

ANUARIO DE LA REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA

DR. PASCUAL E. ALFERILLO

DIRECTOR

REPÚBLICA ARGENTINA. TOMO II PARTE II. AÑO 2017



Anuario de la Revista jurídica región Cuyo, Argentina / Víctor Bazán ... [et al.] ; compilado por Pascual E. Alferillo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: IJ Editores, 2018. 382 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-4179-36-4

1. Derecho. 2. Anuario. I. Bazán, Víctor II. Alferillo, Pascual E., comp.

CDD 340

Se prohíbe la reproducción total o parcial
de esta obra sin la autorización expresa.

IJ International Legal Group

Coordinación Editorial: Sebastián Carvajal

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 PB, Cap. Fed.

CP: 1010

TE: 5276-8001

Impreso en Argentina

Derechos reservados por la ley 11.723

Índice

Autoridades	7
Derechos sociales, crisis económicas y dignidad humana VÍCTOR BAZÁN.....	9
Deformación del principio de división de poderes <i>La vigencia de la división de poderes</i> <i>Referencia al art. 29 de la Constitución Nacional</i> RAÚL EDUARDO BERTRÉS.....	59
Los caracteres de la licitación pública en la actualidad Breves nociones de la legislación nacional y de la Provincia de Mendoza Nociones doctrinarias y jurisprudenciales ABEL A. ALBARRACIN.....	77
El poder tributario en el régimen municipal de la Provincia de San Luis CRISTIAN ALTAVILLA.....	141
Análisis sobre los efectos jurídicos de la sentencia de restricción a la capacidad jurídica y de declaración de incapacidad jurídica según el CCyCN NADIA ANAHÍ TORDI.....	181
Reflexiones sobre la mora del acreedor y el pago por consignación PASCUAL E. ALFERILLO.....	209
El daño resarcible concepto y requisitos ERICA VON ZEDTWITZ.....	253

¿Función preventiva en los contratos?

JUAN CARLOS PANDIELLA MOLINA.....267

El principio de congruencia en el proceso penal

Situaciones particulares de la casuística y diferentes criterios; su relación con el acto de indagatoria o intimación durante la instrucción formal, investigación penal preparatoria o investigación fiscal. Tendencias legales

PABLO GUIDO PEÑASCO.....283

La reforma del art. 119 por la Ley N° 27.352

Cambio de paradigma

RUBÉN E. FIGARI.....315

Aplicación de los principios de la justicia terapéutica en competencia de los Juzgados de Paz con multifueros

ROXANA MARIELA ESPIN BRKIC.....343

Ley provincial para la prevención y sanción de la violencia en el ámbito familiar - N° 989 E

PABLO ORITJA.....365

La experiencia del expediente digital en el fuero laboral de la Provincia de San Luis

EUGENIA BONA.....375

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)

Derechos sociales, crisis económicas y dignidad humana

DR. VÍCTOR BAZÁN

I. Consideraciones previas

1. Intentaremos demostrar aquí que los derechos sociales no padecen una minusvalía jurídica y/o axiológica vis-à-vis los derechos civiles y políticos, ni son meros “derechos de papel”. Contrariamente a ello, las características de interdependencia y de mutuo refuerzo de los derechos humanos hacen que no exista jerarquía entre ellos y que todos sean exigibles, según sus particularidades, ante las autoridades estatales competentes. Es que a partir del carácter integral de los derechos, corresponde asumir y garantizar el carácter integral de su protección, independientemente de si se trata de derechos civiles y políticos o de derechos sociales. En el espacio latinoamericano nos parece innegable la fundamentalidad de estos últimos, muchos de los cuales funcionan como prerrequisitos para el ejercicio de no escasos ni irrelevantes derechos civiles y políticos. Precisamente en épocas de crisis financieras y/o económicas es cuando se visibiliza aún más la perentoria necesidad de robustecer la protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables.

2. Para transitar nuestro camino argumental, inicialmente enfocaremos la aparentemente imperecedera discusión doctrinaria “nutrida” de determinados prejuicios y pretendidas dificultades en torno a los fundamentos y la estructura de los derechos sociales.

Enseguida, apuntaremos a la juridicidad y la justiciabilidad de estos últimos, también conocidos como Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC).

Luego, partiendo de su condición de “fundamentalidad” al menos en el ámbito latinoamericano, se examinará el tópico de la fuerza que los DESC concentran como precondiciones para el goce de significativos Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo, también DCP).

Seguidamente, se aportarán algunas notas sobre la obligación estatal de garantizar la progresividad a los derechos sociales, deber que es preciso articular sincrónicamente con la prohibición de retrogradarlos injustificadamente. Asimismo, nos referiremos a la

justiciabilidad del quebrantamiento de la progresividad exigida o de la prohibición del dictado infundado de medidas regresivas en el área de las políticas públicas, añadiendo algunos breves comentarios sobre el control social y democrático de éstas.

De inmediato, se planteará la necesidad de que exista una férrea defensa de los contenidos esenciales de cada DESC en épocas críticas o tormentosas que pudieran ponerlos en jaque.

A efectos ilustrativos, tomaremos un caso testigo en el escenario colombiano acerca del marco de sostenibilidad fiscal y del incidente de impacto fiscal incorporados en fecha relativamente reciente a la Constitución de ese Estado y su vinculación con la protección de los derechos sociales.

Ofreceremos seguidamente ciertas consideraciones sobre la inescindible conexión de los DESC con la dignidad humana y el imprescindible resguardo de los contenidos mínimos de tales derechos.

Desandado el camino descrito, arribaremos al epílogo, el cual contendrá un puñado de apreciaciones conclusivas que se acoplarán a otras ya contenidas en el cuerpo de esta contribución.

II. Prejuicios y supuestas dificultades en torno a los fundamentos y la estructura de los derechos sociales

1. Preliminar

Inicialmente debemos reiterar que carecen de sustento y asidero las pretendidas diferencias estructurales que, según se ha postulado desde algunos sectores doctrinarios, mediarían entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, que exigirían visualizarlos como categorías de derechos necesariamente diversas.

Desde nuestro punto de mira, no existen diferencias categoriales ni cualitativas entre sí.

2. *Desechando preconceptos*

Para recrear mediante formulaciones antinómicas algunas de tales supuestas disimilitudes orgánicas (que negamos) y otros preconceptos en torno a los derechos sociales (todos aquéllos con una pátina de anacronismo), mencionaremos las siguientes tres a simple modo de muestra, advirtiendo que en cada uno de los primeros enunciados hacemos referencia a los derechos civiles y políticos y en los segundos a los DESC: i) derechos perfectos vs. derechos imperfectos; ii) derechos que sólo demandan del Estado una conducta de abstención vs. derechos que reclaman acciones positivas; y iii) derechos que no requieren erogaciones del Estado vs. derechos prestacionales.

Como puede suponerse, las categorizaciones diferenciales que se han empleado son muy numerosas y aquí nos hemos limitado a enunciar ilustrativamente algunas de ellas. Ninguna es consistente ni decisiva.

A) En cuanto a la primera, si la presunta imperfección o debilidad intrínseca se conecta con inconsistencias estructurales de los DESC que los tornan insusceptibles de ser reclamados judicialmente, siempre existe al menos una faceta de exigibilidad judicial del derecho en cuestión para evitar que se diluya su núcleo elemental.

Desde luego, con ser importante la vía procesal para procurar la tutela de los DESC ella no es la única opción tuitiva. Por último, ontológicamente los derechos sociales son tan derechos como los civiles y políticos, reconducibles ambos en última instancia a la dignidad humana que es sólo una también.

B) Del mismo modo, carece de fundamento predicar que solamente los DESC requerirían acciones positivas de parte del Estado, pues los civiles y políticos también las demandan ya que, de lo contrario, bastaría una mera inacción estatal (abstención) para que éstos quedaran abastecidos, lo que lejos está de ser razonable y suficiente vis-à-vis las crecientes exigencias del Estado Consti-

tucional y Convencional y los propios compromisos internacionalmente asumidos por los países.

C) En punto a la tercera cuestión, ligada a la segunda, comenzaremos con un ejemplo asociado por antonomasia a los derechos civiles: la efectividad del derecho a la vida.

Como ha puesto en evidencia Ansuátegui Roig, la eficacia protectoria de tal derecho no sólo exige la ausencia de agresiones, sino que requiere “la puesta en marcha de dimensiones prestacionales que tiene[n] que ver con la articulación de un sistema de seguridad pública y con la articulación de cuerpos y fuerzas de seguridad”.

De su lado, por lo que toca a los derechos sociales, no todos ellos demandan prestaciones positivas. Piénsese, por ejemplo, en los casos de la libertad sindical o el derecho de huelga.

Resumiendo, los tipos de derechos civiles y políticos, de una parte, y de DESC por la otra, no son respectivamente intercambiables por los de derechos de abstención y derechos de prestación. La cuestión es mucho menos lineal y ciertamente más compleja.

A esta altura de la indagación, cabría preguntarnos: ¿existen verdaderamente derechos gratuitos o de costo cero para el Estado? La respuesta no puede ser sino negativa.

Es claro que los derechos civiles y políticos también demandan prestaciones. Imaginemos por ejemplo, respecto de los civiles, la necesidad de implementar (y mantener) una estructura policial para la seguridad ciudadana o un sistema de administración de justicia; o, ya acerca de los políticos, en la muy onerosa infraestructura electoral necesaria para canalizar el derecho al sufragio.

Como han afirmado Sunstein y Holmes, “[e]l costo de los derechos no sólo plantea cuestiones de transparencia y responsabilidad democrática en el proceso de asignación de recursos: también nos lleva inesperadamente al corazón de la teoría moral, a problemas de ética distributiva y de justicia distributiva”.

En síntesis, siguiendo a Hierro, la protección de los derechos siempre es, en todo caso, costosa. El sostenimiento y el desiderátum de fortalecimiento cualitativo de la democracia y la institucionalidad del Estado Constitucional, también lo son.

Y en esta dinámica de costos y prestaciones participan –en mayores o menores medida y tenor de exigencia– todos los derechos, con independencia de si son civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

A propósito de tal cuadro relacional entre democracia y derechos humanos básicos, y para cerrar este breve apartado, traemos a colación a Comanducci quien explica que en la versión de democracia de Bobbio (la democracia no sólo como método, sino también como ideal igualitario), de Ferrajoli y otros autores, “la democracia más allá de ser un procedimiento de toma de decisiones colectivas, es isonomía, es decir, igualdad en la distribución a todos de los derechos fundamentales (...): lo que no se puede decidir son violaciones a los derechos fundamentales; lo que se debe decidir es la implementación de los derechos fundamentales. La igualdad de todos en los derechos es (...) también un presupuesto de esta versión de la democracia” –cursivas del original–.

III. Los derechos sociales como lo que son: genuinos derechos

1. Universalidad de los derechos e integralidad de su protección

Aunque pueda resultar obvio, debe recalcar que los derechos económicos, sociales y culturales no son derechos “de segunda calidad” en comparación con los civiles y políticos.

Evidentemente, y como anticipábamos en el apartado anterior, no han faltado voces que califican a los primeros como derechos incompletos. A la luz del grado de evolución que hoy presenta el derecho internacional de los derechos humanos, una minusvaloración de ese talante resulta absolutamente injustificable.

Ya la Proclamación de Teherán, documento final de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Teherán, 13 de mayo de 1968), en su párrafo 13 determinaba: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecu-

ción de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social” –énfasis agregado–.

En su hora, la Resolución 32/130 aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (ONU) el 16 de diciembre de 1977 (luego de la entrada en vigor de los Pactos de DCP y de DESC de 1966), relativa a los “Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, decidió que el enfoque respecto de las cuestiones de derechos humanos debería tener en cuenta, entre otros conceptos, que “todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes” debiendo “prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los económicos, sociales y culturales”, estableciendo como prioridad la promoción de “la dignidad plena de la persona humana y el desarrollo y el bienestar de la sociedad” –remarcados añadidos –.

Por su parte, la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de universalidad, interdependencia, indivisibilidad e interrelación de los derechos humanos, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”. Coincidentemente, el párrafo 5 de dichas Declaración y Programa expresa: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” –énfasis nuestro–.

Así entonces y a partir del carácter integral de los derechos, es necesario asumir y garantizar el carácter integral de su protección, con independencia de si se trata de derechos civiles y políticos o de derechos económicos, sociales y culturales. En otras palabras, la repetida prédica acerca de la indivisibilidad de los derechos humanos se desustancializa si no se toma también en serio la indivisibilidad de sus medios de amparo y realización.

Lejos de existir diferencias categoriales o de fondo entre los DCP y los DESC, ambos se vigorizan recíprocamente. Sobre el punto, por ejemplo, la Declaración sobre el sexagésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución A/RES/63/116, de 10 de diciembre de 2008, determina: “Nosotros, los Estados Miembros de las Naciones Unidas, ... [r]eafirmamos nuestro compromiso con la realización plena de cada uno de los derechos humanos de todos, que son universales e indivisibles, están relacionados entre sí, son interdependientes y se refuerzan mutuamente” –subrayado adicionado–.

2. La juridicidad y la justiciabilidad de los DESC

Es igualmente preciso tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es consecuencia de que éstos sean derechos genuinos y por tanto cuenten con materialidad jurídica, y no que sean visualizados como meras expectativas, esperanzas o promesas desprovistas de anclaje real.

Como hipótesis de mínima, cabe admitir que los derechos sociales presentan alguna dimensión de justiciabilidad, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el contenido esencial del derecho en cuestión, punto éste que se perfila como un peculiar reto para el Estado Constitucional y Convencional y un bien entendido activismo judicial, es decir, una labor dinámica de la magistratura jurisdiccional comprometida con los principios y valores constitucionales, la lucha por la cabal protección de los derechos humanos tanto de fuente interna como de cuño internacional, la preservación de la institucionalidad democrática y la realización de la justicia social.

En línea con lo anticipado, se ubica la Observación General (O.G.) N° 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU –en adelante, también, Comité de DESC–, referida a ‘La aplicación interna del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]’, de 3 de diciembre de 1998. En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe, por definición, fuera del contexto de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los DCP] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que éste es el órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), instrumento internacional que no instituyó por se un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados Partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por los Estados Partes, el ECOSOC procedió a crear el Comité mediante la Resolución N° 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

Sobre el papel que ha jugado tal Comité, que es un órgano subsidiario del ECOSOC, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquél, que se reunió por primera vez en 1987.

Acerca de la protección de los DESC en el ámbito universal, debe resaltarse que uno de sus puntos débiles ha radicado tradicionalmente en la imposibilidad de presentar comunicaciones individuales ante el Comité de DESC. Sin embargo, ello ha tenido comienzo de solución (al menos desde su prefiguración normativa) con la adopción del Protocolo Facultativo al PIDESC, apro-

bado por unanimidad el 10 de diciembre de 2008, mediante Resolución A/RES/63/117 de la Asamblea General de la ONU.

Dicho Protocolo adquirió vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la ONU, en los términos del art. 18 del Protocolo. Ello ocurrió el 5 de mayo de 2013, con la ratificación correspondiente a Uruguay que la plasmó el 3 de febrero de ese año.

IV. Los derechos sociales como prerequisites para el disfrute de ciertos derechos civiles y políticos

1. La “precondicionalidad” de ciertos derechos sociales

La importancia y la fundamentalidad de los derechos sociales deberían estar fuera de discusión, al menos en Latinoamérica.

De hecho, muchos de ellos son prerequisites para el ejercicio de no pocos derechos civiles y políticos. Pensemos por ejemplo en derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, la educación, sin los cuales los derechos civiles y políticos serían poco más que simples palabras o sólo “derechos de papel”, tema al que regresaremos en el punto siguiente.

Como *mutatis mutandis* puntualiza Ferrajoli, “los derechos de libertad (...) son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información” —remarcado agregado—.

Desde otro ángulo (aunque con convergencias respecto de lo dicho en el párrafo anterior), Nino explica que todos los llamados

derechos sociales “deberían verse como derechos a priori, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”.

Por lo demás, coincidimos con Prieto Sanchís cuando se opone a la consistencia de la llamada teoría de los “dos mundos” con que a veces se ha querido describir al modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, de un lado se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, de otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir.

Añade que no es precisamente ésta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución como marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja y flexible, dado que la justicia y, sobre todo, la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales, y cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social.

2. Los derechos económicos, sociales y culturales no son, ni pueden ser, “derechos de papel”

En relación con los “derechos de papel”, y más allá de las referencias a la postura de Ferrajoli efectuadas supra –cuya perspectiva compartimos–, mencionaremos a continuación otras muestras autorales meramente ejemplificativas, de las que en ciertos aspectos discrepamos, pero que igualmente traemos a colación aquí para que la presentación de este tópico sea lo más abarcativa posible.

En ese sentido, Wellman distingue entre “derechos reales” y “derechos de papel”: “real rights” y “paper rights”. Sostiene, según

nuestra traducción del inglés: “Acepté la distinción entre derechos reales, derechos que son realmente reconocidos y garantizados por las instituciones jurídicas de una sociedad, y simplemente ‘derechos de papel’, derechos proclamados en instrumentos jurídicos pero ignorados en el funcionamiento del sistema legal” –cursivas agregadas–.

A su tiempo, Guastini se refiere a «‘verdaderos’ derechos y derechos ‘sobre el papel’». Los primeros son aquellos que satisfacen tres condiciones: i) son susceptibles de tutela jurisdiccional; ii) pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; y iii) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. Los derechos “sobre el papel”, o derechos ficticios, son los que no satisfacen alguna de esas condiciones. Tal autor mantiene que los derechos sociales (como los derechos morales) son derechos “sobre el papel” porque las disposiciones constitucionales que los confieren expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador, aunque éste –si bien tiene la obligación de promover unos fines determinados– no tiene ninguna obligación precisa en lo que respecta a los medios (un medio determinado, entre los muchos que podrían ser utilizados para obtener dichos fines), lo que es como decir que los derechos sociales poseen un contenido altamente indeterminado. Añade que aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de que el legislador no puede estar obligado a dictar leyes, o sea que la omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción –énfasis añadidos–.

Nos distanciamos de éstas y otras lecturas doctrinarias que ven a los DESC como “derechos de papel” o “derechos sobre el papel” sin ninguna posibilidad de ser justiciables, aunque desde luego entendemos las diferencias que en la materia median entre algunos marcos constitucionales europeos y los espacios normativos y jurisprudenciales latinoamericanos.

Adicionalmente, y en particular acerca de la posición del autor italiano aludido en último término en punto a la imposibilidad de superar una omisión inconstitucional legislativa en la materia, y

siempre teniendo en cuenta las disonancias jurídicas contextuales, por nuestra parte pensamos que al menos en el arco latinoamericano el órgano de justicia constitucional competente sí tiene a su alcance ciertas herramientas para salvar las pretericiones inconstitucionales e incluso inconventionales.

Es que, por una parte, la Constitución puede recibir agresiones activas u omisivas. En otras palabras, es susceptible de ser vulnerada por acción o por omisión, con lo cual quedan bloqueadas su supremacía y su fuerza normativa, fundamentos esenciales del control de constitucionalidad. Precisamente un modelo de control constitucional que sólo pudiera fiscalizar la constitucionalidad de productos normativos (leyes, decretos, ordenanzas, etc.) sería fragmentario e insuficiente.

De su lado, el deber que pesa sobre la justicia constitucional en punto a materializar el efecto útil de los tratados internacionales (sobre todo en materia de derechos humanos) y no contrariar su objeto y fin; la especial naturaleza que este tipo de instrumentos internacionales ostenta; el obligatorio cumplimiento de principios iusinternacionales sustanciales: *pacta sunt servanda*, *bona fide* e improcedencia de alegar disposiciones (u omisiones) de derecho interno para justificar el incumplimiento de los pactos internacionales (arts. 26, 31.1, 27 y ccds. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados); la concreta posibilidad de que un Estado pueda incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión; y fundamentalmente en el plano de América Latina, la obligación de los jueces y demás autoridades en cuanto a realizar control de convencionalidad por mandato jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); da cuerpo a un conglomerado de reglas, principios y valores de tal magnitud que a nuestro juicio habilita a los correspondientes órganos competentes de la justicia constitucional a ejercer control no sólo sobre las normas y prácticas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) sino también en torno a omisiones o inercias que impidan o mediaten la efectivización de dicho tratado internacional y, por extensión, del (de los) derecho(s) involucrado(s) en la cuestión.

Por lo demás y pese al riesgo de caer en repeticiones, no cabría por un lado predicar ampulosamente la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de [todos] los derechos humanos, y por el otro consentir que sólo los civiles y políticos sean exigibles y justiciables. Si los derechos humanos son integrales y universales, su protección también debe ser holística, con independencia de que se trate de DCP o de DESC.

V. Progresividad y proscripción de regresividad injustificada

1. *Lineamientos generales*

En tanto útil para enlazarlo argumentalmente con el asunto que anuncia el título de este apartado, vale insistir en que los caracteres esenciales de los derechos humanos llevan a dudar de la sustentabilidad jurídica de su división en “generaciones”.

No debería soslayarse que, bajo el pretexto de una escisión generacional de los derechos humanos, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los DESC, escudándose en la mentada progresividad de los mismos y la falta de disponibilidad de medios tangibles para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos –DCP– no legitima la denegación de otros –DESC– (ver, v. gr., la Declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por la Asamblea General de la ONU en la Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986), pues la pauta de indivisibilidad justamente proscribde de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros.

El Preámbulo de tal Declaración dice en su parte pertinente: “[...] considerando que todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes y que, a fin de fomentar el desarrollo, debería examinarse con la misma atención y urgencia la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y que, en consecuencia, la promoción, el respeto y el disfrute de ciertos

derechos humanos y libertades fundamentales no pueden justificar la denegación de otros derechos humanos y libertades fundamentales...” –remarcado nuestro–.

Tomando éstos y otros insumos como matriz de despegue y pensando a la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los derechos económicos, sociales y culturales hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos, debe superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) en cuanto a que tal progresividad es sólo simbólica, debiendo darse paso a una progresividad efectiva y real.

Semejante premisa debe conjugarse con la obligación de no regresividad injustificada por los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual –como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la Constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar regulaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población.

Vale recordar por ejemplo que en la O.G. N° 3 (‘La índole de las obligaciones de los Estados Partes [párr. 1, art. 2, PIDESC]’), de 14 de diciembre de 1990, el Comité de DESC ha puntualizado claramente que las medidas de carácter deliberadamente retroactivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (parte in fine del ap. 9).

Conviene acotar aquí que tanto el deber de progresividad como la proscripción de retroceso están basados en idéntica matriz normativa: el art. 2.1 del PIDESC y el art. 26 de la CADH.

De todas maneras, Courtis sostiene –creemos que atinadamente– que además de referirse a los DESC, la prohibición de regresividad también constituye, en principio, una obligación general de la CADH y es aplicable a todos los derechos consagrados en ésta, sustentando su aserto en los arts. 2 y 29, *ibid.*

La primera de tales normas determina que los Estados que no hayan garantizado legislativamente o a través de medidas de otro carácter el ejercicio de los derechos establecidos en la CADH tienen el deber de hacerlo, lo que implica a su vez la prohibición de medidas que deroguen o eliminen la legislación u otras disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos reconocidos en dicho Pacto. Para el autor citado, ello significa la consagración de la prohibición de regresividad normativa [tema que retomaremos], al menos en la medida en que esa regresión afecte las normas y disposiciones necesarias para el ejercicio de los derechos de la CADH.

Asimismo, con relación a las cláusulas interpretativas del art. 29, que recogen en gran medida el principio pro persona, el doctrinario aludido asevera que de ellas puede decirse genéricamente que prohíben un empleo regresivo de la CADH; puntualizando también –entre otras consideraciones– que esta Convención no puede ser excusa para empeorar las condiciones de goce de los derechos establecidos por el ordenamiento jurídico interno o por otros tratados internacionales de los que el país en cuestión sea parte.

2. Progresividad y “reserva de lo financieramente posible”

En el plano de las omisiones legislativas y frente al argumento que doctrinariamente se ofrece en punto a que los derechos sociales dependen de la “reserva de lo financieramente posible”, por lo que cualquier intento de control jurisdiccional en ese ámbito [sobre aquellas pretericiones] comportaría una inadmisibles intromisión en las competencias presupuestarias del legislador y un “vano intento de gestionar lo imposible”, Pisarello y De Cabo –a nuestro juicio, atinadamente– discrepan de semejante visión.

Al respecto, y en sintonía con el criterio que dejáramos expuesto supra, plantean que ni la distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales es tan tajante como parece, ni la “reserva de lo financieramente posible” puede tomarse como una realidad dada de antemano y como un argumento definitivo para la

completa desvinculación jurídica del legislador. Es que –agregan– cuando una omisión legislativa absoluta vulnera el contenido esencial de los derechos sociales constitucionales, el derecho de libre configuración de las políticas públicas cede frente al deber de probar que se están usando todos los medios disponibles y hasta el máximo de los recursos existentes para satisfacer los derechos en cuestión (ver art. 2 del PIDESC). Por fin, puntualizan que en una situación de explícita vulneración, los “límites financieros” no tienen por qué presumirse y la jurisdicción puede obligar al legislador a justificar su incumplimiento y, sin imponerle un único medio de reparación, exigirle que ponga en marcha alguno de los que se encuentran a su alcance.

Los puntos abordados conectan, como anticipábamos, con la aludida tesis del contenido esencial de los derechos fundamentales (Wesensgehalt según la terminología alemana) y con el principio de razonabilidad, cuya forma de ser percibido ha variado, pasando –en palabras de Zagrebelsky– de requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del Derecho.

Y es precisamente con el telón de fondo descrito que los jueces ordinarios y/o constitucionales en el contexto interno deberán asumir un rol equilibradamente activista para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado, pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales –mediante un prisma de inacción deferente– como latencia o inocuidad ‘sine die’ de las normas consagradoras de los DESC.

En relación con tal asunto, es evidente que el principio de progresividad y la “reserva de lo financieramente posible” en modo alguno pueden afectar la juridicidad ni la justiciabilidad de los DESC, que son auténticos derechos. En otras palabras, aquellas pautas no podrían [válidamente] dejarlos sin sustento materialmente jurídico ni despojarlos de su viabilidad jurisdiccional.

3. Justiciabilidad del incumplimiento de la progresividad exigida y/o de la inobservancia de la proscripción de dictado injustificado de medidas retrocesivas en materia de políticas públicas

Conviene recordar inicialmente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”.

Asimismo, en la importante sentencia recaída en el “Caso Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, la Corte IDH ha concluido que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate.

Sobre este tópico, tal como anticipáramos y tanto si no se cumpliera la mentada progresividad sustentable como si se incurriera en el dictado de regulaciones involutivas en el campo de los DESC, pesaría sobre el Estado la carga de la prueba para demostrar, respectivamente, la idoneidad dinamizadora y evolutiva de sus políticas públicas o la razonable justificación de las medidas de corte retrocesivo que hubiese adoptado. Más adelante retornaremos a este tema.

De manera coincidente, el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa ha sostenido que son los Estados quienes principalmente tienen que probar que las medidas de austeridad propuestas están en consonancia con sus obligaciones de derechos humanos. Para llegar a tal conclusión se asienta en: el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, órgano que en su período extraordinario de sesiones de 2009 afirmó que “las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades nacionales y de la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos” ; también en 2009, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) declaró que “la crisis económica no debe tener como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta [Social Europea]. Por lo tanto, los gobiernos están obligados a

adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos de la Carta estén garantizados de manera efectiva en aquellos períodos en que los beneficiarios necesitan mayor protección” ; y el citado Consejo de Derechos Humanos de la ONU, ya en 2012, acogió con beneplácito una nueva serie de principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos, que estipula que los gobiernos tienen la obligación de garantizar la primacía de los derechos humanos cuando toman decisiones sobre obtención y concesión de préstamos –en todos los casos los remarcados han sido añadidos–.

Se han distinguido dos nociones posibles de regresividad o bien dos campos de aplicación posible de la noción general de aquella:

i) regresividad de resultados: cuando la noción de regresividad se aplica a los resultados de una política pública. En ese sentido, la política pública desarrollada por el Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro. Esta aplicación de la noción de regresividad requiere indicadores o referencias empíricas; y

ii) regresividad normativa: cuando la noción de regresividad se aplica a normas jurídicas, es decir, se refiere a la extensión de los derechos concedidos por una norma. En este sentido –no empírico sino normativo– para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que ésta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior.

Adicionalmente vale traer a colación el aporte de Jimena Queda, para quien la implementación de políticas públicas debe ir de la mano de la efectividad jurídica de los derechos correspondientes, para evitar la impresión ciudadana según la cual debemos resignarnos a asumir despilfarro económico, irresponsabilidad jurídica e inexigibilidad jurídica.

4. Control social y democrático

Íntimamente relacionado con lo anterior, se observa que una genuina rendición de cuentas por parte de las autoridades públicas cumpliría en el particular un rol muy importante para que la sociedad civil estuviera en condiciones de controlar democráticamente el curso de la gestión pública y la razonabilidad del esquema de prioridades que el Estado maneja en materia de políticas públicas para la protección y la realización de los DESC.

Es que, como con contundencia y claridad ha asegurado la Corte IDH, “el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública, a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso”. El Tribunal ha añadido que “... [e]l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública...” –en ambos casos el énfasis ha sido agregado–.

Entendemos que Estado Constitucional y Convencional –por una parte– y responsabilidad –por la otra– son conceptos correlativos, lo que supone procurar una racionalización del poder que evite abusos y excesos, y obliga a que las autoridades públicas respondan por sus actos y omisiones en cumplimiento del compromiso ético, institucional y jurídico que asumen al ser electos. Justamente un axioma del Estado de Derecho es el sometimiento de todo el poder al Derecho, surgido de la Constitución y legitimado democráticamente.

En otras palabras, es sustancial la existencia de mecanismos de control vertical y horizontal, reconducibles –ejercicio de simplificación mediante– a una suerte de accountability, término se-

mánticamente próximo (aunque no totalmente intercambiable) a la expresión “rendición de cuentas”. No aludimos entonces a meras fiscalizaciones formales que sólo sirvan para adornar y aumentar la ya sobrepoblada estructura burocrática, sino a controles que funcionen en la realidad, que sean serios, transparentes e independientes de los órganos controlados; entramado en el que cada día se hace más evidente que el aporte suplementario que pueda brindar el control social o ciudadano de los asuntos públicos resulta provechoso para estimular la transparencia y aportar al fortalecimiento de la credibilidad de las instituciones públicas en un ámbito tan sensible como el de los DESC, intrínsecamente consustanciado con la dignidad de la persona humana.

En ese terreno, entes como las defensorías del pueblo (o la denominación que se le asigne al instituto en cada Estado) y las ONG de derechos humanos pueden y deben jugar un papel relevante en la supervisión de las políticas públicas y de las pautas de ajuste que hubiere adoptado el gobierno en cuestión durante tales épocas críticas, coadyuvando a evaluar sistemáticamente su repercusión real en el plano de los derechos esenciales de la población comprometida.

Por lo demás, y si las aludidas instituciones contasen con suficiente legitimación procesal podrían, *inter alia*, plantear ante los tribunales las pertinentes demandas por violaciones a los derechos humanos provocadas por las medidas de austeridad, o efectuar presentaciones en calidad de *amici curiae* acercando argumentos de hecho y derecho a los magistrados encargados de revisar jurisdiccionalmente las políticas fiscales, en orden a enriquecer cualitativamente el arsenal de elementos analíticos con que ellos cuentan a la hora de interpretar y aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos y los estándares forjados por los órganos jurisdiccionales y cuasijurisdiccionales de supervisión de tales cuerpos normativos iusinternacionales.

VI. Los derechos sociales y los límites a sus restricciones en épocas críticas

1. El Comité de DESC, las medidas deliberadamente retrocesivas y la carga de la prueba

Con acierto se ha puntualizado que en momentos de crisis, los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, sino que por el contrario tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos” –énfasis agregado–.

De hecho, el Comité de DESC ha insistido en este punto, más allá de la nombrada O.G. N° 3. Así, ejemplificativamente, ha mantenido tal criterio en las OO.GG. N° 13 (1999), párr. 45 ; N° 14 (2000), párr. 32 ; N° 15 (2002), párr. 19 ; N° 17 (2005), párr. 27; N° 18 (2005), párr. 21 ; N° 19 (2007), párr. 42 ; y N° 21 (2009), párr. 46.

En ese sentido, si tomáramos como muestra el párr. 42 de la O.G. N° 19, ha afirmado (las cursivas son agregadas): “Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto, en el contexto del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte”.

Convergentemente, en referencia a la crisis económica y financiera mundial de los últimos años y su impacto en España, se ha dicho que dicho contexto “es susceptible de ser sesgadamente utilizado por algunos para reducir un irreversible e insoslayable acervo jurídico nacional e internacional en materia de protección

de los derechos sociales. La crisis no debe constituir en absoluto un vano pretexto para la regresión, sino una gran oportunidad para afirmar progresivamente las conquistas sociales conseguidas” –énfasis añadido–, ya que “los derechos sociales no son más difíciles de articular jurídicamente que los demás derechos, ni tampoco resultan necesariamente más onerosos”.

Al analizar el quinto informe periódico de España sobre la aplicación del PIDESC, entre otras cuestiones, el Comité de DESC instó a dicho país a que, en virtud del principio de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos, adoptase las medidas legislativas pertinentes para garantizar a los DESC un nivel de protección análogo al que se aplica a los derechos civiles y políticos. Asimismo, le recomendó que tomara las medidas adecuadas para asegurar la plena justiciabilidad y aplicabilidad de todas las disposiciones del Pacto por los tribunales nacionales. Paralelamente, le recomendó garantizar que todas las medidas de austeridad adoptadas identificasen el contenido mínimo esencial de todos los derechos del Pacto, y tomar todas las medidas apropiadas para proteger este contenido esencial en cualquier circunstancia, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados.

Es importante subrayar que al establecer las recomendaciones sobre España en relación con el citado informe periódico de ese país, el Comité de DESC dirigió una carta abierta a todos los Estados Partes del PIDESC, donde planteó los criterios que las políticas de austeridad y otras políticas asumidas por los Estados en tiempos de crisis económica debían respetar para cumplir con las obligaciones derivadas de dicho Pacto. En síntesis, expuso que cualquier cambio o ajuste de política propuesto tiene que cumplir los siguientes requisitos:

1. debe ser una medida temporal que abarque sólo el período de la crisis;
2. debe ser necesaria y proporcionada, en el sentido de que la adopción de cualquier otra política, o la omisión de actuar, sería más perjudicial para los DESC;

3. no debe ser discriminatoria y comprende todas las medidas posibles, incluidas las medidas fiscales, para apoyar las transferencias sociales y mitigar las desigualdades que pueden crecer en tiempos de crisis y para garantizar que los derechos de las personas y grupos desfavorecidos y marginados no sean afectados de manera desproporcionada; y

4. debe identificar el contenido mínimo esencial de los derechos, o un piso de protección social, según lo desarrollado por la Organización Internacional del Trabajo, y asegurar la protección de este contenido básico en todo momento.

2. En torno a los grupos y personas en situación de vulnerabilidad

Justamente en épocas de dificultades y desequilibrios financieros y/o económicos es cuando se torna más ostensible la necesidad de acrecentar la protección de los derechos de los grupos y personas más frágiles e hiposuficientes, entre los que se cuentan (ejemplificativamente y en lo pertinente teniendo en cuenta la realidad de cada país) niños y niñas, mujeres, trabajadores migrantes, ancianos, personas con discapacidad, pobres e indigentes, desplazados forzosos, minorías, pueblos indígenas, poblaciones afrodescendientes, etcétera.

Los gobiernos deben evaluar prudente y sistemáticamente las derivaciones que las políticas presupuestarias, económicas y sociales que implementan en tiempos de austeridad y ajustes producen en sensibles materias como la igualdad, la no discriminación y los derechos fundamentales.

Es preciso tener en cuenta que las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados en la esfera de los DESC no son derogables e incluso su cumplimiento deviene más relevante precisamente en períodos críticos, para atemperar el rigor del nocivo impacto que éstos pueden provocar en las comunidades más postergadas.

Al respecto, de los aps. 10 a 12 de la citada O.G. N° 3 del Comité de DESC se desprenden ciertas circunstancias dignas de ser

enunciadas. Así, se verifica que: corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (ap. 10); si el PIDESC se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser (id. ap.); toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata, y que las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas (id. ap.); aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes (ap. 11); de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción (id. ap.); y aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo (ap. 12).

Mutatis mutandis, la Corte IDH ha sostenido que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos ; añadiendo que no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre.

VII. Acerca de la sostenibilidad fiscal y la protección de los derechos sociales

1. *Introito*

Desde luego que Colombia no es la única muestra que ofrece el derecho comparado en punto a la introducción por vía constitucional o legal del principio o criterio de la sostenibilidad fiscal.

Sólo lo tomamos aquí como caso testigo ante la relativamente reciente inclusión en su Constitución Política (CP) del llamado marco de sostenibilidad fiscal (SF) y la creación de un incidente de impacto fiscal (IIF), cuestiones respecto de las cuales nos detendremos para examinar cómo han funcionado hasta ahora y qué efectos producen o pueden producir en relación con la protección de los DESC.

Debe advertirse que la SF no es un tema nuevo en Colombia. Lo novedoso es su inclusión expresa en la CP, ya que hasta el momento en que ello ocurrió (Acto Legislativo N° 3 de 2011) las normas referidas al tema se habían instrumentado por medio de leyes.

2. *Innovación constitucional*

Como anticipáramos, en el contexto jurídico colombiano y por medio del Acto Legislativo N° 3 de 2011, se modificó el art. 334 de la CP. La nueva redacción de esta cláusula quedó configurada de la siguiente manera:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instru-

mento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

”El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

”La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”.

A continuación la norma presenta el siguiente “Parágrafo”:

“Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva” –en todos los casos las cursivas han sido agregadas–.

Asimismo, se reformaron los respectivos incisos primero del art. 339 y del art. 346 introduciendo sendas alusiones al marco de sostenibilidad fiscal.

En consecuencia, dicha innovación constitucional dio vida a dos institutos: i) El marco de sostenibilidad fiscal; y ii) el incidente de impacto fiscal.

La Ley 1.695 de 2013 desarrolló el procedimiento y los efectos de la resolución del IIF, determinando en su art. 3 –en relación con la competencia– que conocerá del incidente la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional [C.C.] o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado de la Alta Corporación que presentó la ponencia de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente.

A modo de aclaración, la expresión “Altas Cortes” hace referencia a los órganos aludidos en tal cláusula legal: Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura.

3. Jurisprudencia relevante de la Corte Constitucional sobre los institutos en cuestión

A) Cabe resaltar que ya antes del dictado de tal ley la C.C. se había pronunciado sobre el mentado incidente –también respecto de la SF– en dos importantes decisorios: las Sentencias C-288 de 2012 y C-1.052 de 2012, en las cuales identificó varios elementos que permiten evidenciar su contenido y alcances, a partir del análisis sistemático del art. 334 del Texto Superior con las demás normas constitucionales.

En la Sentencia C-288 de 2012, la C.C. sostuvo respecto de la SF que: es una herramienta necesaria para que los Estados mantengan una disciplina económica que evite la configuración o extensión en el tiempo de hipótesis de déficit fiscal, que pongan en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas. Se trata de un instrumento que busca regularizar la brecha existente entre ingresos y gastos, cuando la misma pueda afectar la salud financiera de un Estado y los compromisos que le asisten con miras a garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Cons-

titución; es uno de los condicionamientos que rigen la intervención del Estado en la economía, en tanto que su objetivo (mantener un equilibrio en la relación ingreso y gasto público), se adicionó a otros propósitos existentes y no reformados por el Acto Legislativo N° 3 de 2011, como son, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y la preservación de un ambiente sano; su objetivo constitucional es fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. No tiene el alcance de un derecho colectivo y menos aún de un principio constitucional, que deba ponderarse y optimizarse en relación con los demás principios previstos en la Carta; se le otorgó la calidad de criterio orientador, por virtud del cual su exigibilidad debe guiar a todas las ramas y órganos del poder público, en el ejercicio de sus competencias, dentro de un marco de colaboración armónica, lo cual –según el criterio de la C.C.– descarta la existencia de un carácter coactivo en la aplicación de la SF; se somete a una cláusula prohibitiva, conforme a la cual: “en cualquier caso el gasto público social será prioritario”, lo que implica la existencia de una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del citado componente del presupuesto nacional, el cual se concreta en la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, y la aplicación de la SF en la intervención del Estado en la economía; y la SF también opera en el ámbito presupuestal y de planeación, con miras a exigir que en la elaboración de los citados documentos que delimitan el quehacer de la hacienda pública, se preserven los objetivos que lo identifican y se guarde coherencia en el manejo de la política fiscal del Estado.

Por su parte, de la conjugación de las citadas Sentencias C-288 de 2012 y C-1.052 de 2012 pueden entresacarse algunos perfiles y aspectos del IIF, a saber: que la regulación sobre el IIF le corresponde al Congreso de la República, en ejercicio de su amplia potestad de configuración normativa. No obstante, como consecuencia de las pautas previstas en la Constitución, a dicha Corporación le corresponde establecer un procedimiento judicial *sui generis*, que

no puede ser subsumido por otro trámite judicial preexistente, lo que conduce a la posibilidad de que se prevean reglas particulares, específicas y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales; que la legitimación para promover el incidente corresponde exclusivamente a los Ministros del Gobierno y al Procurador General de la Nación, sin que se encuentren previstas cláusulas de delegación a otros servidores públicos; que en cuanto a su naturaleza jurídica, el IIF es consagrado como un espacio de interlocución entre los servidores públicos antes referidos y las Altas Cortes, en el que se les concede a los primeros la facultad de expresar las razones por las cuales consideran que los efectos de una sentencia omiten tener en cuenta el criterio de SF, carga argumentativa que en ningún caso puede trasladarse a los funcionarios judiciales. En otras palabras, se otorga al IIF un carácter netamente instrumental, por medio del cual se pretende que las Altas Corporaciones de Justicia, dentro de la órbita de sus competencias, puedan considerar, luego de adoptar su decisión, los efectos fiscales que pueda tener el cumplimiento de la misma y las invita a reflexionar sobre cómo lograr su observancia, en un contexto acorde con el criterio de SF; que en la medida en que el incidente corresponde a un trámite instrumental de contenido procesal, se encuentra sometido a los deberes que son exigibles para este tipo de actuaciones judiciales, en particular, la obligación de motivar las decisiones que se adopten, máxime si se opta por hacer uso de las opciones de modular, diferir o modificar los efectos del fallo correspondiente; que bajo la regla de que la SF es un criterio orientador, las autoridades judiciales no están obligadas a realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones ya que este análisis le corresponde a los Ministros del Gobierno o al Procurador General de la Nación cuando decidan promover el IIF; que el alcance del incidente se encuentra restringido a los efectos de la sentencia y no al contenido de la providencia en sí misma considerada, lo que implica que la decisión adoptada está protegida por la garantía de la cosa juzgada constitucional. Es en virtud de ello que el Acto Legislativo N° 3 de 2011 realiza una diferenciación entre la decisión adoptada en una sen-

tencia y sus efectos; que la posibilidad de modular, modificar o diferir en el tiempo los efectos de la sentencia tiene un carácter potestativo, por cuanto: i) la obligatoriedad está circunscrita al trámite del incidente; ii) la Alta Corporación puede decidir autónomamente si selecciona cualquiera de las opciones establecidas en la norma constitucional, lo cual no implica adoptar una decisión particular en algún sentido; y iii) se pueden mantener las órdenes emitidas desde el principio, en cuyo caso su decisión es de obligatorio cumplimiento; y que el IIF no puede despojar a las Altas Cortes de su labor de adoptar las decisiones a que haya lugar a la luz de la protección de los derechos de las personas.

B) Otro pronunciamiento que ofrece interés en relación con el tema que abordamos es la Sentencia C-870 de 2014, obviamente posterior a la nombrada Ley 1.695 de 2013 que desarrolló los aspectos procedimentales del IIF.

