para habilitar tal accionar".

[67] ÚRSULA C. BASSET comentario art. 679 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Jorge H. Alterini (Director General), Tomo III Úrsula C. Basset (Directora de tomo), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 964.

la realización de actos que requieren el consentimiento expreso de ambos progenitores (645 CCyC), como así también aquellos reclamos relacionados a derechos de tipo extrapatrimonial de los que sean titulares.[68]

Para Basset, "el hijo, sea menor o mayor de edad, no está sujeto a ninguna limitación para demandar a sus progenitores por sus propios intereses. El punto crítico, sobre el que es necesario hacer precisiones, es el de su capacidad de ejercicio de sus derechos.

Si los derechos del hijo, personales o patrimoniales, deben ser defendidos contra uno de sus progenitores, el otro progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental lo representará y promoverá la acción en su nombre. Tal es el caso de la acción de alimentos previstas en el art. 661 inc. a), entre otros.

Si sus derechos deben ser defendidos judicialmente contra ambos progenitores o contra el único en ejercicio de su responsabilidad parental, se le designará un tutor especial (art. 109 inc. a).[69]

V.5. Plena capacidad del menor

El art. 680 del Cód. Civ. Com., regla expresamente que el hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos.

Como se colige, esta norma reglamenta dos situaciones en las cuales se les reconoce a los menores adolescentes plena facultad para ejercer su derecho de defensa cuando sea acusado por la contravención de la normativa del Código Penal y para reconocer hijos.

---

[68] PELLEGRINI, María Victoria, comentario al art. 679 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picazo (Directores), Tomo II Libro Segundo Artículos 401 a 723, 2ª edición, Buenos Aires, 2016, http://www.saij.go b.ar/docs-f/codi go-coment ado/CCyC_ Nacion_C omentad o_Tomo_ II.pdf, pág. 517.

[69] ÚRSULA C. BASSET comentario art. 679 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Jorge H. Alterini (Director General), Tomo III Úrsula C. Basset (Directora de tomo), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 964.

V.5.1. Participación en juicio criminal

Para el fuero penal, el art. 680 se regula expresamente que el hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos.

Como se lee textualmente, el menor plenamente autorizado es el adolescente, el mayor de trece años quién goza de la presunción de capacidad para discernir la trascendencia de su participación en el marco de un proceso criminal en el cual él es el acusado.

En este caso, no es menester que se otorgue autorización o haya un control parental por parte de sus padres, ni estos pueden oponerse a su deseo de presentarse en forma autónoma al proceso judicial que se deberá tramitar ante los tribunales especializados en menores (arts. 28 y 29 del Cód. Proc. Penal de la Nación, Ley N° 23.984).

De igual modo, la jurisdicción no podrá intervenir para revisar la capacidad del adolescente, ni expresar que la intervención perjudica sus derechos. Es decir, en este caso, no es operativo el principio tutelar del interés superior del niño por decisión de la propia ley que hace primar otros principios como es el derecho de defensa.

Por ello, compartimos las expresiones de Pellegrini cuando señala que "respecto a la actuación en procesos penales, se encuentra en juego el derecho de defensa en su máxima expresión y configura una esencial garantía judicial, tal como lo ha interpretado reiteradamente la Corte IDH, tanto en las sentencias como el emitir opiniones consultivas. Ello impone la necesidad de participación personal y directa, que facilite un ejercicio real y concreto de tal defensa, sin requerir autorización de ningún tipo"[70].

[70] PELLEGRINI, María Victoria, comentario al art. 680 en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picazo (Directores), Tomo II Libro Segundo Artículos 401 a 723, 2ª edición, Buenos Aires, 2016, http://www.saij.gob.ar /docs-f/codigo-com entado/CCyC _Nacion_Com entado_Tom o_II.pdf, pág. 518. En el mismo sentido: JUNYENT, Patricia, comentario art. 680 en Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado, Lidia Ga-

A partir de la autorización dada por la ley sustancial para estar en el proceso judicial penal a los menores adolescentes, se infiere que no existía inconveniente legal para reconocer esa plenitud cuando el menor deba defenderse en los procesos de jurisdicción administrativa cuando hayan transgredido los Códigos de Faltas.

V.5.2. Reconocimiento de hijos

En cuanto al acto de reconocimiento de hijos, al adolescente se le reconoce capacidad plena y autonomía para declararse progenitor biológico de una persona. Por cierto que será el reconocimiento de una filiación extramatrimonial dado que si fuere matrimonial, el adolescente ya tendría plena capacidad por la emancipación por edad reconocida por el art. 27 del Cód. Civ. y Com.

En función de ello, el adolescente podrá reconocer libremente su paternidad de acuerdo con las formas reguladas por el art. 571 del Cód. Civ. y Com.

Sin embargo, el proceso de crianza del menor del adolescente tendrá algunas limitaciones estatuidas por el art. 644, donde luego de reconocer que los padres adolescentes ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud, autorizan a las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado para que pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

La norma completa su regulación precisando que el consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asenti-

---

rrido Cordobera, Alejandro Borda y Pascual E. Alferillo (directores), Walter F. Krieger (coordinador), tomo 1, Astrea, Buenos Aires – Bogotá, 2015, pág.770; BASSET, Úrsula C., comentario art. 677 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, 2ª edición corregida y actualizada, Jorge H. Alterini (Director General), Tomo III, Úrsula C. Basset (Directora de tomo), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 966, entre otros.

miento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local.

Como se colige el reconocimiento de capacidad y autonomía para el reconocimiento de la paternidad, no es pleno sino con control parental para ciertos actos relacionados con la crianza del menor reconocido.

VI. Reflexiones finales

El sistema mixto adoptado por el Código Civil y Comercial para reglamentar el régimen de capacidad de los menores, entre el clásico método etario donde se imputa un determinado grado de capacidad conforme su edad sin aceptar prueba en contrario y el de la "capacidad progresiva" en el cual se analiza en cada caso, el grado de madurez natural para razonar y la capacidad para discernir lo conveniente o no para sus intereses. Como esta capacidad es presumida admite el control jurisdiccional y parental. El tema de la libertad que es el otro componente de la voluntad plena, la ley la regula conforme se cumplan las pautas anteriores o en determinados casos.

Como se colige, el juego armónico de la normativa que tiene una doble fuente de inspiración tiene un parámetro superior que puede condicionar sus soluciones como es el "interés superior de los niños", dado que en caso de verificarse un posible perjuicio a sus intereses personales o económicos la solución legal debe ser modificada y adoptarse el procedimiento más conveniente para el menor.

Sin duda el sistema mixto adoptado es un significativo progreso en el reconocimiento de los derechos de los menores de edad en sus distintas etapas de crecimiento madurativo pues han dejado de ser el "objeto" del pleito de los mayores para constituirse en pro-

tagonistas que definen su propio destino, que deben ser siempre escuchados y tenidos como partes cuando ello correspondiere en los procesos donde se resuelvan sus intereses.

Finalmente, es oportuno resaltar para la concreción de la tutela judicial efectiva de los menores, la incorporación de normas de naturaleza procesal en el Código Civil y Comercial[71] que unifica el tratamiento en todas las jurisdicciones y son aplicables ipso iure con independencia de la recepción o no de las reformas sustanciales, en los códigos adjetivos locales.

[71] A ellas denominamos "derecho procesal sustancial"y, a las incorporadas en los Tratados Internacionales sobre los DDHH, "derecho procesal convencional".

De los derechos personalísimos

El daño al proyecto de vida y su ponderación

Dra. María Rosana Toranzo

I. Introducción

En el marco de los temas de Responsabilidad Civil, de entre las modificaciones introducidas al CCCN, resulta por demás sugestivo el modo en que se incluye la protección de la "persona", la que aparece ya no solo reconocida e identificada como sujeto de derecho en sí, sino en cuanto unidad bio-psico-social[1], lo que a lo largo y a lo ancho de la Ley N° 26.994, marca un avance –y por qué no– la gran diferencia con aquellas normas decimonónicas focalizadas en los derechos patrimoniales y en los bienes.

Del mismo modo la presencia de la Constitución expresamente incorporada en art. 1* CCCN, emerge como base y fundamento del derecho privado actual, advirtiéndose su máxima solidez en la incorporación del principio "alterum non laedere" que por medio del art. 1716 CCCN, pone el énfasis en el "damnificado".

Sujeto de derecho a quien, por medio de la normativa actualizada, no solo se pretende reparar en toda su extensión, sino de "proteger" y "prevenir" (1710 CCCN) de todo daño cierto y futuro que –tanto individual como colectivamente– pudiera afectarlo (art. 1737 CCC).

Por su parte el capítulo 3 del Título I del Libro Primero destinado a los derechos personalísimos, destaca la jerarquía que se le concede a la "inviolabilidad de las personas", a su "dignidad", su "cuerpo e integridad", hecho que excede la mera declaración y pone de manifiesto, la decisión del legislador de convertir el declarado antropocentrismo del Siglo XX, en parte de la realidad de la legislación en este Siglo, operativizándose las cláusulas que otrora se perfilaban como meramente programáticas

A lo que Pizarro-Vallespino[2] comentan, la tutela de la dignidad de la persona debe constituir una obsesión para quienes profesan

[1] ALFERILLO E. Pascual, (2016) en Revista Jurídica Región Cuyo – Argentina Tomo 1 ed. IJ, Buenos Aires 2016. La integridad Psicofisica y social de una persona puede ser vulnerada de distintas maneras que son previstas en la segunda parte del art. 1738 (pág. 143).

[2] PIZARRO–VALLESPINOS, Tratado de la Responsabilidad Civil Tomo II –Parte especial y Acciones de Responsabilidad Civil Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aíres 2018, pág.145.

una concepción humanista del derecho y de la vida, concepción que exige que el derecho, la economía y el Estado se encuentren al servicio de los valores superiores del hombre y no a la inversa, es menester asumir el desafío que representa la tutela de los derechos humanos frente a las nuevas formas de agresión.

Derechos que –tanto textual como contextualmente– son plenamente indemnizables a la luz del art. 1738[3] CCCN y que en algunos casos exceden la órbita privada, atento que la figura del "dañador" se corresponde con el propio Estado, tal y como resulta respecto de las condenas indemnizatorias ordenadas por los delitos de lesa humanidad, por violación a "la integridad" y/o en cuestiones relacionadas con la salud, vivienda, educación, seguridad social o consumo.

Al respecto, si bien el CCCN establece en el art. 1765, que la Responsabilidad del Estado se rige por normas y principios de Derecho Administrativo, el hecho que se encuentre vigente la Ley N° 26.944 y que en su articulado no exista otra alusión a DAÑO más que sea; cierto, actual y mensurable en dinero (art. 3), remite directa e indirectamente al concepto del art. 1737 CCC que ordena su régimen e interpretación.

Lo que permite deducir que, para el hipotético caso que de manera alguna se lesione un derecho de estas características, tanto individual como colectivamente, devenido de las acciones de una persona privada o del Estado, el concepto de daños, su determinación, extensión y tipificación, habrá de regirse por la Sección 4* Capitulo 1* del Título V del Libro III.

He aquí el problema que se pretende dilucidar a través del presente trabajo a los fines de argumentar la incidencia que las innovaciones legislativas podrían implicar en reclamos por violación a los derechos personalísimos.

[3] ART. 1738 Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Los que si bien –en su mayoría– ya han sido reconocidos en la órbita del Derecho Internacional como; "Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC)" y hoy se encuentran receptados expresamente por el Derecho Privado, en ocasiones se diluye toda posibilidad de indemnizarlos, sobre todo por la dificultad que presentan a la hora de valorarlos y cuantificarlos.

Cuestión que en pos de arbitrar los medios para alcanzar una justa indemnización y en virtud de su contenido, párrafos infra se realizará un breve análisis con el fin de ir acotando extremos para definirlos e identificarlos.

II. Definiendo los DESC y su relación con la nueva normativa del CCC

De conformidad a la definición otorgada por la CEPAL (2009) los derechos económicos, sociales y culturales[4] refieren a derechos que aseguran condiciones de satisfacción de sus necesidades básicas y que le permiten a las personas ejercer sus libertades, ya sea de carácter individual o colectivamente, describiéndolos:

– Derechos económicos: el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo y al ingreso.

– Derechos sociales: el derecho a la seguridad social, a la salud física y mental.

– Derechos culturales: el derecho a la educación y a los derechos de los grupos minoritarios (Shultz, 2002).

Derechos todos, que aluden a la "dignidad de la persona"[5] y

[4] LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y LOS DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: CULTURALES: Instrumentos y Obligaciones de los Estados en Relación a las personas de edad .disponible en la red http://www.cepal.o rg/celade/not icias/pagi nas/0/37630/DJas pers.pdf (20/04/2015: 15:20 pm).

[5] PELÉ Antonio (2011) "Una aproximación al concepto de Dignidad Humana" La nueva concepción de dignidad humana se plasma en el ámbito jurídico con la aparición de los Derechos Humanos, no solo con un alcance vertical (los hombres respecto de los animales) sino horizontal (la igualdad de los seres humanos entre ellos cualquiera fuere el rango que cada uno pueda desempeñar en la sociedad). Es precisamente cuando un individuo, un colectivo, e incluso la especie humana están en situación

que la nueva normativa los recepta en los arts. 51 y 52 del CCC[6] en cuanto obligación positiva cuando refiere: …respeto por la dignidad de la Persona Humana, y como obligación negativa al establecer expresamente la prohibición de su menoscabo.

Inclusión innovadora en el marco del derecho privado, pero de virtual relevancia internacional, ya que con ella el Estado Argentino cumple el compromiso adquirido en el año 2003 al ratificar el Protocolo adicional de San Salvador –1988– y hace realidad la obligación del Art. 2 de los PIDESC-1976[7] en cuanto a la nece-

---

de vulnerabilidad que el argumento "dignidad" aparece para remediar esta situación. Dworkin abunda en un sentido similar cuando propone un concepto "limitado", como derecho a no sufrir la indignidad a no ser tratado de manera que en sus culturas o comunidades se entiende como una muestra de carencia de respeto. Disponible en la red 17/09/2011 12:30 pág.m http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf.

[6] Art. 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Art. 52.- Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

[7] Protocolo de San Salvador (ratificado por Argentina - 2003). Art. 1 Obligación de Adoptar Medidas Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo. Art. 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos. Art. 3: Obligación de no Discriminación Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color,

sidad de adoptar disposiciones de Derecho Interno… y medidas legislativas que tiendan a hacer efectivos tales derechos.

Advirtiéndose mayúsculo el esfuerzo de la Nación, al concretar a través de la citada normativa, las consideraciones y bases incorporadas al preámbulo del PIDESC que declara: …la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la "dignidad" inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

Ahora bien, atendiendo al texto seguido en los arts. 3 y 4 de la Ley de Responsabilidad del Estado, la afección de cualquiera de los derechos que comprenden los (DESC) por acción u omisión de un particular o del Estado, y ya sea en el marco del derecho privado u administrativo, origina el deber de indemnizar y por ende habrá que mensurar el daño causado, lo que deriva el análisis a las normas que componen el plexo del CCCN en el Título V, Capitulo 1, Sección 1* de Responsabilidad Civil.

He aquí el mayor valor que asumen los conceptos anejados al art. 1738 CCC –a la hora de "cuantificar" los daños ocasionados a las personas– ya que con las alusiones a; trasgresión de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, salud psicofísica, afecciones espirituales y las que resulten de la interferencia en su proyecto de vida… más que delimitar la patrimonialidad y/o extra-patrimonialidad de los perjuicios (como otrora), los complementa, integra y extiende nada menos ni nada más que al "proyecto de vida" del sujeto dañado.

Texto que contextualiza a la persona como parte del cosmos y en su totalidad, reconociéndola efectivamente en cuanto "Unidad bio-psico-social" o "Unitax Multiplex"[8], inescindible, indisociable y que sin duda, cuando ve afectada alguna de sus partes que compone ese TODO (integridad, salud, espíritu, dignidad etc.) sufre una real y profunda interferencia en su proyecto de vida.

---

sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[8] MORIN, Edgar (2008), Introducción al pensamiento complejo, Editorial Gedisa, Barcelona, 2008, pág. 32.

Algo que con mayor razón procede cuando el derecho vulnerado comprende; alimentación, vivienda, trabajo e ingresos (derechos económicos), seguridad social, salud física o mental (sociales) y/o educación, discriminación etc. (culturales) según supra se definiera a los DESC.

Hasta aquí, nada parece permitir que por la existencia de la ley de Responsabilidad del Estado, cualquier persona pública o privada que haya lesionado un derecho subjetivo, pueda apartarse de la previsión del citado art. 1738 CCCN, emergiendo más bien como problema, lo relacionado a la mensurabilidad del daño a los DESC, resultando de interés para el análisis, determinar cuál sería el modo más apropiado para cuantificarlo y valorarlo con la mayor justeza posible.

III. La cuantificación y la valuación de daños los DESC y el daño al proyecto de vida

Tomando en consideración las definiciones terminológicas ofrecidas por la doctrina; si cuantificar es traducir a una suma de dinero el menoscabo que una persona ha sufrido a consecuencia de un hecho (se busca el resarcimiento del perjuicio a través de una suma compensatoria considerada equivalente) e indemnizar (1739 CCC)[9] es compensar o pagar en dinero el daño ocasionado y reparar in natura es volver las cosas a su estado anterior (Garrido Cordobera 2007)[10].

Con la irrupción del principio de "reparación plena" incorporado en el art. 1740 del CCCN se complejiza sobremanera la cuantificación los daños que se deriven de la violación a los derechos

[9] ART. 1739 CCC.- Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

[10] GARRIDO CORDOBERA, Lidia, "La cuantificación un debate inconcluso" (disponible en la Web 22/04/15 12.00 pág.m) www.acade rc.org.ar/doct rina/...cuantificaci on...debat e-incon cluso/.../file.

personalísimos de la víctima, (integridad personal, salud psicofísica, afecciones espirituales legítimas) sobre todo si se tiene en miras la pretensión de lograr una indemnización justa.

Y más se complica aún, en lo concerniente a las consecuencias que resultan de la interferencia en el proyecto de vida[11], ya que si bien en el Código hace expresa referencia a ello, en el marco doctrinario y jurisprudencial aún no se ha logrado perfilar su concepto.

Afirmación que se compadece con los antecedentes jurisprudenciales que hasta el momento lo han admitido en Argentina[12] y que si bien –en la mayoría de los casos ocupa la órbita extrapatrimonial– al incorporarse expresamente al CCCN, la interpretación ha comenzado a desplegar en variados aspectos, cuestión que exige profundizar su análisis con el objetivo de encontrar parámetros que permitan valorarlo y cuantificarlo con mayor certeza y justicia.

Al respecto en la página del Poder Judicial de la Nación, en la Jurisprudencia de Cámara de Apelaciones en lo Civil y en otros buscadores de la web, ante la voz "Proyecto de Vida", se advierten varios casos en los que se lo ha reconocido por montos, valores y

[11] GALDOS, Jorge Mario (2005) ¿Hay daño al proyecto de vida? LL 2005-1005. Se designa como proyecto de vida al rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir en el sentido existencial derivado de la previa valoración, lo que la persona decide hacer con su don de vida. En otras palabras: "se consuma una lesión de tal índole cuando se interfiere en el destino del sujeto, frustrando, menoscabando o postergando su realización personal". Se trata de la mutilación del plan existencial del sujeto, de aquél que conforma su libre, personalísimo, íntimo y auténtico "ser y hacer" y en la medida que ese plan supere el mero deseo, aspiración o expectativa y que se arraiga en la probabilidad cierta de que el objetivo vital sería razonablemente alcanzado de no mediar el hecho nocivo. Por ello la alteración debe ser profunda y comprometer las potencialidades, condiciones y predisposiciones ciertas.

[12] CARNOTA W. (2014) "El daño al proyecto de vida en clave Constitucional"… La institución "daño al proyecto de vida" ha tenido, en lo que al ordenamiento jurídico argentino respecta, más promesas (con bellas alusiones jurisprudenciales) que definiciones concretas. Disponible en la web (Abril/2015) https://www.eldial.com /nuevo/lit e-tcd-d etalle .asp?id...

en condiciones muy diversas y que se podrían resumir de la siguiente manera:

· En un caso como parte del daño patrimonial por pérdida del proyecto.

· En tres casos como parte del Daño Moral.

· En dos casos como secuelas dentro de la Incapacidad Sobreviviente.

· En un caso por (Responsabilidad Médica, por dificultades en el parto y daño psico-físico al menor), se valoró la alteración al proyecto de vida de la madre en $ 300.000.

· En un caso muerte por Accidente de Trabajo (2015): Reparación material a favor de la mujer del trabajador fallecido, quien se encontraba dedicada exclusivamente a su hogar, no teniendo posibilidades de trabajar con hijos pequeños[13].

· En un caso de Accidentes de Trabajo- Acción Civil (2016) por daño a la persona del trabajador que influye negativamente en cualquier opción laboral, se proyecta sobre su vida en sociedad[14].

· En un caso por Responsabilidad Médica por falla en la ligadura de trompas, se rechaza como daño al "proyecto de vida económico" y se reconoce como Daño Moral, por información deficiente[15].

· En un caso como Perdida de Chance, en cuanto frustración del proyecto de vida y lesión a la libertad, evaluándose en $ 80.000.

Fallos que develan la amplitud de este daño, que en el marco de la Jurisprudencia Argentina, en ocasiones emerge como parte del daño patrimonial, extra-patrimonial y/o Daño Moral y en otras… conformando la incapacidad sobreviniente, la "pérdida de

[13] CNAT Sala II Expte Nº 11.699/2010 Sent. Def. Nº 104.150 del 3/03/2015 "Giménez, Marco vangelista y otros c/ ENFRA S.A y otros s/ accidente – acción civil" (González - Maza).

[14] CNAT Sala III Expte Nº CNT 35.859/2008/CA1 Sent. Def. del 21/4/2016 "Lizondo, Miguel Ángel c/Maycar SA y otros s/accidente – acción civil" (Cañal – Rodríguez Brunengo – Pesino).

[15] 0.00219858 || V., pág. V. J. y otro vs. I. M. de O. S.A. y otros s. Daños y perjuicios /// CNCiv. Sala G; 19/12/2017; Rubinzal Online; 30470/2013; RC J 664/18.

chance" o como en el fallo "Lizondo, Miguel Ángel c/Maycar SA y otros s/accidente – acción civil" donde se lo reconoce por su incidencia negativa en cualquier opción laboral.

Por lo que, más allá de la importancia del rol que ha adquirido el Juzgador en el Siglo XXI, no pareciera razonable seguir dejando librado a su mero arbitrio judicial, la identidad de una figura tan trascendente para las personas y ante su virtual reconocimiento en el CCCN, situación de hecho y de derecho que podría poner en crisis los nuevos principios protectivos.

De modo que para hacer realidad el art. 1740 CCC de la "reparación plena" y lograr la restitución de la situación al estado anterior del hecho dañoso, en casos de tanta diversidad y magnanimidad como los aludidos, resultaría sumamente beneficioso ir ajustando extremos, que permitan develar cuales son los contornos que tanto –doctrinaria como jurisprudencialmente– han ido perfilando la noción "proyecto de vida".

Todo ello con el interés de remover algunas incertidumbres conceptuales, y tratando de develar cuál es el "bien jurídico" que se protege.

Un tema para nada menor, que podría ser útil para introducir indicadores objetivos que a la vez que acoten los extremos jurídicos de la figura en cuestión, aporten elementos que resulten "considerables", a la hora de ponderar la magnitud y medularidad de la lesión que se propina.

IV. Algunas precisiones sobre el daño al proyecto de vida y el bien jurídico protegido

En esa dirección no se puede soslayar que la incorporación expresa al art. 1738 CCCN refiere e indica que lo que en el marco nacional se encuentra reconocido como daño, es toda interferencia al proyecto de vida, lo que en definitiva y del detalle del apartado 2* de este trabajo, quedaría tipificado ante la vulneración o afectación de alguno de los derechos personalísimos hoy enumerados en los arts. 51 y 52 CCCN.

De allí que resulte de interés para el juzgador a la hora de valuar dicha interferencia, dilucidar –en el caso concreto– cuál de los derechos personalísimos es el que ha sido vulnerado, a saber;

· Reconocimiento y respeto de su dignidad (art. 51).

· Lesión en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen, identidad, libertad, etc. (art. 52).

Sin perder de vista cuál de los bienes jurídicamente protegidos sería el que ha sufrido la lesión, ello con el objetivo de ir acotando dirección y extensión en referencia al daño propinado.

En este sentido se trae a colación la interpretación nacional y el significado que otorga la doctrina a este nuevo daño que incorpora el 1738 CCCN. Se designa "proyecto de vida" al rumbo o destino que la persona otorga a su vida, es decir en el sentido existencial derivado de la previa valoración, lo que la persona decide hacer con su don de vida[16].

Concepto admitido por los tribunales de diversas latitudes, que han reconocido a la alteración de las condiciones de existencia de la víctima, como un tipo de daño que merece ser reparado, evaluando esas condiciones en sentido dinámico, ya que involucran las perspectivas y proyectos del damnificado[17].

De allí que se consuma una lesión al proyecto de vida, cuando se "interfiere" en el destino del sujeto, frustrando, menoscabando o postergando su realización personal". Es una mutilación del plan existencial, de aquél que conforma su libre, personalísimo, íntimo y auténtico "ser y hacer" y en la medida que ese plan supere el mero deseo, aspiración o expectativa y que se arraigue en la probabilidad cierta de que el objetivo vital sería razonablemente alcanzado de no mediar el hecho nocivo.

Por ello la alteración es profunda, por que compromete las potencialidades, condiciones y predisposiciones ciertas.

---

[16] In sic GALDOS, Jorge Mario. (2005).

[17] NISNEVICH, Alejandro D. (2013). Daño al Proyecto de Vida: Un Valioso Aporte Sudamericano a la Cultura Jurídica Mundial. . Año VI. Número 19. Avalado por:
http://www.forodeabogados.org.ar/edicion19/tema04.html.

Por otro lado y a modo de sumar consideraciones de interés al análisis, resulta valioso lo postulado por Matilde Zavala de Gonzalez (Burgos O 2008), cuando indica que para la determinación de la entidad del daño al proyecto de vida y consecuentemente para una adecuada justipreciación de su resarcimiento, habría que considerar los efectos a futuro[18], por ejemplo:

1) La viabilidad de rehacer el "proyecto" original.

2) La viabilidad de creación de un "proyecto" alternativo al afectado.

3) El grado de desarrollo que el individuo dañado había alcanzado en "su" proyecto hasta el momento de ocurrencia de la acción u omisión dañante.

En este sentido también Nisnevich refiere a la obra de Zavala de González M e indica: "el daño al proyecto de vida es tanto más serio cuanto menores sean las posibilidades de sustitución; o resignificación.

Sobre la importancia de la reformulación del proyecto de vida, fue conteste con esta reflexión la CSJN en el caso Milone[19], cuando justificó el apartamiento del sistema de la Renta periódica del art. 14.2 inc b) de la Ley N° 24.557 y en el Considerando 7 indica: … Que la "frustración del desarrollo pleno de la vida" del trabajador resultaba de la grave incapacidad psicofísica que repercutía no sólo en la esfera económica sino en todos los ámbitos (doméstico, cultural y social) de la víctima.

En esa dirección y desde otra ciencia social, la psiquiatra Piera Alaugnier (1991)[20] le otorga mayor dimensión a la cuestión cuando explica que las personas comienzan a proyectarse y a con-

[18] BURGOS, Osvaldo. (2008). El Hombre como Promesa: Tiempo y Libertad. El Daño al Proyecto de Vida y el Daño Existencial. ¿Son Asegurables? Avalado por: http://www.personae danno.it/ index .php?optio n=com_ content&view=a rticle&id=26 519&catid= 49&Itemid =318 &mese=05& anno=2008.

[19] CSJN. M 3724 XXXVIII "Milone, Juan c/Asociart SA ART s/accidente" 26/10/04 Fallos 327:4607.

[20] ALAUGNIER Piera. (1991). Construir(se) un pasado. En: revista Psicoanálisis APdeBA. Volumen XIII. Número 3. Avalado por: http://apdeba.a ulainstitucion al.com.ar/file.php/ 1/Aulagnier_ Construirse -pasado_Revi sta-1991 -3.pdf.

formar su identidad desde el momento mismo de su nacimiento en que empieza un incesante trabajo psíquico de composición y recomposición identificatoria que se irá llevando adelante a lo largo de toda la existencia.

Emergiendo "la identidad" como un proceso personal complejo, inacabado e inacabable del trabajo de historización del Yo, indisociable del discurso cultural y de la propia memoria del Yo pasado al que el Yo presente hace un llamado para poder reconocerse como existente.

Benhaim[21] explica que con el Yo, irrumpe en la psique la "temporalidad", que no solo se limita a reconstruir el pasado sino que abre un tiempo futuro, sobre un saber del Yo futuro y sobre el futuro del Yo, proceso que le da al sujeto un sentimiento de continuidad a pesar de los cambios, de sus deseos, de sus elecciones, procurando que lo que se modifique en él no lo vuelva extraño a sí mismo, ni a lo que fue.

El "proyecto" entonces se presenta como lo que, en la escena del consciente, se manifiesta como efecto de estos mecanismos inconscientes (propios de la identificación) que en cada etapa se van representando "en acto". Algo que jurídicamente fuera descripto por Fernandez Sesarrego[22] como aquello que se comienza a desplegar desde el origen mismo de la vida en el seno materno, formalizándose en proyecto.

En idéntico sentido D'Angelo[23] afirma que el proyecto de vida es un modelo ideal sobre lo que el individuo espera o quiere ser y

[21] BENHAIM, David. (2011). Historia y Kulturarbeit De Piera Aulagnier a Nathalie Zaltzman. Revista digital de cultura, ciencia y pensamiento Letra Urbana. Edición 20. Avalado por: http://letraurbana. com/articul os/historia-y-ku lturarbeit- de-piera-au lagnier- a-nathalie -zaltzman/.

[22] FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1997). El derecho a la Identidad – Revista de Derecho Themis N° 36 año 1997 – Ed. PUCP: el derecho a la identidad personal "asegura la fiel representación de la proyección social", e http://revista s.pucp.ed u.pe/inde x.php/themis/a rticle/vie w/11743 /12311.

[23] D'ANGELO HERNÁNDEZ, Ovidio S. (2004). Proyecto de Vida como categoría básica de interpretación de la identidad individual y social. Avalado por: http://biblioteca.clacso.edu.ar/subida/uploads/FTP-test/ Cuba/cips/20120827125359/angelo8.pdf.

hacer, que toma forma concreta en la disposición real y sus posibilidades internas y externas de lograrlo, definiendo su relación hacia el mundo y hacia sí mismo, su razón de ser como individuo en un contexto y tipo de sociedad determinada.

De allí que, más allá de que a este tipo de daño generalmente se encasille en la órbita extrapatrimonial, su resarcimiento deba encontrarse compuesto además por lo patrimonial del daño, ya que, si los proyectos de vida forman parte del proceso de identificación de los sujetos, psicológicamente se constituyen a lo largo de la vida y en tres aspectos fundamentales a saber;

· "Lo cultural"; las identidades personales están enraizadas en contextos colectivos culturalmente determinados, advirtiéndose durante la modernidad, el predominio en la formación de identidades personales a través de las identidades de clase y las identidades nacionales.

· "El otro": el respeto de sí mismo de una persona, depende de que otros respeten su dignidad humana. La autoestima puede existir sólo en la medida que los otros reconozcan el aporte de una persona como valioso (lo que se refleja en el amor o preocupación por la persona, respeto a sus derechos y estima por su contribución).

· "Lo material": los seres humanos proyectan su "si mismo", al producir, adquirir o modelar cosas materiales, el cuerpo y otras posesiones son vitales para el auto-reconocimiento de los sujetos.

En este orden el significado de lo material en cuanto posesión y propiedad de los objetos, indica Larraín, son una extensión de la personalidad y por ende hacen a la identidad. Mi propiedad es lo que obedece a mi voluntad, es decir, aquello en lo cual mi sí mismo se expresa y se realiza externamente. Y esto ocurre antes y más completamente que con ninguna otra cosa con nuestro propio cuerpo, el cual, por esta razón, constituye nuestra primera e indiscutible propiedad.

Las posesiones materiales ocupan un rol esencial en la constitución de la identidad e incluyen el cuerpo, la tierra y otras pertenencias significativas que en definitiva marcarán la identidad de un individuo[24].

[24] LARRAÍN, Jorge (2001). Identidad Chilena. El concepto de identidad

Las cosas materiales; son las que hacen "pertenecer" o dan el sentido de pertenencia, ya que contribuyen a modelar las identidades personales al simbolizar una identidad "colectiva o cultural" a la cual se quiere acceder.

De allí que si dañar el proyecto de vida, significa dañar la identidad personal de los sujetos y si los objetos y las cosas materiales obtenidas configuran el "sí mismo" de las personas, circunscribir el resarcimiento del daño al proyecto de vida solo a lo extra-patrimonial, es un modo de mutilar la indemnización, su integralidad y reparación plena, desmembrando la identidad de los sujetos en cuanto unidad biopsicosocial.

Ello es así ya que, de los párrafos transcriptos y analizados supra, queda claro que la ruptura del proyecto de vida, no solo provoca un detrimento en el interior, por la angustia, desazón e impotencia ante el proyecto perdido, sino que afecta el proceso de identificación y consecuentemente otro más de los "atributos de la persona"; el patrimonio.

Sin embargo el análisis no se agota en la identidad personal, social o material de las personas, ya que como largamente lo ha referido el maestro Carlos Fernandez Sessarego en torno a la figura del "proyecto de vida", enfocándose en sus cimientos filosóficos, al que considera en relación directa con "la libertad".[25]

Expresa el autor que vivir es desplegar la libertad en el tiempo para crear proyectando, de acuerdo a instancias valorativas. Vivir supone la existencia de un ser libre y creador, capaz de vivenciar valores, con mayor o menor intensidad. La realización de cada hombre, no obstante ser igual a los demás, lo hace sólo idéntico a sí mismo. Ello no podría ocurrir si el ser humano no fuera capaz de vivir la vida de la libertad. La libertad, que es pura decisión, permite que la vida de cada uno, su propia biografía, sea única, singular, intransferible.

Una vez que, por ser libres y tener la capacidad de valorar, decidimos o elegimos un proyecto de vida, tratamos por todos los

Identidad y mismidad. Lom. Santiago de Chile.

[25] FERNÁNDEZ SESSAREGO Carlos (2016) El Derecho y la Libertad como proyecto disponible en red http://revistas.pucp.edu.pe/in dex.php/iuset verit as/articl e/view/16375.

medios o instrumentos a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida.

A modo de síntesis queda claro que para determinar la indemnización del daño al proyecto de vida habrá que tener en cuenta que su interferencia (art. 1738 CCCN) implica haber lesionado la libertad y/o la identidad, en cuanto bienes personalísimos, jurídicamente protegidos y de raigambre Constitucional en el marco de los daños a la persona.

Interferencia que por su importancia y ubicuidad en el CCCN genera en la victima daños patrimoniales y extrapatrimoniales, individuales y/o colectivos, que integran el yo del damnificado y que llevan al juzgador a la tarea de sopesar la magnitud de la lesión, conforme y en mérito de las posibilidades de resignificación futura del proyecto perdido.

Cambia aquí la mirada del juzgador y asume importancia la complejidad[26] también introducida como paradigma entre los fundamentos del CCCN y que lejos de la bipolaridad del otrora derecho privatista, permite incorporar al análisis; valores heterogéneos, mutables, difusos e interpretar equilibradamente normas, texto, contexto, intereses, bienes y derechos.

En particular estos, que por su ubicuidad en el CCCN emergen como fundamentales, de donde para fijar su indemnización, justipreciación y cuantificación del daño, resulte por demás importante ponderar y sopesar los derechos fundamentales que se enfrentan y de indiscutida tutela Constitucional.

Aspecto en el que la Corte reiteradamente ha dicho: La Constitución es una estructura coherente, por lo que su interpretación no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente.

Cuestión que si bien –acarrea un problema al derecho positivo argentino– al exigir la re-significación y actualización de conceptos, fructificará en nuevas construcciones cuyas proyecciones acarrearán muchos más beneficios que las complicaciones que citan en su obra Pizarro y Vallespinos (in sic. T I, pág. 145).

[26] MORIN, Edgar (1990). Introducción al pensamiento complejo. Serie CLA-DE-MA Psicología/ciencias cognitivas. Traducción Marcelo Pakman. Gedisa. Barcelona. ISBN 978-84-7432-518-8.

Situación que nos lleva –al menos prima facie– a considerar la ponderación como mecanismo de valoración de interés a la hora de determinar y cuantificar la indemnización por daños, en los que el interés legítimo protegido comprometa alguno de los derechos personalísimos integrados al plexo del CCCN y de entre ellos al proyecto de vida.

V. La ponderación

La ponderación[27] puede definirse como "la forma de decidir de un órgano público" prestando atención simultánea a dos o más principios, bienes, intereses, derechos o valores contrapuestos.

Robert Alexy[28] considera que la ponderación o el balanceo cumple un rol preponderante en el actual debate sobre la interpretación de los derechos fundamentales, es la metodología más apropiada para hacer efectivos este tipo de Derechos que son "abstractos", es una suerte de optimización relativa a principios contrapuestos.

Se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelar los derechos fundamentales de la mejor manera posible, expandiendo su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos.

Hoy en día tanto los jueces constitucionales como los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales, el razonamiento judicial se hace más complejo al tener que valorar la situación en la que pueden quedar subsumidos principios fundamentales, ante la aplicación de otro principio de igual importancia.

Está claro que allí entran en juego técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, "la ponderación", "la pro-

[27] ORTEGA Luis (Madrid 2009) Ponderación y Derecho Administrativo. Ed. Marcial Pons. 2009, págs. 9-11.

[28] ALEXY Robert. Ponderación, Control de Constitucionalidad, Representación Traducción al castellano de René G de la Vega.https://archivos.juridicas. unam.mx/ www/bjv/li bros/5/219 6/4.pdf.

porcionalidad", "la razonabilidad" con el fin de lograr la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, tal y como lo explica Miguel Carbonell[29] en la obra "El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional". Los operadores constitucionales se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con "valores" que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos recurriendo a aplicar el "límite de los límites" a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos.

Para resolver esto, Robert Alexy refiere que las reglas son normas y que, si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo, por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado de la mayor manera posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

Por su parte indica que la ley de la ponderación puede ser fragmentada en tres etapas; la primera establece verificar los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio, en la segunda etapa se establece la importancia de satisfacer del principio opuesto y en la tercera etapa se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primer principio.

Más allá de la agudeza de las fórmulas matemáticas propuestas por el autor, su utilidad en la valoración de la interferencia o intromisión a derechos fundamentales como la libertad o la identidad, pareciera encaminarse a otorgar racionalidad a las decisiones en un doble aspecto; la racionalidad teórica que exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claras y estén libres de toda contradicción y la racionalidad práctica que

[29] CARBONELL. Miguel (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Revista Serie y Justicia Derechos Humanos – Neoconstitucionalismo y Sociedad – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ed. Miguel Carbonell. Quito, Ecuador, 1ra. edición: diciembre 2008, disponible en la web – http://www.biblio. dpágs.cl/bi blio/Data Bank/4271 .pdf.

determina las condiciones que un acto humano debe reunir para ser racional.

Ello es así ya que propone que en esas tres etapas del proceso de fragmentación se puedan realizar juicios racionales acerca de; a) la intensidad de la interferencia b) los grados de importancia c) la relación entre los elementos, que permite desarrollar una escala con niveles, leve, moderado y grave.[30]

Afirmación de racionalidad práctica que expresa un verdadero sentido evaluativo, y que en Argentina permitió a la CSJN declarar Inconstitucional del art. 14 inc. 2 b) de la Ley N° 24.557 en "Milone, Juan Antonio c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente - Ley N° 9.688" dando preferencia al principio protectorio, situación particular en la que la Corte advirtió: "un trance de tamaña gravedad, por ende, llevará seguramente al trabajador –y, en su caso, a la familia de éste– a una profunda reformulación de su proyecto de vida, para lo cual la indemnización a que tenga derecho se presentará como un dato de importancia inocultable por mayúsculo", acción de indudable ponderación en el que se hizo realidad el postulado de Robert Alexy en cuanto a que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado de la mayor manera posible de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.