Entre otros tópicos, algunos de los cuales serán referenciados infra, la C.C. analizó las etapas procesales del IIF: arts. 5 a 12 de la nombrada Ley 1.695 de 2013: etapa de presentación: el incidente deberá formularse ante el magistrado de la Alta Corporación que actuó como ponente, dentro del término de ejecutoria del fallo. Una vez verificada su presentación en el plazo señalado, se concederá la apertura del IIF dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, mandato que pretende optimizar la regla constitucional, conforme a la cual es obligatorio el trámite del IIF. Por ello, si el mismo se presenta de forma extemporánea se procederá a su rechazo, decisión que es susceptible del recurso de reposición; etapa de sustentación: para ella se prevé un plazo de treinta (30) días. Si no se cumple con esta obligación, se declarará desierto. La sustentación del incidente debe dar cuenta de: i) las “posibles” consecuencias de la providencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas; ii) las condiciones específicas que explican dichas consecuencias; y iii) los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en ella, en un marco de SF. Asimismo, se exige que el incidente se acompañe con

un concepto del Ministro de Hacienda y Crédito Público; etapa de admisibilidad: se expresa en la posibilidad de adoptar las siguientes decisiones: admitir, inadmitir o rechazar el IIF. La admisión se decretará siempre que una vez presentado y sustentado el citado instrumento, se reúnan los requisitos señalados, mediante auto que no tendrá recursos; la inadmisión se dispondrá cuando no se cumplan las exigencias previstas en la ley, caso en el cual, en el auto respectivo, se incluirá una relación de los elementos que requieren mayor detalle, los que la Corporación correspondiente considere ausentes o la información que estime relevante, para que se aporten en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación; y el rechazo se ordenará cuando, habiendo sido inadmitido el incidente, se omitiere cumplir con la obligación de corregirlo en la oportunidad señalada; etapa de la audiencia de impacto fiscal: es obligatoria la asistencia de todas las partes, aunque sólo se exige: i) la explicación del solicitante sobre “las consecuencias de la sentencia o del auto que se profiera con posterioridad a la misma, en las finanzas públicas y el plan concreto para su cumplimiento”; y ii) la conceptualización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la materia; y etapa de decisión: dentro de los diez (10) días siguientes a la celebración de la audiencia, se adoptará la decisión sobre el incidente, en la que, con plena autonomía, las Altas Cortes deberán decidir si procede o no la pretensión de modular, modificar o diferir los efectos del fallo, sin que puedan cambiar su sentido, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

Asimismo pueden rescatarse otros elementos significativos del fallo que tratamos. Por ejemplo: que la intención del Constituyente de que la SF y, por ende, el IIF, debe ser siempre compatible con la protección de los derechos fundamentales, no sólo a partir de la vigencia de su núcleo esencial, sino desde una perspectiva integral referente a todo su contenido normativo, por lo que existe un expreso y manifiesto mandato de intangibilidad de las garantías constitucionales frente al alcance en general de la SF; que el IIF es un procedimiento establecido para abrir un espacio de diálogo y deliberación entre el Gobierno Nacional, el Procurador General

de la Nación y las Altas Cortes, con miras a determinar el impacto de los efectos de sus sentencias en la SF; que por su propia naturaleza, el IIF debe someterse a un proceso sui generis, en el que el legislador puede establecer reglas particulares y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales. Con todo, en el desarrollo de dicha atribución, se deben respetar los aspectos procedimentales expresamente definidos por el Constituyente, destacándose entre ellos: i) la distinción existente entre decisión y efectos de una sentencia, con miras a preservar la garantía de la cosa juzgada; ii) la carga de motivar toda decisión judicial, en especial cuando se hace uso de las alternativas de modular, modificar o diferir los efectos de un fallo; y iii) la imposibilidad de que el trámite del IIF menoscabe los derechos fundamentales, restrinja su alcance o niegue su protección efectiva, lo que en el fondo es una proyección de la cláusula prohibitiva referente a la garantía de los citados derechos frente a la SF. que las disposiciones acusadas de inconstitucionalidad que se refieren a la acción de tutela están sometidas a reserva de ley estatutaria, en los términos previstos en el literal 'a' del art. 152 de la CP, ya que a pesar de que el IIF responde a una naturaleza instrumental sometido a la cláusula prohibitiva de no poder menoscabar los derechos o negar su protección efectiva (art. 334 de la C.P.), su alcance tiene la potencialidad de incidir en los efectos de las decisiones adoptadas, lo cual puede afectar la operatividad de las órdenes de amparo, en perjuicio de la realización pronta y expedita de los derechos constitucionales fundamentales; y en definitiva, la C.C. decidió excluir la aplicación del procedimiento del IIF respecto de los juicios de amparo, motivo por el cual declaró su exequibilidad, en el entendido de que la regla de procedencia allí dispuesta respecto de dicho incidente no aplica en relación con las providencias proferidas en el marco de la acción de tutela.

El punto traído a colación en último término (no aplicabilidad del procedimiento del IIF a las acciones de tutela) aparece como uno de los más relevantes aspectos del decisorio en cuestión.

4. *Algunas opiniones críticas. Prospectiva*

Con respecto al funcionamiento del marco de SF y en particular del IIF y su relación con la protección de derechos sociales –tópico que es el que aquí interesa particularmente–, se ha dicho que efectivamente se corre el riesgo de erosión de los derechos sociales ya que nominal y normativamente, dicho incidente sí es una figura potencialmente restrictiva de tales derechos, en tanto impide el cumplimiento directo y efectivo de las sentencias judiciales (siendo que la observancia de los fallos es un componente del derecho al debido proceso), y paralelamente permite: i) modular el fallo atacado; ii) modificarlo; o iii) diferirlo.

Para Roa Roa, el IIF constituye una respuesta inadecuada para introducir la perspectiva económica en el razonamiento judicial porque implica un costo muy alto para la independencia y eficacia del sistema interno de protección de los derechos, causa una pérdida de oportunidad en el aporte del juez constitucional a la construcción de políticas públicas sostenibles y no representa ninguna ventaja para la construcción del Estado Social de Derecho. Además, su regulación en la Ley 1.695 de 2013, lo convierte en una herramienta idónea para la asunción de un modelo de dictadura fiscal que conducirá a la infra-aplicación judicial de la Constitución o al aumento de los conflictos entre los tribunales y el ejecutivo.

El autor citado en último término añade que el IIF es una herramienta que carece de carácter deliberativo, no se trata del único mecanismo para alcanzar la SF, fue aprobado sobre la base del mito del supuesto activismo judicial de la C.C. y tiene aspectos negativos sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales.

En definitiva, el IIF en cuestión (dentro del marco de la SF) ofrece algunas dudas y aparece prospectivamente como una incógnita si el propósito de racionalizar el impacto fiscal de las decisiones judiciales terminará o no afectando negativamente a las magnitudes protectivas de los derechos sociales, muchos de los cuales se encuentran estrechamente ligados a la dignidad de los componentes de los grupos más excluidos de la sociedad.

Asimismo, quedan abiertos algunos interrogantes no menores en torno a si la SF en general y el IIF en particular podrían menoscabar relevantes principios tuitivos de los DESC como el de progresividad y el de no regresividad injustificada.

Es también un enigma predecir si el IIF no engendrará fricciones institucionales entre la rama judicial y la rama ejecutiva, ya que para algunos autores el incidente deteriora la autonomía del poder judicial.

Ojalá que prime la prudencia y la racionalidad para evitar que el IIF se convierta en un severo obstáculo que impida o mediatice la efectividad de las sentencias en materia de derechos humanos. Ello implicaría entronizar una visión pura y fríamente fiscal y económica que, con la excusa de asegurar la sanidad de las finanzas o de paliar las insuficiencias presupuestarias, a modo de censor tendría la última palabra para disponer a voluntad la apertura o el cierre de la válvula que conduzca, respectivamente, a la protección o la desprotección de los DESC.

Un elemento indudablemente positivo perfilado por la C.C. en la Sentencia C-870 de 2014 consiste en la inaplicabilidad del IIF a las acciones de tutela, sometidas a reserva de ley estatutaria.

Asimismo, nos parece que en toda solución que hubiera de adoptarse en relación con los incidentes de impacto fiscal las Altas Cortes intervinientes en ellos deberían hacer gala de una prudente compenetración con las premisas fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos, como por ejemplo el crucial principio pro persona.

No debe olvidarse que los derechos fundamentales y la dignidad humana, consustancial a éstos, así como también la sana pervivencia del Estado Social de Derecho (principio fundamental que se dispara desde el propio artículo inaugural de la CP), están en juego y en serio riesgo. Este punto nos abre el camino hacia la cuestión que abordaremos a continuación.

VIII. Dignidad humana, contenidos esenciales de los derechos sociales y cuestiones conexas

1. *Mínimo vital y dignidad humana*

A) Es por medio de hechos y no de fraseología vana que debe garantizarse un mínimo vital intangible (“derecho a la supervivencia”, en la visión de Ferrajoli) en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Con miradas en cierta medida convergentes desde que apuntan a los límites a los poderes públicos –incluidos los de la mayoría– respecto de los derechos, aunque también con diferencias, Ferrajoli acuña el concepto de “esfera de lo no decidible”, Bobbio el de “territorio inviolable” y Garzón Valdés el de “coto vedado”.

Entre otras características de esa construcción teórica de Ferrajoli, la “esfera de lo no decidible” demarca un terreno blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un marco de deberes positivos. O sea, se trata de un territorio defendido por prohibiciones: límites de carácter negativo impuestos al legislador –lo que no puede ser decidido por éste– en garantía de los derechos de libertad; pero también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente impuestos al legislador –lo que debe ser decidido por éste– en garantía de los derechos sociales.

A su tiempo, Bobbio precisa: “Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de ‘inviolables’. Ahora bien, lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría (...). La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario” –énfasis agregado–. Según interpreta Bovero, entre otros derechos que integrarían ese “territorio –o frontera– inviolable”, deben incluirse a ciertos derechos sociales como precondi-

ciones de la democracia: el derecho a la instrucción (entendido como la educación del ciudadano) y el derecho a la subsistencia.

En su matriz de análisis Garzón Valdés se refiere al “coto vedado” o conjunto de valores últimos. En el fondo, éste exige cierto grado de homogeneidad social, esto es que, conjuntamente con derechos y libertades debe concurrir un determinado nivel de igualdad de bienes, recursos y servicios.

Al respecto, Cruz Parceró apunta que “ese mínimo de condiciones no es poco y lo que se consigue es una concepción de los derechos sociales como derechos humanos, es decir, como un tipo especial de derechos de la más alta jerarquía que deben de garantizarse para todos sin importar el estatus de ciudadanía que se tenga” –cursivas del original–.

B) Sin duda, existe un ligamen sumamente estrecho entre el mínimo vital o mínimo existencial y la dignidad humana.

Sobre el punto y al solo efecto ilustrativo, vale citar algunas manifestaciones jurisprudenciales de ciertos órganos máximos de justicia constitucional (la Corte Constitucional de Colombia y el Tribunal Constitucional Federal alemán o Bundesverfassungsgericht –BVerfGE–) en torno a aquel intenso vínculo al que referíamos.

En ese sentido, ya en un lejano pronunciamiento, concretamente la Sentencia T-426 de 1992, la C.C. señaló: “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario– es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución” –resaltado agregado–.

El mínimo vital es, en puridad, un derecho fundamental diseñado pretorianamente por la C.C., que en el particular exhibe una línea jurisprudencial evolutiva muy reveladora.

Para dicho Tribunal, el concepto de mínimo vital debe ser evaluado desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo (v. gr., Sentencia T-338 de 2001), verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana (por ejemplo, Sentencia T-581A de 2011).

En esa línea, el derecho al mínimo vital ha sido desarrollado jurisprudencialmente como un aspecto de naturaleza fundamental relacionado con la dignidad humana.

Así, la C.C. ha mantenido que justamente el principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado Social de Derecho, sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro que garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia (Sentencia T-458 de 1997).

De su lado, en un pronunciamiento no muy lejano en el tiempo (9 de febrero de 2010), el BVerfGE resolvió el caso llamado “Hartz IV”. Esta denominación (que en menor medida es también conocida como Arbeitslosengeld II, asignación para desempleados) responde al nombre de su autor, el economista Peter Hartz, y hace referencia a una discutible normativa en materia de subsidios sociales materializada en 2005, que el BVerfGE entendió que no resultaba transparente ni garantizaba el derecho a un mínimo de subsistencia digna, vulnerando de tal modo el art. 1.1 de la Ley Fundamental (Grundgesetz) en relación con el art. 20.1, *ibid.*, o sea, respectivamente, la intangibilidad de la dignidad humana y el Estado social. El Tribunal sostuvo que el derecho fundamental a la garantía de un mínimo vital que esté en consonancia con la dignidad humana en conexión con el principio del Estado social,

garantiza a cada persona en necesidad de asistencia las condiciones materiales indispensables para su existencia física y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Se ha dicho que la sentencia puede ser leída como (posiblemente) la primera conceptualización por un Tribunal Constitucional de un derecho fundamental socioeconómico a obtener beneficios legales estatales.

Por último, debe subrayarse que los derechos sociales buscan garantizar unas condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por todos sus titulares, paralelamente a que la elevación del mínimo existencial que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir.

2. Contenidos mínimos de los derechos económicos, sociales y culturales; principio de proporcionalidad y otras cuestiones

A) En líneas generales, con los matices que indicaremos y en mayor o menor medida, cada DESC cuenta con un contenido mínimo que actúa positivamente, pues debe ser aplicado inmediata y directamente; pero también opera negativamente como límite al legislador, en tanto éste no podría dictar medidas normativas que transgredan irrazonablemente dicho umbral esencial.

Cabe preguntarse si ese contenido mínimo es siempre fijo e inmutable. Pensamos que una visión que lo perciba como absolutamente rígido e inalterable no sería, precisamente, la más acertada. Al respecto, consideramos que el punto debe ser analizado según las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las características contextuales; y luego, a partir de la aplicación de instrumentos como el principio de proporcionalidad, procurar en la medida de lo posible robustecerlo cualitativamente de manera progresiva o al menos intentar que no se diluya con retrogradaciones injustificadas.

Según el análisis que efectúa Pisarello, “los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histórica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dado podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse básico o esencial y lo que, por el contrario, pueda reputarse adicional o accidental, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión” –cursivas del original–.

Gavara de Cara ha puntualizado que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, “la garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”.

La tesis alemana del “límite a los límites” (“Schranken-Schranke”) se refiere por ejemplo (y valga la tautología) a las restricciones que debe observar una ley limitativa de un derecho fundamental, por ejemplo, la preservación del contenido esencial y el principio de proporcionalidad.

Salvando las distancias, en cierto sentido dicha cuestión se asemeja a lo normatizado en el art. 28 de la Constitución argentina, que estatuye: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio” –remarcado nuestro–. En otras palabras,

los principios, garantías y derechos pueden ser reglamentados (he aquí un límite que marca que no son absolutos: su reglamentación), pero a su vez tal regulación del ejercicio de aquéllos no puede alterarlos o desnaturalizarlos, con lo cual se entroniza allí un límite a los límites.

Sánchez Gil, a quien seguiremos en esta parte de la exposición, manifiesta que la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el art. 19.2 de la Ley Fundamental alemana (y en el art. 53.1 de la Constitución española), para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*aushöhlen*) su contenido normativo.

En una simplificación máxima del problema, dos distintas teorías tratan de explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales: absoluta y relativa.

La primera (absoluta) imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos. Considera a la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos, y la sección circunferencial exterior como la parte accesorio o contingente de los mismos. Tal núcleo sería la parte intocable de éstos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita; mientras que en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas.

La segunda (relativa) entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido y fijo sino determinable sólo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.

El principio de proporcionalidad o razonabilidad se adscribe a esta última (teoría relativa) al establecer el “límite de los límites” de los derechos fundamentales en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias en que se relacionen los bienes jurídicos “colidentes” en ellos, oponiéndose a la teoría absoluta que distingue en ellos un núcleo intangible e inmutable en toda situación.

Para que una medida legislativa que intervenga un derecho fundamental sea lícita, el fin que se propone debe satisfacerse de manera equivalente o mayor al perjuicio que ocasiona a aquél. Por lo demás, la literatura jurídica –no sin matices– sostiene que el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad, como una relación de la concordanza práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar a la interpretación constitucional.

En esa línea se pronuncian, por ejemplo, autores de la talla de Alexy o Hesse.

B) Aunque en relación con otro aspecto, particularmente el del art. 21.1 de la CADH, que dispone que la ley puede subordinar el uso y goce de los bienes al interés social, pero en conexión con la dimensión comunal (o colectiva) indígena del derecho de propiedad, la Corte IDH ha especificado que “la necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, siendo insuficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. La proporcionalidad radica en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido” –remarcado añadido –.

De hecho, el Tribunal Interamericano ha sostenido que, cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia CADH y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

Es también útil evocar que el Comité de DESC ha expresado: “...Así como la comunidad internacional insiste en que todo Estado objeto de sanciones debe respetar los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, así también ese Estado y la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado” —énfasis agregado—.

El aludido Comité ha expresado también que la dignidad inherente a la persona humana, de la que se dice derivan los derechos del PIDESC, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos.

Asimismo, ha manifestado que los elementos del derecho al agua deben ser “adecuados” a la dignidad, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párr. 1 del art. 11 y el art. 12 del PIDESC.

En la misma línea se inscriben, por ejemplo, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de DESC (Protocolo de San Salvador), cuyo art. 5 titulado “Alcance de las restricciones y limitaciones”, reza: “Los Estados Partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”; y el art. 4 del PIDESC, que establece: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”.

Específicamente en torno a tal cláusula del PIDESC, y aunque se trate de manifestaciones de soft law, es significativo traer a colación los Principios de Limburgo relativos a la aplicación de tal

Pacto, que indican: en relación con limitaciones a los DESC, aquella disposición (art. 4, PIDESC) tenía como objetivo inicial la protección de los derechos de los individuos y no, en cambio, el de permitir la imposición de limitaciones por parte del Estado (Principio 46); además de que el propósito de dicha norma no era introducir limitaciones a los derechos relativos a la supervivencia del individuo ni a la integridad de la persona (Principio 47); con respecto a la expresión determinadas por ley, no se deberá limitar el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales a menos que así lo disponga la legislación nacional de aplicación general, consistente con los principios del Pacto y en vigor al momento de la aplicación de la limitación (Principio 48); las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales no deberán ser arbitrarias, insensatas, ni discriminatorias (Principio 49); todos los actos legales que limiten el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales deberán ser claros y accesibles para todos (Principio 50); y se deberá proporcionar todo tipo de salvaguardias adecuadas y recursos eficaces contra la imposición ilegal o abusiva de limitaciones a los DESC (Principio 51); en cuanto a promover el bienestar general, esta expresión supone que deberá reflejarse un incremento del bienestar del pueblo en su conjunto (Principio 52); en punto a la expresión “en una sociedad democrática”, la misma deberá interpretarse como una restricción adicional al establecimiento de limitaciones (Principio 53); el Estado que impone limitaciones debe demostrar que éstas no perjudican el funcionamiento democrático de la sociedad (Principio 54); y al no existir un modelo único de sociedad democrática, se considerará como tal a la sociedad que reconoce y respeta los derechos humanos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Principio 55); y acerca de que la restricción debe ser compatible con la naturaleza de esos derechos, el Principio 56 estipula que ello no deberá interpretarse o aplicarse si, por este proceder, se amenaza la esencia misma del derecho en cuestión, es decir –agregamos por nuestra parte– que no puede vulnerar el contenido esencial de tal derecho.

Por su parte, las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales también aportan consideraciones de utilidad respecto del tópico que examinamos. En tal sentido, la parte introductoria del Principio 14 establece: “Pueden producirse violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales por una acción directa del Estado o de otras entidades insuficientemente administradas por el Estado. Como ejemplos de tales violaciones cabe citar las siguientes”:

- a) la derogación o suspensión oficiales de las disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido;
- b) la denegación activa de estos derechos a individuos o grupos concretos por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza;
- c) el apoyo activo a medidas adoptadas por terceros que son incompatibles con los DESC;
- d) la adopción de disposiciones legislativas o de políticas que son manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas preexistentes relacionadas con estos derechos, salvo si ello se hace con el firme objetivo de acrecentar la igualdad y aumentar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales para los grupos más desvalidos;
- e) la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance de la garantía de este derecho;
- f) la obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo de un derecho garantizado por el Pacto, salvo en el caso de que el Estado actúe dentro de los límites autorizados por el Pacto o de que su acción se deba a la falta de recursos disponibles u obedezca a fuerza mayor; y

g) la reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas, cuando la reducción o el mal uso tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos.

Para finalizar este tramo del trabajo focalizando el concepto de dignidad humana, es útil mencionar –con Garzón Valdés– que puede ser considerado como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad. Semejante concepto, para tal autor, tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permitan, agente de deberes.

Pero además, siempre en verba garzoniana y para dar paso a las consideraciones de cierre de este trabajo, “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar el contenido y alcance no sólo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable” –remarcado agregado–.

IX. Observaciones finales

1. Partiendo del carácter unitario de la dignidad humana, puede afirmarse que entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación. Nunca disociación antinómica.

Ello deriva por ejemplo de la lectura de uno de los logros principales surgentes de la IIª Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993): la promoción y movilización de la doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos y su interrelación. Es igualmente digno de destacar que dicha Conferencia Mundial fungió como instrumento

axial para que se conociera y divulgara la legítima preocupación de toda la comunidad internacional por las condiciones de vida de la población y, en particular, de sus segmentos más vulnerables.

2. Los DESC no padecen una minusvalía jurídica, tampoco axiológica, respecto de los derechos civiles y políticos, ni son meros “derechos de papel”. Contrariamente, las características de interdependencia y de mutuo refuerzo de los derechos humanos llevan a que no exista jerarquía entre ellos y a que todos sean exigibles, según sus peculiaridades, ante las correspondientes autoridades estatales que resulten competentes.

Sucede que, a partir del carácter integral de los derechos, corresponde asumir y garantizar el carácter integral de su protección, con independencia de si se trata de DCP o de DESC. Así, la garantía de los derechos fundamentales legitimaría y justificaría sin ambages tanto al Estado Constitucional y Convencional cuanto al sistema protectorio interamericano e incluso a otros esquemas tutivos en el plano universal.

3. En el ámbito latinoamericano no puede válidamente ponerse en duda la fundamentalidad de los derechos sociales. Es que varios de éstos operan como precondiciones para el ejercicio de no pocos ni intrascendentes derechos civiles y políticos.

4. Sobre el alcance y el grado de operatividad de los DESC, la búsqueda debe encaminarse hacia un concepto sustentable de progresividad que no disuelva esta gradualidad en una latencia sine die, sino que refleje positivamente su ingrediente de “equidad social”.

La progresividad debe ser concreta y real. En otras palabras, una progresiva efectividad de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, coherente con el eminente principio pro persona.

Tal mandato de desenvolvimiento progresivo se debe combinar con la prohibición de retrogradación injustificada o de retroceso deliberado.

Sea como fuera, si igualmente se adoptaran medidas a priori incausadamente regresivas o si prima facie no se cumpliera con el deber de llevar adelante un nivel razonable de progresividad, aquellas serían revisables judicialmente, posándose la carga de la prueba sobre el Estado, el que como hipótesis de mínima debería acreditar que ha logrado alcanzar magnitudes tuitivas sustentables.

5. Otra senda fiscalizatoria del nivel de cumplimiento de los DESC se localiza en el control social y democrático sobre la base de los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, que permitiría mensurar el ritmo, el alcance y la matriz de prioridades que el Estado maneja en el marco de las políticas públicas encaminadas (al menos discursivamente) hacia la protección y la realización de tales derechos.

6. Entre los derechos sociales, sus contenidos esenciales y la dignidad inherente a la persona humana existe un nexo muy intenso. Los elementos que integran los contenidos mínimos de cada derecho social no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado tomando en consideración las especificidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las singularidades contextuales.

Y en semejante contexto la tarea jurisdiccional deberá, en particular, orientarse hacia el empleo de mecanismos útiles como –sólo por citar un ejemplo– el principio de proporcionalidad para examinar cada asunto específico; y, en general, trazar una línea hermenéutica que lleve a fortalecerlos cualitativamente de modo progresivo o, como hipótesis básica e irreducible, cuidar que no se diluyan al calor de retracciones injustificadas.

7. Las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en el área de los DESC no son derogables. Además, en épocas de crisis financieras y/o económicas es cuando deviene más nítida e imperiosa la necesidad de incrementar la protección de los derechos de los grupos y personas más débiles y vulnerables. Las medidas que se adopten para paliar aquella situación crítica deberán tener siempre como límites infranqueables al contenido esencial de cada uno de los derechos sociales en juego (y en riesgo) y, por supuesto, la dignidad de la persona, eje alrededor del cual gira todo modelo tuitivo de derechos y garantías.

Deformación del principio de división de poderes

La vigencia de la división de poderes

Referencia al art. 29 de la Constitución Nacional

DR. RAÚL EDUARDO BERTRÉS

En referencia al tema que nos ocupa es dable analizar las distintas formas en que se ha violentado el principio de división de poderes en nuestro país y se ha obviado los antecedentes históricos que se debieron desarrollar para llegar a la fórmula que es parte del sistema republicano y es cara a los sentimientos democráticos mas profundos de los países que adoptaron tal forma de descentralización del poder.

I. Historia de Inglaterra -el parlamento-

Es innegable que la historia del parlamento como institución es la base del principio de división de poderes.

El recorte del poder encarnado en el rey, en otra Institución que lo comparte con la corona es esencial para el desarrollo que tiene el principio muchos siglos después.

I.A.)- HISTORIA REMOTA

Nos debemos remontar al final del primer milenio después de Cristo y nos debemos ubicar en Inglaterra que es donde más claramente se desarrolla el principio que nos ocupa.

Cuando el Rey Ricardo Corazón de León emprende el regreso a Inglaterra, el camino lo hace por el Adriático, donde es capturado por Leopoldo “Duque de Austria”, éste vendió sus derechos de recompensa al Emperador; “Su Señor” quién lo retuvo y pidió un rescate muy alto, equivalente al monto anual de las rentas del Rey de Inglaterra.

A efectos de afrontar el rescate de Ricardo y como colorario de éste la corona necesita recursos y a efectos de hacerse de ellos la corona experimentó imponiendo una contribución de manera discrecional y de excepción (Imposición sobre capital) que se cuantificaba como una cuarta parte del valor de los bienes muebles

de todo hombre libre y un proporcional al valor de la propiedad inmueble como así también la lana de las órdenes religiosas. Dicha presión tributaria no pudo ser abonada en forma total mientras tanto Felipe Augusto Rey de Francia disputaba a Ricardo la Normandía.

En una acción bélica el 06-04-1199 muere Ricardo mientras estaba sitiando el castillo en Limoges. Lo sucede su hermano Juan (Sin Tierra).

Felipe Augusto (Rey de Francia) emplaza a Arturo (hijo del hermano mayor de Juan) heredero del Duque de Bretaña en 1202 a cederle los feudos continentales Normandía, Anjou, Maine. Juan capturó al sobrino y éste desapareció, lo que provocó una reacción adversa por parte de los señores feudales tributarios de Arturo para con Juan uniéndose a Felipe Augusto.

Ello hace empezar una guerra entre Juan (Rey de Inglaterra) y Felipe Augusto (Rey de Francia) disputándose las posesiones inglesas en territorio francés, con suerte para Felipe.

Las consecuencias fiscales fueron graves, perdiendo posesiones se retacearon las rentas y como consecuencia directa se aumentó la presión impositiva por parte de la corona en las posesiones que le quedaban bajo su dominio.

En 1204 estableció además de la contribución feudal otra excepcional. En 1213 convocó a representantes de sus regiones (idea sacada de los Parlamentos o Consejos en donde concurrían propietarios y nobles junto con el clero a fin de discutir las contribuciones extraordinarias originadas en los Pirineos doscientos años antes).

Esteban de Laugton nombrado por el Papa Inocencio III arzobispo de Canterbury en el año 1213 inicia una revuelta pues la presión impositiva se había vuelto intolerable.

Por otro lado el Papa le pidió ayuda a Juan para ir en contra del emperador. Juan había sido excomulgado y en 1212 el Papa le encarga a Felipe el cumplimiento de la sentencia.

Ante ésta situación Juan había cedido y pagó aceptando al Papa como su superior Feudal una suma de dinero como símbolo de su nueva posición feudal.

Sin embargo se alió con el emperador en una coalición en contra de Felipe pero el 27 de Julio de 1214 fue vencido en Bouvines.

Este desastre militar desemboca en la rebelión de los ricos con apoyo del arzobispo de Canterbury.

Confirmando una carta que había sido otorgada por Enrique I de donde constaba la promesa de no aumentar las obligaciones feudales y ampliando la misma redactando una nueva y más extensa que pasa a la historia como la Carta Magna 15-06-1215.

A Juan le sucede Enrique el que estuvo abocado a las guerras civiles y a la muerte de éste le sucede Eduardo quién inicia la apertura de Inglaterra a los adelantos de otras provincias de la cristianidad pues Inglaterra se había mantenido alejada de dichos progresos (culmina la edad media propiamente dicha en Inglaterra).

Con motivo de la sucesión de Juan a Enrique que solo contaba con diez años produce una resistencia de numerosos nobles que querían unir en la persona de Luis príncipe de Francia a los dos reinos. Pero la intervención del Papa Honorio junto con la reformulación de una cláusula de la Carta Magna salva a Inglaterra.

La reformulación fue: “..La corona no recibiría ayuda en tiempo de dificultades, salvo consentimiento de los barones...”

Como SÍNTESIS de ésta primera parte de la historia el poder del rey se empieza a compartir en materia de imposición de contribuciones en razón de haber cometido excesos la corona inglesa al establecer impuestos que se tornaron insoportables.

Esos excesos eran producto directo de la discrecionalidad con que el rey imponía su voluntad, siendo el hecho más irritante y que más reacción generó fue el haber tomado mano a los patrimonios de sus súbditos.

Esta forma de consulta que en definitiva se sintetizaba en compartir el poder con sus barones es el primer hecho que pone la piedra basal de los parlamentos.

Pues la gran diferencia que implicó éste hecho histórico con otro tipo de Consejos o Cámaras reales de otras coronas europeas era que aquellas eran Asesoras mientras que la Inglesa sustrajo el poder de decisión reservándose su consentimiento para la imposición de contribuciones.

Por otro lado, ello también fue un golpe mortal al sistema feudal en razón de que quitando dicha facultad a la corona el sistema de tributación quedaba definitiva resentido.

II. Historia en la edad moderna

En 1625 asciende al trono Carlos único hijo sobreviviente del rey Jacobo produciéndose el hecho llamado como “Los tres Parlamentos”.

El primero de los tres parlamentos se debió convocar para la presentación del nuevo rey y los dos siguientes para conseguir grandes sumas de dinero que le era imperioso lograr para poder gobernar.

En la convocatoria del primer parlamento se produce un hecho curioso. Era tradición que cuando se convocaba al parlamento frente a la coronación de un nuevo rey, éste cuerpo ratificaba que los derechos de Importación y Exportación pertenecían como ingresos a la corona. Pero en esa emergencia los comunes no aprobaron la continuidad de los derechos aduaneros. El rey Carlos disolvió el parlamento el 12-08-1625.

El Segundo Parlamento se convoca a raíz de que había fracasado una expedición a España producto de la guerra que Inglaterra mantenía con esta nación y la escasez de recursos que padecía la corona. En ésta convocatoria se plantea el juzgamiento de Buckingham, que era un gran colaborador del rey y por ello a fin de restarle fuerza se lo juzga por el procedimiento del impeachment, lo que lleva al rey a disolver el parlamento luego de una brillante defensa del acusado, quedando resentidas las relaciones entre el rey y el parlamento 15-06-1626. Es así que los comunes le mandan un memorial en que exigen una nueva forma de convivencia entre el parlamento y el rey y la destitución del ministro.

El tercer parlamento se convoca también para lograr recursos luego de la fracasada expedición a Francia se convoca para el 17-03-1628.

En el ínterin de que el parlamento estableciera subsidios, la corona elevó algunos derechos aduaneros, los perjudicados acudieron a la justicia y los jueces le dieron la razón fallando en contra de la corona.

Al reunirse el parlamento, entre otras acciones redacta la “Petición de Derechos”, su finalidad era restar poder al gobierno. Sus artículos más importantes eran que el rey no podía mantener en prisión a un hombre mientras dure la investigación.

No podía tampoco arrestarlo si se lo sorprendía preparando una rebelión, ni tampoco encarcelarlo sin la intervención de sus abogados. El segundo artículo declaraba que las propiedades de las mercaderías o tierras era absoluto y libre de todo impuesto aplicado por el gobierno. Se le podía conceder ayuda al rey pero éste no podía exigirla cobrando impuestos.

Carlos dio su asentimiento con un proyecto de ley. Luego de algunos hechos confusos en Buckingham el parlamento es suspendido el 26/06. El 23 de Agosto asesinan a Buckingham ministro y mano derecha de Carlos.

Luego de este suceso convoca al Parlamento (suspendido) para Febrero de 1629. El 2 de Marzo luego de hechos políticos violentos, se emite una comunicación declarando traidor a todo comerciante que pagara derechos de aduana. Asimismo se declara reo de muerte a aquel que quiera introducir el papismo. De ésta cláusula se desprende nítidamente la influencia de los puritanos en la revolución.

Carlos disuelve el 3 de Marzo el parlamento y pone en prisión a los jefes de la revuelta.

Con motivo de la guerra contra Escocia se convocó el Parlamento llamado históricamente “Corto” en Abril de 1640, para solicitar impuestos a fin de hacer frente a esa guerra el 5 de Mayo de 1640 es disuelto pues no había clima para otorgar las ayudas pretendidas (duró tres semanas).

Se convocó para Noviembre de 1640 lo que se llamó el parlamento “Largo”.

Se lo juzga al ministro Strafford y se lo ejecuta luego de vacilaciones por decisión última de Carlos el 12-05-1641.

Este hecho desata la Gran Rebelión que culmina con la muerte del rey el 27-01-1649 y la aparición en escena de Olivero Cromwell.

1)- A MANERA DE SÍNTESIS

Los hitos más importantes de ésta breve reseña histórica en la evolución del parlamentarismo y de sus competencias nos lleva a extraer las siguientes conclusiones:

a)- El Parlamento se formó en lenta evolución al institucionalizar la manera de compartir el poder con el monarca.

Esta forma de compartir el poder en la mayoría de las veces fue tomada por acciones de fuerza y no por concesión de la corona.

b)- La gran cantidad de desencuentros entre la corona y el parlamento fue causado por el aumento de impuestos en primero orden y como segunda causa el ir plasmando el reconocimiento de derechos de las clases sociales emergentes en “cartas” a efectos de que una vez otorgados por el rey no fueran posteriormente desconocidas.

c)- Las dos cámaras llevaron una representación muy definida y clara, lo que implicaba la imposibilidad de declinar tal representación a favor de su oponente.

Si bien la representación era estamental y luego individual y partidaria o ideológica no es menos cierto que no se puede desconocer su génesis.

Esta lenta asunción de atribuciones fue lo que da el perfil definitivo al modelo que es plasmado en la Constitución Norteamericana y también al de nuestra constitución.

2)- FUNCIONES DEL PARLAMENTO MODERNO

Aparte de las funciones tradicionales representativas y legislativas y en algunos casos de juez del gobernante se le suma la de legitimar el sistema y la de controlar el poder.

La función de legitimación se orienta a incorporar la decisión racional de los problemas y la toma de decisión de la mayoría.

La delegación de las facultades por parte de los legisladores atenta contra la discusión racional y deslegitima al sistema.

El carecer el gobierno del intento de incorporar a la razón en la solución de los problemas lo hace caer en despotismo, por lo que solo se debe escuchar una sola voz.

En segundo orden de importancia en cuanto a la esencia de la actividad de los parlamentos modernos al renunciar al control que debe imperiosamente ejercer está contribuyendo a unificar el poder y transformarlo en despótico.

Por la conjunción de ambas actividades renunciadas se llega al gobierno sin control y su lógica consecuencia el ejercicio despótico del mismo.

Por otro lado la función más importante que es la de enjuiciar un gobierno que no cumple con sus funciones es menoscabada por la propia actuación del parlamento al delegar facultades propias al ejecutivo como centro de poder exhibiendo en forma manifiesta su incapacidad para ejercer su cuota de poder.

La situación que nos ocupa deviene de un continuo avance del órgano Ejecutivo sobre el legislativo en el síndrome que se ha dado en llamar Crisis del Parlamentarismo.

Siguiendo a Enrique Martines Paz, el principio de división de poderes exige, órganos diferenciados, en su composición organización y funcionamiento, a las que se le asignan diversas funciones esenciales del Estado, atribuyendo a cada uno de esos órganos una competencia propia y exclusiva a la función encomendada y que ninguna persona que ejerza funciones en unos de esos órganos pueda ser al mismo tiempo miembro de algunos de los otros.

Contemporáneamente autores se han esforzado en justificar que el Ejecutivo asuma atribuciones constitucionales que son del

Congreso. Las vías de Justificación son el D. Constitucional Consuetudinario y los decretos de necesidad y urgencia basados casi siempre en el concepto vago de la emergencia pública.

Evidentemente ya cuando el Congreso delega expresamente sus facultades constitucionales al Ejecutivo se está alterando el reparto constitucional de atribuciones entre los poderes que establece la Carta Magna como regla.

Ahora bien esa actuación por parte del Congreso es una usurpación de funciones.

La usurpación de funciones se tipifica al atribuirse la calidad de cuerpo constituyente para justificar la alteración de los repartos constitucionales.

La regla de Derecho Consuetudinario Constitucional que justifica estas prácticas no siempre advierte que éstas por regla fueran ejercidas por gobiernos que intentaban lograr el reparto de funciones, por el contrario siempre avanzaron éstas prácticas en el menoscabo de la libertad individual y también en la centralización del poder paso necesario para tal menoscabo.

El artículo 76 de la Constitución (reforma del año 1994) ha sido una desafortunada institucionalización de tales prácticas, bajo el ropaje de límites que la misma norma impone.

El afirmar que solo prohíbe la delegación absoluta: poner a otro órgano o persona en su lugar es la hipótesis mas aguda del tema y en consecuencia sostener tal opinión sería afirmar que solo lo absoluto esta prohibido y que lo relativo estaría autorizado.

Para mantener el concepto de delegación relativa bastaría montar un falso ejercicio de sus competencias por parte del Congreso, conservando funciones solo de intrascendencia institucional, pero en la realidad el verdadero ejercicio de las funciones pasaría por el ejercicio que haría el Órgano Ejecutivo de las más esenciales funciones del legislativo.

Las facultades extraordinarias que es uno de los tipos prohibidos por el artículo 29 de la Constitución Nacional que no sean los previstos en la propia constitución (vgr. Art. 6; art. 23 C.N.), se debe entender como el ejercicio de facultades “no ordinarias”.

En otro orden de cosas el delito incorporado en el C.Penal (art. 227) tiene la tipología reducida, extrayéndose de las conductas delictivas a los que “consientan” tales actos. Pero por el principio de supremacía constitucional debe prevalecer el tipo delictivo constitucional.

El recurrir a la justificación de las Delegaciones Legislativas es hacerle perder al derecho su máxima función que es la educadora o ejemplificadora, dado que se debería sostener un relativismo jurídico y político destructor de la filosofía constitucional.

El objeto de éste trabajo se encuentra regulado en el artículo 29 de la Constitución Nacional: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo Nacional ni las legislaturas Provinciales a los gobernadores de provincia facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por los que la vida el honor o la fortuna de los argentinos quede a merced de gobierno o persona alguna. Actos de ésta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable y sujetaran a las que las formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.”

Después de la reforma constitucional del año 1994 se incorpora el artículo 76 (nuevo) que si bien ratifica la prohibición de la delegación legislativa incorpora las excepciones a la delegación, en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio, y dentro de bases de delegación que el Congreso establezca.

En el párrafo segundo de la mencionada norma se pone la cláusula de salvaguarda por los actos que se realizaran usando de la delegación legislativa del primer párrafo.

Los constituyentes incorporan una especie de inmunidad a favor de quién ejerce la facultad que impide la revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de la delegación.

En el acuerdo para la reforma de la Constitución Nacional realizada entre el Presidente del país y a su vez presidente del Partido Justicialista Dr. Carlos Saúl Menen y por parte del Partido Radical el Dr. Raúl Alfonsín celebrado el 13-XII-1993 se estableció en el apartado pertinente punto G.b. Legislación Delegada.

En dicho pacto se establece la necesidad del refrendo del Jefe de Gabinete para el dictado de los decretos por el Poder Ejecutivo que ejerzan facultades delegadas por el Congreso Nacional. Asimismo se dispone que dichos decretos se hallen sujetos al control de la Comisión bicameral permanente.

El tema que nos ocupa toca tangencialmente el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional cuando se legisla sobre los decretos de necesidad y urgencia.

La diferencia de ésta norma con las analizadas anteriormente radica en el hecho de que en ésta no existe ninguna delegación. Se prescribe el hecho de que el Poder Ejecutivo dicta disposiciones legislativas, luego de evaluar la existencia de circunstancias excepcionales juntamente con la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios del Congreso, para la sanción de una ley.

La delegación de facultades no se debe confundir ingenuamente con las facultades de reglamentación de las Leyes que es facultad propia del Poder Ejecutivo.

J. A. González Calderón T. II pág. 345 reafirma la filosofía primigenia de la Constitución citando a Watson: “...Es doctrina de derecho constitucional que el Poder Legislativo no puede delegar o ceder sus poderes a otra rama del gobierno o algún funcionario, comisión, oficina o autoridad cualquiera...”.

En el comentario se menciona una precedente de la comisión bicameral, cuando comenta el jurista argentino que algunas constituciones americanas prevén la Junta Conservadora o Comisión Permanente, que está compuesta de legisladores encargados de custodiar que el Poder Ejecutivo durante el receso del Poder Legislativo pudieren alzarse con atribuciones o facultades propias del Congreso vgr. Constitución Chilena 1828; República del Uruguay art. 52.

Desde mediados del siglo XIX hasta nuestros días los Poderes Ejecutivos avanzaron sistemáticamente sobre los poderes legislativos.

Ahora bien es pacífica la defensa doctrinaria que se hace del ámbito propio del Poder Legislativo y consecuentemente la censura del avance del Poder Ejecutivo sobre materias y competencias

propias de aquel. No por afán de mera estética constitucional sino en defensa de la libertad civil y política, que corresponde a los ciudadanos.

La democracia moderna no ha sustituido a la monarquía absoluta de derecho divino o a la autocracia, para elevar en su lugar dictadores elegidos por el pueblo y revestirlos con la suma del poder público o con facultades extraordinarias (ob. cit. pág. 348).

Antecedentes propios de la Argentina dieron fundamento a la prohibición sancionada en el artículo 29 C. N.

Esta norma quería impedir que se repitieran los excesos que había cometido Juan Manuel de Rosas. Es dable transcribir en su parte pertinente norma dictada por la Legislatura del la Provincia de Bs. As. el 20-09-1851 art. 2:..”Correspondiendo los representantes del pueblo hasta donde les es posible, a éste acto eminentemente patriótico de S.E. (el retiro de su renuncia del Poder Ejecutivo-Rosas la hacía todos los años) declaran solemnemente que todos los fondos de la Provincia, las fortunas, vidas , fama y porvenir de los representantes de ella y de sus comitentes, quedan sin limitación ni reserva alguna a disposición de S.E. hasta dos años después de terminada gloriosamente la guerra contra el loco, traidor salvaje unitario Urquiza y lo que S.E. sabia y enérgicamente ha declarado contra el Brasil...”

Dicho ejercicio centralizado y autoritario del poder empezó en 1835 como consecuencia directa del voto plebiscitario obtenido por Rosas.

En el capítulo XXV de Las Bases (J. B. Alberdi) el autor justifica un “poder ejecutivo fuerte” pero sometido a la constitución a semejanza de la Constitución de Chile.

Por último vamos a citar a Montesquieu que en clara alusión al tema que nos ocupa da una opinión válida hasta la actualidad: “cuando el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo se reúnen en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados NO HAY LIBERTAD, porque puede temerse que el monarca o el tirano hagan leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. No hay poder Judicial si no está separado del Poder Legislativo y del Ejecutivo...” sus antecedentes pueden encontrarse en Aristóteles y Locke.

La SCJN -T. I. p. 36 (in re R. Ríos y otros sentencia del 4-12-1863) La división del gobierno en tres grandes departamentos independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno son Peculiares y Exclusivas.

3)- Delegación Legislativa y la Reforma de la Constitución del año 1994

Siempre partiendo del concepto de que existe Delegación Legislativa cuando el Congreso que está investido de Potestad Legisferante encomienda el ejercicio de ese poder a otro órgano gubernamental y especialmente cuando se lo hace al órgano ejecutivo. No debe aplicarse la mecánica de los sistemas parlamentarios pues es otra la relación entre los órganos ejecutivo y legislativo.

Sin embargo en la reforma de la constitución de 1994 se resolvió incorporar ésta institución parlamentaria a la ley suprema.

En rigor se siguió institucionalizando prácticas de Gobiernos de facto que empiezan a ser convalidadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1947 (ver Tratado de D Constitucional T II Gregorio Badén La ley). Ello se materializa con el dictado de numerosos decretos del Poder Ejecutivo resoluciones y circulares del Banco Central por los cuales se modificó el valor de la moneda sin intervención del congreso.

Fundamentos en el debate de la convención constituyente:

- Correspondió al convencional Alberto García Lema, la justificación del actual artículo 76. El cual pidió la incorporación de la norma a la reforma.
- El convencional Humberto Quiroga Lavié, subrayó la importancia de la delegación legislativa en caso de emergencia pública y se refirió a sus límites. No habló de los riesgos de su mal uso, como así tampoco de la falta de límites precisos en la conceptualización de la emergencia pública. Excluyó materias de la delegación, tales como las leyes penales, cuestiones impositivas, expropiaciones, amnistías generales, el estado de sitio y la intervención federal.

También excluyó delegación en materia de modificación de Códigos de Fondo y también incluyó otras materias.

Es de destacar que de ninguna manera se analizó como quedaba la distribución de funciones ni tampoco la hipótesis de qué cuando existe un Congreso falto de autonomía dado especialmente o por particulares leyes electorales o por sumisiones de representantes legislativos apremiados por ayudas financieras a sus respectivas provincias. Ello es lo que ha sucedido últimamente y no era de difícil pronóstico a la fecha de las deliberaciones constitucionales.

Es inexplicable la concesión de tales atribuciones en un marco histórico que lenta pero sostenidamente restaba atribuciones al Congreso por acción directa o por vía oblicua.

- El convencional Luis Cáceres si bien declara conocer que las facultades se concentraban en el presidente, justificó la incorporación afirmando que se trata de facultades excepcionales, para situaciones de emergencia pública.

Esta justificación que apela a la excepcionalidad y a la emergencia no alcanza a prever su mal uso en el futuro. Es ingenua quedando en manos del uso futuro de los políticos que siempre se encuentran apremiados por resolver situaciones y su límite en la justicia.

- El convencional Oscar Aguad rechazó los riesgos de la delegación legislativa pues está sujeta a control del Congreso agregando que si hay delegación legislativa es por que el Congreso de la Nación ha delegado por ley. Esta es otra facultad que tiene y que si la delega de ahora en más, nadie la podrá criticar.

Este fundamento es peligroso pues es de estricto corte positivista al razonar si ésta en la ley es ley. No toda ley por el solo hecho de serlo es legítima.

Desde otro costado la división de poderes implica la atribución de facultades a cada órgano del poder y no es cierto que al tenerlas va de suyo que puede delegarlas.

- Para el convencional Ramón Mestre el hiperpresidencialismo ha sido una realidad histórica admitida por la Corte de Justicia de la Nación, la delegación de facultades existe en la Argentina y es moneda corriente absolutamente legalizada.

El hecho de que ocurra no es suficiente fundamento para incorporar una cuña en la Constitución y por otro lado el hecho de que haya sido admitido por la Corte tampoco es un fundamento válido en razón de las vicisitudes que corrió éste órgano del estado la que fue adaptándose a las continuas violaciones a la Constitución.

- Para el convencional Juan Carlos Maqueda afirmó que al no existir límites hasta el momento ahora van a existir dichos límites.

Evidentemente es una justificación por lo inmodificable, circunstancia que no es cierta

- La convencional Elisa Carrió se abstuvo criticando el hecho de la delegación por que la misma se hace no al órgano político sino a burocracias técnicas autonomizadas e irresponsables. Aceptando la delegación en materia de emergencia pública.

Este fundamento por vía indirecta es un canto desesperanzado a la capacidad de los políticos hacia el futuro restándole capacidad y decisión a la clase política del futuro. Evidentemente no es argumento válido. Obvió referirse a la afectación de la división de poderes como así también a la concentración del poder verdaderos peligros de la institución que se estaba debatiendo.

- La minoría objetó la delegación por que acentuaba la hegemonía del Poder Ejecutivo. Tenemos que recordar que la minoría no pertenecía a los partidos radical ni peronista que fueron los que firmaron el pacto de Olivos. Fueron Alfonsín y Menem los artífices de dichos acuerdos.

El convencional Alberto Natale se opone y afirma que la delegación no existe en nuestro derecho constitucional.

Como COLOFÓN: El riesgo se concretó en exceso cuando se sancionó la ley 25561 que supera los contenidos registrados en la ley 25344 y 25414.

El relativizar la gravedad del procedimiento de delegación de facultades propias del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo y justificarlo ya por la celeridad que necesitan los negocios públicos ya para obtener mayor efectividad en las decisiones o cualquier otra excusa DESTRUYE LA ARQUITECTURA ORIGINAL DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. Y las excepciones incorporadas en la reforma constitucional del año 1994 deben interpretarse restrictivamente.

El desconocer los principios básicos del principio republicano como forma de gobierno nos ha llevado a graves desviaciones, legislativas y políticas. La lenta elaboración histórica, la sangre que costó el logro de tales principios fueron canjeados por mera especulación política.

Ello es emprender el camino de regreso a la forma de gobierno republicana y abandonar definitivamente el sueño inconsciente de reestablecer las monarquías absolutas. Volver a creer en el individuo-ciudadano como protagonista de la historia y como constructor de su propia felicidad.

Los caracteres de la licitación pública en la actualidad

Breves nociones de la legislación nacional y de la Provincia de Mendoza

Nociones doctrinarias y jurisprudenciales

DR. ABEL A. ALBARRACIN¹

¹ *El autor es Abogado, egresado de la Facultad de Derecho de la U. N. Cuyo, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, y Diplomado en Abogacía Estatal de la ECAE dependiente de la Procuración del Tesoro de la Nación. Es Director de Asuntos Administrativos de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza, profesor de Derecho Administrativo y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Champagnat.*

Desarrollaré en el presente trabajo, algunos conceptos en relación a los principios que adornan la Licitación Pública (y que, en su gran mayoría, son extensivos a los restantes procedimientos de adquisición de la administración pública), conforme los esboza la moderna doctrina, realizando un somero análisis de los ordenamientos jurídicos nacional y de la provincia de Mendoza, e incluso con alguna referencia a las previsiones que son relevantes hoy en el derecho de la integración (Unión Europea y Mercosur) y tratados internacionales.

I. El contrato administrativo como especie del género contratos

De manera liminar, hay que recordar, que la noción de contrato es única para el Derecho Privado y para el Derecho Público, por lo que la previsión del art. 957 y cctes. del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994², es plenamente aplicable tanto al contrato de Derecho Privado como a los contratos administrativos, como principal especie de los contratos de Derecho Público³, sin perjuicio de que se le reconocen a los últimos algunas notas características que permitan diferenciarlo del resto de los contratos.

Para ello, sin extenderme sobre el tema (sin desconocer, por tanto, la importante doctrina existente), es necesario referirme a la jurisprudencia de la Corte Suprema la que, a lo largo de los años, a través de sus fallos, ha individualizado las notas características que permiten elaborar un concepto específico de contrato administrativo.

² Reproduce con algunas diferencias el anterior art. 1.137 del Código Civil vigente por Ley N° 340.

³ Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, cuarta edición actualizada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 1998, p. 20.

Esa evolución jurisprudencial, que ha sido analizada puntillosamente por el Profesor Coviello⁴, brinda la base para conceptualizar al contrato administrativo como un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas en el que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, cuyo objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y/o contiene, expresa o implícitamente, cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, o más genéricamente, un régimen exorbitante del Derecho Privado.

De este modo, a la idea básica de contrato como acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, se le suma: (i) la presencia obligada de la Administración en sentido amplio, (ii) la persecución de un fin público y (iii) la presencia de un régimen exorbitante -integrado en forma equilibrada por prerrogativas de la Administración y garantías de los particulares- que es propio de las relaciones de Derecho Administrativo⁵.

La presencia de la Administración implica que rija en plenitud para los contratos administrativos el principio de legalidad o juridicidad, que desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad -que es característica de los contratos privados-. Así, por un lado, se somete la celebración de los contratos a las formalidades establecidas para cada caso y, por otro, el objeto del acuerdo también debe ajustarse a contenidos impuestos normativamente, que la Administración debe cumplir y frente a los cuales el particular contratista sólo puede adherir, sin posibilidades de negociar el contenido del contrato.

⁴ Coviello, Pedro J. J., “La teoría general del contrato administrativo a través de la jurisprudencia de la CSJN”, en Cassagne, Juan C. -Rivero Ysern, Enrique (directores), La contratación pública, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, Tomo 1, ps. 89 y ss.

⁵ Sobre el tema del Derecho Administrativo como régimen exorbitante y su contenido actual, ampliar en: Comadira, Julio Rodolfo -Escola, Héctor Jorge -Comadira, Julio Pablo (coordinador, colaborador y actualizador), Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 15 y ss.

Por otro lado, las partes no están en verdadero pie de igualdad, como sucede -al menos desde el punto de vista jurídico- en los contratos privados, sino que la Administración tiene una posición de supraordinación al ostentar ciertas prerrogativas de ejercicio unilateral, que obviamente el contratista privado no posee, y que se justifica en que la Administración contrata con el fin de satisfacer el interés general, mientras que el particular lo hace por su propio interés, exclusivamente individual.

El concepto y la caracterización de los contratos administrativos puede extraerse de los casos de la Corte Suprema “Cooperamet”⁶, “Dulcamara”⁷, “Espacio”⁸, “Gas del Estado c. Lindoro”⁹, “Cinplast”¹⁰, “YPF c. Provincia de Corrientes”¹¹, “Serra”¹², “Gypobras”¹³, “OCA”¹⁴, “Pluspetrol”¹⁵, entre otros, que son los casos que, considero, resultan más relevantes en cuanto a los aportes jurisprudenciales que se pueden extraer de los mismos y que marcaron las notas características de este tipo de contrato.

⁶ CSJN, 1965, “Cooperamet c/ Instituto Argentino de Promoción del Intercambio”, Fallos: 263:510.

⁷ CSJN, 29/03/1990, “Dulcamara SA. c/ ENTel. s/ cobro de pesos”, Fallos: 313:376 (en especial, voto del Dr. Fayt).

⁸ CSJN, 22/12/1993, “Espacio S.A. c. Ferrocarriles Argentinos”, Fallos: 316:3157.

⁹ CSJN, 26/04/1984, “Gas del Estado Sociedad del Estado c/ Lindoro I.C.S.A.”, Fallos: 306:328.

¹⁰ CSJN, 02/03/1993, “CinplastI APSA. c/ ENTel s/ ordinario”, Fallos: 316:212.

¹¹ CSJN, 03/03/1992, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/Cobro de australes”, Fallos: 315:158.

¹² CSJN, 26/10/1993, “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 316:2454.

¹³ CSJN, 05/04/1995, “Gypobras S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia) s/ contrato de obra pública”, Fallos: 318:441.

¹⁴ CSJN, 17/02/1998, “S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Secretaría de Inteligencia de Estado”, Fallos: 321:174.

¹⁵ CSJN, 22/05/2007, “Pluspetrol Energy S.A. c/ENRE resol. 458/02”, Fallos: 330:2286.

II. El contrato administrativo como especie de acto administrativo

Pero además de ver al contrato administrativo como una especie del género contratos, con particularidades específicas que lo distinguen, debe analizarse también como una especie de acto administrativo, concretamente, como acto administrativo bilateral, categoría sostenida por Marienhoff¹⁶ y reconocida por la Corte Suprema en el caso “Metalmecánica”¹⁷.

El carácter bilateral de los contratos, que necesitan al menos dos voluntades para nacer, permite diferenciarlos conceptualmente de los actos administrativos propiamente dichos, que son unilaterales en su formación, pues para existir únicamente requieren la voluntad de la Administración que los emite.

Pero esta distinción no impide que a los contratos administrativos se les aplique en forma directa el régimen jurídico propio de los actos administrativos, en todo aquello que no esté regulado por las normas específicas que rigen esos contratos. Así lo establecen expresamente la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (último párrafo del art. 7°) y 112 de la Ley N° 3.909 de Mendoza.

Lo dicho determina que ante la falta de normas específicas que regulen algún aspecto de los contratos administrativos, debemos recurrir a las normas que rigen el acto administrativo (y al procedimiento administrativo en cuanto se trate del procedimiento previo de adquisición) y no al Código Civil.

Sólo cuando la aplicación directa del régimen del acto administrativo no es suficiente para resolver el tema, debe acudirse a las normas del derecho privado, y aplicarlas analógicamente, es decir, realizando las adaptaciones que sean necesarias.

¹⁶ Marienhoff, Miguel S., op. cit., ps. 39 y ss.

¹⁷ CSJN, 1976, “Metalmecánica S.A.C.I. c/ Nación”, Fallos: 296:672.

III. La celebración de los contratos. Procedimientos de selección del cocontratante

Los diferentes regímenes de contratación nacional y provinciales establecen diferentes mecánicas previas para materializar contrataciones administrativas. En general establece por vía de imposición constitucional¹⁸, legal¹⁹ o en algunos casos, solo reglamentaria²⁰, a

¹⁸ -Mendoza, art. 37 (Ley N° 8.706 y Decreto N° 1.000/15); -San Juan; arts. 189 inc. 20) y 251 incs. 6) y 7) de la Constitución de la Provincia, Ley N° 2.139 y modif., Ley N° 2.139, Decreto Reglamentario N° 42/79 (complementado por Decreto N° 119/91), Ley N° 3.969/74, Decreto N° 1.092/00; -Misiones; art. 70 de la Constitución Provincial, Ley N° 2.303 y sus modif.; -Tucumán; ART. 12 de la Constitución Provincial, Ley N° 6.970 y mod., Ley N° 6.981; -Salta; art. 168 de la Constitución de la Provincia, Ley N° 6.838, Decreto N° 59/95, Decreto Reglamentario N° 1.448; -La Rioja; art. 72 de la Constitución Provincial, Ley N° 3.462 y mod., Decreto Reglamentario N° 1.067/75; -Córdoba; art. 74 de la Constitución Provincial, Ley N° 7.631, Ley N° 9.086, Ley N° 9.331, Decreto 73/05, Decreto Reglamentario N° 1.882/80; -Chubut; Ley N° 5.447, Decreto Reglamentario N° 777/06; -Catamarca; arts. 174 y 178 de la Constitución Provincial, Ley N° 4.938; -Entre Ríos; art. 80 de la Constitución provincial, Ley N° 5.140; -Tierra del Fuego; arts. 74 y 78 de la Constitución Provincial, Decreto Reglamentario N° 1.505/02, Ley N° 6 y N° 495; -La Pampa; art. 42 de la Constitución Provincial, Ley N° 3, Decreto-Acuerdo N° 470/73 y modif., Decreto-Acuerdo N° 2.272/74, Decreto-Acuerdo N° 520/78, Decreto-Acuerdo N° 1.457/79 y Decreto-Acuerdo N° 2.626/86; -Neuquén; art. 80 de la Constitución Provincial, Ley N° 2141, Decreto Reglamentario N° 2.758/95; -Santa Cruz; art. 59 de la Constitución Provincial, Ley N° 760, Decreto N° 1.847/72.

¹⁹ -Buenos Aires; Ley N° 7.764/71, Decreto Reglamentario N° 787/04, Decreto 1.648/02. -Santa Fe; Decreto N° 124.715/08, Ley N° 12.105/03, Ley N° 12.510/03, Decreto Ley N° 1.757/56), Decreto N° 2809, Decreto N° 1.247/08, Decreto N° 2.846/02 San Luis (Ley N°5172): sólo impone este procedimiento para los Concejos Deliberantes, para servicios públicos y en tanto exista obligación normativa (art. 258). -Buenos Aires (Ley N° 7764/71, Decretos Nros. 1648/02 y 787/04) sólo para la obra pública superior a \$1.000 moneda nacional (art. 193 inc. 7).Chubut (Ley N° 5447, D. Reglamentario N° 777/06).

la licitación como “procedimiento regla y formal de necesaria implementación antes de la celebración del contrato (salvo las excepciones que las leyes prevén) y como condicionante de su validez y existencia.

Cabe recordar que en una primera etapa, la jurisprudencia de la CSJN (siguiendo criterio de M. Marienhoff) se inclinó por la teoría de la “libre elección del procedimiento” (caso “Meridiano SCA c/ Administración General de Puertos, 24/04/79 LL 1979-C, 84) en tanto no existiera una norma que obligara a aplicar el procedimiento de licitación pública (en tanto nuestra Constitución Nacional no posee normativa expresa relativa a la materia), sin perjuicio de lo cual, reconoció también y muy tempranamente, que cuando esa norma existía, la implementación del mencionado procedimiento era obligatoria (“Schmidt c. Provincia de Mendoza, 24/11/37).

Con la emisión del Decreto Delegado N° 1023/01 (arts. 24 y 25) se impone mediante esta modalidad normativa, como regla general la contratación por “Licitación Pública” y la procedencia excepcional de las otras modalidades (actualmente reglamentado por el Decreto N° 893/12).

En la actualidad, la CSJN, ha afirmado la nulidad de los contratos administrativos cuando:

- No se respeta el procedimiento de Licitación Pública y ello es obligatorio por norma legal.

- No se formaliza conforme normas administrativas aplicables (incluye omisión de procedimientos de Licitaciones Privadas y Contratación Directa), en tanto ha entendido que “La validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales correspondientes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación”²¹ (“Hotel Iguazú SA c/ Nación Argentina”, 22/04/1986, Fallos 308:618; íd. “Robles S.A. Vicente c/ Nación Argentina (Servicio

²⁰ Decreto Delegado N° 1023/01 y Reglamentario N° 893/12 de la Nación; CABA, (Decreto N° 754/08.

Nacional de Parques Nacionales) s/ Nulidad de resoluciones”, 30/03/1993, Fallos 316:382; “Más Consultores Empresas S.A. c/ Santiago del Estero s/ Cobro de pesos”, 01/06/2000, E.D. 28/07/2000, Supl. de Derecho Administrativo; “Servicios Empresariales Wallabies S.R.L. c/ Provincia de Salta”, 11/07/2000, Fallos 323:1841; *id.* “Ingeniería Omega SA c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 05/12/2000, Fallos 323:3924; “Carl Chung-ChingKao c/ La Pampa s/ Cobro de pesos”, 25/09/2001, Fallos 324:3019; *id.* “Magnarelli César A. c/ Provincia de Misiones y ots.”, 10/04/2003, Fallos, 326:1280; “Indicom S.A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Cobro de pesos”, 10/02/2004, Fallos 327:84). Incluso si bien el Tribunal Federal ha considerado en la mayoría de los antecedentes jurisprudenciales, que tal situación se debe resolver, en principio por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa (vg., causas “Schmidt”, “Pfizer”, citadas y “Marun Nacib c/ Provincia de San Luis s/ Cobro de pesos”, 08/04/1938, Fallos 180.233; “Provincia de San Juan c/ Angela L. Ronccatagliata de Masi c/ Cobro de pesos”, 13/07/0938, Fallos 181:166, Punte c. Provincia de Tierra del Fuego”).

IV. La licitación pública como formalidad previa a la contratación

De esta forma, la Licitación Pública se erige en la actualidad como un procedimiento regla previo a la materialización de un contrato administrativo, pero que hace a su existencia. No solo el contrato a celebrarse es formal, sino que requiere, para su perfecciona-

²¹ Esta postura ha plasmado con alguna deficiencia (ya que se prevé solo para la omisión de licitación pública y no para los procedimientos de excepción) en la parte final del art. 140 de la Ley N° 8.706 de Mendoza, en cuanto expresa: Todo contrato que se materialice sin la aplicación del procedimiento de Licitación o Subasta Pública cuando correspondiere legalmente, o que importe desdoblamiento de las contrataciones para evitar la implementación del mismo, será considerado groseramente viciado con los efectos previstos en la Ley N° 3909, para los actos jurídicamente inexistentes, salvo las excepciones legalmente establecidas”.

miento y validez, la “formalidad” de la licitación pública previamente desarrollada (salvo excepciones legalmente previstas).

V. Concepto de licitación pública

Se puede conceptualizar a la licitación pública, como aquel procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa, invita a interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente en tanto esta exista a criterio de la Administración, disponiendo en caso contrario y en forma fundada, el fracaso del procedimiento²².

La doctrina clásica ha analizado especialmente la existencia de tres elementos²³ esto es: concurrencia, igualdad y publicidad, pero en la actualidad los mismos se han ampliado, especialmente en virtud de la inclusión de aquellos caracteres que adornan el procedimiento administrativo y que en consecuencia, impactan también en la Licitación Pública (que tienen esa naturaleza jurídica) con mayor o menor amplitud.

Los criterios para clasificarlos y la cantidad y denominación de los mismos varía según el autor consultado que los sistematiza, pero a los efectos de desarrollar el presente trabajo lo clasificaré en GENERALES y ESPECIALES.

Siendo la Licitación Pública un “procedimiento administrativo”, surgen como principios generales aquellos que tienen raigambre constitucional y legal o reglamentaria en todo procedimiento ad-

²² DROMI, Roberto, en “La Licitación Pública”, 2017, Ciudad Argentina, Bs. As., p. 90/91. La definición tiene mínimas diferencias (se incluye el vocablo “pública”, y la parte final referida a que ante la eventual inexistencia de oferta conveniente para la administración ésta podrá disponer fundadamente el fracaso del procedimiento).

²³ Farrando I. y Martínez Patricia, “Manual de Derecho Administrativo”, Depalma, 1996, Bs. As., 308/309, en similar sentido desarrolla este tema Miguel Marienhoff.

ministrativo: los sustanciales (que hacen a condicionamiento de rango constitucional) tales como el principio de legalidad (conocido en el procedimiento administrativo actual también como de “juridicidad”, con fundamento en los arts. 18, 19, 31 y 75 inc. 22 de la C.N.); y defensa (art. 18 CN); y los formales (que derivan de previsiones legales o reglamentarias -por lo que variarán según el ordenamiento jurídico que se analice, esto es Nacional o Provincial-) tales como verdad material (art. 113 de la Ley N° 3.909 y art. 1 inc. f) ap. 2 de la Ley N° 19.549 y art. 48 del RNPA), instrucción de oficio (art. 113 de la Ley N° 3.909 y art. 1) inc. a) de la Ley N° 19.549); informalismo “moderado” en favor del administrado (arts. 133, 156, 157 y cctes. de la Ley N° 3.909 y art. 1 inc. c) de la Ley N° 19.549) y celeridad, economía y eficacia del trámite (art. 113 de la Ley N° 3.909 y art. 1 inc. b) de la Ley N° 19.549).

Los especiales, propios del procedimiento y de relevancia e impacto esencial, directo y especialmente relevantes en el mismo (en tanto lo perfilan y diferencian de otros procedimientos), son: la publicidad, concurrencia, igualdad, transparencia, responsabilidad y programación (este con vigencia expresa en el Decreto N° 1.023/01).

VI. Principios generales

1. SUSTANCIALES

A) LEGALIDAD (o principio de JURIDICIDAD en la actualidad): El principio de legalidad explicita la subordinación de la actividad administrativa a la ley ²⁴.

En efecto, la Administración debe actuar con pleno sometimiento a la ley y al derecho, lo que viene a significar, en principio, tanto como el sometimiento, al ordenamiento jurídico todo, a todo el bloque de legalidad²⁵, comprensivo de toda norma de origen

²⁴ BANDEIRA DE MELO, Celso Antoni, “Curso de Derecho Administrativo”, México, Editorial Porrúa, 2006, pág. 41.

²⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, Buenos Aires, Editorial Thomson - Civitas y LA LEY, 2006, T. I. pág. 443.

parlamentario y administrativo, es decir, no reducido a las normas con rango de ley formal²⁶.

De esta forma, el principio de legalidad implica que “las autoridades administrativas deben actuar con sujeción a los principios generales del derecho, a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales, a la ley formal, a los reglamentos, y a los precedentes administrativos, si ellos pudieran afectar al principio de igualdad”²⁷.

En este marco, se ha destacado que “en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad, la Administración se halla sometida al principio de legalidad, cuya virtualidad propia consiste en desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad, en la medida en que somete la celebración y ejecución del contrato al cumplimiento de formalidades y contenidos pre establecidos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer, sin expresa autorización legal” (Ver “Espacio S.A. c/Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos”²⁸).

En igual sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación negó validez a una circular en un procedimiento de concurso público para adjudicar áreas hidrocarburíferas para exploración y explotación, en tanto la misma violaba la ley aplicable al caso (N°7319) –CSJN, “Calipsa S.A. c/Estado Nacional s/nulidad de acto administrativo”, 16/05/2000, Fallos: 323:1146.

En resumidas cuentas, lo esencial del principio de legalidad es que la actividad de la Administración debe encontrar su funda-

²⁶ PARADA, Ramón, “Derecho Administrativo”, Madrid, Editorial Marcial Pons, 1999, T. I, pág. 424.

²⁷ COMADIRA, Julio Rodolfo y ESCOLA, Héctor Jorge “Derecho Administrativo Argentino”, México, Editorial Porrúa, 2006, págs. 53/54.

²⁸ CSJN 1993/12/22, JA, 1994- III-337, Fallos 316:3157, comentado en Julio Rodolfo Comadira “Elementos de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Editorial LA LEY, 2005, pág. 278; y “El Rincón de los Artistas S.R.L. c/Hospital Nacional Profesor A. Posadas y otro”, CSJN 2003/09/30, LA LEY del 3/03/2004, pág. 9.

mento y su razón de ser, directa o indirectamente, en el ordenamiento jurídico²⁹ al cual accede.

Ya en doctrina³⁰ se ha advertido, que conforme el principio de legalidad imperante en nuestro sistema jurídico, siguiendo lo previsto en los arts. 18 y 19 de la CN, la actuación de la Administración en todos los casos, debe ajustarse al bloque de legalidad comprensivo no sólo de las leyes en sentido formal y material, sino también de los principios y “precedentes” judiciales.

La CSJN, realizando al principio citado, viene sosteniendo invariablemente la siguiente interpretación: ... “que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación” (ver: CSJN, Casos “Hotel Internacional Iguazú” (Cons. 6) Fallos 308:618, “Radeljak” (Cons. 5) Fallos 311:2831, “Vicente Robles” (Cons. 8) Fallos 316:382, “Mas Consultores” (Cons. 4) Fallos 323:1515, “Servicios Empresarios Wallabies” (Cons. 7) Fallos 323:1841, “Ingeniería Omega” (Cons. 5) Fallos 323:3924, “Carl ChungChingKao” (Cons. 4) Fallos 324:3019, “Magnarelli” (Cons. 4) Fallos 326:1280, “Laser Disc” (Cons. 6) Fallos 326:3206, “Indicom” (Cons. 6) Fallos 327:84 y “Roberto Punte” (Cons. 3) Fallos 329:809.).

En igual sentido la Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza, se ha manifestado en sentido análogo (y con similares fundamentos) al emitir el dictamen N°23/11 considerando groseramente viciado el contrato por el cual se reclamaban facturas derivadas de alquiler de módulos respecto de los cuales no había existido procedimiento previo de contratación alguno (al considerar que violaba la previsión del art. 52 inc. a) por vulnerar la previsión el art. 37 de

²⁹ MARIA DIEZ, Manuel, “Manual de Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1997, T. I, pág. 526.

³⁰ ALVAREZ, Sebastián, “Principio de legalidad en materia de contratos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, RAP n° 382, publicado on line:

http://www.revistarap.com.ar/Derecho/administrativo/contratos_administrativos/1adm00480_99969000.html.

la C. Provincial), pero permitiendo su reencauzamiento (vía teoría del “enriquecimiento sin causa”) en virtud del principio de “informalismo a favor del administrado”³¹.

Recientemente, ha reafirmado esta posición al resolver en el caso “LixKleet” (31/07/2012), en tanto precisó que deben aplicarse los principios y reglas del derecho público³², significando que debían regir para la causa -y sin duda-, los “principios” de legalidad (relacionado muy especialmente con las “formas” y “formalidades” de los contratos administrativos), programación (autorización presupuestaria previa), reafirmando frente al caso concreto (que descansaba en un presunto acuerdo “verbal”) su invariable posición respecto de que “...la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado...[] ...Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos

³¹ Se aleja, en este sentido, de la doctrina judicial sentada por la CSJN, que en forma reiterada ha negado incluso esta posibilidad, con fundamento en el principio de “congruencia” (no aplicable en la órbita administrativa). Ver fallo en causa “LixKleet” (31/07/12), entre otras. Expresó en el mismo que: “...Por último, la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa no es procedente en el sub examine, toda vez que ella importaría una grave violación al principio de congruencia, puesto que la actora fundó su demanda de “cobro de pesos” en el supuesto incumplimiento contractual, y no en la institución citada.

En este sentido, cabe recordar que esta Corte ha resuelto que los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también que la carga de su prueba corresponde a la actora, circunstancias que no acontecieron en la causa (Artículos 163, inc. 6, 330 y 337, segunda parte, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Fallos: 292:97)...”.

³² La CSJN ha sostenido que... “cuando el Estado en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público”..., Conf. Fallos 315:158; 316:212; 321:714 y 329:809.

que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta...”.

Es por ello que en tal contexto, en “LixKlett”, la CSJN directamente decidió aplicar la teoría del acto inexistente, abortándose toda posibilidad de “restitución” de lo que las partes pudieron haberse entregado.

Tampoco la Corte aceptó el planteo de que la situación pueda resolverse en el marco de la teoría del “enriquecimiento sin causa” -reeditando su estable e invariable interpretación-, afirmando que ello importaría una grave violación al principio de congruencia, puesto que la actora fundó su demanda de “cobro de pesos” en el incumplimiento contractual y no en la institución citada y recordando, además, que los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa debían haberse satisfecho al incoarse la demanda, como así también su prueba por parte de la actora (reiterando la doctrina sentada en los fallos “Ingeniería Omega S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 05/12/2000, Fallos 323:3924), “CardiCorp SRL c/Mun. de Buenos Aires” (2005) “Punte c. Tierra del Fuego” (2006).

En definitiva, la Corte Suprema vuelve a hacer hincapié en el principio de legalidad (e incluso en el de programación previsto en el Decreto N°1023/01), subrayando en forma moralizadora la necesidad de apego irrestricto a las “formas” de los contratos administrativos, reiterando el mensaje (aunque implícito), que viene a informar la existencia de una actual interpretación judicial que no tolera la “libre contratación”, con la finalidad de evitar la corrupción de aquellos funcionarios públicos que no actúan transparentemente, ya sea contratando verbalmente o en forma directa cuando correspondía la licitación³³.

³³ Para Luciano Caparroz, lo “negativo del fallo, ... es que al no acordársele vigencia sociológica (o sea, efectiva aplicación) al principio de responsabilidad, (al cual ni siquiera lo mencionó el fallo), si existió un agente o funcionario público que probadamente contrató en forma “verbal” cuando la ley se lo prohibía, el mismo quedó impune por ausencia de sanción...” (“Los contratos administrativos y la valoración de sus principios”, Caparroz, Luciano, LA LEY 25/09/2012, 25/09/2012, 5 - LA LEY 2012-E, 411; Cita Online: AR/DOC/4894/2012.

Así mismo, corresponde recordar que el principio analizado tiene relevancia en cuanto a la jerarquización de la normativa jurídica que rige el procedimiento licitatorio, ya que las normas legales no podrán ser contrariadas por disposiciones reglamentarias o de actos administrativos. Esta es la postura que la CSJN adopta en los fallos “El Rincón de los Artistas c. Hospital Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario”, (30/09/93, Fallos: 326:2700.), “Espacio SA c. Ferrocarriles Argentinos p/cobro de pesos”, CSJN, ED-159-43, 22/12/93); y “Calipsa SA c. Estado Nacional y otros s/nulidad de acto adm.”, 16/5/2000, Fallos: 323:1146)

Este principio tiene en el procedimiento licitatorio consecuencias jurídicas prácticas de relevancia, a saber³⁴:

- la actividad administrativa que se despliega en los procedimientos licitatorios, debe sustentarse en normas jurídicas, cualquiera sea su fuente: constitucional, legislativa o administrativa. (“Normatividad jurídica”);

- ninguna norma o acto emanado de un órgano inferior podrá dejar sin efecto lo dispuesto por otros de rango superior. Las normas u órdenes del superior no pueden ser derogadas o rectificadas por el inferior. Ello atañe a la unidad del sistema y al normal desenvolvimiento del orden jurídico (art. 31 de la C.N.) (“Jerarquía Normativa”³⁵);

- la administración no puede conceder prerrogativas o privilegios a unos y negar arbitrariamente derechos a otros, estando obligada a dar participación igualitaria a los interesados cuando existen intereses contrapuestos (principio de contradicción), debiendo cum-

³⁴ En este tema se ha seguido a DROMI, Roberto, en la “Licitación Pública”, Ed. Cdad. Argentina, 2017, Bs. As., p. 97/98, no textual.

³⁵ La C.S.J.N. nulificó un procedimiento en el cual se insertaron cláusulas que no respetaron normas de superior jerarquía sobre disposición y administración de bienes estatales (CSJN: 30/09/03, “El Rincón de los Artistas c. Hospital Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario”, Fallos: 326:2700. Igual postura en fallos citados “Calipsa” y “Espacio”).

plir indefectiblemente con las previsiones de los Pliegos de Condiciones para poder concurrir al procedimiento, ya que éstos son “la ley del contrato” que obligan por igual a los administrados interesados y a la administración (vg. “Radeljak”³⁶; y SCJ Provincia de Mendoza, en “Rukán SRL c. Mun. De Malargüe s/apa”³⁷, “Fiat Auto Argentina c. Prov. de Mendoza s/apa”³⁸, “CEMPSA c. provincia de Mendoza s/apa”³⁹ (“principio de igualdad”⁴⁰);

- todo acto de la administración debe encontrar su justificación en preceptos legales y en hechos, conductas y circunstancias que lo causen, debiendo existir una relación lógica y proporcionada entre el consecuente y el antecedente, entre el objeto y el fin (art. 28 de la C. N.) (“principio de razonabilidad”), y

- posibilidad de control judicial posterior (judiciabilidad de los actos de la administración) (“principio de control judicial posterior”).

B) DEBIDO PROCESO (o debido procedimiento), art. 18 CN: el debido proceso que anima el procedimiento administrativo general se traduce en el correspondiente a la Licitación Pública, como la efectiva posibilidad de participar y colaborar en el mismo. Ello se verifica en los actos, hechos, reglamentos y simples actos de la administración, dictados o ejecutados en la preparación del contrato, y en los actos y hechos de los particulares que se incorporan unitariamente aunque de manera separable, en el procedimiento administrativo de contratación⁴¹, pero también importa la nece-

³⁶ CSJN, Fallos 311:2831. Igual posición ha sostenido en “Hotel Internacional de Iguazú v. Nación Argentina”, Fallos 308:618 ; Fallos 311:2831, y “Vicente Robles S.A. v. Nación Argentina”, Fallos 316:382 , entre otros..

³⁷ S.C.J. Provincia de Mendoza, 20/10/1998.

³⁸ S.C.J. Provincia de Mendoza, 11/07/2008.

³⁹ S.C.J. Provincia de Mendoza, 03/08/2009.

⁴⁰ Debe recordarse que el principio de “igualdad” supone igual tratamiento para situaciones iguales (CSJN; 199:268; 27:414) permitiendo que se establezca distinto tratamiento para diferentes situaciones.

sidad inexcusable de implementar los procedimientos previos establecidos para posibilitar la contratación.

De esta forma el debido proceso (o procedimiento) adquiere un doble estándar en el caso de la licitación:

1. por un lado lo referido al debido proceso adjetivo (debido procedimiento previo a todo acto administrativo⁴²); estando facultados los interesados para acceder a las actuaciones, requerir resoluciones fundadas en tiempo razonable e impugnar las mismas⁴³ administrativa y/o judicialmente (art. 35 inc. a) de la Ley N°3.909), y

2. por otro lado, respecto de la procedencia sustancial del procedimiento licitatorio como necesariamente previo para posibilitar el posterior perfeccionamiento del contrato⁴⁴, en tanto la normativa (legal o constitucional) lo impone como procedimiento regla de contratación (vinculando este aspecto al ya tratado en el punto anterior referido al principio de “legalidad”).

El mismo deberá además ajustarse a las previsiones legales que regulan las etapas licitatorias (en especial, presupuestación, imputación, confección de pliegos, convocatoria, publicaciones, recepción de ofertas, análisis, pre adjudicación, audiencias públicas, si

⁴¹ DROMI, Roberto, “Licitación Pública”, Cdad. Argentina, 2017, Bs. As., p. 104.

⁴² COMADIRA, Julio Rodolfo, en “La Licitación Pública”, Lexis Nexis, Bs. As., 2006, p. 48.

⁴³ Es una práctica generalizada en la provincia de Mendoza realizar adjudicaciones sin precisar en forma concreta las razones que motivan el rechazo de las ofertas no adjudicadas (por ej. Inconveniencia económica, falta de cumplimiento de arts. específicos de los Pliegos de Condiciones u otros defectos) lo que dificulta el ejercicio del derecho de defensa para los oferentes que no resultan adjudicados.

⁴⁴ Al decir de Comadira, en caso contrario, por su omisión o cumplimiento gravemente defectuoso, genera las consecuencias atribuidas por la ley a esa clase de vicios, esto es, la nulidad absoluta e insanable por violación de las formas esenciales (art. 14 inc. b) de la LNPA). Ob cit. p. 49.

éstas correspondieran⁴⁵, dictamen legal y adjudicación, en su caso).

Un aspecto especial a tener en cuenta es la vigencia en ciertos regímenes de la obligatoriedad de implementar AUDIENCIAS PUBLICAS⁴⁶, como trámite esencial dentro el procedimiento licitatorio (vg. Resolución N° 2874/13 de la ex Secretaría de Transporte de la Provincia que regula las mismas en relación a las causales previstas en el art. 43 de la Ley N° 7412⁴⁷), siendo deseable que este accionar se amplíe a otros procedimientos licitatorios que por su impacto institucional o social o por sus montos, también justifiquen su implementación (vg: la ley brasilera exige audiencia pública en la primera etapa licitatoria cuando el monto comprometido supera 100 veces el previsto para la licitación siendo ello consecuente con algunos fallos judiciales que exigen audiencias públicas aun sin norma que las impongan⁴⁸).

No debe olvidarse dentro de este acápite, que justifica la participación plena del administrado interesado, el derecho del mismo (y la consiguiente obligación de la Administración) de actuar y emitir sus decisiones en forma “razonable”. “La Administración, al actuar en el ejercicio de su discreción, tendrá que obedecer a criterios aceptables desde el punto de vista racional, en sintonía con el juicio normal de personas equilibradas, y respetuosa de las finalidades que presidieron al otorgamiento de la competencia ejercida”. Vale decir, se pretende dejar en claro que no serán apenas inadecuadas, sino a la vez ilegítimas las conductas

⁴⁵ Vg. Arts. 43, 44 y cc de la Ley N° 7.412.

⁴⁶ La mencionada resolución, conforme surge de su considerando sexto, fue emitida por requerimiento expreso de la Fiscalía de Estado efectuado en dictamen N° 1861/12.

⁴⁷ Estos son: para modificaciones tarifarias, contravenciones graves a las normas contractuales de concesión, conductas reñidas de la competencia, decisión sobre planificación, conveniencia y oportunidad del servicio y/o sus modalidades y violación grave de los derechos de los usuarios.

⁴⁸ Ver en este sentido el fallo “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, CSJN, 18/08/16.

irracionales, extravagantes, incoherentes o practicadas con desconsideración a las situaciones y circunstancias que serían atendidas por quien tuviese atributos normales de prudencia, sensatez y disposición de acatamiento a las finalidades de la ley atributiva de la discreción administrativa⁴⁹.

Ello implica, en el contexto del tema tratado, que tiene que haber una relación lógica y proporcionada entre los antecedentes y el consecuente, entre el objeto de la contratación y el fin propuesto, sin depender el primero del criterio meramente personal y subjetivo de la autoridad que tiene a su cargo el procedimiento de selección.

Así mismo, los agentes públicos deben valorar razonablemente las circunstancias de hecho y de derecho aplicables y disponer medidas proporcionales, debidamente motivadas, ajustadas a derecho, y adecuadas al fin perseguido por el orden jurídico⁵⁰.

C) PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD (ART. 1 DE LA C.N., ART. 151 TERCER PARRAFO DE LA LEY N° 8.706 y 3 INC. E) DEL DECRETO DELEGADO N° 1023/01): la “responsabilidad” en la gestión de las contrataciones públicas, se canaliza como “principio”, pues así lo dispone actualmente la ley material (Ver art. 3º, inc. E) del Decreto 1023/01) vigente a nivel nacional y también existe referencia al mismo, en la Provincia de Mendoza -tanto la responsabilidad patrimonial como la administrativa- (art. 151 tercer párrafo de la Ley N° 8.706, en tanto expresamente prevé, al regular el reconocimiento de gasto: “...Caso contrario, quien autorice dicho gasto y quien no proceda oportunamente a efectuar los trámites regulares de contratación, será responsable solidario y directo por las erogaciones y eventuales perjuicios patrimoniales que se produzcan, además de la responsabilidad administrativa que corresponda según el caso...”).

⁴⁹ BANDEIRA DE MELO, Antonio, ob. cit., pág. 74.

⁵⁰ DROMI, José R., “Renovación axiológica y normativa de la licitación pública”, en Revista de Derecho Público de la Editorial Rubinzal Culzoni, Contratistas del Estado, T. 2006 - 1., pág. 87.

La ubicación en el presente acápite (principio general sustancial) tiene fundamento en que su vigencia atraviesa la totalidad del accionar procedimental administrativo y su base es evidentemente constitucional⁵¹.

La responsabilidad por los actos políticos es uno de los pilares históricos del Estado de Derecho, indisolublemente unido al concepto de democracia.

La citada directriz tiene su fundamento y raíz en claras bases constitucionales. En efecto, debe recordarse que el Estado Argentino se organizó constitucionalmente de acuerdo a dos importantes matices contenidos en el art. 1º de la CN: a) la “forma de Estado” (Democrática y Federal) y b) la “forma de Gobierno” (Representativa y Republicana).

Así, la más autorizada doctrina⁵² señaló respecto a la forma de gobierno, que un “sistema republicano” para ser tal, deberá contener 5 elementos insustituibles: 1) la división de poderes, 2) la publicidad de los actos de gobierno, 3) la responsabilidad de los funcionarios públicos, 4) la igualdad ante la ley, y 5) la periodicidad en los cargos electivos.

Este principio no es propio del procedimiento de licitación pública, sino que sobrevuela toda la actividad estatal, donde los funcionarios deberían responder frente a los particulares y al estado mismo por sus conductas que vulneran el orden administrativo (responsabilidad administrativa) y por aquellas que causan daños patrimoniales, lo que en la práctica, rara vez se materializa.

2. FORMALES:

A) VERDAD MATERIAL: (art. 113 de la Ley N° 3.909; ART. 1 INC. F) AP. 2 DE LA LEY 19.549 Y RNPA ART. 48): según este principio el procedimiento administrativo debe desenvolverse en la búsqueda de la verdad material, de la realidad y sus circunstan-

⁵¹ Roberto Dromi, lo ubica dentro de los caracteres especiales de la licitación.

⁵² BIDART CAMPOS, Germán, “Manual de la Constitución Reformada”, t. 1, Ediar, p. 428, n° 60.

cias tal, cual aquélla y éstas son, independientemente de como hayan sido alegadas y, en su caso, probadas por las partes⁵³.

Entiende Rodolfo Comadira que "...Siendo la Administración gestora del interés público, es a éste al cual debe hacer prevalecer en su actividad por los procedimientos que por ante ella se sustentan.

Por eso, el principio dispositivo y la verdad formal, o la que acuerden las partes, que rigen en principio las actuaciones reguladas por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no tienen vigencia, como regla, en el procedimiento administrativo.

Porque lo que este procura es hacer honor a la verdad, que es única y objetiva, puesto que no se origina entre particulares enfrentados que intentan componer sus intereses divergentes, son que constituye el reflejo de una realidad ajena a las apetencias personales, de las cuales no depende porque lleva en sí misma la pauta cierta, a partir de la cual se deberán deducir las consecuencias jurídicas que de ellas derivan..."⁵⁴.

Es este un principio que gravita las pretensiones imperativas no sólo respecto de la autoridad licitante, sino también en relación con los propios oferentes, sobre quienes pesa el deber de colaborar con la administración, deber este que, cuando se incumple, genera consecuencias disvaliosas sobre ellos⁵⁵.

La Corte Suprema ha utilizado el principio de la "verdad objetiva" para interpretar los alcances de los Pliegos de Condiciones en un Concurso Público Nacional e Internacional, al fallar en la causa "Provincia de Chubut c. Centrales Térmicas Patagónicas"⁵⁶, "...es un hecho público y notorio del que los jueces no deben sustraerse porque integra la verdad jurídica objetiva (Fallos, 313:1333, Consid. 11), que en la mayor parte de las privatizaciones llevadas

⁵³ ESCOLA, Héctor, "Tratado General de Procedimiento Administrativo"; Bs. As., 1981, p.126.

⁵⁴ COMADIRA, Julio R. en "La Licitación Pública", Lexis Nexis, Bs. As., 2006, p. 32.

⁵⁵ COMADIRA, Julio R., ob. cit. p. 33.

⁵⁶ CSJN, 07/12/2001, "Chubut, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas s/sumario", Fallos: 324:4199.

a cabo al amparo del régimen instaurado por la ley 23.696, el estado nacional transfirió a los adjudicatarios o concesionarios respectivos parte de los pasivos concernientes a las empresas estatales sujetas a privatización... ello dada la “caótica situación económico financiera” por la que aquellas atravesaban...; carecería pues de rigor lógico y jurídico, interpretar que, en el contexto indicado, el particular inversor tuviese la facultad de incumplir tales obligaciones colocando al estado nacional en la misma situación de quebranto patrimonial que tenía antes de la privatización...”.

B) INSTRUCCIÓN DE OFICIO –OFICIOSIDAD- (ART. 113 DE LA LEY N° 3.909Y ART. 1, INC. A) DE LA LEY N° 19.549): significa que, en principio corresponde a la autoridad administrativa adoptar los recaudos conducentes a la impulsión del procedimiento, hasta el dictado del acto final, y, así mismo, desarrollar la actividad tendiente a reunir los medios de prueba necesarios para su adecuada resolución⁵⁷, salvo que el mismo responda sólo al interés privado (por ej: recurso administrativo).

Este principio adquiere especial relevancia en el procedimiento licitatorio, toda vez que siendo un trámite que involucra exclusivamente intereses estatales (más allá de la participación privada) será siempre carga de la administración impulsarlo hasta su conclusión definitiva y fundada.

Lo único que puede hacer el particular interesado es decidir su participación en las condiciones fijadas por los pliegos establecidos por la autoridad competente, y a sabiendas de que quedará sometido a un régimen de “exorbitancia pública” (aun cuando goce de las garantías propias de todo procedimiento administrativo).

La CSJN, ha considerado que “...el procedimiento regla en la manifestación de la voluntad contractual administrativa es la adhesión del contratante a cláusulas prefijadas por el estado. La fusión de voluntades se opera sin discusión porque el oferente debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante... la ley de la licitación o ley del contrato está constituida

⁵⁷ COMADIRA, Rodolfo, ob. cit. p. 29.

por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario...”⁵⁸.