Oportunidad en la que la CSJN introduce y le otorga enorme relevancia no solo la figura del daño al proyecto de vida en sí, con identidad y perfiles propios, sino que refiere de manera particular a su reformulación, ponderando los efectos a futuro, en cuanto a la inviabilidad de rehacer el "proyecto" original y a las pocas posibilidades que tenía el actor de crear un "proyecto" alternativo al

[30] In sic ALEXY Robert. Ponderación, Control de Constitucionalidad, Representación…para mostrar la posibilidad de juicios racionales en relación a la intensidad de la interferencia y los grados de importancia toma como ejemplo una decisión del Tribunal Constitucional Alemán sobre las advertencias de los riesgos para la salud. El Tribunal califica el deber de las compañías de tabaco de advertir el riesgo de fumar como una intervención relativamente leve respecto de la libertad de ejercer una profesión. Por el contrario, una restricción de vender todos los productos de tabaco sería considerada una restricción grave, entre estos casos leves y graves se puede encontrar interferencias de intensidad moderada.

afectado, atento a la incapacidad producida, todo ello tal como lo enunciara Matilde Zavalla de Gonzalez.

Razonamiento y fundamentación que también se advierte al declararse la Inconstitucionalidad del art. 39 de la misma LRT en el caso "Aquino Isacio C/ Cargo Servicios Industriales SA" al considerar que aplicar las restricciones impuestas a los derechos fundamentales por el legislador a través de la ley de riesgos del trabajo acarrearían consecuencias graves a los trabajadores, aun cuando no refiera tan directamente al daño al proyecto de vida, hace hincapié en el reconocimiento de los principios alterum non laedere y de reparación plena como principios constitucionales, exigiendo que cualquier ley o norma que los vulnere tenga que sortear inevitablemente un examen de constitucionalidad, tal y como considera Robert Alexy debe acontecer cuando se trata de derechos fundamentales.

En definitiva el tema pareciera más sencillo y de mayor utilidad cuando de lo que se trata es de evaluar la restricción a los derechos fundamentales en la órbita institucional o política, en donde lo importante a evaluar son las consecuencias en orden personal o colectivo pero en relación a las facultades del poder y los derechos de las personas, ello en mérito que a las instituciones se las caracteriza como un instrumento cuya legitimidad descansa en la protección de los individuos, sus derechos e intereses, los que deben encontrarse plenamente protegidos y nunca minimizados.

En este sentido los derechos explican por qué y el para qué del Estado de manera que la actuación de este, solo será aceptable en la medida que satisfaga o al menos no viole los derechos que dotan de contenido a la noción de justicia, considerando que precisamente este sería el núcleo del constitucionalismo[31], la limitación del poder, de todo poder desde los derechos fundamentales y hoy también desde los derechos Sociales.

Al respecto y dejando delineados algunos aspectos de importancia respecto del daño al proyecto de vida, y su reconocimiento

[31] ALFERILLO E.Pascual (2018).El proceso de constitucionalización del Derecho Privado en la Argentina Revista Iberoamericana de Derecho Privado – Número 7 – mayo 2018 – Derecho Privado y Constitución 23-05-2018- cita: IJ-DXXXIV-709.

en nuestro territorio son extensos los fundamentos que llevan a presuponer la Inconstitucionalidad de innumerables leyes que afectan a los adultos mayores, que en particular al provocar el alongamiento de los plazos en juicios relacionados con temas de Seguridad Social[32] terminan ocasionando daños de extraordinaria magnitud en la persona y en la salud de las personas mayores, trabajadores incapacitados y enfermos, quienes en su mayoría no cuentan con tiempo suficiente para reformular proyecto alguno.

Normas que se debieran meritar de manera proporcionada con el añorado bien común que propone el Estado Argentino a partir de su preámbulo en la CN, y que a lo largo de la historia NO se ha analizado a pesar de que el Sistema Previsional ha sido reiteradamente utilizado como válvula de escape para equilibrar las desventuras económicas de diversas políticas de Estado.

En esa dirección no yerra el autor Español Velasco[33] cuando expresa: "ponderar" es una forma de ejercicio de poder decisorio, poder que ha sido creado por una norma jurídica, y que puede expresarse en forma normativa o resolutiva, las decisiones ponderativas se presentan allí donde el ordenamiento jurídico no ha fijado un verdadero criterio de decisión sino más bien una pluralidad de parámetros normativos negativos, no uno único y positivo.

De modo que es aquí donde el Estado Argentino en cuanto persona jurídica pública (art. 141, 146 inc. a CCCN) cuyos derechos y obligaciones solo se adquieren para cumplir con el objeto y los fines de su creación (el bien común) deberá ir encontrando el modo –a través de sus instituciones– de poner límites a la política y/o a la acción de los ciudadanos que de cualquier modo interfieran en el ámbito de los derechos fundamentales, de manera tal que ello implique un sacrificio en el ejercicio estos.

Cuestión que de ser así deberá estar justificada y ser proporcional a la necesidad de preservar un bien de análoga importancia

[32] TORANZO, María Rosana (2018). El derecho de daños en la Seguridad Social Ed. UNSJ, San Juan, 2018 pág. 247.

[33] VELASCO CABALLERO, Francisco (2009). Método de la ponderación y sistema competencial en obra "Ponderación y Derecho administrativo" Ortega Luis y Susana de la Sierra. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 141.

conectado a la propia constelación de los valores en los que reposa ese derecho.

En esta dirección queda clara la relación entre los derechos personalísimos cuyos aspectos dinámicos como estáticos[34] aparecen como los bienes jurídicamente protegidos en el marco del especial amparo, que tanto individual como colectivamente pasan a integrar el derecho positivo argentino.

Por lo que en virtud de la puesta en pista del "paradigma protectorio", plasmado en el pto. IX - Introducción al CCCN que alude y concentra lo Social, se operativizan los mandatos Internacionales Constitucionalmente reconocidos tendientes a tomar medidas de acción positivas y a lograr la protección los derechos económicos sociales y culturales (DESC).

De donde la especial consideración del daño al proyecto de vida como consecuencia directa de la lesión a alguno de los derechos personalísimos y la dinámica en la vida de la persona dañada, permitirían realizar una valuación más acertada a través de la metodología de "la ponderación" y en pos de lograr la reparación plena del art. 1740 CCCN.

VI. Conclusión

a- El alistamiento de los derechos personalísimos en el CCC trasluce el interés del legislador en considerar a las personas como un todo inescindible e indisociable (unidad bio-psico-social).

b- La enunciación de los arts. 51 y 52 CCC otorga identidad a derechos Internacionalmente reconocidos como Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), en la órbita del derecho interno.

c- La incorporación del "proyecto de vida", la prohibición de su menoscabo y el principio de Indemnización plena, remiten a mensurar los daños conforme las previsiones incorporadas con las modificaciones al CCCN y bajo el paradigma de la complejidad.

[34] CERUTTI, María del Carmen y PLOVANICH, María Cristina, IDENTIDAD PERSONAL, disponible en la web. www.acaderc.org.ar › Institutos › Instituto de Derecho Civil.

d- La Ponderación se constituye en una herramienta de suma utilidad en tanto y en cuanto permite valorar con suficiencia y justicia el "daño al proyecto de vida"; pudiendo mensurarlo conforme sea "la identidad" o "la libertad" el bien jurídico lesionado y especialmente protegido y en cuanto Derecho Fundamental lesionado.

La antijuridicidad como presupuesto de la Responsabilidad Civil en el Código Civil y Comercial y sus eximentes

Abg. Erica Von Zedtwitz

I. Introducción. Nociones generales

El propósito del presente trabajo es analizar uno de los 4 presupuestos de la responsabilidad civil, la llamada antijuridicidad, su evolución y las causales de justificación que prevé expresamente el Código Civil y Comercial de la Nación.

Como es sabido, tradicionalmente tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que para que haya responsabilidad civil deben concurrir cuatro elementos: un hecho antijurídico; un daño; relación causalidad y un factor de atribución.

Sin embargo, la exigencia del primero de ellos –llamado antijuridicidad– ha sido puesta en tela de juicio en los últimos tiempos, llegando a la negación por parte de alguna doctrina. Ello se debe fundamentalmente a que tanto en nuestro país como en el extranjero la teoría de la reparación no se construye sobre el acto ilícito sino sobre el acto dañoso o injustamente sufrido así se han desarrollado distintas teorías respecto a la negación de la misma y sobre la existencia de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad.[1]

La doctrina no es pacífica a la hora de determinar si la antijuridicidad es un presupuesto necesario o no para el progreso de la pretensión resarcitoria.[2]

Así nos encontramos con dos teorías:

A) Negatoria de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad Civil la cual se basa en los siguientes argumentos:

· La antijuridicidad no es presupuesto de responsabilidad civil puesto que hay deber de reparar por actos lícitos.

· La antijuridicidad no existe en los supuestos de responsabilidad objetiva.

· La antijuridicidad solo puede tener existencia como requisito negativo de la responsabilidad civil, ya que el resarcimiento debe prosperar a menos que exista una causa de justificación de la conducta (No antijuridicidad).

[1] Ibarlucía, Emilio A. Antijuridicidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional Publicado en: LA LEY 28/12/2011, 28/12/2011.

[2] Prevot, Juan Manuel: La antijuridicidad en el proyecto de reformas del Código Civil y Comercial de 2012 RCyS2013-VIII, 22.

B) Superadora y predominante en nuestros tiempos, la cual considera a la antijuridicidad como elemento esencial y plenamente vigente.

En respuesta a los motivos dados por la teoría negatoria se sustenta que si bien existe responsabilidad por actos lícitos y tal como lo manifiesta Mosset Iturraspe la responsabilidad por actos lícitos constituye supuesto de excepción, en la medida en que pese a la causa de justificación, procede la condena a indemnizar. Si bien existen actividades licitas, ante el acaecimiento de daños a intereses protegidos de terceros mediante el desarrollo de tales actividades, surge la obligación de reparar el perjuicio cometido.[3]

Así en las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal celebradas en Junín, Pcia. de Bs. As., en octubre de 1994, se sostuvo que: "El obrar dañoso contemplado por el art. 1113 en función del riesgo creado configura un acto objetivamente injusto".

II. Concepto de Antijuridicidad. La Antijuridicidad objetiva y subjetiva

A priori debemos decir que hacia mediados del siglo XX comenzaron a coexistir dos clases de antijuridicidad:

a) La antijuridicidad objetiva: constituida por la conducta o actividad desenvuelta en contradicción con la permitida o impuesta por el ordenamiento jurídico.

b) La antijuridicidad subjetiva: que considera que la conducta del hombre, además de ser contraria objetivamente al ordenamiento jurídico, debe ser culpable para ser considerada como ilícita; se identifica antijuridicidad con culpa.[4]

La concepción objetiva es la tesis que ha prevalecido desde ya hace largo tiempo en nuestro país y desde esa concepción objetiva de la antijuridicidad es que podemos definirla de la siguiente manera:

[3] Mosset Iturraspe, Jorge, "La prueba del daño injusto", en Revista de Derecho de Daños, Nº 4: "La prueba del daño – I", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, págs. 33-34.

[4] Citado por Carlos A. Calvo Costa en: La Vigencia de la Antijuridicidad en el actual derecho de daños.

"La Antijuridicidad es la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad". En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos. Por lo que en la responsabilidad Civil y a falta de tipicidad, todo daño irrogado a otro resulta antijurídico, salvo que el agente proceda en el ejercicio regular de un derecho o medie una causa de justificación.[5]

También nos encontramos con otras conductas que si bien no son contrarias a derecho son generadoras de un daño injusto y es esa injusticia del daño la que comunica la antijuridicidad a todo el acto.

Esta objetividad implica que la disconformidad que la misma importa respecto del ordenamiento jurídico es independiente de la situación de quien comete la acción o, en términos de responsabilidad civil, de quien causa el daño. Es decir que la antijuridicidad se diferencia completamente de la culpabilidad en la posibilidad de imputar el acto al autor en razón de haber mediado culpa o dolo.[6]

III. La Antijuridicidad y las causales de justificación en el Código Civil y Comercial. Su concepción material y su base constitucional

Es necesario recordar antes de entrar al tema a abordar, que a fin de superar el rigor de los arts. 1066 y 1074 del Código de Vélez y antes por supuesto de la entrada en vigencia de este Código ya la doctrina civilista había elaborado la teoría de la antijuridicidad material en contraposición con la forma prevista en aquellas normas.[7]

---

[5] Bueres, Alberto J., "Comentario al Art. 1066 del Código Civil", en Bueres, Alberto J, director – Highton, Elena I., coordinación, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Tomo 3, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs. 30-31.

[6] Aldo Luis de Cunto: La responsabilidad y la antijuridicidad por acto lícito. Lecciones y Ensayos.

[7] Ibarlucía, Emilio A. Antijuridicidad y responsabilidad civil. Funda-

Sabido es que efectivamente más de una vez no es posible encontrar la norma expresa que prohíba una conducta, y sin embargo existe un daño causado. Por ello la teoría de la antijuridicidad material apunta a la contrariedad de la conducta con el orden jurídico en su conjunto y no a una norma en particular.

Nuestro nuevo Código Civil y Comercial se inclina de manera manifiesta por la llamada antijuridicidad material, según la cual la simple violación del neminen laedere implica ilicitud.

En la actualidad y así lo ha receptado este Código la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia de la CSJN considera que la simple violación del deber de no dañar ya de por sí importa una conducta contraria a derecho, y como se expresó en el párrafo anterior la antijuridicidad se manifiesta también en la violación del alterum non laedere, principio que emana de la propia Constitución Nacional en la primera parte del art. 19 de la C.N.

Así tenemos que ya la corte de Justicia de la Nación en 1986, emitió tres pronunciamientos donde marco una estrecha vinculación entre la Constitución Nacional y el derecho de daños. Así los casos Gunther y Santa Coloma aseveraron que el principio del alterum non laedere tiene raíz constitucional en el art. 19 de la C.N. al entender que tanta las acciones públicas como las privadas son alcanzadas por la autoridad de los magistrados cuando perjudican los derechos de terceros.

Ahora bien, establecida la base constitucional de la antijuridicidad, a continuación se abordará su tratamiento en el nuevo Código.

El art. 1717 se refiere expresamente a la antijuridicidad como: "Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".

Claramente a diferencia de su antecesor (art. 1066 del Código Vélez), el nuevo art. 1717 se inclina por la ya mencionada antijuridicidad material, por la cual la mera causación de un daño a otro ya de por sí constituye una conducta antijurídica.

Además, de la norma se infiere que la calificación de antijurídica desaparece, en el caso de que ocurra alguna causal de justifi-

mento constitucional Publicado en: La Ley 28/12/2011, 28/12/2011.

cación, las cuales son supuestos excepcionales que en principio justifican la violación del principio general de no dañar a otro.

Lo novedoso con respecto a este tema, es que en el código de Vélez había que recurrir a las normas del Código Penal o a los principios generales del derecho y por supuesto a la construcción realizada por la doctrina y jurisprudencia; cuestión que ha sido resuelta satisfactoriamente por el nuevo Código.

Por lo que el nuevo Código receptando la propuesta de la doctrina autoral y haciendo eco de los criterios jurisprudenciales de antaño y recientes, determina las causales de justificación en el art. 1718, pero que de ninguna manera son numerus clausus ya que el código se ha limitado a regular las causas más importantes, dejando en manos de los jueces valorar cada situación particular y así encontrar otras causas no mencionadas en los artículos de referencia.[8]

Las causas de justificación mencionadas por el art. 1718 del C. C. y C son las siguientes:

Está justificado el hecho que causa un daño:

· En ejercicio regular de un derecho:

Esto significa que si se trata de un ejercicio abusivo, tal conducta de por si es antijurídica.

El mismo encuentra su relación con el art. 10 del C. C. y C. el cual dispone: "El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres."

Para que el ejercicio de un derecho legitime la causación de un daño, el mismo debe ser regular, lo que supone indagar detenidamente no sólo en sus límites internos, sino también en los externos, o sea aquellos que derivan de su relación con otros derechos.[9]

---

[8] Ricardo Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo VIII, Rubinzal Culzoni, 2015, pág. 373.

[9] Pizarro y Vallespinos, Tratado de Responsabilidad civil. Tomo I, Parte General. Rubinzal Culzoni, 2017, pág. 459.

· En legítima defensa:

A diferencia del Código Penal, el Código Civil derogado no regulaba de manera orgánica a la legítima defensa, que solo aparecía insinuada en el art. 2470, en materia de defensa privada de la posesión.[10]

Hoy expresamente se encuentra previsto en el inc. b de la norma referida, la cual expresa: …Está justificado el hecho que causa un daño… en legítima defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, lícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegitimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene el derecho a obtener una reparación plena.

Se desprende del artículo que al tratar la legítima defensa lo hace siguiendo los parámetros habituales del derecho penal pero realizando una mención expresa del derecho del tercero ajeno a la situación que sufre un daño y que tiene derecho a la reparación plena. Requiere la existencia de ciertos requisitos los cuales son:

§ Existencia de una agresión ilícita, actual o inminente: Atento a que el código recepta una antijuridicidad objetiva no requiere de la existencia de un acto voluntario ni culposo.

§ Ausencia de provocación de parte de quien se defiende, o del tercero contra quien se dirige la agresión: No hay por ende legítima defensa cuando en realidad quien se defiende ha provocado al atacante.

§ Empleo de un medio racionalmente proporcionado para defenderse, en relación con el usado por el atacante. El Empleo de medios excesivos impide prevalerse de la causa de justificación y convierte en antijurídico el acto dañoso, se trata además de una cuestión de hecho que deberá ser evaluada en cada caso.

· Estado de necesidad:

En este aspecto el inc. c de la norma en estudio expresamente dispone: "Para evitar un mal, actual o inminente, de otro inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina

[10] Pizarro y Vallespinos, Tratado de Responsabilidad civil. Tomo I, Parte General. Rubinzal Culzoni, 2017, pág. 467.

en un hecho suyo; el hecho se halla justificado si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que le juez lo considere equitativo."

Sintéticamente la norma hace referencia al estado de necesidad que se configura cuando se causa un mal menor para evitar un mal mayor dándole la posibilidad al juez de que conceda una indemnización de equidad.

Llambías define al estado de necesidad, como causa eximente de responsabilidad, "...Cuando alguien para evitar un mal grave e inminente al que ha sido extraño, causa un daño a otro; en tal caso él no incurre en responsabilidad Si el perjuicio ocasionado es incomparablemente inferior al evitado y no ha habido otro medio para impedir éste último".

Podemos mencionar como elementos del estado de necesidad los siguientes:

a) El peligro actual de sufrir un daño en un bien jurídico;

b) Que la situación de necesidad no haya sido causada por la persona amenazada;

c) que no exista otra vía para eludir el peligro; y

d) que el daño que se ocasione sea menor al que se evite.

En este caso el perjudicado es una persona que es ajena al hecho, y es necesario para que se configure la causal, que el agente se encuentre frente a una situación de peligro la cual no ha sido causado por él y la única posibilidad de evitar ese daño sea la producción de otro daño pero de identidad menor, la entidad del daño es fundamental para que se configure la causal estipulada en la norma, ya que si el daño es de igual entidad la causal no se configura.[11]

La norma expresa además que a pesar de actuar el agente en estado de necesidad el damnificado tiene derecho a una indemnización, la cual será valorada por el juez de la causa.

Las causales mencionadas ya eran analizadas desde antiguo por nuestra jurisprudencia. Como ejemplo se pueden mencionar:

[11] Ricardo Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo VIII, Rubinzal Culzoni, 2015, pág. 374.

Caso Scheffer Ana T c/ Estado Nacional y otro, 24/08/2000, La Ley 2001 A, 449 en el cual concluye "Que aquel que origina el propio daño por una falta a él imputable está impedido para pretender indemnización. (…) la exclusión de la antijuridicidad por legítima defensa (art. 34 del C.P) tiene por fundamento el principio de la responsabilidad o el principio de ocacionamiento por parte de la víctima de la intervención, pues el motivo para la justificación del comportamiento reside en que la víctima de la intervención tiene que responder por las consecuencias de su accionar y debe asumir el costo de que el defensor se comporte tal como le ha sido impuesto por el contacto social."

· Otras situaciones contempladas:

Luego de mencionar las causales de justificación, el nuevo Código en los arts. 1719 y 1720 prevé dos situaciones con ciertas características peculiares:

> *Así el art. 1719 dispone: "La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal. Quien voluntariamente se expone a una situación de peligro para salvar la persona o los bienes de otro tiene derecho, en caso de resultar dañado, a ser indemnizado por quien creó la situación de peligro, o por el beneficiado por el acto de abnegación. En este último caso, la reparación procede únicamente en la medida del enriquecimiento por él obtenido.*

La norma transcripta revela dos situaciones: la situación de riesgo y el llamado acto de abnegación.

Roberto Vázquez Ferreyra sostiene que en el caso de asunción de riesgos la eximición de responsabilidad que no deviene por la ausencia de antijuridicidad sino por el quiebre de otro presupuesto de la responsabilidad civil, cual es el nexo de causalidad. Es decir, que es un tema de causalidad y no de antijuridicidad.[12]

[12] Por Roberto A. Vázquez Ferreyra. La antijuricidad en el nuevo Código

Por otra parte el art. 1720 del C.C y C dispone: Consentimiento del damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles.

Para que funcione como eximente de responsabilidad el mismo debe ser libre e informado; no debe constituir una cláusula abusiva y no debe estar referido a bienes no disponibles. Este último requisito es que el más problema puede aparejar en situaciones previstas por disposiciones especiales como por ejemplo accidentes deportivos, en virtud de que claramente la integridad física de las personas no son bienes disponibles.[13]

IV. Conclusiones

La mayoría de la doctrina actual considera a la antijuridicidad un presupuesto autónomo y necesario de la responsabilidad por daños, ya que sin antijuridicidad no hay deber de indemnizar, además de considerar a la misma con un criterio objetivo, prescindiendo de todo elemento subjetivo. En otras palabras, que el suceso resulte inculpable no significa que deje de ser ilícito.

Sabido es que el fundamento constitucional del derecho a la reparación es el principio "alterum non laedere" (doctrina de la Corte Suprema), el que debe ser armonizado con el requisito de la antijuridicidad que también tiene raíz constitucional; por lo tanto ambos presupuestos son indispensables de la responsabilidad Civil hoy unificada y extensible en consecuencia tanto a la esfera contractual como a la extracontractual.

Se considera acertada no solo la regulación expresa de la antijuridicidad como presupuesto autónomo de la responsabilidad, sino además las eximentes o causas de justificación contempladas también de manera expresa, suprimiendo la necesidad de acudir a las normas del Código Penal.

Civil y Comercial.

[13] Enrique Máximo Pita, La Responsabilidad Civil Deportiva. Rubinzal Culzoni, 2014, pág. 264.

Daño al proyecto de vida de los menores en las relaciones de familia

Dr. Juan Carlos Pandiella Molina

I. Introducción

En el nuevo Código Civil y Comercial, Ley N° 26.994, el proyecto de vida es mencionado en los arts. 431[1] (derechos y deberes de los cónyuges), 509[2] (uniones convivenciales), 1738[3] (daño resarcible), modificación del art. 40 bis[4] Defensa al Consumidor (daño directo - ámbito de aplicación).

---

[1] Art. 431.- Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.

[2] Art. 509.- Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

[3] Art. 1738.- Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

[4] Art. 40 bis.- Daño directo. El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios. Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán 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 norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta; b. estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas; c. sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente. Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos 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 no patrimoniales.

Como se puede observar, el régimen del matrimonio como en las uniones convivenciales, tienen como punto de confluencia, que en ambos casos se establece el compromiso de llevar adelante un proyecto de vida en común, comprensiva de compartir la convivencia, los afectos, alegrías y tristezas, tener hijos, adquirir una vivienda, u otros bienes muebles o inmuebles que les dé una renta para su vejez, proyectar asistencia mutua justamente para el momento de la vejez, etc.

Ahora bien, ante la ruptura de ese matrimonio y/o unión convivencial nos preguntamos:

¿Existe una interferencia al proyecto de vida? ¿Los únicos damnificados son los cónyuges y convivientes? ¿Los hijos tienen un proyecto de vida?

Cuestionamientos, que esperamos lograr encontrarles respuestas a lo largo del presente trabajo.

II. Proyecto de vida

Es menester destacar, que el daño al Proyecto de Vida es, incuestionablemente, una creación sudamericana, de uno de los más brillantes juristas de nuestra historia regional al desarrollo del pensamiento jurídico global, estamos hablando del jurisconsulto peruano Carlos Fernández Sessarego, que tuvo recepción casi inmediata por la jurisprudencia, hoy consolidada, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos , situó a este organismo en una posición de vanguardia respecto a su par europeo, en la búsqueda de una reparación integral de la víctima.[5]

Este gran maestro peruano, para arribar al concepto del "proyecto de vida" parte de la idea que la libertad caracteriza al ser humano, lo que lo hace ser el ente que es y no otro. Ser libre es "ser yo mismo". La libertad diferencia al ser humano de los demás entes del mundo. Es, por ello, el único ser espiritual, capaz de vivenciar valores.

[5] BURGOS, Osvaldo R., "El resarcimiento de los daños al Proyecto de Vida en el Código Unificado. Persona y reparación integral desde el enfoque de las capacidades", RCyS2012-XI, 17; Cita Online: AR/DOC/4813/2012.

Agrega, que la libertad, uno de cuyos atributos o connotaciones es el de la decisión-elección, implica un continuo proyectar. La libertad ontológica es, de suyo, proyectiva, con vocación a fenomenalizarse, a convertirse en acto. Imaginar y concebir proyectos es, por ello, poner el ser en el futuro inmediato o mediato. Ello es posible desde que el ser humano es tiempo, es un ente temporal. La temporalidad existencial es inmanente a la libertad, le es inherente. La vida humana se proyecta en el tiempo cosmológico. La libertad es proyecto, se vive proyectando, se proyecta para vivir. Vivir, en tanto ser libre, supone cumplir un proyecto. Proyecto que puede también frustrarse, menoscabarse, retardarse, cumplirse parcial o totalmente en la cotidianidad del existir.

Proyectar, en tanto ser libre, significa no sólo poseer una dimensión de temporalidad sino, también, aquella concerniente a la estructura co-existencial del ser humano. Ningún proyecto puede realizarse sin contar con los otros seres humanos, con los estímulos y medios provenientes del mundo exterior, del entorno en el cual se vive. Se proyecta en y dentro de una comunidad existencial. De ahí que el ser humano, que es libertad, sea temporal y, a la vez, coexistencial.

Resumiendo su pensamiento, nos enseña que se designa "proyecto de vida" a aquel que elige la persona, en un determinado momento de su vida, con el propósito de realizarlo en el curso de su existencia. Es el rumbo, la meta, el sentido y razón de ser que cada humano otorga al don de su vida. El "proyecto de vida" se fundamenta en la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza de ser libertad. Es lo que el hombre decide ser y hacer "con" su vida y "en" su vida. Ello, en tanto el hombre es un ser libertad, pues sólo un ser libre es capaz de proyectar.[6]

En la doctrina Argentina, la jurista cordobesa, Zavala de González, con criterio crítico consideraba que la interferencia al proyecto de vida no constituye un rubro autónomo al decir que "así lo demuestran razonamientos según los cuales el daño al proyecto de vida sería "diferente del psicosomático en cualquiera de sus mo-

[6] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Breves apuntes sobre el "proyecto de vida" y su protección jurídica", RCyS2013-IV, 2750; AR/DOC/6099/2012.

dalidades" y "debe ser ponderado por el juez de manera independiente de aquél", con olvido de que los desmedros a la salud, especialmente si son intensos y perdurables, menoscaban seriamente la libertad: "achican" las opciones existenciales. Más acertado en cambio, es "reconocer que, dada la unidad existencial, todos los daños están correlacionados, incidiendo en las otras esferas de la persona", como ocurre en un prolongado y cruel encarcelamiento que, de suyo, repercute en la esfera psicosomática de la víctima.

Prosigue diciendo, que el daño a proyectos vitales suele "acompañar" e "integrar" otras lesiones: psicosomáticas, muerte de seres queridos, privación de libertad física, serias ofensas al honor... Y que cualesquiera de tales desmedros pueden ser continuos y prolongarse hacia el futuro de la víctima, según se verifica ante la pérdida de un hijo, que se experimenta para siempre, aun cuando no mutile del destino integral del progenitor, eventualmente también orientado hacia otros descendientes."[7]

Con un criterio más amplio, Jorge Mario Galdós, entiende que "el daño al proyecto de vida refleja, al menos hasta ahora, la problemática propia de todos los "nuevos" daños al acentuar la necesidad imperiosa de resolver el triple problema de identificarlo, categorizarlo y cuantificarlo. Identificarlo significa individualizar y precisar su contenido y deslinde, dotándolo de autonomía conceptual; categorizarlo importa subsumirlo, según el caso, en una o en ambas órbitas del daño patrimonial o extrapatrimonial, discriminando su incidencia en la repercusión final de ese género. Cuantificarlo, en tanto nada sencilla etapa final, implica asignarle valor pecuniario, sea separado del rubro genérico (daño patrimonial o moral) o dentro de ellos, según las conveniencias prácticas del caso en juzgamiento, lo que obviamente necesita insoslayablemente de su previa y concreta individualización. Su emancipación nominal o conceptual no conduce a una independencia resarcitoria que confunda, duplique o superponga ni los daños ni su cuantía. No se pretende auspiciar esnobismos retóricos o abstracciones

[7] ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M., "Daño a proyectos de vida", LA LEY 04/07/2005, 04/07/2005, 1 - LA LEY2005-D, 986, RCyS2005, 93, LLP 2005, 01/01/2005, 1153, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2007, 1271, AR/DOC/739/2005.

discursivas vacías de contenido que impliquen, de modo expreso u oculto, indexar los daños a las personas o incrementar incausadamente las indemnizaciones".[8]

Completa su pensamiento expresando que "el desarrollo del daño al proyecto vital puede desenvolverse satisfactoriamente en el carril de las dos únicas exteriorizaciones del daño, como material o moral, según criterio dogmático que es de aplicación para todos los daños, los clásicos y los "nuevos". (…) sólo la "justa reparación" es la "reparación íntegra" del daño inmerecido y la reparación plena comprende "todo" el daño; no es más pero tampoco menos que el concreto perjuicio que sufrió la persona humana, atendiendo a toda su particular singularidad. Si bien el "nomen iuris" contribuye a evitar superposiciones conceptuales e indemnizatorias y obviamente a tipificar el instituto, lo que realmente importa es lograr una adecuada simetría entre el "quid" y el "quantum" del daño jurídico, en base a las imprescindibles pautas de realismo jurídico y razonabilidad judicial".[9]

Por su parte Burgos, sostiene que el Daño al Proyecto de Vida es un concepto tan impensable desde una perspectiva de responsabilidad civil, como ineludible desde el punto de vista de la reparación integral. Garantizar, a cada uno, el respeto a la posibilidad de proyectar qué ser y qué hacer de sí mismo supone un punto de partida ineludible para cualquier orden jurídico que pretenda fundarse en la libertad, entendida, siempre, como autonomía y reconocimiento del otro pero, también, como posibilidad y margen real de elección, más allá de las circunstancias condicionantes en que cada persona inscribe su proyecto vital.[10]

---

[8] GALDÓS, Jorge Mario, "¿Hay daño al proyecto de vida?", LA LEY 05/09/2005, 05/09/2005, 1 - LA LEY2005-E, 1027, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2007, 1285, AR/DOC/2500/2005.

[9] GALDÓS, Jorge Mario, "¿Hay daño al proyecto de vida?", LA LEY 05/09/2005, 05/09/2005, 1 - LA LEY2005-E, 1027, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2007, 1285, AR/DOC/2500/2005.

[10] BURGOS, Osvaldo R., ob. citada.

II.1. El proyecto de vida en el Matrimonio y uniones convivenciales

Como señalamos en la introducción del presente trabajo, el régimen del matrimonio como en las uniones convivenciales, tienen como punto de confluencia, que en ambos casos se establece el compromiso de llevar adelante un proyecto de vida en común, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, proyectar es "idear, trazar o proponer el plan y los medios para la ejecución de algo". En el caso específico del que estamos hablando dos personas se unen ya sea en matrimonio o convivencia, basadas en el afecto de pareja, que en el último supuesto, se configura por fuera de cualquier acto formal, pero para su consolidación se necesita de ciertos elementos para que tenga su reconocimiento en el plano jurídico.

Estas personas al unirse, idean una vida en común, se proponen formar una familia y buscan los medios necesarios para la ejecución de ese plan, como por ejemplo, tener una vivienda en común, conseguir un trabajo digno para solventar los gastos diarios que implica un hogar, etc.

Pero como nos enseñaba, ya hace muchos años, el maestro Borda[11], asistimos a una honda crisis de la familia. El quebramiento de la disciplina familiar, la relajación de las costumbres, el aumento de los divorcios, la despreocupación por los hijos, señalan los aspectos fundamentales de este fenómeno de repercusión mundial. Muchas son las causas que han concurrido a desencadenarla. Ante todo, causas económicas. Hasta hace no muchos años, la economía familiar se fundaba en los ingresos aportados por el jefe, mientras la mujer quedaba al cuidado del hogar; hoy, en cambio, se apoya, salvo en las clases acomodadas, no sólo en el sueldo del padre, sino también en las entradas de la mujer, y aun de los hijos menores. La vida en común tiende a desaparecer. El padre, la madre y los hijos se reúnen quizás a la hora de comer (desayuno y cena), y luego retornan a sus ocupaciones o sus di-

[11] BORDA, Guillermo A., Tratado De Derecho Civil – Familia Tomo I; parágrafo 2, pto. 6, Abeledo-Perrot, 1993.

versiones fuera de la casa. Contribuye a este estado de cosas el problema agudo de la vivienda; la estrechez de los departamentos o habitaciones en donde conviven promiscuamente numerosas personas, crea una sensación de disgusto por el ambiente familiar, que impulsa a vivir fuera de él. No menos importantes son los factores espirituales y políticos. Hay una indudable declinación de las convicciones religiosas; la nuestra es una generación de gozadores, que se desentienden de sus deberes; no existe ya la tolerancia, que hacía fácil y alegre la convivencia. La mujer, que ha debido salir a la calle a completar los ingresos del hogar, ha logrado la equiparación jurídica con el hombre. Su elevación en el plano cultural, económico y político le hace desdeñar las tareas domésticas. Limpiar y fregar, coser o remendar, cocinar, e inclusive cuidar de sus hijos, le parecen tareas opacas, cuando no sórdidas, frente a la posibilidad de oír y dar conferencias o conciertos, a la atrayente actividad de los negocios, la dirección de una industria o de un organismo de gobierno, la actuación parlamentaria. Todo eso está hoy a su alcance. Se ha enriquecido espiritualmente; pero al propio tiempo, ha perdido el sentido de sus responsabilidades hogareñas y el espíritu de sacrificio, que era uno de sus más nobles atributos, y el que le permitía lograr una paz espiritual plena. La disciplina familiar ha sufrido con ello un rudo quebranto; los divorcios proliferan. Además, la rápida evolución de las costumbres e ideas, ha provocado una desconexión entre padres e hijos, que corroe la armonía familiar. Los hijos buscan fuera de su casa, la comprensión que no encuentran en ella.

Estamos en la era en que se proclaman muchos derechos y pocas obligaciones. Nos quedamos perplejos ante el número cada vez mayor de madres que ante la ruptura del vínculo que la unía al padre de sus hijos, "ceden" la tenencia de estos al varón, pero si reclaman "su derecho" a la cuota alimentaria como si ellas tuvieran la tenencia de los menores. Estamos convencidos que muchas colegas nos saltarán en cruz ante este comentario, pero les aclaro que las palabras antes vertidas las he tomado de una colega que se dedica al Derecho de Familia, que me pidió reserva de identidad.

Ahora bien, ante la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial ya no existe ese "proyecto de vida en común" desaparece totalmente, pero en el caso de existir hijos, por nuestra parte, entendemos que no desaparece, porque si hay un ítem (por denominarlo de alguna manera) importante en el proyecto de vida en común, justamente son los hijos y serán hijos nuestros desde que nacieron en adelante durante toda la vida terrenal, y para los que somos creyentes para toda la eternidad.

Sobre la indemnización ante la ruptura de la vida en común, ya destacados doctrinarios en el Derecho de Familia se han expedido al respecto; entre ellos, Marcos Córdoba, decano de la Universidad Abierta Interamericana, en declaraciones periodísticas dijo que en el divorcio, el Código contempla la posibilidad de indemnizar a aquella persona que sienta frustrado el proyecto de vida en común que planeó y que le ocasione un daño patrimonial o moral, lo que también abre la puerta a una demanda por daños y perjuicios.[12]

Entendemos que el destacado doctrinario hace referencia al art. 441, que establece una compensación económica, para el cónyuge (sin distinción de sexo) 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, tiene derecho a esa compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Que puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

A falta de acuerdo, el art. 442, establece las circunstancias que debe considerar el juez para determinar la procedencia y el monto de la compensación económica, entre otras:

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;

[12] http://www.diariod ecuyo.com.ar/h ome/new _noticia .php?noticia _id=679272.

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.

También establece el artículo que la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

De los artículos señalados, no quedan dudas de la procedencia del reclamo y que tiene un plazo de caducidad determinado de seis meses, otra de las tantas normas procesales incluidas en el nuevo código.

II.2. El proyecto de vida de los hijos menores

Es indiscutible, el daño al proyecto de vida es, siempre, un daño personal y que no puede alegarse un daño al proyecto de vida colectivo; pero, si un mismo hecho puede afectar concurrentemente el proyecto de vida de más de una persona.

Por nuestra parte, entendemos que esta circunstancia se da ante el divorcio y/o disolución de la unión convivencial, porque esa ruptura afecta también al proyecto de vida de los niños. Entendiendo por "por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad".[13]

Recordemos las palabras del maestro peruano Fernandez Sessarego, citadas supra, ningún proyecto puede realizarse sin contar con los otros seres humanos, con los estímulos y medios provenientes del mundo exterior, del entorno en el cual se vive. Se proyecta en y dentro de una comunidad existencial. De ahí que el ser humano, que es libertad, sea temporal y, a la vez, coexistencial. Los estímulos más importantes y la comunidad existencial con la

[13] Art. 1 Convención sobre los Derechos del Niño.

primera que interactuamos es el seno de nuestra familia, con nuestra madre es el primer vínculo y luego con el resto de la familia.

Lamentablemente por distintos motivos, los mayores, cada vez de una manera más frecuente, destruimos esa primera comunidad existencial que es la familia.

Muchos nos cuestionaran que los niños no tienen proyectos de vida, que no tienen capacidad de elegir, que no tienen idea de lo que es la libertad, etc., etc., seguramente con fundamentos muy sólidos y doctrinarios, que podremos compartir esas teorizaciones pero la realidad para nosotros nos muestra otra cosa.

Para los que han atravesado una separación o bien un divorcio, se encuentran sometidos a diversos cuestionamientos de parte de los hijos, como por ejemplo ¿Por qué los papás tenemos que vivir en lugares separados y los papás de Fulanito viven juntos? ¿Por qué si a ellos los educamos que deben perdonar a sus amigos, los padres no pueden perdonar y volver a vivir juntos? ¿O muchas veces ellos no eligen con quién estar o qué hacer?

Pues la realidad, de las personas que han roto su vínculo afectivo, sufren cuestionamientos aún más agudos de parte de sus niños: ¿por qué si antes amaba a la mamá/papá ahora no la ama? Si por él los papas harían todo para hacerlo feliz, ¿por qué no se dejan de pelear, que a él eso no le gusta? Quiere que sus padres, se vuelvan a amar, poder almorzar y cenar juntos, salir a pasear, viajar, ir de vacaciones, etc. Muchas veces, los menores hacen el mismo papel de aquella niña en la propaganda de una mayonesa muy famosa en nuestro país.[14]

Me pregunto y se los pregunto, ¿en este momento de la vida de un niño, su rumbo, su meta, el sentido y la razón de ser de su vida, no será vivir con ambos padres? Esto nos lo preguntamos, parafraseando la definición de Fernandez Sessarego que hemos citado al principio de este trabajo. Podemos negar que un niño, ¿es un ser libre capaz de proyectar algo que desea hacer de su vida?, todo esto planteado dentro del encuadre jurídico que nos

[14] Era la propaganda de mayonesa Hellmans, donde el padre llamaba a la casa para avisarle a la esposa que preparara más cena porque iba con amigos y la niña todos los reproches tanto de la madre como del padre los transformaba en elogios del uno para el otro como por ejemplo la famosa frase "dijo que te ama mucho".

da la Convención sobre los derechos del Niño, en muchos de sus artículos como por ejemplo el art. 12.[15]

III. Conclusiones

Tal vez, este trabajo tenga poco y nada de fundamentación jurídica, pero lo que no hay dudas, es que lo hemos realizado con un sentimiento muy grande desde lo más íntimo de nuestro ser, y con el pleno convencimiento, que los niños también tienen "su proyecto de vida".

Consideramos que el reconocimiento del derecho de los cónyuges a reclamar una compensación ante la ruptura establecidos en los arts. 441, 442 para el régimen matrimonial, los arts. 524, 525 y concordantes para las uniones convivenciales es un gran acierto. En una primera lectura, surge el pensamiento que esto generaría muchos conflictos, pero al armonizar los arts. 441 y 442, que en el último al igual que en el 525, se dan las bases o pautas que debe tener en cuenta el juez para la determinación del monto de la compensación económica, consideramos que se tratará de una mera cuestión probatoria. Los jueces que tengan conocimientos en gestión judicial harán una tabulación y dictarán las medidas de pruebas necesarias para cumplir con el mandato legal para la determinación señalada.

Por otra parte, consideramos que en el nuevo Código Civil y Comercial no se ha tenido en cuenta a los niños en lo referido a la disolución de los vínculos ya sea, matrimonial o convivencial, que son, si les puede llamar de alguna manera, "terceros perjudicados" ante la ruptura del vínculo señalado.

[15] Art. 12 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 órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional.

Pero los niños no se encuentran totalmente desprotegidos, porque nuestro país adhirió por Ley Nº 23.849, a la Convención sobre los Derechos del Niño. En el Preámbulo del mismo, los países firmantes, consideraron que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad; reconocieron que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Ahora bien, la ruptura de ese seno familiar, puede provocar una interferencia al proyecto de vida de un niño, el tema está. ¿Cómo repararlo?

Estimamos que seguramente la actividad pretoriana logrará darle una efectiva respuesta para resarcir de alguna manera el daño que se les comete a los más desprotegidos, "los niños".

Queremos dedicar el presente trabajo a quien fue su inspirador con sus cuestionamientos, para J.J.M., nuestro mejor "proyecto de vida".

Dios los bendiga.

Implicancias del contrato de suministro en el Código Civil Peruano

Abg. Roger Vidal Ramos
Abg. Hany Romani Arbieto*

* *Los autores agradecen al alumno Airtron Franco Calderón Palacios, civilista destacado del sexto año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco y a Víctor Antonio Montalvo Maldonado, estudiante del segundo año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por el apoyo en la recopilación del material bibliográfico en el presente trabajo.*

I. Definiciones y características

El presente trabajo tiene por finalidad efectuar un análisis general de las principales características del contrato de suministro, conforme a las reglas y principios de las prestaciones continuas y periódicas establecidas en el Código Civil peruano. Este análisis no se extenderá al suministro de los diversos servicios públicos y se limitará al ámbito privado y con los criterios siempre importantes de las Salas Civiles de la Corte Suprema de la República.

La evolución de este contrato ha ido siempre de la mano con el crecimiento de la producción y el tráfico industrial, por cuanto con éste surgieron mayores necesidades que satisfacer. Dicha evolución determina que no podamos referirnos en los mismos términos a la pretendida idea del suministro en la Grecia antigua, en Roma o durante el Medioevo (al igual que no podemos referimos a ninguna institución jurídica de aquella época como aplicable, en los mismos términos, en la actualidad). El suministro moderno, así, dista mucho de sus referentes históricos (sean estos reales, pretendidos o presuntos).[1]

Alejandro Borda define al suministro «como el contrato por el cual una parte —suministrante o proveedor— se obliga mediante un precio a entregar a otra —suministrado— cosas muebles, mercaderías, en épocas y cantidades fijadas en el contrato o determinadas por el suministrado de acuerdo con sus necesidades».[2]

«El Código Civil y Comercial define al contrato de suministro de derecho privado como el contrato en el que el suministrante se obliga a entregar bienes, incluso servicios, sin relación de dependencia, en forma periódica o continuada y el suministrado a pagar un precio por cada entre o grupo de ellas»,[3] art. 1176 Código Civil y Comercial argentino.

---

[1] Pazos Hayashida, Javier. Definición de Suministro. Comentario al artículo 1604 del Código Civil. En: Código Civil Comentado, T. VIII, Contratos Nominados (Primera Parte), Primera Edición, Lima: Gaceta Jurídica, 2006, págs. 431-432.

[2] Borda, Alejandro y otros. Derecho Civil y Comercial: Contratos. Buenos Aires: Thomson Reuters La Ley, 2018, 2da Ed., pág. 393.

[3] Borda, Alejandro. Ob. Cit., pág. 393.

De Marino, define al contrato de suministro como el contrato «por el que una parte se obliga a ejecutar o cumplir prestaciones duraderas por un precio determinado o determinable».[4]

Por su parte, Joaquín Garrigues, indica que éste es el «contrato por el que una empresa (suministrador o proveedor) se obliga mediante un precio unitario a entregar a otra (suministrado) cosas muebles en épocas y cantidad fijada en el contrato o determinados por el acreedor de acuerdo con sus necesidades».[5]

Aníbal Torres Vásquez, define al suministro como «un contrato en principio consensual, con prestaciones recíprocas, oneroso, principal, nominado, generalmente conmutativo y esencialmente es un contrato de duración que se ejecuta periódicamente o continuamente».[6]

La periodicidad o continuidad de las prestaciones es un elemento esencial de este contrato, lo que permite calificarlo como un vínculo de duración, puesto que las finalidades perseguidas por las partes no se obtienen sino con el transcurso del tiempo. Estos vínculos de colaboración prolongada poseen la característica de que el proveedor asume una obligación de aprovisionamiento: no se trata sólo de dar una cosa o varias, o de darlas a lo largo del tiempo, o de prometer cosas futuras; sino que, además, incluyen la de estar a disposición del suministrado, atendiendo puntualmente sus pedidos relacionados con el objeto de entrega.

Según el profesor Peña Nossa, el objeto del contrato de suministro se encuentra representando por las prestaciones periódicas y continuas de bienes o servicios.

Entendiéndose por las primeras todo material o inmaterial, que tenga existencia autónoma y pueda someterse al poder de las personas como medio para obtener beneficio económico.[7]

---

[4] De Marino Y Borrego, Rubén. El Suministro: Teoría General del Derecho. Salamanca: Talleres Gráficos Núñez, 1959, pág. 32.

[5] Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. México D.F.: Editorial Porrúa, 7a edición, 1984, pág. 95.

[6] Torres Vásquez, Aníbal. El contrato de suministro en el Derecho Civil y el Derecho Administrativo. Lima: Cultural Cuzco S.A. Editores, 1988, pág. 11.

[7] Peña Nossa, Lisandro. Contratos empresariales. Universidad del Rosa-

El contrato de suministro ordinariamente recae sobre bienes de consumo o producción como alimentos, bienes muebles, corporales o genéricos.[8]

Por servicio se entiende la prestación inmaterial de una persona en favor de otra, que es realizada en forma independiente y organizada, es decir, que proviene del esfuerzo humano como el servicio de transporte, la asistencia de un médico a un paciente, etcétera.[9]

La doctrina distingue algunas clases de suministros, según sea que el suministrado reciba las cosas para la reventa posterior, o para el consumo, o para gozar con su uso y goce.[10]

El contrato de suministro se encuentra en una zona muy próxima al contrato de compraventa, hasta el punto de que uno y otro se podría comprender dentro de una rúbrica en la que se englobaran los contratos que buscan la enajenación y transmisión de bienes. Hay, sin embargo, significativas diferencias entre compraventa y suministro.

Frente al esquema de la compraventa, el suministro guarda relaciones con las necesidades del adquiriente, se suele exigir que en el contrato se haya fijado un límite máximo y un límite mínimo, de manera que al adquiriente le compete determinar, dentro de tales límites, la cantidad en concreto para cada periodo de tiempo.[11]

De esta manera, la función del contrato de suministro es la de satisfacer las necesidades permanentes del suministrado, quien espera recibir, de acuerdo a las cantidades y oportunidades pactadas, los bienes que le son indispensables para sus actividades. Cabe señalar que la propiedad de los bienes que son materia del suministro es transferida a favor del suministrado, por lo que, a partir de su entrega, el suministrado asume el riesgo de pérdida y deterioro de dichos bienes.

---

rio. Sexta Edición. Bogotá: Ecco Ediciones, 2017, pág. 337.

[8] Ibídem.

[9] Ibídem.

[10] Lorenzetti, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos, t. I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999, pág. 470.

[11] Diez-Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, t. IV. Las particulares relaciones obligatorias. España: Civitas, 2010, pág. 175.

Asimismo, aunque el Código Civil no lo establezca así, debemos entender que el contrato de suministro está diseñado para la entrega de bienes muebles, pues tratándose de bienes inmuebles, es natural que las transferencias se negocien de manera independiente y en una sola operación. A manera de resumen, podríamos identificar al contrato de suministro como un conjunto de compraventas ejecutadas de manera sucesiva en un determinado período.

De acuerdo con la metodología seguida con el nuevo Código, se define el suministro conceptuándolo como el acuerdo por el cual un sujeto denominado suministrante, se obliga a efectuar en favor de otro, llamado suministrado, prestaciones de bienes que pueden ser de carácter periódico o continuado.

De esta definición, fluye que se trata de un contrato con prestaciones recíprocas y diferidas, que produce la transmisión del dominio en la medida en que el objeto sea consumible y que esta traslación no se da cuando se proporciona una cosa en uso o goce. El contrato generalmente oneroso, puede pactarse a título gratuito sin quedar por ello desnaturalizado.[12]

El contrato de suministro es de tracto sucesivo, perfeccionándose en el tiempo, donde si bien es un contrato único, las prestaciones se desenvuelven independientemente, por lo que el pago y la responsabilidad por el incumplimiento se pueden referir a cada entrega, las que son autónomas e independientes, siendo posible preverse las ventajas y los riesgos existentes para cada una de las partes; además, en el suministro es necesario que se dé un factor de indeterminación que puede ser indistintamente, el volumen, la periodicidad o el plazo de duración del contrato.[13]

[12] Arias-Schreiber Pezet, Max. En: Revoredo Marsano, Delia (Comp.). Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Lima: Thomson Reuters, 2015, pág. 320.

[13] Casación n° 2363-99-Lima.

II. Partes y obligaciones

El suministro representa por excelencia un contrato con prestaciones reciprocas; sin embargo, a fin de poder determinar la calidad de acreedor y deudor, el suministrante por ser el sujeto de entregar las cosas o bienes materia de suministro, será considerado como el deudor y, el suministrado o quién se beneficia de la prestación, sería el acreedor y debería ejercer las acciones de determinar la cantidad, calidad, plazos y forma de pago del suministro.

Es importante que el suministrado ejerza con diligencia el cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) El pago del precio, b) Recepción, c) Notificar sobre la variación de sus necesidades y d) Ejercer una diligencia ordinaria de observar el cumplimiento idóneo de las prestaciones.

El Código Civil peruano, conforme a lo establecido en el art. 1604, establece: «Por el suministro, el suministrante se obliga a ejecutar en favor de otra persona prestaciones periódicas o continuadas de bienes». El código peruano mantiene la naturaleza jurídica del suministro sobre prestaciones periódicas o continuas, adoptada en la mayoría de codificaciones y en la doctrina.

Según Peña Nossa, respecto a las partes contratantes, el proveedor representa la persona natural o jurídica que, en forma independiente y normalmente organizado como empresa, se obliga a realizar prestaciones periódicas o continuas de bienes y servicios en favor de otra. El consumidor, beneficiario o suministrado, es la persona natural o jurídica que requiere y solicita las prestaciones periódicas y continuas de bienes o servicios.[14]

Eventualmente, según el Derecho de las Obligaciones, se podría establecer la presencia de un tercero que se beneficie del suministro o la figura del derecho de elección sobre los bienes o cosas materia de suministro, a efectos de determinar en forma exacta el objeto del suministro, con lo cual la prestaciones periódicas y continuas serían más complejas y con la participación de un tercero beneficiario o quien ejercite el derecho de elección sobre los bienes o servicios que será el objeto de suministro.

[14] Peña Nossa, Lisandro. Op. cit., pág. 338.

En líneas generales, por el contrato de suministro, el titular de los medios, el suministrante, se obliga a proveer al suministrado los bienes que éste le requiera, en la medida que a este último le resulten necesarios. Para ello, el suministrante, dependiendo de la modalidad pactada en el negocio, deberá cumplir prestaciones periódicas o continuadas durante un término, sea éste, determinado o indeterminado.

Ante todo, el suministro genera una relación obligatoria duradera que debe mantenerse a lo largo de un cierto periodo de tiempo y se integra, por consiguiente, por una pluralidad de prestaciones que presentan también un carácter continuado. Es verdad que la compraventa puede realizarse mediante el compromiso de entrega de fracciones; sin embargo, resulta fundamental establecer si las prestaciones serán divisibles o indivisibles.

El pago en el suministro resulta siempre fundamental, siendo el mismo, según Pérez Bautista "la consecuencia natural por el que se extingue el vínculo jurídico que aquellas constituyen. Un efecto contrario del pago es el incumplimiento, supuesto que puede dar lugar a que el acreedor exija de su deudor el pago de los daños y perjuicios o a ejercitar las acciones correspondientes, por ejemplo: el cumplimiento forzoso o, si se trata de obligaciones recíprocas, el pacto comisorio"[15].

Los principios del pago, «identidad, integridad e indivisibilidad» y su adecuada interpretación, resultan primordiales, en proporción al cumplimiento de las prestaciones del suministro a fin de recibir o entregar los bienes conforme al acuerdo, especificaciones y estándares, para lo cual siempre los arts. 1220° y 1221° del Código Civil, merecen especial análisis sin desconocer la naturaleza jurídica de la prestación del suministro (prestaciones autónomas y divisibles) y las causas objetivas de la contratación.

Es importante considerar las reglas de las obligaciones divisibles e indivisibles e interpretar el acuerdo según lo pactado por las partes y por disposición de la ley, las prestaciones del suministro implicarán que las entregas periódicas o continuas puedan ser cumplidas en fracciones o en una entrega unitaria.

[15] Pérez Bautista Miguel Ángel., Lisandro. Obligaciones. Iure Editores. México DF - 2005, pág. 133.

Para el profesor Osterling, la divisibilidad o indivisibilidad de una prestación se determina por sus características naturales y no por abstracciones intelectuales.

La obligación es indivisible cuando la prestación no puede cumplirse en forma parcial, porque así lo deciden su naturaleza, el pacto o la ley. Intelectualmente toda prestación es susceptible de dividirse. Esto explica que, en el ámbito de los Derechos Reales, sea posible enajenar o gravar acciones y derechos de prestaciones que son por naturaleza y, aun por esencia, indivisibles. En el principio obligacional sólo interesa apreciar la prestación desde el punto de vista físico o natural, pues lo que se legisla en las obligaciones de dar es la entrega de un bien; en las de hacer, la ejecución de un hecho; y, en las de no hacer, una abstención. La determinación de la divisibilidad o indivisibilidad surge de una cualidad real y no intelectual. Todo es susceptible de división intelectual sin destruir, deteriorar o hacer imposible la prestación. No ocurre lo mismo con la división real.[16]

Son obligaciones divisibles aquellas en que cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda. Son indivisibles cuando no resultan susceptibles de división o de cumplimiento parcial por mandato de la ley, por la naturaleza de la prestación o por el modo en que la obligación fue considerada al constituirse.[17]

Obligaciones indivisibles son aquellas en que hay varios acreedores o varios deudores o ambos a la vez y en que el objeto de la obligación es de naturaleza indivisible, por lo que cualquiera de los acreedores puede exigir el total de la deuda y cualquiera de los deudores está obligado a cumplir el total de la deuda, de manera que el pago hecho por cualquiera de los deudores a cualquiera de los acreedores extingue la obligación respecto de todos[18].

---

[16] Osterling Parodi, Felipe. De las obligaciones divisibles e indivisibles y de las obligaciones mancomunadas y solidarias, págs. 72-73.

[17] Castillo Freyre. Mario. Sobre las obligaciones y su clasificación. En: Themis n° 66, pág. 214.

[18] COURT, Eduardo y WEGNER, Veronika. Derecho de las Obligaciones. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2013, pág. 88.

Según señala Pothier "la división de que aquí tratamos no es la división física que consiste in solutione continuitatis, tal como la del madero que se divide en dos; sino la de una división civil, y propia del comercio de las cosas".[19]

La divisibilidad o no de la obligación no ofrece mayor interés tratándose de obligaciones de sujeto simple, porque en este caso la obligación porta igual que si fuera indivisible: el deudor debe cumplirla íntegramente, en virtud del principio de integridad del pago (art. 1591 CC).

La indivisibilidad de la obligación tiene lugar cuando la cosa en si es divisible, por la naturaleza de la obligación, su cumplimiento fraccionado no satisface en absoluto al acreedor, atendido el espíritu que las partes han tenido al contratar[20].

La indivisibilidad de pago tiene lugar en aquellos casos en que la obligación en si es divisible, peor por la voluntad de las partes o por disposición de la ley no puede dársele cumplimiento, sino en forma total. Lo indivisible no es la prestación, sino su cumplimiento o pago, de ahí su denominación[21].

Es primordial considerar la satisfacción de las necesidades del suministro. Concordamos plenamente con Alberto Rebaza, quien afirma que «el suministrante tiene como única causa la satisfacción de as necesidades del suministrado, puesto que analizado desde la posición del suministrante, éste, a través del contrato, asegura la demanda del bien que produce o comercializa. Así, por ejemplo, en el caso de un suministro de combustible, el suministrado asegura una fuente de abastecimiento constante conforme al precio, volumen y la periocidad pactados. Lo propio ocurre respecto del suministrante, quien de igual manera asegura una demanda del combustible del cual es productor o intermediario, según el precio, volumen y periocidad pactadas con el suministrado. Bajo estas premisas, podría afirmarse que a través del suministro se eliminan dos riesgos igualmente trascendentes: en el caso del suministrado, el riesgo de desabastecimiento; en el caso

[19] POTHIER, Robert. Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1993, pág. 172.

[20] COURT, Eduardo y WEGNER, Veronika. Ob. cit. págs. 92.

[21] Ibídem.

del suministrante, el riesgo de falta de demanda de sus productos».[22]

III. Prestaciones periódicas y continuas

Como se puede apreciar, el suministro regulado en el Código Civil peruano y los principales códigos de nuestro sistema jurídico, se caracterizan por la presencia del «elemento objetivo es la repetición de prestaciones».[23]

Ahora bien, en este caso, estamos frente a uno de prestaciones periódicas, por lo que es importante tener en cuenta qué implica ello.

Las prestaciones periódicas hacen referencia a aquellas prestaciones «que se ejecutan a intervalos determinados o no, conservando cada una su propia individualidad».[24] Es en virtud de esta individualidad, que cada una de estas prestaciones es autónoma e independiente de las otras objeto del contrato de suministro. Esta individualidad afecta a la ejecución de la prestación, el pago por la misma, los efectos de la resolución del contrato de suministro, etcétera.

Precisamente teniendo en cuenta dicha individualidad, la doctrina ha aclarado que el pago debe ser periódico y realizado al finalizar cada entrega:

> *«A nuestro entender, en el caso del suministro con prestaciones periódicas de bienes, no existe mayor duda con respecto al momento y la forma que debía considerarse conveniente para*

[22] Rebaza González, Alfonso. Comentario al artículo 1606 del Código Civil. En: Código Civil Comentado, t. VIII, Contratos Nominados (Primera Parte), Primera Edición, Lima: Gaceta Jurídica, 2006, págs. 431-432.

[23] Castillo Freyre, Mario. Tratado de los Contratos Típicos. Suministro – Donación. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Volumen XIX, Tomo I, 2002, pág. 24.

[24] Torres Vásquez, Aníbal. El Contrato de Suministro en el Derecho Civil y el Derecho Administrativo. Lima: 1988, pág. 11.

establecer al suministrado la obligación de ejecutar sus prestaciones; ya que será justo que, si dichas entregas son periódicas, la contraprestación por parte del suministrado revista similar carácter».[25]

Se entiende por prestaciones periódicas las que se realizan en intervalos determinados, cuando el proveedor debe entregar una cantidad determinada de materia prima o prestar el servicio acordado cada mes y por el término de un año.

Finalmente, Peña Nossa, sobre las prestaciones continuas, establece que no hay interrupción en el tiempo, sino continuidad o perseverancia; así, tenemos la prestación de servicios públicos (luz, agua y teléfono).[26]

En el contrato de suministro, la periodicidad y continuidad de las prestaciones, son también elementos que podemos calificar como característica particular del mismo, diferenciando periodicidad de continuidad, pues, en la continuidad, nos encontramos con una prestación ininterrumpida (por ejemplo, suministro de gas), no discontinua, ni periódica, no percibiéndose un momento particular de ejecución, careciendo esta prestación de una individualidad propia, pues lo importante es que comporta la no interrupción del aprovisionamiento durante la vigencia del contrato. En la periodicidad, estamos ante varias prestaciones reiteradas y repetidas en el tiempo, seguidas unas de otras (aunque pueden variar en cantidad), teniendo lugar en fechas y períodos determinados de entrega, lo que permite caracterizarlas con individualidad propia, aunque conexas todas ellas en función del acuerdo.

Es necesario aclarar que no basta, para tener configurada la existencia de un contrato de suministro, el solo hecho de verificarse un número de operaciones concertadas entre dos partes en un periodo de tiempo determinado, sino que es necesario que concurra, además, un elemento propio de esta modalidad que es que esa continuidad esté complementada con determinada conducta y servicio como el aseguramiento del aprovisionamiento de

[25] Castillo Freyre, Mario. Op. cit., pág. 83.

[26] Peña Nossa, Lisandro. Op. cit., pág. 338.

las materias requeridas por el suministrado. Cuando el contrato de suministro no es instrumentado, no puede entenderse configurado automáticamente por el solo hecho de verificarse operaciones periódicas entre dos partes, sino cuando se asegura concretamente ese aprovisionamiento de materias primas o elementos para la explotación del suministrado. Es que en este contrato se garantiza la disponibilidad constante de elementos necesarios para la continuidad operativa o la comercialización del suministrado, lo que importa la satisfacción directa, segura y económica de sus necesidades, sin que sea necesario la búsqueda y contratación constante de esos bienes.

Es necesario establecer que el suministro en una errada aplicación o ejecución con otros contratos atípicos, puede ser confundido e interpretado, como lo es con el contrato de distribución.[27]

IV. Plazo, preferencia y exclusividad

Los acuerdos sobre el plazo, preferencia y exclusividad, resultan esenciales para cumplir con las prestaciones del suministro, las mismas que según las reglas del Código Civil peruano, pueden estar fijadas en tres reglas:

- Art. 1611.- Plazo para prestaciones singulares. El plazo establecido para las prestaciones singulares se presume en interés de ambas partes.

[27] Northcote Sandoval, Cristhian. Análisis del contrato de suministro. AELE. N° 229, Segunda Quincena – abril 2011. El contrato de distribución, a diferencia del contrato de suministro, es un contrato atípico, es decir, no posee una regulación propia en el ordenamiento legal. Sin embargo, podemos señalar algunos de sus elementos característicos que nos permitirán diferenciarlo del suministro. En primer lugar, la distribución consiste en una compraventa en la cual el productor le transfiere al distribuidor su mercadería para que éste la transfiera a su vez a los consumidores finales, de tal manera que, en la distribución, el distribuidor adquiere la propiedad de la mercadería para posteriormente volver a comercializarla y no para su propio consumo, que es lo que ocurre en el suministro.

- Art. 1612.- Vencimiento de prestaciones singulares. Cuando el beneficiario del suministro tiene la facultad de fijar el vencimiento de las prestaciones singulares, debe comunicar su fecha al suministrante con un aviso previo no menor de siete días.

- Art. 1613.- Suministro de plazo indeterminado. Si la duración del suministro no se encuentra establecida, cada una de las partes puede separarse del contrato dando aviso previo en el plazo pactado, o, en su defecto, dentro de un plazo no menor de treinta días.

A fin de determinar el plazo de la duración del suministro (a falta de plazo) y el mismo sometido a controversia judicial o arbitral, resulta pertinente, según corresponda, aplicar lo resuelto en la Casación n° 3938-2017-LIMA,[28] que fuera interpuesta por la empresa Servicios de Transportes de Combustible Carga Pesada (SERVI SAP S.R.L.) contra Repsol YPF Marketing SAC. El principal argumento, se centra en determinar que la parte demandada al negar la exclusividad en el suministro no ha aportado prueba alguna que lo acredite; y, 2) Infracción normativa de carácter material del art. 1613° del Código Civil, señala que se ha aplicado indebidamente dicha norma en vista que si existió un plazo que reguló el modo operandi de las relaciones contractuales entre las partes, motivando que la sentencia de vista deba ser revocada, agrega que no tiene sentido establecerse lineamientos de metas y cumplimiento de las mismas de manera anual dentro de la relación de suministro, que la parte debía cumplir, para que, contrario sensu, no conlleven a que esta relación no estuvo sujeta supuestamente a plazo.

QUINTO.- Que, analizada la fundamentación de las causales denunciadas se advierte que no puede estimarse, debido a que el recurso de casación no satisface el requisito de procedencia del inciso 3 del art. 388 del Código Procesal Civil, al no haberse demostrado la incidencia directa de la infracción denunciada respecto a la decisión impugnada, verificándose que lo pretendido es revertir lo resuelto por la instancia de mérito con argumentos consistentes

[28] Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema.

en una indebida motivación y que el contrato de suministro si contaba con un plazo determinado y que no obstante establecer lo contrario la parte demandada no ha probado lo vertido; sin embargo, es menester señalar que se ha cumplido con establecer claramente que con la solicitud por parte de la empresa demandante para continuar distribuyendo los productos de Repsol por el plazo de seis meses adicionales se hace evidente la ausencia de acuerdo en el plazo de exclusividad, a ello se agrega que la resolución del contrato de suministro se ha realizado en legítima aplicación del art. 1613 del Código Civil, no habiéndose demostrado la existencia del daño alegado; siendo ello así, el recurso de casación así propuesto y con argumentos que no revertirían en lo absoluto lo resuelto por la instancia de mérito, deviene en improcedente.

Éste es un contrato de larga duración, el tiempo es esencial porque «durante su vigencia el suministrado cuenta con la seguridad de sus necesidades serán cubiertas por el suministrante en la medida y condiciones pactadas».[29]

En este caso, se ha previsto como norma imperativa, que el contrato tenga una duración máxima de veinte años, cuando lleve por objeto frutos o productos del suelo o del subsuelo con proceso de elaboración o sin él, limitándose dicho plazo máximo a diez años en los demás casos.[30]

Por razones económicas o de limitación de competencia en el mercado, se regula en nuestro código en el art. 1616,[31] por la denominada «cláusula de exclusividad». El primer supuesto se encuentra en favor de suministrante, por el cual los beneficios del suministro no pueden extenderse a terceros, podría implicar que un agricultor suministra su cosecha de uvas a una empresa de pro-

[29] Garrido, Lidia; Borda, Alejandro y Pascual Alferillo. Código Civil y Comercial argentino, Tomo 2, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2015, pág. 461.

[30] Ibídem.

[31] Art. 1616.- «Exclusividad del suministrante. Cuando en el contrato de suministro se ha pactado la cláusula de exclusividad en favor del suministrante, el beneficiario del suministro no puede recibir de terceros prestaciones de la misma naturaleza, ni proveerlos con medios propios a la producción de las cosas que constituyen el objeto de la prestación».

ducción de piscos, cabe pactar la obligación de no hacer (exclusividad de suministro), a fin de ser el único beneficiado en el mercado de la calidad de las uvas y evitar terceros o competidores.

Sobre el pacto de preferencia, se defiende al beneficiario contra la posible concurrencia post contractual y, con la cláusula de exclusividad, se le protege contra la posible concurrencia durante el curso del mismo contrato. Estos pactos se pueden estipular en el mismo contrato de suministro o en contrato aparte.[32] La cláusula de preferencia es lícita, siempre que no dure más de cinco años el pacto de preferencia por el cual se concede prioridad al suministrante o al suministrado, para una vez finalizado el contrato de suministro, celebrar un nuevo con el mismo objeto y en las mismas condiciones ofrecidas por un tercero. Si la duración de la obligación estipulada se ha estipulado por un tiempo mayor de cinco años, se reduce ope legis a este límite.[33]

Las cláusulas de preferencia y exclusividad representan obligaciones de no hacer, implican una conducta limitativa o prohibitiva por parte del suministrante de proveer las prestaciones a otros competidores en el mercado.

El Código Civil y Comercial argentino, regula —respecto de ciertos contratos— la cláusula de exclusividad como un elemento natural de contrato. Así ocurre en el contrato de concesión (art. 1503), lo cual se extiende también al contrato de distribución (art. 1511, inciso b) y también para el contrato de franquicia (art. 1517). El contrato de suministro no tiene regulada cláusula de exclusividad, aunque sí —como veremos— el de preferencia (art. 1182).[34]

> *Art. 1182.- «Pacto de preferencia: El pacto mediante el cual una de las partes se obliga a dar preferencia a la otra en la celebración de un contrato sucesivo relativo al mismo o similar objeto, es válido siempre que la duración de la obligación no exceda de tres años».*

[32] Rebaza González, Alfonso. Op. cit.

[33] Ibídem.

[34] Borda, Alejandro. Op. cit., pág. 405.

La parte que desee contratar con terceros el reemplazo total o parcial del suministro, cuyo plazo ha expirado o expirará en fecha próxima, debe dar aviso a la otra de las condiciones en que proyecta contratar con terceros, en la forma y condiciones pactadas en el contrato. La otra parte debe hacer uso de la preferencia, haciéndolo saber según lo acordado. A falta de estipulación en el contrato, se aplican la forma y condiciones de uso. En su defecto, una parte debe notificar por medio fehaciente las condiciones del nuevo contrato con una antelación de treinta días a su terminación y, la otra, debe hacer saber por igual medio si utilizará el pacto de preferencia dentro de los quince días de recibida la notificación. En caso de silencio de ésta, expira su derecho de preferencia.[35]

V. Resolución del contrato e indemnización

Como fuente resolutoria del contrato, el suministro podría mantener algunas características distintas a otros contratos típicos. Entre los supuestos comunes a nuestro criterio se podrían presentar los siguientes supuestos:

a. Las penalidades: El pacto de penalidades, a fin de asegurar el cumplimiento oportuno, la calidad de producto, aspectos técnicos o de salubridad del suministro, permitirán generar incentivos del cumplimiento idóneo de las prestaciones; de lo contrario, la imposición de penalidades o su acumulación podrán implicar causales de resolución de contrato.

b. Incumplimiento tardío, parcial o defectuoso: Uno de los aspectos más importantes del suministro se encuentra dentro de la idoneidad de cumplimiento de las prestaciones, un cumplimento parcial podría implicar una gradualidad de ser prestaciones divisibles, pero si estamos frente a bienes suministrados bajo la regla de la indivisibilidad, o se tiene una fecha única (entrega de canastas o pavos en navidad), o la entrega es completamente indistinta a lo pactado en el contrato, siempre devendría en una resolución imputable al suministrante con las reglas de resarcimiento por

[35] Ibídem.

lucro cesante o daño emergente, es primordial analizar si la resolución sería imputable a la prestación defectuosa (quinta entrega de diez) o si se trasmitirá a las diferentes prestaciones del contrato y, finalmente, no puede dejar de ser menos importante la contraprestación como la principal obligación del suministrado.

La resolución por incumplimiento en el contrato de suministro supone dos requisitos: uno, que el incumplimiento sea de notable importancia; y, en segundo lugar, que ponga razonablemente en duda la posibilidad del incumplidor de atender en tiempo y forma las prestaciones subsiguientes.[36]

La norma está justificada, porque bien puede suceder que una de las partes deje de cumplir alguna de sus obligaciones (de provisión o pago) en un momento determinado, ocasionalmente, por algún motivo coyuntural; pero, sin que ello aparezca comprometiéndose en el futuro del contrato, con lo cual, si la parte cumplidora declara la resolución, habrá incurrido en un apresuramiento que debe ser desestimado jurídicamente.

Respecto al precio y resolución del suministro, es importante lo establecido por la Casación n° 2293-2009,[37] en la litis generada por el señor Enrique Cassinelli, quien interpuso demanda de indemnización por daños y perjuicios contra Corporación Inca Kola, pretendiendo el pago de daño emergente y lucro cesante, sustentado su pretensión del daño emergente ocasionado por la demandada obedece al alza injustificada dispuesta por Inca Kola, sobre el precio del concentrado; y, el lucro cesante, responde a la resolución indebida y unilateral del contrato de Licencia de Explotación de Marca y Suministro (fecha 15 de febrero de 1991).

La demanda en primera instancia es declarada infundada por el aquo, la que establece sobre el daño emergente, que no se aprecia conducta antijurídica por parte de la empresa demandada, toda vez que el aumento progresivo del precio del concentrado encuentra sustento en el contrato de licencia, en el que consta que Inca Kola se reservó el derecho de modificar en cualquier momento el

[36] Garrido, Lidia; Borda, Alejando y Pascual Alferillo. Op. cit., pág. 466.
[37] Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica del Perú.

precio de los concentrados, dando aviso a la actora con quince días de anticipación a la fecha de entrada en vigencia del precio modificado; y, que en cuanto al lucro cesante, tampoco se halla conducta antijurídica en Corporación Inka Kola, debido a que independientemente de si se configuraron o no los hechos en que Inca Kola sustentó la resolución contractual, Enrique Cassinelli convino finalmente en el término de la relación contractual, sin imputar incumplimiento contractual a Inca Kola y sin exigir el cumplimiento de las obligaciones a cargo de esta empresa; y, que ello se corrobora con la posterior resolución de contrato, razón por la cual, la Corte Suprema declaró INFUNDADO el recurso de casación.

La Casación n° 2538-2006[38] establece la importancia de determinar el origen del suministro (derecho público o privado) y por especialidad de la norma, la casación se generó por el fallo de segunda instancia, que declaro infundada la demanda de indemnización de daños y perjuicios interpuesta por el Procurador Público del Ministerio de Presidencia en representación de SEDAPAL contra el señor Placido Aguirre Alata y otros; el recurso de casación se admitió por la causal de aplicación indebida de una norma de derecho material, en la sentencia de mérito han aplicado indebidamente los arts. 1604 y 1608 del Código Civil, referidos al contrato de suministro, pues la forma de cumplimiento de la prestación en el contrato de suministro, que se realiza a través de entregas periódicas e independientes, no tienen relación con la aplicación de una sanción para este tipo de contratos, que está prevista en el art. 6.1.2 del Reglamento Único de Adquisiciones (norma administrativa). Las normas del Código Civil son aplicables supletoriamente en materia administrativa, pero sólo cuando haya ausencia de normas o principios administrativos que resuelvan la cuestión controvertida.

La Corte Suprema otorgo la razón a los emplazados, porque en aquella época ellos utilizaron los informes del Instituto Nacional de Administración Pública –INAP, SEDAPAL y CONSU-

[38] Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria - por daños y perjuicios.

CODE, que es el organismo máximo en asuntos de esta índole, instituciones que en ese entonces fijaban las pautas en asuntos sobre abastecimiento; además, los referidos criterios adoptaron una posición razonable y prudente al caso específico de los contratos suscritos por SEDAPAL con diversos proveedores, lo cuales eran contratos de suministro, los que se caracterizan por ser contratos únicos, pero con prestaciones independientes, razón por la cual no existe responsabilidad civil alguna.

El no acreditar de manera contundente el daño causado por la falta de formalización del contrato de suministro, podría complicar la falta de probanza del daño requerido como resarcimiento, siendo éste el criterio arribado por la Casación n° 3253-2016-Lima,[39] de la que se extrae lo siguiente:

> *«En el presente proceso de Indemnización por Daños y Perjuicios la demandada Lima Gas Sociedad Anónima, ha interpuesto recurso de casación mediante escrito obrante a fojas mil novecientos ochenta y ocho, contra la sentencia de vista de fojas mil novecientos cincuenta y dos, de fecha veinticinco de abril de dos mil dieciséis, emitida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirmó la sentencia apelada de fojas mil seiscientos noventa y dos, de fecha diez de enero de dos mil trece, en el extremo que declara infundada la pretensión principal y subordinada contenida en la reconvención; y, fundada en parte la demanda interpuesta por Par Motors Sociedad Anónima; en consecuencia, ordena que la emplazada Lima Gas Sociedad Anónima pague una indemnización por lucro cesante, ascendente a la suma de doscientos once mil novecientos cincuenta dólares americanos (US$211,950.00), más intereses legales, costas y costos; Revocar la aludida sentencia, en el extremo impugnado que ordena a la demandada Lima Gas Sociedad Anónima pague a favor del demandante la suma de veinticinco mil soles (S/25,000.00) por concepto de daño emergente y la suma de ciento cincuenta mil soles (S/150,000.00) por daño a la imagen comercial; Reformando estos extremos, ordenaron*

[39] Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria.

*que la demandada Lima Gas Sociedad Anónima pague a la demandante Par Motors Sociedad Anónima la suma de sesenta mil soles (S/60,000.00) como indemnización por daños y perjuicios, suma que comprende el daño emergente por diez mil soles (S/10,000.00) como el daño a la imagen por cin*cuenta mil soles (S/50,000.00)».

VI. Conclusiones

- El contrato de suministro permite que no se negocien o contraten fraccionadamente los servicios o bienes; a su vez, trae consigo la celeridad de las transacciones comerciales y la reducción de costos financieros para las personas jurídicas o naturales que requieren provisión de bienes o servicios de alta calidad y abastecimiento permanente.

- Es transcendental que el suministrado (parte acreedora de la relación obligacional) ejerza con diligencia el cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) El pago del precio, b) Recepción, c) Notificar sobre la variación de sus necesidades y d) Ejercer una diligencia ordinaria de observar el cumplimiento idóneo de las prestaciones.

- Resulta primordial interpretar la naturaleza jurídica del contrato de suministro bajo los principios de prestaciones periódicas y continuas y, con meticuloso alcance del pacto de las partes contratantes, respecto a la imposición de penalidades, si las prestaciones están establecidas de manera divisible o indivisible, los acuerdos de preferencia, exclusividad, la estipulación de un plazo determinado o indeterminado y el derecho de elección. En consecuencia, la negociación y ejecución del suministro deberá ser ejercida por el acreedor y deudor, siempre con una adecuada interpretación del Derecho de Obligaciones y las reglas de las consecuencias de la teoría de la resolución contractual establecidas en el Código Civil peruano.

La noción de consumidor a partir del Código Civil y Comercial

Abg. Claudio F. Leiva

I. Objetivo del presente trabajo

Como objetivo central del presente trabajo, nos proponemos acercar una noción del consumidor luego de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994), que introdujo una nueva modificación al art. 1 de la Ley N° 24.240, que había sido, a su vez, objeto de una reforma en el año 2.008 mediante la Ley N° 26.361.

En la redacción original, el consumidor fue definido normativamente en el marco de la regulación de un contrato de consumo en el art. 1 de la Ley N° 24.240, que tímidamente circunscribió a esta figura su ámbito de aplicación. Tras la reforma constitucional de 1.994, y la incorporación en el art. 42 de la protección del consumidor y usuario en la relación de consumo, la interpretación del alcance de la noción fue ampliándose gracias al esfuerzo de la doctrina y la jurisprudencia. Este concepto legal de consumidor recibió su máxima ampliación con la introducción de la noción de consumidor expuesto en la reforma de la Ley N° 26.361, lo que generó algunas controversias en su delimitación concreta en algunos supuestos muy discutibles.

La Comisión Redactora del Código Civil y Comercial intentó ajustar la noción de consumidor, logrando una cierta acotación al regular los contratos de consumo como categoría especial, modificando, al mismo tiempo, el art. 1 de la Ley N° 24.240, por lo que intentaremos a lo largo de estas líneas plantear algunas controversias interpretativas que genera la reconstrucción del ámbito de aplicación del microsistema de protección del consumidor, teniendo en cuenta los criterios que ha propuesto la doctrina especializada.[1]

[1] ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "El consumidor a partir del Proyecto de Código Civil", RCyS 2013 –III, 5; JUNYENT BAS, Francisco – MOLINA SANDOVAL, Carlos A. – GARZINO, María Constanza – HEREDIA QUERRO, Juan Sebastián, "Ley de Defensa del Consumidor Comentada, anotada y concordada", Buenos Aires, Errepar, 2.013, pág. 1 y sgtes.