Es un principio que se manifiesta con especial intensidad en el caso de la Licitación Pública toda vez que el mismo no solo debe ser instado por la autoridad administrativa, que en ningún caso puede ser iniciado por interesados privados (lo que sí ocurre en otros supuestos procedimentales), sino que la misma impone los Pliegos de Condiciones (limitando la autonomía de la voluntad del posible oferente a presentar ofertas o no) y necesariamente dispone la culminación del procedimiento (sin instancia particular) pues están siempre comprometidos intereses públicos.

Ello aun cuando se considerara a las contrataciones desarrolladas por iniciativa privada en la provincia art 5 de la Ley N°5.706 y 4° del Decreto 2511/1990, y su modificatorio Decreto 42/1994 (Concesión de Servicios Públicos) y en la Nación, Decreto 966/05, en tanto depende del órgano competente la declaración de interés y la disposición del inicio el procedimiento.C)INFORMALISMO "MODERADO" A FAVOR DEL ADMINISTRADO (arts.133, 156, 157,158 y cctes. de la Ley N°3.909⁵⁹ y ART. 1 INC. C) DE LA LEY N°19.549): este implica morigerar las exigencias que se exigen a los particulares, posibilitando incluso su cumplimiento posterior.

⁵⁸ Conf. "Hotel Internacional Iguazú"; Dulcamara Sa"; 29/03/90; Fallos: 313:376; también en "Radeljak", Fallos: 311:2831, entre otros. El igual sentido se ha manifestado la PTN en Dictámenes: 235:326; 244:434 y 728:245-101, entre otros.

⁵⁹ La Ley N°3.909 de Mendoza, no recepta en forma expresa el citado principio, el cual surge de los artículos mencionados como aplicaciones del mismo, habiendo sido además reconocido como "implícito" en el ordenamiento jurídico provincial, por la S.C.J.Provincial (vg.: "Soc. Anónima Electroquímica Mendocina c. Provincia de Mendoza s/APA", Expte. 68.431, Sentencia de fecha 28/10/2003). El proyecto de modificación que tramita en la Legislatura en la actualidad lo prevé expresamente en su art. 1 inc. 3, e).

No es “inexigibilidad” de formas, sino solo relativización de ellas en beneficio de los administrados, siempre que no sean esenciales⁶⁰.

Este principio, de vigencia pacífica en el marco del procedimiento general administrativo, ha generado algunas controversias en cuanto a su aplicación en el licitatorio, en virtud de la posibilidad de considerar violado el principio de “igualdad” de los oferentes y teniendo en especial consideración además que algunos doctrinarios clásicos consideraban como elemento distintivo del mismo a la “formalidad” (vg. Sayagués Laso, Escola, entre otros).

En la actualidad no existe discusión al respecto, ya que el mismo ha plasmado expresamente en la normativa nacional y provincial vigente en la materia.

Este principio está expresamente recepcionado en el art. 17 del Decreto Delegado N° 1023/01: “SUBSANACION DE DEFICIENCIAS. El principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intrascendentes, debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta las aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, no pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3° de este régimen, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación”.

La ausencia de normativa específica en la Provincia de Mendoza hasta la sanción de la Ley de Administración Financiera N° 8.706 (2014), y la subsistencia de regímenes reglamentarios antiguos y dispersos (Decreto Acuerdo N° 7061/67, reglamentarias de los arts. 28, 29 y cctes. de la Ley N° 3.799), llevó a que en la práctica se incorporan en los Pliegos de Condiciones Particulares previsiones análogas a las citadas precedentemente, para flexibilizar las exigencias formales licitatorias.

Sin perjuicio de ello, existían también dictámenes de órganos del máximo órgano de jurídico de la Administración Provincial (Asesoría de Gobierno -dict. 707/10-) y de control (Fiscalía de Estado -dict. N° 470/15, luego citado en dictamen N° 326/17⁶¹, pro-

⁶⁰ COMADIRA, Rodolfo, en ob. cit. p. 34/35.

ducido cuando ya estaba en vigencia la Ley N° 8.706-) que habilitaban esta posibilidad, sin previsión normativa (legal, reglamentaria o de los pliego de condiciones⁶²), con fundamentos en la naturaleza jurídica de la licitación pública (procedimiento administrativo), que hacía procedente la aplicación de un “informalismo moderado” para equilibrar la vigencia de los principios de “igualdad” y “conurrencia”, debiendo atender a la diferenciación de los elementos esenciales (no subsanables) y no esenciales (subsanables en el plazo que se les indicara), y siempre que con ese proceder no se generaran ventajas competitivas entre los proponentes⁶³.

En la actualidad, en la Provincia de Mendoza, existen previsiones en el Decreto Acuerdo N° 1.000/15 en tanto reza: art. 138: “Los funcionarios y empleados deberán observar las normas aplicables a los procedimientos de contrataciones, sin añadir requisitos y eliminando las formalidades no exigidas en la Ley N° 8706 y en el presente Reglamento. Además los funcionarios o empleados no podrán realizar ninguna gestión, debate o intercambio de opiniones con los interesados en participar en la contratación, fuera de los mecanismos expresamente previstos a los que tendrán igual acceso todos los participantes del proceso”.

Para finalizar este acápite es oportuno destacar que el Protocolo de Contrataciones el Mercosur, dispone que los estados solo pueden permitir que los oferentes en procedimientos licitatorios corrijan errores no esenciales o formales y en tanto no alteren las condiciones de competencia antes previstas.

⁶¹ En el dictamen emitido, expediente N°2974-D-2016-30093 “S/remodelación y puesta en valor del Arco de Desaguadero y Villa Desaguadero la Paz”, se había dispuesto excluir la oferta de un oferente por cuanto la garantía de mantenimiento de oferta era menor al exigido por un monto muy pequeño frente al que correspondía (diferencia en menos de \$1784 frente a una garantía de \$887.236 que era la requerida).

⁶² Posición que ya sostenían CANOSA, ARMANDO – MIHURA ESTRADA, GABRIEL, El procedimiento de selección del contratista como procedimiento administrativo especial, JA, 1996-I.

⁶³ COMADIRA, Rodolfo, ob. cit. P. 39.

Comparto con Rodolfo Comadira que “la observancia de un formalismo moderado, destinado a preservar el derecho material que rige las relaciones entre la Administración y los oferentes, razonablemente aplicado, resulta saludable, tanto para el interés público-requerente de la mayor concurrencia, como para el privado, gravitante para conservar las posibilidades de acceder a la contratación”.

D) PRINCIPIO DE EFICIENCIA, EFICACIA Y ECONOMÍA (art. 117 de la Ley N°3.909 y ART. 1 INC. B) de la Ley N°19.549)

Como bien se ha dicho, la eficiencia o eficacia “advirtien que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias”. Por su parte, la economía “implica que las normas de procedimiento deben ser utilizadas para agilizar las decisiones. Los procedimientos se deben adelantar en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos y no se deben exigir más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene”.

Y la celeridad “indica que las autoridades tendrán impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie, cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados”⁶⁴.

Por ende, todos estos principios confluyen en exigir para el caso, lisa y llanamente que la contratación de la Administración sea efectiva, y que cumpla en dar satisfacción al interés público con la menor onerosidad y la mayor agilidad posible⁶⁵ y están expresamente receptados en el art. 117 de la Ley N°3.909 (de la Provincia de Mendoza) y en el art. 1 inc b de la Ley N°19.549 (de la Nación).

⁶⁴ MORENO, Diego Younes, “Curso de Derecho Administrativo”, Bogotá - Colombia, Editorial Temis, 1997, págs. 9/10.

⁶⁵ DROMI, Roberto José “Renovación axiológica y normativa de la licitación Pública”, ob. cit. p. 88.

En cuanto a ello, no debe olvidarse que la contratación del Estado se encuentra condicionada por ciertas exigencias funcionales que se reputan como justas, las cuales comprenden la necesidad de rapidez, la necesidad de acierto en la elección de la personalidad del cocontratante, la necesidad de evitar toda sospecha de inmoralidad en la contratación misma, y la necesidad de obtener el mejor precio posible compatibles con las necesidades anteriores⁶⁶.

A su vez, “el auge experimentado por las modernas tecnologías de la información y las comunicaciones, junto con la generalización del uso de los ordenadores y de las redes de telecomunicaciones en la sociedad actual, ofrecen oportunidades sin precedentes para simplificar el proceso de contratación y reducir los costes que tanto para los operadores económicos como para la Administración representa su gestión⁶⁷. Sin embargo, la simplificación de la contratación pública debe abordarse sin sacrificar las garantías proporcionadas por los procedimientos, tratando de alcanzar un equilibrio entre los costes, tanto materiales como intangibles, asociados a dichos procedimientos y los beneficios y garantías que proporcionan.

Si bien es cierto que el incumplimiento de estas pautas son normalmente el núcleo de las argumentaciones que cuestionan la licitación como procedimiento regla de contratación del estado, ya que parece ser lenta, complicada e ineficaz, en realidad estos aspectos derivan de una administración normalmente ineficaz en el desarrollo de sus procedimientos administrativos, que en nada ganará omitiendo el antedicho como conformador de la voluntad administrativa en las adquisiciones.

⁶⁶ LINARES, Juan Francisco, “Valoración de los sistemas de selección del contratista”, en “Contratos Públicos”, Mendoza, Universidad de Mendoza, Universidad de Cuyo, 1980, Primer Congreso Internacional de Derecho Administrativo, pág. 183.

⁶⁷ “Informe y Conclusiones de la Comisión de Expertos para el Estudio y Diagnóstico de la Situación de la Contratación Pública”, Ministerio de Hacienda Español, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Información, Documentación y Publicaciones, Centro de Publicaciones, Año 2004, pág. 60/61.

Dicho de otra forma, el problema de la Licitación Pública no son los procedimientos que lleva a implementar sino la inoperancia de la administración en ejecutarlos diligente y temporáneamente.

Este último aspecto, referido a los plazos en que se desarrollan los procedimientos licitatorios (normalmente mucho más extensos que los que deberían materializarse, aún teniendo en cuenta la naturaleza intrínseca de la licitación, que por garantizar trazabilidad y posibilidad de control y transparencia, lleva ínsita cierta carga temporal inevitable) contribuyen a frustrar el principal objetivo de la misma cual es adquirir el mejor bien o servicio, en forma temporánea, según la necesidad y al mejor precio (en tanto normalmente se implementan contrataciones directas de dudosa procedencia y transparencia, para suministrar los mismos y los precios se ven aumentados por el financiamiento que el oferente de antemano conoce deber realizar por las esperables demoras en la adjudicación y aun luego, en los pagos).

Como dijera Boquera Oliver, “el buen funcionamiento de la licitación pública requiere una adecuada organización administrativa y servidores de la Administración capaces y diligentes...”⁶⁸.

E) PRINCIPIO DE PROGRAMACIÓN (ART. 81, 92 inc. a) y 142 inc. m) DE LA LEY N° 8.706, ART. 80 DEL DECRETO ACUERDO N° 1.00/15 Y ART. 2 DEL DECRETO ACUERDO N° 665/75 DE LA PROVINCIA DE MENDOZA, Y ART 6 DEL DECRETO DELEGADO N° 1023/01): este principio postula la necesidad de que, para que la contratación sea válida, exista la respectiva presupuestación y programación de la misma conforme la legislación vigente.

El mismo ha sido señalado por la CSJN en el reciente fallo “LixKlett”, al que ya me he referido, en tanto destacó al respecto que en la contratación de marras “...no se contó con la habilitación presupuestaria necesaria para atender el gasto respectivo” (considerando 8 última parte), reiterando criterios ya sustentados en los

⁶⁸ BOQUERA OLIVER, José M., Valoración de los sistemas de selección del contratista”, Primer Congreso Internacional y IV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo”, Mendoza, 1977.

casos precedentes “Mas Consultores Fallos 323:1515. (Cons. 6), “Servicios Empresarios Wallabies Fallos 323:1841 (Cons. 7, último párrafo), y “Carl ChungChingKao Fallos 324:3019. (Cons. 5, in fine).

Es interesante colacionar esta interpretación con la actualidad normológica vigente, donde la exigencia del respeto al “principio de programación” en los contratos administrativos, tiene recepción expresa en el art. 6° del Decreto 1023/01 (reglamentario del “Régimen de Contrataciones de la Administración”), prescribiéndose lo siguiente: ... “Cada jurisdicción o entidad formulará su programa de contrataciones ajustado (...) a los créditos asignados en la Ley de Presupuesto de la Administración Nacional”.

De esta forma, fue plausible que la Corte Suprema haya recordado a este principio de derecho público en “LixKlett”, advirtiendo que en los contratos administrativos -además del respeto a la forma-, deberá también respetarse la exigencia de confeccionar la previsión presupuestaria que venga a documentar el gasto comprometido, pues ello, permitirá el adecuado “control” según las pautas de la Ley N° 24.156 (Adla, LII-D, 4002).

En la Provincia de Mendoza, la normativa de Contrataciones General contenida en la Ley N° 8.706, no tiene norma análoga a la incorporada en la legislación nacional antes citada, sin perjuicio de lo cual, similar solución parece surgir del juego armónico de los artículos que resultan aplicables a la materia, en tanto se observa impuesta la obligación de “programación” de las compras para el órgano licitante (art. 142 inc. m de la Ley N° 8.706 y mod.) y así mismo, la obligación de contar con crédito legal suficiente mediante el volante de imputación preventiva del gasto (arts. 81 y 92 inc. a) de la Ley N° 8.706; art. 80 del Decreto Acuerdo N° 1.000/15 y en el caso de la obra pública, art. 9 de la Ley N° 4.416) o de reserva el gasto (art. 2 del Decreto acuerdo N° 665/75). Ello en tanto el no cumplimiento de este recaudo, considerado por la normativa citada ut. supra como esencial, viciaría el procedimiento licitatorio en virtud de omitir un trámite “esencial” siendo procedente la declaración de “nulidad del mismo” (art. 35 primera parte y de la Ley N° 3.909⁶⁹).

Una referencia a este principio, sin nominarlo expresamente, puede observarse en la causa “GOBIERNO DE MENDOZA Y OT EN J. TAM SA C/ GOBIERNO DE MENDOZA Y OT. P/ D Y P”, de Fecha: 16/05/2013 resuelto por la S.C.J. Provincial, en la cual, al rechazar la demanda de daños y perjuicios en contra de la Provincia de Mendoza, al analizar la legitimidad del procedimiento licitatorio del cual se agraviaba el accionante, precisó en el análisis de los recaudos procedimentales que debían cumplirse previamente para legitimar la decisión administrativa, la existencia de “imputación presupuestaria” así como de la intervención de la Contaduría General de la Provincia⁷⁰.

⁶⁹ ARTICULO 60 de la Ley N° 3.909: “El vicio del acto es grave:... b) Si se ha emitido omitiendo el cumplimiento previo de algún trámite sustancial”.

⁷⁰ S.C.J. de la Provincia de Mendoza; Expte.: 104321 – “GOBIERNO DE MENDOZA Y OT. EN J. TAM SA C/ GOBIERNO DE MENDOZA Y OT. P/ D Y P, Fecha: 16/05/2013”; SALA N° 1°. En la misma se niega indemnización a la reclamante, quien entendía que debía haber sido la adjudicataria en virtud de haber ofertado el precio más bajo, frente a lo cual, al resolver el tribunal cimero provincial entendió que el procedimiento carecía de vicios que justificaran el reclamo aludido, en tanto: a) En el Pliego de condiciones figura que la obra es a Ajuste alzado y el Presupuesto tiene carácter referencial y estimativo ; b) La Comisión de estudio de Propuestas concluyó que la accionante no estaba en condiciones de ejecutar la obra por falencias técnicas y contables que detalló (irregularidades en el plan de trabajo, nómina de obras ejecutadas, integración del capital social, ausencia del balance de corte y registros contables, etc); c) La comisión fundó las razones por las que la adjudicataria sí había cumplido los requisitos establecidos en el pliego y poseía suficiente capacidad técnica y económica para ejecutar la obra; d) La Administración a través del área competente aportó las razones por las cuales una oferta resultaba más conveniente que la otra; e) Contaduría efectuó la imputación definitiva del gasto con indicación de la partida; f) La accionante no probó que las causas por las que se la excluyó de la licitación no fuesen reales (subrayado me pertenece).

VII. Principios especiales

Son aquellos que poseen un impacto directo y especial sobre los procedimientos de contratación del estado⁷¹ y especialmente en la Licitación Pública, ya que la presencia de uno garantiza la del otro, habiendo sido considerados como “tres pilares interrelacionados en modo necesario⁷²”: ellos son la concurrencia, la igualdad, la publicidad, agregando algunos autores, el de transparencia y responsabilidad⁷³.

A) PRINCIPIO DE CONCURRENCIA (arts. 134 INC. B) DE LA LEY N° 8.706 y 3 INC. B) DEL DECRETO N° 1023/01 DE LA NACION): este principio tiende a posibilitar la concurrencia entendida como libre posibilidad de participar en la selección del contratista sin coacción, tanto a lo referido al ingreso por propia iniciativa a la licitación como en el desenvolvimiento del proceso⁷⁴.

El principio implica la prohibición para la administración de imponer condiciones restrictivas que impidan el acceso a este procedimiento. Por ello resulta inadmisibles a inclusión en los pliegos de condiciones de cláusulas e carácter limitativo y restrictivo, pues conspiran contra la posibilidad de obtener la más amplia participación.

No obstante el principio no es absoluto. La normativa jurídica impone ciertas limitaciones, dado que el interés público exige un

⁷¹ Conviene tener presente que la Procuración del Tesoro de la Nación, ha considerado que los principios que informan la licitación pública no son exclusivos de esta, sino que le son aplicables, por extensión analógica o interpretativa, a los demás procedimientos de selección del cocontratante (PTN, Dictámenes: 199:119, III.2).

⁷² FARRANDO I, y MARTINEZ P, en “Manual de Derecho Administrativo”, Depalma, 1996, Bs. As., p.199.

⁷³ DROMI, Roberto, “Licitación...”, p. 127 y 131; CAPARROZ, Luciano, en “Los contratos administrativos y la valoración de sus principios”. LA LEY 25/09/2012, 25/09/2012, 5 - LA LEY2012-E, 411, Cita Online: AR/DOC/4894/2012.

⁷⁴ PTN, Dictámenes: 251:851; 248:231.

control de la capacidad de los concurrentes⁷⁵ (vg. Personas no habilitadas según el art. 28 del Decreto Delegado N° 1.023/01 de la Nación⁷⁶ y causales de exclusión de los arts. 136 de la Ley N° 8.706 y 135 del Decreto N° 1.000/15⁷⁷ -que establecen causales que im-

⁷⁵ DROMI, Roberto, "Licitación..", ob. Cit. P. 123/124.

⁷⁶ Art. 28 del Decreto N° 1.023/01 "PERSONAS NO HABILITADAS. No podrán contratar con la Administración Nacional: a) Las personas físicas o jurídicas que se encontraren sancionadas en virtud de las disposiciones previstas en los apartados 2. y 3. del inciso b) del artículo 29 del presente. b) Los agentes y funcionarios del Sector Público Nacional y las empresas en las cuales aquéllos tuvieren una participación suficiente para formar la voluntad social, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ética Pública, N° 25.188. c) (Inciso derogado por art. 19 de la Ley N° 25.563 B.O. 15/2/2002. Vigencia: a partir de su promulgación). d) Los condenados por delitos dolosos, por un lapso igual al doble de la condena. e) Las personas que se encontraren procesadas por delitos contra la propiedad, o contra la Administración Pública Nacional, o contra la fe pública o por delitos comprendidos en la Convención Interamericana contra la Corrupción.f) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido con sus obligaciones tributarias y previsionales, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación. g) Las personas físicas o jurídicas que no hubieran cumplido en tiempo oportuno con las exigencias establecidas por el último párrafo del artículo 8° de la Ley N° 24.156. h) Los empleadores incluidos en el Registro Público de Empleadores con Sanciones Laborales (REPSAL) durante el tiempo que permanezcan en dicho registro. (Inciso incorporado por art. 44 de la Ley N° 26.940 B.O. 2/6/2014).

⁷⁷ Obligatoriedad: Este Registro será de uso obligatorio para los organismos comprendidos en el Artículo 4 inciso a. de la Ley N° 8706. Además se invita a hacer uso del mismo a los organismos comprendidos en el inciso b. de dicho artículo. Prohibiciones para Inscribirse: no podrán inscribirse en el RUP las personas que: a. No estén legalmente capacitados para contratar. b. No posean certificado de cumplimiento fiscal expedido por la Administración Tributaria Mendoza. c. Posean sanción de suspensión en el RUP por el Órgano Rector del Sistema de Contrataciones y Gestión de Bienes, durante la vigencia de la misma. d. Hayan sido san-

piden inscribirse en el registro único de proveedores del estado-). Este principio tiene por objeto promover la máxima concurrencia entre los licitadores capacitados para la ejecución del contrato e implica que no se establezcan trabas u obstáculos a la participación de éstos que puedan ser reputados irracionales o arbitrarios.

Particularmente se trata de evitar que se utilicen requisitos para participar en la licitación o criterios de selección que favorezcan a determinados licitadores en detrimento de otros⁷⁸

El principio de concurrencia “asegura a la Administración Pública la participación de un mayor número de ofertas, lo cual le permite tener una más amplia selección, y estar en mejor posibilidad de obtener las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes”⁷⁹.

En concreto, es la posibilidad de elegir mejor lo que facilita la concurrencia, puesto que a mayor cantidad de oferentes, mayores

cionados con la pena de eliminación del RUPI. e. Los que continúen la persona de proveedores que estén sancionados con suspensión o eliminación, cuando existan indicios suficientes, por su gravedad, precisión y concordancia para presumir que media en el caso, una simulación con el fin de eludir los efectos de las sanciones impuestas a los antecesores. f. Los agentes y funcionarios del Sector Público Provincial. g. Las personas jurídicas con fines de lucro, en las cuales participen agentes o funcionarios del Sector Público Provincial y estos tengan participación social o cargos con facultad decisoria. La presente prohibición se extiende a los apoderados que representen al proveedor. h. Las personas físicas que hayan sido declaradas en quiebra. i. Las personas jurídicas que se hayan presentado o hayan sido declaradas en quiebra o liquidación. j. Estar registrado en el listado provincial de deudores alimentarios. k. Estar comprendido en el Registro de Obstaculizadores de Lazos Familiares según Ley 7644...”

⁷⁸ BAÑULS, José Antonio Ivars, “La Contratación de las Administraciones Públicas Ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público”, José Vicente Catalá Martí - Coordinador, Madrid, Editorial Thomson - Civitas, 2008, pág. 52.

⁷⁹ LUCERO ESPINOSA, Manuel Lucero, “La Licitación Pública”, México, Editorial Porrúa, 2009, pág. 112.

serán las opciones de escoger y, por ende, de obtener un elevado nivel de idoneidad del cocontratante, que satisfaga las expectativas del ente que llama a licitación⁸⁰.

Como bien se ha señalado, “con este principio se considera que, por un lado, se protegen los legítimos derechos de los particulares que reuniendo los requisitos establecidos por la Administración pretendan acceder al contrato público, constituyendo desde esta perspectiva una manifestación del principio de igualdad, y por otro, los intereses públicos, puesto que cuanto mayor sea la concurrencia competitiva, la Administración dispondrá de un mayor abanico de ofertas donde elegir aquella que satisfaga mejor sus intereses, obteniendo el mejor rendimiento a los fondos públicos empleados”⁸¹.

Esto significa la imposibilidad para el Estado de imponer cláusulas restrictivas irrazonables, arbitrarias o artificiosas que se encuentran dirigidas a eliminar de antemano a un determinado universo de oferentes que razonablemente podrían participar del procedimiento de selección.

En otras palabras, el principio trata de evitar restricciones en la concurrencia de manera que se impida la participación de licitadores interesados y capacitados en un procedimiento de adjudicación mediante el establecimiento de requisitos de carácter subjetivo⁸².

Igualmente el principio es contrario al establecimiento de criterios de selección de carácter subjetivo, arbitrario o irracional cuyo efecto sea el de predeterminar la adjudicación del contrato a

⁸⁰ COMADIRA, Julio Rodolfo, “La Licitación Pública”, Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, 2006.

⁸¹ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo García y FERNANDEZ, Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Madrid, Editorial Thomson - Civitas y LA LEY, 2006, T. I, pág. 112.

⁸² BAÑULS, José Antonio Ivars, “La Contratación de las Administraciones Públicas Ajustada a la Ley de Contratos del Sector Público”, José Vicente Catalá Martí - Coordinador, Madrid, Editorial Thomson - Civitas, 2008, pág. 53.

favor de los licitadores determinados que estén en posesión de ese criterio⁸³.

Es la posibilidad de elegir mejor lo que facilita la concurrencia, porque a mayor cantidad de oferentes, mayores serán las opciones de escoger, y por ende, de obtener un elevado nivel de idoneidad del cocontratante que satisfaga las expectativas del ente que llama a la compulsa⁸⁴.

Lo dicho no implica que en caso de que sólo se reciba una propuesta la licitación no pueda seguir su curso hasta la adjudicación y celebración del contrato, si aquella es admisible y conveniente, porque el desinterés que demuestran quienes habiendo podido participar y estando anoticiados del llamado no concurren a él está evidenciando que la oferta obtenida es la mejor a la cual puede aspirar la Administración⁸⁵.

Distinto es si el licitante pone trabas, condicionamientos o limitaciones que restrinjan irrazonablemente la participación de los interesados, porque, entonces, la concurrencia se encontraría estorbada no por la falta de postulantes, sino por el establecimiento de recaudos que no sólo frustrarían la oposición, sino que, además, atentarían contra la igualdad.

Sin embargo, el principio de concurrencia o de libertad de acceso a las licitaciones no es absoluto y, en consecuencia, no puede ser contratista cualquier persona, sino que se limita a aquellos que cuenten con los requisitos de personalidad, capacidad de obrar, solvencia, en su doble vertiente económica-financiera y técnica-profesional, y no se encuentren incurso en alguna de las causas de prohibición para contratar con los entes del sector público⁸⁶.

Juan Carlos CASSAGNE ha dicho que el principio de concurrencia posee una jerarquía superior a los demás principios. Por ello, cualquier duda debe resolverse a favor de este principio, que

⁸³ BAÑULS, José Antonio Ivars, ob. cit., pág. 53.

⁸⁴ ESCOLA, H.J., "Tratado de los contratos Administrativo", T I, cit. P. 334.

⁸⁵ COMADIRA, Rodolfo, "La ...", ob. cit. P. 100.

⁸⁶ BAÑULS, José Antonio Ivars, ob. cit., pág. 53.

“constituye la médula de todo el procedimiento licitatorio”⁸⁷, sin perjuicio de estimar que también debe respetarse la igualdad.

En cuanto a la presencia de este principio en el ordenamiento jurídico cabe indicar que el mismo ha sido receptado en casi todos los niveles normativos posibles.

En primer orden se podría citar el art. 9º de la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN⁸⁸, relativo a la contratación pública y gestión de la hacienda pública, el cual prescribe que: “[...] 1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia,[...] Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente y oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas [...]”

Por su parte el Decreto N° 1023/01, en su art. 3º determina que las contrataciones deben ajustarse a la promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes⁸⁹.

⁸⁷ CASSAGNE Juan Carlos, “LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA ESTATAL”, Ed. La Ley, Cita Online: AR/DOC/20840/2001.

⁸⁸ Ley N° 26.097 del 10/05/2006: “Art.1º Apruébese la CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN, adoptada en Nueva York, ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, el 31 de octubre de 2003, que consta de SETENTA Y UN (71) artículos, cuya fotocopia autenticada forma parte de la presente ley.”

⁸⁹ Mención especial merecen los considerandos del Decreto N° 1023/01, en especial el 15º, el cual indica: “Que resulta necesaria la supresión de regímenes especiales aprobados por ley, a los efectos de dar uniformidad a los procedimientos de selección que emplean los distintos organismos, eliminándose así la limitación que significa, para la concurrencia de ofe-

Finalmente, so riesgo de resultar sobreabundante, me atrevo a traer a análisis las disposiciones contenidas en la reciente Ley de Administración Financiera de Mendoza⁹⁰, que en su art. 134° indica que: “Los principios generales a los que deberán ajustarse los procedimientos de contrataciones de la Administración Provincial serán: [...] b. Concurrencia de interesados, promoción de la competencia y oposición entre oferentes, dando oportunidad de subsanar deficiencias no sustanciales, siempre que no se alteren los principios de igualdad y transparencia; [...]”⁹¹.

Parte de la doctrina administrativista ha sostenido que el principio de concurrencia poseería rango constitucional amparándose en las disposiciones contenidas en el art. 42° de nuestra Carta Magna. En palabras del maestro BALBIN⁹² la libre concurrencia garantiza la participación del mayor número posible de oferentes con el objeto de competir entre sí, en condiciones igualitarias, y permitir al Estado contratar en términos más favorables. Culmina tal exposición citando el art. 42° de la Constitución Nacional.

En este sentido las diversas técnicas legislativas han propuesto soluciones y mecanismos diversos, siendo uno de ellos la instauración de registros públicos de proveedores.

En principio la previa inscripción en un registro significa un recaudo de habilitación, como condición subjetiva para poder presentarse como oferente en un procedimiento licitatorio, siendo ésta una herramienta que le posibilita a la Administración cono-

rentes, la necesidad de conocer cada uno de los regímenes previo a la presentación de las ofertas, lo que encarece los costos de presentación y, en consecuencia, los precios que paga el Estado por los bienes y servicios que recibe.”

⁹⁰ Ley N° 8706/2014.

⁹¹ La derogada Ley de Contabilidad Pública de Mendoza (N° 3799) poseía una pauta orientativa de similares características indicando: “Art. 37.- El Poder Ejecutivo determinará las condiciones generales y particulares para las licitaciones de modo que favorezcan la concurrencia de la mayor cantidad posible de oferentes, el tratamiento igualitario de los mismos y el cotejo de ofertas y condiciones análogas.”

⁹² BALBIN Carlos F., ob. cit N° 4, pág. 517.

cer, previamente al llamado a licitación, el grado de suficiencia o insuficiencia de los oferentes. La idoneidad, capacidad técnica, moral, económica y financiera de los particulares queda acreditada con la inscripción registral pertinente.⁹³

En la Provincia de Mendoza, la Ley de Administración Financiera⁹⁴ dispuso la creación del Registro Único de Proveedores de Bienes y Servicios que deseen contratar con el Estado⁹⁵, determinándose que todas las personas físicas o jurídicas, pueden ser proveedores estatales, siempre que cuenten con capacidad para obligarse y que no se encuentren alcanzadas por las causales de inhabilitación.

La jurisprudencia ha validado sistemáticamente esta posición legal considerando que la inscripción registral supone haber acreditado los requisitos de idoneidad moral, técnica y económica⁹⁶.

⁹³ DROMI Roberto, ob cit. N° 7, pág. 319 y ss.

⁹⁴ Art. 135 de la Ley N° 8706/14: Créese el Registro Único de Proveedores, en el que se deberán inscribir los proveedores de bienes y servicios que deseen contratar con los órganos incluidos en la presente norma, donde se consignarán sus antecedentes legales, económicos y comerciales. Los procedimientos de inscripción deben ser simples, gratuitos, rápidos y asistidos conforme lo establezca la reglamentación. La tramitación de las respectivas inscripciones deberá realizarse en forma electrónica en la página Web de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes. El Decreto Reglamentario establecerá las funciones, requisitos y el uso del mismo. Art. 136. - Podrán contratar con la Administración Provincial todas las personas físicas o jurídicas con capacidad para obligarse y que no se encuentren alcanzadas por las causales de inhabilitación previstas en la reglamentación. Estos artículos han sido reglamentados por el art. 135 del Decreto N° 1000/15.

⁹⁵ La Ley N° 3799 -actualmente derogada- preveía la inscripción en un Registro Voluntario de Proveedores. Art. 37: "Se exigirá como condición para contratar con la Administración Pública, en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Municipalidades y otras personas de derecho público, demostrar su condición de inscripto en los impuestos nacionales y provinciales, en el sistema único de previsión social e inscripto en el Registro Voluntario de Proveedores dependiente de la Dirección de Compras y Suministros del Ministerio de Hacienda."

Asimismo se ha sostenido que la inscripción en el Registro de Proveedores del Estado no es un mero requisito formal sino un acto que otorga garantías de real cumplimiento de conocimiento de la materia, de las modalidades de contratación y de antigüedad del servicio. Así, cabe entender que la inscripción es una suerte de patente de idoneidad jurídica, técnica, económica y financiera para poder ejecutar la prestación objeto del futuro contrato, por eso se la ha denominado también “habilitación de los licitadores”, “calificación de los oferentes” o “condiciones subjetivas de los licitadores”.⁹⁷

En definitiva la licitación ha sido establecida como un procedimiento - regla general- en el cual la libre competencia y concurrencia de oferentes, con idoneidad y capacidad suficiente, haga obtener al Estado la mejor y más conveniente propuesta en la obtención de bienes o servicios.

De este principio pueden señalarse algunas consecuencias prácticas de trascendencia que deberían plasmar en la legislación y reglamentos que regulen los procedimientos licitatorios:

- la prohibición de incorporar en forma injustificada cláusulas “excluyentes” o “exclusivas” que deriven en el direccionamiento de la Licitación;

- la necesidad de efectuar presupuestaciones ajustadas a la realidad, acorde con la provisión del objeto licitado, para evitar que mediante asignaciones originalmente supresupuestadas, se desanime la participación de potenciales oferentes que luego se vean burladas por aumentos injustificados del presupuesto asignado al

⁹⁶ C.S.J.N, 27/02/1986, “ZUBDESA S. A.I.F.I. C. MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES”, Ed. La Ley, Cita Online: AR/JUR/1450/1986.

⁹⁷ S.C.J. BS. AS., 03/04/2008, “FEDERACIÓN DE CLÍNICAS, SANATORIOS, HOSPITALES Y OTROS ESTABLECIMIENTOS PRIVADOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES (FE.CLI.B.A.) S/ INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTS. 88 INC. “B”, 95 INC. “F” Y 98. REGLAMENTO DE CONTRATACIONES”, Ed. La Ley, Cita Online: 14/143959.

momento de adjudicar a oferente que superó en su propuesta el mismo⁹⁸;

- la aplicación de los conceptos derivados del principio de informalismo moderado a favor del administrado tratado precedentemente;

- la posibilidad de ampliar cantidades menores que distorsionen el objeto licitatorio original;

- la simplificación de los requerimientos de los pliegos, tanto en lo referido a las condiciones de los oferentes como en las cuestiones técnicas (las que deberán ajustarse a lo técnicamente razonable);

- en el caso de que se proceda a la venta de los pliegos de condiciones, los montos que se exijan deberán estar directamente relacionados con la trascendencia del objeto licitatorio y la capacidad de las empresas que puedan razonablemente cumplir con el mismo⁹⁹,

⁹⁸ Dictamen emitido en expte. N° 2239-D-2016-30093 “PUESTA EN VALOR CENTRO CIVICO DE LA CIUDAD DE MENDOZA”, N°1131/16, de Fiscalía de Estado, entre otros, en el cual se precisa que la sensible diferencia entre la presupuestación original y la que se propone ampliar para adjudicar puede resultar atentatoria de este principio.

⁹⁹ Dictamen emitido en expte. N°2317-D-2015-05179 –FISCALIA DE ESTADO –“APROCAM- SOLIC. INTERV. DE F.E. ANTE MUNICIPALIDAD DE LAS HERAS -REF. LICITACION N° 1034 -EXPTE. 1873-LE-14 CONCESION A LAS EMPRESAS DORISOL S.A. MERCOSUR LOGISTICA INTEGRAL S.A. EAG S.A. UTE POR IRREGULARIDADES”; N° 716/17, en el cual, frente a denuncias efectuadas por APROCAM, se expresó que: “... Cabe destacar que a los efectos de analizar la razonabilidad del precio del pliego de condiciones (y sin que ello importe manifestación respecto de la valoración que en su momento haya efectuado la autoridad competente) deberá siempre estarse a la razonable trascendencia y relevancia económica del objeto licitado (obra, bien o servicio), lo que es de práctica administrativa inveterada y cuya meri-

- igual parámetro se debería mantener al establecer la necesidad de “afianzar” las impugnaciones, conforme lo ha sostenido la S.C.J. provincial (contrario sensu) -validez en tanto sea razonable y proporcionado y no impida el ejercicio del derecho de defensa y petición-. Ha dicho el tribunal al respecto que: “...La exigencia de inmovilizar un monto equivalente al 40 por ciento de sus ofertas en un trámite licitatorio con el fin de que devenga admisible la impugnación del acto de adjudicación por vía recursiva traduce un obstáculo económico grave por desproporcionado, sobre el camino del acceso a la ley, dentro del procedimiento administrativo, constituye un obstáculo para el acceso a la justicia y ostenta incuestionable matiz de características proporcionalmente confiscatorias; lo cual no se compatibiliza con el libre ejercicio de los derechos de peticionar a las autoridades, de defensa en juicio y de propiedad, constitucionalmente garantizados (artículos 14, 17, 18 y 75 inc. 22 Constitución Nacional y artículos 10 y 16 Constitución Provincial)¹⁰⁰”.

En definitiva, la incorporación de precisiones al respecto, en especial el reconocimiento legal de la facultad de imponer los mencionados depósitos, pero también, la limitación de porcentajes autorizados, en el marco de la doctrina judicial señalada, permitiría la aplicación de un régimen específico y determinado a todos los supuestos de contrataciones, con fundamento legal y en el marco de los parámetros ya establecidos por la Suprema Corte Provincial, lo que desvirtuaría cualquier posibilidad de planteos en su contra.

tuación corresponde siempre a la Administración efectuar. En este caso conforme a las constancias de fs. 156 vta. la obra asciende a la suma de \$ 23.769.230, por lo que el valor del pliego representa menos del uno por ciento del total de la obra licitada... Esta Dirección no desconoce que existen regímenes legales que establecen un máximo para el precio del pliego, y que lo regulan en proporción al monto de la obra, pero claramente no es el caso traído a análisis toda vez que del estudio del plexo de normas vigentes al momento del llamado no existe tal tope o precio máximo de referencia...”

¹⁰⁰ Suprema Corte de Justicia de Mendoza; Establecimientos Metalúrgicos Dobe SCA c/Gob. De Mendoza p/APA”; (Nº 58.449, 21/09/98).

B) PRINCIPIO DE IGUALDAD (ART. 134 INC. E) DE LA LEY N° 8.706 y 3 INC. F) DEL DECRETO N° 1.023/01).

Los interesados en contratar con el Estado deben acceder al procedimiento de selección en condiciones de perfecta igualdad. Ella surge del artículo 16 de la Constitución Nacional y 7 de la Constitución de Mendoza, y que debe abarcar todos los estados de la contratación, desde su comienzo hasta la adjudicación y firma del contrato, y mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, ya que la Administración no podrá durante el desarrollo de la relación contractual, modificar indebidamente las bases licitatorias para favorecer ni para perjudicar a su contraparte¹⁰¹.

La igualdad constituye uno de los principios más importantes de la licitación pública, pues con base en él se asienta la moralidad administrativa que rige el procedimiento licitatorio.

En efecto, “si la licitación se basa en la competencia de varias propuestas presentadas para que la Administración Pública pueda seleccionar la más conveniente, la igualdad se manifiesta en el sentido de que sólo es posible una real confrontación entre los oferentes, cuando éstos se encuentran colocados en igualdad de condiciones, sin que existan discriminaciones o tolerancias que favorezcan a unos en perjuicio de otros”¹⁰².

A su vez, como bien ha dicho Salomoni, puede sostenerse que el principio de igualdad abarca dos etapas claramente diferenciales. La primera de ellas se caracteriza por la obligación de la Administración de mantener en un pie de total igualdad los derechos y obligaciones de los participantes.

Ello fulmina de nulidad tanto la actividad estatal de favoritismo hacia alguno o algunos de los participantes, como la consideración de las ofertas que no hayan cumplido acabadamente con todos y cada uno de los requisitos emergentes de la documentación de la licitación.

¹⁰¹ COMDIRA, Julio R., ob. cit., pág. 63.

¹⁰² ESPINOSA, Manuel Lucero, “La Licitación Pública”, México, Editorial Porrúa, 2009, pág. 112.

Por consiguiente, la Administración no puede conceder prerrogativas o privilegios a unos y negar arbitrariamente derechos a otros, siendo el contenido de los pliegos decisorio para lograr el pleno y cabal cumplimiento de dicha exigencia.

En cambio, la segunda etapa transcurre desde la suscripción del contrato hasta su respectiva terminación, y supone como regla y principio general, la imposibilidad de modificar los derechos establecidos para las partes en el contrato, aún más allá de un supuesto acuerdo de voluntad de las partes, ya que, como es sabido, “en el Derecho Administrativo, el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, queda desplazado a un segundo lugar, por el respeto y el cumplimiento a las fórmulas y mandatos preestablecidos normativamente¹⁰³.”

La igualdad en el procedimiento debe materializarse especialmente a través de las previsiones de los pliegos de condiciones que regirán el mismo, los que deben establecer reglas generales e impersonales que mantengan fielmente el principio de igualdad, por lo que no pueden fijarse cláusulas determinantes de circunstancias subjetivas, ni señalar marcas de fábricas o rótulos comerciales preferenciales, sin embargo, ello no excluye que se puedan establecer preferencias razonables a favor de determinadas categorías de oferentes¹⁰⁴ (como ocurre por ej: con la preferencia instaurada en favor del “Compre Trabajo Argentino, Ley N°25.551; con el fomento para las pequeñas y medianas empresas previsto en la Ley N°25.300, o con la prevista en el art. 147 de la Ley N°8706 de la Provincia de Mendoza y 147 del Decreto Acuerdo N°1.000/5, en relación al “Compre Mendocino”).

Sin embargo, lo antes expuesto, no debe ser interpretado como una regla absoluta, ya que, en determinados supuestos, la Administración puede modificar las bases del contrato originario, aun

¹⁰³ SALOMONI, Jorge Luís, ob. cit., pág. 108. Ver igualmente “Espacio S.A. c/Ferrocarriles Argentinos s/cobro de pesos”, CSJN 1993/12/22, JA, 1994 - III - 337, Fallos 316:3157; y “El Rincón de los Artistas S.R.L. c/Hospital Nacional Profesor A. Posadas y otro”, CSJN 2003/09/30, LA LEY del 3/03/2004, pág. 9.

¹⁰⁴ DROMI, Roberto, “Licitación...”, ob. cit. P. 134.

cuando ella genere beneficios no previstos inicialmente para el contratista, siempre que el cambio responda a necesidades objetivas de interés público, surgidas con posterioridad a la celebración del contrato, y se pueda demostrar fehaciente e inequívocamente, la inexistencia, no solo de oferentes, sino, incluso, de otros potenciales proponentes, en condiciones de invocar fundadamente que la modificación afecta su derecho a la igualdad¹⁰⁵.

Tampoco se vería afectada en principio la igualdad, si después de concluido el contrato, se elevaran los precios a favor del adjudicatario por razón de mayores costos. Con ello no se verían necesariamente perjudicados los demás proponentes, pues si alguno de ellos hubiese ganado la licitación también habría podido recurrir a la teoría de la imprevisión¹⁰⁶.

La PTN ha afirmado al respecto que: "...para analizar si un determinado acto de la administración resulta o no violatorio del mencionado principio de igualdad, la ponderación jurídica debe efectuarse en consideración de las circunstancias particulares que lo motivan y le dan origen... Por tanto, considero que deben equilibrarse armónicamente ambos valores, a saber; por un lado el principio de igualdad en mira a la situación de los oferentes, y, por otro, aquel mismo principio y su debido respeto, frente a razones de bien común, de interés general, que animan el accionar de la administración... Es dable admitir que el tratamiento especial o beneficio que se puede conceder a un adjudicatario, ante nuevas circunstancias ocurridas tiempo después de producida la adjudicación, habría de ser el mismo que se hubiera otorgado a otro oferente -de haber resultado cocontratante de la administración- en similar situación..."¹⁰⁷.

La doctrina ha sostenido que la ley debe ser igual para los iguales en igualdad de circunstancias, con lo cual se examina la categoría normativa hacia adentro, para evaluar si a alguno de los integrantes de aquella se los excluye del goce de los derechos que se les reconocen a otros. Una garantía mayor de la igualdad exige

¹⁰⁵ COMADIRA, Julio R., ob. cit., pág. 93.

¹⁰⁶ DROMI, Roberto, "Licitación...", ob. cit. P. 135.

¹⁰⁷ PTN, Dictámenes, 159:326; 164:82; 202:48.

un análisis de razonabilidad más intenso para controlar las pautas con las que se construyeron las categorías.¹⁰⁸

Los ordenamientos jurídicos vigentes -nacional y provinciales- han receptado expresamente la inclusión de los principios jurídicos que oportunamente tuvieron origen consuetudinario y/o jurisprudencial. En tal sentido es obligatoria la cita en los arts. 3º inc. “f” del Decreto N° 1023/01¹⁰⁹ y 134º incs. “b” última parte y “e” de la Ley N° 8706/14¹¹⁰, en virtud de los cuales el mandato legislativo es claro e inequívoco.

Debe primar en todo proceso de contratación administrativa - licitación pública, privada, contratación directa, concurso, remate subasta pública, etc.- un trato no discriminatorio entre todos los interesados en participar. Así es que dicha regla de conducta, que prima facie apuntaría hacia el comportamiento de los funcionarios públicos intervinientes en el proceso, no solo debe estar presente en el acto de convocatoria y/o recepción de ofertas, sino que también se lo debería encontrar en cada uno de los pasos procedimentales que se apliquen.