II. Delimitación inicial de la noción: el papel del consumidor en el proceso económico

La noción de consumo es un concepto proveniente de la economía que el Derecho ha receptado, representando para las ciencias económicas el último eslabón del proceso económico, en el que los bienes, siempre escasos, se utilizan para la satisfacción de las necesidades sociales en constante aumento. El término consumidor proviene de la ciencia económica, aunque actualmente integre también el lenguaje jurídico. Para los economistas, consumidor es un sujeto de mercado que adquiere bienes o usa servicios para destinarlos a su propio uso o satisfacer sus propias necesidades, personales o familiares.[2]

El consumidor es aquel que "consuma" el referido ciclo, agotándolo. Por tal motivo, no es consumidor quien emplea los bienes y servicios adquiridos como medio de trabajo, instrumentándolo para el logro de nuevos productos y servicios. El consumo se distingue de la producción, que está en estados anteriores del proceso económico, reuniendo, transformando y repartiendo riquezas. Desde el punto de vista económico, ser consumidor es tener una posición final en el mercado.[3]

El consumo es visto como resultante del desarrollo histórico del sistema de producción capitalista. Dentro de la lógica del mercado, escenario de transacción entre quienes ofertan bienes y servicios y quienes los demandan, el consumo es la última etapa del

[2] Lo que busca el consumidor es hacerse con el valor de uso de lo adquirido, al no emplearlo en su trabajo para obtener otros bienes o servicios. En ese sentido, participa de la última fase del proceso económico. En cambio el empresario, a diferencia de consumidor, adquiere el bien por su valor de cambio, esto es, para incorporarlo transformado a su proceso de producción o distribución. La determinación de la noción de consumidor ha ido presentando permanentemente inconvenientes, ya que se ha ido ampliando cada vez más el círculo de personas que se consideran necesitados de una especial protección en materia de consumo. (WAJNTRAUB, Javier H., "La noción de consumidor", RCyS 2007, 386).

[3] PICASSO, Sebastián - VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, (Directores), "Ley de defensa de consumidor comentada y anotada", Buenos Aires, La Ley, 2.009, Tomo I, pág. 57.

proceso productivo: producción – distribución – consumo. Toda producción crea su propio consumo. Producción – consumo, oferta – demanda, se regulan por sus propias leyes y el consumidor es sólo un sujeto pasivo. Luego, en la medida que se ha ido consolidando la sociedad industrial, junto con la revolución tecnológica, la producción se orienta hacia la fabricación masiva de bienes. El comportamiento del consumidor, comienza a ser tenido en consideración y objeto de estudio. La teoría económica de la demanda y el marketing alcanzan un estadio de desarrollo significativo. Se trata de la ciencia al servicio del sistema de producción masiva que requiere de una sociedad de masas. Por ende, el estudio del consumidor, sus gustos, aspiraciones y deseos son la clave que garantiza la realización del mercado en estos términos. El análisis de la conducta del consumidor queda atrapada en el discurso instrumental de la producción. En este contexto, el consumidor importa en tanto obstaculizador o facilitador de la producción. Queda claramente definido, el rol que asume el consumidor, como objeto de conocimiento y manipulación.[4]

El Derecho del Consumidor es un subsistema protectorio, lo que no quiere decir que otros sujetos que no son consumidores no tengan acciones tuitivas, que existen en el Derecho Privado, como la buena fe, el abuso del derecho, la lesión y otras de amplio desarrollo. El consumidor es un sujeto de derechos: el fundamento de la disciplina es el principio protectorio constitucional aplicado a partir del acto de consumo, lo que da lugar a una relación jurídica de consumo.[5]

Para Barocelli, el Derecho del Consumidor es la respuesta del campo jurídico a las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas que atraviesan las sociedades en Occidente como consecuencia de la consolidación de la llamada "sociedad de consumo", y en ese contexto de producción tecnificada y masificada, y despersonalización de las condiciones de co-

[4] GONZÁLEZ, Andrea, "El consumo como categoría de análisis socio económica y cultural", en "Manual de Defensa del Consumidor", Gabriel A. STIGLITZ, (Director), Rosario, Editorial Juris, 2.004, pág. 9 y sgtes.
[5] LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores", Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.003, pág. 13 y sgtes.

mercialización de bienes y servicios, campañas agresivas de publicidad, moda y prácticas comerciales, masificación del crédito y situaciones de monopolio, oligopolio y poder de la marca, las relaciones entre quienes adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas y quienes proveen bienes y servicios en el mercado se dan en un marco de desigualdad estructural, caracterizada por la debilidad y vulnerabilidad de los consumidores y usuarios. Por tanto, el Derecho del Consumidor se erige como un sistema de normas principiológicas, de fuente constitucional, con carácter esencialmente protectorio de la parte débil y vulnerable; esto es, de aquellas que adquieren o utilizan bienes o servicios para satisfacer necesidades domésticas, que atraviesa todo el ordenamiento jurídico positivo, poniendo en crisis muchos de sus paradigmas clásicos y resignificando mucho de sus postulados a la luz de sus normas, principios e instituciones cuando se verifica la existencia de una relación de consumo.[6]

[6] BAROCELLI, Sergio S., "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial", DCCyE 2015 (febrero), 24/02/2015, 63. Farina sostiene que la norma constitucional del art. 42 se basa en el reconocimiento del aspecto social del moderno contrato de masa, cuyos principales destinatarios son los consumidores y usuarios. Si bien el contrato no pierde por esto –como hemos señalado– su carácter fundamentalmente personalista propio del derecho privado (lo que no quiere decir en modo alguno individualista y egoísta), debe procurarse que la conciliación y armonía de los fines individuales y sociales se realice sobre la base del reconocimiento, el respeto y el rango preferente que en la jerarquía de los valores corresponde a la persona humana (su dignidad). Todo derecho se ordena en definitiva al fin del hombre, aunque la vida de éste se desenvuelva siempre en el seno de los medios sociales. En verdad, la vida social, aún siendo presupuesto necesario del Derecho, no es un fin en sí misma y ha de ser ordenada al bien de los individuos en su convivencia. Y con arreglo a estas ideas es como hay que entender la variación efectuada en la función social que hoy se reconoce a la relación contractual, a punto de exigir el art. 42 CN. que en ella existan condiciones de trato equitativo y digno. He aquí, pues, la filosofía que inspira al "derecho del consumidor y usuario" y a la normativa del art. 42 CN. pues allí donde se intensifique la función social del contrato, su finalidad será principalmente la tutela de la parte débil en esa relación. Este objetivo ha adquirido tal fuerza que su consecución ha originado principios inspirados en la protección del contratante que por

Para Frustagli y Hernández, el surgimiento y posterior desarrollo del Derecho del Consumidor ha estado signado por la centralidad de la noción de consumidor, en tanto destinatario directo del andamiaje protectorio construido en su beneficio, no obstante el concepto de proveedor aparece unido indisolublemente a aquella noción, constituyendo su contrapunto necesario. El fundamento del régimen tutelar del consumidor reside en la vulnerabilidad que lo afecta en el seno de un mercado caracterizado por fallas estructurales y regido preponderantemente por la actividad de los empresarios o profesionales, mientras que esa debilidad no existe —o se configura con menor intensidad— cuando el vínculo se entabla entre sujetos situados fuera de dichos roles. La construcción contextual o relacional del concepto de consumidor queda expresada claramente cuando declara que la protección se dispensa en el ámbito de la "relación de consumo". De modo tal que ese vínculo jurídico se constituye en la noción articuladora de la protección constitucional y legal (Art. 42 CN y art. 3 Ley N° 24.240), delimita también el ámbito objetivo de aplicación de la ley y, al mismo tiempo, sirve de contexto explicativo de los conceptos de consumidor y proveedor, claves de acceso al sistema tuitivo.[7]

III. El impacto normativo de la regulación del consumidor en el Código Civil y Comercial: la relectura del sistema protectorio y el diálogo de fuentes

La sanción del Código Civil y Comercial incluye una relevante modificación en el concepto normativo de consumidor, al introducir un nuevo cambio en el art. 1 de la Ley N° 24.240, sumado a los que ya se habían producido, a lo largo de la vigencia de esta última ley.

---

hallarse disminuido en su posibilidad de negociar ocupa una posición de inferioridad al contratar. (FARINA, Juan María, "Relación de consumo (a propósito del art. 42 de la Constitución Nacional)", La Ley on line, cita Online: 0003/001863; RINESSI, Antonio J., "Caracterización y protección del consumidor", LA LEY 1996 – E, 1264).

[7] FRUSTAGLI, Sandra A. – HERNÁNDEZ, Carlos A., "El concepto de consumidor. Proyecciones actuales en el Derecho argentino", LA LEY 2011 – E, pág. 992.

La Comisión Redactora del Anteproyecto fundamentó la inclusión del derecho del consumidor en dicho cuerpo normativo: se propuso incluir una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una "protección mínima", lo que tiene efectos importantes:

a) En materia de regulación, ello implica que 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 legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común.

d) En el campo de la interpretación, se establece un "dialogo 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.

Para Junyent Bas y Garzino, lo más destacable es la incorporación de los principios y reglas básicas del derecho del consumidor a la regulación en el Código Civil y Comercial, de modo que hay algunos aspectos antes regulados en la Ley de Defensa del Consumidor que han quedado absolutamente confirmados, así como otros han sido modificados. En consecuencia, actualmente el marco jurídico del consumidor está conformado por la Constitución Nacional y Tratados Internacionales, la "ley especial" de Defensa del Consumidor Nº 24.240, el Código Civil y Comercial, y demás regulaciones nacionales, provinciales y municipales que refieran a los derechos de estos sujetos vulnerables, todo lo cual enmarca a esta normativa en el ámbito de los "derechos sociales".

El Código incorpora la temática específicamente en los arts. 1.092 a 1.122, como así también reformula los arts. 1, 8, 40 bis y el 50 de la Ley N° 24.240 mediante el denominado: "Anexo II — Ley N° 26.994". En el Título III, del Libro Tercero, el nuevo ordenamiento regla los aspectos centrales de la relación de consumo.[8]

La normativa del consumidor tiene carácter estatutario por estar integrada no sólo por la regulación constitucional, el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Defensa del Consumidor, sino también por todas aquellas normas que resulten aplicables a la relación jurídica de consumo, quedando el intérprete habilitado a tomar preceptos de diversas fuentes, ya sea para cubrir situaciones no contempladas o bien para otorgar una respuesta más favorable para el consumidor. La propia Ley de Defensa del Consumidor señala que su aplicación debe efectuarse de modo integrado con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo. No dice que se integra con otras leyes, sino con las vinculadas al consumidor, con lo cual se reconoce la autonomía del microsistema, de manera que las soluciones deben buscarse, en primer lugar, dentro del propio sistema y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo, y aún derogatorio de normas generales, lo que lleva a establecer que el sistema tuitivo del consumidor está compuesto por la Constitución nacional, los principios y valores del ordenamiento jurídico y las normas legales infraconstitucionales.[9]

---

[8] JUNYENT BAS, Francisco A. – GARZINO, María Constanza, "El consumidor en el Código Civil y Comercial", LA LEY 2016 – E, 711. Puede verse: SANTARELLI, Fulvio Germán, "El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 223; RITTO, Graciela B., "Los contratos de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", DJ 14/01/2015, 1.

[9] WAJNTRAUB, Javier H., "El fortalecimiento de los derechos del consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación", en Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.016 – 1, "Consumidores", pág. 109 y sgtes.; FILIPPINI, Aníbal, "Consumidor y "diálogo de fuentes"", DJ 12/03/2014, 1; ARIAS CÁU, Esteban J., "El Código unificado: Una propuesta sobre el ámbito subjetivo de consumidor", DCCyE 2011 (octubre), 26/10/2011, 94.

Para Sozzo, al analizar las reglas de funcionamiento del diálogo de fuentes es necesario tener muy presente que el objetivo central del método es mejorar la efectividad de los mandatos constitucionales y esa es la manera de hacer realidad en el Derecho Privado la idea de realización en la mayor medida posible las normas fundamentales. Concretamente, en el dominio del Derecho del consumidor, de lo que se trata es de maximizar el principio constitucional de protección del consumidor y éste es un punto común con otra de las técnicas que el Código privilegia, que es el juicio de ponderación, lo cual habla de un lenguaje común en materia de derechos que campea en todo el Código.[10]

El diálogo de fuentes como método requiere sustituir el orden que prefiguran los criterios de resolución de antinomias por un orden basado en los derechos humanos fundamentales. El diálogo es doble. Por un lado, el diálogo intrarregulación de las relaciones de consumo, está guiado por la directiva de progresividad maximalista: lograr componer respuestas normativas a los casos que se presenten que aseguren el mayor nivel posible de la protección del consumidor. Por otro lado, el diálogo extramicrosistema de protección del consumidor está guiado por la directa desarrollista: todos los derechos fundamentales en juego deben potenciarse.[11]

IV. Una nueva noción de consumidor: las implicancias de la regulación del contrato de consumo en el Código Civil y Comercial y la reforma al art. 1 de la Ley N° 24.240

El art. 1.092 del Código Civil y Comercial inicia la regulación de los contratos de consumo y dispone: "Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona

[10] SOZZO, Gonzalo, "El diálogo de fuentes en el Derecho del Consumidor Argentino", en Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.016 – 1, "Consumidores", pág. 223 y sgtes, y en especial, pág. 270 y sgtes.; puede verse: FILIPPINI, Aníbal, "Consumidor y "diálogo de fuentes"", DJ12/03/2014, 1.

[11] Ibídem.

humana 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".

Por su parte, el art. 1.093 establece: "Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social."[12]

Ahora bien, en el afán de uniformar este aspecto tan relevante para la delimitación de la aplicación del microsistema de protección del consumidor, la Ley N° 26.994 modifica el art. 1 de la Ley N° 24.240 que queda redactado del siguiente modo: "Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. 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,

[12] En el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, la redacción del art. 1.092 era la siguiente: "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 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", y "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".

como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

El concepto de relación de consumo y consumidor puede caracterizarse a través de los siguientes postulados: a) La relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un usuario/consumidor (no se innova en la definición normativa que la reforma de la Ley N° 26.361 había introducido en el art. 3 de la Ley N° 24.240); b) El elemento característico del usuario/consumidor es la adquisición de bienes y servicios como "destinatario final", o quien usa el bien o servicio adquirido por otro con el mismo fin; c) Admite a las personas jurídicas como posibles consumidores, tal como se disponía desde la redacción original de la Ley N° 24.240; d) La onerosidad no es un límite para considerar el carácter de una relación de consumo, subsistiendo la inclusión de los actos gratuitos, que en un comienzo tuvo sustento en la reglamentación del Decreto N° 1.798/94 y luego fue introducida por la Ley N° 26.361 al art. 1 de la Ley N° 24.240);[13] e) La norma mantiene la clasificación del consumidor contratante y del consumidor indirecto o equiparado (usuario no contratante); sin embargo, el Código Civil y Comercial, Ley N° 26.994, suprimió la figura del consumidor expuesto, es decir "quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo".[14]

Precisamente, una problemática especial se plantea en torno a la concepción de las distintas tipologías de consumidor, ya que el Código limita la noción, al excluirse tanto de los arts. 1.092 y 1.093, como del reformulado art. 1 de la Ley de Defensa del Consumidor, a quien se encuentra "expuesto a una relación de consumo", conocido como "bystander", que había sido incorporado por la Ley N° 26.361. Sin perjuicio de ello, la figura del consumidor "expuesto" se torna operativa en materia de "prácticas abusivas": el art. 1.096 al hablar del ámbito de aplicación no sólo refiere a los consumidores directos o indirectos reconocidos dentro del

[13] De acuerdo al art. 1 del Decreto N° 1.798/94 se disponía en su a): "Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo: muestras gratis)".

[14] CAO, Christian Alberto – GAMARRA, Gonzalo, "La relación de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación", RCCyC 2015 (noviembre), 17/11/2015, 249.

ámbito de la relación de consumo, sino que hace extensible a los que se "exponen" a dicha vinculación.

La tutela especial surge de todo el plexo consumeril, consagrando en la Constitución Nacional, en el Código Civil y Comercial y en la Ley N° 24.240, en el principio "in dubio pro consumidor", art. 3 de la Ley N° 24.240, y arts. 1.094 y 1.095 del Código Civil y Comercial, que se integra, entre otras con las siguientes directrices: la obligación de información, art. 4 de la Ley N° 24.240 y arts. 1.100 del Código Civil y Comercial, las condiciones previsibles y normales de uso de las cosas y servicios que respeten las instrucciones y normas para garantizar su seguridad, art. 5 y 6 de la Ley N° 24.240, la prohibición de prácticas publicitarias engañosas, art. 8 de la Ley N° 24.240, y art. 1.001 del Código Civil y Comercial, el trato digno y equitativo, art. 8 bis, y art. 1.097, etc. De las normas citadas la doctrina deriva los principios especiales y tuitivos: protectorio, de sustentabilidad, de no regresividad, de irrenunciabilidad a los derechos por el carácter de orden público de la ley, de buena fe, de dignidad y de realidad.[15]

El Derecho del consumidor reconoce principios informadores que lo legitiman como rama autónoma y el Código ha concretado una labor de afianzamiento, consolidación y extensión de los mismos. Los principios iluminan el funcionamiento de las instituciones del Derecho del Consumidor, y encuentran sustento en el art. 1.094: "Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor."[16]

[15] JUNYENT BAS, Francisco A. – GARZINO, María Constanza, "El consumidor en el Código Civil y Comercial", LA LEY 2016 – E, 711: puede verse: SANTARELLI, Fulvio Germán, "El contrato de consumo en el Código Civil y Comercial de la Nación", LA LEY, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos 2015 (febrero), 25/02/2015, 223; RITTO, Graciela B., "Los contratos de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", DJ 14/01/2015, 1.

[16] HERNÁNDEZ, Carlos A., "Límites a la autonomía de la voluntad en los contratos de consumo. Aportes del Código Civil y Comercial de la Nación", en Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni,

V. El destino final de la adquisición como requisito para ser calificado de consumidor: la empresa, el comerciante y la persona jurídica como posibles sujetos de protección

Vale recordar que para definir al consumidor, se han propuesto varias teorías.

Para la teoría subjetiva o finalista, la utilización directa o indirecta del producto o servicio en la actividad económica ejercida por el sujeto aparta el destino o goce final del bien transformándolo en un instrumento del ciclo productivo de otros bienes o servicios. Para esta posición, el concepto de consumidor es subjetivo ya que su caracterización recae en su condición de no profesional en relación con el proveedor profesional y la expresión "destino final" debe ser interpretada tanto fáctico como económico, de modo tal que no reviste interés que el bien o servicio adquirido se encuentre vinculado en forma genérica o específica, directa o indirecta, mediata o inmediata al proceso productivo. En cualquier caso quedaría excluido del régimen protectorio.[17]

2.016 – 1, "Consumidores", pág. 131 y sgtes. Puede verse: STIGLITZ, Gabriel A., "Consumo sustentable. El derecho del consumidor y la protección del medio ambiente", DJ 1997 – 3, 73; PEÑALOZA, Bárbara Virginia, "Principio de acceso al Consumo Sustentable: Artículo 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación", La Ley on line, AR/DOC/2854/2016; HERNÁNDEZ, Carlos A. – FRUSTAGLI, Sandra A., "Derivaciones del principio de acceso al consumo sustentable en las relaciones de consumo", SJA 20/09/2017, 117, JA 2017 – III, 1442; BIANCHI, Lorena, "El impacto del principio del acceso a un consumo sustentable en el funcionamiento de la regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación", SJA 13/09/2017, 45, JA 2017 – III, 1356.

[17] RUSCONI, Dante Daniel, "La "subordinación relacional" como elemento determinante de la noción de consumidor ¿Cuándo puede aplicarse el Estatuto del Consumidor en beneficio de comerciantes o empresarios?" (Ponencia presentada en la Comisión N°8 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Tucumán, 2011), publicada http://ide consultora.com .ar/bcder echocivil20 11/pone ncias201 1/C8/C8-026.pdf. Se recuerda que el art. 2º del Decreto N° 1.798/94 disponía: "Se entiende que los bienes o servicios son integrados en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros cuando se relacionan con dichos procesos, sea de manera genérica o específica". Puede compulsarse: ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "El

En cambio, la teoría objetiva o maximalista, pone el acento en la idea de "destinatario final fáctico", entendiéndose por tal a aquel que retire el bien del circuito económico, consumiéndolo o utilizándolo de forma de depreciar su valor como medio de cambio. No influye en la definición de consumidor el "uso privado" o "económico - profesional" del bien, por cuanto quien adquiere o utiliza un producto o un servicio, teniendo en vista el ejercicio de una actividad económica, sin que el producto integre directamente el proceso de producción, transformación, montaje, beneficio o reventa, lo hace en condición de destinatario final, aunque meramente fáctico, lo que es suficiente para caracterizar el concepto de consumidor. De acuerdo a esta postura, el uso profesional del producto o servicio adquirido o utilizado por la persona jurídica que ejerce actividad económica sólo apartará la existencia de relación de consumo si tales bienes componen, directamente (reventa) o por transformación, beneficio o montaje, el producto o servicio a ser ofrecido a terceros, por cuanto en tal hipótesis, la destinación no es final sino intermediaria.[18]

La teoría finalista moderada sostiene que como el derecho del consumidor posee un campo de aplicación relacional, pensado para brindar una fuerte protección al consumidor, intrínseca o circunstancialmente débil, siempre que se relacione con un proveedor, sujeto profesional o experto que hace del comercio o de la actividad empresarial su medio de subsistencia, se debe poner el foco de atención en dos condiciones: a) el consumo final inmediato y b) la vulnerabilidad.[19]

Sostener una tesis subjetiva implicaría excluir de la aplicación de la ley a las personas jurídicas con fines de lucro ya que toda ad-

---

empresario consumidor", LA LEY 2014 – D, 611.

[18] RUSCONI, Dante Daniel, "La "subordinación relacional" como elemento determinante de la noción de consumidor ¿Cuándo puede aplicarse el Estatuto del Consumidor en beneficio de comerciantes o empresarios?" (Ponencia presentada en la Comisión N°8 de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, Tucumán, 2011), publicada http://ideconsult ora.com.ar/bcde rechocivi l2011/pone ncias2011 /C8/ C8-026.pdf.

[19] Ibídem.

quisición estaría vinculada de algún modo a su ciclo productivo o a su giro comercial. En este sentido, la ratio legis de la supresión del segundo apartado del art. 2 fue dejar sin efecto el decreto reglamentario N° 1.798/94 que excluía las adquisiciones de bienes relacionadas al proceso productivo tanto en forma genérica como específica.[20]

Hay casos en que resulta claro determinar que la empresa no es destinataria final del bien adquirido. Se trata de los actos que resultan inherentes a la actividad profesional quedando claramente excluidos de la noción de consumidor. Sin embargo, hay supuestos en que la determinación del carácter de "destinatario final" genera dudas: son aquellos casos en que el bien o servicio adquirido o utilizado se encuentra vinculado en forma indirecta o mediata con la actividad empresaria y, por ende, resultan meramente coadyuvantes o conexos a la misma pudiendo quedar incluidos dentro del marco protectorio.[21]

Lorenzetti al tratar el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley N° 24.240 diferencia tres tipos de contratos en los cuales puede verse inmersa una empresa: a) Contrato de bienes o servicios para integrarlos al proceso de producción con la finalidad de dar una prestación a terceros. Por ejemplo si se adquiere materia prima o una maquinaria para elaborar un producto que luego se venderá. Este supuesto está claramente excluido del régimen de consumidor; b) Contrato sobre bienes o servicios que importan una utilización final, pero mediatamente integran la prestación a terceros. Sería el caso de la adquisición de computadoras o equipos telefónicos para ser utilizados en la oficina de una fábrica, o rodados para ser utilizados para el traslado del personal, o el servicio de alarma para la seguridad de la empresa, etc. Para algunos autores, se trataría de actos de comercio por conexión porque están vinculados a la comercialización y al destino empresarial y, por lo tanto, están excluidos de la relación de consumo, aunque exista un agotamiento con el uso. Para otros autores, quedan incluidos

[20] Ibídem.

[21] ARIAS, María Paula, "Las fronteras de la noción de consumidor a propósito del fallo "Ocampo" y a la luz del derecho proyectado", DCCyE 2012 (agosto), 13/08/2012, 156.

en la protección porque se trata de consumidores no profesionales respecto de esos bienes específicos; c) Contrato de bienes de consumo, sin darle ningún destino, ni siquiera mediato, para la prestación a terceros. A este caso resultaría claramente aplicable el estatuto de defensa del consumidor.[22]

Las dudas se presentan en relación a los contratos que celebren las empresas sobre bienes o servicios para su utilización final pero indirecta o mediatamente relacionados a la actividad empresarial. Lo trascendente para resolver la cuestión es la causa fin para el cual el bien o servicio es adquirido y no la naturaleza de los mismos, pues se puede adquirir un rodado para continuar su vida económica en un proceso productivo que habría de culminar con una ulterior comercialización a terceros del servicio de transporte –supuesto claramente excluido del estatuto protectorio especial– o, para trasladar al personal de la empresa –supuesto mediatamente vinculado al proceso productivo y respecto al cual existirían dudas si resulta aplicable la ley de defensa del consumidor– o, para que los ejecutivos de la firma realicen viajes de placer –supuesto que se encuentra dentro del ámbito de aplicación del mentado estatuto–. Sin embargo, en determinados casos, la particular naturaleza del bien puede servir para dilucidar cuál es la finalidad para la cual ha sido adquirido.[23]

Debe ponderarse si la adquisición del bien o contratación del servicio es imprescindible para que la empresa cumpla con su objeto social o comercial. En tal caso no podría ser considerada destinataria final del bien que adquiere o servicio que contrata. Contrariamente, si el bien adquirido o servicio contratado no fuese imprescindible para que la empresa cumpla con su objeto social o comercial, habría que determinar si el mismo mejora –de alguna manera– la calidad del bien o servicio que ella misma ofrece en el mercado o bien si puede aumentar (aunque sea potencialmente) sus ventas. Si ello fuese así, tampoco la empresa de-

[22] LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado de los Contratos", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2.004, Tomo I, pág. 154 y ss.

[23] ARIAS, María Paula, "Las fronteras de la noción de consumidor a propósito del fallo "Ocampo" y a la luz del derecho proyectado", DCCyE 2012 (agosto), 13/08/2012, 156.

bería ser considerada destinataria final del bien o servicio que adquiere o contrata y, por ello, quedaría excluida de la categoría jurídica de consumidor.[24]

En definitiva, los empresarios quedarían excluidos del régimen de la ley de defensa del consumidor en el caso en que el bien o servicio adquirido para su consumo final esté vinculado directa, específica e inmediatamente a su proceso productivo ya que, en este caso, sería un instrumento de producción y su precio sería incluido en el precio final del profesional que lo adquirió. Por el contrario, el carácter de destinatario final se entenderá configurado si la operación es ajena al ámbito estricto de su profesionalidad, apreciado ello en función del objeto de la actividad económica junto a otras circunstancias relevantes del caso.[25]

Para determinar si resulta aplicable el estatuto consumeril a la empresa contratante, debe adicionarse que la misma se encuentre en una situación de vulnerabilidad o debilidad económica-social o cognoscitiva en relación a la proveedora del bien o servicio que se trate. El análisis de la vulnerabilidad en el caso concreto implica juzgar el equilibrio de la relación de acuerdo con un examen integral que abarque no solamente las circunstancias de carácter objetivo (el acto de consumo), sino también los condicionantes de orden subjetivo (características de las partes, manejo de la información, conocimientos técnicos, necesidad a satisfacer, etc.), siendo un elemento de suma importancia el de la "habitualidad" en relación al bien objeto de la operación que se pretende "de consumo".[26]

---

[24] ARIAS, María Paula, "Las fronteras de la noción de consumidor a propósito del fallo "Ocampo" y a la luz del derecho proyectado", DCCyE 2012 (agosto), 13/08/2012, 156.

[25] Ibídem.

[26] Ibídem. Durante la vigencia del art. 1 de la Ley N° 24.240, de acuerdo a la redacción de la Ley N° 6.361, Álvarez Larrondo sostenía que "sólo cuando el bien adquirido se inserte de manera directa como insumo en la cadena de producción, no procederá considerar al adquirente consumidor. Pero por el contrario, cuando la adquisición efectuada por un empresario/persona jurídica comercial, no importe la adquisición de un insumo a ser integrado de manera directa en la cadena de comercialización, quedará pues entonces alcanzada por la ley 24.240 (F-1884). Ejem-

Lowenrosen define las siguientes pautas a los fines de determinar cuándo la persona jurídica actúa como consumidor o usuario: a) cuando adquiere bienes o servicios que no hacen a su actividad habitual y que no tienen por fin ser industrializados ni reinsertados en el mercado comercial; b) cuando la adquisición se realiza en inferiores condiciones de capacidad cognitiva, técnica y operativa que la del proveedor; c) cuando están sometidas a un prestador que brinda un servicio público monopólico, y es evidente la necesidad de tutelar al usuario bajo un régimen de derecho público, sin importar su naturaleza jurídica, en orden a la situación de cautividad en que se encuentra. En estos casos, Lowenrosen señala que la persona jurídica debe ser reputada consumidor o usuario pues, su adquisición al no relacionarse con su actividad, la coloca en la ubicación del profano que se encuentra frente a un profesional especializado que permite predicar el "desequilibrio" característico de la relación de consumo.[27]

Para Junyent Bas y Garzino, para que una persona jurídica pueda considerarse consumidora y/o usuaria, deben darse las siguientes pautas objetivas: a) la debilidad estructural concebida en términos de profesionalidad, es decir, idoneidad técnica; b) que la adquisición o la utilización del bien o del servicio sea con destino final, es decir, que constituya un "valor de uso", que no se incorpore directamente a la cadena de producción y comercialización; y c) la relación de dimensionamiento empresario entre proveedor y adquirente o usuario, de manera tal que permita predicar el desequilibrio que justifica la tutela del plexo consumeril.[28]

Para Parmigiani, no es prudente excluir a priori del concepto de consumidor a las empresas y/o comerciantes que actuando en

---

plo de esto, lo constituye la contratación del servicio de seguridad privada o de alarma monitoreada, o la adquisición de una vivienda prefabricada por parte de una empresa dedicada a la producción de papas fritas envasadas" (ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "El empresario consumidor", LA LEY 2014 – D, 611).

[27] LOWENROSEN, Flavio, "Derecho del consumidor", Buenos Aires, Ediciones jurídicas, 2.008, Tomo II, pág. 138 y sgtes.

[28] JUNYENT BAS, Francisco A. – GARZINO, María Constanza, "El consumidor en el Código Civil y Comercial", LA LEY 2016 – E, 711.

el marco de su desempeño laboral, se vean en la necesidad de acudir a proveedores especializados en la fabricación de un determinado bien o en la prestación un determinado servicio —necesarios para el desarrollo de la labor profesional—, y que como consecuencia de esa prestación, sufran un incumplimiento por parte de tal prestador. Para el autor, por el contrario, el límite para incluir o no al empresario dentro del régimen tuitivo pasa por otro lado, y tiene que ver con la configuración del denominado "destino final", el que a su vez, debiera ir acompañado del requisito de "debilidad estructural", en el sentido de falta de idoneidad técnica específica en el empresario que consume respecto del producto que adquiere. En definitiva, aquéllos que adquieran un bien o servicio en su carácter de comerciantes o empresarios, quedarán igualmente protegidos por esta ley siempre que el bien o servicio no sea incorporado de manera directa en la cadena de producción. Vale citar como ejemplos la adquisición de mobiliario para la empresa, o de equipos de aire acondicionado para las oficinas de los empleados, supuestos en los cuales, quienes los adquieren no lo hacen con la idea de volver a insertarlos en el mercado, de transformarlos, ni de lucrar con su venta, razón por la cual podrán reclamar todos los beneficios que otorga la Ley N° 24.240.[29]

Arias Cau afirma que el espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas y sólo por excepción puede aplicarse el régimen a las personas jurídicas, en particular a las asociaciones civiles y fundaciones, incluyéndose a las sociedades comerciales, en casos muy particulares. Además, se requiere que el acto sea extraño a su actividad profesional, es decir, no lo incorpore de manera directa a la actividad productiva. La modificación de la Ley N° 26.361 mantiene como sujeto protegido al consumidor como persona física y jurídica. En este último aspecto, si bien el espíritu del derecho del consumidor está ligado a la persona física que es la que posee la vulnerabilidad jurídica más intensa, no es menos cierto que el legislador patrio también quiso

[29] PARMIGIANI, María Lourdes, "Un debate sin consenso: la necesidad de trazar límites interpretativos en la calificación jurídica de consumidor. Análisis particular de la figura del empresario", DCCyE 2014 (abril), 01/04/2.014, 124.

proteger a la persona jurídica, cuando actúen fuera del ámbito de su actividad profesional, es decir, de su objeto social o giro comercial. Será aplicable la Ley N° 24.240 a toda persona jurídica que no tenga por objeto o que no realice de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado.[30]

Moro defiende la posición que niega la posibilidad de considerar consumidor a una sociedad mercantil. Tras precisar que la empresa puede hallarse incardinada a la gestión de una persona física o a la gestión de una persona jurídica (empresario), propicia que mientras el empresario – persona física puede adquirir bienes o servicios para destino final y para ser reinsertados en el proceso productivo, el empresario persona jurídica (sociedad comercial) sólo puede hacerlo en este último sentido, de modo que no es posible predicar respecto de él la existencia de una relación de consumo. En efecto, este desdoblamiento sólo es concebible respecto de la persona de existencia visible pero jamás respecto de la persona de existencia ideal societaria cuya capacidad jurídica se encuentra circunscripta con total justificación a la realización de operaciones vinculadas al intercambio de bienes y servicios en el mercado. Escrutar entonces, en este último caso, si la adquisición del aire acondicionada, la alarma o el automóvil fue realizada o no para destino final, poniendo la lupa sobre el costado objetivo del presunto acto de consumo, carece, en verdad, de sentido: todo acto jurídico celebrado por una compañía para ser tal en orden a uno de sus presupuestos (capacidad), debe estar conectado al fin económico o societario que delimita el área de la conducta en interferencia intersubjetiva, en que puede actuar una sociedad y que supone uno de sus elementos específicos. Continúa este autor diciendo que la atribución de personalidad jurídica es un resorte técnico, un expediente de unificación de relaciones que culmina en la emanación de un centro de imputación diferenciado, un sujeto de derechos en los términos del art. 141 del Código Civil y Comercial. Atribuir personalidad jurídica a un determinado haz

[30] ARIAS CÁU, Esteban J., "El Código unificado: Una propuesta sobre el ámbito subjetivo de consumidor", DCCyE 2011 (octubre), 26/10/2.011, 94.

de relaciones de la realidad es una decisión legislativa que responde a la necesidad de tutelar algún bien jurídico. No es posible considerar consumidora a una sociedad, en tanto es inconcebible que una sociedad cuya actividad, cualquiera sea su objeto, no esté enmarcado en la producción e intercambio de bienes y servicios en el mercado. Este es uno de los elementos específicos (el fin económico o la vocación de titularidad de una hacienda mercantil) y su falta hace que sea inviable hablar de sociedad comercial, del mismo modo que ocurre si no hay pluralidad de socios, tipicidad o aportación común. Si ello es así, no es posible decir que la sociedad será parte de una relación de consumo cuando actúe fuera de su actividad profesional, alejada de su objeto social o giro comercial específico, si ello por definición es imposible.[31]

VI. La redefinición del sujeto expuesto a una relación de consumo: la reducción de la figura

El art. 1.092 del Código Civil y Comercial delimita la noción de consumidor, avanzando sobre la noción de consumidor equiparado que había introducido la Ley N° 26.361 al art. 1 de la Ley N° 24.240, que también es modificado en este aspecto. Así, en el esquema normativo actual, sólo 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.[32]

[31] MORO, Emilio F., "De nuevo sobre la inviabilidad de la sociedad comercial "consumidora": impacto del nuevo Código Civil y Comercial en este debate", en Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.016 – 1, "Consumidores", pág. 533 y sgtes.

[32] La Comisión redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, refiriéndose al bystander, aclara, en sus Fundamentos, que: "Estas definiciones receptan las existentes en la legislación especial, depurando su redacción y terminología conforme a observaciones efectuadas por la doctrina. En especial cabe mencionar la figura del "consumidor expuesto", incluido en la ley especial dentro de la definición general de consumidor. Ello ha sido una traslación inadecuada del Código de Defensa

Concretamente, se elimina la última parte del art. 1 que rezaba: "...y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo", siguiéndose, de ello, que el sujeto o consumidor denominado "bystander" quedaría excluido de la protección legal, restringiendo nuevamente la noción a los casos de consumidor directo e indirecto, como regla general.[33]

El consumidor expuesto o "bystander" queda incluido en el art. 1.096 del Código Civil y Comercial, que regula el ámbito de aplicación de las prácticas abusivas: "Las normas de esta sección son aplicables a todas las "personas expuestas" a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el art. 1.092". De tal modo, a pesar de la exclusión expresa del bystander de la noción de consumidor, también se encuentra tutelado por el plexo consumeril en el citado art. 1.096. En definitiva, entre el nuevo art. 1 de la Ley N° 24.240, el art. 1.092 y el art. 1.096 del Código Civil y Comercial, aparece una construcción compleja, de cierta ambigüedad, que ya justifica nuevos debates sobre el alcance de la figura.[34]

---

del Consumidor de Brasil (art. 29), que contempla esta noción en relación a las prácticas comerciales, pero no como noción general. Como se advierte, la fuente si bien amplía la noción de consumidor, la limita a quien se halla expuesto a prácticas abusivas lo que aparece como absolutamente razonable. En cambio, la redacción de la ley 26.361, carece de restricciones por lo que, su texto, interpretado literalmente, ha logrado una protección carente de sustancialidad y de límites por su amplitud. Un ejemplo de lo expuesto lo constituye el hecho que alguna opinión y algún fallo que lo recepta, con base en a la frase "expuestas a una relación de consumo", han considerado consumidor al peatón víctima de un accidente de tránsito, con relación al contrato de seguro celebrado entre el responsable civil y su asegurador. La definición que surge del texto, constituye una propuesta de modificación de la ley especial. De todos modos, y tomando como fuente el art. 29 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, la hemos reproducido al regular las "Prácticas abusivas" ya que, en ese caso, su inclusión aparece como razonable".

[33] ARIAS CAU, Esteban Javier, "El Derecho del consumidor frente al mercado", en Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.016 – 1, "Consumidores", pág. 453 y sgtes., en especial pág. 491 y sgtes.

[34] JUNYENT BAS, Francisco A. – GARZINO, María Constanza, "El consumidor en el Código Civil y Comercial", LA LEY 2016 – E, 711.

Álvarez Larrondo señala que del art. 1.096 se extiende la tutela destinada a toda persona expuesta a cualquier tipo de práctica comercial, aun cuando sean consumidores o sujetos equiparados. Este criterio amplio surge de la redacción misma, por cuanto se refiere a sujetos determinables o no. La Real Academia Española en su séptima acepción, define el término "práctica", como "ejercicio de cualquier arte o facultad, conforme a sus reglas" y comercial como "perteneciente o relativo al comercio o a los comerciantes", con lo que se referiría al ejercicio del arte de comerciar. Así cualquier actividad desplegada por los proveedores, enderezada a su actividad comercial, dará derecho a todo sujeto expuesto a la misma, a reclamar el respeto de los derechos que le reconoce esta Sección. Sobre este pasaje, que existe un error de redacción, por cuanto limita la tutela a los derechos reconocidos en la Sección, cuando en verdad, debió decir Capítulo (Formación del consentimiento), dado que la Sección 2º también afecta a quien se encuentra expuesto, puesto que regula la información y publicidad dirigida a los consumidores, cuando ellos resultan aún en su mayoría indeterminados. Los derechos otorgados a los expuestos, contempla también este pasaje, conforme además con el modelo brasileño, fuente de la figura.[35]

Para Junyent Bas y Garzino, aun con la actual redacción del art. 1 de la Ley N° 24.240 y del 1.092 del Código Civil y Comercial, en todos los supuestos donde se viola el deber de seguridad, el damnificado, expuesto a una relación de consumo, igualmente se encuentra protegido, pues su presencia en establecimientos comerciales ya significa el disfrute de un servicio gratuito como el de observar los productos, poder advertir si existen nuevas ofertas, comparar precios con los de otros establecimientos, etc. lo que también conlleva la obligación de seguridad por parte del proveedor. De igual modo, corresponde incluir a las víctimas de accidentes en la medida que se encuentren expuestas a una relación de consumo. Desde otro costado, del análisis de la regulación también se advierte una contradicción específicamente en la redacción de la última parte del art. 1.096 del Código Civil y Comercial, que

[35] ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., "El consumidor a partir del Proyecto de Código Civil", RCyS 2.013 – III, 5.

luego de incluir a "...todas las personas expuestas a prácticas comerciales, determinables o no...", agrega: "sean consumidores o sujetos equiparados conforme a lo dispuesto en el art. 1.092". En consecuencia, a pesar de la criticable redacción, la norma debe interpretarse de modo sistémico, en función de los fundamentos del derecho del consumidor, y especialmente, con base en el principio interpretativo del "in dubio pro consumidor", art. 1.094 del Código y art. 3 de la Ley N° 24.240. El legislador pretendió incluir en la protección de las prácticas abusivas tanto a todas las personas expuestas como también a los consumidores directos o indirectos previstos en el art. 1.092 del ordenamiento. La noción de práctica abusiva es amplia y comprensiva de supuestos de violación a la oferta, la publicidad, el trato digno y equitativo, el derecho a la información y a la salud del consumidor, etc. En síntesis, la restricción del "bystander" del ámbito consumeril implicaría una restricción infundada, que beneficia a ciertos sectores de la sociedad, pero que afecta los derechos de los consumidores y usuarios más débiles.[36]

Por su parte, Barocelli advierte que los sujetos expuestos a la relación de consumo son aquellos sujetos que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, sufren o están en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios, comprendiendo tanto a potenciales consumidores frente a prácticas de mercado (oferta a persona indeterminada, publicidad, prácticas de marketing, condiciones generales de la contratación, etc.) como a víctimas no contratantes de daños por defectos de producto o incumplimiento del deber de seguridad. Los sujetos expuestos ha sido "reubicados" en el art. 1.096 del Código, que está inserto en la Sección 1ª, titulada "Prácticas abusivas", que reglamenta las cuestiones referidas a los derechos al trato digno, al trato equitativo y no discriminatorio y a la libertad de contratar de los consumidores y que la Sección 2ª, titulada "Infor-

[36] JUNYENT BAS, Francisco A. – GARZINO, María Constanza, "El consumidor en el Código Civil y Comercial", LA LEY 2016 – E, 711.

mación y publicidad dirigida a los consumidores", regula el derecho/deber de información, las ilicitudes publicitarias y los efectos de la publicidad. Se puede incluir dentro de dicha noción, las siguientes cuestiones: a) ilicitudes publicitarias; b) restricciones a la libertad de elección; c) prácticas abusivas, desleales y agresivas; d) Incumplimiento del deber de seguridad; y e) Protección frente productos defectuosos. La noción de expuesto a una relación de consumo continúa comprendiendo tanto a los consumidores potenciales; como las víctimas de daños que no tienen un vínculo contractual con el proveedor, sea el daño originado por el incumplimiento el deber de seguridad o por un defecto del producto o servicio, especialmente fundamentado en el defecto de información sobre riesgos y daños. Por consiguiente, el concepto de consumidor no ha sufrido morigeración alguna, sino que han sido pulidas ciertas indefiniciones que despertaban dudas y controversias.[37]

Sáenz afirma que la reforma de la figura del consumidor por el Código Civil y Comercial vuelve las cosas a su cauce natural, y limita la aplicación del régimen tuitivo a las personas expuestas a la relación de consumo en los supuestos en que ello es necesario, esto es, cuando existe a una práctica comercial abusiva desarrollada por el proveedor (art. 1.096) y es allí en donde el instituto tiene trascendencia, pues muchas veces las prácticas comerciales abusivas del proveedor se desarrollan en ámbitos en los cuales el afectado no adquirió ni utilizó el bien o servicio. Por ejemplo, en los supuestos en que el proveedor, directamente, no permite al consumidor utilizar o adquirir el bien o servicio debido a una característica física de la persona, lo cual sería contrario a la regla establecida en el art. 1.098 del Código. Esta modificación legislativa en nada afecta al criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Mosca", pues dicho precedente encuentra su sustento normativo en el art. 42 de la Constitución Nacional, y es incluso anterior a la sanción de la Ley N° 26.361. Por ende, el deber de indemnidad a cargo del proveedor

[37] BAROCELLI, Sergio S., "Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial", DCCyE 2015 (febrero), 24/02/2015, 63.

alcanza no solo a quienes son consumidores o usuarios del bien o servicio, sino también a quienes sufran daños en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cuando la relación de consumo genere riesgos frente a terceros, quienes sufran daños como consecuencia de su realización quedan comprendidos en el régimen protectorio, más allá de que no se encuentren comprendidos entre los sujetos mencionados en el art. 1° de la Ley N° 24.240.[38]

Ghersi entiende que todos los seres humanos de la sociedad están expuestos y deben estar protegidos, desde el derecho, significo nada menos que el cierre perfecto en el derecho de daños y es también la protección integral de los derecho humanos que se declaran en Tratados, Pactos y Convenciones Internacionales (que tanto se ufana las actuales autoridades). El expuesto no puede ser derogado ni siquiera por una norma expresa que es inconstitucional dado que existe el principio de progresividad. El principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra contemplado en el art. 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. El principio de progresividad contiene una doble dimensión: la primera a la que se puede denominar positiva, lo cual está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales y la otra a la que se puede denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad.[39]

---

[38] SÁENZ, Luis R. J., "Sobre la desaparición del "expuesto" del concepto de consumidor", RCyS 2015 – X, tapa.

[39] GHERSI, Carlos A., "Una aproximación al análisis metodológico y de contenido del nuevo código en el ámbito de la contratación", DJ12/11/2014, 1. SHINA, Fernando E., "Las relaciones de consumo en el nuevo Código Civil y Comercial. La resurrección del bystander", LA LEY, AP/DOC/969/2015; puede verse: SOBRINO, Waldo A. R., "Las víctimas de accidentes de tránsito siguen siendo consumidores en el Proyecto de Código", LA LEY 2012 – E, 849.

Lovece, por su parte, advierte que el consumidor es definido manteniendo el criterio finalista seguido por la ley especial, pero limita su ámbito de aplicación sólo al contratante directo y a quien se encuentre en una relación mediata con el proveedor (ocasión o consecuencia) eliminando la categoría del expuesto, lo que implica un claro retroceso normativo y este es el criterio seguido por la modificación que se introduce al art. 1 de la Ley N° 24.240. Con relación a la figura del expuesto, su eliminación del plexo normativo fue tachada de inconstitucional por mayoría en las XXIV Jornadas Nacionales de derecho Civil, concluyéndose en dicho encuentro en que "cualquier intento legislativo de suprimir el expuesto en la relación de consumo en la LDC debe declararse inconstitucional (Art. 42 de la CON y 1 y 2 de la LDC)."[40]

VII. Reflexiones de cierre

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación produjo una importante modificación del sistema de protección del consumidor, no sólo por la incorporación de una regulación puntual de los contratos de consumo, sino por la reconfiguración de la noción de consumidor que se observa razonable en función de las críticas que la reforma de la Ley N° 26.361 había generado en punto a la idea de sujeto expuesto a la relación de consumo.

Tal como se anticipara, la Comisión redactora del Anteproyecto de Código fundamentó la inclusión del derecho del consumidor; se propuso incluir una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una "protección mínima", lo que tiene efectos importantes: a) En materia de regulación, ello implica que 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

[40] LOVECE, Graciela, "El Derecho del consumidor. Los caminos del Derecho Comparado. El Código Civil y Comercial de la Nación", en Revista de Derecho de Daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.016 – 1, "Consumidores", pág. 501, y en especial pág. 517 y sgtes.

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 legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común. d) En el campo de la interpretación, se establece un "dialogo 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.

Es insoslayable que el impacto que ha tenido esta reforma en el microsistema de protección del consumidor complejiza el sistema de fuentes, lo que obliga a realizar un diálogo coordinado de la Ley N° 24.240 (Art. 3), con los principios que reconoce el art. 42 de la Constitución Nacional y la regulación novedosa en el mismo cuerpo normativo del Código Civil y Comercial con todas las consecuencias beneficiosas que trae consigo. No se discute, entonces, que los derechos de los consumidores son derechos fundamentales que deben leerse en clave constitucional y convencional, a tenor de lo establecido en el art. 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Además, la redefinición del concepto de consumidor se introduce en la propia ley especial de protección de los consumidores y usuarios, con los cambios que se han formulado en el art. 1 de la Ley N° 24.240, delineando un marco de protección razonable y prudente que deja un margen suficiente para que, en cada caso concreto, se analice la posibilidad de aplicar el régimen protectorio, tal como lo había hecho, por ejemplo, la Corte Federal en el caso Mosca.

Básicamente, el concepto de relación de consumo y consumidor puede caracterizarse a través de los siguientes postulados: a) La relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un usuario/consumidor; b) El elemento característico del usua-

rio/consumidor es la adquisición de bienes y servicios como destinatario final, o quien usa el bien o servicio adquirido por otro con el mismo fin; c) Admite a las personas jurídicas como posibles consumidores; d) La onerosidad no es un límite para considerar el carácter de una relación de consumo, subsistiendo la inclusión de los actos gratuitos; d) Se mantiene la clasificación del consumidor contratante y del consumidor indirecto (usuario no contratante), aunque se redefine la figura del consumidor expuesto, que había introducido la Ley N° 26.361 al art. 1 de la Ley N° 24.240.

Todo aquel individuo situado ante a un peligro derivado de una relación de consumo, o bien, que resulte efectivamente afectado a consecuencia de ella, queda inmerso en el ámbito de aplicación de la Ley N° 24.240. La situación de potencial afectación podría configurarse en múltiples circunstancias, entre otras, y en particular: a. Frente a prácticas comerciales desplegadas por los proveedores con relación a sujetos indeterminados (vg.: publicidad, prácticas y cláusulas abusivas, etc.) que pueden amenazar o resultar lesivas de derechos de los destinatarios. b. En supuestos donde aparezca implicada la seguridad de los productos y servicios incorporados al mercado por el proveedor, en especial a raíz de su carácter defectuoso.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación ha reforzado la protección del consumidor, en tanto reformula la noción del sujeto que puede invocar las normas del microsistema, atendiendo a la razonabilidad de las críticas que había generado la reforma de la Ley N° 26.361. A nivel normativo, se destaca la importancia de que se incorpore al propio Código de Derecho Privado un grupo de normas especialmente destinadas a reforzar la protección del consumidor en el marco de los contratos de consumo. Asimismo, y ya para concluir, si bien el microsistema se vuelve más complejo en orden a la composición de sus normas y a la escala jerárquica de las mismas, lo cierto es que redunda en un beneficio para el propio microsistema, en tanto obliga al intérprete a realizar un esfuerzo de coordinación de normas para "escuchar" lo que dicen en su diálogo, pudiendo, de este modo, arribarse a soluciones razonables para los casos.

Reflexiones prácticas de Derecho Procesal

Dr. Raul E. Bertres

El hecho notorio invocado por una de las partes - una lógica especial

El derecho es una disciplina científica que comprende conceptos teóricos y análisis especulativos, pero también tiene un costado práctico.

El Derecho Procesal, es la rama del derecho que se ocupa de bajar la norma que se encuentra contenida en la ley, a las prácticas judiciales.

Es en el proceso donde se materializa el ideal de justicia, cuando el juez adjudica la razón a alguna de las partes en la sentencia que pugnan en la controversia.

Para llegar a la sentencia es necesario transitar una serie de pasos, o secuencias formales, que se encuentran prescriptos y legislados en los Códigos Procesales.

Un segmento esencial del proceso es la prueba, capitulo neurálgico del juicio.

La prueba se rige en el sistema procesal dispositivo que los Códigos procesales han adoptado, por una serie de principios comunes a cada clase de probanza.

El hecho notorio es una excepción a los principios comunes, lo que despierta una serie de interrogantes.

El presente trabajo trata de acercar al operador práctico una serie de reflexiones, que tienen como finalidad, evitar la confusión fáctica en el desarrollo de un proceso, y poder llegar al final del mismo sin contratiempos.

En el C.P.C.C. de San Luis el tema referido al hecho notorio, no se trata como una categoría de estudio autónoma, ni se legisla en forma precisa.

No existe en consecuencia un artículo, ni norma, al que le podamos aplicar los métodos de análisis jurídicamente tradicionales.

Es innegable que esta opaca manera de existencia del Instituto, permite a los jueces ensayar las más distintas formas de entenderlo, y por ende quitar certeza al derrotero de la solución de los litigios.

Por otro lado es innegable que el tema nos interpela en cada procedimiento que abordamos.

I. Conceptos a tener en cuenta

Una de los aspectos importantes, en el desarrollo del proceso judicial es el que se vincula con el tema que nos ocupa, dentro de su desenvolvimiento lo referido a la producción y apreciación de la prueba judicial, por parte del juzgador.

La actividad judicial no se debe limitar al análisis posterior a la rendición de la prueba, al momento de dictar la sentencia, aceptando o rechazando su idoneidad sino que también la calificación se debe realizar en el desarrollo de su producción para que cumpla su finalidad e ingrese al proceso correctamente sin defectos.

Es la participación activa del juez, responsable y propia del cumplimiento de su deber dentro del proceso judicial. Ese deber no se puede limitar a resolver las incidencias producidas por las partes y estudiar las probanzas rendidas para dictar finalmente la sentencia definitiva. La vigilancia que se debe poner, es la que los Códigos Procesales prescriben cuando le ordena al Juez a desechar la prueba evidentemente superflua.

La actividad que se le impone a la parte es para que realice todo el esfuerzo procesal necesario a fin de probar sus afirmaciones y no traslade al juzgado lo que debe realizar como carga.

En cuanto al principio de apreciación de la prueba por el juez, debe ser objeto en cuanto a su mérito, a que el Juzgador aplique las reglas de la sana crítica en la actividad desplegada por las partes con la prueba rendida, apreciándola y evaluándola en cuanto contribuye a descubrir la verdad real.

También la apreciación y el control del juez en su función, debe comprender el ingreso de la prueba al proceso en forma útil. Así, el art. 360 del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Provincia de San Luis faculta al juez en su inciso 5º) …Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles…

En esa evaluación o examen de admisión de material probatorio puede mandar a rendir prueba que fuere invocada por la parte y no reuniere las características del hecho notorio. De otra manera debe expedirse incorporando la prueba como rendida. Ello es razonable dado que el litigante está manifestando que la

afirmación es notoria y no necesita probanza particular, el Juez debe manifestarse procesalmente.

Cuando es invocado por una de las partes el hecho notorio se incorpora al proceso, en la etapa de producción probatoria, conformando una especie de probanza que se separa y distingue de las demás pruebas que tienen su regulación en los Códigos Procesales.

Se da por supuesto que no es necesaria la producción de la prueba por ser conocida por la generalidad de las personas. Pero los Códigos no prevén su desarrollo e incidencias en el proceso judicial tal como con la prueba documental, informativa, testimonial.

Es una de las formas de ir resolviendo parcelas del convencimiento que debe tener el Juez para fallar. El Juez va cerrando las partes de un todo y se concentra en lo que realmente es conflictivo, afirmado por las partes y donde existe desencuentro de miradas y derechos invocados.

Esta situación de incertidumbre procesal se da en oportunidad de que es invocado en el proceso el hecho notorio por una de las partes, que se sujeta a su propia naturaleza jurídica probatoria, escasamente tenida en cuenta y que aún no ha sido del todo estudiada ni debatida tanto doctrinaria ni tampoco examinada jurisprudencialmente, en sus principios teóricos como en las prácticas judiciales.

También es cierto que partimos de la premisa o regla que al juez se le tiene vedado utilizar "sus informaciones privadas", sobre los hechos de la causa. Este es un principio liminar en que se funda el proceso civil, en el sistema dispositivo que nos rige, el cual ha tenido una amplia acogida en el Derecho Procesal Argentino.

Las mencionadas reglas que mencionamos, no deben dejar de tener en cuenta, que se han ido flexibilizando nuestras prácticas judiciales, priorizando la verdad frente a la formalidad del principio y que el juez tiene un papel protagónico en la actualidad.

La máxima latina "secundum allegata et probata partin debet judexjudicare non secundum suam conscientian" se fue interpretando en favor de la búsqueda y logro de la verdad.

Por ello el hecho notorio es una excepción a la tradición jurídica judicial de arrimar prueba al proceso, en el cual rige la carga de probar lo que se afirma. En el desarrollo de la litis el juez conoce que el hecho invocado es de conocimiento público y general y lo exime que se cargue con la demostración.

II. Antecedentes históricos de la institución

Al haber tenido su origen en el Derecho Canónico cuando aún los procesos judiciales no tenían las garantías con que cuentan en la actualidad los trámites judiciales y haberse prestado a excesos, cayó en el desuso. Luego fue tomado en el Derecho Procesal moderno con desconfianza de posibles injusticias. Para que los ordenamientos procesales europeos lo fueron dejando paulatinamente de lado.

La recuperación de éste instituto jurídico se debe al jurista germano STEIN quién destacaba como nota sobresaliente, que el hecho es de conocimiento general, difundido, que a un hombre informado no le despiertan dudas, es una noción que lo distingue del resto de las pruebas judiciales.

Se encontró en Alemania un campo fértil por el predominio del sistema inquisitivo.

La doctrina alemana acepta los hechos notorios en general, concepto que presume el conocimiento del hecho por mayor número de personas por ejemplo los sucesos históricos o políticos y sus consecuencias particularmente en la vida económica de las personas.

En el derecho rioplatense se gatilla el tema por medio de una monografía del uruguayo Lorenzo Cornelli, publicada en la Ley, T 3, pág. 631, ampliada luego en su obra "El Hecho Notorio" 1944 de Ed. La Ley, primera mitad del siglo pasado, opinando que conspira contra la imparcialidad del juez, evitando el control de los litigantes, su defecto es el ingreso clandestino al proceso. Debemos recordar que aún no habían calado las prácticas procesales de activismo del juez.

Califica al mismo como peligroso, adhiriéndose a dicha opinión Carlos Ayarragaray, afirma que viola la defensa en juicio, la contradicción procesal, la igualdad de las partes. Es decir destruye un proceso sano e imparcial.

Campea en las presentes opiniones la desconfianza a la figura del juez, permitiendo su uso la arbitrariedad y parcialidad en su actuación.

La gran parte de la doctrina disiente con dicha opinión, verbigracia Alsina que opina que la sentencia puede fundarla el Juez en hechos notorios aunque no sean invocados por las partes, siguiendo a Calamandrei, coincidiendo con Sentis Melendo quien se expresa en igual sentido.

Tomas Jofre también sigue la misma línea doctrinal.

Couture es el que expresa más claramente ésta posición doctrinaria, produciendo su uso, economía de esfuerzos en el proceso y le otorga al juez presencia real y viva en la comunidad donde le toca actuar compartiendo sus hábitos costumbres y conocimientos, no pudiendo vivir a espaldas del saber popular.

Se tiene muy claro que ésta institución no se aplica cuando la ley exige notoriedad, como es el caso de la posesión adquisitiva de inmuebles que exige notoriedad para acceder al título supletorio en la usucapión del inmueble. Debemos aclarar también que la notoriedad en éste preciso ejemplo que se exige en éste caso es utisingulis, pues quién debe probar –actor– es que quien desea adquirir la propiedad por usucapión, debe demostrar en forma singular su ostensible y pública posesión. Esta situación debe acreditarse ante el juez probando que su posesión es un hecho público, pacífico e ininterrumpido.

La circunstancia es diametralmente opuesta con el uso del hecho notorio en un proceso, el que debe ser obligatoriamente de conocimiento general y difundido, para poder ser admitido como prueba válida.

COMO PRIMERAS CONCLUSIONES de este punto podemos decir que la institución procesal no ofrece el riesgo que sus detractores invocan, pese a que la magistratura judicial ha perdido prestigio tanto en forma operativa, como también en su aspecto

sustancial, al dictar fallos carentes de fundamento de derecho, ser justos y de acuerdo a ley escrita.

El hecho notorio es una excepción de la obligación del juez de fallar de acuerdo a lo alegado y probado, dado que no requiere actividad probatoria. Se tiene por conocido.

La actuación del Juez en este análisis cumple una doble función de magistrado que resuelve el pleito cuando dicta fallo, y de perito de acuerdo a Calamandrei cuando usa al hecho notorio para sostener su opinión.

III. Modos de ingreso del hecho notorio al proceso

El hecho notorio puede ingresar al proceso judicial de dos maneras.

III.1. Notorio invocado por las partes

La primera es cuando alguna de las partes en apoyo a sus derechos lo invoca expresamente, esta circunstancia se da cuando el litigante manifiesta por ejemplo que en tal ciudad la Catedral se encuentra en el frente sur de la plaza principal y que una de las calles linderas a dicho paseo público en el frente norte se ubica la casa de gobierno.

Esta situación es notoria, primero porque la casa de gobierno es públicamente conocida en todas las ciudades, y la otra, por la referencia a la plaza principal hecho que no puede ser desconocido por la generalidad de la gente , materias que son ampliamente difundidas en el conocimiento de una colectividad, lo que lleva a que el litigante estime innecesario producir prueba al respecto, que si le fuere exigida judicialmente, implicaría que el esfuerzo de arrimar las pruebas al proceso se multiplicarían ad eternun, pues debería probar hasta las cuestiones más obvias.

Como consecuencia de aplicar la lógica antes expuesta, los procesos se transformarían en largos y penosos, un verdadero peregrinaje procesal, haciendo inalcanzable una sentencia "opor-

tuna" que haga realidad el ideal de justicia. Una justicia lenta es injusticia.

Por ello es aconsejable, como modo de práctica procesal idónea, para el caso de que el Juez no comparta la notoriedad del hecho, ordene a la parte que lo invoca, producir prueba apta para que en un plazo perentorio y acotado, demuestre, con algún medio probatorio permitido y oportuno, la notoriedad alegada.

Esta actitud, cumple con el respeto a la garantía del derecho de defensa en juicio, la que se complementa y compatibiliza con el principio de agilidad que deben tener los juicios.

Por otro costado es valioso determinar el momento en que el juez debe realizar la manifestación, de que no comparte la notoriedad del hecho alegado. Esta arista es muy importante para evitar sorpresas en el litigante que la alega, y ayuda a procurar el logro de la verdad en el proceso.

En consecuencia deberíamos distinguir si el hecho notorio es invocado antes de la apertura de la prueba ya sea en la demanda o contestación, en este caso, la oportunidad de expedirse del Juez es en el decreto de apertura a prueba, donde debe desconocer la notoriedad del hecho invocado y mandar a que se pruebe el mismo.

Por otro lado, las circunstancias son distintas, cuando la invocación del hecho notorio se produce en un incidente, en dicha situación procesal, el Juez debe expedirse si lo abre a prueba, en la oportunidad de mandar a que se produzca prueba, caso contrario antes de dictar la resolución.

La invocación del hecho notorio es una interpelación al Juez. El Juez debe expedirse oportunamente, sobre la afirmación que produce la parte, en el momento de invocar un hecho notorio, la oportunidad es el "tiempo" procesal que se está desarrollando, es la etapa del juicio.

No es lógico que el Juez espere el momento de la sentencia para expedirse. Es un momento demasiado tarde para que el litigante pueda demostrar el hecho que estructura su defensa.

Hasta ese momento el dictado de la sentencia, el Juez ordena y trabaja sobre la producción de la prueba para que se realice de

manera clara y sin impugnación o defectos que le impidan cumplir con su finalidad. Como en el hecho notorio no hay actividad de parte sino existe ausencia de actividad por que quien lo invoca lo estima innecesario, el juez si no comparte el criterio debe manifestarlo y dar oportunidad de producir la demostración.

III.2. Naturaleza procesal

El Proceso judicial es un hecho dialógico, con árbitro. El cual en la contradicción, producida entre las partes, es el juez quién ordena la discusión, donde con su actividad encauza la disputa a fin de determinar, cuál de las partes litigantes tiene la verdad y la razón. Quien le da concierto al proceso dialógico contradictorio en definitiva es el Juez.

Paradójicamente en el hecho notorio el árbitro (juez) es el interpelado sobre un hecho, la extensión de su conocimiento y su publicidad. En ese momento el juez debe expedirse y no guardar silencio, ni decretar de manera hermética y evasiva (vgr. con un téngase presente para su oportunidad o algo por el estilo). Estas maneras de decretar, son corruptelas procesales que atrasan las decisiones judiciales, dichas actitudes se dan de frente con todo el esfuerzo de las reformas al derecho procesal, orientadas a darle celeridad al proceso.

En consecuencia es una peculiaridad que existe en la carga probatoria de la partes (quién alega prueba), dado que son los litigantes quienes arriman la prueba al proceso.

Es una excepción al principio de la función de árbitro, que desempeña el juez en la actividad dialógica en que esencialmente consiste el proceso, pues el interpelado es él. En el desarrollo del proceso son las partes los protagonistas de llevar adelante sus posturas, especialmente en el proceso civil. Cuando se invoca un Hecho Notorio, interviene el Juez, el cual debe aceptar o no la introducción o ingreso procesal del, mismo calificándolo como notorio, teniéndolo como existente, y en consecuencia eximir a la parte que lo invoca de producir prueba.

III.3. Notoriedad para el tribunal

El otro tipo o categoría de notoriedad, es el hecho notorio "para el tribunal", que son los acontecimientos que el Juez conoce por la actividad oficial que desempeña. Son hechos que por su función va conociendo deben ser públicos.

Esa es la primaria distinción que sugiere ésta institución de aristas conflictivas. Esta especie dentro de la categoría general, no es la que nos ocupa en este trabajo dado que tiene otro tratamiento procesal y jurídico.

Los hechos notorios que nos ocupan en este análisis son los alegados por las partes, en general solo son aceptados sin necesidad de prueba, si son afirmados por los litigantes, y cumplen con la naturaleza propia de la clase de actividad probatoria requerida, en cambio los primeros no precisan ser invocados, los utiliza el Juez con efectos procesales, ello es lo que marca la distinción entre ambas tipologías.

Por otro lado los primeros se introducen en distinto momento procesal, y en el momento que el Juez tiene actividad protagónica, al dictar resolución en el proceso sea definitivo o interlocutorio.

Si la parte no estuviere de acuerdo del uso del hecho notorio que da el tribunal, y que a su vez forma parte del fundamento del fallo o resolución, le quedan los recursos de revocatoria o el de apelación, y en dicha posterior etapa, si se tuviere que producir prueba en contra de lo afirmado por el juez, debería ofrecerse por el impugnante, debiendo ser decretada en el recurso de revocatoria, por el propio juez o por la Excelentísima Cámara en el caso de la apelación y en consecuencia ordenarse se abra a prueba en dicha instancia.

Sin embargo resulta difícil probar hechos negativos frente a lo afirmado por el tribunal. Ello nos lleva a afirmar que cuando el Juez recurre al uso del hecho notorio para fundar el resolutorio debe dar referencias indicativas de su notoriedad, tales como fuentes a consultar, lo la pertenencia del conocimiento a círculos donde el hecho es conocido.

III.4. Conocimiento reservado del juez

Por otro lado otra subespecie son los hechos que han llegado a conocimiento del Juzgador pero de una manera reservada, privada o carente de publicidad, es decir de manera personal, estos no pueden ser invocados de ninguna manera por el tribunal, para fundar resolución judicial.

En este caso el Juez conoce pero no puede usar ese conocimiento para la resolución del conflicto, por la manera en que ha llegado a conocer, y por no ser dicho conocimiento notorio.

IV. Fundamento

STEIN jurista alemán al cual nos referimos –ut-supra– influye en Calamandrei, quien afirma que cuando el juez usa del hecho notorio en sus decisiones, no viola la imparcialidad propia y esencial que pesa sobre su actividad.

Se le exige a la figura, que el hecho sea conocido y forme parte de la cultura normal propia de un círculo social en el tiempo que se produce la decisión. De allí que estimemos que el Juez debe mencionar las referencias indicativas que lo deciden para usarlo en la decisión.

La doctrina procesalista enumera una serie de hechos notorios, como accidentes geográficos o hechos históricos, de cuya existencia dan cuenta los medios de difusión, los libros de historia y las enciclopedias, diarios, televisión, redes, entre otras formas que producen el conocimiento de un hecho y este sea conocido, formando parte del conocimiento general de una comunidad.

Es decir los medios de difusión de cualquier índole, juegan un papel esencial, como así también el elemento de la reiteración o el comentario al que se somete el hecho, propagándolo para que llega a conocimiento de persona indeterminada, ello excluye la posibilidad de que sea puesto en duda por el órgano judicial.

Siguiendo a Calamandrei también es hecho notorio aquel cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un de-

terminado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión y los justiciables forman parte de ese círculo por lo que no puede ser desconocido.

Por ello no se exige para su aplicación la cualidad de que sea universal el conocimiento, y este necesario para su uso, basta que se halle difundido en determinado círculo social.

Tampoco se requiere un conocimiento absoluto de la existencia del hecho, basta un conocimiento relativo, o sea la posibilidad de verificar la existencia del hecho de que se trate mediante el auxilio de una simple información. No es necesario, que éste pueda ser reputado adquirido por el grupo social. No se requiere tampoco la permanencia en el tiempo del hecho para que adquiera notoriedad, puede ser transitorio, que suficientemente difundido haya adquirido notoriedad.

Arazi agrega que la notoriedad puede verificarse cuando el Juez pueda conocerla por investigaciones personales, en base a textos o publicaciones que estén al alcance de cualquier persona de cultura normal. Se aclara que cultura normal es el bagaje de conocimientos medio que por el tiempo que se vive debe poseer medianamente una persona que vive en sociedad. Esta circunstancia en nuestra opinión habilita, la consulta de internet como a las redes sociales en sitios que no den lugar a dudas de la veracidad.

Se acepta que la notoriedad pueda ser local no es necesario que sea nacional, de la misma manera también que pertenezca a un grupo social como dijimos.

Si la contraparte considera que es aparente la notoriedad y el hecho la perjudica puede ofrecer prueba en contrario y si el Juez lo considera dudoso debe rechazarlo y exigir prueba del hecho a quién corresponda la carga. Sin embargo el hecho notorio exime de prueba no porque el juez conozca privadamente, sino porque pertenece al conocimiento público en el medio social donde ocurrió, o se tramita el proceso.

Como el hecho notorio en su caso no es necesario probarlo, el Juez lo incorpora a la causa, por medio de una expresión inequívoca, que debe materializarse en el expediente, al contrario si no lo considera como notorio debe ordenar sumariamente la

prueba o de la notoriedad o del hecho en sí o de ambas situaciones.

La doctrina italiana consagra en el art. 115 del Código de Procedimientos Civiles éste instituto procesal en donde se autoriza al Juez poner como fundamento, las nociones de hechos que forman parte de la experiencia común.

Carnelutti, "La Prueba Civil", pág. 16, a la notoriedad la pone como una forma de prueba, opinión que no es compartida en forma unánime.

Devis Echandia, Teoría General de la Prueba, T. I, págs. 219-221, afirma que lo importante es que su notoriedad le parezca clara al Juez, de esa manera está habilitado para su uso.

Por el contrario si queda duda sobre la notoriedad la parte que lo niega debe suministrar prueba en contrario (como se dejó dicho).

Asimismo, el que alega el hecho notorio, no lo debe probar, por dos razones, porque sería una actitud incoherente, de que la notoriedad, que se alega dependa del consentimiento de la parte al que se le opone, ya que bastaría con negarlo, para que le desconocieran la cualidad de que es conocimiento general y público, produciendo el entorpecimiento del proceso.

Por otro lado no habría diferencia entre el hecho notorio y el que no lo es, el cual debe probarse por los medios aceptados procesalmente.

Falcon manifiesta que no necesitan ser probados por estar incorporados en el bagaje cultural y tiene una comprobación fácilmente verificable.

Todas estas opiniones son el fundamento que distintos autores que hemos mencionado, han encontrado para receptar esta institución procesal.

Acercándose al concepto, la mayoría de la doctrina acepta como notorio el hecho que tiene suficiente divulgación o generalización relativa, en el círculo social respectivo, debiendo el Juez conocerlo ya sea con anterioridad o por investigaciones personales, no quedándole duda sobre la verdad del hecho, Calamandrei, Carnelutti, Alsina, Fassi, Colombo, Palacio, Arazi.

Es esencial para la tipificación de la figura, que la característica sea de la notoriedad y la publicidad, que se traduce en su amplia y reiterada divulgación, la característica específica que tipifica el instituto, es que una cantidad considerable de personas hayan percibido el hecho.

Se afirma en doctrina también que el hecho notorio, puede ser general, local, o reducido a un grupo social. En estos últimos casos el ingreso al proceso debe darse en conflictos, en dicho ámbito local o en el grupo social en donde se quiere utilizar.

Es una de las escasas excepciones al procedimiento dispositivo. Que el cual ordena que quien alega debe probar y el Juez hasta la sentencia tiene una actitud cuasi pasiva.

Son por su característica de conocimiento general y difundido considerados de tal forma que se dan por existentes. Justamente dicha cualidad es la que releva de la probanza a quién la invoca.

A esta altura del análisis debemos hacer una distinción del momento de ingreso al proceso entre el hecho notorio que es aplicado de oficio por el Juez y el que es invocado por las partes, dado que su introducción en el proceso es distinto por el sujeto que lo utiliza, como diferente es el momento procesal de incorporación.

Hecha la distinción, nos referimos en este trabajo solamente al que es invocado por una de las partes, dado que el citado por el Juez, en caso de que las partes no estén de acuerdo, cuentan con la posibilidad de demostrar que el Juez no puede conocer el hecho o que notoriedad invocada por el tribunal, no es general por no ser amplio su conocimiento,

Sin embargo el maestro Alsina reconoce la posibilidad de que el Juez pueda en el resolutorio invocar el hecho notorio aún de oficio reproduciendo las expresiones de Calamandrei. Es decir el tribunal no tiene vedado el uso de esta institución, pero es distinta su identidad al momento de la utilización.

Tomas Jofre, procesalista autor de varios códigos procesales entre otros el de la Provincia de San Luis, afirma que existen ciertos hechos que no hay necesidad de probar, porque se fundan en la experiencia y se imponen en la conciencia de todos. Es decir está de acuerdo con este medio probatorio que nos ocupa, como

parte del plexo probatorio que a la que pueden recurrir las partes y el propio tribunal para dirimir las controversias. Sin embargo no se plasmó el concepto en norma procesal positiva.

Couture explica los fines y razones del concepto de notoriedad y su incorporación a las instituciones procesales y afirma que por una parte es un ahorro de esfuerzo relevando a las partes de producir pruebas innecesarias, es decir ésta razón se fundamenta en la economía procesal, que en todo proceso se debe cuidar. Desde otro punto de vista también el derecho valora y tiene en cuenta el saber común del pueblo. Este saber común en general es el fundamento de cómo actúan las personas en determinada comunidad, y esa actuación es la aceptada como válida. Toda actuación que contraríe ese conocimiento debe considerarse como reprochable dado que no contribuye con la paz social a la que tiende el fundamento último del derecho.

Es nuestra opinión agregando una fundamentación a las que hemos analizado, que el hecho notorio contribuye a darle presencia al principio de certeza, que es fundamental en el derecho procesal moderno y es basal en los últimos códigos, es uno de los pilares del cual debe partir el Juez para elaborar una decisión justa, que dirima las diferencias de las partes, plasmadas en el proceso.

También se justifica su aplicación y uso, a fin de que no se discutan en el proceso todos los acontecimientos o hechos por obvio que fueren. Pues de otra manera las etapas probatorias producirían un desgaste y esfuerzo de las partes y de los tribunales innecesarios. El ideal de justicia se alejaría de las decisiones aferrándose al principio dispositivo y se pasaría a un proceso de formalismo absurdo.

Las características del hecho notorio que deben observarse en su uso son:

- Relatividad: no todo hecho notorio lo es para la generalidad de las personas pues está limitado en tiempo y espacio.

- No significa tampoco que el círculo social donde el hecho se considera notorio, sea de conocimiento efectivo por todos los componentes del mismo.

- El conocimiento presunto y no efectivo por cada uno de los miembros del círculo derivan de la pertenencia de ese individuo al círculo.

Calamandrei afirma que el hecho notorio es aquel hecho cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo que se produce la decisión.

V. Su uso procesal

Las nuevas tendencias procesalistas en Europa opinan o se orientan a que la autoridad del juez, vaya en consonancia de la satisfacción de las necesidades públicas que se haga justicia, no sacrificar la sustancia y por ende la decisión justa al priorizar un formalismo mecánico.

El Derecho Procesal, se endereza en el país, a estar cada vez más orientado a la búsqueda de la verdad como ideal de justicia, se le exige el deber de respetar las garantías y derechos fundamentales que plasma la constitución nacional que lo nutre y a la que no puede oponerse. Ello no debe convertirse en obstáculos insalvables para transitar un proceso que desemboque en una sentencia justa, so pretexto de custodiar garantías mal interpretadas.

Así Calamandrei citado por Peyrano opina sobre el Nuevo Código, destacando entre las incorporaciones más novedosas, el principio de "adaptabilidad" (elasticidad procesal). Esta se entiende como adaptabilidad del órgano judicial a las exigencias del conflicto que se presenta para su juzgamiento en el proceso.

El principio de funcionalidad del procedimiento, el de preclusión, elasticidad de las deducciones, el principio o deber de colaboración y reformulación del principio de igualdad de las partes.

Todos estos fundamentos tratan de hacer más moderno al proceso y adaptarlo a las exigencias del tiempo en que se vive y en el cual se producen los conflictos, que son sometidos a procesos que los jueces deben fallar. No tienen antecedentes y buscan, incorporando al hecho notorio, que quién lo invoca no se encuentre perdiendo una instancia de prueba.

Es el ingreso del análisis científico y especialmente práctico, de los contenidos axiológicos, fundamento del derecho, vivificando el proceso, se deja paulatinamente el positivismo jurídico.

Este apego a la ley escrita predica, si todo no está detalladamente previsto en las ley no hay posibilidad de dictar sentencia justa.

Se trata también de equilibrar el aumento de los poderes del juez frente a los principios procesales derechos y garantías de las partes. Se demuestra y resalta que un fallo formalmente ajustado y fundado en derecho escrito, puede estar alejado del común sentir y del conocimiento de aquellos a los que se les debe aplicar, como así también alejarse de la equidad.

Todo ello debe enmarcarse en la economía procesal, que implica economía de tiempo, de gastos, de esfuerzos, concentración de los actos procesales. La justicia lenta se transforma en injusticia.

Ese aumento de poder del juez en el proceso, le permite aceptar el ingreso de la prueba invocada, que de otra manera provocaría un desgaste probatorio innecesario, qué repercute también en la celeridad procesal, acortando en consecuencia el tiempo de los procesos.

Esa aceptación del hecho notorio invocado no choca con el principio de bilateralidad en el proceso, ni tampoco con el ejercicio del derecho de defensa.

Frente a un hecho notorio invocado que el Juez tiene la convicción de que es veraz, el permitir o autorizar un debate sobre su existencia, implica una conducta de la parte que se opone, exclusivamente dilatoria, obstructiva, que el juez no debe permitir. Es otro momento de expedirse del Juzgador rechazando in límine la incidencia de desconocimiento de la notoriedad.

La oposición y por ende el intento de contradicción de la contraria, tampoco es coherente, si el hecho notorio cuenta con un conocimiento general y/o público y el juez, en consecuencia no debe permitir actuaciones incoherentes que solo complican el desarrollo del proceso.

Por ello analizada la actitud del juez, al aceptar el hecho invocado por una de las parte, cuando de acuerdo a la sana crítica y realidad tienen conocimiento de su existencia, como por ser de acceso genera su conocimiento.

No obstante la otra posibilidad que puede asumir el tribunal, es la de rechazar la notoriedad no aceptando el carácter de cono-

cimiento generalizado con que la parte lo invoca pretendiendo eximirse de prueba, y expedirse de inmediato para dar oportunidad al litigante de producir la prueba.

Por último rechazando in límine la incidencia de desconocimiento, cuando la contraparte genere un controversia dilatoria.

En caso de dudas del juzgador, debería darle la posibilidad a la parte que lo invoca, para tener la libertad de probarlo con cualquier medio de prueba, circunstancia que si puede ser objeto de control de la otra parte pues implica un verdadero desarrollo de actividad probatoria orientada a demostrar lo afirmado.

VI. Conclusión

El hecho notorio es una excepción al régimen probatorio, y como tal debe ser considerado y tratado en el proceso. La hipótesis de este trabajo es el H.N. invocado por las partes y las conductas desplegadas por el Juez que no comparte la notoriedad del hecho. En esa circunstancia, debe ordenarse oportunamente pruebe, quién invoca la existencia del hecho notorio que se pretende eximir de carga probatoria la cualidad del mismo.

Ello no significa para nada que el Juez le dé a la parte que lo invoca una oportunidad que afecte el principio de igualdad procesal.

La justificación procesal es que al manifestar el Juez que no considera el hecho con la cualidad de notorio lo reduce en el proceso a la entidad común de las demás probanzas y que deba en consecuencia ser probado.-

Esta actuación que se le impone como deber de justicia efectiva y oportuna al Juez, es sumamente valiosa para llegar a una sentencia con equidad. De nada sirve al Juez expedirse sobre la no consideración del hecho notorio rechazándolo, en la resolución que dicte resolviendo el proceso o el incidente, pues le hace perder al litigante tiempo e inclina la balanza a favor de la otra parte.

La otra hipótesis es cuando el Juez en su resolución y en apoyo a sus fundamentos invoca al hecho notorio, que no se trata en este trabajo.