De un modo meramente enunciativo se podrían enumerar los diversos supuestos en los que el principio de igualdad se vislumbra, a saber:

¹⁰⁸ GELLI, “CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, COMMENTADA Y CONCORDADA”, Tercer Edición Ampliada y Actualizada, Ed. La Ley, Año 2003, pág. 136.

¹⁰⁹ Art. 3.- Principios generales. Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, serán: [...] f) Igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

¹¹⁰ Art. 134. - Los principios generales a los que deberán ajustarse los procedimientos de contrataciones de la Administración Provincial serán: b. Concurrencia de interesados, promoción de la competencia y oposición entre oferentes, dando oportunidad de subsanar deficiencias no sustanciales, siempre que no se alteren los principios de igualdad y transparencia; [...] e. Igualdad de tratamiento para los oferentes.

- en la redacción de los pliegos de condiciones particulares y de condiciones técnicas, procurando no establecer condiciones que hagan que un gran número de sujetos no puedan ofertar (este aspecto se vincula muy íntimamente con el principio de concurrencia).

- En el mantenimiento de instancias secretas -ofertas en sobre cerrado- y en la publicidad pertinente una vez que operó el acto de apertura de ofertas, nada más desigual que brindar información secreta y/u ocultar datos que han tomado carácter público.

- En los pedidos de mejoras de ofertas y aclaraciones.

- En el análisis y dictamen de la Comisión de Pre adjudicación. Quizás este sea el momento más determinante en cuanto a trato igualitario se refiere. Nunca más importante que el estudio que la Comisión realiza de cada una de las ofertas, lo sean en condiciones de igualdad, y con criterios uniformes, pre-establecidos, y tabulados. El análisis de oportunidad, mérito y conveniencia, que a todo profesional de las ciencias jurídicas, asesor del Estado, se nos tiene casi prohibido opinar¹¹¹, resulta el meollo central de la igualdad entre oferentes.

- En el tratamiento administrativo de las eventuales impugnaciones u observaciones que se formulen.

- En la subsanación de defectos formales no esenciales.

¹¹¹ Conforme doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante P.T.N.): “[...] no entra a considerar los aspectos técnicos de las problemáticas planteadas, por ser ello ajeno a su competencia. Su función asesora se encuentra restringida al análisis de las cuestiones de derecho y su aplicación al caso concreto, quedando libradas las apreciaciones sobre cuestiones técnicas a la autoridad administrativa con competencia en la materia [...]” (PTN, Dictámenes; 259:233; 245:359, 381).//

- En la ulterior invitación a los mismos oferentes en caso de procedimientos licitatorios fracasados; etc.

- Se traslada también a la ejecución el contrato, ya que en principio no pueden introducirse cláusulas en el mismo que no tengan fundamento en los Pliegos de Condiciones¹¹² ni modificarse las cláusulas pactadas contractualmente¹¹³), salvo casos excepcionales (interés público objetivo, mayores costos por imprevisión justificada, hecho del príncipe o de la administración, etc.)

La jurisprudencia resulta concordante con lo hasta aquí expuesto respaldando el trato igualitario entre el Estado y los oferentes, y entre éstos últimos entre sí, sancionando con la nulidad de las actuaciones administrativas todo lo que pudiese implicar una trasgresión y/o violación del principio de inmodificabilidad de las condiciones de contratación.

En dicho sentido se podría citar el fallo “PLAYAS DE LA BAHÍA S.A.”¹¹⁴, en donde la Municipalidad de General Pueyrredón -Mar del Plata- llamó a licitación pública para la concesión

¹¹² Ver caso “Schmidt c/Provincia de Mendoza” -24/11/37 (CSJN).

¹¹³ Ver en este sentido Dictamen N°489/17, emitido en expte. N° 3030-D-2012-30093- “CONSTRUCCIÓN EDIFICIO PARQUE TECNOLÓGICO – GODOY CRUZ – T.I.C.” En el mismo se rechazó la posibilidad de modificar el coeficiente de impacto sobre el último certificado de obra, por cuanto ello importaba alterar el principio de igualdad. Se expresó en el mencionado dictamen en parte pertinente que: “...La Procuración del Tesoro de la Nación, ha entendido igualmente, que, los pliegos de condiciones son, en principio, inmodificables luego de llamado a licitación y con mayor razón, luego de la adjudicación, admitiendo al respecto excepciones (en ambas situaciones) que justificarían tal accionar y que deben estar fundadas en razones de estricta conveniencia pública o interés general, con base en la necesidad de cumplimentar los objetivos del Estado, que deben ser los del conjunto de la sociedad (lo que no puede verse obstado por un excesivo rigorismo interpretativo en el alcance de las garantías individuales -conf. Dict. 164:82; 202:48), en tanto las mencionadas alteraciones respondan a causas generales y estableciendo como límite a este accionar el de la “razonabilidad” administrativa...”

de las Unidades Turísticas Fiscales “Playa Varese” y “Cabo Corrientes”. En el acto de apertura de sobres, se declaró inadmisibles la oferta presentada por una firma, por haber incumplido con la obligación de adjuntar el certificado de anotaciones personales de inhibición de su director titular. Posteriormente, la Administración realizó la adjudicación a favor de otra empresa oferente. La oferente disconforme promovió demanda de nulidad contra los actos administrativos que rechazaron por inadmisibles la oferta presentada y contra la resolución de adjudicación. La Cámara interviniente resolvió confirmar la sentencia de primera instancia, que rechaza el planteo del oferente disconforme, y dejó de manifiesto que: “[...] Es que, tal como quedara corroborado, al momento de dar comienzo la Administración al acto de recepción y apertura de ofertas (15-12-2004) el Sr. Ciancaglini se encontraba afectado por medidas de inhibición para vender y grabar bienes, circunstancia que tornaban inhábil a la firma accionante para ofertar válidamente. [...] Menos aún, cabría validar que la presentación de una certificación notarial -que acredita la existencia de un trámite pendiente ante el Registro de la Propiedad provincial [...]] lo que tornara el incumplimiento en la postulación de la oferta como “un defecto formal subsanable”. Tolerar la postura de la accionante importaría desconocer que la concurrencia de los aspirantes a la contratación debe concretarse en un pie de igualdad, de manera que todos estén sujetos a idénticos requisitos. Por ello mal podría apelarse al principio del formalismo moderado -atendiendo a la naturaleza propia del procedimiento licitatorio- si con ello se terminan otorgando facilidades a unos que se les niegan o no reconocen a otros, en igualdad de circunstancias. [...] Repárese que el excesivo rigorismo formal -defecto que la accionante imputa a la Administración- se materializa cuando el intérprete se abraza a una estructura adjetiva ausente de contenido, cuando no busca la custodia del derecho material, sino la forma por la forma misma, olvidando que ésta, desvinculada del derecho sustantivo

¹¹⁴ C.A.CONT.AD., Mar del Plata, 19/04/2012, “PLAYAS DE LA BAHÍA S.A. C. MUNICIPALIDAD DE GENERAL PUEYRREDON S/PRETENSIÓN ANULATORIA”, Ed. La Ley, Cita Online: AR/JUR/20623/2012.

al que accede carece de razón [...] la actuación estatal dista de configurar tal vicio desde que, resultan ser la igualdad y la concurrencia en el procedimiento licitatorio las garantías sustanciales que ha pretendido salvaguardar la Administración al exigir el férreo cumplimiento de las formas esenciales de la contratación fijadas en el P.B.C. –generales [...].”

Por otra parte se encuentran pronunciamientos judiciales que avisaron un tratamiento desigual, una vez producido el acto de adjudicación del procedimiento de contratación. En caso GOYOAGA, NILDA A. C. INSTITUTO PROVINCIAL DE LOTERÍAS Y CASINOS¹¹⁵ se dijo: “[...] Es procedente la acción contencioso administrativa incoada por la postulante desplazada, debiendo declararse la nulidad de la adjudicación del concurso destinado a la obtención de permisos para la explotación de juegos de azar resuelta por el Instituto Provincial de Lotería y Casinos de la Provincia de Buenos Aires, en tanto las modificaciones de las condiciones contenidas en la oferta de la firma ganadora -en el caso, la Comisión Evaluadora le dio la posibilidad de ampliar los metros cuadrados del local en la precalificación-, una vez presentada la propuesta y cumplidos los requisitos establecidos en el Pliego de Bases y Condiciones, traduce un obrar que excede el marco de lo discrecional para pasar al terreno de lo arbitrario, lo cual es insusceptible de convalidación judicial [...] la Comisión Evaluadora le otorgó en la precalificación a la firma ganadora la posibilidad de aportar nuevos informes que provocaron la ampliación de los metros cuadrados del local que ofreció, implica formular una mejora de su oferta y por lo tanto el reconocimiento de una ventaja especial al adjudicatario, sin que ello hubiere sido reconocido a otros oferentes [...].”

Pero más curioso puede resultar ser como un trato desigual se puede presentar en la etapa de ejecución de un contrato administrativo. Y en lo relativo a ello cabe citar el fallo de la Corte Nacional JOSÉ CARTELLONE C.C.S.A. C. DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD¹¹⁶.

¹¹⁵ C.A.CONT.AD., La Plata, 10/05/2007, “GOYOAGA, NILDA A. C. INSTITUTO PROVINCIAL DE LOTERÍAS Y CASINOS”, Ed. La Ley, Cita Online: AR/JUR/1609/2007.

En el mencionado caso, la empresa constructora JOSÉ CARTELLONE C.C.S.A., tenía a su cargo, conforme el contrato oportunamente celebrado con la D.N.V., la realización de una ruta. En la etapa de ejecución de obra, la contratista reclamó mayores costos por lo que debió afrontar para obtener agua suficiente para la obra, frente a la disminución extraordinaria e imprevisible de lluvias en la zona. Llegados los autos a la Corte de Justicia Nacional, ésta confirmó el rechazo del planteo formulado en base a los siguientes argumentos: “[...] Cabe confirmar la sentencia que rechazó los mayores costos reclamados por la firma actora -derivados de la falta de agua en la zona de obra- toda vez que aquélla debió obrar con pleno conocimiento de las cosas al celebrar el contrato -art. 902, Cód. Civil-, en cuanto la magnitud de los intereses en juego le imponía actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiera incidir negativamente en el resultado económico del convenio, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar -art. 512, Cód. Civil- [...] No corresponde aceptar el reclamo de mayores costos -en el caso, derivados de la obtención de agua para la construcción de la obra-, si ellos tuvieron origen en la falta de previsión del contratista, pues se atentaría contra el principio de igualdad de los oferentes que debe presidir toda contratación administrativa. [...] En efecto, Capdevila Empresa Constructora S.A. fue la única firma interesada que previó en su oferta el costo del transporte tanto para el regado como para la elaboración de hormigones, en tanto que la empresa demandante -y otras cinco oferentes- tuvieron en cuenta los equipos sólo para el regado sin haber considerado el transporte del agua (ver peritaje, en especial fs. 204 vta./205) [...]”.

Por último, cabe señalar y remarcar que las consecuencias PRÁCTICAS más destacables que derivan del principio de igualdad, sumado al de concurrencia, serían las siguientes:

¹¹⁶ C.S.J.N., 12/08/2003, “JOSÉ CARTELLONE C.C.S.A. C. DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD”, Ed. La Ley, Cita Online: AR/JUR/6607/2003.

- La prohibición de cualquier cláusula o condiciones discriminatorias, que pudieran incluirse en los pliegos de bases de la contratación, de las que pudiera derivarse, “de iure o de facto”, situaciones discriminatorias o prácticas restrictivas según el domicilio, la lengua, la experiencia regional, la ubicación de instalaciones, depósitos o talleres en el territorio de cada circunscripción, tipologías o marcas, especificaciones técnicas, etc., que no respondieran a necesidades concretas del contrato. Queda, pues, prohibida toda práctica de la cual pueda derivarse un trato de ventaja o privilegio para unas empresas respecto de otras”.

- Prohibición de presentar varias ofertas por un mismo oferente. Es necesario que se mantenga la prohibición de que un licitador presente diferentes proposiciones. Ello ha de extenderse al supuesto en que esta presentación se efectúe mediante empresas participadas o dominadas, en la medida que pueda constituir una restricción de la competencia, ya que pueden representar un único centro de imputación final”.

- Prohibición de introducir en el contrato alteraciones sustanciales después de la adjudicación. Los principios de publicidad y concurrencia en la celebración de los contratos administrativos, quedarían falseados si con posterioridad a la adjudicación se realizan modificaciones que entrañen una alteración sustancial de las prestaciones que constituyen su objeto”.

-”Prohibición de contratos con artificial amplitud de objeto o con artificial división en lotes de un mismo objeto. La acumulación innecesaria de objetos en un mismo contrato supone un atentado contra los principios de concurrencia y libre competencia en la contratación pública. Los contratos tienen que ser planteados de modo que cada una de las prestaciones objeto de los mismos sea adquirida por la Administración Pública en las mejores condiciones de precio, calidad y seguridad. Tan artificial y, por tanto, ilegal, es el fraccionamiento del contrato cuando la naturaleza de su objeto no lo aconseje como la acumulación en un único contrato,

con altísimos presupuestos, de objetos que podrían ser adjudicados individualmente o contratos de objeto más reducido”.

- “Para que exista una efectiva concurrencia en la contratación pública, los criterios objetivos de valoración que han de servir de base a la adjudicación del concurso deben ser claros y precisos. Deben evitarse tanto los criterios excesivamente genéricos -que no vinculan en nada a la Administración-, como los excesivamente específicos, que pueden predeterminar al adjudicatario”.

- “Particularmente graves son aquellas cláusulas que impiden o dificultan el acceso a la contratación, bien porque establezcan criterios de territorialidad o vecindad para participar en procedimientos de adjudicación, bien porque exijan la clasificación de licitadores cuando la ley no lo exige, o bien porque se exija a los licitadores una determinada forma jurídica para participar y concurrir a los procedimientos de adjudicación”.

C) PRINCIPIO DE PUBLICIDAD (ART. 134 INC. B) DE LA LEY 8.706 Y ARTS. 3 INC. E), 9, 18, 22 Y 32 DEL DECRETO DELEGADO N° 1.023/01): este principio trata, igualmente, de favorecer la máxima concurrencia competitiva en beneficio de los aspirantes a contratista, procurando el conocimiento suficiente, a través de la publicidad contractual, del objeto del contrato y de las restantes condiciones del mismo para que el potencial licitador pueda decidir si participa o no en la licitación convocada y las condiciones que ofrece a la Administración, en función de las necesidades de ésta, por lo que este principio se encuentra directamente vinculado con el de la transparencia¹¹⁷.

Entiendo que el principio en tratamiento posee dos aspectos diferenciales que están íntimamente ligados pero merecen su análisis independiente:

a) PUBLICIDAD CONVOCATORIA: referido específicamente a la necesidad de que se utilicen todos los medios para que el pro-

¹¹⁷ BAÑULS, José Antonio Ivars, ob. cit., pág. 53.

cedimiento de convocatoria llegue a la mayor cantidad de potenciales oferentes posible, como aspecto esencial del procedimiento licitatorio.

En este sentido, entiende DROMI que la publicidad y de suyo, la difusión, es un valor instrumental, íntimamente unido al valor transparencia, del cual participa.

En cuanto al principio general del procedimiento administrativo, se manifiesta en forma especial en la licitación pública, procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad administrativa.

Considera que desde el llamado a Licitación, la publicidad significa la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia en un contexto de transparencia¹¹⁸.

Es importante en consecuencia señalar, que la publicidad de las contrataciones administrativas no debe limitarse pura y exclusivamente a las publicaciones legales¹¹⁹ ya que dicho principio debe ser interpretado en un sentido omnicompreensivo, total y absolutamente identificado con la transparencia, y tendiente a poner a disposición de la sociedad, en forma directa, toda la información atinente a los contratos administrativos, a su objeto, a sus condiciones, a su monto y a la empresa contratista¹²⁰.

b) PUBLICIDAD CONOCIMIENTO: se da en relación al desarrollo del procedimiento licitatorio, y tiene por objeto que los oferentes, y en general, los administrados, puedan conocer en todo momento, el estado procedimental y el contenido de las actuaciones para ejercer sus prerrogativas como interesados legítimos o incluso, como simples interesados (control social de las adquisiciones del estado), salvo excepciones legal y debidamente fundadas¹²¹.

¹¹⁸ DROMI, Roberto, en "Licitación...", ob. cit. p. 130.

¹¹⁹ MAIRAL, Héctor A., "Licitación Pública", Buenos Aires, Editorial Depalma, 1978, pág. 29.

¹²⁰ IVANEGA, Miriam Mabel, "Aspectos de la Licitación Pública", en Revista de Derecho Público de Rubinzal Culzoni, 2006 - 1, pág. 133.

Durante el desarrollo del procedimiento, la publicidad implica que la licitación debe efectuarse en forma pública. En este sentido, gran parte de los actos y hechos del procedimiento licitatorios son abiertos al público en general y a los licitadores en particular como sucede con la apertura de las ofertas¹²².

En este orden de ideas, la publicidad, desde este punto de vista, se trata del acceso por parte de los interesados a una información exhaustiva sobre todo lo referente a la licitación de que se trata, lo cual requiere la publicidad de los aspectos relevantes del futuro contrato a efectos de permitir una mayor concurrencia de oferentes, el libre e irrestricto acceso de los oferentes a las propuestas de sus competidores una vez producido el correspondiente acto de apertura de propuestas, y a las actuaciones administrativas gestadas a tal efecto, y una amplia y profusa, formal y material, publicidad de todo lo referente y relativo al procedimiento selectivo y al contrato ya celebrado¹²³.

La importancia de este principio es obvia, ya que la publicidad tiende a resguardar que todo se hará correctamente¹²⁴.

En cuanto a ello, no debe perderse de vista que la evolución tiene como punto de partida la idea de que la información administrativa debe estar a disposición del público en general, excepto aquella que expresamente la ley indique que deba mantenerse en secreto o reservada¹²⁵.

Esta faceta de la publicidad, hace al necesario control del procedimiento por parte de los participantes y de la sociedad toda y se conjuga, vía derecho a la información, con el principio de transparencia.

¹²¹ Puede darse la reserva de las actuaciones en determinadas etapas procedimentales, tales como el momento de análisis de ofertas por la correspondiente comisión, o por razones estrictamente legales, como cuando está involucrado el secreto de las mismas.

¹²² DROMI, Roberto, en "Licitación...", ob. Cit. p. 131.

¹²³ SALAMONI, Jorge Luis, ob. cit., págs. 101/105.

¹²⁴ MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1995, T. III - A, pág. 202.

¹²⁵ MORENO, Diego, ob. cit., pág. 179.

En palabras de María Angélica GELLI¹²⁶: “...La contratación pública debe ser transparente para evitar la corrupción administrativa. El deber pesa sobre ambos contratantes y facilita la participación ciudadana en el control, mediante el acceso a la información pública. [...] El derecho fundamental de acceso a la información tiene, en materia de contratación pública, un papel relevante. Precisamente, porque el conocimiento, la divulgación de las acciones estatales pueden favorecer los controles y las rectificaciones necesarias.”

En sentido complementario a lo expuesto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un reciente pronunciamiento ha dicho que: “[...] Para asegurar la publicidad de los actos de gobierno que caracteriza a un sistema republicano y garantizar el correlativo derecho a la información, en el caso de los beneficios de planes de ayuda social, no resulta suficiente con dar a conocer las normas que establecieron programas sociales, las partidas de presupuesto ejecutadas en ese marco o información estadísticamente cuantitativa relativa al número total de los beneficiarios, por el contrario, la publicidad debe atravesar todas las etapas del accionar público y decantar desde la norma general a todo lo que hace a su instrumentación particular, ya que solo así es posible prevenir en forma efectiva la configuración de nichos de impunidad. [...] Tratándose de información de carácter público, que no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina, la legitimación para presentar solicitudes de acceso debe ser entendida en un sentido amplio, sin necesidad de exigir un interés calificado del requirente, es decir que la sola condición de integrante de la comunidad resulta suficiente para justificar el pedido, pues el acceso a la información tiene como propósito coadyuvar a que los integrantes de la sociedad ejerzan eficazmente el derecho a saber, por lo que el otorgamiento de la información no puede depender de la acreditación de un interés legítimo ni de la exposición de los motivos por los que se la requiere [...]”¹²⁷.

¹²⁶ GELLI, María Angélica, “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES”, La Ley, 19/05/2014, Cita Online: AR/DOC/1544/2014.

Debemos recordar además que la Argentina ha aprobado por Ley N° 26.097, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que determina que transita en este mismo sentido, en tanto prevé que: “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia, criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas” (art. 9° apartado I inciso a); la Convención Interamericana Contra la Corrupción, aprobada en la Argentina por Ley N° 24.759, en cuanto dispone que: “A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas” (art. III apartado 5°).

El Régimen Nacional de Contrataciones del Estado recepta estos principios, en igual sentido que los principios anteriormente analizados, dando comienzo a su reglamentación en el art. 3° incs. “c” y “d” del Decreto N° 1023/01. Numerosos son los artículos en donde se conjuga la publicidad con la transparencia¹²⁸, buscando como objetivo final evitar conductas corruptas o que promuevan

¹²⁷ C.S.J.N, 26/03/2014, “CIPPEC C. ESTADO NACIONAL -MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL- DTO. 1172/03 S/ AMPARO LEY 16.986”, Ed. La Ley, Cita Online: AR/JUR/2946/2014. Citado también por GELLI, ob. cit. N° 42.

el favoritismo entre los funcionarios públicos y los oferentes o intervinientes del procedimiento de contratación.

¹²⁸ Decreto N° 1023/01: Art. 9.- Transparencia. La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas. Asimismo, teniendo como base el principio de transparencia, la apertura de las ofertas siempre se realizará en acto público, siendo ello también aplicable a las contrataciones públicas electrónicas. (Párrafo incorporado por decreto 666/2003, art. 4). - Art. 18.- Revocación de los actos administrativos del procedimiento de contratación. La comprobación de que en un llamado a contratación se hubieran omitido los requisitos de publicidad y difusión previa, en los casos en que la norma lo exija, o formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo fuera factible por determinado interesado u oferente, de manera que el mismo esté dirigido a favorecer situaciones particulares, dará lugar a la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre, y a la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes. - Art. 22.- Regulación. La reglamentación establecerá la regulación integral de las contrataciones públicas electrónicas, en particular el régimen de publicidad y difusión, lo referente al proceso electrónico de gestión de las contrataciones, los procedimientos de pago por medios electrónicos, las notificaciones por vía electrónica, la automatización de los procedimientos, la digitalización de la documentación y el expediente digital. Art. 32.- Publicidad y difusión. La convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones y concursos públicos que no se realicen en formato digital, deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno por el término de dos (2) días, con un mínimo de veinte (20) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura, computados a partir del día siguiente a la última publicación. En los casos de contrataciones que por su importancia, complejidad u otras características lo hicieran necesario,

En el caso de la Provincia de Mendoza se ha producido una modificación cuestionable, relativa a que el actual Régimen de Contrataciones, previsto en la Ley de Administración Financiera de Mendoza, atento a que se ha eliminado (para la mayoría de las Licitaciones Públicas¹²⁹) el requisito de publicidad que anteriormente se le daba a los procedimientos licitatorios,¹³⁰ mediante la publicidad en el Boletín Oficial¹³¹.

deberán ampliarse los plazos de antelación fijados, en las condiciones que determine la reglamentación. [...].

¹²⁹ El art. 142 del Decreto Acuerdo N°1000/15, prevé la publicación en el B.O. solo en los casos de "...2. Licitación Pública y Licitación Pública de Convenio Marco: en los supuestos de licitaciones cuyo monto supere las veinticinco (25) veces al monto establecido en la Ley de Presupuesto Provincial para la contratación directa, se publicará como mínimo una (1) vez, en la página Web de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes, durante 20 (veinte) días corridos o doce (12) días hábiles, el mayor. Además deberá publicarse una vez en el Boletín Oficial de la Provincia de Mendoza, sin perjuicio de otros medios de publicación que el funcionario competente considere conveniente. Ambas publicaciones se realizarán en forma simultánea...".

¹³⁰ El art. 33 Ley N° 3799 (derogada), determinaba que los llamados a licitación pública o remate se publicarán durante un (1) día como mínimo en el Boletín Oficial y en un diario de gran circulación del lugar donde se efectúe la apertura, sin perjuicio de otros medios que se consideren convenientes para asegurar la publicidad del acto. Las publicaciones de las licitaciones públicas se harán con una anticipación mínima de ocho (8) días a la fecha de apertura a contar desde la última publicación o con treinta (30) días si debe difundirse en el extranjero.

¹³¹ El Artículo 142 de la ley N°8.706, obliga a convocar como mínimo una (1) vez en la página Web de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes, sin perjuicio de otros medios que se consideren convenientes según la naturaleza del procedimiento y para asegurar el principio de publicidad del mismo. Estas publicaciones deberán efectivizarse de la siguiente forma: con una antelación mínima de ocho (8) días corridos a la fecha de apertura a contar desde el día siguiente a la última publicación y sin contar el día de la apertura, para el supuesto de las

El mencionado régimen legal, luego de receptor a la publicidad y transparencia como principios rectores en materia de contratación administrativa¹³², determina que la convocatoria a licitación pública, y mecanismos complementarios, debe publicarse como mínimo una vez en la página Web de la Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes.¹³³

El sistema legal deja a criterio del Órgano Licitante, cuando este lo considere conveniente, la implementación de otros medios que según la naturaleza del procedimiento aseguren el principio de publicidad del mismo.

En este contexto el órgano Rector (Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes) ha emitido las Disposiciones Nros. 374/16 y 652/16 en las cuales se precisan los plazos y medios por los cuales deben efectivizarse las publicaciones requeridas y aquellos supuestos en que las mismas no son necesarias para dotar de validez a la adquisición (ej. Convenios entre entidades estatales, etc.).

c) TRANSPARENCIA (art. 134 inc. c) de la Ley N° 8.706 y arts. 3 inc. c, 9 y 17 del Decreto Delegado N°1.023/01): El principio de transparencia se encuentra encaminado a conseguir la máxima igualdad entre los licitadores, facilitándoles los datos necesarios

licitaciones públicas nacionales, y con una antelación mínima de veinte (20) días corridos, computadas de igual forma, para el supuesto de Licitaciones Públicas que requieran difusión Internacional. Para el caso de publicaciones en el Boletín Oficial, exceptúa a los órganos licitantes del pago del canon correspondiente. La publicación Web debe poder consultarse permanentemente durante la vigencia del proceso licitatorio. El art. 142 del Decreto Acuerdo N°1.000/15 prevé la publicación en el Boletín Oficial solo para las Licitaciones que superen 25 veces el monto previsto en la Ley de Presupuesto para las contrataciones directas.

¹³² Art. 134° incs. “c” y “d”, de la Ley N° 8.706.

¹³³ Art. 142° de la Ley N° 8.706. En este caso la publicación debe realizarse con una antelación mínima de ocho días corridos de la fecha de apertura de sobres a contar desde el día siguiente a la última publicación y sin contar con el día de apertura.

para participar en la licitación, especialmente los referidos a los requisitos de capacidad y solvencia exigidos a los licitadores y los criterios de selección del contratista.

Este principio es complementario del de publicidad y concurrencia, persigue la actuación objetiva de la Administración en el procedimiento de contratación, preservando la igualdad de trato a todos los licitadores, considerándose a una exigencia impuesta a la Administración derivada del principio de igualdad que debe mantenerse durante todo el procedimiento de selección del contratista¹³⁴ y de su posterior contrato.

Así mismo, el principio obliga a suministrar la máxima información a los licitadores no sólo de los pliegos y documentación complementaria, sino en relación con las decisiones adoptadas en la celebración de un contrato y sus derivados¹³⁵.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar y remarcar para el caso, que el principio de transparencia en las contrataciones administrativas, exige observar debidamente los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad¹³⁶ ya que, como bien se ha dicho, el principio de transparencia aparece consignado como el cumplimiento cabal de todos los otros principios de la licitación, y entendemos que los engloba.

Precisamente, con respecto a este tema, el art. 9° apartado I) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

¹³⁴ Ver en este sentido, BAÑULS, José Antonio Ivars ob. cit., pág. 55. Para un estudio detallado de este tema, ver Mario Rejtman Farah, "Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia", publicado en "Suplemento Especial El Contrato Administrativo en la Actualidad", 2004, pág. 103.

¹³⁵ En relación al derecho a la información, la Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza (provincia que no tiene legislación al respecto), ha admitido el mismo en forma amplia, con fundamentos jurisprudenciales y doctrinarios en los Dictámenes Nros. 780/14 y 919/15.

¹³⁶ COMADIRA, Julio R., "La Regulación Jurídica de la Ética Pública", en Revista de Derecho Público de la Editorial Rubinzal Culzoni, 2002 - 2, pág. 614; y "Derecho Administrativo", Buenos Aires, Editorial Lexis Nexis, págs. 591/592.

determina que: “Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia, criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas; b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación; c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos; d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo; y e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación”.

Asimismo, el art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción establece que “A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públi-

cos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública; 2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta; 3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades; 4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda; 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas; 6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción; 7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes; 8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno; 9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas; 10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción; 11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción; y 12. El estudio de

otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público”.

VIII. A modo de conclusión

El análisis efectuado precedentemente me permite concluir expresando que, si bien son conocidas las críticas que en términos generales se le imputan a la Licitación Pública como procedimiento previo y obligatorio de conformación de los contratos administrativos (excesivo formalismo; excesivos trámites y papeleo; inclusión de impugnaciones o recursos administrativos dilatorios; imposibilidad de utilización en casos de urgencia comunes en el estado moderno, etc.) lo cierto es que desde los inmemoriales antecedentes de su utilización (que se remontan incluso al Código de Hammurabi), no se ha podido diseñar un procedimiento más idóneo para garantizar la trazabilidad y transparencia en el manejo de los recursos públicos para lograr las adquisiciones más convenientes para el Estado, garantizando además la participación libre de los interesados, entendiendo que la debida incorporación de los principios antedichos en los plexos normativos regulatorios, así como la implementación a través de agentes idóneos en la materia, llevarían a reposicionar la misma disminuyendo los efectos adversos que se asignan y maximizando sus ventajas que hace al mantenimiento, en definitiva, del sistema republicano de gobierno.

El poder tributario en el régimen municipal de la Provincia de San Luis

DR. CRISTIAN ALTAVILLA

I. Introducción: principales aspectos del Régimen Municipal de la Provincia de San Luis. La autonomía municipal

La provincia de San Luis es una de las 20 provincias que reconoce expresamente la autonomía municipal¹. En efecto, la provincia reconoció la autonomía de sus municipios antes de que lo hiciera el constituyente federal en 1994 (art. 123, Constitución Nacional – en adelante CN), en la reforma constitucional provincial de 1987.

La Reforma constitucional de 1987 fue una reforma total de la Constitución de 1962. Específicamente a lo que se refiere al régimen municipal, en esta reforma se modificó casi íntegramente el Capítulo XVI de la Constitución de 1962, titulado “Administración departamental. Régimen Municipal” comprendiendo los arts. 137 a 152. La Constitución de 1987 vendrá a reconocer expresamente la autonomía de los municipios de provincia, cuestión que no había sido abordada por la Constitución de 1962 – ni en los textos constitucionales anteriores (Constitución de 1855, 1871, 1905, 1927 y 1941). En este texto regía más bien un régimen autárquico de los municipios, con mucha injerencia de los poderes de provincia sobre las facultades municipales.

¹ El proceso de reconocimiento de las autonomías provinciales comenzó a gestarse ya en el propio constitucionalismo provincial. Chubut (arts. 207, 208 y 210), Río Negro (arts. 168, 176), Formosa (arts. 140, 143), Neuquén (arts. 182, 184, 186), Chaco (art. 182), Misiones (arts. 161 y 170), Santiago del Estero (arts. 220, incs. 1º y 2º y 216), San Juan (arts. 164 y 168), La Rioja (arts. 154 y 157), Salta (art. 170), Jujuy (arts. 178 y 188), Córdoba (arts. 180 y 181), Río Negro (art. 225), Catamarca (arts. 244 y 245) y Tierra del Fuego (art. 169). Con posterioridad a la reforma de la Constitución Nacional de 1994, La Pampa (art. 115), Santa Cruz (art. 141), Tucumán (art. 132), Entre Ríos (art. 231) y Corrientes (art. 216). Tras estas modificaciones, actualmente 20 provincias reconocen expresamente la autonomía municipal y solo tres no la reconocen: Buenos Aires (a pesar de haber reformado su constitución en 1994), Santa Fe y Mendoza que mantienen vigentes sus constituciones de 1962 y 1916, respectivamente (ver Altavilla 2015).

La nueva constitución de 1987 dedicará también un capítulo específico al régimen municipal, el Capítulo XXVI, titulado “Régimen Municipal” (arts. 247 a 280). Comienza por definir al municipio partiendo de una concepción iusnaturalista, al decir que “esta Constitución reconoce al municipio como una comunidad natural con vida propia e intereses específicos, con necesarias relaciones de vecindad. Como consecuencia de ello es una institución política-administrativa-territorial, que sobre una base de capacidad económica, para satisfacer los fines de un gobierno propio, se organiza independientemente dentro del Estado, para el ejercicio de sus funciones, que realiza de conformidad a esta Constitución y a las normas que en su consecuencia se dicten” (art. 247).

A continuación, reconocerá expresamente la autonomía de los municipios en los siguientes términos: “Art. 248. Autonomía municipal. Se reconoce autonomía política, administrativa y financiera a todos los municipios. Aquellos que dicten su carta orgánica municipal, gozan además de autonomía institucional”. La reforma de la Constitución Nacional de 1994 incorporará un artículo enteramente nuevo en iguales términos: “Art. 123. Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el Artículo 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

Es así que en el estadio actual (y luego de un largo derrotero histórico), los municipios argentinos tienen un doble reconocimiento constitucional de su estatus autónomo: provincial y federal. Ello resulta importante, porque la cuestión municipal a pesar de seguir siendo una materia del derecho público provincial, reconoce un mínimo, una base autonómica que integra el derecho federal, es decir, el bloque de constitucionalidad al cual las provincias están obligadas a respetar: podrán ir más allá, pero nunca limitar o anular las cláusulas contenidas en aquél plexo normativo. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo en un reciente fallo, citando al convencional Horacio Rosatti, que “la garantía federal del artículo 6° y la posibilidad de intervención en caso de incumplimiento de los requisitos del artículo 5° corres-

ponde si las provincias no aseguran, ya no el régimen, sino el régimen cualificado de la autonomía municipal en las provincias” (Convención Constituyente Nacional, sesión del 10 de agosto de 1994, intervención del Convencional Rosatti, entre otros)” (CSJN, Recurso de Hecho Intendente Municipal Capital s/ amparo”, del 14/11/2014).

Ello significa que aun cuando las provincias no regulen expresamente en sus constituciones provinciales ni en su legislación interna la autonomía municipal asegurando cada uno de estos cinco aspectos, los municipios igualmente gozan de autonomía por expresa disposición de la Constitución Nacional. Inclusive si en la práctica todos o alguno de aquellos aspectos se viera por cualquier motivo obstaculizado o enervado, la provincia sería pasible de la intervención federal establecida en el art. 6°, CN.

La autonomía tal cual está establecida en la Constitución Nacional como en la Constitución provincial tiene un amplio alcance, y cada uno de los aspectos mencionados es un capítulo del derecho público municipal. Sin embargo, a los efectos del presente trabajo, nos abocaremos al análisis de uno solo de esos aspectos, el económico-financiero –un aspecto tan crucial como cada uno de los restantes, pues implica nada más ni nada menos que la posibilidad de contar con los medios prácticos y concretos para materializar la autonomía en todos sus aspectos.

II. La Autonomía Financiera de los municipios

Resulta claro que uno de los aspectos cruciales de la autonomía es el financiero. En efecto, la autonomía es un concepto amplio que abarca distintos aspectos, como reza el art. 123 CN. Cada uno de estos aspectos se traducen en facultades y atribuciones concretas de los entes locales de administrar la cosa pública y propender al bienestar general y bien común local. Pero el aspecto económico financiero es el que hace a la autonomía real y efectiva. Sin la posibilidad del ente local de generar sus propios recursos, se estaría limitando sobremanera su capacidad de llevar adelante los come-

tidos que tiene asignado. De la posibilidad de generar y administrar estos recursos depende la existencia misma del ente local – lo mismo se podría afirmar de cualquier ente público, en cualquiera de sus niveles, como cualquier persona jurídica.

A diferencia del resto de las constituciones provinciales, la provincia de San Luis no incluye el aspecto económico de manera expresa en el artículo 248 referido a la autonomía municipal como sí lo hacen otras provincias² y como lo hará la constitución nacional en el art. 123. Sin embargo, el artículo 247 al definir el municipio dice que “es una institución política-administrativa-territorial, que sobre una base de capacidad económica, para satisfacer los fines de un gobierno propio”. Asimismo, el propio Preámbulo de la Constitución local establece entre sus objetivos el de “instituir un adecuado régimen municipal”. De la conjunción de estas disposiciones se desprende la autonomía económica de sus municipios e incluso aun cuando la misma no estuviera expresamente mencionada, puede derivarse de una serie de atribuciones que la propia Constitución pone en manos de los municipios y sus diferentes órganos de gobierno. De ahí que desde una interpretación armónica de todas sus disposiciones surge sin lugar a dudas, la autonomía en su aspecto tanto económico como financiero.

Ambos conceptos son diferentes, aunque tan vinculados entre sí que por lo general se los analiza de manera conjunta: “Si bien la autonomía económica y la autonomía financiera van de la mano, cada una de ellas posee un contenido propio, y de allí que resulte adecuado diferenciarlas” (Fazio 2010:338). Siguiendo al autor, la autonomía económica se traduce en la facultad de procurarse sus propios recursos sin intervención de ningún otro poder, mientras que la autonomía financiera son todas aquellas atribuciones del municipio referidas a la facultad para administrar aquellos recur-

² Catamarca (arts. 244 y 245, Córdoba (arts. 180 y 181), Chubut (art. 224, 226 y 233), Corrientes (art. 216), Entre Ríos (art. 231), La Pampa (Art. 115), La Rioja (Arts. 154 y 157), Misiones (Arts. 161, 170 y 171), Río Negro (arts. 225 y 230), Salta (art. 170), Santa Cruz (art. 141), Santiago del Estero (arts. 220, incs. 1 y 2 y 216), San Juan (arts. 247, 241 y 251), Tierra del Fuego (Art. 169) y Tucumán (art. 132) (ver Altavilla 2015).

sos (percepción e inversión) (Fazio 2010). El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sostuvo, interpretando similar cláusula de la constitución cordobesa, que “esta autonomía económico financiera municipal significa el reconocimiento con jerarquía constitucional de una capacidad de los municipios para decidir por sí mismos, sobre la cuantía de los recursos que han de obtener para atender a las necesidades públicas municipales, efectuando un libre, racional, armónica y organizada distribución de sus gastos”³.

La autonomía económica y financiera se materializa a través del reconocimiento a los municipios de una serie de facultades, tales como la de crear y percibir sus propios recursos, la de confeccionar sus presupuestos, ejercer un control sobre los mismos y en general, sobre la administración y disposición de ellos de forma independiente.

1. Distintos aspectos que incluye la autonomía económico-financiera:

La doctrina mayoritariamente, al interpretar los arts. 5º, 75 incs. 1 y 2 y art. 123 de la Constitución Nacional, sostiene que surge de modo claro la obligación de las provincias de asegurar a sus municipios su autonomía, regulando el alcance y contenido del aspecto económico-financiero de la autonomía municipal. Esta obligación de garantizar la autonomía económica-financiera municipal se extiende a los siguientes aspectos: (1) Reconocimiento y determinación de los recursos municipales; (2) Conformación de un Tesoro Municipal; (3) Preparación y aprobación de un presupuesto de gastos y recursos; (4) reconocimiento del Poder Tributario Municipal, de un régimen de precios públicos propios, tasas, contribuciones de mejoras, etc.; (5) Derecho al endeudamiento público, contratación de empréstitos y toma de créditos; (6) Examen, en forma independiente, por los órganos municipales correspondientes de las cuenta de inversión de la gestión municipal; (7) Decisión de financiar obras de vecinos de la comunidad;

³ TSJ, Sala Contencioso Administrativa, Sent. N° 205, 27/12/01, en Fazio 2010:339.

(8) Derecho a la coparticipación tributaria federal y provincial (Mooney y Brügge 1994).

Según se desprende de un análisis comparativo de las constituciones provinciales, el constituyente provincial ha delineado un Estado municipal de bienestar, a cargo de una universalidad de competencias que hacen al bienestar general y al bien común local⁴. Este sistema de delimitación de la competencia material de los municipios se contrapone al sistema de la enumeración concreta también conocido como Regla de Dillon (típico en países anglisajones) según la cual los gobiernos municipales sólo pueden ejercer los poderes que le han sido concedidos expresamente, aquellos que sean ineludible consecuencia de una atribución expresamente consagrada o aquellos que resulten esenciales para la realización de los objetivos expresamente otorgados a la corporación (Zarza Menzaque y Barrera Buteler 2010).

A diferencia de otras constituciones, la Constitución de San Luis no contiene un artículo donde se enumeren las competencias materiales del municipio (como sí lo contienen la mayoría de las constituciones provinciales, por ejemplo, Córdoba, art. 186, o Corrientes, Capítulo III, “De la Materia y Competencia Municipal”, arts. 225 y ss.). Sin embargo, la competencia material de los municipios puntanos está reconocida en términos genéricos por el art. 247, y en particular, cuando habla de las atribuciones del departamento ejecutivo (art. 261) y del concejo deliberante (art. 258).

De ahí que resulta crucial el reconocimiento de la posibilidad de los gobiernos locales de poder generar sus propios recursos, de manera genuina, sin depender de otro poder, provincial o federal. En las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario llevadas a cabo en Montevideo en 1956, recomendaron a los efectos de lograr un normal desenvolvimiento de los Estados miembros: (1) “reconocerles u otorgarles autonomía financiera, comprendida en este concepto la atribución de establecer recursos, inclusive im-

⁴ Para un análisis más particularizado de las competencias reconocidas a los municipios en las distintas constituciones provinciales, puede consultarse Altavilla 2015.

puestos y emitir títulos de deuda pública en las esferas de sus competencias”; (2) coordinar las facultades tributarias de los distintos niveles de gobierno a efectos de evitar la superposición de gravámenes, llevar a cabo políticas de equilibrio fiscal y uniformar los conceptos jurídicos relativos a la obligación tributaria en todos sus aspectos; (3) reconocer constitucionalmente dichas atribuciones, siendo asimismo distribuidas y coordinadas en esos mismos ordenamientos constitucionales (Rosatti 2012b:51).

En el aspecto económico-financiero, cobra especial interés entonces – ya hablando dentro del aspecto específicamente financiero – la posibilidad de los entes locales de generar, de manera genuina, sus propios recursos. Y es así que dentro de esta compleja materia, emergen con impar importancia la capacidad tributaria de los municipios: los recursos tributarios son los recursos que genuinamente el Estado (en cualquiera de sus niveles) genera para sí mismo, como manifestación de su poder de imposición que es una expresión de su imperium, entendido como la potestad del Estado de exigir ciertas obligaciones a los ciudadanos que se encuentran dentro de su territorio y bajo su jurisdicción. Se trata en definitiva del reconocimiento del “derecho a los medios” (Rosatti 2012a y 2012b).

El presente trabajo se centra en el análisis de los recursos tributarios de los municipios en el régimen municipal de la provincia de San Luis. A continuación se realizará un breve repaso sobre los recursos que genéricamente tienen reconocidos los municipios para luego adentrarnos al análisis de los recursos específicamente tributarios.

III. Los recursos municipales reconocidos constitucionalmente

Partiendo de la idea de los municipios como Estados, podemos tomar la definición de Carlos Giuliani Fonrouge de recursos estatales, que los define en sentido lato como “los ingresos que obtiene el Estado preferentemente en dinero, para la atención de las erogaciones determinadas por exigencias administrativas o de índole

económico-social” (2003:195). Como se sostuvo en un trabajo anterior (Altavilla 2015), las competencias municipales de acuerdo al derecho constitucional provincial actual suman a las típicamente municipales relacionadas a políticas urbanísticas y a las competencias relacionadas a su administración (erogaciones determinadas por exigencias administrativas), un cúmulo de competencias relacionadas con el bienestar, de ahí que podamos hablar de un diseño constitucional de Estado municipal de bienestar, que incluye aquellas erogaciones que Giuliani Fonrouge denomina de índole económico-social.