El impacto sobre el debido proceso con el Código Civil y Comercial

Abg. Laura V. Pelayes

I. Introducción

El Debido Proceso es uno de los temas más apasionantes del Derecho Procesal muy unido al Derecho Constitucional. Una de las garantías esenciales que edifica el Estado Constitucional de derecho. Lo hemos visto a lo largo de nuestra carrera de grado en múltiples materias y en el ejercicio profesional, ya sea como abogado litigante o cumpliendo funciones en la judicatura nos vamos a tener que detener para recalar sobre el mismo una y mil veces.

No es fácil encontrar una buena definición de "Debido Proceso", es un concepto impreciso hay referencias negativas, es decir: que no es el debido proceso o la recurrencia de jurisprudencia, donde la Corte afirma "no es debido proceso… el que no cumple con tal requisito, o el que no escucha a ambas partes o aquel que omite la consideración de alguna prueba relevante para el proceso". ¿Cómo encontrar una definición positiva? Hay que atender a las etapas de formación de un país y el surgimiento de las instituciones o conceptos jurídicos.

II. Evolución histórica

En Argentina nuestra historia constitucional se remonta a mediados del Siglo XIX se construye a partir de la constitución de EEUU ésta es una organización corta y breve. Allí el debido proceso se construye en base del artículo del derecho de defensa, se le da una relevancia a la defensa técnica penal. Nuestros Constituyentes tomaron los principios de ese artículo y lo volcaron en nuestro art. 18 de la C.N., con un detalle que aunque parezca una infidencia de la historia, tiene connotaciones importantes. Y es que Juan Bautista Alberdi, nuestro proyectista manejaba un inglés deficiente, entonces haciendo análisis de la Constitución de EEUU, a la que se tomó como modelo, al toparse con la expresión "DUE PROCESS OF LAW" conforme la fórmula inserta en las Enmiendas QUINTA Y CATORCE de la Constitución de Filadelfia y a la expresión "DUE" puede y debe traducirse como "debido" no supo

asignarle la traducción correcta y lo tradujo como ”proceso legal” expresando que es inviolable la defensa en juicio de las personas y de los derechos.

Sobre los años 1860 donde comienzan los cuestionamientos sobre ¿cuál era la finalidad de los derechos constitucionales? ¿De qué sirve el derecho de propiedad si soy perturbado en mi goce? ¿De qué me sirve el derecho de contratar libremente si posteriormente no cumplen con el objeto del contrato o con las condiciones de él? Dando nacimiento de algún modo al derecho procesal. Algunos lo llaman “la herramienta de los derechos sustanciales”. ¿Pero qué pasó entonces? El legislador en vez de continuar la misma línea de pensamiento jurídico y mirar al Sistema Americano o al Common Law, que era el que mejor se adaptaba a nuestra Constitución se inclinó por el derecho continental mirando a la madre Patria tomando el modelo de la Ley Española de enjuiciamiento Civil de 1855 reformada en 1881.

Si recordamos los conceptos básicos del Derecho Constitucional en lo que se refiere a los sistemas de control de constitucionalidad esto es el difuso o americano donde la confianza está en el juez y el continental europeo, con la alta desconfianza que reinaba sobre los jueces, el acento se pone en pueblo “vox populi, vox dei” advertimos que en Argentina nos encontramos con una Constitución del estilo americano al igual que su control de constitucionalidad, leyes de procedimiento españolas y el derecho sustantivo Francés con algunas instituciones Alemanas.

Tomando en consideración conceptos jurídicos sobre el proceso, donde el proceso se considera como un método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en perfecto pie de igualdad ante un III que ostenta carácter de autoridad (generalmente es el juez) una persona que debe estar investida de imparcialidad impartialidad e independencia, luego de que una de las partes haya expuesto su pretensión, la otra reconozca, rechace o reconvierta; se lleve adelante la prueba sobre los hechos contradictorios; se alegue sobre el mérito de la prueba y ahí recién el juez resolverá en definitiva o habrá un nuevo ciclo que es la segunda Instancia donde todo el procedimiento se repite en base de la pre-

tensión de la Primera Instancia. ¿Es este el debido proceso? de buenas a primeras debería responder que sí. Ya que si el debido proceso consiste en que el juez aplique la ley y esta es la ley procesal entonces lo está cumpliendo. El problema es que la historia constitucional cabalga en sentido contrario de lo que se expone en lo procesal sobre el juez ausente. Se comenzaron a construir ideales o principios que se contraponen entre una y otra rama. ¿Cómo siguió esto? ¿Cuáles eran los principios del debido proceso? Juez Natural, anterior al hecho de la causa, no estaban obligados a declarar contra sí mismos, el principio de bilateralidad.

Luego convergen dos cuestiones importantes: A) La constitucionalización de los Estados y la de la codificación de los estados, surgiendo que muchas veces en los códigos de fondo se preveían cuestiones de forma ej.: Testamento ológrafo que se probaba con la firma de dos testigos y los códigos procesales quedaron como resentidos. ¿Cuál era el mejor modelo de juez? El activo el que se inmiscuye, el que se posiciona; o aquel que se mantiene al margen exclusivamente dirigiendo el proceso y otra cuestión no menos importante que cambia el curso de la historia de la humanidad B) Fueron las guerras mundiales con el consecuente avasallamiento de los derechos y libertades socavadas que provocaron el replanteo de diversos temas en todo tipo de materias. Es así que se producen modificaciones en constituciones en leyes de fondo y de forma.

En nuestra Constitución se hace hincapié por ejemplo en el derecho de propiedad (art. 17 CN), de peticionar ante las autoridades (art.14) pero no sobre otros derechos individuales (por ejemplo, el derecho a la vida).

Posterior a la Primera Guerra Mundial surgen Doctrinas totalitarias (Nacionalismo/ Fascismo) y en ese encuadre histórico surge el Código de Procedimiento Italiano de 1940 (código fascista), donde la posición del juez y la del proceso en sí cambia. Se deja de colocar el acento en el individuo, ahora es el estado que toma un rol activo se inmiscuye en la vida de los particulares. Apareciendo entre muchas figuras por ejemplo la Intervención de terceros.

En 1942 muta el juez ya no es el director del proceso, sino que es protagonista buscador de la verdad; un juez activo que no se deje engañar. Este código impactó en el ejercicio del derecho. Hubo un cambio del juez del debido proceso legal al debido proceso constitucional, al derecho público. Por ese entonces había aparecido la figura de Kelsen uno de los pioneros del Derecho Constitucional y comienza a esgrimirse las bases del control de constitucionalidad con la edificación de los Tribunales constitucionales en Europa. ¿Cómo se va a controlar a los jueces en su aplicación de la ley? ¿Solamente la van a aplicar? ¿Van a interpretar las leyes los jueces?

Surgen los tribunales de control de constitucionalidad y además la protección de los derechos evoluciona. En la Constitución Argentina se distingue una primera etapa donde el reconocimiento y la protección se centraba solo en los derechos individuales, posteriormente caminamos hacia los derechos sociales (art. 14 bis) y en esta última etapa ya con la modificación de nuestra Constitución en 1994 nos encontramos el reconocimiento de los derechos políticos y colectivos ej.: protección del "medio ambiente", de los consumidores.

III. Hacia una perspectiva del debido proceso

Es como que la Constitución Argentina va por un lado y el proceso por el otro, por una parte el acceso a la justicia, el plazo razonable y otro parámetro son los intereses en juego. Sin dejar de atender como mutaron cuatro principios clásicos que existían en el proceso.

- No hay proceso sin actor.
- El juez no puede promover de oficio una causa.
- El juez debe sentenciar sobre lo alegado y probado por las partes.
- La cosa juzgada solo hace verdad entre quienes intervinieron en el proceso.

Estos principios son viejos adagios del Derecho Romano aplicables en principio, aunque algunos han ido mutando y ampliado por ejemplo en el caso de que el juez no puede promover de oficio una causa, en el código civil referido a los asuntos de Familia, se impulsa la oficiosidad; en el caso del tercero con la carga dinámica de las pruebas, la tutela anticipada; en el caso del cuarto, si se inició una acción de carácter ambiental las resultas del proceso terminarán beneficiando no solo a quienes intervinieron sino al "universo" que abarca (ejemplo… el corralito financiero de Argentina año 2001-2002) la limpieza del Riachuelo de la Provincia de Buenos Aires.

IV. ¿Cuál es el rol del abogado en el debido proceso? ¿Es un deber de las partes o del juez?

Luego de las primeras sentencias de CIDH se comenzó hacer hincapié en el debido proceso, averiguación de la verdad, hacer base en la prueba, hay un cambio copernicano por ejemplo en lo atinente del derecho del consumidor siendo el individuo consumidor el más débil en la relación, también en lo referido a algunas contrataciones de servicios como los médicos donde expresamente la ley establece que aquel que esté en mejores condiciones es el que tiene que probar. O en la ley general del ambiente que el supuesto contaminador es el que debe probar.

En el acceso a la justicia cambiaron respecto de la legitimación y su representación (antes capacidad = legitimación = calidad de parte) (hoy capacidad = más interés = a representación adecuada). Por ejemplo en el caso de demandas colectivas, solo algunos organismos revestirán los requisitos para actuar y detentaran la calidad de representación adecuada).

El juez debe sentenciar sobre lo alegado y probado por las partes. Otra regla que ha sufrido mutaciones es la bilateralidad. Donde el juez comienza a actuar sin la intervención de la otra parte, primero con las medidas cautelares, inmiscuyéndose en la causa bajo pretexto de urgencia, (por ejemplo en caso de Salud)

sin oír a la otra parte surgiendo así la tutela anticipada, las medidas autosatisfactivas ya que de esta manera está legislando con la sentencia, ya que podría cometer prevaricato, porque podrían estar conculcando una garantía.

La cosa juzgada solo hace verdad entre quienes intervinieron en el proceso. La cosa juzgada en los procesos de incidencia colectiva el de los bienes culturales, el consumidor bancario, en estos casos la cosa juzgada toma carácter erga hommes.

Vemos como con la alteración de estos cuatro conceptos romanos, se ha ido violentando el principio del debido proceso tal y como se había previsto al momento de su creación.

V. El nuevo Código Civil y Comercial y el Debido Proceso

En este escenario fue modificado en Argentina el Código Civil de Vélez Sarsfield y además se le unificó el de Comercio. ¿Era necesaria una modificación en nuestro Código Civil? La respuesta es afirmativa. Había instituciones obsoletas, otras que no figuraban. Tenía más de cien años, había sido realizado en otro contexto social. ¿Fue adecuada la modificación realizada? Aunque las aguas están divididas, lamentablemente aunque algunos con voz muy baja dicen que no.

Nuestro nuevo código Civil y Comercial la primera Inconstitucionalidad que observamos es que violenta la Federalidad y la republicanidad.

Nuestra Constitución ha sentado el principio de reserva Constitucional. En su art. Primero expresa: La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma Representativa, Republicana y Federal, según lo establece la presente Constitución. ¿Qué significa ser Federal? Significa que las provincias manejamos nuestros peculios, nuestros ingresos y además cada provincia dicta sus propios códigos, entiéndase que en la República Argentina conviven 24 códigos de forma (procesales) con un código sustancial, esto es debido entre otras causas a la gran extensión de nuestro territorio. Este contenido fue tomado por nuestro constituyente Alberdi de la X enmienda de la Constitución de los EEUU y a la especial re-

serva que realizan las provincias respecto de los códigos de forma.

Por otro lado, es justo reconocer que los redactores del nuevo código (que fueron muchos) son excelentes jueces y reconocidos académicos civilistas y comercialistas. Al decir de algunos entendidos es un código de poca norma y muchos jueces, es que se ha inmiscuido en el Poder Judicial indicando que deben hacer los jueces en casi 400 artículos y esto amerita la oposición por parte de las provincias. Este código ha sido hecho por jueces y surge a simple vista la diferente filosofía que utiliza el juez para analizarlo muy distinta de la del abogado litigante (a decir del maestro Alvarado Velloso "el que pecha mostradores" el que sufre las injusticias) con el agravante de estar imbuido de la corriente "Decisionista" o solidarista que se enmarca en lo que al juez encargado de aplicarla pueda con su voluntad influir en la decisión jurídica, "la voluntad del hombre que prevalece sobre la estructura Institucional" frente al Normativismo que antepone la ley sobre cualquier otra volición humana.

Un destacado constitucionalista de renombre en mi país el Dr. Germán Bidart Campos en su Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ediar Buenos Aires, 1995 distingue en nuestra Constitución las Declaraciones (el carácter de Republicana Representativa y Federal, los Derechos (se le reconocen derechos propiedad, libertad, de comercio, etc.) y las GARANTÍAS que son los medios pensados por el constituyente para que el hombre pueda hacer valer sus derechos.

Encontramos cinco garantías en la Constitución Argentina:

- Acceso a la Justicia que es proceso.
- Control Judicial: Recurso extraordinario que es proceso.
- Amparo: que es proceso.
- Habeas Corpus que es proceso.
- Habeas Data que es proceso.

Aquí vemos como en definitiva es el proceso el modo de poner límite al poder. Pero no cualquier proceso, sino el debido proceso.

Para que puedan apreciar de un modo más ilustrado como se ha visto afectado el "debido proceso" con la llegada de nuestro nuevo código de fondo, referenciaré algunos artículos incluidos en el nuevo código civil y comercial.

Así el código civil y comercial en los primeros artículos expresa:

> Art. 3: Deber de resolver: hace referencia a las facultades jurisdiccionales u obvias y dice expresamente:" Que la decisión razonablemente fundada" es un artículo sobreabundante sabemos que si no lo fuera sería pasible de Recurso (sin sentido en un código de fondo).

Otras normas oficiosas o ampliatorias

> *Art. 10. Abuso del derecho Ordenar lo necesario para evitar el ejercicio abusivo del derecho (aclárese que se trata de ordenar sin petición de las partes).*
>
> *Art. 794: Reducción de la cláusula penal cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan.*
>
> *Art. 989: Control judicial de las cláusulas abusivas Contrato Cláusulas abusivas de oficio en contratos celebrado por adhesión (aun cuando sean de carácter administrativo).*
>
> *Art. 1122: Control judicial de cláusulas abusivas de oficio.*
>
> *Arts. 1714 y 1715: Condenaciones pecuniarias excesivas pudiendo dejar sin efecto la medida (incluso administrativa).*
>
> *Art. 1735: Facultades judiciales: distribución de la carga probatoria a merced del Juez, este artículo es de los más sensibles a los fines de favorecer el decisionismo judicial, el debilitamiento del principio de legalidad. Su aplicación afectará la predecibilidad de las decisiones judiciales, componente de la seguridad jurídica. Al debilitarse la regla general cada caso exigirá una decisión individualizada con el posible aumento de la litigiosidad.*

Un acápite aparte merece el Libro II del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina destinado a las Relaciones de Familias. Este libro tiene cambios trascendentales en el Derecho Sustantivo. Se avanzó sobre diversos aspectos: procedimientos. Principio Generales. Reglas oficiales, se avanzó sobre la oficialidad. En general

los cambios sobre el derecho sustancial de familia apuntan a un claro predominio de la autonomía y del individualismo (matrimonio igualitario, cambio de identidad para los mayores de 18 años con la sola concurrencia al Registro Civil). En lo procesal las normas sancionadas apuntan a un mayor intervencionismo judicial.

Art. 706: Principios generales de los procesos de familia Dice el proceso en materia de familia "Debe respetar" (término categórico prescriptivo) los principios de tutela judicial efectiva, Inmediación, 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 vulnerables… este tipo de cláusulas así redactadas terminan siendo usadas como normas que soslayan cualquier tipo de forma de requerimientos y un uso abusivo de estas potestades, que terminan siendo una válvula de escape provocando la discrecionalidad judicial o lo que es peor la arbitrariedad judicial.

En otros artículos hay una manda constitucional, como el derecho del Niño a ser oído art. 707, podríamos decir que además se ha constitucionalizado el derecho de familia.

Art. 709: Principio de oficiosidad del juez en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez La oficiosidad del Juez, donde el juez puede impulsar el proceso de oficio sobre alimentos, cautelar, adopciones y ordenar pruebas oficiosamente. Extender estos principios a todo los proceso de familia, da de bruces contra toda la libertad y la autonomía que pretenden imponer y obviamente contra el debido proceso.

Art. 711: Testigos parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como partes. Receptándose la jurisprudencia reinante en la materia.

VI. El Debido Proceso como Derecho Humano

El Debido Proceso como Derecho Humano, es de enorme trascendencia y está íntimamente ligado a los principios básicos del Estado Constitucional de Derecho.

Según Explica Hitters, Juan Carlos (Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tª1, Bs. As., 1991, pág. 20), los derechos Humanos son aquellos que aparecen como anteriores al Estado y por ello dicen que se descubren y no se inventan, se reconocen y no se otorgan.

Además son fundamentales, porque su vigencia es independiente de la ley positiva que la otorgue. Son humanos, porque están atribuidos de modo inmediato, sin intermediarios, al individuo como tal y son universales porque siguen al individuo en todo tiempo y lugar.

VII. Reflexiones finales

"La garantía del debido Proceso no solamente es un canal que hace viable el ejercicio de otros derechos sino también un parámetro que encuadra o limita el accionar de quien tiene autoridad, buscando evitar el abuso del poderoso sobre el débil", esto es en palabras de un Ilustre Profesor de Derecho Procesal Constitucional de la Maestría de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de Rosario, Argentina, el Dr. Jorge Amaya.

En EEUU la discusión sobre el "debido proceso legal" continúa, en especial a partir de la afectación de las libertades individuales, con hechos tan sensibles a los americanos como los sucesos del 11-S del 2001. De igual modo sucede en Europa y Latinoamérica, conforme a las diversas realidades que se viven en cada punto geográfico referido.

Sin duda la dimensión del Debido proceso legal más reconocida fuera de los EEUU es la dimensión del DEBIDO PROCESO LEGAL PROCESAL entendida como la posibilidad que se respeten dentro del proceso (judicial, administrativo o parlamentario) ciertos derechos mínimos o los propios principios del proceso.

Argentina no es ajena a este problema. La discusión sobre la extensión y la dimensión del DEBIDO PROCESO LEGAL se encuentra vigente, más aun con las múltiples modificaciones que han sufrido nuestros códigos de fondo Civil y Comercial impregnado de normas procesales. Y ésta abierta discusión posiciona y enfrenta dentro del ámbito procesal a solidaristas o decisionistas frente a los garantistas o al legisferante activismo judicial frente a la norma y la constitución.

Concluyo sosteniendo que es imperioso, pero además oportuno seguir bregando por el respeto y estricto cumplimiento de las garantías Constitucionales embanderando y posicionando al debido Proceso como un Derecho Humano para poder solventar un estado Constitucional que mantenga la paz social.

La notificación electrónica

Breve aporte para comprender un gran paso hacia el proceso electrónico en San Juan

Abg. Juan L. Romero

"El progreso es imposible sin cambio, aquellos que no pueden cambiar sus mentes no pueden cambiar nada."

George Bernard Shaw

I. Introducción

El operador jurídico sanjuanino es testigo en nuestros días de la implementación en la Provincia de la notificación electrónica, lo que significa no sólo un verdadero avance en cuanto a simplificación de formas y términos procesales, sino también el acceso, de una buena vez, a la autopista sin retorno que se dirige al tan anhelado proceso electrónico.

Ya nadie duda que vivimos inmersos en esa "aldea global" que supo definir a principios de la década del 70 Marshall McLuhan para describir la interconexión humana a escala global generada por los medios electrónicos de comunicación.

Es que en la actualidad, por medio de nuestros dispositivos electrónicos (¿quién no tiene uno?) vivimos '24x7 online' enviando mensajes y videos por whatsapp, realizando operaciones comerciales y bancarias, enterándonos al segundo de lo que ocurre –nos importe o no– en los lugares más recónditos del planeta y hasta lo que siente o el tipo de música o comida que le gusta a un perfecto desconocido que una red social –la que por medio de algoritmos conoce de nosotros mucho más de lo que imaginamos– nos ha impuesto como nuestro amigo.

Sin embargo, seguíamos comunicando los actos jurídicos más importantes de la vida de un proceso mediante un papel o cédula (latín. schedŭla, dim. de scheda, "hoja de papel. Papel o pergamino escrito o para escribir en él algo." Real Academia Española y Asociación de Academias de la Lengua Española, Diccionario de la lengua española, 23º edición, actualización 2017, Madrid, consultado en www.dle.rae.es), casi de la misma manera que lo hacía el viator o executio del derecho Justiniano del Siglo II.

Por conducto del Acuerdo General Nº 32 (B.O.S.J., Nº 26.650, 5-4-2018, en adelante 'A.G. Nº 32'), a fines del mes de marzo del corriente año, la Corte de Justicia de San Juan, amparada en las facultades reglamentarias que le confiriera la Ley Prov. Nº 988-O, (Código Procesal Civil, Comercial y Minería de la Provincia de San Juan, en adelante C.P.C.) estableció la obligatoriedad de la Notificación Electrónica en el ámbito de los órganos jurisdiccionales

del Poder Judicial de San Juan a partir del primer día –hábil– del mes de mayo de 2018, significando un verdadero cambio de paradigma.

Vale destacar la actividad que el Máximo Tribunal de la Provincia ha venido llevando a cabo con el fin de amigar este sistema con la comunidad jurídica. La realización de conferencias, foros de discusión y debates en distintos ámbitos académicos, colegios profesionales y hasta en claustros universitarios, como así también el acceso a la petición efectuada por el Foro de Abogados de San Juan en cuanto a la prórroga para el inicio de la vigencia del sistema son prueba cabal de ello.

Después de varios intentos (Ac. Gral. Nº 72/2017, 6/2018 y 16/2018), las necesidades funcionales de su "puesta a punto" obligaron a sus mentores a realizar las marchas y contramarchas útiles, incluso días antes de su entrada en vigencia (Ac. Gral. Nº48 del 16 de abril de 2018,) para asegurar el éxito del novel sistema.

II. Hacia un nuevo paradigma

La palabra paradigma podría definirse como 'contexto mental, normas, reglas y fundamentos de una forma de pensamiento'. Esta forma de pensamiento, estas bases, generan una nueva forma de ver el mundo que a su vez generará una realidad en nosotros y en nuestras vidas.

Por ello, al adentrarnos en un nuevo paradigma debemos, en primer lugar, comprender sus fundamentos, sus bases y sus reglas, siendo evidente que no podemos aplicar las antiguas reglas al nuevo paradigma, pues eso supondría que, en realidad, no nos hemos movido de donde estábamos, solo le hemos cambiado la apariencia.

Y para eso, necesitamos de una buena dosis de valentía. Todos los cambios requieren esfuerzo para vencer la inercia, sólo hay que atreverse. No podemos darnos el lujo de ser el elefante enorme del cuento de Jorge Bucay, poderoso y encadenado a una pequeña estaca, que no escapa porque cree que no puede.

Memoramos las palabras de Lorenzetti, quien en oportunidad de inaugurar el año judicial 2018 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expresó: "Tenemos que tener una actitud más abierta. Si hay que cambiar las costumbres, los horarios, ¡hagámoslo!, ¿cuál es al problema?, Tenemos que pensar en estar más cerca de la gente. Hay que tomar decisiones y cambiar. Si las instituciones no cambian, los ciudadanos cambian".

Y los operadores jurídicos no somos más que eso, ciudadanos responsables del eficaz y eficiente servicio de justicia.

Las pocas líneas que siguen no pretenden ser más que una sencilla guía respecto de las dudas más comunes que seguramente aparecerán ante la aplicación del nuevo paradigma que sin duda representa el sistema de notificación electrónica.

III. Ámbito de aplicación. Oficinas judiciales excluidas

El sistema de la Notificación Electrónica resulta obligatorio para todos los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de San Juan, con excepción de la Corte de Justicia y sus Salas (Cap. I, arts. 11/26 de la Ley Prov. Nº 358-E, Ley Orgánica de Tribunales, en adelante L.O.T.); el Fuero Penal y de aquellos que funcionan –en clara referencia a los Juzgados de Paz Letrados– en los Departamentos de 9 de Julio, 25 de Mayo, Ullum, Zonda, Angaco, San Martín, Iglesia, Pocito, Valle Fértil, Sarmiento, Albardón, Caucete y Calingasta.

Clare loqui, siguiendo el organigrama judicial propuesto por la L.O.T., el nuevo sistema de Notificación Electrónica sólo resulta de aplicación obligatoria –a partir del día 1 de mayo de 2018– en las siguientes oficinas judiciales:

La Cámara Civil, Comercial y de Minería, y sus Cuatros Salas (art. 29, ibid.);

La Cámara del Trabajo (en sus dos Salas);

Los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería, trece (13) en total, los Juzgados Especiales de Familia, Contencioso Administrativo y Comercial Especial y el correspondiente a la Segunda Circunscripción, con sede en Jáchal;

Los seis (6) Juzgados de Primera Instancia del Trabajo, únicos que la L.O.T. no enumera;

Los Juzgados de Menores (estimando que alcanza únicamente al con competencia en materia civil, por aquella excepción ya enunciada respecto del fuero penal);

La Cámara de Apelaciones de Paz Letrada;

Respecto a los Juzgados de Paz Letrados, debe inferirse que de los veinticinco (25) Juzgados que prevé el art. 78 de la citada norma, la Notificación Electrónica sólo resulta obligatoria en los Once (11) Juzgados conocidos como del "Gran San Juan" –los siete (7) correspondientes al Departamento Capital y los Juzgados de Paz de Rawson, Chimbas, Rivadavia y Santa Lucía–, y en el Juzgado de Paz Letrado de Jáchal;

Registro Público de Comercio.

IV. Procesos y Resoluciones alcanzadas

Salvo aquellos que por su urgente carácter resulten inaplicables –vgr. Amparos y procesos urgentes, cfr., A.G. Nº 32, Art. 1º, Excepciones, ap. 4º– el sistema de notificación electrónica rige para todos los tipos de procesos que contempla la legislación procesal provincial, comprendiendo a los iniciados, en trámite y a los que se inicien luego de su entrada en vigencia.

En lo que atañe a las resoluciones judiciales, se considerarán notificadas electrónicamente:

IV.1. Resoluciones notificables por el "Ministerio Legis"

En virtud de las facultades conferidas oportunamente por el legislador en el art. 132, inc. 5, del C.P.C. a la Corte de Justicia, el nuevo ordenamiento dispone que toda resolución judicial susceptible de ser notificada por el ministerio de la ley (días martes en el Fuero Civil, Comercial y de Minería; Familia, de Menores, Comercial Especial y Contencioso Administrativo, y miércoles en el Fuero Laboral y de Paz Letrado, incs. a y b, ibid.) se considerará –a partir

de ahora– notificada en el domicilio procesal electrónico. Respecto al procedimiento previsto por el legislador en el art. 132 del ritual, va de suyo que sólo resulta de aplicación la manera especial de computar los plazos que prevé el procedimiento previsto por el inc. 1, perdiendo, según nuestro modesto entender, virtual importancia práctica las vicisitudes aludidas en los incs. 2, 3 y 4, ibid. puesto que en nada incide que el expediente se encuentre o no en la Mesa de Entradas, que el profesional actuante deje o no constancia en el libro de asistencia del Juzgado (en la práctica 'Libro de Notas'), resultando también inútil la notificación por cédula luego del segundo día de nota, circunstancias vacuas en virtud de la nueva metodología de notificación.

IV.2. Notificación de resoluciones judiciales que deban ser notificadas por cédula al domicilio constituido de las partes intervinientes

Conviene recordar que hasta ahora, en el proceso existía un domicilio constituido, también denominado "procesal o ad litem", lugar físico que sirve como domicilio principal de las notificaciones, quedando el real como domicilio subsidiario, y sólo para los casos que el Código establezca que deben notificarse en el mismo las resoluciones (Falcón, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I, Parte General, Editorial, Rubinzal - Culzoni, 24 de enero de 2006, Santa Fe, pág. 499), importando retener que el domicilio ad litem, a los efectos de la notificación de las resoluciones judiciales, guarda prioridad sobre el domicilio real (in re, Morello, Augusto M.; Sosa, Gualberto L. y Berizonce, Roberto O.; "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", Editora Platense, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, Tº II-A, pág. 758), toda vez que el letrado asume la responsabilidad en la dirección del pleito, razón por la cual su notificación vincula a la parte como una consecuencia natural que emana de la ley ritual (mutatis mutandis, Velert F., Jaime A. y otros, "Código Procesal Civil, Comercial y Minería San Juan – Comentado y Concordado", Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, T° 1–B, Córdoba, 2010, pág. 655).

Emerge ahora una nueva categoría de domicilio, el procesal electrónico, al que nos referiremos en capítulo por separado.

En consecuencia, a partir de la entrada en vigencia del A.G. Nº 32 deben dejar de confeccionarse las notificaciones en soporte papel que contengan resoluciones judiciales notificables al domicilio ad litem, puesto que éstas se tendrán por notificadas en el domicilio procesal electrónico.

IV.3. Excepciones

No obstante lo dispuesto por la norma comentada, unas por expreso imperativo legal (normas procesales generales y la específica condición prevista en el art. 149 del C.P.C) y otras por razones inherentes a la seguridad jurídica, el A.G. Nº 32 dispone que determinadas resoluciones judiciales queden exceptuadas de ser notificadas electrónicamente.

Ello lógicamente supone que las que se enumeran a continuación, deberán seguir siendo notificadas mediante la confección y envío de la ya milenaria "cédula" por intermedio de la Oficina de Notificaciones, o por las restantes formas de notificación que prevé el C.P.C.

Veamos cuales son:

1) Resoluciones judiciales que deban notificarse en el domicilio real, social, registrado, sede de la persona representada, o en el convenido por contrato reconocido.

Se ubican aquí, y respecto de aquellas personas que revisten o pudieren revestir el carácter de parte en el proceso, entre otras, aquellas resoluciones judiciales que ordenan el traslado de la demanda y reconvención; la que fija la fecha de realización de la audiencia inicial, las que ordenan intimaciones, aplican correcciones disciplinarias, hacen saber medidas precautorias, su modificación o su levantamiento, como así también la citación del absolvente a la audiencia para recepcionar la prueba de confesión.

Señalar además que las resoluciones judiciales que importen la citación de personas extrañas al proceso deben seguir efectuándose como hasta ahora, es decir por "cédula" (vgr. testigos, peritos, citación de terceros, etc.).

2) La notificación de resoluciones judiciales en que la ley procesal exija la entrega de copias, en consonancia con lo dispuesto por el último párrafo del art. 136 del C.P.C.

Igual procedimiento debe seguirse en el caso de los supuestos de copias con contenido reservado del art. 139 del ritual.

3) La notificación de las sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de tales.

Al respecto, no debe resultar de más la aclaración que cualquier sentencia, definitivas e interlocutorias debe necesariamente ser notificadas al domicilio real y constituido de las partes (art. 149, C.P.C.), mediante el envío y diligenciamiento de la "cédula".

4) en los supuestos en que el magistrado interviniente lo dispusiera por resolución debidamente fundamentada, al igual que en el art. 7º de la norma analizada.

Dicho apartado no hace más que reconocerle la facultad de dirección del proceso al juez, no obstante imponerle la obligación de fundamentar la decisión.

Ahora bien, si el juez ordenara la notificación de una determinada resolución judicial por 'soporte papel' sin fundamentar la razón de su decisión, la misma se considerará notificada mediante el sistema de la notificación electrónica, conforme surge del ordenamiento.

Creemos que este apartado traerá algunos inconvenientes en los albores de la implementación del sistema, toda vez que no alcanzamos a visualizar con claridad que autoridad jurisdiccional determinará si la resolución que ordena la notificación por "cédula" se encuentra debidamente fundada, y en su caso, cuando opera el apercibimiento de cambio de sistema de notificación en lo que respecta a la manera de contar los términos.

IV.4. Vigencia de los restantes medios notificatorios

Resulta importante señalar a su vez, que no obstante las modificaciones introducidas, por imperio legal, mantienen plena validez jurídica las notificaciones personales efectuadas por la compulsa del expediente, las notificaciones en Secretaría (denominadas en

la jerga tribunalicia "por plancha") y por retiro del expediente, retiro de copias y aquellas que ocurran durante la celebración de audiencias, como así también la forma en que se produce la notificación de los funcionarios judiciales.

También conservan su vigencia y efectos las convenciones que efectuaren las partes respecto de la facultad contenida en el penúltimo párrafo del art. 135 del C.P.C.

V. El domicilio procesal electrónico

La utilización del domicilio procesal electrónico en la Provincia de San Juan comenzó a implementarse a través de las Acordadas Nº 72/2017 y 96/2017.

Básicamente consistía en que los profesionales debían cumplir con un procedimiento de adhesión y entrega de código de registración para obtener el alta de acceso al Sistema de Gestión Online de Expediente Electrónico (al que citaremos de ahora en más sólo por su sigla, S.G.O.E.E.) por ante la Dirección de Informática del Poder Judicial.

Ensayando una definición, el domicilio procesal electrónico es un lugar-espacio de almacenamiento o casillero virtual que el Poder Judicial pone a disposición de la parte involucrada en un proceso, a través del portal web denominado LD Validador, con el fin de hacerle saber las resoluciones judiciales que en éste se dicten, con la característica de que es intangible y no físico.

El mismo, consiste en un lugar de almacenamiento electrónico ligado a la identificación de cada letrado, generado por la Dirección de Informática – Área Seguridad Informática y Firma Digital del Poder Judicial de San Juan conforme una serie de procedimientos establecidos por la autoridad regulatoria.

Los caracteres de esta nueva categoría de domicilio pueden resumirse:

- reviste el carácter de domicilio procesal; tiene eficacia jurídica y validez probatoria,

- producen los mismos efectos del domicilio procesal físico constituido,
- son legales y vinculantes todas las notificaciones y comunicaciones que en el mismo se practiquen.

Constituye entonces, a partir de la entrada en vigencia del A.C. Nº 32, una carga procesal que deberá cumplimentar toda persona que litigue por derecho propio o en ejercicio de una representación legal o convencional, la de constituir el domicilio procesal electrónico, así como del físico, en el primer escrito que se presente en cada proceso (en soporte papel) o en la primera audiencia a que se concurra, si es ésta la primera diligencia en que se interviene.

El domicilio procesal electrónico que se constituye en el marco de un proceso, debe ser único. Ello importa decir que las partes, al igual que sucede en el caso del domicilio físico, sólo pueden indicar un solo domicilio electrónico.

Si la parte tuviera más de un letrado, se tendrá por constituido su domicilio procesal electrónico en los pertenecientes a los dos primeros letrados consignados que denuncien dicho domicilio (ello responde a una limitación propia del sistema de Gestión Online de Expediente Electrónico, la cual debería ser revista y modificada en un futuro).

Es decir, una vez constituido el domicilio procesal electrónico, éste servirá para todos los procesos –incluido los incidentes y demás actuaciones vinculadas al expediente principal– en los que participe el operador jurídico, sea en el carácter que fuere.

Para los procesos en trámite, será considerado el domicilio procesal electrónico de las partes, el que se encuentre registrado en el S.G.O.E.E., hasta tanto se constituya otro nuevo por parte del profesional (con sujeción, claro está, a la normativa vigente). Va de suyo que el cambio de domicilio procesal electrónico, será notificado mediante notificación electrónica.

En resumen;

Resulta una carga procesal constituir domicilio procesal electrónico en la primera presentación que se efectúe después del 1 de mayo de 2018.

Si no se constituye, pero existe uno asignado por el S.G.O.E.E., éste será considerado como válido para la notificación electrónica de las resoluciones judiciales ya enunciadas.

Si el S.G.O.E.E. no asignó un domicilio procesal electrónico y se omite constituirlo, las resoluciones judiciales descriptas por el art. 1º del A.G. Nº32, se considerarán notificadas ministerio legis –automáticamente los días martes y miércoles según lo previsto en el art. 4º de dicha reglamentación–.

VI. ¿Cómo funciona el sistema de la Notificación Procesal Electrónica?

La tramitación de los procesos judiciales en gran parte de las Oficinas Judiciales del Poder Judicial de San Juan se desarrolla bajo el Sistema de Gestión de los Organismos Judiciales (vulgarmente conocido como 'Lex-Doctor').

Concretamente el sistema podría resumirse en las siguientes etapas:

VI.1. La Actividad Interna

El 'Usuario del organismo judicial' habilitado con una clave de acceso autorizado por la Corte de Justicia, accede a la gestión informática del expediente judicial. A esto se lo denomina "Movimientos del proceso" en "Estado Extraprocesal".

Una vez allí, el usuario puede redactar proyectos y modelos de resoluciones, modificando e inclusive guardando e imprimiendo su texto.

Esta actividad, a la que denominamos "interna" no genera ningún tipo de efectos procesales, puesto que todavía no cuenta con la firma del magistrado o funcionario habilitado, y no puede ser vista por el usuario externo habilitado.

VI.2. La resolución judicial

Una vez que el magistrado y/o funcionario autorizado del órgano jurisdiccional, dentro del marco de su competencia, procede a la

firma de la resolución judicial, debe mediante el uso de su clave de acceso informático, incorporar al sistema informático la resolución, es decir ingresarlo al "Estado Procesal" dentro del proceso judicial respectivo.

VI.3. El 'Estado Procesal'

Pasada al "Estado Procesal", la resolución judicial produce las siguientes consecuencias:

Resulta inmodificable por todo usuario del Órgano Judicial redactor, salvo claro está, las modificaciones por contrario imperio establecidas en la ley procesal (art. 245 C.P.C.), a través de otra resolución judicial,

se genera de manera automática la notificación electrónica, quedando registrada en el servidor informático de notificaciones y sin posibilidad técnica para su modificación manual,

el usuario externo habilitado la encuentra disponible para su consulta remota mediante la solapa "Notificaciones Recibidas",

el sistema envía un correo electrónico "de cortesía" al profesional, cuyo remitente será: "Notificaciones Poder Judicial de San Juan", Asunto: Aviso de Novedades de Expediente" al solo efecto de informar que se han generado notificaciones electrónicas por un movimiento procesal y que se encuentran disponibles para su consulta. Estos correos carecen de eficacia legal como notificación, puesto que los mismos no hacen referencia alguna a la causa ni a la fecha en que fueron dictadas.

VII. Perfeccionamiento de la Notificación – Cómputo del plazo

Las resoluciones judiciales disponibles en la solapa "Notificaciones Recibidas" del S.G.O.E.E., quedarán notificadas los días martes para el Fuero Civil Comercial y de Minería, de Familia, Comercial Especial y Contencioso Administrativo, y los días miércoles para la Justicia de Paz Letrada y el Fuero Laboral, posteriores a la fecha de generada la notificación, salvo que resulte día inhábil, en cuyo

supuesto la notificación operará el supuesto del art. 132, inc. 1) del C.P.C. Concretamente, si la notificación electrónica fuera generada un día jueves (tomemos para el ejemplo el fuero de Paz Letrado), lo que supone que la resolución judicial fue puesta en "Estado Procesal" ese día, estará disponible de visualización por parte del usuario externo en la solapa "Notificaciones Recibidas" a partir de ese día –jueves–, no obstante, el término comenzará a computarse –conforme la normativa procesal vigente– a partir del día miércoles siguiente, independientemente de que se opere el ingreso o no al Sistema de Gestión Online de Expediente Electrónico.

Asimismo, vale aclarar que el nuevo sistema de notificación electrónica sólo resulta aplicable a las resoluciones judiciales dictadas a partir del 1 de mayo de 2018, por lo que todas aquellas dictadas con anterioridad a dicha fecha, necesariamente deben ser notificadas mediante el soporte papel.

VIII. Cuestiones relativas a la seguridad

Como una fuerte apuesta al nuevo sistema, la norma contiene un conjunto de acciones que apuntan a garantizar la autenticidad de la notificación y su contenido, así como el registro de la emisión y recepción efectiva.

Así le impone al Secretario o quien lo sustituya, la obligación de confeccionar diariamente un listado –rubricado, garantizando éste su autenticidad y resguardo– de todos los procesos que tuvieron movimientos a "estado procesal" y que los coloca en situación de notificación.

También, la reglamentación dispone que cualquier controversia que pudiere suscitarse respecto de la notificación, tramitará conforme el procedimiento de nulidad establecido en el art. 150 del C.P.C. ("siempre que la irregularidad fuere grave e impidiere al interesado cumplir oportunamente los actos procesales vinculados a la resolución que se notifica"), no sin antes advertir que la norma otorga prevalencia a la resolución y a la fecha electrónica

(es decir la incorporada al S.G.O.E.E. en "estado procesal") a la obrante en soporte papel.

Constituye asimismo un verdadero acierto, la implementación de un canal (soporte.abogado@jussanjuan.gov.ar) mediante el cual los litigantes puedan comunicar los defectos que se adviertan en la práctica, sean de índole técnica o humana, ello con el fin de arbitrar las medidas pertinentes para solucionarlos y que el sistema se torne cada día más seguro.

IX. Conclusión

No pocas nuevas discusiones, posiciones y situaciones problemáticas surgirán respecto de esta nueva metodología de notificación procesal.

Lo que no debemos permitir, de parte de todos los que participamos de una u otra manera en la administración de justicia, es que el sistema fracase, ello en procura de la reducción de la tramitación de los casos.

Se dice que un visitante se detuvo ante tres obreros que picaban piedras junto a un solar donde se habría de levantar un templo religioso. Preguntó a uno de ellos qué estaba haciendo. Y éste le respondió: "ya lo ve, pico piedras". Interrogó de igual modo al segundo, quien contestó: "me gano el sustento de mi familia". Interpelado el último, elevó su vista y afirmó emocionado: "levanto una catedral".

Como a los tres picapedreros del cuento, los operadores jurídicos sanjuaninos podremos descansar tranquilos cuando al ser interrogados por sobre el menester del nuevo sistema; en vez de contestar 'sólo se trata de notificaciones electrónicas' o 'no es más que un cambio en la manera de notificar las resoluciones judiciales' sentenciemos con orgullo: 'garantiza el derecho de defensa y constituye una eficaz herramienta que posibilita el acceso a la justicia expedita que reclama la sociedad'.

Sólo de nosotros depende.

Competencia ordinaria en la apelación de sanciones por incumplimientos de normas del Derecho del Consumidor, impuestas por autoridades locales a empresas prestadoras de servicios telefónicos

Abg. Cristina V. Laciar

I. Introducción

Los derechos del consumidor tienen una importante protección en nuestro ordenamiento jurídico. Receptados desde 1994 por los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, gozan de jerarquía constitucional. Aplicados por la Ley N° 24.240, como norma especial y las nuevas previsiones del Código Civil Comercial de la Nación en su última modificación, en el año 2015.

La Ley de defensa al consumidor N° 24.240, es una norma de orden público, cuyo principal fin es el resguardo y protección de los derechos de los consumidores y usuarios, configurando en la práctica una reglamentación del art. 42 de la C.N.

En el mundo en que vivimos, el consumo es una actividad generalizada, en muchos casos de extrema necesidad de las personas, que tiene una protección especial en la Constitución Nacional, en especial atención a su condición de vulnerabilidad en que se encuentra el usuario o consumidor, frente al sector empresarial - comercial.

Barocelli explica que la debilidad y vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado, se verifica a través de las asimetrías negociales, técnicas, informativas, etc.[1]

Surge así la necesidad del Derecho de proteger al sujeto débil de la relación: El consumidor y aparece un nuevo derecho privado, que sin ser comercial ni civil, tiene a su protección. En aras de este amparo, interviene el Estado. La defensa del consumidor, se presenta entonces como una respuesta del derecho para la protección de los consumidores, en estos tiempos actuales y frente a los nuevos conflictos derivados de distintos hábitos y costumbres, con una finalidad no solo reparadora sino preventiva.[2]

---

[1] Barocelli, S. Sebastián, "Asociaciones de consumidores", en "Tratado de Derecho del Consumidor", Stiglitz, Gabriel – Hernández, Carlos (Directores), ed.La Ley, Buenos Aires, 2015, tomo IV, pág. 579.

[2] Gozaini, Osvaldo A. "Quién es consumidor a los fines de la protección procesal", en la Ley 2003-C, pág. 1055 y ss. En igual sentido: Elena de la Torre de Yanzón, José Luis Miolano, "Defensa del Consumidor en la Provincia de San Juan. Análisis y Valoración del procedimiento Administrativo", Facultad de Ciencias Sociales – Univ. Nac. de San Juan, pág. 8.

Esa protección dispuesta por el art. 42 de la Constitución Nacional, es reglamentada por la Ley N° 24.240, en diálogo con aquellas incorporadas en el Código Civil y Comercial de la Nación. De ahí la importancia de la norma especial, que se erige de orden público por ende de una jerarquía infranqueable a la hora de su aplicación.

Sin embargo, pese la claridad de sus preceptos, por varios años empresas de servicios telefónicos, resistieron con cierto éxito, la competencia ordinaria en la apelación de las sanciones aplicadas por las autoridades provinciales, por incumplimientos a la ley de defensa del consumidor, planteando la incompetencia de los Juzgados locales, para resolver sobre las apelaciones a las resoluciones de sanción que recibieron. Requiriendo la intervención de la competencia federal.

Este interpretación quizás estuvo alimentada en que antes de la reforma de la Ley N° 23.361, la LDC establecía "Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas, aplicándose la presente ley en forma supletoria" (art. 25 de la Ley N° 24.240 en su texto originario). Sin embargo, la reforma instituida por la Ley N° 26.361 despejó todo duda sobre el particular, toda vez que el actual art. 25 de la Ley de Defensa del Consumidor (Texto s/ Ley N° 26.361) dispone al respecto "Los servicios públicos domiciliarios con legislación específica y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla serán regidos por esas normas y por la presente ley. En caso de duda sobre la normativa aplicable, resultará la más favorable para el consumidor. Los usuarios de los servicios podrán presentar sus reclamos ante la autoridad instituida por legislación específica o ante la autoridad de aplicación de la presente ley".[3]

La importancia práctica no es menor, pues decidir si es competencia federal u ordinaria, no solo incidirá en la apelación de multas, sino también en las acciones que podría llevar a cabo el consumidor para reparar los daños y perjuicios que el incumpli-

[3] Defensa al Consumidor en la Provincia de San Juan. Facultad de Ciencias Sociales UNSJ, 2011. pág. 51 y ss.

miento de sus derechos le produjere. Y en este tema la cercanía del tribunal juega un papel preponderante a la hora de economizar el desgaste de judicializar un reclamo.

La supresión de la supletoriedad, fue sumamente festejada por cuanto ajusta de una buena vez el texto legal al orden constitucional, modificado con la aparición, modificado con la aparición del art. 42 de la Carta Magna. Sobre el particular, ha sido siempre clara la pluma del Presidente de la Corte Suprema, Ricardo L. Lorenzetti, cuando afirmaba que la supletoriedad del régimen generaba un problema de colisión horizontal de las normas regulatorias de servicios públicos y la de protección de los consumidores, que es diferente al de jerarquías de normas.[4]

II. Derecho del consumidor – competencia federal – regulación de las telecomunicaciones

Es en la interrelación de estos temas donde surge el conflicto. Es decir las problemáticas jurídicas de competencia federal, telecomunicaciones y derecho del consumidor. La meta es desentrañar la verdadera voluntad del legislador, con respeto irrestricto a nuestra carta magna.

Para ello debemos recordar que la competencia federal es por mandato constitucional, siempre de origen legal, excepcional y de interpretación restringida.

La materia de telecomunicación es abarcada por la competencia de la justicia federal, establecida expresamente por Ley N° 19.798. La Corte en numerosas oportunidades sostuvo, "las comunicaciones telefónicas interprovinciales están sujetas a jurisdicción nacional. Porque ellas constituyen comercio[5], forman parte del sistema nacional de postas y correos[6] –y tienden a promover la prosperidad del país entero y el adelanto y bienestar ge-

[4] Álvarez Larrondo, Federico, "Tratado Jurisprudencial y doctrinario, Defensa del Consumidor", La Ley, 2011.

[5] Fallos 154:104,112; 192:234; 198:445; 213:467, 486.

[6] Fallos 188:247, 256, 198:445; 213:467, 487.

neral[7]–. Todo lo atinente al servicio de telecomunicaciones es necesariamente comercio interjurisdiccional, por la necesariedad de conexión a través de los territorios provinciales para lograr las comunicaciones, y este concepto queda abarcado por el art. 75, inc. 13 CN, dado que el servicio de telecomunicaciones sólo puede funcionar interconectándose con las diversas jurisdicciones, tanto en el país como en el extranjero. En tal línea el mismo art. 75, en sus incs. 14 y 18 (cláusula del progreso), somete esta materia entre las atribuciones del Congreso Nacional. Ellos son los fundamentos que dan lugar a la regulación nacional del servicio, garantizando uniformidad en el mismo, y la planificación de su prestación teniendo en cuenta la vasta extensión de nuestro país.

Ahora bien, el Derecho del Consumidor, se caracteriza por su transversalidad, ello significa que recorre horizontalmente todas las manifestaciones jurídicas, incluyendo la propia Constitucional Nacional, que desde el año 1994 lo recepta en su jerarquía y protección, art. 42. C.N. Es así un derecho supremo directamente regulado por la Ley N° 24.240 y el Código Civil. Esa tranversalidad, como característica del derecho del consumidor, indica que sus normas y preceptos pueden y deben imponerse en cualquier hecho jurídico regulado también en sus características no consumeriles por otras normas y reglamentaciones que les son propias. Sin embargo la característica de derecho fundamental, y la expresa determinación de ser de orden público su ley de aplicación, está dando la pauta para interpretar lo voluntad del legislador.

III. Principios del derecho del consumidor

El derecho al consumidor, como toda rama del derecho, se encuentra imbuido de principios rectores. Entre ellos y que se corresponde al tema que estamos tratando, surge como uno de sus principales principios, el de protección al consumidor: así el art. 42 de la CN, ordena que las autoridades proveerán a la protección

[7] Fallos 188:247; 189:272, 282; 213:467, 487; art. 67, incs. 12, 13, 16 y 28, CN.

de los derechos del consumidor (salud, seguridad, intereses económicos, información, libertad de elección y trato digno y equitativo), y el art. 1094 del CCCN: que expone dicho principio como criterio de interpretación del derecho del consumidor.

El carácter de orden público de la ley surge de la Constitución Nacional que dispone imperativamente que las autoridades "proveerán" la protección de los derechos del consumidor. Se encuentra expresamente consagrado en el art. 65 de la Ley N° 24.240. La consecuencia del carácter de orden público es la indisponibilidad de su contenido y la irrenunciabilidad de los derechos que consagra. En respeto de este principio, el juez debe hacer prevalecer la LDC respecto a otras normas si entran en conflicto, por ser de aplicación imperativa y de orden público.

El principio de in dubio pro consumidor. El mismo surge de los arts. 3 y 37 de la LDC y arts. 7 y 1094/5 del CCCN. Como una pauta hermenéutica general del derecho del consumidor. El indica que en caso de duda debe aplicarse lo más favorable al consumidor y se aplica respecto a: La interpretación de la propia ley (interno), la aplicación del derecho del consumidor con respecto a otras normas (externo) y en caso de valoración de la prueba.

Principio de Gratuidad. Contenidos en los arts. 53 y 55 de la LDC, a fin de garantizar el acceso a la justicia de los consumidores.

Principio de procedimiento eficaz, contenido en el art. 42 de la C.N. El cual comprende un procedimiento expedito y efectivo a fines que el consumidor vulnerado en sus derechos sea inmediatamente asistido y restablecido en sus intereses.

IV. Procedimiento

El tema resistido por las empresas prestatarias de servicios telefónicos, que hoy tratamos se centra en relación al procedimiento establecido por el art. 45 de la Ley N° 24.240, el mismo expresa que los actos administrativos que dispongan sanciones, únicamente serán impugnables mediante recurso directo ante la Cámara Na-

cional de Apelaciones en las Relaciones de Consumo, o ante las Cámaras de Apelaciones con asiento en las provincias, según corresponda. A su vez invita a las provincias a que sancionen sus propias normas referentes a la actuación de las autoridades locales de aplicación y a que establezcan un régimen de procedimiento.[8] Sin embargo las empresas de telefonía, constantemente oponían la incompetencia de los tribunales locales provinciales para intervenir en la apelación de las sanciones impuestas por las autoridades provinciales de defensa del consumidor. Manifestando que les correspondía la competencia federal.

Este acto, tenía por consecuencia un gran desgaste procedimental y temporal en perjuicio de consumidor, contrario al principio protectorio, de gratuidad y de procedimiento eficaz, como así también no se cumplía con el principio de interpretación in dubio pro consumidor, ya que en la práctica la empresa de servicios telefónicos se presentaba ante la autoridad administrativa una vez impuesta la sanción, con la apelación solicitando se remita todo a la Cámara de Apelaciones Federal. Ello con base en la ley de telecomunicaciones.

Esto configuraba un apartamiento del procedimiento expedito, accesible y gratuito dispuesto en la Ley N° 24.240 en beneficio del consumidor. Configuraba un apartamiento de una ley de orden público, abandonado la defensa de una parte vulnerable, en pos de una ley de una actividad comercial.

V. Evolución jurisprudencial

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en diciembre de 2004, en la causa "Telefónica de Argentina SA/ deduce inhibitoria"[9], trató sobre un caso de un acta labrada por dos inspectores del Pro-

[8] Según se sostuvo en Fallos: 324:4349, el recurso ante las cámaras federales con asiento en las provincias había sido previsto para impugnar actos de la autoridad nacional de aplicación y no de las autoridades locales ya que en este último supuesto debía intervenir la justicia provincial.

[9] Fallos 327:5771.

grama de Comercio, Servicios y Cooperativas del Ministerio de Economía de la Provincia de San Luis, quienes se constituyeron en un local de Telefónica de Argentina S.A. en esa Provincia, a fin de constatar el cumplimiento de lo dispuesto por la Ley nacional N° 24.240 de Protección del Consumidor en sus arts. 4, 19, 25 y 27, ante el reclamo efectuado por dos usuarias del servicio público domiciliario telefónico. Así otorgaron a dicha empresa un plazo de cinco (5) días para que ejerza su derecho de defensa y ofrezca pruebas. La denunciada, al efectuar su descargo, sostuvo que ese organismo es incompetente en razón de la materia debatida, al no ser aplicable la Ley N° 24.240 al servicio telefónico que brinda, en cuanto todo reclamo administrativo compete a la Comisión Nacional de Comunicaciones, según el decreto nacional 1185/90. Asimismo, impugnó el acta de Inspección y adujo la inexistencia de infracción alguna a dicha norma. Con posterioridad, la Jefa del Programa Defensa del Consumidor, Comercio y Cooperativas –Autoridad local de Aplicación de la Ley N° 24.240, según lo establece el art. 11 de la Ley provincial N° 5.163–, mediante resolución 153/02, impuso a Telefónica de Argentina S.A. una multa, con fundamento en el "retiro de atención al público inmediata y personal", incurriendo de este modo en infracción a los arts. 4, 19, 25 y 27 de la Ley N° 24.240. Contra esa resolución, la sancionada dedujo recurso de apelación, en el que sostuvo: la inconstitucionalidad de la Ley local N° 5.163 de Defensa del Consumidor de la Provincia de –2– San Luis, en cuanto establece una competencia y un procedimiento distinto al previsto en el art. 45 de la Ley N° 24.240; la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minas, al tener la materia un carácter típicamente federal y la incompetencia ratione materiae del órgano provincial. En dicho precedente la Corte interpretó que correspondía precisar el sentido y los alcances de las referidas normas federales en que la recurrente funda su posición, dictadas por el Estado Nacional en ejercicio de las facultades conferidas por la Ley nacional de telecomunicaciones N° 19.798, así como discernir la posible compatibilidad entre ese marco normativo y el instituido por la Ley N° 24.240 de defensa del consumidor, a tenor de lo dispuesto en

el último apartado de su art. 25, cometidos que exceden los encomendados a los tribunales provinciales y que se encuentran reservados a la jurisdicción federal ratione materiae (confr. doctrina de Fallos: 315:1883 y 324:4468). En tales condiciones, declaró procedente el recurso extraordinario e invalidó el pronunciamiento apelado en cuanto rechazó la inhibitoria requerida.

En el precedente "Telefónica de Argentina s/ inhibitoria", de mayo de 2007[10]; en el caso, la Dirección de Defensa del Consumidor de la Provincia de San Juan, en uso de las atribuciones conferidas en la Ley N° 24.240 y Ley provincial N° 7.087, (hoy 898-D), con la que adhirió a la referida ley nacional, aplicó a la empresa Telefónica de Argentina S.A. mediante la resolución 261/02, una multa de $ 400.000, por la infracción a los arts. 4° y 19 de la Ley N° 24.240 y a los arts. 1° y 2° de la resolución 906/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación respecto del formato de la guía 2002/2003, concretamente en cuanto no respetó diversas características de impresión pertinentes. La empresa apeló la sanción ante la justicia provincial y al mismo tiempo solicitó la inhibitoria ante la Cámara Federal de Mendoza en el entendimiento de que aquélla era incompetente. La cámara federal rechazó la inhibitoria y remitió la causa a la justicia en lo civil, comercial y de minas de la provincia. Entendió que las cámaras federales con asiento en las provincias había sido previsto para impugnar actos de la autoridad nacional de aplicación y no de las autoridades locales ya que en este último supuesto debía intervenir la justicia provincial. Contra ese pronunciamiento, se interpuso recurso extraordinario, en el que alega que la competencia en el control y en la eventual imposición de sanciones es nacional, concretamente de la Comisión Nacional de Comunicaciones, autoridad de aplicación en esta materia que cuenta con normas específicas tales como la Ley N° 19.798 y el reglamento general de clientes del servicio básico telefónico, que establecen la jurisdicción nacional para las telecomunicaciones en consonancia con la Ley Fundamental ya que las provincias han delegado en el gobierno federal puntualmente en el Congreso Nacional la regulación de dicha materia, todo lo

[10] Fallos 330:2115.

cual suscita la competencia de la justicia federal. A ello añade que de acuerdo con el art. 25 de la Ley N° 24.240 en el caso de los servicios públicos domiciliarios con legislación específica controlados por los organismos que ella contempla, la referida ley se aplica supletoriamente. Y destaca, asimismo, que la resolución 906/98 es ajena a la publicación de la guía telefónica. Por mayoría la Corte hizo lugar al recurso extraordinario presentado por Telefónica, remitiéndose al precedente del año 2004.

Lo interesante surge de los votos en disidencia, que a la postre serán el fundamento que terminara imponiéndose en la interpretación jurisprudencial de nuestro máximo tribunal. El voto en disidencia del Dr. Lorenzetti, resalta que la regulación constitucional de la protección de los consumidores consagrada expresamente en la reforma de 1994, establece la competencia concurrente entre Nación y provincias. El régimen federal y el principio de descentralización federal llevan a sostener esa conclusión. Esta orientación fue promovida por el art. 31 de la Ley N° 24.309, que convocó a la reforma constitucional de 1994 con el fin de "fortalecer el federalismo" y se plasmó en los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional. Dichas normas permiten identificar un principio general de descentralización institucional, inspirado en el objetivo de lograr una sociedad más abierta y participativa. Como todo principio, constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial. La Ley N° 24.240 comporta un marco de integración armónico con las normas que regulan el servicio telefónico. En efecto, la supletoriedad prevista en el art. 25 de la ley, en su relación con los servicios públicos domiciliarios con legislación específica, controlados por organismos allí previstos, debe ser entendida como su aplicación en ausencia de previsión, pero no una subordinación del microsistema del consumo. Es que en supuestos de pluralidad de fuentes, no cabe la solución jerárquica sino la integración armónica. Expresa que el art. 45 de la Ley N° 24.240, al atribuir competencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, o ante las cámaras federales de apelaciones con asiento en las

provincias, sólo se refiere a las sanciones administrativas impuestas por la autoridad nacional de aplicación; por ello quedan excluidas de ese precepto las sanciones administrativas que emanen de las autoridades provinciales, las cuales deben ser recurridas ante la justicia -6- provincial. En el caso en examen, como se dijo, la sanción fue impuesta por la Dirección de Defensa del Consumidor de la Provincia de San Juan en su condición de autoridad de aplicación de la Ley N° 7.087. Por consiguiente, debe intervenir la justicia provincial.

VI. El fallo que dirime la cuestión de competencia

En autos Telefónica de Argentina S.A. c/ Municipalidad de la Plata s/ acción meramente declarativa, el 24 de mayo de 2016, la CSJN trató el caso en que el juez a cargo del Juzgado de Faltas Municipal n° 2 de Defensa del Consumidor de La Plata había impuesto a Telefónica de Argentina S.A., la sanción de multa de $ 1.000.000 por infracción a los arts. 40, 8° bis y 27 de la Ley N° 24.240. Contra este pronunciamiento, la sancionada interpuso el recurso de apelación previsto en el arto 45 de la ley citada, que, denegado, motivó la deducción de una presentación directa ante la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata. Que la Sala II de la Cámara Federal mencionada desestimo la queja. Para así decidir, consideró que de acuerdo a lo previsto en el art. 25 de la Ley N° 24.240 –según reforma introducida por la Ley N° 26.361–, los servicios públicos domiciliarios serán regidos por su legislación específica y por las normas de la Ley de Defensa del Consumidor, y que en caso de duda se aplicará la normativa más favorable para el consumidor; a su vez, los usuarios de tales servicios podrán presentar sus reclamos ante el órgano de control específico o ante la autoridad de aplicación de la Ley N° 24.240 (conforme art. 25, párrafo final). Por tal motivo; la cámara consideró que no era competente para entender en la presentación directa, sino que, en todo caso, eran competentes los jueces de la Provincia de Buenos Aires en los términos de la Ley local N° 13.133, que regula el procedimiento ad-

ministrativo Y judicial ante incumplimientos de la ley nacional aludida. Contra este pronunciamiento, Telefónica de Argentina S.A. interpuso el recurso extraordinario que fue concedido a fs. 54.

Con los votos de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Higton de Nolasco, y Juan Carlos Maqueda, la Corte expresó que la sanción discutida en autos fue impuesta por el juez Municipal de Faltas n° 2 de La Plata. En consecuencia, al haber intervenido en el sub lite una autoridad provincial, que se limitó exclusivamente a aplicar una norma de derecho común, complementaria de los preceptos contenidos en el Código Civil y Comercial (Fallos: 324:4349 y 330:133), correspondiendo que su apelación tramite ante la justicia provincial, de acuerdo con el procedimiento específicamente establecido en esa jurisdicción.[11]

Dicho precedente fue confirmado en fallos referidos a la competencia de la justicia de la provincia de San Juan, no quedando lugar a dudas sobre la interpretación a favor de las competencias provinciales para entender en denuncias referidas a faltas al derecho del consumidor[12], como también al competencia de la justicia local para resolver sobre las apelaciones de sanciones.[13] [14]

VII. Conclusión

La Corte Suprema de forma clara, resolvió finalmente una situación que se prestaba a innumerables planteos dirimentes de las empresas prestatarias de servicios telefónicos, cuya especulación sobre los tiempos de apelaciones llevaba en la práctica a la falta de cumplimiento de sanciones, por ende la falta de modificación de las conductas consideradas violatorias del derecho del consumidor.

[11] Fallos C.S.J.N. 339:704.

[12] Fallos S.C.J.N. Telefónica Móviles Argentina S.A. c/ Secretaría de Defensa del Consumidor s/ Inhibitoria. 24/06/2016.

[13] Fallo C.S.J.N. Torioni Godoy Carlos c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Recurso Directo.03/07/2018.

[14] Fallo C.S.J.N. Rivera Prudencio c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Recurso Directo. 03/07/2018.

De tal forma se recepta los principios de la Constitución Nacional, arts. 42 y 43, y se falla conforme la Ley especial que regula el derecho al consumidor, N° 24.240, y que en forma clara determina en su art. 45 el procedimiento de apelación. La Corte, resolvió en favor y respeto del federalismo y el derecho de las provincias de dictar sus propios procedimientos. Resolvió en virtud del principio protectorio del derecho al consumidor, del principio de gratuidad, de eficacia procedimental y conforme al principio de in dubio pro consumidor. Ello en tanto la justicia ordinaria local es quien mayor garantiza por su inmediatez física, la eficacia necesaria para tratar la apelación de la sanción impuesta por la propia autoridad local.

Inflación y alimentos en la Jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza

Federico Bruno

No habrá nunca una puerta. Estás adentro
y el alcázar abarca el universo
y no tiene ni anverso ni reverso
ni externo muro ni secreto centro.
No esperes que el rigor de tu camino
que tercamente se bifurca en otro,
que tercamente se bifurca en otro,
tendrá fin. Es de hierro tu destino
como tu juez. No aguardes la embestida
del toro que es un hombre y cuya extraña
forma plural da horror a la maraña
de interminable piedra entretejida.
No existe. Nada esperes. Ni siquiera
en el negro crepúsculo la fiera.

"Laberinto", Borges[*]

[*] *Borges, Jorge Luis, "Elogio de la sombra", en* Obras completas. 1923-1972*, 14 ed., Emecé, Buenos Aires, 1984, pág. 986.*

I. Los alimentos en su laberinto

La situación de aquel que se pierde en el laberinto, que en su extravío ni siquiera puede albergar la esperanza de torcer su destino, mucho se asemeja a la de niños, niñas y adolescentes que, aunque son beneficiarios de una cuota alimentaria establecida judicialmente, ven afectado su derecho por una gran cantidad de factores que, en la práctica, tornan casi imposible su cumplimiento efectivo.

La inflación, que en la economía de nuestro país es de carácter estructural, constituye uno de esos factores. Ciertamente, por el incremento generalizado y sostenido de los precios, los alimentos pierden poder adquisitivo y, por lo tanto, la satisfacción de las necesidades del alimentado es cada vez menor.

Frente a esta situación cotidiana, existe una corriente jurisprudencial que niega la posibilidad de utilización de mecanismos de reajuste de la cuota alimentaria. Sostiene, principalmente, la aplicación a las deudas alimentarias del art. 7 de la Ley N° 23.928 de "Convertibilidad del Austral" (modificada por Ley N° 25.561), que dispone que, en el caso de obligaciones de dar sumas de dinero, no se admite actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Desde este punto de partida, el objetivo de la investigación es profundizar en las tensiones existentes entre inflación y alimentos, utilizando como recurso metodológico el análisis de los fallos dictados en la materia por la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza. Se ha elegido este tribunal por su especialización en el derecho de las familias y por la relevancia de su competencia, ya que es la única alzada del fuero en un territorio que abarca casi toda la provincia, con excepción del sur mendocino.[1]

A los fines indicados, se intentará demostrar primero el carácter estructural de la inflación en la economía argentina. Luego, se hará referencia a la prohibición legal de reajuste de las deudas y al debate que se generó en torno a si resulta aplicable a la obligación alimentaria. A continuación, se analizarán las vinculaciones entre

[1] En los departamentos de San Rafael, Malargüe y General Alvear, la competencia de segunda instancia en cuestiones de familia ha sido atribuida a las cámaras de apelaciones en lo civil y comercial.

inflación y alimentos, a partir de la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, focalizando el estudio en la actualización de la cuota alimentaria frente al aumento del costo de vida. Por último, con una mirada eminentemente práctica, se expondrán las conclusiones a las que se arribe.

Resta decir que orienta la elaboración de este trabajo el anhelo de encontrar una salida al laberinto o, al menos, estrategias que la acerquen, para así poder mitigar el impacto de la inflación sobre los alimentos, que son el medio que el ordenamiento jurídico ofrece a los niños, niñas y adolescentes para que puedan hacer realidad su derecho a gozar de un nivel de vida adecuado, que les permita alcanzar un pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27 de la C.D.N.).

II. Inflación en la República Argentina

La inflación en nuestro país en un fenómeno estructural que aqueja al sistema económico desde hace más de siete décadas, como se puede observar en la siguiente tabla[2]:

[2] La tabla, que abarca el período comprendido entre los años 1945 y 2018 (hasta el mes de julio), ha sido realizada con una finalidad ilustrativa y no pretende ser un estudio estadístico preciso. Fuentes de los datos: 1945-2006: Rapoport, Mario, "Una revisión histórica de la inflación argentina y de sus causas" [en línea], en Vázquez Blanco, Juan Manuel y Franchina, Santiago (comp.), "Aportes de la Economía Política en el Bicentenario", Prometeo, Buenos Aires, 2011, pág. 16, cuadro N° 5: Crecimiento e inflación, disponible en: , acceso: 06/09/2018. El autor elabora los guarismos a partir de la serie histórica relevada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) .
2007-2010: Centro de Estudios para el Desarrollo Argentino (CENDA), "IPC-7 provincias" [en línea], disponible en: , acceso: 06/09/2018. A partir de enero del 2007, la veracidad de las estadísticas oficiales fue puesta seriamente en duda por la manipulación metodológica que sufrieron por parte del gobierno de turno. Por este motivo, distintos organismos y consultoras privados comenzaron a realizar su propio relevamiento de la inflación. Uno de ellos fue el CENDA, que para la elaboración de su índice tomó las mediciones del aumento del costo de vida realizadas por las direcciones provinciales de estadísticas en los aglomerados urbanos de Jujuy, Neuquén, Paraná, Rawson-Trelew, Salta, Santa Rosa y Viedma. En diciembre de 2011, los datos fueron eliminados del sitio web del CENDA, fecha en la cual

Cuadro 1: Evolución de la inflación en la Argentina desde 1945 a 2018

Año	Inflación (%)	Año	Inflación (%)	Año	Inflación (%)	Año	Inflación (%)
1945	19,9	1964	22,2	1983	433,7	2002	25,9
1946	17,6	1965	28,6	1984	688,0	2003	13,4
1947	13,6	1966	31,9	1985	385,4	2004	4,4
1948	13,1	1967	29,2	1986	81,9	2005	9,8
1949	31,0	1968	16,2	1987	174,8	2006	10,9
1950	15,6	1969	7,6	1988	387,7	2007	23,2
1951	36,7	1970	13,6	1989	3079,5	2008	20,1
1952	38,8	1971	34,7	1990	2314,0	2009	14,3
1953	4,0	1972	58,5	1991	84,0	2010	23,4
1954	3,8	1973	60,3	1992	17,5	2011	22,8
1955	12,3	1974	24,2	1993	7,4	2012	25,6
1956	13,4	1975	182,8	1994	3,9	2013	28,3
1957	27,7	1976	444,1	1995	1,6	2014	38,5
1958	22,5	1977	176,0	1996	0,1	2015	29,9
1959	113,7	1978	175,5	1997	0,3	2016	40,3
1960	27,3	1979	159,5	1998	0,7	2017	24,8
1961	13,5	1980	100,8	1999	-1,1	2018	19,6
1962	28,1	1981	164,7	2000	-0,9	-	-
1963	24,0	1982	343,3	2001	-1,1	-	-

Axel Kicillof, miembro del centro de estudios, ya se desempeñaba como viceministro de Economía de la Nación. Sin embargo, los informes estadísticos aún se pueden encontrar en algunos repositorios en línea.

2011-2016: Diputados Nacionales del Frente Renovador, GEN, Libres del Sur, Partido Justicialista y Partido Socialista, "IPC Congreso", en diario Ámbito Financiero, sección "Banco de Datos" [en línea], disponible en: , acceso: 06/09/2018. El índice se elaboró a partir del promedio de los aumentos de precios calculados por las consultoras privadas.

2017: INDEC, "Informes técnicos. Índices de precios. Índice de precios al consumidor (IPC)" [en línea], vol. 2 N° 3 (Informes técnicos), vol. 2 N° 1 (Índices de precios), diciembre 2017, disponible en: , acceso: 06/09/2018. Recién en junio de 2016, nuestro país retomó la normalidad estadística, siendo 2017 el primer año en el que se contó con información oficial segura sobre la inflación anual.

2018 (julio): INDEC, "Informes técnicos. Índices de precios. Índice de precios al consumidor (IPC)" [en línea], vol. 2 N° 151 (Informes técnicos), vol. 2 N° 25 (Índices de precios), julio 2018, disponible en: , acceso: 06/09/2018

Una interesante nota periodística que relaciona la inflación con las presidencias desde 1943 a la actualidad, publicada en diario Infobae el 16/07/2018

Efectivamente, "desde hace 70 años, con la excepción del período 1992-2001, la inflación se constituyó en una enfermedad endémica de nuestra economía. En los sesenta años en que la hemos padecido, excluyendo los de la convertibilidad, hubo solo cuatro años en los que no alcanzó el 10 %, pero en trece oportunidades fue de tres dígitos o más. Padecimos dos episodios hiperinflacionarios: el primero a mediados de 1989 y el segundo, muy cercano, a comienzos de 1990. La Argentina no tiene el récord del mayor pico hiperinflacionario de la historia. Es superada por Zimbabwe (2004-2009), Hungría (1944-1946), Alemania (1923-1924), Grecia (1943-1945) y China (1947-1949), pero ostenta el registro de mayor permanencia del fenómeno".[3]

A su vez, el aumento promedio del nivel general de precios en el período comprendido entre 1945-2017, excluyendo el brote hiperinflacionario de los años 1989 y 1990, alcanza el 72,81 % anual.

Al mes de julio de 2018, la inflación ha acumulado en el año una suba del 19,8 % y las proyecciones de su evolución no tienden a la baja, al menos para este año[4], por lo que el impacto negativo que posee sobre la capacidad de compra de los ingresos de la población -sobre todo de los sectores socioeconómicos más vulnerables- sigue a la orden del día.

Los alimentos no escapan al flagelo del incremento del costo de vida. Por tal motivo, la búsqueda desde el sistema jurídico de mecanismos que permitan mitigar la disminución de su poder adquisitivo es una necesidad de eminente actualidad, correspondiendo, en primer lugar, analizar las normas que rigen la cuestión y las interpretaciones judiciales que se han elaborado a partir de ellas.

[3] Solanet, Manuel A., "Historia y causas de la inflación en la Argentina" [en línea], comunicación en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 24/06/2015, pág. 5, disponible en: , acceso: 08/09/2018.

[4] "Los pronósticos anuales sugieren que se retomará la trayectoria desinflacionaria a partir del año próximo, siendo la expectativa de 40,3 % para 2018 (+8,5 p.p. respecto de la encuesta previa), 25,3 % para 2019 (+4,7 p.p.) y 18,9 % para 2020 (+3,9 p.p. que en el relevamiento anterior)" (BCRA, "Resultados del Relevamiento de Expectativas de Mercado (REM)" [en línea], agosto 2018, pág. 5, disponible en: , acceso: 08/09/2018.

III. La prohibición de la actualización de la obligación alimentaria

3.1. Panorama legal

A lo largo de la historia económica argentina, se ha recurrido a distintos mecanismos para reducir y, en lo posible, eliminar, la inflación.[5] Uno de ellos fue la Ley N° 23.298 de "Convertibilidad del Austral" (sancionada el 27 de marzo de 1991), tras la producción de la hiperinflación de los años 1989 y 1990.

Con la finalidad de atacar de raíz las causas de la inflación, en la Ley N° 23.928 se plasmaron medidas económicas[6], modificaciones al Código Civil[7] y, en particular, en su art. 7, se adoptó un nominalismo rígido (el deudor cancela su deuda entregando la cantidad nominalmente expresada en el título de la obligación) y se prohibieron la actualización monetaria, la indexación por precios o variación de costos y cualquier otro mecanismo de repotenciación de deudas.

---

[5] Aún resuenan en la memoria las palabras de Adolfo Canitrot, viceministro de Economía del presidente Alfonsín: "Yo soy monetarista, estructuralista y todo lo que sea necesario para bajar la inflación, y si hay que recurrir a la macumba, también".

[6] Mediante la Ley de Convertibilidad, se fijó el tipo de cambio en una relación de diez mil australes por un dólar estadounidense. Cuando el austral fue remplazado por el peso, con una eliminación de cuatro ceros del valor de la moneda, se estableció una paridad de un peso por un dólar. Se impuso al Banco Central la obligación de vender dólares en ese valor cada vez que le fuera requerido y de sacar de circulación los australes (pesos) que así ingresaran. Se dispuso que las reservas de libre disponibilidad debían respaldar en todo momento el cien por cien de la base monetaria (dinero circulante más depósitos bancarios a la vista); dicho de otro modo, la emisión de moneda nacional quedó atada a la existencia de divisas en las arcas del Banco Central que la sustentaran (en una relación de uno a uno). Se trató, en síntesis, de poner coto a la impresión de billetes como medio para cubrir el cada vez mayor déficit presupuestario estatal, principal causa de la inflación en la Argentina.

[7] Se admitió la capitalización de intereses (art. 623 del C.C.) y se caracterizó a la obligación contraída en moneda extranjera como de dar sumas de dinero (art. 617 del C.C.), la que se cumplía entregándose a su vencimiento la cantidad y calidad de moneda pactada (art. 619 del C.C.).

Con el tiempo, la Ley de Convertibilidad sufrió modificaciones importantes. La Ley N° 25.561 de "Emergencia pública y reforma del régimen cambiario" (sancionada el 6 de enero de 2002), que puso fin a la convertibilidad cambiaria, derogó seis de sus trece artículos y modificó otros dos. La Ley N° 26.739 (sancionada el 27 de marzo de 2012), que introdujo modificaciones al régimen legal del Banco Central de la República Argentina, derogó dos artículos más y modifico uno. Finalmente, las reformas introducidas al Código Civil fueron abrogadas por la Ley N° 26.944 de aprobación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

De esta forma, la Ley N° 23.928 perdió el carácter de herramienta integral de lucha contra la inflación; solo subsistiendo algunas disposiciones aisladas, entre ellas el art. 7, cuya redacción fue modificada por el art. 4 de la Ley N° 25.561, que dice: "El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso, se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto".

3.2. Los alimentos: ¿deuda dineraria o de valor?

En este contexto, ya con la redacción original del art. 7, el interrogante que se generó en la doctrina y la jurisprudencia fue si las obligaciones alimentarias se veían comprendidas en la prohibición de actualización. El debate giró en torno a si los alimentos eran una obligación dineraria o de valor.

La diferencia entre la obligación dineraria y la de valor radica en que el objeto de la primera es, desde su nacimiento y hasta su extinción, la entrega de una suma determinada de dinero (por ejemplo, el canon en la locación) y, en cambio, el de la segunda, una utilidad económica, un valor abstracto, que solo en ocasión

del cumplimiento -o al de la liquidación, según entiende parte de la doctrina- se traducirá en un monto cierto (por ejemplo, la indemnización de un daño).

> *"Se afirma que la obligación es dineraria cuando desde su mismo nacimiento tiene por objeto un monto determinado de dinero. Se debe dinero y se paga con dinero. El dinero está in obligatione (porque es lo que se debe) e in solutione (porque con él paga la deuda)".*[8] *En el caso de las deudas de valor, "el dinero no aparece […] in obligatione (lo debido no es dinero, sino un valor), sino in solutione (dicho valor debe traducirse en dinero y pagarse en dinero). Se debe un valor pero se paga en dinero".*[9]

La consecuencia de clasificar a la obligación alimentaria en una u otra categoría es que, si es dineraria -lo que supone que tiene por objeto dar una suma determinada de pesos- queda alcanzada por la prohibición de reajuste del art. 7, en tanto que, si es de valor, no, pudiendo ser actualizada frente al incremento de la inflación.

La jurisprudencia ha brindado respuestas dispares a la cuestión.[10] En particular, en el año 1995, cuando la economía atravesaba un período de franca disminución de la inflación, alcanzando valores de un dígito desde 1993 como consecuencia de la aplicación de la ley de Convertibilidad, existió un punto de inflexión en

[8] Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Hammurabi, Buenos Aires, 2004, T. I, pág. 372.

[9] Pizarro y Vallespinos, ob. cit., pág. 372.

[10] Así, a modo de ejemplo, las Salas A, B, C y E de la Cámara Nacional Civil, sostuvieron la improcedencia de la actualización de la obligación alimentaria luego de la sanción de la Ley de Convertibilidad con fundamento en que, si bien la norma no era aplicable a las deudas de valor, sí lo era a partir de que su prestación se cuantificaba en dinero, oportunidad que adquirían carácter dinerario (C.N.Civ., Sala A., 27/08/1993, L.L. 1993-E-545; Sala B, 26/08/1992, J.A. 1993-III-394, Sala C, 04/06/92, J.A. l993-II-297; y Sala E, 26/04/1993, J.A. 1993-IV-299); en cambio, las Salas F, G, J y K entendieron, con distintos argumentos, que no correspondía incluir los alimentos en la prohibición de reajuste (C.N.Civ., Sala F, 28/10/1993, L.L. l994-B-480; Sala G, 02/06/1993, J.A. l994-IV-139; Sala J, 08/07/1993, J.A. l994-II-279; y Sala K, 25/06/1993, J.A. l994-II-243).

el debate. La Cámara Nacional Civil en fallo plenario se inclinó, por mayoría, por considerar que las obligaciones alimentarias debían ser catalogadas como dinerarias y no de valor -al menos desde su cuantificación- y, en consecuencia, que quedaban comprendidas dentro de la prohibición de utilización de mecanismos de indexación.[11]

Tras la crisis política, social y económica del año 2001, con el retorno de índices crecientes de alza de los precios, la jurisprudencia parece haberse volcado a la posición contraria.[12] En este sentido, Salido, Blanco y Pérez afirman que la corriente que sostiene que la obligación alimentaria es una deuda de valor es casi unánime.[13]

[11] C.N.Civ., en pleno, 28/02/1995, "D.B. de Q., L. del V. c/Q., C.E.", E.D. 162, 214, L.L. 1995-B-487, y J.A 1995-II-49. Resulta interesante preguntarse en qué medida la decisión plenaria no se vincula más con cuestiones cercanas al acompañamiento de una política económica que con razones de índole jurídica. En efecto, en el voto de la mayoría se dijo: "Aunque el ritmo inflacionario no se ha detenido en términos absolutos en los últimos meses, su nivel ha disminuido en comparación con épocas anteriores caracterizadas por los desmesurados índices oficiales, indicadores de un ritmo inflacionario creciente y bruscas fluctuaciones del valor del signo monetario. Pero este cambio de circunstancias no conduce necesariamente a negar la existencia del impedimento legal, sino a volver al sistema previsto en el art. 650 CPr., mediante el mecanismo del incidente de aumento de cuota alimentaria […]".