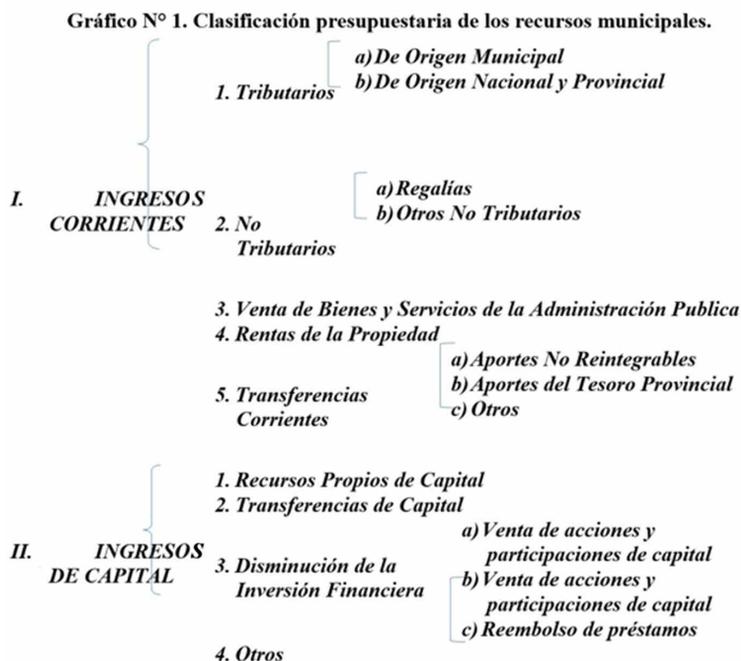
Existen distintos tipos y formas de clasificar los recursos municipales. Una primera clasificación se basa en el Régimen Jurídico al que están sujetos: si provienen del derecho público o de del derecho privado; una segunda clasificación se basa en el origen jurisdiccional del municipio, según estos recursos sean recaudados por el propio municipio o provengan de otra jurisdicción, nacional o provincial. Esta segunda clasificación ha tenido cierta importancia en nuestro medio, lo cual revela, por un lado, la importancia de los recursos nacionales y sobre todo provinciales en el financiamiento de los municipios y por el otro, el grave problema del autofinanciamiento municipal en nuestro país. Los ingresos provenientes de jurisdicción ajena son considerados por la doctrina, en forma conteste, dada la importancia cuantitativa que estos ingresos representan en el presupuesto municipal y por las fuertes limitaciones que pesan en la actualidad sobre el poder tributario municipal en prácticamente todas las provincias. Algunos autores clasifican directamente los recursos municipales en dos categorías: de propia jurisdicción y de jurisdicción ajena, incluyendo dentro de cada uno de ellos los recursos ordinarios y extraordinarios (Montbrun 2003:438). En una clasificación un tanto más compleja, Fazio (2010:353) clasifica los recursos combinando los distintos criterios de clasificación, concluyendo en ocho categorías distintas.

A pesar de que todas estas clasificaciones son en cierta medida válidas (y que ninguna sin embargo está exenta de críticas), resulta más conveniente partir de los criterios prácticos utilizados por el

sector público en sus distintos niveles en base a la clasificación de la Ley nacional de Administración Financiera N° 24.156 y su Decreto Reglamentario N° 2666/92. En el art. 14 de esta ley se establece una clasificación más pragmática y que es la que debe ser utilizada al preparar el presupuesto general de la Administración Nacional y asimismo el art. 20 dispone que esa clasificación debe hacerse junto con la clasificación económica. Este sistema a su vez es replicado por las administraciones provinciales y municipales con las correspondientes adecuaciones.

Tomando como base esta clasificación, seguiremos la propuesta por la Dirección Nacional de Coordinación Fiscal con las Provincias (DNCFP) que, partiendo de la clasificación por rubros, sistematiza y simplifica los recursos en dos grandes rubros: Ingresos Corrientes e Ingresos de Capital. Dentro del primer rubro se encuentran los recursos Tributarios (de origen municipal y de origen nacional y provincial), los no tributarios (regalías y otros), venta de bienes y servicios de la administración pública, rentas de la propiedad y transferencias corrientes. Dentro del rubro Ingresos de Capital se incluyen cuatro subcategorías: recursos propios de capital, transferencias de capital, disminución de la inversión financiera y otros.

Gráfico N° 1. Clasificación presupuestaria de los recursos municipales.



Cuadro N° 1: Municipalidad de San Luis. Recursos Presupuestados 2015. En miles de pesos.

Origen de los Recursos por jurisdicción	Monto	%
De origen municipal (recursos tributarios)	127.362	19,1%
De origen provincial (Coparticipación)	309.825	46,4%
De origen nacional (transferencias/programas)	228.417	34,2%
TOTAL	665.604	99,7%

Fuente: elaboración propia en base al Presupuesto Municipal 2015.

Cuadro N° 2: Origen de los recursos municipales. Consolidado 2013. En miles de pesos.

Origen de los Recursos por jurisdicción	Monto	%
De origen municipal (recursos tributarios)	159.027	17,8%
De origen provincial (Coparticipación) y Federal	729.554	81,4%
Total	888.581	99,2%

Fuente: elaboración propia en base a la DNCFP.

Fuente: Elaboración propia en base a DNCFP.

Esta clasificación es aplicada para el análisis de los presupuestos municipales de todo el país, por lo que algunos rubros (como por ejemplo, regalías) no se aplican al caso de la provincia de San Luis. Asimismo, para determinar los recursos efectivamente percibidos por los municipios en la provincia de San Luis, partiremos de la base establecida en la Constitución Provincial (Capítulo XXVI), la Ley de Régimen Municipal (Ley N° XII-0349-2004), las cartas orgánicas municipales, los presupuestos y Códigos Tributarios Municipales sancionados mediante las respectivas ordenanzas.

La Constitución provincial fija los recursos de que disponen los municipios en su art. 270 una breve comparación entre el Gráfico N° 1 y la enumeración del art. 270, es posible observar el reconocimiento de un amplio espectro de recursos a los municipios que se corresponden tanto con los ingresos de capital como con los ingresos corrientes.

Art. 270. Recursos. Las municipalidades, cualquiera sea su tipo, tienen los siguientes recursos:

- 1. Las tasas por los servicios que presta, patentes y contribuciones locales.*
- 2. El producto de la actividad económica que realice, los servicios que preste o los otorgados por concesión.*
- 3. Las multas y recargos por contravención.*
- 4. El producto de los empréstitos y operaciones de créditos.*
- 5. Los impuestos sobre ramos que la ley específica señala.*
- 6. Las donaciones o subsidios.*
- 7. Contribución por mejoras en relación con la valorización del inmueble como consecuencia de una obra pública municipal.*

8. *El producto de la enajenación de bienes municipales, servicios de peaje, y rentas de bienes propios.*

9. *Los de coparticipación federal y Provincial, debiendo asegurarse el porcentaje y distribución automática por ley en base de los principios de solidaridad y equidad que contribuya a asegurar la autosuficiencia económica de los municipios, teniéndose en cuenta la promoción del crecimiento económico sostenido, integrado y armónico de las distintas poblaciones de la Provincia y las exigencias de las prestaciones de servicios, su capacidad contributiva y poblacional. En la contribución se debe favorecer a los municipios de menores recursos propios.*

10. *Aportes que efectúe el Estado Nacional o Provincial destinado a obras comunales específicas de desarrollo y progreso comunitario o de otra índole y los que resultan de convenios inter-municipales.*

IV. Los recursos tributarios municipales

Los recursos o ingresos corrientes comprenden dos grandes categorías, los recursos tributarios y los no tributarios. Los recursos tributarios, a su vez, se subclasifican en Tributarios de origen municipal y en Tributarios de origen nacional y provincial.

1. Recursos Tributarios

Desde el punto de vista de las finanzas públicas, los tributos “son prestaciones obligatorias, generalmente en dinero, exigidos por el Estado en virtud de su imperio, para atender sus necesidades y realizar sus fines políticos, económicos y sociales” (Villegas 2009:77). Sin lugar a dudas, los recursos provenientes de los tributos son la principal fuente de financiamiento de los Estados, no solo cuantitativamente, por los montos que representan en los presupuestos públicos, sino también cualitativamente, ya que estos emanan directamente de la potestad o imperium del Estado y son, en consecuencia, recursos genuinos del Estado.

La doctrina clásica clasifica a los recursos tributarios en tres tipos: impuestos, tasas y contribuciones. Asimismo, al hablar de recursos tributarios en el orden municipal se comprende en esta categoría por un lado, a los ingresos provenientes de impuestos de potestad municipal, las tasas y contribuciones municipales, como a los derivados del régimen de Coparticipación Municipal de Impuestos Provinciales y Nacionales. Es decir, a aquellos de origen municipal o de propia jurisdicción y a aquellos de origen nacional y provincial o de jurisdicción ajena – que son transferidos a los municipios a través de distintos mecanismos.

2. Tributarios de origen municipal

2.1. Impuestos

Durante largo tiempo se discutió la posibilidad de los municipios de poder sancionar y recaudar impuestos propios. La doctrina tributaria mayoritariamente sostenía que los municipios no tenían tal potestad impositiva (Villegas, García Belsunce, García Vizcaíno, Bulit Goñi), salvo que una ley especial los habilitara sobre un determinado tipo de impuesto, habilitación que podía alcanzar sea la potestad de legislar como la de recaudar o ambas. Se partía así del supuesto de que los municipios no contaban con potestad tributaria originaria, sino derivada o delegada. En contraposición, otra parte de la doctrina, en particular del derecho constitucional, sostuvo (algunos de ellos incluso antes de la reforma constitucional de 1994 y la incorporación del art. 123), que los municipios contaban con potestad tributaria originaria (Bidart Campos, Hernández 2003, Zarza Mensaque y Barrera Buteler 2010, Giuliani Fonrouge, entre otros). Así, al analizar la manda del art. 5° CN de “asegurar el régimen municipal” sostenían que sólo podría asegurarse algo que preexiste “y que se quiere hacer pervivir por medio de recursos suficientes, entre los que se encuentran los impositivos” (Rosatti 2012b:48).

La reforma de 1994 a la Constitución Nacional introdujo dos artículos que vinieron a zanjar a esta vieja disputa. Por un lado, el art. 123 al sostener que los municipios son autónomos en el aspecto financiero y por otro lado, el art. 75, inc. 30 que incidentalmente viene a reconocer la potestad no ya tributaria sino específicamente impositiva de los municipios cuando, al regular los establecimientos de utilidad nacional, dispone que “las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”. En el constitucionalismo provincial.

De las 23 jurisdicciones provinciales, 17 contienen disposiciones expresas en sus constituciones que reconocen la facultad impositiva del municipio de crear y percibir impuestos, así como también tasas y contribuciones⁵. En el caso de la provincia de San Luis la única referencia expresa que existe en la legislación provincial está contenida en el art. 270 de la Constitución Provincial que reconoce y enumera los recursos municipales. Este artículo dispone que “Las municipalidades, cualquiera sea su tipo, tienen los siguientes recursos: inc. 5. Los impuestos sobre ramos que la ley específica señala”. Asimismo, el art. 258, inc. 8° faculta al Concejo Deliberante a dictar ordenanzas y reglamentos sobre “rentas del municipio, estableciendo tributos sobre materia que autorice la ley o carta orgánica respectiva”. Por su parte, la Ley de Régimen Municipal directamente no menciona en ninguno de sus artículos al impuesto como recurso propiamente municipal.

⁵ Catamarca (art. 253, incs. 1 y 2), Córdoba (art. 188, incs. 1 y 2), Chaco (arts. 196 y 197, incs. 1, 2 y 3), Chubut (art. 233), Corrientes (art. 229, inc. 1), Entre Ríos (art. 243, inc. 1°), Formosa (art. 178, incs. 1, 2 y 3), Jujuy (art. 192, inc. 2, ap. 1, 3 y 5), La Pampa (art. 121), Misiones (arts. 167 incs. 1, 2 y 3 y 171, inc. 4), Neuquén (arts. 204, inc. b y 205, incs. a, b y d, estableciendo expresamente que su potestad tributaria es concurrencia con la nación y la provincia), Río Negro (art. 230, incs. 1, 2 y 4), Salta (arts. 175, incs. 1, 2, 3, 4, 5 y 9 y 176, inc. 3), Santa Cruz (arts. 150, inc. 2, 152, 153 y 154), Santa Fe (art. 107, inc. 3), San Juan (art. 253, incs. 1 y 2), Tierra del Fuego (arts. 173, inc. 4 y 179, inc. 2).

Estas disposiciones encuadrarían más dentro de una concepción autárquica de los municipios que en la concepción autónoma y resultarían contradictorias con otras disposiciones más genéricas contenidas en la propia constitución y en la legislación pertinente. Así, por ejemplo, el Preámbulo de la Constitución provincial establece entre los fines de la constitución local, la de “instituir un adecuado régimen municipal”; el art. 247 al definir el municipio dice que “es una institución política-administrativa-territorial, que sobre la base de una capacidad económica, para satisfacer los fines de un gobierno propio, se organiza independientemente dentro del Estado”; el art. 248, al consagrar la autonomía municipal lo hace reconocimiento la autonomía en su aspecto “político, administrativo y financiero”. A estas disposiciones deben sumarse otras relativas a los órganos de gobierno en cuanto reconocen facultades amplias “que hagan a la prosperidad y bienestar del municipio” según el art. 258, inc. 20 respecto de los concejos deliberantes y a “realizar cualquier otra función de interés local” según reconoce el art. 261, inc. 19 respecto de los departamentos ejecutivos municipales.

Sobre la posibilidad de establecer impuestos, también se deriva la cuestión de las finalidades del gobierno. Si los municipios solo pueden establecer tasas y contribuciones, sólo podrían llevar a cabo competencias relacionadas a políticas urbanísticas y a las relacionadas con su administración y funcionamiento interno. En cambio, si están facultados para establecer impuestos, pueden además desarrollar actividades conducentes al bienestar y progreso local. A esta conclusión se puede arribar de esta manera o a la inversa, es decir: o bien si se reconoce la facultad de los municipios de establecer impuestos, se está reconociendo la potestad de estos de llevar a cabo competencias de bienestar (competencias con finalidades universales referidas al bienestar local); o bien si se reconoce a los municipios la facultad de llevar a cabo competencias amplias y universales, necesariamente se está reconociendo la facultad de éstos de establecer impuestos (aunque los textos legales o constitucionales no lo reconozcan expresamente). En este sentido, la CSJN ha sostenido (Fallos: 202:113) que la regla para de-

terminar la capacidad contributiva será la mayor o menor incidencia que el nivel de gobierno tenga sobre las políticas públicas, la realización de obras públicas o la prestación de servicios públicos; es decir, mayor capacidad contributiva para el nivel de gobierno que más realice (Rosatti 2001b:51).

Ello se desprende de la naturaleza de estos recursos, desde que las tasas y contribuciones son recursos vinculados a actividades específicas que realiza el Estado, los impuestos son recursos no vinculados, en el sentido de que no requieren una actividad previa del Estado que justifique su cobro, “no existe conexión del obligado con actividad estatal alguna que se refiera a él o que lo beneficie” (Villegas 2009:156). En definitiva, las actividades que el Estado realiza y financia a través de las recaudaciones impositivas son actividades indivisibles, tales como salud, educación, seguridad, etc., donde no puede determinarse con precisión el beneficiario concreto o en su caso, en qué medida se beneficia. De ahí que el impuesto sea una manifestación del imperium del Estado, en cuanto facultad de exigir a sus habitantes cargas y obligaciones en aras del bienestar general.

De ahí que como concluye Giuliani Fonrouge respecto a la ya vieja y clásica discusión sobre poder tributario originario y derivado, todos los órganos de gobierno tienen facultades tributarias de la misma naturaleza jurídica, sin que puedan establecerse grados o jerarquías en ellas. Tanto la nación como las provincias y los municipios tienen poder tributario originario e inherente, porque este poder es connatural al Estado en cualquiera de sus manifestaciones. La diferencia entonces no radica en la “esencia” sino en el ámbito de actuación, en la jurisdicción atribuida a cada uno de ellos con sujeción a las normas constitucionales o legales vigentes en cada país. De esta manera, la diferencia no será de “categoría”, sino sólo de “magnitud”: las provincias, en virtud del art. 121, CN, tendrán un poder impositivo amplio, mientras que nación y municipios tendrán un poder más restringido a sus respectivas funciones de gobierno, el primero porque sus competencias le son delegadas por la Constitución Nacional (art. 121) y, en consecuencia, son limitadas y enumeradas, y los segundos en la medida que

su regulación es materia propia del Derecho Público Provincial (arts. 5° y 123, CN). Pero todos son de carácter originario o inherente.

Teniendo los tres niveles en esencia el mismo poder tributario originario, la Constitución Nacional distribuye, no ya el poder tributario, sino la competencia tributaria de cada nivel, es decir, qué impuestos, concretamente, puede establecer cada nivel de gobierno. Así, según el texto constitucional, el gobierno federal tiene competencia exclusiva y permanente de establecer impuestos externos o aduaneros (derechos de importación y exportación), tasas postales y derechos de tonelaje (arts. 4 y 75, inc. 1°), como competencia concurrente con las provincias y de forma permanente los impuestos indirectos y de forma excepcional y transitoria, impuestos directos (art. 75, inc. 2°, 1° párr.); las provincias por su parte tienen competencia exclusiva y permanente para establecer impuestos directos (art. 121) y de forma concurrente con el gobierno nacional, impuestos indirectos (art. 75, inc. 2°, 1° párr.). En esta distribución de competencias, la Constitución Nacional no hace referencia a los municipios, aunque reconoce su autonomía económico-financiera en el art. 123 y la potestad impositiva de éstos en el art. 75, inc. 30. De acuerdo a la distribución de competencias tributarias entre nación y provincias, podría interpretarse que a los municipios les corresponde, en principio, la misma competencia tributaria que las provincias, siendo las constituciones provinciales las que efectúen un deslinde más preciso de estas competencias.

Sin embargo, en la mayoría de las constituciones provinciales no encontramos un deslinde preciso de estas competencias, por lo que la interpretación debiera ser en favor de la concurrencia de fuentes con el poder impositivo provincial.

Volviendo al caso de la provincia de San Luis, encontramos una especie de reconocimiento sujeto en definitiva a lo que determine la ley (en el art. 270, inc. 5). Asimismo, el art. 258, inc. 8° faculta a los Concejos Deliberantes a dictar ordenanzas y reglamentos sobre “rentas del municipio, estableciendo tributos sobre materia que autorice la ley o carta orgánica respectiva”. En este sentido, el art. 258,

inc. 8° pareciera diferenciar la capacidad impositiva entre municipios sin autonomía institucional plena (es decir, que cuentan con autonomía institucional semiplena y que como tales se rigen por la ley de régimen municipal) y aquellos que gozan de autonomía institucional plena (habilitados a sancionar sus cartas orgánicas⁶) al establecer que el Concejo Deliberante puede establecer tributos “sobre materia que autorice la ley o carta orgánica respectiva”.

En primer lugar, cabe concluir que si tal distinción fuera real – es decir, si el constituyente de 1987 realmente ha querido hacer esta distinción – no sería válida, ya que todos los municipios de la provincia gozan de plena autonomía de acuerdo al art. 248 y no habría razón suficiente y racional, en términos del art. 28 de la Constitución Nacional, para reconocer potestad impositiva a ciertos tipos de municipios y a otros no.

Aun así, de entre los municipios con Carta Orgánica, encontramos que en la Carta Orgánica de la Municipalidad de San Luis solamente en el art. 44, inc. b) se menciona a los impuestos como recurso municipal, mientras que la Carta Orgánica de Villa Mercedes menciona al impuesto como recurso municipal cuatro veces en todo su articulado: como atribución del Concejo Deliberante, en cuanto lo faculta a sancionar normas sobre rentas del Municipio, estableciendo impuestos (Art. 46, inc. 17, ap. f); en el capítulo referido a Educación y Cultura, se establece que el municipio “deberá dotar a sus dependencias culturales de los recursos genuinos imprescindibles para su actividad o planificación, asignándoles los fondos que se recauden en concepto de [...] Impuestos” (art. 220, Capítulo XXIV); respecto a la competencia de la Justicia Municipal de Faltas, facultándola a intervenir “también en el juzgamiento de los reclamos y recursos que interpongan los contribuyentes o responsables con relación a los [...] impuestos” (art. 65, Capítulo IV). Finalmente, el art. 133, sobre Recursos Municipales, menciona entre ellos a los impuestos pero aclarando “cuya facultad de imposición corresponda por Ley al Municipio”.

⁶ De acuerdo al art. 254, “Las municipalidades que cuentan con un número de habitantes mayor de 25.000, pueden dictar su propia carta orgánica municipal”.[

Hemos sostenido anteriormente que atento a que los impuestos son recursos destinados a la financiación de servicios generales, y en cuanto los municipios tienen reconocido por la Constitución provincial la universalidad de la competencia en todo lo atinente al bienestar y bien común local, resulta imprescindible concluir en la existencia de una facultad impositiva de estos niveles de gobierno, ya que con las tasas y contribuciones no podrían satisfacer necesidades colectivas, sino solo aquellas puntuales e individualizadas que se satisfacen con actividades concretas del municipio.

A pesar de estos reconocimientos en las Cartas Orgánicas, ninguno de los dos municipios ha legislado en materia impositiva en sus respectivos Códigos Tributarios⁷. En este sentido, la provincia de San Luis forma parte de un grupo importante de provincias donde sus municipios no ejercen potestad impositiva: solo en once de las 23 provincias, sus respectivos municipios ejercen (algún tipo de) potestad impositiva sobre uno, alguno o todos los impuestos que actualmente – y como consecuencia de la coordinación de las potestades tributarias entre nación y provincias – quedan bajo la órbita provincial⁸. Es decir que en el 48% de las provincias, los municipios ejercen efectivamente el poder de imposición⁹, mientras que en el otro 52% los municipios no ejercen potestad impositiva¹⁰, grupo en el que se encuentra la provincia de San Luis. En efecto, de acuerdo a la información estadística proporcionada por la DNCFP, el rubro “impuestos”, dentro de los recursos tributarios propios, figura vacío.

⁷ Ordenanza N° 661-HyP/O/2015 del H. Concejo Deliberante de la Municipalidad de Villa Mercedes y Ordenanza N° 2595-95 del H. Concejo Deliberante de la Municipalidad de San Luis.

⁸ Por efecto de la coordinación de potestades tributarias entre Nación y provincias las provincias solo cuentan con cuatro impuestos: Ingresos brutos, impuesto Inmobiliario, Automotores y Sellos.

⁹ Córdoba, Corrientes, Chaco, Chubut, Formosa, Misiones, Neuquén, Salta, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

¹⁰ Buenos Aires, Catamarca, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Mendoza, Rio Negro, San Juan, San Luis, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán.

2.2. Tasas

La tasa, en cuanto categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, contiene una estructura jurídica análoga al impuesto. Uno de los primeros problemas que se plantea con este tributo es justamente su definición. Giuliani Fonrouge – siguiendo a Gianinni y el Modelo de Código tributario de la OEA y BID – define a la tasa como una “prestación pecuniaria exigida compulsivamente por el Estado y relacionada con la prestación efectiva o potencial de una actividad de interés público que afecta al obligado” (2003:257).

Como consecuencia de la coordinación de las competencias tributarias entre los niveles federal y provinciales – que trajo como consecuencia una fuerte recentralización de estas competencias en manos del gobierno federal – tanto las provincias como sus municipios tienen en la actualidad un poder de imposición muy acotado. Ello ha sido la causa por la cual la tasa pasara a ser el principal recurso municipal de origen propio, es decir, el principal recurso genuino de los municipios.

La cuestión de la tasa ha sido también un tema de amplio debate, no solo en la doctrina, sino también en la propia jurisprudencia de la CSJN e incluso como materia de regulación en distintos acuerdos interjurisdiccionales entre Nación y Provincias (principalmente el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del 12 de agosto de 1993 y la Ley N° 23.548 de 1988) y entre provincias (Acuerdo Multilateral sobre Impuesto a los Ingresos Brutos) que buscaron no solo delimitar las características esenciales de la tasa, sino también las materias y hechos imposables de este tributo.

Con respecto a las limitaciones materiales impuestas por acuerdos y pactos interjurisdiccionales, podemos citar en primer término el “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento” celebrado entre el Estado Nacional y las provincias el 12 de agosto de 1993, el cual dispone expresamente que las provincias signatarias se comprometían a: (1) promover la derogación de las tasas municipales que afecten la transferencia de ciertas ma-

terias: combustible, gas, energía eléctrica, incluso los que recaen sobre el auto generada, y servicios sanitarios, excepto que se trate de transferencias destinadas a uso doméstico y (2) de instar a sus municipios a derogar en forma inmediata los tributos que graven directa o indirectamente, a través de controles, la circulación interjurisdiccional de bienes o el uso para servicios del espacio físico, incluido el aéreo (Cl. 1ª, inc. 2, 1º y 2º párrafo).

Este acuerdo establecía además ciertos requisitos formales que debían reunir las tasas, al establecer que debían derogarse las “tasas municipales en general, en los casos que no constituyan la retribución de un servicio efectivamente prestado, o en aquellos supuestos en los que excedan el costo que derive de su prestación” (Cl. 1ª, inc. 2, 2º párr.). A contrario sensu, quedan a salvo las tasas que fueran retributivas de servicios efectivamente prestados y cuyo monto no excediera el costo de la prestación. Para un mayor análisis del impacto de este pacto fiscal sobre el poder impositivo provincial y municipal, puede consultarse Spisso, (2007 y 2011).

La Ley N° 23.548 sobre Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos contiene también disposiciones específicas sobre impuestos y tasas provinciales y municipales por las cuales no pueden ser gravadas ciertas materias o hechos imponible. El art. 9, dispone que la adhesión de cada provincia se efectuará mediante una ley que disponga: inc. a) Que acepta el régimen de esta Ley sin limitaciones ni reservas; inc. b) Que se obliga a no aplicar por sí y a que los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción, sean o no autárquicos, no apliquen gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por Ley.

De acuerdo al art. 2º de la misma ley define la composición de la masa coparticipable y, en consecuencia, los impuestos y recursos sobre los cuales pesa la prohibición de analogía. Así, se establece que la masa de fondos a distribuir se integra por el producido de la recaudación de todos los impuestos nacionales existentes o a crearse, quedando fuera de la masa coparticipable: (a) Derechos de importación y exportación (competencia exclusiva y permanente del gobierno federal, arts. 4 y 75, inc. 1º, CN); (b) impuestos contenidos en sistemas o regímenes especiales de

coparticipación; (c) impuestos y contribuciones nacionales con afectación específica (art. 75, inc. 3º, CN); (d) Los impuestos y contribuciones nacionales cuyo producido se afecte a la realización de inversiones, servicios, obras y al fomento de actividades; Asimismo, por imperio del art. 9º, inc. b, 3º párr., quedan también excluidos expresamente: (e) los impuestos provinciales sobre la propiedad inmobiliaria, ingresos brutos, automotores, sellos y transmisión gratuita de bienes; y (f) “los impuestos o tasas provinciales y/o municipales vigentes al 31/12/84 que tuvieran afectación a obras y/o inversiones, provinciales o municipales dispuestas en las normas de creación del gravamen”.

Con respecto a los puntos (e) y (f) la ley determina, por un lado, que quedan excluidos expresamente estos impuestos provinciales de la obligación a que se refieren los dos primeros párrafos del inc. b, art. 9º. Pero por el otro lado, enumera una serie de características básicas que las provincias deberán respetar y seguir a la hora de legislar sobre estos impuestos provinciales que enumera en un largo listado en los acápites 1, referido al impuesto sobre los ingresos brutos y en el acápite 2 sobre el impuesto de sellos.

El segundo y tercer párrafo del inc. b del art. 9º especifican los alcances de la prohibición de analogía establecido en su primer párrafo: Así, se establece que: (1) “no se gravarán por vía de impuestos, tasas, contribuciones u otros tributos, cualquiera fuere su característica o denominación, las materias impondibles sujetas a los impuestos nacionales distribuidos; (2) tampoco se gravarán las materias primas utilizadas en la elaboración de productos sujetos a los tributos comprendidos dentro del régimen de coparticipación (art. 9º, inc. b, 2º párr.); (3) las actividades, bienes y elementos vinculados a la producción, comercialización, almacenamiento, transporte, circulación, venta, expendio o consumo de los bienes sujetos a impuestos internos específicos a los consumos y las materias primas o productos utilizados en su elaboración, tampoco se gravarán con una imposición proporcionalmente mayor —cualquiera fuere su característica o denominación— que la aplicada a actividades, bienes y elementos vinculados con bienes y servicios análogos o similares y no sujetos a impuestos internos específicos a los consumos (art. 9º, inc. b, 3º párr.).

Respecto a las materias contenidas en los puntos (1) y (2), el mismo artículo aclara que esa obligación no alcanza a las tasas retributivas de servicios efectivamente prestados y respecto de las materias contenidas en el punto (3) establece que las jurisdicciones locales pueden establecer una imposición diferencial en el expendio al por menor de vinos y bebidas alcohólicas – pero no así las tasas “retributivas de servicios” que, en consecuencia, no podrán recaer sobre estas actividades y materias.

Como puede observarse, el concepto clave aquí es el de analogía que no está definido por la Ley-Convenio. Sin embargo, ha sido interpretado por la CSJN considerando no solo los elementos esenciales del tributo, sino también su estructura económica (confr. CSJN, “Pan American Energy LLC Sucursal Argentina c/ Provincia del Chubut y otro”, Fallos, 335:996, del 19/06/2012 y Balbo 2013).

Por último, cabe mencionar el Convenio Multilateral (acuerdo interjurisdiccional de tipo horizontal, suscripto por todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires el 18/08/1977) que limita la fijación de la base imponible de los tributos municipales sobre aquellas actividades que caen dentro de las disposiciones del Convenio¹¹. Este convenio celebrado entre provincias es directamente aplicable a los municipios, en función de su art. 35 que dispone, con respecto al poder impositivo de los municipios, que éstos podrán gravar – en concepto de impuestos, tasas, derechos de inspección o cualquier otro tributo – comercios, industrias o actividades que se desarrollen en sus respectivas jurisdicciones “únicamente la parte de ingresos brutos atribuibles a dichos fiscos [provinciales] adheridos, como resultado de la aplicación de las normas del presente Convenio”.

¹¹ Como señala Álvarez Echagüe, a diferencia del régimen de coparticipación, el Convenio Multilateral no distribuye el producido de determinados impuestos, sino que lo que se distribuye es la base imponible, en este caso del impuesto provincial a los ingresos brutos, entre las provincias adheridas para evitar la doble o múltiple superposición sobre aquellas actividades que se desarrollen en dos o más provincias (Álvarez Echagüe 2000).

De los precedentes de la CSJN en la materia se desprenden iguales lineamientos en cuanto a los aspectos formales del tributo tasa, que fueran delineados en distintos pronunciamientos judiciales del cimero tribunal, caracteres que resultan fundamentales para que las tasas pueden ser consideradas válidas: (a) que se corresponda a una “efectiva prestación del servicio” (“Asociación Grandes Usuarios de Energía c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallos 322:1781, del 19/8/1999); (b) que exista una “proporcionalidad razonable entre el costo de la prestación y el monto de lo recaudado” (“Ana Vignolo c/ Municipalidad de Buenos Aires”, del 06/03/1942); (c) que el servicios sea “divisible” (“Banco Nación c/ Municipalidad de San Rafael”, del 16/05/1956); (d) un “funcionamiento efectivo del servicio” (“Cía. Química c/ Municipalidad de Tucumán” del 03/09/1989); (e) Debe existir un “sustento territorial”, es decir que el contribuyente alcanzado por la tasa debe poseer un local, depósito o establecimiento de cualquier tipo en el territorio del municipio (“Laboratorios Raffo c/ Municipalidad de Córdoba”, del 23/06/2009); (f) el hecho imponible, generador la obligación tributaria de pagar la tasa, debe consistir en “servicios directos”, de modo tal que la enunciación de los hechos o actividades que generan la obligación de pagar el tributo deban ser actividades concretas, siendo en principio inadmisibles la enunciación de actividades genéricas, tales como el bienestar o la seguridad general (“Laboratorios Raffo c/ Municipalidad de Córdoba”, del 23/06/2009). Este punto se desprende, directa o indirectamente, de los puntos precedentes.

De todas estas disposiciones del derecho intrafederal como de los pronunciamientos de la CSJN, surge indudablemente que la tasa es un recurso vinculado, que solo puede cobrarse a modo de retribución de un servicio directo efectivamente prestado. La preocupación que ocupó la cuestión de la tasa y su regulación por los entes locales tanto en la doctrina, en la jurisprudencia e incluso en los acuerdos interjurisdiccionales, se debió al hecho de que los municipios, frente a las cada vez mayores restricciones a su poder de imposición, comenzaron a regular bajo la denominación de tasas tributos que en esencia resultaban ser impuestos y, como tales, en muchos casos, análogos a los coparticipables y por tanto inválidos. Un claro ejemplo de ello puede verse en el fallo “Laboratorios Raffo” de la CSJN (Spisso 2009).

Por otro lado, la importancia de las tasas puede observarse también en el amplio tratamiento que los Códigos Tributarios Municipales hacen de las mismas. En una rápida lectura de los códigos tributarios de Villa Mercedes y de la ciudad de San Luis, se puede observar que ambos ordenamientos se limitan a regular y legislar sobre contribuciones y tasas (que en la mayoría de las veces denominan también contribuciones). Pueden mencionarse como los más importantes, regulados por ambos códigos en su parte especial (bajo la misma denominación): (1) contribuciones que inciden sobre la actividad comercial, industrial y de servicio, (2) contribución que incide sobre las diversiones y espectáculos públicos; (3) contribución que incide sobre los cementerios; (4) contribución que incide sobre la ocupación o utilización del espacio de dominio público y lugares de uso público y (5) tasas de actuación administrativa. El municipio de San Luis regula la contribución que incide sobre los inmuebles que también denomina “Tasa por servicio municipal” (Título I), mientras Villa Mercedes solo la contempla como Tasa por servicios generales (Título I).

Por su parte, el Código de San Luis regula las “contribuciones” (1) que incide sobre los mercados, comercialización de productos en la vía pública y permisos en áreas peatonales (Título VII), (2) la que incide sobre los servicios de protección sanitaria e inspección sanitaria en mataderos (Título VII); (3) Contribución de inspección y control bromatológico de productos que se introduzcan en el municipio (Título VIII); (4) Contribución por la inspección y control de pesas y medidas (Título IX); (5) Contribución que incide sobre la construcción de obras (Título IX); y (6) Contribución por derechos de inscripción profesionales (Título XII). El Código de Villa Mercedes regula los siguientes recursos propios: (1) Contribución que incide sobre la inspección de instalaciones o artefactos (Título X); (2) Contribución que incide sobre la protección sanitaria (Título XI); (3) Contribución que incide sobre la evaluación y fiscalización medioambiental (Título XIII); (4) Tasas y derechos varios (Título XIV); y (5) Contribución que incide sobre la identificación, verificación y/o control del emplazamiento de estructuras soporte de antenas y equipos complementarios de los servicios de telecomunicaciones móviles (Título XVI).

Como podemos observar en el tratamiento de los tributos municipales, los legisladores han sido cuidadosos incluso en la utilización del término “tasa”, denominando en muchas oportunidades “contribuciones” a recursos que en realidad son tasas, y – como se sostuvo anteriormente – directamente no emplean el término “impuesto”. Así por ejemplo, los principales tributos regulados por los municipios en Argentina, aunque denominados como “contribuciones”, son en realidad tasas: las contribuciones que inciden sobre inmuebles, la que incide sobre la actividad comercial, industrial y de servicios y la que incide sobre los vehículos, automotores, acoplados y similares. En todos estos casos la doctrina ha sido conteste en afirmar que son, en esencia, tasas (Villegas 2009, Giuliani Fonrouge 2003 – solo respecto de la primera, García Belsunce sostuvo que en realidad se trataría de una contribución especial) por cuanto, al decir de Villegas “su hecho generador está vinculado directa o indirectamente a la prestación de diversos servicios por parte del Estado municipal” (2009:912). La contribución que incide sobre los vehículos no está regulada por los municipios sanluiseños (sí en cambio lo están en los municipios de la provincia de Córdoba). Con respecto a la contribución que inciden sobre la actividad comercial, industrial y de servicios (actualmente la que mayor recaudación significa para los municipios en el país), el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba sostuvo en un interesante fallo, que “aun cuando el tributo municipal no fuera una tasa, por no surgir servicios concretos para los contribuyentes, ello no obstaría a que dicho tributo fuera válido como «impuesto municipal», por no prohibirlo la normativa provincial ni impedirlo la ley de coparticipación” (TSJ Córdoba, Sala Cont. Adm., “Fleischmann Argentina Incorporated c/ Municipalidad de Río Cuarto”, del 20/02/2001 – citado por Villegas 2009:914).

2.3. Contribuciones especiales

Como se puede observar en los códigos tributarios de las localidades de San Luis y Villa Mercedes (como así también en el resto de los municipios argentinos e incluso en el propio Código Tri-

butario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) existe una confusión terminológica con la expresión contribución que, en estos casos, se la emplea indistintamente como tasa. Esta confusión puede deberse a dos cuestiones: en primer lugar, el término en sí resulta demasiado amplio y tanto la doctrina como otras legislaciones han utilizado el término contribución como sinónimo de recurso o de tributo. Así lo encontramos en la propia Constitución Nacional, cuando en el artículo 4° al hablar de los recursos del tesoro nacional y luego de enumerar los recursos genuinos del Estado nacional – esto es, el “producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos” – menciona al final “las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General”. Tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte Suprema entendieron que el término contribución, en su acepción más amplia, abarcaba el de impuestos.

Pero en el caso particular de los municipios, la utilización indistinta del término contribución se ha debido más bien al temor de incurrir en algún tipo de analogía con las tasas y de éstas con los impuestos – agregando a ello la confusión que existe respecto de la facultad constitucional de los municipios de sancionar impuestos propiamente dichos. Tal confusión incluso puede observarse en los distintos fallos y pronunciamientos judiciales que trataron la cuestión de las contribuciones. Como sostiene Villegas (2009), la confusión respecto de las contribuciones alcanzó incluso su propia naturaleza jurídica; así, mientras algunos fallos consideraban a las contribuciones como una verdadera manifestación del poder tributario del Estado, otros lo consideraron una carga real que pesa sobre los inmuebles; Aun incluso entre aquellos fallos que sostienen que la contribución es un tributo, no fueron uniformes en cuanto a la definición de la especie tributaria a la que correspondía: así, algunos lo calificaron de impuestos especiales, otros de tasa y finalmente otros como precio o retribución de un servicio (2009:196-7).

En este sentido, Giuliani Fonrouge advierte la complejidad que existe en la doctrina a la hora de diferenciar las tasas de las con-

tribuciones, habiendo así autores que no tratan a las tasas por considerar que sólo existen precios, impuestos y contribuciones especiales, mientras que otro sector de la doctrina sostiene que solo existen impuestos y tasas (2003:207). Es así que, en una primera consideración, resulta más adecuado hablar de contribuciones especiales y no simplemente contribuciones ya que, como advierte el autor, “en nuestro país dicha expresión tiene sentido genérico, equivalente a tributos, y podría dar lugar a confusiones” (2003:259).

Partiendo así del término contribuciones especiales, éstas pueden ser definidas como una “prestación obligatoria debida en razón de benéficos individuales o de grupos sociales, derivados de la realización de obras públicas o de especiales actividades del Estado” (Giuliani Fonrouge 2003:259) o como “tributos debidos en razón de beneficios individuales o de grupos sociales derivados de la realización de obras o gastos públicos o de especiales actividades del Estado” (Villegas 2009:195).

Las contribuciones especiales abarcan gravámenes de diversa naturaleza, comprendiendo dos grandes grupos (siguiendo a Giuliani Fonrouge 2003): las contribuciones parafiscales y las contribuciones de mejoras. El primer grupo comprende las contribuciones de la seguridad social -es decir, aquellas destinadas a financiar la seguridad social (llamada también parafiscalidad social)-, las vinculadas con fines de regulación económica o profesional (juntas reguladoras, cámaras compensadoras, etc.) y actividades de fomento en general. En el segundo grupo, se encuentran las contribuciones por mejoras por valorización inmobiliaria a consecuencia de la realización de obras públicas y gravámenes de peajes por utilización de vías de comunicación (caminos, puentes, túneles, canales, etc.). Esta es una concepción amplia de contribución utilizada por Giuliani Fonrouge que incluiría, como vemos, el peaje.

Las contribuciones de la seguridad social es una competencia actualmente centralizada en manos del gobierno federal en todo lo referido al sector privado, conservando las provincias y municipios la posibilidad de mantener o instaurar regímenes de contribuciones sociales o de la seguridad social para sus propias administraciones. En el Pacto Fiscal I celebrado entre el gobierno

federal y las provincias el 12 de agosto de 1992, se concertó la transferencia de las cajas previsionales hasta entonces en manos de las provincias al gobierno federal, pudiendo las primeras conservar sistemas de previsión social solo respecto de sus administraciones públicas (ver Altavilla 2016). En la reforma constitucional de 1994 (es decir, dos años después de la firma de aquel pacto), se introdujo un nuevo párrafo al antiguo artículo 107 (actual 125) por el cual se establece que “las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales”. Actualmente las provincias mantienen cajas previsionales para los empleados del sector público provincial. Respecto de profesionales, la mayoría lo ha delegado a los respectivos Colegios. En algunas provincias, los municipios – en particular, aquellos de tamaño grande – conservan cajas previsionales para sus empleados, aunque éste no es el caso en la provincia de San Luis.

Las contribuciones por mejoras son definidas como aquellas “contribuciones especiales en las que el beneficio del obligado proviene de una obra pública que presuntamente beneficia a dicho contribuyente al incrementar el valor de su o sus inmuebles” (Villegas 2009:197). Se trata de contribuciones relacionadas con la valorización de la propiedad (Giuliani Fonrouge 2003). Se derivan de la realización de todo tipo de obras por parte del Estado y que de alguna manera, a consecuencia de esa obra, se observa (o presume) un incremento en el valor económico del bien alcanzado por aquella obra: puede tratarse de pavimentación de calles, apertura de calles, construcción de desagües, ensanche o prolongación de calles, peatonalización, etc. Como consecuencia de tales obras, los inmuebles aledaños ven incrementado su valor inmobiliario y de ahí que su propietario se vea obligado a contribuir en la realización de la obra. De ahí también que su utilización más asidua se dé en el nivel local de gobierno – amén de que los niveles provinciales y federal tienen potestad tributaria para establecerlas también.

Los Códigos Tributarios de San Luis y de Villa Mercedes regulan las contribuciones por mejoras más o menos en los mismos términos¹² diciendo que “los contribuyentes y responsables [...],

respecto de inmuebles ubicados en el ejido municipal que se beneficien directa o indirectamente por la realización de obras públicas de infraestructura urbana en general, efectuadas total o parcialmente por la Municipalidad, quedan sujetos al pago de la contribución por mejoras en la proporción y forma que se establezca para cada caso” (art. 147 Villa Mercedes, en iguales términos, art. 123 San Luis). Ninguno de los códigos define el procedimiento para fijar el monto de la valorización (como sí lo hacen los códigos municipales de otras provincias), dejándolo librado a la ordenanza específica que establezca la contribución. El Código de San Luis además de definir en términos generales la contribución por mejoras, contiene en el capítulo respectivo las obras sobre pavimentación y obras accesorias y complementarias (art. 124), bocales, alcantarillas y sifones (art. 125) y desagües pluviales y colectores cloacales y sus obras accesorias (arts. 126 y 127), estableciendo en todos los casos que el contribuyente será el frentista, tomando en consideración los metros de frente.

V. Incidencia de los recursos de origen municipal sobre el presupuesto local

De acuerdo a la clasificación tomada al inicio de este trabajo, es posible determinar la incidencia que los recursos tributarios de origen municipal tienen sobre el total presupuestario. En el Cuadro N° 1 se puede observar la incidencia de los distintos tipos de recursos según éstos provengan del propio municipio, de la provincia y del gobierno federal.

¹² Código tributario de San Luis, Libro I, Parte Especial, Título II, Capítulo Único, “Contribución de Mejoras” (arts. 123-127) y Código tributario de Villa Mercedes, Capítulo I “Contribución por Mejoras”, Título II “Contribuciones Especiales”, Libro II Parte Especial (art. 147 y 148).

Cuadro N° 1: Municipalidad de San Luis. Recursos Presupuestados 2015. En miles de pesos.

Origen de los Recursos por jurisdicción	Monto	%
De origen municipal (recursos tributarios)	127.362	19,1%
De origen provincial (Coparticipación)	309.825	46,4%
De origen nacional (transferencias/programas)	228.417	34,2%
TOTAL	665.604	99,7%

Fuente: elaboración propia en base al Presupuesto Municipal 2015.

Cuadro N° 2: Origen de los recursos municipales. Consolidado 2013. En miles de pesos.

Origen de los Recursos por jurisdicción	Monto	%
De origen municipal (recursos tributarios)	159.027	17,8%
De origen provincial (Coparticipación) y Federal	729.554	81,4%
Total	888.581	99,2%

Fuente: elaboración propia en base a la DNCFP.

En ambos cuadros se puede observar la escasa incidencia de los recursos tributarios municipales. La municipalidad de San Luis, la más importante y poblada de la provincia (con 168.898 habitantes, representa el 41,67% del total provincial – INDEC Censo 2010) cubre con recursos propiamente municipales solo el 19% del total de recursos presupuestados. Tomando para el caso de la Municipalidad de San Luis el Presupuesto de Gasto y Cálculo de Recursos del Ejercicio Financiero 2015¹³, se puede observar la importancia que adquieren los recursos provenientes de jurisdicción ajena, provincial y federal. Los recursos por coparticipación de impuestos Provincia-Municipios (única transferencia de la provincia al municipio) representa el 46% de los recursos municipales presupuestados para el año 2015, mientras que los de origen federal (consistente en distintas transferencias y programas¹⁴) el 34%.

¹³ Publicado en el Boletín Oficial de la Municipalidad de San Luis, martes 23 de diciembre de 2014, Año 10, N° 312.