[12] Es que, en definitiva, como bien sostienen Pizarro y Vallespinos, la distinción entre deudas dinerarias y de valor no es ontológica, sino que se trata de un medio técnico al que los juristas apelan para superar situaciones injustas originadas por la vigencia del nominalismo en periodos de alta inflación (cfr. Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Hammurabi, Buenos Aires, 2004, T. I, pág. 374).

[13] Los autores realizan una enumeración de fallos que catalogan a la obligación alimentaria como deuda de valor, citando los siguientes: C.N.Civ., Sala F, 06/11/2006, L.L. 2006-F-815, AR/JUR/5317/2005; C.N.Civ., Sala I; L.L. 2005-B-215, AR/JUR/4195/2004; C.N.Civ., Sala F, 28/01/2004, AR/JUR/2156/2003. C.N.Civ., Sala E, 30/04/2009, L.L. 2009-C-220, D.J. 26/08/2009-2407; C.N.Civ., Sala E, 16/11/2006, L.L. 2006-F-819, AR/JUR/4518/2005; 2ª Cám. de Ap. en lo Civ., Com., Minas, Paz y Trib. de Mendoza; L.L. Online, AR/JUR/9558/2008; 2ª Cám. de Ap. en lo Civ., Com., Minas, Paz y Trib. de Mendoza, L.L. Gran Cuyo 2007,

3.3. El estado de la discusión tras la sanción del Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial dio recepción legal a las deudas de valor en su art. 372, que dice: "Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda". A su vez, agrega que, una vez cuantificado el valor, se aplicarán las disposiciones que regulan las obligaciones de dar dinero.
En el supuesto de los alimentos que los padres deben a sus hijos menores de veintiún años -hasta los veinticinco en el supuesto del hijo que se capacita, con ciertas limitaciones en cuanto a la extensión de la obligación- el art. 659 del Código dispone que tienen por finalidad satisfacer las necesidades del alimentado en lo atinente a manutención, habitación, vestimenta, gastos por enfermedad, asistencia, educación, esparcimiento y adquisición de una profesión u oficio.

A su vez, en lo relativo a los alimentos entre parientes, cuando el alimentado es una persona menor de edad, el art. 541 del mismo cuerpo legal establece que la obligación alimentaria abarca lo necesario para su subsistencia, habitación, vestuario, asistencia médica y educación.

En tanto, el legislador ha vinculado la prestación de la obligación alimentaria con la satisfacción de las necesidades del alimentado, delimitando con precisión los rubros que abarca en cada caso (alimentos derivados de la responsabilidad parental y del parentesco), se ha sostenido que el Código Civil y Comercial habría reafirmado el carácter de deuda de valor de los alimentos.[14]

AR/JUR/3137/2007; 2ª Cám. de Ap. en lo Civ., Com., Minas, Paz y Trib. de Mendoza, L.L. Online, AR/JUR/9089/2007; 2ª Cám. de Apelaciones en lo Civ, Com., Minas, Paz y Trib. de Mendoza, L.L. Online, AR/JUR/7983/2007; y Trib. Sup. de Justicia de La Rioja, L.L. Gran Cuyo 2006, AR/JUR/5168/2006 (Salido, Facundo, Blanco, Carlos y Pérez, Ramiro, "Pago. Forma y modalidades de pago", capítulo XIII, en Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel, "Alimentos", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, T. II, pág. 39, nota 4).

[14] Por ejemplo, Salido, Facundo, Blanco, Carlos y Pérez, Ramiro, "Pago. Forma y modalidades de pago" (capítulo XIII) en Kemelmajer de Car-

Este encuadre traería aparejado que el derecho alimentario de los niños, niñas y adolescentes goce de protección -al menos, en cierta medida- contra los embates de la inflación nuevamente creciente, ya que ser los alimentos una deuda de valor, no se verían alcanzados por la prohibición legal de aplicarles mecanismos de reajuste.

Sin embargo, el debate respecto de las vinculaciones entre inflación y alimentos y, en particular, sobre la posibilidad de su actualización, está lejos de apaciguarse, como se puede ver en los fallos dictados sobre el asunto por la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza.

IV. La jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza

El fenómeno inflacionario y su impacto en los alimentos han sido abordados en numerosos fallos por la alzada mendocina, los que se analizan a continuación.[15]

---

lucci, Aída y Molina de Juan, Mariel F., "Alimentos", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, T. II, pág. 91; Pitrau, Osvaldo y Córdoba, Lucila, "El cumplimiento en especie de la obligación alimentaria para los hijos y el plenario del año 1995" [en línea], en "Rev. Digital Pensamiento Civil", 01/08/2015, disponible en: , acceso: 17/09/2018; Cám. de Ap. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala II, 13/05/2015, Expediente N° 158.599, "D.L., D.C. c/B.G., R.C. s/incidente de alimentos", publicado en Thomson Reuters, Jurisprudencia del nuevo Código Civil y Comercial, disponible en: , acceso: 18/09/2018; Cám. 1ª de Ap. en lo Civ., Com., Minas, de Paz, Trib. y Flia. de San Rafael, 19/08/2015, Expediente N° 27.523, "F., M.C. c/K., M. p/alimentos provisorios-compulsa", R.C.C.yC., setiembre 2015, 102, L.L. Gran Cuyo 2015 (nov)-1129, AR/JUR/27854/2015; si bien indirectamente, 2° Cám. Ap. en lo Civ., Com., Minas, Paz y Trib. de Mendoza, 05/03/2018, Expediente N° 52.942, "P.M.C. c/ G.L. p/inc. aumento de cuota aliment.", sumario N° 6922, disponible en: , acceso: 18/09/2018.

[15] Se puede acceder al texto de todos los fallos citados a través del servicio de consulta de jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones Civiles y de Familia del Poder Judicial de Mendoza, disponible en: . Los decisorios referenciados lo son, claro está, sin perjuicio de otros que se pudieran haber dictado en la materia.

4.1. La inflación en la determinación de la cuota alimentaria

Se ha sostenido que la inflación es un elemento que debe ser tenido en cuenta, al fijar la cuota alimentaria (definitiva[16], provisoria[17] e incluso urgente[18]) y, fundamentalmente, al resolver sobre su aumento[19], atendiendo, en la mayoría de los casos, al último guarismo registrado antes de la resolución de segunda instancia.[20] En todos los supuestos, se ha considerado que el incremento del

[16] Cám. Ap. Flia. de Mendoza: 26/12/2016, Expediente N° 527/16, "C.E.L. por sus hijos menores L.I.M. y L.S.E. c/L.M.A. p/alimentos"; 07/02/2017, Expediente N° 358/15, "A.J.C. en representación de A.C. por la menor A.K.B. c/Z.V. p/ alimentos"; 05/10/2017, Expediente N° 763/16, "S. L. E. p/sus hijos menores c/M. L. A. p/alimentos"; y 25/06/2018, Expediente N° 269/17, "B. p/la menor B.J.L. c/B.J.A. p/alimentos".

[17] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 28/04/2014, Expediente N° 179/13, "C.R.S. por su hijo menor G.C.B. c/G.A.M. p/ alimentos provisorios".

[18] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 24/02/2016, Expediente N° 503/14, "F.Y.R C/A.F p/medida precautoria".

[19] Cám. Ap. Flia. de Mendoza: 18/06/2013, Expediente N° 921/11, "P.A.N. en autos N° 120.816 "B.G. y P.A. p/divorcio" c/B.G.A. p/inc. aumento cuota aliment."; 04/11/2013, Expediente N° 395/12, "T.P.S. en autos N° 1900/9/1F "T. c/S. p/alimentos" c/S.P.D. p/inc. aumento cuota aliment."; 13/05/2014, Expediente N° 729/13, "A.B.A. en autos N° 693 "A.B. y P.R. p/hom. conv. c/P.R.M." p/inc. aumento cuota alimentaria"; 02/06/2014, Expediente N° 814/13, "G.I.A. en autos N° 166.879 "G. y R. p/hom. conv." c/R.M.A. p/inc. aumento cuota alimentaria"; 18/11/2015, Expediente N° 323/15, "M.F.M.J. en autos N° 1152/11/4F "M. y P.B. p/div. pres. conj." c/P.B.W.A. p/inc. aumento cuota aliment."; 02/09/2016, Expediente N° 459/15, "T.E.M. en autos 1363/5F "T. c/D.C. p/inc." c/D.C.A.E. p/inc. aumento cuota aliment."; 11/10/2016, Expediente N° 648/15, "G.A.G. c/N.D.M. p/inc. de aumento de cuota alimentaria"; y 12/03/2018, Expediente N° 515/17, "G.G.C.M. en J° N° 17.231 "Z.A.M. y G.G.C.M. p/ hom. de convenio" p/incidentes (tramit. arts. 92, 93 y 94)".

[20] "Los jueces deben resolver los litigios de conformidad a los hechos existentes al momento de dictar la resolución, sin necesidad de pedimento de parte; por lo que deben tener en cuenta al sentenciar los hechos constitutivos, modificativos y/o extintivos sobrevinientes a la traba de la litis, que tengan relación directa e inmediata con la pretensión de fondo, siempre que con ello no se menoscabe el derecho de defensa de las partes" (Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 21/10/2013, Expediente N° 437/12, "C.M.E. c/O.GA. p/tenencia".

costo de vida es un hecho público y notorio que no necesita ser probado (cfr. arts. 181 ap. 2° del C.P.C. y 176 ap. 2° del C.P.C.C.yT., ambos de la provincia de Mendoza).

4.1.1. El costo de vida como única pauta de cuantificación

En general, se ha valorado que no corresponde efectuar distinciones entre el pago del retroactivo de los alimentos, por el período que va desde la interposición de la demanda hasta la sentencia, y la cuota que regirá desde esta última porque la ley procesal mendocina no contempla la posibilidad -lo que sí hace el art. 645 del C.P.C.C.N.- salvo que se configure una situación abusiva o irregular.[21]

Se juzgó que esa excepcionalidad se presentó en un caso[22] de aumento de cuota alimentaria, en el que entre el convenio originario y el planteo del incidente habían transcurrido solo seis meses y el juez fundó su fallo principalmente en el incremento del costo de vida, sin que se hubieran probado mayores necesidades de los alimentados durante el período. Por esas razones, la cuota se fijó equitativamente de modo que contemplara dos tramos: el primero, que iba desde la deducción de la demanda hasta la sentencia de grado, en función de la inflación acumulada entre la firma del convenio y ese decisorio; y el segundo, que abarcaba desde la sentencia de primera instancia en adelante, atendiendo a la variación del costo de vida entre el convenio y el último registro disponible al tiempo del dictado de la resolución de la Cámara.

Como se observa, la inflación jugó un rol decisivo para la cuantificación de los alimentos, pero no en favor del alimentado.

[21] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 30/07/2018, Expediente N° 56/18, "B.M. en autos 2277 "B.M. c/M.E. por alimentos" c/M.E.R. p/inc. aumento cuota aliment.".

[22] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 12/03/2018, Expediente N° 515/17, "G.G.C.M. en J° N° 17.231 "Z.A.M. y G.G.C.M. p/hom. de convenio" p/incidentes (tramit. arts. 92, 93 y 94)".

4.2. Prueba de las necesidades primordiales del alimentado y canasta básica

En cuanto a las necesidades básicas del alimentado, se ha dicho que no requieren ser probadas, dado que se presumen, bastando para su cuantificación el valor de la canasta básica alimentaria (CBA)[23] o total (CBT)[24], informados por los organismos estadísticos oficiales.

La CBA ha sido definida como el conjunto de bienes que satisfacen las necesidades nutricionales de las personas (alimentos propiamente dichos). La CBT representa los bienes y servicios que, en general, consume la población (alimentación, vestimenta, educación, transporte, salud, etc.). Se considera que, si los ingresos de un hogar están por debajo del valor de la CBA, es indigente y, si son inferiores a la CBT, pobre.[25]

De allí que resulta más acertado, en función del contenido de la obligación alimentaria (cfr. arts. 541 y 659 del C.C.C.), tomar como referencia para la determinación de su quantum el valor de la CBT.

---

[23] Cám. Ap. Flia. de Mendoza: 04/04/2016, Expediente N° 778/14, "G.L.C. c/G.V.M. p/alimentos provisorios" (voto en minoría y disidencia de la Dra. Estela Inés Politino); 07/02/2017, Expediente N° 358/15, "A.J.C. en representación de A.C. por la menor A.K.B. c/Z.V. p/alimentos"; 23/05/2017, Expediente N° 801/15, "G.H.L. en autos N° 1233/11/4F "G.H. c/C.R. p/alim." por inc. aumento cuota aliment."; y 05/10/2017, Expediente N° 763/16, "S. L. E. p/sus hijos menores c/M. L. A. p/alimentos".

[24] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 25/06/2018, Expediente N° 269/17, "B. p/la menor B.J.L. c/B.J.A. p/alimentos".

[25] En la provincia de Mendoza, estos datos son relevados por la Dirección de Estadísticas e Investigaciones Económicas (DEIE), dependiente del Ministerio de Economía, Infraestructura y Energía, Gobierno de Mendoza. Los informes del organismo, que son los que la Cámara de Apelaciones de Familia toma en cuenta en sus fallos, pueden ser compulsados en su sitio web: < http://www.deie.me ndoza.g ov.ar/#!/reposi torio-denov edades>.

4.3. Aplicación a los alimentos de la prohibición de actualización de las deudas

Se ha adherido a la posición que sostiene que los alimentos tienen carácter de deuda de valor, pero que una vez que se concreta su contenido en un monto de dinero por sentencia o convenio, se convierten en una deuda dineraria, aplicándose las reglas que regulan este tipo de obligaciones (por ejemplo, en cuanto al devengamiento de intereses y el pago).[26] Sobre esa base, se ha concluido que no resulta jurídicamente posible establecer mecanismos de reajuste automático a la cuota alimentaria establecida judicialmente o por acuerdo de partes por la existencia de normas que lo prohíben (Leyes N° 23.928 y 25.561).[27]

Los fundamentos de esta posición fueron desarrollados extensivamente en el precedente "Romero".[28] En el caso, el juez de grado hizo lugar al aumento de la cuota alimentaria (convenida en el año 1996) y la fijó en la suma resultante de actualizar el monto originario según el índice de precios del INDEC. La Cámara de Apelaciones rechazó de plano la posibilidad de aplicar mecanismos de reajuste y estableció la nueva cuota en una cantidad nominal de dinero.

En el fallo, tras hacer referencia a la división que existía sobre la cuestión en la jurisprudencia, se analizan los argumentos brindados por la Cámara Nacional Civil en el plenario del año 1995[29],

[26] Cám. Ap. Flia. de Mendoza: 16/12/2011, Expediente N° 453/11, "R.C.I. C/ O.O.O. p/alim. prov."; 10/10/2014, Expediente N° 380/14, "S.M.G. c/M.F.F.C. p/ejecución de sentencia"; y 13/12/2016, Expediente N° 147/16, "A.S.I. por los menores B.E. y A. c/B.I.A. p/ alimentos provisorios".

[27] Cám. Ap. Flia. de Mendoza: 04/11/2013, Expediente N° 395/12, "T.P.S. en autos n° 1900/9/1F "T. c/S. p/alimentos" c/S.P.D. p/inc. aumento cuota aliment."; 15/02/2016, Expediente N° 344/15, "A.S.V. C/W.O.L. p/alimentos"; 12/04/2017, Expediente N° 486/16, "R.C.S. c/F.H.A. p/alimentos"; y 06/09/2017, Expediente N° 20/17, "T. P. F. por sus hijos menores B.U.B. y B.L.D. c/B.R.G.A. p/alimentos".

[28] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 16/12/2011, Expediente N° 453/11, "R.C.I. C/O.O.O. p/alim. prov.".

[29] C.N.Civ., en pleno, 28/02/1995, "D.B. de Q., L. del V. c/Q., C.E.", E.D.

en el que se consideró que la prohibición de actualización de la Ley N° 23.928 resulta aplicable a los alimentos porque la norma tiene carácter de orden público y, aun cuando se sostuviera que son una deuda de valor, luego de su cuantificación en la sentencia, adquieren carácter dinerario y, desde ese momento, quedan comprendidos dentro de las disposiciones de la Ley de Convertibilidad.

Se deja sentado que se sigue el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "De la Cruz".[30] En ella, la Corte no dejó margen de duda respecto de la inclusión de las deudas alimentarias en la prohibición legal del reajuste. Los fundamentos fueron que la voluntad del legislador consistió en no dejar ninguna obligación fuera del marco de aplicación de la ley, por lo que a tales los fines resulta indiferente la distinción entre deudas de dinero y de valor, y que una vez que el objeto de estas últimas se ve concretado en una suma de dinero, rige, sin excepciones, la prohibición.

Se aclara que lo normado por el art. 4 del Decreto reglamentario N° 529/91, en tanto ordena que lo dispuesto en el art. 9 de la Ley N° 23.928 no alcanza a las deudas dinerarias derivadas de obligaciones laborales, dinerarias o previsionales, no constituye una excepción, sino que se trata de una limitación en la repotenciación, para algunos una especie de desagio, pero no una exclusión de los alcances de los arts. 7 y 10, que, además, no podría disponerse por vía reglamentaria.

Se explica, finalmente, que las modificaciones introducidas a la Ley N° 23.928 por la Ley N° 25.561 no afectan la prohibición de actualización de deudas, por lo que, frente al incremento del costo de vida, la única vía disponible para obtener el reajuste de la cuota alimentaria es la del incidente de aumento, lo que ha sido reconocido en diversos fallos.[31]

162, 214, L.L. 1995-B-487, J.A 1995-II-49.

[30] C.S.J.N., 30/11/93, "De la C. de S., A. M. c/S., A. J. s/divorcio 67 bis", J.A. l994-III-219, L.L. 1995-A-949.

[31] Se citan los siguientes: C.N.Civ., Sala J, 30/11/05, E.D. 216-251; Cám. Ap. Civ. y Com. de Azul, Sala II, 28/12/2009, L.L. Online AR/JUR/57506/2009; y C.N.Civ., Sala J, 12/11/2009, L. L. Online

4.3.1. Un caso excepcional

Se permitió la actualización de la obligación alimentaria en un único caso. En este, el juez de primera instancia había ordenado que la cuota se reajustara desde la sentencia y la actora apelante pretendía que se lo hiciera desde la interposición de la demanda.[32]

En esa oportunidad, por la aplicación del principio que impide modificar la resolución apelada, dejando en peor situación al recurrente que la resultante del pronunciamiento puesto en crisis (improcedencia de la reformatio in peius), se mantuvo la actualización automática ordenada por el magistrado. Sin embargo, expresamente se recordó el carácter dinerario de los alimentos a partir de su cuantificación y la veda legal a su repotenciación.

4.4. Alternativas para mantener actualizado el valor de la cuota alimentaria

4.4.1 Diversidad de opciones

Si bien se ha sostenido férreamente la imposibilidad jurídica de que los alimentos sean actualizados automáticamente por causa de la inflación y que las leyes que así lo disponen no son inconstitucionales; por lo que la única manera de obtener su incremento sería el incidente de aumento de la cuota, se ha dejado la puerta abierta a otras formas de actualización.

Específicamente, se dijo que: "[…] existen diversos mecanismos a los que es dable acudir para mantener estable el valor de la prestación consistentes, entre otros, en la fijación de una suma equivalente a un porcentaje de los ingresos del alimentante, el establecimiento de sumas fijas escalonadas variables en el tiempo e, incluso, la aplicación de métodos de modificación de la cuota que consulten elementos objetivos de ponderación de la realidad que arrojen un resultado razonable y sostenible, tal como la determinación cuantitativa de la prestación alimentaria [por] el salario

AR/JUR/46392/2009.

[32] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 13/12/2016, Expediente N° 147/16, "A.S.I. por los menores B.E. y A. c/B.I.A. p/alimentos provisorios".

mínimo, vital y móvil, traduciendo aquella a sueldos mínimos, vitales y móviles, sin que supere la cantidad reclamada en la demanda, con lo cual se permite contrarrestar el fenómeno inflacionario y evitar injustas distorsiones".[33]

Al permitir los mecanismos mencionados reducir los efectos negativos de la inflación sobre la cuota alimentaria, resulta importante analizarlos, aunque sea brevemente.

4.4.2. Prestación en especie

Se ha reconocido la posibilidad de establecer judicialmente, cuando las partes no lo hubieran convenido así, que el cumplimiento de la cuota alimentaria se podrá efectuar en especie o mediante pagos a terceros cuando existieran motivos serios y fundados que lo justifiquen y fuera conveniente para el alimentado.[34]

Pese a que la fijación de los alimentos en especie no se encuentra entre las formas de actualización mencionadas precedentemente, su inclusión se justifica porque, al cumplir el alimentante la obligación a su cargo, mediante la entrega de un bien determinado (mercadería, útiles, ropa, etc.) o el pago a un tercero (alquiler de la vivienda, cuota de la escuela, obra social o empresa medicina prepaga, etc.), por más que aumente su precio, el obligado siempre deberá entregar el mismo bien o servicio, por cuanto el incremento de la inflación no repercute sobre la cuota alimentaria así establecida.

[33] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 06/09/2017, Expediente N° 20/17, "T.P.F. por sus hijos menores B.U.B. y B.L.D. c/B.R.G.A. p/alimentos".

[34] Cám. Ap. Flia. de Mendoza: 07/06/2012, Expediente N° 755/11, "F.S.E. c/F.D.S. por alimentos provisorios. Medida cautelar"; 10/03/2014, Expediente N° 257/13, "V.A.V. por el menor C.V.T. y otra c/C.N.C. p/alimentos"; 16/02/2017, Expediente N° 518/16, "D.G.P. c/S.F.S. p/ejecución alimentos"; 27/03/2017, Expediente N° 846/16, "R.M.A. c/V.C.A. p/inc. aumento cuota aliment."; e, indirectamente, 19/03/2018, Expediente N° 286/17, "P.S. en autos N°: 698/2F caratulados: "T. c/P. p/alimentos c/T.S.E. P/ inc. aumento cuota aliment.".

4.4.3. Prestación dineraria en proporción a los ingresos del alimentante

Se ha señalado que resulta ventajoso fijar los alimentos en un porcentaje de los ingresos del alimentante, cuando tiene trabajo en relación de dependencia, porque la cuota va variando a medida que lo hace el sueldo.[35]

Al estar vinculado el incremento de las remuneraciones al del costo de vida, el alimentado ve aumentada la cuota en relación al mismo y el alimentante siempre abona una misma proporción de sus ganancias. Situación que redunda en una disminución de la litigiosidad -y los costos que genera- por no ser necesario recurrir al planteo de incidencias para lograr la actualización de los alimentos.

Como contrapartida, este modo de determinación de la prestación alimentaria requiere de un alimentante que posea ingresos estables y totalmente registrados, lo que acota considerablemente su margen de operatividad en una economía en la que existe un nivel de informalidad laboral cercano al 35 %.[36]

4.4.4. Sumas fijas escalonadas

Se ha permitido que se prevean incrementos sucesivos de la cuota alimentaria cada cierto de lapso de tiempo -es decir, que sean escalonados-, con fundamento en que la fijación del quantum de la cuota es una cuestión de hecho que queda librado al prudente criterio judicial.[37]

[35] Cám. Ap. Flia. de Mendoza: 25/10/2012, Expediente N° 867/11, "U.V.B. c/ A.C.A. p/inc. aumento cuota aliment."; 19/12/2016, Expediente N° 412/16, "S.E.C. en autos N° 2029/10 caratulados "B. c/S. p/div. vinc." c/B.W.J. p/inc. aumento cuota aliment."; y 19/03/2018, Expediente N° 286/17, "P.S. en autos N° 698/2F caratulados: "T. C/ P." p/alimentos" c/T.S.E. p/inc. aumento cuota aliment.".

[36] Cfr. con datos de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) elaborada por el INDEC.

[37] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 04/04/2017, Expediente N° 534/16, "B.E.B. en autos 44.768 "B.E.B. y G.G.P. p/h.c." c/G.G.P. p/inc. aum. cuota alim.".

Esta forma de actualización no afecta el mandato legal que prohíbe el uso de mecanismos de reajuste porque cada aumento se estipula en una cantidad nominal de dinero.

El problema su suscita cuando los incrementos, que se pautan en función de las expectativas inflacionarias, son superados por el crecimiento real de la inflación, lo que en la Argentina ha sucedido en reiteradas oportunidades.

4.4.5. La actualización de la cuota a través de un convenio de partes

El reajuste de los alimentos se podría obtener mediante su inclusión en un acuerdo homologado judicialmente porque las resoluciones homologatorias no han sido consideradas apelables[38], lo que vedaría el ingreso de la cuestión a la alzada. Empero, la improcedencia de este tipo de cláusulas se podría hacer valer por el alimentante en la ejecución de la sentencia.[39]

4.4.6. Cuota establecida con relación al salario mínimo, vital y móvil

Se ha dejado la puerta abierta a que los alimentos sean actualizados traduciéndolos a determinada cantidad de salarios mínimos, siempre que con ello, no se supere la suma reclamada en la demanda, con la finalidad de "… contrarrestar el fenómeno inflacionario y evitar injustas distorsiones".[40]

---

[38] Entre muchos otros: Cám. Ap. Flia. de Mendoza: 28/08/2012, Expediente N° 964/11, "D.B.M.R. y D.A.D. p/divorcio vinc. present. conjunta"; 05/06/2013, Expediente N° 356/13, "M.M.F. p/sus hijos menores c/S.V.M. p/ tenencia provisoria"; y 23/02/2018, Expediente N° 760/17, "R.M.C. c/F.C.A. p/divorcio unilateral (medida precautoria)".

[39] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 09/12/2013, Expediente N° 390/13, "R.N.C. c/R.O.S. p/ejecución de sentencia".

[40] Cám. Ap. Flia. de Mendoza: 04/04/2017, Expediente N° 534/16, "B.E.B. en autos 44.768 "B.E.B. y G.G.P. p/h. c." c/G.G.P. p/inc. aum. cuota alim"; y 06/09/2017, Expediente N° 20/17, "T.P.F. por sus hijos menores B.U.B. y B.L.D. c/B.R.G.A. p/alimentos".

No obstante, cabe advertir que la alternativa -que supondría una grieta en la monolítica postura del tribunal, en cuanto a la imposibilidad de reajustar la cuota alimentaria, mediante la aplicación de índices de actualización- solo es una referencia genérica realizada obiter dictum y no el fundamento de una decisión concreta en tal sentido.

Esto no podría ser de otra forma porque el salario mínimo, vital y móvil, de conformidad al art. 116 de la Ley N° 20.744 de Contrato de Trabajo, es la "[…] menor remuneración que debe percibir en efectivo el trabajador sin cargas de familia, en su jornada legal de trabajo, de modo que le asegure alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión". El aumento de estos rubros por la inflación es tenido especialmente en cuenta por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil para establecer su valor.

A lo que cabe agregar que en un caso[41] en el que el juez de primera instancia fijó la cuota en el 20 % del salario mínimo porque no se probaron los ingresos ni la actividad que desarrollaba el alimentante, la Cámara revocó la resolución y dispuso que la misma fuera equivalente al 35 % del sueldo del demandado. Se entendió que este porcentaje, que fue peticionado por la actora, fue tácitamente aceptado por el accionado porque se desglosó la contestación de la demanda (cfr. art. 168 inc. 1 del C.P.C.) y de los expedientes conexos, surgió que era efectivo de la Policía de Mendoza.

Resulta interesante resaltar que en el fallo se dijo que, de esa forma, también quedaba salvada la "complicada fórmula" usada por la juez de grado, considerada "de dudosa efectivización en la práctica y dificultoso control".

4.5.- Constitucionalidad del art. 7 de la Ley N° 23.928 (modificado por la Ley N° 25.561)

Se ha sostenido la constitucionalidad de la prohibición de la actualización de la deuda alimentaria.

[41] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 13/05/2014, Expediente N° 535/12, "V.F.L. por sus hijos menores O.G., O.B. y O.O. c/ O.D.A. p/alim."

Sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad solo resulta procedente, siempre que no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones, porque de ser así, se debe acudir a ella; en primer lugar, se ha dicho que de la improcedencia del reajuste de los alimentos "[…] no deriva perjuicio para los alimentados, ni se vulnera su derecho alimentario -consagrado como derecho humano por las convenciones internacionales- por cuanto existen diversos mecanismos a los que es dable acudir para mantener estable el valor de la prestación […]"[42], los que han sido analizados en el apartado anterior.

Asimismo, partiendo de que la norma cuestionada, debe ocasionar un perjuicio notorio y concreto a quien solicita la declaración de su inconstitucionalidad, se ha considerado que no cumple con estos requisitos la simple mención de la injusticia que ocasiona la aplicación de la Ley de Convertibilidad y su modificatoria, así como tampoco la cita de fallos que se expiden en contra de su constitucionalidad. Por el contrario, se ha exigido que los argumentos que se brinden demuestren en qué forma y en qué medida estas leyes violarían derechos constitucionales o convencionales en el caso concreto y cómo su reglamentación legal afectaría el principio de razonabilidad.[43]

Se ha fundado esta posición, además, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, siguiendo el dictamen de la Procuración General, ha considerado constitucional la aplicación de los arts. 7 de la Ley N° 23.928 y 4 de la Ley N° 25.561 a deudas de origen laboral.[44] En particular, la Procuradora ha dictaminado, citando precedentes de la Corte, que estas leyes establecen medidas de política económica antiinflacionaria, que escapan al control de constitucionalidad porque el criterio elegido por el legislador no está sujeto a revisión judicial.

[42] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 06/09/2017, Expediente N° 20/17, "T.P.F. por sus hijos menores B.U.B. y B.L.D. c/B. R.G.A. por alimentos".
[43] Cám. Ap. Flia. de Mendoza, 04/04/2017, Expediente N° 534/16, "B.E.B. en autos 44.768 "B.E B. y G.G.P. p/h. c." c/G.G.P. p/inc. aum. cuota alim.".
[44] C.S.J.N., 08/11/2016, Expediente N° 536/2013 (49-P)/CS1, "Puente, Olivera Mariano c/Tizado Patagonia Bienes Raíces del Sur SRL s/despido".

Al respecto, cabe recordar que los alimentos se vinculan directamente, en una relación de medio a fin, con otros derechos de los niños, niñas y adolescentes, como son los derechos a la alimentación, la salud, la educación, el acceso a la cultura, el esparcimiento...en definitiva, a tener una vida digna.[45] La relación es clara: su goce no se puede materializar sin los medios económicos que permitan adquirir los bienes y servicios que les brindan sustento en la realidad cotidiana, es decir, los alimentos.

De esta vinculación, surge patente que el derecho alimentario es un derecho humano. Es por ello que distintos instrumentos internacionales lo han receptado en sus cuerpos normativos: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25 inc. 1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11 inc. 1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXX), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art 28 inc. 1) y, especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27).

Por lo que, en la medida que la inflación afecta el poder adquisitivo de los alimentos, también lesiona el derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a gozar de un nivel de vida adecuado que permita su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27 de la C.D.N.) y, en consecuencia, las leyes que impiden la actualización de la cuota alimentaria, se le contraponen. Sucede que "del mismo modo que vulneran los derechos de los niños sus padres cuando incumplen la obligación alimentaria, lo hace el Estado cuando no asume la responsabilidad a la cual se comprometió, dado que, si bien los padres son los primeros obligados a criar y educar a sus hijos, el Estado debe tomar todas las medidas para asegurar el pago de los alimentos […]".[46]

---

[45] Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "el derecho a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna" (CIDH, caso "Niños de la calle", "Villagrán Morales y otros vs. Guatemala", 19/11/1999, fondo, serie C N° 63, párr. 144°).

[46] Molina de Juan, Mariel F., "El derecho alimentario de niños y adolescentes. La perspectiva de la Corte Federal argentina y su impacto en el

El argumento de que no habría lesión constitucional porque hay otros mecanismos para mantener estable el valor de la cuota alimentaria (cuota escalonada, fijación de la prestación en una proporción de los ingresos del alimentante, etc.) -a cuyas desventajas y limitaciones ya se ha hecho referencia- solo resulta operativo en los casos en los que su utilización resulta posible. En los demás supuestos, los alimentados solo podrán recurrir a la vía del incidente de aumento para mantener actualizados los alimentos frente al crecimiento de la inflación, lo que deriva en un incremento innecesario de la litigiosidad y de las demoras y los costos económicos que acarrea. Situación que pone nuevamente en duda la convencionalidad de esta solución.

V. Conclusiones o la búsqueda de una salida del laberinto

Luego del recorrido panorámico por los fallos de la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, en torno a las tensiones que se presentan entre inflación y alimentos de niños, niñas y adolescentes, así como a los criterios jurisprudenciales que la informan, se pueden formular algunas conclusiones:

a) La inflación -que se haya presente en la economía argentina desde hace más de setenta años y de la que no hay visos que se vaya a reducir a valores razonables, al menos en el mediano plazo- impacta negativamente en los alimentos, disminuyendo su poder adquisitivo y, en consecuencia, la satisfacción de las necesidades del alimentado.

b) Ante esta realidad, en el fuero de familia mendocino, del cual la Cámara de Apelaciones de Familia es el único tribunal de segunda instancia, la vía para obtener el aumento de la cuota alimentaria es el planteo del respectivo incidente, salvo algunos supuestos excepcionales.

c) Esta situación deriva de la férrea posición mantenida por la alzada, en relación a la improcedencia de la actualización de los

nuevo Código Civil y Comercial" [en línea], en Rev. Boliviana de Derecho, Nº 20, julio 2015, pág. 80, disponible en: , acceso: 14/09/2018.

alimentos por disponerlo así las Leyes N° 23.928 (art. 7) y N° 25.561 (art. 4).

d) El fundamento de la postura radica en considerar que, si bien la obligación alimentaria es una deuda de valor, luego de su cuantificación por sentencia o convenio, se transforma en una deuda dineraria y, a partir de ese momento, no existe duda alguna sobre que le resultan aplicables las disposiciones legales referidas.

e) No obstante, la inflación, catalogada como un hecho público y notorio que puede ser invocado por el juez, debe ser tenida en cuenta para establecer la cuota alimentaria, tomando como referencia el último guarismo oficial registrado antes del dictado de la resolución.

f) La determinación de las necesidades básicas del alimentado, que se presumen y no requieren ser probadas, se efectúa a partir del valor de la canasta básica. A tal fin, es recomendable recurrir a la canasta básica total (CBT), en vez de la canasta básica alimentaria (CBA), porque la primera abarca todos los rubros que comprenden los alimentos, en tanto la segunda, solo la alimentación propiamente dicha.

g) Dentro del marco delimitado por la jurisprudencia del tribunal, hay algunas alternativas para lograr el reajuste de la cuota alimentaria sin recurrir al incidente de aumento; estas son: el establecimiento del mecanismo de actualización por convenio de partes, la fijación de la prestación en especie, en una proporción de los ingresos del alimentante o en sumas fijas de incremento escalonado. Sin embargo, cada una de las opciones mencionadas presenta inconvenientes, por lo que habrá que valorar su utilización en cada caso concreto.

h) La posibilidad de fijar los alimentos en relación al salario mínimo, vital y móvil solo constituye un argumento genérico que el tribunal ha brindado obiter dictum y no el fundamento de una decisión en tal sentido. Pese a ello, es una alternativa a explorar ya que es la misma Cámara de Apelaciones quien dejado el resquicio abierto.

i) Si se optara por el planteo de la inconstitucionalidad de los arts. 7 de la Ley N° 23.928 y 4 de la Ley N° 25.561, se deberá fundar

en forma clara y precisa cuál es el perjuicio concreto que su aplicación ocasiona y señalar de qué forma y en qué medida se afectan derechos constitucionales o convencionales. De todos modos, la declaración de inconstitucionalidad solo procedería si en el caso no se puede optar por otros mecanismos que mantengan estable el valor de la cuota alimentaria.

j) En los demás supuestos, para lograr el incremento de los alimentos, solo se podrá recurrir a la vía del incidente de aumento de la cuota; lo que se traduce en un crecimiento innecesario de la litigiosidad y de las demoras y los costos económicos que trae aparejados.

k) Por este motivo, la imposibilidad de lograr la actualización de la cuota alimentaria, a través de medios más directos y expeditivos, afecta el derecho de los niños, niñas y adolescentes a gozar un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (art. 27 de la C.D.N.). En tanto, es un deber del Estado tomar medidas apropiadas para darle efectividad, la revisión de esta solución jurisprudencial resulta fuertemente recomendable.

"Es de hierro tu destino como tu juez"[47], recordaba Borges a aquellos que se extraviaban en el laberinto. Nunca más ciertas estas palabras que de cara a la situación de los niños, niñas y adolescentes que no encuentran en los operadores jurídicos respuestas rápidas y eficaces que les permitan contrarrestar la mengua de sus alimentos por la inflación creciente.

La salida del laberinto solo se podrá encontrar en los escalones superiores de la pirámide jurídica, es decir, en los tratados y convenciones internacionales que reconocen el derecho alimentario como un derecho humano, frente al cual ninguna ley o jurisprudencia tiene la última palabra. Es que, como decía Leopoldo Marechal: "en su noche toda mañana estriba: de todo laberinto se sale por arriba".[48]

---

[47] Borges, Jorge Luis, "Elogio de la sombra", en "Obras completas. 1923-1972", 14° ed., Emecé, Buenos Aires, 1984, pág. 986.

[48] Marechal, Leopoldo. "Laberinto de amor", Sur, Buenos Aires, 1936.

Bibliografía

- Banco Central de la República Argentina, "Resultados del Relevamiento de Expectativas de Mercado (REM)", agosto 2018, disponible en: , acceso: 08/09/2018.
- Belluscio, Claudio A., "La actualización directa de la cuota alimentaria", en "Revista Derecho de Familia y de las Personas", agosto 2018, AR/DOC/1415/2018.
- Bossert, Gustavo A., "Régimen jurídico de los alimentos. Cónyuges, hijos menores y parientes. Aspectos sustanciales y procesales", 2° ed., Astrea, Buenos Aires, 2004.
- Centro de Estudios para el Desarrollo Argentino (CENDA), "IPC-7 provincias", disponible en: , acceso: 06/09/2018.
- Diputados Nacionales del Frente Renovador, GEN, Libres del Sur y otros., "IPC Congreso", en diario Ámbito Financiero, sección "Banco de Datos", disponible en: , acceso: 06/09/2018.
- González, Mariana E., "Implicancia de las leyes de emergencia económica en las obligaciones alimentarias, ¿es viable su aplicación sin mayor hesitación?", en "Revista Derecho de Familia y de las Personas", 2014-III, AP/DOC/677/2014.
- INDEC, "Informes técnicos. Índices de precios. Índice de precios al consumidor (IPC)", vol. 2 n° 3 (Informes técnicos), Vol. 2 N° 1 (Índices de precios), diciembre 2017, disponible en: , acceso: 06/09/2018.
- –– "Informes técnicos. Índices de precios. Índice de precios al consumidor (IPC)", Vol. 2 N° 151 (Informes técnicos), Vol. 2 N° 25 (Índices de precios), julio 2018, disponible en: , acceso: 06/09/2018.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída y Molina de Juan, Mariel, "Alimentos", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014.
- Molina de Juan, Mariel F., "El derecho alimentario de niños y adolescentes. La perspectiva de la Corte Federal argentina y su impacto en el nuevo Código Civil y Comercial", en Rev. Boliviana de Derecho, Nº 20, julio 2015, pág. 80, disponible en: , acceso: 14/09/2018.
- Pitrau, Osvaldo y Córdoba, Lucila, "El cumplimiento en especie de la obligación alimentaria para los hijos y el plenario del año

1995", en "Rev. Digital Pensamiento Civil", 01/08/2015, disponible en: , acceso: 17/09/2018.

- Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, "Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones", Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- Rapoport, Mario, "Una revisión histórica de la inflación argentina y de sus causas", en Vázquez Blanco, Juan Manuel y Franchina, Santiago (comp.), "Aportes de la Economía Política en el Bicentenario", Prometeo, Buenos Aires, 2011, disponible en: , acceso: 06/09/2018).
- Solanet, Manuel A., "Historia y causas de la inflación en la Argentina", comunicación en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 24/06/2015, disponible en: , acceso: 08/09/2018.