¹⁴ De acuerdo al Presupuesto Municipal 2015, los programas financiados por el gobierno nacional fueron: Fondo Federal Solidario, Argentina Tra-

Para el caso del consolidado municipal, con información proporcionada por la DNCFP para el año 2013, se puede observar un porcentaje similar en cuanto a los recursos tributarios de origen municipal, los que representan un 18%, mientras que los de origen provincial y municipal cubren el 81% de los presupuestos consolidados. De acuerdo a la información proporcionada por la DNCFP, no resulta posible distinguir qué cantidad de recursos proviene del nivel federal y cuál del nivel provincial como así tampoco los conceptos en virtud de los cuales estos montos son transferidos a los municipios (Coparticipación provincial de impuestos, transferencias federales, programas específicos, etc.).

Asimismo, hemos considerado como recursos tributarios de origen municipal aquellos que según el Presupuesto de la Municipalidad de San Luis como la información estadística de la DNCFP clasifican como recursos dentro del rubro “no tributarios”. En ambos casos, en realidad, se incluyen dentro de este rubro las tasas y contribuciones que cobran los municipios, recursos que como se vio anteriormente corresponden a la categoría de tributarios.

En una consideración más detallada sobre los recursos tributarios municipales, se puede observar en el siguiente cuadro la incidencia que cada tipo de tasa y contribuciones tienen sobre el total presupuestario, tomando la información proporcionada por el Presupuesto de la Municipalidad de la ciudad de San Luis para el año 2015.

baja, Juegos Evita, Planta Efluente de Tratamientos Cloacales y Transferencia Para Viviendas.

Cuadro N° 3: Incidencia de los recursos tributarios municipales sobre el total de recursos municipales. En miles de pesos.

	Monto	% de Rec. tributarios	% del total Recursos
Impuestos	0	0,0%	0,0%
Tasas	85.499	99,4%	19,5%
Contribuciones por mejoras	524	0,6%	0,1%
TOTAL	86.023	100,0%	19,6%

Fuente: elaboración propia en base al Presupuesto Municipal 2015.

El Cuadro N° 3 pone de manifiesto lo que la doctrina tributaria viene afirmando desde antaño: en primer lugar, la poca incidencia que tienen los recursos tributarios municipales sobre los presupuestos locales y, en segundo lugar, la importancia que han cobrado las tasas en las finanzas municipales, actualmente el único recurso municipal genuino con que cuentan los municipios. Respecto de las contribuciones por mejoras, se puede observar la casi nula incidencia en el presupuesto municipal. Las contribuciones por mejoras son ubicadas dentro del rubro “Rentas Diversas” que aglutina otras prestaciones (tales como red de agua y cloacas, estacionamiento medido, plataforma terminal de ómnibus, locales terminal ómnibus, espectáculos públicos, multas tránsito, entre otras) y que en total representan un 3.6% del total de los recursos municipales.

Haciendo una consideración sobre el amplio espectro de tasas municipales que cobra el municipio, en el Cuadro N° 4 es posible observar las principales tasas, en cuanto a la cantidad de montos que aportan al erario público municipal, que erróneamente son denominadas “contribuciones”. Rápidamente puede observarse la importancia en primer lugar de la denominada “Contribuciones que inciden sobre los inmuebles”, la cual representa el 45,4% del total de las tasas cobradas por el municipio y un 36,9% del total de recursos tributarios municipales. Esta tasa abarca “alumbrado, barrido y limpieza”, “servicios sanitarios”, “agua por medidor”, “servicios públicos conexiones”, “servicios administrativos” y “otras contribuciones que inciden sobre los inmuebles”; en segundo

lugar, se encuentra la “Contribución que incide sobre la actividad comercial, industrial y de servicios”, la cual representa el 31,3% del total de las tasas y el 25,4% del total de recursos tributarios municipales; y en tercer lugar el “Derecho inspección veterinaria y control higiénico de productos que se introduzcan en el municipio”, el cual representa el 15,4% del total de las tasas y el 12,5% del total de recursos tributarios. Las restantes oscilan entre el 0,6 y el 3,4% del total de las tasas recaudadas por el municipio.

Cuadro N° 4: Tasas. Presupuesto 2015 de la Municipalidad de San Luis. En miles de pesos.

TASAS	MONT O	% Total Rec. Municipal es	% Total Rec. Tributari os	% Tasas
1. Contribución que inciden sobre los inmuebles	46.996	7,0%	36,9%	45,4%
2. Contrib. que incide s/ actividad com., industrial y de servicios	32.346	4,8%	25,4%	31,3%
3. Contrib. que inciden s/ ocupación espacio de dominio público	1.936	0,3%	1,5%	1,9%
4. Derecho inspección veterinaria y control higiénico de productos que se introduzcan en el municipio	15.970	2,4%	12,5%	15,4%
5. inspección sanitaria animal	25	0,0%	0,0%	0,0%
6. Contrib. que inciden sobre las ferias y remates	582	0,1%	0,5%	0,6%
7. Contrib. por servicios relativos a la construcción de obras	3.538	0,5%	2,8%	3,4%
8. Contrib. que incide sobre la publicidad y propaganda	852	0,1%	0,7%	0,8%
9. Contrib. que inciden sobre los cementerios	1.158	0,2%	0,9%	1,1%
				100,0
TOTAL TASAS	103.406	15,5%	81,2%	%
TOTAL INGRESOS TRIBUTARIOS	127.362			
TOTAL RECURSOS MUNICIPALES	667.124			

VI. Conclusiones preliminares

A modo de conclusión preliminar, se puede sostener que el régimen municipal estatuido por la Provincia de San Luis adolece de algunas especificaciones en lo concerniente al poder impositivo de sus municipios. Si bien del texto constitucional se desprende la

potestad impositiva de los municipios a través de una interpretación armónica entre los arts. 270, inc. 5°, art. 258, inc. 8°, art. 247 y art. 248, sumando a esta interpretación el nuevo artículo 123 de la Constitución Nacional, no resulta forzado concluir afirmativamente en la posibilidad de los municipios puntanos de sancionar impuestos. Esta falta de especificación en el ordenamiento constitucional y la directa ausencia de mención alguna sobre esta posibilidad en la Ley de Régimen Municipal han llevado a que algunos operadores jurídicos del medio local hayan arribado a la conclusión de que los municipios no tienen potestad para establecer impuestos. Los legisladores locales así lo han entendido también, tanto por la escasa referencia a la palabra “impuesto” en los ordenamientos tributarios municipales como a la directa ausencia de legislación sobre impuesto alguno, como se evidencia en los Códigos Tributarios de las dos principales ciudades de la provincia, San Luis y Villa Mercedes.

Lo llamativo del art. 270, inc. 5° que dispone que entre los recursos de los municipios se encuentran “Los impuestos sobre ramos que la ley específica señala” proviene de la Constitución provincial de 1905¹⁵, y mantenida en idénticos términos por las constituciones de 1927¹⁶, de 1941¹⁷ y de 1962¹⁸. Ello puede ser interpretado como un resabio de la concepción autárquica de los municipios imperantes en aquellos ordenamientos constitucionales provinciales – resabio que perduró en la reforma de 1987, aun

¹⁵ Constitución provincial de 1905, Cap. XVI “Administración Departamental. Régimen Municipal” (arts. 151 a 173), Art. 160, inc. 4° “Formar sus rentas y establecer impuestos locales sobre los ramos que la ley les señale; no pudiendo aumentar éstos sino con el voto de dos tercios de la totalidad de sus miembros”.

¹⁶ Art. 156, inc. 4° (Cap. XVI “Administración Departamental. Régimen Municipal”, arts. 147 a 169).

¹⁷ Art. 156, inc. 4° (Cap. XVI “Administración Departamental. Régimen Municipal”, arts. 147 a 169).

¹⁸ Art. 156, inc. 3°, apartado a) (Cap. XVI “Administración Departamental. Régimen Municipal”, arts. 137 a 152).

cuando el constituyente tuvo el objetivo declarado de reconocer la autonomía plena de los municipios de provincia.

A pesar de esta técnica legislativa – poco feliz en el estadio actual del derecho constitucional y municipal – es posible afirmar el poder tributario originario e inherente de los municipios de establecer impuestos aun sin necesidad de reconocimiento expreso o autorización específica mediante ley provincial.

Esta conclusión puede sostener en función de que no está prohibida en nuestro país la doble o múltiple superposición impositiva en la Constitución Nacional. La Corte Suprema, en un viejo precedente, sentó la doctrina de que tal superposición no resultaría inconstitucional (“Sociedad Anónima Mataldi Simón Limitada C/ Provincia de Bs. As., por repetición de impuesto”, Fallos 149:260, del 28/09/1927). A ello cabe agregar que tampoco está prohibida en la Constitución de la provincia de San Luis¹⁹; La Constitución provincial tampoco hace una distribución concreta de competencias tributarias entre la provincia y sus municipios.

Si a todo ello además sumamos lo que anteriormente se sostuvo respecto de que la Constitución local reconoce la universalidad de la competencia municipal, poniendo a cargo de los municipios un sinnúmero de competencias que hacen al bienestar general y bien común local, con cláusulas genéricas tales como “Todas las demás atribuciones y facultades que a la prosperidad y bienestar del municipio” (art. 258, inc. 20) y de “realizar cualquier otra función de interés local” (art. 261, inc. 19), es dable concluir en la posibilidad concreta y cierta de los municipios de poder recabar recursos genuinos con la finalidad de hacer frente a las erogaciones que tales cometidos requieren. Al decir de Giuliani Fonrouge, el poder tributario “es como el oxígeno para los seres vivos” ya que el Estado “sin el poder tributario no podría subsistir” (2003:264), de ahí que una de las características del poder tributario es que sea irrenunciable, como tampoco pueda extinguirse ya que “es connatural al Estado” (ibídem).

¹⁹ A nivel provincial, Tierra del Fuego es la única provincia que prohíbe en su constitución en términos expresos la doble imposición (art. 179) (ver Altavilla 2015).

Esta conclusión no solo surge de la exégesis constitucional, sino también desde un punto de vista pragmático y se colige con lo sostenido anteriormente respecto de que los municipios tienen asignado competencias amplias a través de un reconocimiento por parte de las constituciones provinciales de la universalidad de la competencia municipal.

Teniendo en cuenta los acuerdos interjurisdiccionales en materia tributaria y cuyo objetivo ha sido la coordinación de las competencias tributarias de los distintos niveles, disposiciones que integran lo que la Corte denominó Derecho Intrafederal, es posible afirmar que los municipios pueden establecer cualquier tipo de impuestos siempre que éstos no sean análogos a los coparticipados. La conclusión precedente resulta válida, aun cuando el ámbito de aplicación del poder tributario municipal haya quedado muy acotado. En este sentido, impuestos sobre materias tales como el turismo, el medio ambiente, recursos naturales, etc., podrían ser materia grabable por los entes locales, ya que estas materias no están alcanzadas por los impuestos nacionales actualmente vigentes ni por los provinciales.

Referencia Bibliográfica

- Altavilla, Cristian (2016) “Asignación de competencias y atribución de facultades tributarias en el régimen municipal argentino. Alcances y límites del poder tributario municipal”, en Hernández, Antonio M., Ernesto Rezk y Marcelo Capello, coords., *Propuestas para fortalecer el federalismo argentino*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Federalismo, Córdoba, pp. 413- 448.
- Altavilla, Cristian (2016) “Conflicto y Coordinación política en las Relaciones Intergubernamentales en Argentina. Un análisis neoinstitucional a través del Régimen de Coparticipación Federal de Impuestos”, Tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba.
- Álvarez Echagüe, Juan Manuel (2000) “Los municipios, su status jurídico y sus potestades financieras y tributarias en el marco de la Constitución reformada”, *Revista Impuestos*, Tomo LVII-B.

- Balbo, Elvira, “Novedosa especie tributaria: ‘las impuestasas’. Tasas que financian servicios indivisibles e indirectos: análisis en el marco del entramado federal” en Periódico Económico Tributario N° 527, noviembre, 2013.
- Bulit Goñi, Enrique, dir., Tasas Municipales, Tomo I, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- Fazio, Javier (2010), “Régimen Económico-Financiero Municipal” en Zarza Mensaque, Alberto y Guillermo Barrera Buteler, Introducción al Derecho Municipal pp. 337-364.
- García Belsunce, Horacio (2004) Tratado de Tributación, Tomo I, Derecho Tributario, Vol. 2, Buenos Aires, Astrea.
- Giuliani Fonrouge, Carlos (2003) Derecho Financiero, Tomo I, Buenos Aires: La Ley.
- Hernández, Antonio M., (2003) Derecho municipal. Parte general. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, N° 159.
- Mooney, Alfredo y Carlos Brügge (1994) Derecho Municipal Argentino. Aspectos teóricos y prácticos, Córdoba: Editorial Mateo García.
- Rosatti, Horacio (2012a) Tratado de Derecho Municipal – Tomo I, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Rosatti, Horacio (2012b) Tratado de Derecho Municipal – Tomo II, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Spisso, Rodolfo (2007) “Potestad tributaria de los distintos niveles de gobierno”, en Bulit Goñi, Enrique, dir., Tasas Municipales, Tomo I, Buenos Aires, Lexis Nexis, pp. 233-275.
- Spisso, Rodolfo (2009b) “Lápida para una tasa apócrifa” en Revista Derecho Fiscal, N° 4, pp. 83-89.
- Spisso, Rodolfo (2011) Derecho Constitucional Tributario, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Villegas, Héctor, Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, Buenos Aires, Depalma, 9ª edición, 2009.
- Zarza Mensaque, Alberto y Guillermo Barrera Buteler, (2010) dirs., Introducción al Derecho Municipal, Córdoba, ed. Advocatus.

Análisis sobre los efectos jurídicos de la sentencia de restricción a la capacidad jurídica y de declaración de incapacidad jurídica según el CCyCN

AB. NADIA ANAHÍ TORDI

I. Introducción

El objetivo del presente trabajo, es analizar el alcance y la extensión de la sentencia de restricción a la capacidad jurídica o de declaración de incapacidad de las personas, con la finalidad de diferenciar los efectos que derivan de la misma sentencia de aquellos que regula el Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) en otras instituciones.

El sistema que reglamenta el CCyC en relación con la restricción de la capacidad jurídica de las personas, se fundamenta en los principios convencionales/constitucionales receptados en nuestra Carta Magna. Como es sabido, los instrumentos de derechos humanos incorporados por nuestro país con rango constitucional -ya sea de manera originaria en el art. 75 inciso 22 o derivada, como ha acontecido con la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), según la ley 27.044 de fines del 2014- han conminado a revisar, reevaluar y readecuar todo el plexo normativo inferior. Sobre esta visión, el CCyC, receptó la regla de adecuación y ha formado un cuerpo jurídico que tiene como eje del sistema, la persona y el respeto por sus derechos.

La normativa sobre capacidad de las personas prevista en el CCyC asume que la consecuencia central que deriva de la vigencia de dicho paradigma es el examen permanente de las leyes internas- de fondo y forma- a la luz de las normas convencionales/constitucionales, lo que conlleva a revisar las prácticas judiciales. Se recepta a la persona como eje del sistema -visión que fuese sostenida en la CDPD y en la Ley Nacional de Salud Mental¹ (en adelante LNSM)- y se adopta el modelo social de discapacidad, modelo que hace suyo el CCyC.

El modelo social, implica considerar que las causas que originan la discapacidad no son científicas, ni religiosas, sino que preponderantemente sociales; y desde este punto de vista, se sostiene que las personas con diversidad funcional pueden contribuir a la comunidad en igual medida que el resto de mujeres y hombres, y

¹ Ley Nacional de Salud Mental 26.657 promulgada 25/11/10 y sancionada 2/12/10.

tal circunstancia debe acontecer siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas².

El paradigma de la CDPD consiste en el reconocimiento a las personas con padecimiento psíquico de la capacidad para ejercer por sí sus derechos, en la medida de sus posibilidades³, bregando por el apoyo por parte del Estado en ese proceso. Así, no puede ya hablarse de la “incapacidad” de las personas, sino de las facultades que pueden ejercer por sí y otras en las cuales necesitaran apoyo para su ejecución. En definitiva, se trata de reemplazar un modelo de sustitución de voluntad del “incapaz” por el respeto de la autonomía para poder de decidir sobre su propia persona y bienes⁴.

² ALDERETE, Claudio Marcelo, “La discapacidad a la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Propuestas y cometarios” [³ Se afirma que la presunción de capacidad de toda persona \(con o sin discapacidad\) es de carácter *iuris tantum* y, por esta razón, dadas las situaciones previstas en la ley, reconoce excepciones. La persona con discapacidad puede sufrir eventuales restricciones a la capacidad jurídica fundadas en: \(i\) la literalidad del art. 12 de la CDPD, \(ii\) el amplio abanico de discapacidades y situaciones particulares que requieren una solución jurídica, que evidencia la necesidad de seguir contando, en ciertas y específicas situaciones, con mecanismos de sustitución en la toma de decisiones, excepcionales; \(iii\) la aceptación del principio de igualdad y no discriminación en el ejercicio de la capacidad jurídica, que supone la garantía de tratamiento equitativo en igualdad de condiciones, no tratándose de una garantía absoluta y abstracta de ejercicio de la capacidad jurídica por cualquier persona y en cualquier circunstancia \(Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; FERNÁNDEZ, Silvia E. y HERRERA, Marisa, “Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código” LA LEY 18/08/2015, 18/08/2015, 1 Cita Online: AR/DOC/2518/2015\).](http://www.infojus.gov.ar>IDINFOJUS: DACF150521.</p></div><div data-bbox=)

⁴ Para ampliar ver MARTÍNEZ Alcorta, Julio A. y BADO, Carlos A., “Cuando el modelo social es parte del interés superior el niño” Publicado en: DFyP 2016 (octubre), 119 Cita Online: AR/DOC/2911/2016; DUIZEIDE, Santiago G. y LASALA, Lucía, “El modelo social de la discapa-

El art. 12 de la CDPD, es el eje sobre el que gira el cambio de paradigma, se refiere al ejercicio de la capacidad jurídica, y propugna cinco conceptos básicos y centrales: (i) Proporcionar a las personas con discapacidad los apoyos que puedan necesitar para el ejercicio de su capacidad jurídica; (ii) Se proporcionen salvaguardias para impedir los abusos y conflictos de intereses; (iii) Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona; (iv) Serán proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, por el plazo más corto posible y sujetas periódicamente a revisión por parte de una autoridad o un órgano judicial competente; (v) Asistencia en la toma de decisiones jurídicas, sin sustitución de la voluntad⁵.

ciudad. A diez años de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” Publicado en: DFyP 2016 (octubre), 242 Cita Online: AR/DOC/2995/2016.

⁵ DUIZEIDE, Santiago G. “El nuevo paradigma social de la discapacidad”, LLLitoral 2015 (diciembre), 1154, DFyP 2016 (marzo), 189.

⁶ DUIZEIDE, Santiago G. “Ley Nacional de Salud Mental 26.657: del encierro a la inclusión comunitaria” Publicado en: DFyP 2015 (agosto), 238, Cita Online: AR/DOC/2044/2015; MAZZINGHI, Gabriel M. “La Ley de Salud Mental: un paso atrás (o varios...)” Publicado en: DFyP 2014 (diciembre), 101 Cita Online: AR/DOC/3524/2014; BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “La salud mental y la discapacidad. La igualdad como principio y su equilibrio con la protección”, Publicado en: DFyP 2014 (septiembre), 184, Cita Online: AR/DOC/2265/2014. Ver MONOPOLI, Valeria y ARRIAGADA, Malena, “Discapacidad psicosocial, salud mental y no discriminación” en Discapacidad, Justicia y Estado. p. 123 Id SAIJ: DACF130274. Quienes critican esta ley sostienen que se trata de una norma con estas buenas intenciones, aunque lamentablemente producida con una pobre técnica legislativa y plagada de enunciaciones retóricas cuasi panfletarias, pero con pocas prescripciones concretas. Sin embargo, uno de los aportes valiosos que corresponde reconocer, es la incorporación del criterio de la evaluación interdisciplinaria en los procesos judiciales sobre capacidad. Así, el art. 42 de la ley 26.657 incorporó el art. 152 ter al Código Civil derogado, que exige la realización de “un

Estos principios también fueron receptados en la LNSM, cuyo objetivo es asegurar el derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental de conformidad con los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional⁶. Se estableció la presunción de la capacidad, el rol fundamental de la comunidad y la familia, el cierre de los Hospitales Neuro psiquiátricos y el abordaje de la interdisciplina a efectos de lograr una mirada más abierta e integral, y dejándose de lado el antiguo modelo hegemónico médico-psiquiatra⁷.

Desde esta mirada, centrada en la persona como eje del sistema, el CCyC en el Libro Primero, Parte General, Título Primero, Capítulo Segundo, regula en sus arts. 31 a 50 las reglas generales para la restricción a la capacidad jurídica, competencia, los sistemas de apoyos, extensión y alcance de la sentencia, condiciones de validez de los actos realizados por las personas con capacidad

examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias”. Además de ello, allí ya surge la ya citada necesidad de volver a realizar esas evaluaciones en el plazo máximo de tres años. (SEDA, Juan A, “La intermediación para la mejor tutela en los procesos de restricción de la capacidad” LA LEY 21/10/2016, 4 Cita Online: AR/DOC/3199/2016).

⁷ Se ha comprendido luego de muchos años que la atención psiquiátrica convencional no ha permitido alcanzar los objetivos compatibles con una atención comunitaria, descentralizada, participativa, integral, continua y preventiva. También la experiencia ha marcado en lo que hace a la atención de la salud mental, que el hospital psiquiátrico monovalente, conocido como “manicomio”, en una visión como la expresión del modelo estigmatizante como único medio asistencial, sin duda ha sido y es un factor que obstaculizó y obstaculiza el logro de los objetivos establecido por las normas en cuanto a los principios de igualdad, libertad personal, inclusión social, vida independiente, no discriminación, en definitiva la accesibilidad universal a los tratamientos a la salud mental dentro de una concepción humanista preventiva (BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “La salud mental y la discapacidad. La igualdad como principio y su equilibrio con la protección” Publicado en: DFyP 2014 (septiembre), 184, Cita Online: AR/DOC/2265/2014)

restringida o incapaz (excepcional), el cese de la incapacidad y de las restricciones y régimen de los inhabilitados. Establece normas de fondo y fija pautas de forma generales, que se aplican a los procesos de restricción a la capacidad jurídica, de declaración de incapacidad y de inhabilitación.

Además de la regulación que propiamente instituye el CCyC para los procesos de restricción a la capacidad jurídica, en el resto de su articulado se estipulan normas que prevén efectos diferenciados y protectorios para las personas que tienen una sentencia que restringe su capacidad o que tienen una discapacidad sin tener sentencia que limite su capacidad jurídica. El objetivo de este trabajo detallar dichos efectos, para lo que necesariamente debemos analizar las pautas que se establecen para el dictado de la sentencia, las diferentes sentencias y luego determinar el alcance de sus efectos.

II. Pautas para la procedencia de una sentencia que restrinja la capacidad o declare la incapacidad

El artículo 32 del CCyC sienta las bases sobre las que gira el sistema de restricción a la capacidad jurídica y establece los requisitos de procedencia para el dictado de una sentencia, su texto dispone: “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

Si bien parece que el CCyC mantiene el modelo biológico- jurídico (al establecer el requisito de una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad), introduce un nuevo criterio, que se podría denominar interdisciplinario, el cual permite superar la categorización de capacidad en función del diagnóstico basado en un criterio meramente psiquiátrico (aunque a ello se le suma luego otro requisito) que exige considerar a la persona partir de su especificidad como ser humano y desde la mirada interdisciplinaria. El abordaje interdisciplinario permite brindar una visión de la persona situada y contextualizada. Lo hace en el ámbito de la interacción social⁸.

Para la procedencia del dictado de la sentencia de restricción de la capacidad el juez debe ponderar dos presupuestos: (i) presupuesto intrínseco y (ii) presupuesto extrínseco: el primero hace referencia a la persona que debe contar con más de trece años de edad⁹, y debe padecer una adicción¹⁰ o enfermedad mental de suficiente gravedad y el segundo presupuesto implica considerar que la enfermedad lo influye de tal forma que en el ejercicio de su plena capacidad pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes. Para la procedencia de la restricción se deben dar estos pre-

⁸ KRAUT, Alfredo J. y PALACIOS, Agustina, “art. 32 “, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 142

⁹ Este requisito resulta coherente con la regulación del CCyC en relación con los derechos de los adolescentes (art. 25 CCyC).

¹⁰ Se ha destacado como aspecto importante que la LNSM recepta el abordaje de las adicciones como parte integrante de las políticas de salud mental (art. 4°) y que por primera vez se trata el tema de las adicciones dentro del campo de la salud, asegurando los derechos y garantías con relación a los servicios de salud para todas aquellas personas que tengan relación con esta problemática. Se tiene como objetivo favorecer el acceso a la atención de las personas con uso problemático de sustancias, legales e ilegales, haciendo foco en la singularidad de la persona más allá del tipo de adicción que padezca. (Ver DUIZEIDE, Santiago G., “Ley Nacional de Salud Mental 26.657: del encierro a la inclusión comunitaria”, DFyP 2015 (agosto), 20/08/2015, 238,AR/DOC/2044/2015)

supuestos de forma conjunta, ya que puede suceder que la persona tenga una enfermedad mental o adicción, pero que no la influya de forma tal, para ejecutar actos que le sean perjudiciales para sus derechos o sus bienes.

En tanto, el dictado de la sentencia de declaración de incapacidad, corresponde evaluar su excepcionalidad, y el requisito que se debe comprobar es que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador¹¹.

En cambio, para el dictado de una sentencia de inhabilitación, se debe acreditar una circunstancia de la persona que lo afecta, esto es su prodigalidad, así el CCyC establece: “Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación con su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.” De la norma se desprende que en este proceso no se va a ponderar si la persona tiene una enfermedad mental que lo afecta, sino que evaluará si el actuar de la persona que realiza actos de prodigalidad lo exponen a la pérdida de su patrimonio. También se destaca que la sentencia de inhabilitación se dictará solo si la persona tiene familia. Es la situación de la persona la que determina la procedencia de la declaración de inhabilitación.

¹¹ Para ampliar ver PAGANO, Luz M. “El rol de los curadores, los apoyos y otros profesionales de la salud en los procesos de restricción a la capacidad”, Cita Online: AP/DOC/1033/2016; también ver COBAS, Manuel O. “La distinción entre incapacidad e inhabilitación y la protección de la persona”, DJ12/02/2014, 25, AR/DOC/4550/2013.

En conclusión, en el CCyC se establecen tres clases de sentencias de restricción a la capacidad jurídica: (i) sentencia de capacidad restringida (art. 32, párr. 1º), (ii) de incapacidad (art. 32, párr. 4º) y (iii) de inhabilitación (art. 48). Nos detendremos en los efectos y alcances de las dos primeras sentencias, ya que el estudio de los efectos de la sentencia que declara la inhabilitación¹² excede el marco de este trabajo.

III. Clases de sentencias

a.- Sentencia que declara la restricción a la capacidad jurídica.

El art. 37 del CCyC establece que la sentencia se debe pronunciar sobre: diagnóstico y pronóstico y época en que la situación se manifestó; y recursos personales, familiares y sociales existentes y el régimen adecuado para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible. Nuevamente se recuerda que es imprescindible que el juez cuente con el dictamen de un equipo interdisciplinario.

El art. 38 del CCyC determina que la sentencia debe pronunciarse sobre la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea lo menor posible. Impone el deber de designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo y señalar las condiciones de la validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicaciones de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación.

La sentencia pone fin al estado de sospecha sobre la capacidad jurídica de la persona. Pero el deber del juez no se agota ahí, pues deberá determinar la extensión y alcance de la restricción. Para ello, se apoyará en las distintas pruebas producidas desde la inter-

¹² La sentencia que declara la inhabilitación de una persona tiene un régimen especial y propio ya que a ley habilita a restringir en principio solo la capacidad jurídica de realizar actos de disposición de la persona, los que serán realizados con la asistencia de su apoyo.

disciplina. La norma, se inscribe en la línea de las llamadas “sentencias a medida” puesto que requieren de un trabajo artesanal por parte de los jueces para delimitar los actos y funciones que pueda realizar la persona en cuyo interés se sigue el proceso, con el objetivo de limitar lo menos posible la capacidad jurídica de la persona¹³.

Se impone de este modo un régimen de graduación de la restricción a la capacidad civil, con múltiples aristas según la persona, y su situación particular. Como ya se ha explicado el modelo social de la discapacidad, implica que la regla es la capacidad jurídica por lo tanto en la sentencia se debe decir cuales son aquellos actos que la persona no puede realizar por sí y para los que necesita un apoyo. A los fines de equipar su condición y así eliminar la barrera social.

Obligatoriamente el juez debe expedirse sobre:

a) Diagnóstico y pronóstico: es necesario esclarecer cómo la enfermedad mental incide en la vida de la persona, y determina la necesidad de restringirle su capacidad jurídica. Se relaciona con el art. 32 del CCyC, no basta la enfermedad mental sino que esta debe ser de suficiente gravedad, que en el ejercicio de su plena capacidad pueda resultar un daño para su persona o bienes.

b) Época en la que la situación se manifestó: su importancia radica en que facilita el régimen de prueba de quien acciona por nulidad de los actos jurídicos. (ver art. 45 del CCyC)

c) Recursos personales, familiares y sociales existente: a diferencia del código derogado se prioriza la realidad de cada persona y se pretende enfatizar sobre sus vínculos personales, sociales y familiares e indagar dentro de esta red el o los apoyos que se le puedan nombrar.

¹³ MUNILLA, Silvina y LAHITTE SANTAMARÍA María Adelina Navarro, “Restricciones a la capacidad Proyecto de Reforma Unificación Civil y Comercial”, Revista Jurídica Número 17 – 2013: 01-03-2013, Cita: IJ Editores - LXXIX - 419.

d) Régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible: es tarea del juez expedirse en un programa de protección, promoción y asistencia para el ejercicio de derechos de la persona.

Se trata de una sentencia declarativa no constitutiva, debe ser personalizada, e intentar preservar en lo posible, la autonomía de la persona y que las restricciones lo sean por tiempo acotado¹⁴, por ello resulta innegable conocer la situación contextual de la vida de la persona, los lazos personales, la situación económica, sus vínculos familiares y allegados, es imprescindible el contacto personal con el juez y así podrá determinar que actos no puede realizar sola y sí con el acompañamiento de apoyos¹⁵.

¹⁴ En la tarea jurisprudencial de ajustar la sentencia a medida de la situación de cada persona, la Cámara de Apelaciones de Chubut ha resuelto que: “Corresponde modificar la sentencia de grado y, en consecuencia, restringir el ejercicio de la capacidad jurídica del causante -persona de 30 años con diagnóstico de esquizofrenia, altamente institucionalizado, sin una red familiar continente ni afectiva y de evolución clínica favorable- para realizar, por sí mismo, actos jurídicos de administración y disposición cuyo contenido económico sea superior 50 % de lo que percibe en concepto de pensión no contributiva que le abona el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, para aceptar herencias y para testar, toda vez que la decisión de la a quo de restringir el ejercicio de la capacidad para realizar cualquier acto de administración y disposición ha cerceñado su posibilidad de disponer y administrar de los fondos de su pensión, obstaculizando el avance del proceso de rehabilitación social, conforme resulta de los informes obrantes en autos, ergo no se puede considerar que ha sido dictada en su beneficio”. (C.Apel, Sala A Comodoro Rivadavia, Chubut, 28/04/2016 Área de Defensa de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Ministerio de la Defensa Pública s. Determinación de la capacidad jurídica, apoyos y salvaguardias, Rubinzal Online, Número de causa: 59/2016,Cita: RC J 2539/16)

¹⁵ BALERIO DE BURUNDARENA, María de los Ángeles, El Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida HERRERA, Marisa y LLOVERAS Nora (Dirs.), TRATADO DE DERECHO FAMILIA, T.VB, 1 ed. revisada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 815.

También debe el juez pronunciarse sobre la extensión y alcance de la restricción a su capacidad jurídica: una práctica forense que sirve de guía podría ser distinguir entre: (i) actos personales y (ii) actos patrimoniales. Dentro los primeros se pueden o no incluir los personalismos y en los segundos se puede diseñar cómo será la práctica de actos de administración y de disposición. Depende de la situación de cada persona y cómo la enfermedad le limita el pleno disfrute de su capacidad jurídica como se dictará la sentencia. Además, se debe determinar en cada categoría de actos si deben ser realizados por la persona con la asistencia de su apoyo¹⁶ o por su apoyo con facultades de representación. Es importante que se señale las condiciones de validez de los actos jurídicos patrimoniales de mayor envergadura, como por ejemplo estipular que para los actos de disposición se requiera autorización judicial. Más adelante nos detendremos en este tema, al estudiar los efectos de la sentencia.

Se advierte que no es tarea sencilla la del magistrado, ya que debe determinar con exactitud cómo será el régimen de restricción a la capacidad jurídica de la persona y la condición de validez de los actos jurídicos que realizará, debiendo procurar no afectar la autonomía de la persona.

b.- Sentencia que declara la incapacidad.

En cambio, la sentencia que declara la incapacidad de una persona es excepcional y como se dijo, solo será procedente en los casos

¹⁶ La Cámara de Familia de Mendoza ha explicado que se pueden asignar distintas funciones a la persona de apoyo de la persona con capacidad restringida, o que el apoyo adopte diversas modalidades, conforme los actos que se encuentren involucrados, esto es, de aquéllos vinculados con los derechos personalísimos o con derechos de naturaleza patrimonial o económica y que incluso puedan llegar a la representación -aunque no substitutiva- de la persona con capacidad restringida. (ver CFam.Mza, 670/15 - H. V. M. POR MEDIDA DE APOYO Y SALVAGUARDA, 1/04/2016 <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/jurisprudencia/consultar/index.php> consultado 21/07/2017)

en que se encuentra absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz, de acuerdo con lo establecido en el art. 32 del CCyC.

Se trata de un supuesto específico que ha de reunir los tres requisitos para configurarse: (i) absoluta imposibilidad de interactuar con el entorno; (ii) imposibilidad de expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato y (iii) no resultar eficaz el sistema de apoyo. En primer término, se requiere que la absoluta falta de voluntad torne necesaria la decisión (por el curador) y realización (a través de un cuidador, enfermero, familiar u otro referente) de todos los actos; es decir, siempre recaerán en un tercero. En segundo lugar, que se presenta una imposibilidad de cumplimentar los actos y también de demostrar las preferencias de la persona para que pueda ser ejercido por un apoyo y siendo el tercer requisito una consecuencia inevitable, el sistema de apoyo pensado en la toma personal de decisiones no resulta útil¹⁷. Por lo que, acreditada la imposibilidad física de la persona de manifestar su voluntad, el juez debe ponderar a través de un razonamiento lógico, si esta imposibilidad no puede ser suplida por un sistema de apoyos, y así determinará la incapacidad jurídica de la persona y designará un curador con facultades de representación. La conjunción de estos requisitos- imposibilidad de manifestar su voluntad y que el sistema de apoyos resulta ineficaz- remarca cómo el CCyC se distancia del modelo que preveía el derogado art. 141 del Código Civil, y contempla un criterio objetivo que no depende de una característica de la persona sino de una situación que consiste en la absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier medio o formato adecuado¹⁸.

¹⁷ WATHELET María “Capacidad, restricción a la capacidad e incapacidad en la normativa del Código Civil y Comercial de la Nación. Sistema de Apoyo ¿Respuestas a las internaciones psiquiátricas crónicas?” Editorial: IJ Editores.

¹⁸ KRAUT, Alfredo J. y PALACIOS, Agustina, “Inhabilitados”, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 130

La imposibilidad debe consistir en un impedimento de carácter absoluto, no bastando la mera dificultad o complejidad. Por ejemplo, la situación que no amerita ninguna duda es cuando la persona se encuentra en estado vegetativo (encefalopatía hipófica). Por ello, corroborada esta situación excepcional que le impide desenvolverse en la vida diaria y administrar su patrimonio, se habilita de dictar sentencia de declaración de incapacidad¹⁹.

Se le nombrará un curador ya que por su propia situación no puede realizar actos jurídicos indispensables. Es decir, “la ley establece la declaración de incapacidad en beneficio del incapaz para evitar que se ponga en riesgo su persona o patrimonio, porque no puede dar su consentimiento válido para los actos de la vida”²⁰. La figura del curador tiene facultades de representación por sí, por lo que no es necesario que el juez diferencie categoría de actos para restringir. La actuación del curador se regula por los arts. 138 y

¹⁹ Por ejemplo, en el proyecto de Ley de Procedimiento para la justicia de familia de Mendoza se ha propuesto que: “Si de la prueba resulta inequívocamente que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y de expresar su voluntad por cualquier modo o medio, y que el sistema de apoyos resulta ineficaz para que tome decisiones autónomas, el juez, con carácter excepcional, puede declarar la incapacidad de la persona para ejercer por sí sus derechos. Se debe designar uno o más curadores como representantes por el plazo máximo de tres (3) años, estableciéndose el alcance y extensión de sus funciones. Se puede designar uno o varios apoyos y establecer las funciones representativas que mejor contemplen los intereses de la persona protegida. Los actos realizados en representación de la persona cuya incapacidad ha sido declarada están sujetos a control judicial, con la intervención del ministerio público. La sentencia debe ser notificada por el secretario” (art. 120).

²⁰ Cam. Civ. y Com. Córdoba, 7^a, 11/8/2025, “F. T. - Declarac. de incapacidad”, expte. 216.2817/36, en www.colectivoderechofamiliarc.com/wp-content/uploads/2015/11/F.A.-P.CIAL.-CAM.-VI I-APEL.-C IV.-COM.C ÓRDOBA.-Res tricción-a -la-cap acidad.- _ 1.pdf (consultado el 22/5/2016)

ss. del CCyC, que a su vez remite a las reglas de la tutela en cuanto no sean modificadas por estos artículos.

A una persona, se le puede nombrar más de un curador, ya no es una función unipersonal²¹, dependerá del caso si se puede o si se debe designar una o más personas y el juez determinará sus funciones específicas.

Se advierte que, al ser la sentencia de declaración de incapacidad, la más invasiva en la esfera de autónoma de la persona, el sistema prevé normas de control de los actos realizados por el curador en representación de la persona. Así se establece en los arts. 101 y ss. del CCyC, que los actos realizados en representación de la persona cuya incapacidad ha sido declarada están sujetos a control judicial, con la intervención del ministerio público.

El legislador ha protegido de modo específico la situación de las personas que por algún padecimiento no puedan ejercer por sí de modo pleno su capacidad de ejercicio, disponiendo que el trámite judicial tendiente a fijar que la restricción se realice de modo personalizado y atendiendo a las circunstancias propias y familiares de la persona. Esto erradica la solución estereotipada de la legislación anterior²².

IV. Análisis de los efectos jurídicos de la sentencia

Los efectos jurídicos que asigne la sentencia de restricción a la capacidad o de declaración de incapacidad van a variar conforme la

²¹ Las normas actuales superan la postura sostenida por la C.NApel. Sala I: “El nombramiento como curador de apoyo debe recaer en uno de los dos hijos del causante, pues, si bien ambos se ocupan, en los hechos, de apoyar a su madre, existe una prohibición legal para que sean nombrados en forma conjunta, ya que el art. 386 del Cód. Civil veda la posibilidad de nombrar dos o más tutores y el art. 475 del mismo cuerpo legal remite a dicha norma”.(W., G. s/ insania • 15/05/2014 Cita Online: AR/JUR/22381/2014)

²² Conf. AMENDOLARO, R. LAUFER CABRERA, M. Y SPINELLI G. Salud mental y Código Civil argentino en el siglo XXI: cambio cultural, interdisciplina, capacidad jurídica, internación en RDF N° 69 Mayo 2015, Abeledo Perrot, Buenos Aires p. 50/51. Cita Online: AP/DOC/254/2015

situación de cada persona y sus necesidades. En un trabajo muy interesante el autor Juan Pablo Olmo, distingue diferentes implicancias jurídicas que conlleva el dictado de la sentencia, hace referencia a normas de restricción específica, normas de restricción genérica y normas de derivación²³, sobre la base de ese análisis prefiero denominar a los efectos distinguiéndolos en:

(i) Efectos primarios: son aquellos que derivan de su propio texto, y que el CCyC en su articulado a previsto que pueden surgir de la sentencia;

(ii) Efectos secundarios: surgen por el hecho de tener una sentencia de restricción a la capacidad o de declaración de incapacidad independientemente de su contenido específico y;

(iii) Normas de protección: abarca normas que incluyen dentro de un sistema de protección a las personas sobre las que puede haber recaído el dictado de una sentencia de restricción a su capacidad jurídica o de declaración de incapacidad como aquellas que tengan alguna discapacidad pero no se ha dictado una sentencia de limitación de su capacidad o de incapacidad.

a.- Efectos primarios derivados de la sentencia de restricción a la capacidad jurídica.

Son efectos primarios o propios de la sentencia, aquellos que derivan de su contenido en sí. Son las limitaciones expresas que la sentencia impone al ejercicio de la plena capacidad jurídica de la persona. Como se analizó los arts. 37 y 38 del CCyC, establece que la sentencia debe determinar el alcance y extensión de la restricción, y especificar las funciones y los actos que se limitan, y cuáles son las condiciones de validez de actos que fueron restringidos. Si bien los artículos son muy específicos, en ellos no encontramos

²³ OLMO, Juan Pablo, "Personas con capacidad restringida", en Revista de derecho privado y comunitario, 2015-3 Personas Humanas, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015-3, p. 283.

las pautas que el juez puede utilizar para fijar, con mayor nivel de certeza posible, el alcance o extensión de la restricción a la capacidad jurídica, dichas pautas derivan del art. 43 del CCyC. En esa norma se define a los apoyos y se establece que son medidas judiciales o extrajudiciales que faciliten a la persona la toma de “decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general” y que se ha sugerido interpretar como “actos personales, actos de administración y actos de disposición”²⁴.

Por lo que por efectos primarios de la sentencia se entiende aquellos que limitan la realización de (i) actos patrimoniales y (ii) actos personales. Dentro los primeros, se deberá diseñar cómo será la práctica de actos de administración y de disposición; y en los segundos se pueden o no incluir los actos personalismos. Nada impide que solo se restrinja la realización de una sola categoría de actos: personales o patrimoniales.

Siempre dependerá de la situación de cada persona y cómo la enfermedad le limita el pleno disfrute de su capacidad jurídica como se dictará la sentencia. Es importante que el juez distinga cómo será la actuación del apoyo si como asistente o como representante. Por ello, nuevamente se destaca la importancia de la entrevista con la persona y el informe interdisciplinario, los que permitirán conocer su realidad y determinar qué actos jurídicos no puede realizar solo, para lo que necesita la designación de un apoyo. Se pretende potenciar así la autonomía de la persona y su capacidad, ya que aquellos actos que fueron restringidos podrán ser ejecutados por la persona con su apoyo, quien actuará si como asistente o como representante.

Si se restringe la capacidad de la persona para actos patrimoniales, el juez deberá expedirse en sentido de que no puede realizar tal acto y que para hacerlo lo debe completar con la asistencia de su apoyo o el acto debe ser ejecutado por su apoyo con facultades de representación. Es tarea del magistrado establecer cuáles serán

²⁴ KRAUT, Alfredo J. y PALACIOS, Agustina, “Persona Humana” en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 184.

las condiciones de validez del acto. Una opción es que a la persona designada apoyo con facultades de representación, para realizar actos de disposición, se le imponga la obligación de solicitar autorización judicial. Se destaca esta función, porque en el régimen del anterior código civil, la validez de los actos jurídicos de las personas declaradas incapaces se regía por el sistema de la tutela (art. 475 del CC) en cambio en el actual ordenamiento no hay una remisión expresa, por eso la importancia de que el juez pondere expresamente la condición de validez del acto.

En relación con la restricción de la categoría de actos personales el CCyC, sugiero tomar como base para establecer cuáles son los actos personales de trascendencia jurídica que se pueden restringirse, las pautas que mismo CCyC fija en sus normas. Por ejemplo:

· Para contraer matrimonio el art. 403 inc. g del CCyC establece como impedimento dirimente para contraer matrimonio g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial. Se desprende de la norma que lo que se valora para celebrar el acto matrimonial no es la capacidad sino el discernimiento, nada impide que el juez se expida en el proceso de determinación de su capacidad jurídica, considerando que la persona no cuenta con discernimiento para realizar el acto, o puede no decir nada y en todo caso será una situación que valorará el oficial del registro al momento de celebrarse el acto.

· En el supuesto de adopción unipersonal (art. 603 inc. a CCyC), el Código establece que: “La adopción por personas casadas o en unión convivencial puede ser unipersonal si: a) el cónyuge o conviviente ha sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida, y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para este acto. En este caso debe oírse al Ministerio Público y al curador o apoyo y, si es el pretense adoptante, se debe designar un curador o apoyo ad litem” para prestar consentimiento válido. Se desprende de la norma que puede ser una situación que considere el juez el

restringir su capacidad para prestar su consentimiento para adoptar. En cambio, si en la sentencia no se expide, la persona, a pesar de tener una sentencia que restrinja su capacidad podrá prestar su consentimiento y este será válido.

· En relación al ejercicio de la responsabilidad parental en CCyC en su art. 702 inc. c) dispone: “El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure:... c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio”; se desprende que si en la sentencia el juez le restringió expresamente el ejercicio de la responsabilidad parental, esta se suspenderá, en cambio si el juez no se expidió la persona podrá seguir ejerciendo su responsabilidad parental.

· Otro acto personal que puede ser restringido en la sentencia es la posibilidad de realizar un testamento válido. Así el art. 2467 inc. c, d y e disponen que es nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria: c) otorgada por persona privada de la razón en el momento de testar, d) por haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz. Sin embargo, ésta puede otorgar testamento en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces; e) por ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto; de la norma se advierte que en la sentencia se puede haber establecido la restricción de la persona para testar, por valorar el juez que en ese momento no puede realizar el acto. Pero también, se advierte que si en la sentencia no se expidió sobre la capacidad para testar, esto será valorado por el juez del sucesorio cuando se plantee la nulidad del testamento. Entonces, en la sentencia se puede restringir la capacidad jurídica de una persona para que realice actos patrimoniales, debiéndose establecer en la misma como se van a ejecutar sí con la asistencia del apoyo o la representación. También se deben determinar las

condiciones de validez de dichos actos²⁵. Se puede restringir la capacidad jurídica para realizar actos personales de trascendencia jurídica como son: contraer matrimonio, adoptar, ejercer la responsabilidad parental, testar etc. la enumeración es ejemplificativa.

b.- Efectos secundarios de la sentencia.

Son efectos secundarios aquellos que establece el ordenamiento jurídico en general, independientemente del alcance y extensión que en la sentencia se haya dictado e incluye a las personas que tengan una sentencia de incapacidad. A modo enunciativo:

· No pueden ser tutores. El art. 110 del CCyC establece que: “No pueden ser tutores las personas: j) inhabilitadas, incapaces o con capacidad restringida”, por lo que al tener una sentencia de restricción a la capacidad, ya sea que se haya restringido la capacidad para realizar actos de disposición impide ejercer el cargo de tutor, y más aún de incapacidad.

²⁵ La validez de los actos jurídicos realizados por una persona con una sentencia de capacidad restringida o de incapacidad se encuentra regulada en los arts. 44, 45 y 46 del CCyC. Se distingue entre actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Los que son nulos si contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito. Y Finalmente se prevé que luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.

· No pueden ser directivos de asociaciones civiles. El art. 176 del CCyC establece que los directivos de las asociaciones civiles cesan en sus cargos por muerte, declaración de incapacidad o capacidad restringida, inhabilitación, vencimiento del lapso para el cual fueron designados, renuncia, remoción y cualquier otra causal establecida en el estatuto.

· No pueden ser designados administradores de la sucesión. El art. 2345 del CCyC regula que las personas plenamente capaces y las personas jurídicas autorizadas por ley o los estatutos para administrar bienes ajenos pueden ejercer el cargo de administrador. En una interpretación contrario sensu se desprende que si la persona tiene alguna restricción a su capacidad no puede administrar bienes ajenos.

· Se fija competencia en el lugar del centro de vida de la persona con sentencia de restricción a su capacidad o con declaración de incapacidad para las acciones de filiación, cuando este es actor. Así lo regula el art. 581 del CCyC que regula que cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida.

· Tienen derecho a ser oídas, a participar y a que su voluntad sea tenida en cuenta. El art. 707 CCyC establece como una garantía del proceso que las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

· El pago realizado a persona declarada incapaz o a la que tiene restringida su capacidad, en las obligaciones solidarias no perjudica ni beneficia la situación de los demás coobligados. El art. 830 del CCyC establece que la incapacidad y la capacidad restringida de alguno de los acreedores o deudores solidarios no perjudica ni

beneficia la situación de los demás; tampoco la existencia de modalidades a su respecto.

- Es repetible el pago realizado por persona incapaz o con capacidad restringida con relación al contrato de juego y apuesta. Lo establece el art. 1611 del CCyC que dispone que no hay acción para exigir el cumplimiento de la prestación prometida en un juego de puro azar, esté o no prohibido por la autoridad local. Si no está prohibido, lo pagado es irrepitable. Sin embargo, es repetible el pago hecho por persona incapaz, o con capacidad restringida, o inhabilitada.

- El fideicomiso puede durar más de treinta años o hasta el fallecimiento si el beneficiario es una persona incapaz, con capacidad restringida. Conforme lo dispone el art.1668 del CCyC regula que el fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte.

- La aceptación de la herencia por el representante legal de una persona incapaz nunca puede obligarlo al pago de las deudas de la sucesión más allá del valor de los bienes que reciba. Lo establece el art. 2297 del CCyC, que dice la aceptación de la herencia por el representante legal de una persona incapaz nunca puede obligar a éste al pago de las deudas de la sucesión más allá del valor de los bienes que le sean atribuidos. Igual regla se aplica a la aceptación de la herencia por una persona con capacidad restringida, aunque haya actuado con asistencia, o por su representante legal o convencional.

- Se requiere autorización judicial para pactar la indivisión de bienes de la sucesión conforme lo establece el art. 2331 del CCyC.

- La partición de bienes en la sucesión debe ser judicial, si hay un heredero declarado incapaz o con capacidad restringida. Lo prevé

el art. 2371 del CCyC que regula la partición de bienes de la sucesión debe ser judicial: a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes

· Se suspende el curso de la prescripción entre la persona incapaz, con capacidad restringida y su apoyo o curador. Este efecto lo establece el art. 2543 del CCyC que reza el curso de la prescripción se suspende: a) entre cónyuges, durante el matrimonio; b) entre convivientes, durante la unión convivencial; c) entre las personas incapaces y con capacidad restringida y sus padres, tutores, curadores o apoyos, durante la responsabilidad parental, la tutela, la curatela o la medida de apoyo.

Se advierte que estos efectos secundarios que regula el CCyC son independientes del alcance y extensión de la sentencia, los establece el CCyC en aras de brindar un plus de protección a las personas que tengan una sentencia de restricción a su capacidad o de declaración de incapacidad, por el solo motivo de tener alguna limitación a su capacidad jurídica, independientemente de su alcance y extensión.

c.- Medidas protectorias previstas en el ordenamiento

En este tercer grupo de normas ingresan aquellas de naturaleza proteccionista que consideran la especial situación de personas que tienen una discapacidad que puede haber generado el dictado de una sentencia de restricción a la capacidad jurídica o de declaración de incapacidad o pueden tener una enfermedad mental o discapacidad sin que por esa circunstancia se haya restringido su capacidad jurídica. A saber:

· Investigaciones en su salud. El art. 59 del CCyC establece que ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado

sado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

- Protección de la vivienda. El juez puede ordenar de oficio la afectación de la vivienda y su inscripción en el registro de la propiedad si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, conforme lo regulado por los arts. 244/256 CCyC

- Deber del juez con competencia en asuntos de familia de intervenir de oficio. El juez tiene mayores facultades de intervenir de actuar de oficio en los procesos en los que intervienen personas con sentencia de restricción a su capacidad o declaración de incapacidad esto se desprende si interpretamos a contrario sensu el art. 709 CCyC, que establece que en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

- Pauta que ponderar en el proceso de atribución del uso de la vivienda. Cuando el juez debe ponderar la solicitud de atribución de la vivienda en las uniones convivenciales el art. 526 CCyC regula como pauta a considerar si uno a de los convivientes tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad.

- En el deber de contribución que imponen los arts. 455y 520 del CCyC, dentro del núcleo primario de protección- se establece que los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de

edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

· Con relación al régimen de comunicación el art. 555 del CCyC dispone que los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo con las circunstancias.

· Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín. El art. 674 del CCyC prevé como situación que habilita a delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor a fin, la incapacidad transitoria del progenitor que tiene a su cargo al hijo, con el cumplimiento de los requisitos que establece la norma.

· En los contratos de locación el art. 1195 del CCyC regula una norma de tinte proteccionista, ya que prevé que es nula la cláusula que impide el ingreso, o excluye del inmueble alquilado, cualquiera sea su destino, a una persona incapaz o con capacidad restringida que se encuentre bajo la guarda, asistencia o representación del locatario o sublocatario, aunque éste no habite el inmueble.

· En el supuesto de que la persona con capacidad restringida o incapacidad sea beneficiaria de una indemnización por fallecimiento esta debe incluir, aparte de otros rubros lo necesario para alimentos de los hijos incapaces o con capacidad restringida, aunque no hayan sido declarados tales judicialmente. (art. 1745 CCyC)

· Mejora de la legitima a la persona con discapacidad. Otra norma de tinte netamente proteccionista es el art. 2448 CCyC que establece el causante puede disponer, por el medio que estime conve-

niente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que con relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

· No pueden ser declarados indignos de suceder si la persona que ha omitido la denuncia de muerte dolosa del causante es una persona incapaz o con capacidad restringida, conforme el art. 2281 inc.d. del CCyC.

· Se fija la competencia en el domicilio de la persona incapaz o con capacidad restringida al momento de los hechos que dan lugar a la determinación de un tutor o curador (art. 2640 CCyC) y si se necesita adoptar medidas urgentes la autoridad competente puede aplicar su derecho interno, con la obligación de poner en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada (art. 2641 CCyC).

Las pautas de protección enunciadas son sólo aquellas que derivan del CCyC, hay numerosas normas por fuera del ordenamiento analizado²⁶ que brindan un marco especial de protección a las personas con discapacidad, que cuenten o no con una sentencia que restrinja su capacidad jurídica o que declare su incapacidad.

²⁶ Por ejemplo, la ley 22.431 que organiza el “Sistema de Protección Integral de los discapacitados”, con sus respectivas modificatorias leyes: 25.504, 25.635 etc., la ley 24.314 “Accesibilidad para la persona con movilidad reducida, la ley 24.901 “Sistema de prestaciones básicas en habilitación y re-habilitación integral a favor de las personas con discapacidad”.

V. Conclusiones

Se advierte que sistema que reglamenta el CCyC con relación a la restricción de la capacidad jurídica de las personas o a la declaración de incapacidad, se fundamenta en los principios convencionales/constitucionales proclamados por CDPD. La normativa que propone el CCyC, se construye sobre la base del modelo social de la discapacidad, que procura la inclusión de las personas con discapacidad y potenciar el ejercicio de su autonomía.

No es tarea sencilla la del magistrado, quien debe diseñar una sentencia que refleje la realidad de cada persona, por lo es fundamental conocerla y trabajar desde la mirada interdisciplinaria. Debe ponderar cada situación y evaluar cuáles actos conviene restringir y cuáles no. Con este trabajo, se pretende otorgar una herramienta útil a los operadores jurídicos, ya que los efectos de la sentencia no se agotan con ella, sino que en el resto del ordenamiento jurídico también estipulan efectos que incluyen a las personas que tengan una sentencia o no, pero si una discapacidad.

Contamos hoy, con un valioso CCyC, que nos brinda herramientas para trabajar la discapacidad desde la igualdad, autonomía e inclusión. Es nuestra tarea ponerlo en marcha.

Reflexiones sobre la mora del acreedor y el pago por consignación

DR. PASCUAL E. ALFERILLO

In memoriam del profesor, maestro y amigo, Dr. Luis Moisset de Espanés.

Un e-mail de Nicolás, compartido también para Luis, recordaba la celebración de los 100 años de la aparición de “Mi noche triste” cantada por Gardel y firmada por Contursi, al responder el mismo a los amigos, el centenario título me dejó pensando: “La profundidad de la noche, el hombre a veces cree que es externa que está del ojo hacia ese horizonte inexistente, pero en realidad, la oscuridad es interior.

Pero por rara paradoja, aún en la noche más oscura siempre hay estrellas. Muchas estrellas para elegir a donde partir con el pensamiento a buscar una quimera.

En la noche oscura estas vos (sólo) con el infinito exterior e interior. Estas en el medio, midiendo con métrica terrenal los pasos dados por los senderos de la vida. Pero ese metro de albañil queda pequeño, no existe cuando se procura al menos prolongar la vista en los vericuetos de la noche.

Únicamente, mirando el oscuro cielo de la noche se descubre que la luz está en nuestro interior y que las estrellas, allá a lo lejos, la reflejan para recordarnos que somos finitos en el odio pero infinitos en el amor. Las estrellas brillan, la oscuridad desaparece, solo cuando hay amor en nuestros ojos”.

Este fue mi último e mail que no respondió porque cambio de dirección a las moradas celestiales adoptando el @paraiso.net que le debió aconsejar utilizara su querido José María Chico y Ortiz.

Ese fue el fin de una relación terrenal que comenzó en 1975, en los claustros de la Universidad Nacional de Córdoba como alumno de obligaciones, transitó por los años como maestro y amigo.

Su labor como maestro comenzó formalmente en 1976, cuando convocó a nóveles abogados y alumnos destacados, para dictar sus Seminarios en la recordada aula XV donde funcionaba el Instituto de Derecho Comparado “Martínez Paz”. Allí nació el vínculo maestro/discípulo.

Allí nació, del instinto jurídico del discípulo y de la visión científica del Maestro, el desarrollo de toda una temática alrededor de la mora del acreedor que recordarlo hace bien para desestructurar

la rigidez de la enseñanza y la soberbia de creer que el maestro siempre tienen la razón.

Mauro Cappelletti, el último discípulo de Piero Calamandrei, destacaba que los “llamaba, a veces, a todos juntos allí ante aquella mesa. No para hacerse oír, sino para escucharlos. Siempre estaba sediento de oír: su grandeza estaba formada también de esto”.

Luis, apasionado en el verbo y en la pluma, tenía tiempo para oír y frente al disgusto la sabiduría del silencio.

Hoy, sus propias palabras le rinden el mejor homenaje: “el profesor, el investigador, deben estar dispuestos toda la vida a escuchar las observaciones o dudas que les plantean quienes, sin preconcepciones, creen advertir falencias en la enseñanza que se les imparte”.

Hasta siempre, profesor, maestro y amigo.

I. Introducción

Nada mejor para iniciar el estudio de la mora del acreedor y el pago por consignación recordar el seminario dirigido en el año 1976, por el profesor Luis Moisset de Espanés en la recordada aula XV donde funcionaba el Instituto de Derecho Comparado “Martínez Paz” de la Facultad de Derecho de Córdoba cuando aún no se habían cumplido aún los 10 años de vigencia de la reforma parcial del Código Civil, introducida por la Ley 17.711.

Esa ley modificó el art. 509 del actualmente derogado Código Civil y, con ello, introdujo, como régimen básico, la mora automática del deudor sin reglamentar la mora del acreedor, manteniéndose la omisión original.

En este cuadro de situación se planteaba para el análisis dos temas: el primero se relacionaba con la autonomía conceptual y funcional de la mora del acreedor respecto del pago por consignación. Y, el segundo, si la mora del acreedor paralizaba el curso de todos o algunos de los intereses teniendo como presupuesto el reconocimiento de la diferencia entre las figuras y de que no había uniformidad de opinión con relación al momento en que se paralizaban dentro del proceso de consignación judicial.

La respuesta a estos dilemas permitió sostener, como conclusión en una investigación realizada en el seminario, que

“1) Si bien la mora “accipiendi” y sus consecuencias no está legislada en forma genérica, a través del Código Civil encontramos varias referencias a ella. Verbigracia: nota al art. 509; arts. 729, 1337, 1411, 1427, 1430, 1431, correlacionados con los artículos 764, 765, 766; art. 1611, 1630, 2015.

2) El ofrecimiento de pago que realiza el deudor no se lo debe confundir ni equiparar con la consignación, pues además de ser requisito “sine qua non” para que proceda la consignación, es constitutivo de la mora “accipiendi”.

3) En la mora “accipiendi” encontramos el elemento culpa, que se puede presentar en las obligaciones pecuniarias como negativa expresa a recibir el pago, o en hechos que imposibilitan el cumplimiento del mismo.

4) La consignación es una facultad que la ley otorga al deudor para que se procure su liberación.

5) No existe ninguna norma expresa que la torne obligatoria.

6) Se la debe usar sólo excepcionalmente y la apreciación de sus requisitos debe efectuarse con rigidez.

7) El acreedor está obligado a recibir el pago ofrecido por un tercero (art. 729); y con mucha mayor razón está obligado si se lo ofrece el propio deudor (art. 1411).

En función de estas aseveraciones se sostuvo que los intereses moratorios, o los punitivos en su reemplazo, deben dejar de devengarse con el ofrecimiento que realiza el deudor de su prestación, pues si este ofrecimiento origina la mora “accipiendi”, abonarlos significaría conceder un enriquecimiento injustificado

al acreedor. El deudor moroso, sí, ha corrido con todos los riesgos, y deberá abonar los intereses moratorios o punitivos que corresponden al tiempo de su retraso, pero no tiene que continuar abonando esos intereses, ni cargando con los riesgos posteriores. Esto responde a los más elementales principios de equidad y buena fe, en que deben inspirarse todos los vínculos que nacen de la relación jurídica obligacional.

Con respecto a los intereses compensatorios, que representan la falta de utilización del capital por el acreedor, entendemos que también deben dejar de devengarse con el ofrecimiento de pago, pues si el acreedor no está en posesión del capital es por su propia culpa; culpa que no debe ser premiada con intereses.

Además, tiene la posibilidad, con una simple interpelación, solicitando el pago del capital adeudado, de purgar su mora, tornando innecesario el proceso de consignación, a la vez que volvería a colocar al deudor en situación de mora, obligándolo a realizar el pago, si no quiere cargar con las consecuencias que apareja la mora.

Finalmente, si la consignación se declarase improcedente, los intereses deberán pagarse en su totalidad, pues ello significa que el acreedor no había estado nunca en mora¹

El transcurso del tiempo y las transformaciones legislativas operadas, sin lugar a hesitación que impone el deber de revisar la evolución de la figura para analizar, brevemente, la situación actual.

¹ Alferillo, Pascual Eduardo, “La mora del acreedor y el curso de los intereses”, Revista Notarial del Colegio de Escribanos de La Plata – Buenos Aires, 1977, N° 830. Galardonado con el Premio Revista Notarial – Autores Noveles – 1977 (Diploma y Medalla de Oro);

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-mora-del-acreedor-y-el-curso-de-los-intereses>

II. La evolución del vínculo entre mora accipiendi y el pago por consignación

2.1. La opinión de los autores.

Para conocer en profundidad el pensamiento de los autores que han estudiado la diferencia entre la figura de la mora del acreedor y el pago por consignación resulta de mayor claridad expositiva dividir las opiniones en tres subtemas: a) concepto de los institutos bajo estudio, b) concepto y requisitos de las ofertas reales y, c) efectos de la configuración de cada uno de ellos.

2.1.1. Concepto.

En la doctrina nacional, el profesor Moisset de Espanés sostuvo que “la mora del acreedor da lugar a una situación transitoria, en cuyo transcurso todavía existe la posibilidad de que se haga efectivo el cumplimiento de la prestación, si el acreedor desiste de su actitud y se allana a recibir el pago. La consignación, en cambio, aunque se extienda materialmente en el tiempo –por la necesidad de sustanciar el proceso- es un hecho “idealmente instantáneo, que tiende a poner fin de manera definitiva a la relación jurídica obligatoria”².

² Moisset de Espanés, Luis, “Mora del acreedor y pago por consignación”, *Jurisprudencia Argentina* T° 1977-II, pág. 707; “Diferencia entre mora del acreedor y pago por consignación (con referencia al Código Peruano de 1984) en el libro “La mora en el Derecho Peruano, Argentino y Comparado”, Tabla XIII Editores SAC, Perú, octubre 2006, pág. 45; “La mora en las obligaciones”, Editorial Zavallía, Buenos Aires, 2006, pág. 107, entre otras publicaciones. También se puede consultar: Cano, José Ignacio, “La Mora”, Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, pág. 87; López Cabana, Roberto M., “La demora en el Derecho Privado”, Ed. Abeledo –Perrot, Buenos Aires, 1995, pág. 126; Padilla, René A., “La mora en las obligaciones”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, pág. 287, Silvestre Aimó, Norma Olga, “Mora del acreedor: requisitos y efectos”, *La Ley* 1985-D, 815. Cita Online: AR/DOC/14460/2001. entre otras obras específicas.

El autor de referencia completa su visión expresando que “la mora del acreedor exige siempre de su parte una conducta culpable; a la consignación puede llegarse en casos en que el deudor no ha tenido ninguna culpa. El deudor que ha constituido a su acreedor mora no está obligado a consignar, sino que puede esperar que el acreedor purgue su mora, y pagar recién cuando el acreedor se avenga a recibir la prestación”³.

Es decir, en palabras de Santarelli, “la mora del acreedor consiste en la omisión de la cooperación indispensable de su parte, cuya constitución en mora se produce a partir de la oferta categórica, apropiada, circunstanciada, de pago por parte del solvens”⁴.

Este deber obligacional, conforme el pensamiento de este autor, surge de considerar “que la vida de la relación jurídica obligatoria es esencialmente “dinámica” y que desde su nacimiento hasta el momento de su extinción por el cumplimiento de la prestación, suele ser necesario que las partes observen una conducta diligente y presten ambas su “colaboración” para posibilitar que la obligación se cumpla en tiempo propio.

El deber de colaborar configura lo que la doctrina suele denominar “deberes secundarios de conducta”, y cada uno de ellos es como el eslabón de una cadena cuya falta corta el proceso y puede impedir el cumplimiento de la obligación. Para determinar entonces, en un caso concreto, quién incurre en mora -si el deudor o el acreedor- resulta indispensable enfocar la etapa previa al momento de cumplimiento para indagar si cada uno de los sujetos ha cumplido con los deberes a su cargo, o si ha omitido colaboraciones que resultaban indispensables, pues en tal caso será “moroso” el que no prestó la colaboración debida o, al menos, no podrá achacársele mora a la otra parte y sólo corresponderá afir-

³ *Ibidem*. En el mismo sentido, Compagnucci de Caso, Rubén H., “Mora del acreedor”, La Ley 1981-D, 992, “Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo I, 525. Cita Online: AR/DOC/20691/2001.

⁴ Santarelli, Fulvio Germán, “Un supuesto de mora del acreedor”, La Ley 07/07/2010, 5, La Ley 2010-D, 310. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K (CNCiv) (SalaK) CNCiv., sala K, 2010-06-14, Calobre S.A. c. Cengi S.A.”. Cita Online: AR/DOC/4972/2010

mar que se está frente a una situación de “simple retardo”, que no produce las mismas consecuencias que la mora, aunque no esté totalmente desprovista de efectos jurídicos⁵”.

Por su parte Mayo, con una visión diferente, entiende que “la situación del acreedor es compleja en este sentido: tiene una carga de cooperar, la que no está ligada sinalagmática o correspectivamente a la obligación del deudor de cumplir. Pero, a la vez tiene un deber genérico, que está fuera de la relación obligatoria, de no dañar al deudor, y cuya violación determina la existencia de un ilícito en los términos del art. 1109 del Cód. Civil. Y esta ilicitud, aunque deviene de una de las partes de la relación, está fuera de la misma, es exterior a ella, y se concreta en el hecho de deformar unilateralmente la situación jurídica prevista en la relación obligacional, prolongado el estado de sujeción del deudor fuera de los límites del tiempo establecido. Esta última circunstancia (el ilícito) explica más adecuadamente la obligación de indemnizar que eventualmente puede recaer sobre el acreedor (conf. Miccio, I., “Diritti di crédito”, t. I, p. 253, núm. 49)⁶”.

Finalmente cabe destacar para remarcar la diferencia entre las figuras la expresión de Moisset de Espanés y Moisés quienes dijeron que “para que proceda el pago por consignación es indispensable la convergencia de por lo menos dos presupuestos: a) la falta de colaboración del acreedor -sea porque injustificadamente no

⁵ Moisset de Espanés, Luis, “La mora y el deber de colaboración de las partes”, La Ley 1984-B, 7. Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín (CCivComJunin), 1983/09/24, Corbanini, Delmar E. c. Oubiña, Adolfo”. Cita Online: AR/DOC/19667/2001. Del mismo autor ver “Efectos del simple retardo”, en libro Homenaje a María Antonia Leonfanti, ps. 293 y sigts., Pontificia Universidad Católica Argentina, Rosario, 1982.

⁶ Mayo, Jorge A., “Mora del acreedor”, La Ley 1989-A, 27, Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo I, 539. Fallo Comentado: - Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F (CNCiv) (SalaF), 1987/10/09, “Patlis, León c. Asociación Atlética Argentinos Juniors”. Cita Online: AR/DOC/8407/2001.

quiere prestarla, sea porque no puede prestarla-; y b) la concurrencia de todos los requisitos necesarios para la validez del pago⁷”.

2.1.2. *Las ofertas reales. Concepto y requisitos.*

La doctrina entendió que “la constitución en mora del acreedor tiene solamente como efecto trasladar los riesgos de la prestación y hacer cesar el curso de los intereses. La consignación, va más allá, puesto que extingue la obligación, y en tal caso ya no podrá hablarse de riesgo de la prestación ni de intereses⁸”.

En función de este concepto para la constitución en mora del creditoris, Wayar sostiene que “la oferta no se presenta como una mera formalidad, sino como un paso previo necesario para que proceda la consignación, más aún, la oferta debe ser injustamente rechazada por el acreedor; ese rechazo precisamente, pone al descubierto la falta de cooperación del accipiens, comportamiento suficiente para considerarlo incurso en mora⁹. Este autor completa sus ideas sosteniendo que “el ofrecimiento del deudor debe traducirse en un acto real; no basta la mera declaración de voluntad, aunque ésta llegue a conocimiento del acreedor. Lo que interesa

⁷ Moisset de Espanés, Luis - Moisés, Benjamín, “Un curioso caso de pago por consignación”, DJ 2007-II, 607, La Ley 14/08/2007, 5, La Ley 2007-D, 700. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K (CNCiv) (SalaK), 2006/11/10, “Ortega, Leonardo M. c. Barreiro, José J. y otros”. Cita Online: AR/DOC/1947/2007. También se puede consultar: Diegues, Jorge Alberto, “Pago por consignación”, La Ley 14/11/2011, 11. Cita Online: AR/DOC/5662/2011; Depetris, Francisco José, “Pago por consignación al amparo del régimen de pesificación”, LLLitoral 2010 (diciembre), 1199. Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I (CCivComSantaFe) (SalaI), 2009-12-16, “Pizzi, Juan Antonio y Otra c. Dadea, Carlos Oscar”. Cita Online: AR/DOC/7141/2010.

⁸ Moisset de Espanés, Luis, “Mora del acreedor y pago por consignación”, Jurisprudencia Argentina T° 1977-II, pág. 707.

⁹ Wayar, Ernesto Clemente, “Tratado de la mora”, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1981, pág. 627.

es que el deudor ponga a disposición del acreedor la prestación de tal manera que sólo de este último dependa que se consume el cumplimiento¹⁰”.

Por su parte, Salerno a expresado que “el juicio de consignación es un proceso que se abre a favor del deudor para extinguir el vinculum juris, el cual depende de la naturaleza de la prestación y, cuando ésta es dineraria, de la exactitud matemática del depósito que coincida con la totalidad del monto debido. Cuando consignante y acreedor debaten sobre el importe consignado, la sentencia debe dirimir el conflicto verificando si se respetaron los principios de identidad e integridad. De lo que se infiere que, en el fondo, la decisión pasa por un cálculo aritmético que a veces, por su complejidad, será realizado por un perito contador, porque las cuentas tienen que ser claras. Mediante el ejercicio de este recurso legal, el deudor -aun moroso- puede obtener su liberación en forma coactiva para vencer la resistencia de su acreedor, disociándose así el cumplimiento del objeto debido de la real satisfacción del creditor¹¹”.

Como se colige se coincide en señalar que tanto la oferta de pago para constituir en mora al accipiendi como el pago por consignación judicial tienen como exigencia la realización de un ofrecimiento real e íntegro de la prestación adeudada.

2.1.3 Efectos jurídicos de cada una de las figuras.

Con relación a las consecuencias jurídicas generadas por cada una de las figuras, en general se sostiene, como señala Santarelli que “el estado de mora del acreedor, entre todos los efectos que le son propios, en el caso en examen, tuvo por virtualidad enervar las ac-

¹⁰ Wayar, Ernesto C., “El pago por consignación – Doctrina y jurisprudencia”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 133.

¹¹ Salerno, Marcelo Urbano, “La consignación por el deudor moroso”, La Ley 1995-A, 337, Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo III, 573. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II (CNFedCivyCom)(SalaII), 1994/03/22, Frigorífico Moreno S. A. c. Segba.

ciones del acreedor, pero de ningún modo libera al deudor por sí mismo, debiendo éste consignar aquello que entiende adeudar; de este modo se aprecian las diferencias del acto de ofrecimiento de pago —como modo de constitución en mora— de los efectos de la acción de consignación, la que se dirige a extinguir la deuda y disolver el vínculo¹²”.

En particular Compagnucci de Caso, enumera con sapiencia que los efectos de la mora del acreedor: a) Se transfiere la carga sobre los riesgos; b) cesan los intereses moratorios a cargo del deudor; c) hace concluir la mora del deudor; d) debe responder por los daños y perjuicios causados; e) el deudor tiene la vía expedita para liberarse mediante el pago por consignación.

a) Respecto de la transferencia de los riesgos entiende que “a partir del estado de morosidad del acreedor serán a su cargo los riesgos de la cosa. Es que quien imposibilita el cumplimiento en tiempo al deudor, debe asumir la contingencia de los riesgos que implican pérdida o deterioro de la cosa. Pues si el deudor hubiera podido cumplir cuando el acreedor debió recibir, al desprenderse del objeto, habría terminado con su obligación de conservación, esto cuando se trata de dar cosas ciertas, porque cuando la obligación tiene como objeto de prestación una deuda dineraria derivada de un mutuo, dice Busso que los riesgos son a cuenta del deudor mientras no consigne¹³”.

Sobre este tema, Silvestre Aimo¹⁴, comenta la transferencia del riesgo cuando existe proceso inflacionario asegurando que “resulta

¹² Santarelli, Fulvio Germán, “Un supuesto de mora del acreedor”, La Ley 07/07/2010, 5, LA LEY 2010-D, 310. Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K (CNCiv) (SalaK) CNCiv., sala K, 2010-06-14, “Calobre S.A. c. Cengi S.A.”. Cita Online: AR/DOC/4972/2010.

¹³ Compagnucci de Caso, Rubén H., “Mora del acreedor”, La Ley 1981-D, 992, “Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo I, 525. Cita Online: AR/DOC/20691/2001.

¹⁴ Silvestre Aimo, Norma Olga, “Mora del acreedor: requisitos y efectos”, La Ley 1985-D, 815. Cita Online: AR/DOC/14460/2001. En general entiende que “los riesgos de la prestación se trasladan al acreedor moroso.

interesante plantear como juega la depreciación monetaria, en las obligaciones dinerarias en los casos en que el acreedor está en mora. Es decir, tratándose de una conducta imputable al acreedor, ¿debe cargar él mismo con dicho riesgo o el riesgo de la depreciación sigue a cargo del deudor? El tema se ha planteado principalmente con relación al contrato de compraventa y con motivo del reajuste del saldo de precio.

Algunos autores sostienen que estando el acreedor en mora, debe cargar con los riesgos de la depreciación de la moneda ya que si hubiera recibido la prestación en tiempo, no resultaría perjudicado por los efectos de la desvalorización monetaria. En este sentido también se ha expedido parte de la jurisprudencia.

Se aplica en estos casos, para la mora del acreedor los mismos principios que para la mora del deudor se establecieron en el fallo plenario “La Amistad S. R. L. c. Iriarte, Roberto” (Rev. La Ley, t. 1977-D, p. 1) que dice “corresponde revalorizar una deuda de dinero en el caso de que deudor hubiere incurrido en mora”. El mismo criterio ya había adoptado la Cámara Nacional en lo Comercial en plenario del 13/4/77 (Rev. La Ley, t. 1977-D, p. 185).

En cambio para otra posición, mayoritaria en la jurisprudencia se sostiene que quien amparándose en la mora de la contraparte pretende pagar un precio irrisorio, ajustándose a la suma nominal adeudada y reclamar a cambio de ello la prestación de la otra parte, obra abusivamente y su conducta no puede ser amparada judicialmente¹⁵.

La autora comparte “este criterio que reajusta el saldo de precio aún estando en mora el acreedor (vendedor) de recibir el pago del precio, porque como dice Moisset de Espanés, “gradualmente ha comenzado a desplazarse el centro de gravedad en materia de indexación, desde el ámbito de la responsabilidad civil hacia el campo de lo puramente monetario. La pérdida del poder adqui-

Entonces, si la prestación se hace imposible por caso fortuito o fuerza mayor, la prestación se pierde para el acreedor”.

¹⁵ Silvestre Aimó, Norma Olga, *ibídem*; Moisset de Espanés – Pizarro - Vallespinos, “Inflación y Actualización monetarias”, p. 134, Buenos Aires, 1981.

sitivo de la moneda es fenómeno económico y debe ser tratado como tal. Hay actualización monetaria, aún mediando mora del acreedor...”. Es que en realidad el reajuste indexatorio no implica una obligación nueva, sino que se trata del mismo débito, sólo corregido en su expresión nominal, para adecuado a los valores presentes y salvaguardar la justicia¹⁶”.

Por cierto que al asumir los riesgos, de igual modo, admite su responsabilidad por los daños y perjuicios que pudiere irrogar a la otra parte, como es por ejemplo abonar los gastos realizados al formular la oferta, y la custodia y conservación de la cosa.¹⁷

b) Con relación al cese o no de los intereses de la obligación dineraria por la mora del acreedor, Compagnucci de Caso, recuerda los posicionamientos adoptados por la doctrina nacional sin fijar posición al decir que “Galli, de Gásperi, Cazeaux y Borda afirman que la mora del acreedor hace cesar el curso de los intereses. Mientras que Colmo, Busso y Llambías aclaran que los intereses que concluirán son los “moratorios”, pues los compensatorios ya pactados contractualmente continúan corriendo a pesar de la mora “creditoris” pues resultan consecuencia del uso del capital ajeno. Para exonerarse al deudor de dichos intereses, éste debe pagar mediante la consignación¹⁸”.

En cambio, Silvestre Aimó, entiende que “generalmente dejan de correr los intereses moratorios en las obligaciones de dar sumas de dinero. No ocurre lo mismo con los intereses compensatorios, los que siguen corriendo a pesar de la mora del acreedor, puesto que constituyen el precio del uso del capital que sigue en poder del deudor. Entonces, sólo cesará el curso de los intereses compensatorios, cuando el deudor realiza la consignación judicial del capital. Empero compartimos la opinión de Llambías en el sentido de que aún sin la consignación judicial del capital, cesará el curso

¹⁶ Silvestre Aimó, Norma Olga, ob. cit.

¹⁷ Compagnucci de Caso, Rubén H., “Mora del acreedor”, La Ley 1981-D, 992, “Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo I, 525. Cita Online: AR/DOC/20691/2001. Silvestre Aimó, Norma Olga, ob. cit.

¹⁸ Compagnucci de Caso, Rubén H., *ibídem*.

de los intereses compensatorios, si el deudor pudiera acreditar que no tuvo el uso de dicho capital. Nosotros agregamos que también podría probar el deudor, que a partir del día fijado para el pago, tuvo el dinero a disposición del acreedor, depositado por ejemplo, en una cuenta especial¹⁹”.

c) De igual modo se acepta que “el acreedor no puede negarse in-causadamente a la recepción del pago, aun cuando el deudor esté en mora y menos argumentando esas razones, ya que puede válidamente reclamar intereses o daños moratorios. Si se niega a recibir la oferta del deudor moroso, el injustificado rechazo configura la mora del acreedor y hace concluir con la mora “debitoris”. El mismo razonamiento es aplicable aun cuando el deudor hubiere ingresado en estado de morosidad en forma automática²⁰”. Para que se verifique realmente la purga de la mora del deudor “las ofertas, para ser válidas y tener eficacia moratoria, deben ser reales, serias y efectivas; el deudor debe ofrecer un pago íntegro, es decir, comprensivo de la prestación originaria y del daño moratorio derivado del retardo²¹”.

e) Finalmente se entiende que “mediando mora del acreedor, la situación del deudor es una especie de estado de interinidad, pues él continúa obligado al cumplimiento de la prestación, y no puede, de ninguna manera, pretender liberarse por dicha situación. Al deudor le queda la vía expedita para efectuar el pago por consignación que va a resultar la manera idónea para su liberación²²”.

¹⁹ Silvestre Aimó, Norma Olga, ob. cit.

²⁰ Compagnucci de Caso, Rubén H., ob. cit.; Silvestre Aimó, Norma Olga, ob. cit...

²¹ Wayar, Ernesto C. “Pago por consignación – Doctrina y Jurisprudencia”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 83.

²² Compagnucci de Caso, Rubén H., ob. cit.

2.2. *La mora del acreedor en los encuentros académicos.*

En el año 1983, en la provincia de Buenos Aires, se celebraron las “Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil”, en cuya comisión que trató el tema “Estado de mora en el cumplimiento de las obligaciones”, donde se presentó una ponencia para que se tratara el tema de la mora del acreedor.

En ese recordado encuentro la comisión se expidió sosteniendo que:

“1. Concepto. Existe mora del acreedor cuando éste impide el cumplimiento de la obligación (Unanimidad).

2. Requisitos. Regulación genérica;

Despacho mayoritario: La mora del acreedor se produce ante la intimación mediante la oferta seria y efectiva de cumplimiento, no siendo aplicable el régimen de la mora automática prevista en el primer párrafo del art. 509 del Código Civil.

Despacho minoritario: No habiendo regulado el Código Civil la mora del acreedor, por el principio de la analogía, le es aplicable el régimen previsto para la mora del deudor en la medida que sea compatible. En consecuencia el acreedor puede excusar su retardo probando la falta de culpa. Cuando la invocación de la falta de culpa implique una proposición negativa indefinida de modo tal que le resulte imposible su prueba, y el hecho contrario que la desvirtúa es definido y por lo tanto de posible comprobación por el deudor, se invierte la carga de la prueba (Ramella, Parellada, Fernández Tosar).

Requisitos en particular.

a) Existencia de una obligación en estado de ser cumplida.

b) La oferta efectiva y seria de cumplimiento

c) Despacho mayoritario. Un factor de atribución. Despacho minoritario: conducta culposa del acreedor (Trigo, Compagnucci de Caso) (Se abstienen de votar Parellada y Ramela)

3. Efectos.

a) Transfiere los riesgos (Unanimidad)

b) Despacho mayoría: Hace cesar el curso de los intereses. (Compensatorio y moratorios). Despacho minoría: Hace cesar el curso de los intereses moratorios (Compagnucci de Caso, Trigo Represas, Ramella, Fernández Tosar) (Se abstiene, Silvestre)

c) Impide el estado de mora del deudor o concluye con el estado preexistente (Unanimidad).

d) Torna responsable al acreedor de los daños y perjuicios ocasionados por su mora (Unanimidad).

Las conclusiones de este Congreso de civilistas tienen trascendencia en la historia de las instituciones analizadas, por la jerarquía de los juristas que expusieron su pensamiento y por haber introducido, por vez primera en un encuentro académico, el debate sobre de la mora del acreedor, a la cual se le reconoció autonomía conceptual y funcional del pago por consignación.

2.3. En el pensamiento de la doctrina judicial.

En la doctrina de los tribunales, en paralelo, se fueron tratando los distintos temas que presentaba para el debate, la vinculación entre la mora del acreedor y el pago por consignación.

En ese sentido uno de los primeros planteos se relacionan con el estudio de la existencia o no de diferencia conceptual entre las figuras de mención.

2.3.1. Tesis que niega la diferencia.

Uno de los métodos para negar la existencia de una diferencia es sostener que la única figura válida para constituir en mora al acreedor es la consignación. Ello partía de la ausencia de regulación en el Código Civil que no fue solucionado por la reforma introducida por la ley 17711 que no previó un régimen específico de la misma.

Así se afirmó que el único medio válido para constituir en mora al acreedor es la consignación judicial del monto debido, pues sólo el ofrecimiento no basta para poner en mora al acreedor, así no resulta íntegro el pago por consignación si el depósito no incluye los intereses al día de la consignación, aun considerando que el principio de puntualidad no puede tener una vigencia absoluta, contando el deudor con un plazo razonable, el transcurso de más de un mes de acaecido el vencimiento de la obligación indica que la consignación fue realizada tardíamente y no resultó íntegra²³.

En términos de otro tribunal, como en nuestro derecho la mora del acreedor no se encuentra legislada el único recurso de que dispone el deudor en las obligaciones de dar es el de la consignación judicial, no sólo para liberarse de la obligación sino además para no incurrir en mora y para conservar los derechos que resultan del contrato, puesto que el mero ofrecimiento de pagar es para nuestra ley irrelevante²⁴.

De igual modo, cuando la obligación es a plazo y el acreedor hace imposible el cumplimiento de la obligación del deudor, el único recurso que tiene éste para librarse es el de consignar, y tal consignación debe realizarla el primer día hábil siguiente al de la

²³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, “Latina de Gestión Hotelera S.A. c. Scherzer, Federico Víctor”, 08/06/2007, La Ley Online, AR/JUR/7294/2007.

²⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, “Fontenla de Márquez, Haydée y otros c. Belzunce, Carlos A.”, 09/10/1978, La Ley 1979-A, 240, La Ley 979, 552, DJ 979-10, 41, AR/JUR/4948/1978.

fecha prevista pues de no ser así se incurre en mora, a no ser que pruebe que en esa fecha igualmente se intentó el pago sin obtener éxito²⁵.

El tema adquiere algunos matices cuando se trata de consignar cosas, pues se dice que la fórmula utilizada en el art. 1611 del [derogado] Cód. Civil, en cuanto expresa podrá ponerla en depósito judicial” no concede una mera facultad al locatario, pues ante la negativa, el interesado deberá depositar la cosa para desobligarse, pues de lo contrario continúa en la detentación, con los consiguientes derechos y obligaciones²⁶.

Y también en el derecho administrativo dado que los principios del derecho privado sobre mora del acreedor, que hacen facultativa la consignación judicial por el deudor, son inaplicables frente a un régimen de derecho público que establece la caducidad automática de la autorización administrativa a los 90 días de quedar impagos los derechos²⁷.

2.3.2. Tesis que reconoce autonomía conceptual.

Para otros tribunales que formulan un pormenorizado análisis de la estructura de cada una de las figuras bajo estudio que lleva a precisar correctamente la vinculación existente entre ellas.

Sobre esa idea se ha sostenido que la mora “creditoria” se produce cuando el acreedor se niega a recibir el pago que le ofrece el

²⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, “Fontenla de Márquez,...”, cit. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, sala I en lo Civil, Comercial y Laboral, “Pensi, Nora B. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales.”, 22/12/1995, La Ley 1996-E, 663, AR/JUR/1316/1995.

²⁶ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chaco, sala I en lo Civil, Comercial y Laboral, “Pensi, Nora B. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales.”, 22/12/1995, La Ley 1996-E, 663, AR/JUR/1316/1995.

²⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala III, “Marenca, S. A. c. Gobierno nacional -Secretaría de Estado de Comunicaciones”, 15/09/1987, La Ley 1988-B, 88, DJ 1988-1, 57, AR/JUR/1746/1987.

deudor. Esa mora creditoria deja subsistente la obligación, pero impide que la postergación del pago agrave las responsabilidades del deudor. De allí que, aunque el pago se haga después del vencimiento, la consignación es válida, si el atraso se debió a circunstancias inherentes o imputables a la acreedora²⁸.

En la misma dirección que el art. 757 del [derogado] Cód. Civil prevé que la consignación puede tener lugar cuando el acreedor no quisiera recibir el pago ofrecido por el deudor; en tal circunstancia es necesario que exista requerimiento por parte del deudor al acreedor para que reciba el pago; sin que exista mora de parte del acreedor, los gastos de la consignación serán de cuenta del deudor, desde que sin requerimiento al acreedor para que reciba el pago, el deudor no puede saber si aquél estaba o no dispuesto a recibirlo. Es obvio, entonces, que el deudor tiene que probar la negativa del acreedor a recibir el pago para que sea procedente la demanda por consignación²⁹.

A partir de ello, se debe distinguir entre la mora “creditoris” y la consignación. La mora del acreedor da lugar a una situación transitoria en cuyo transcurso todavía existe la posibilidad de que se haga efectivo el cumplimiento de la prestación, si el acreedor desiste de su actitud y se allana a recibir el pago; en cambio la consignación, que supone la situación de mora, tiende a poner fin, de manera definitiva, a la relación jurídica obligatoria³⁰.

²⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 5a Nominación de Córdoba, “Parravicini de Giuggioloni, Ana M. c. Rolcar S. R. L.”, 25/07/1994, LLC 1995, 164, AR/JUR/1013/1994. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII, “Lescano, Pedro P. c. Sanatorio Lavalle, S. R. L.”, 22/03/1989, La Ley 1989-D, 298, DJ 1990-1, 255, AR/JUR/263/1989.

²⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo de Villa Dolores, “Cendo Ltda. c. Frescotti, Constantino J.”, 03/11/1983, AR/JUR/2253/1983. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo de Villa Dolores, “Cendo Ltda. c. Frescotti, Constantino J.”, 03/11/1983, AR/JUR/2253/1983.

³⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo de Villa Dolores, “Cendo Ltda. c. Frescotti, Constantino J.”, 03/11/1983, AR/JUR/2253/1983.

Por ello, la consignación del deudor inocente respecto del acreedor moroso es una facultad y no un deber. Resulta necesaria para obtener la liberación de la obligación, pero su omisión no implica la mora del deudor ni obsta a la ya producida del acreedor. Además es inevitable que transcurra cierto tiempo en la preparación de la demanda, lo que justifica una prudencial alongación, que no implica mora del deudor aun cuando no se tratase del caso del acreedor moroso³¹.

Es decir, siendo el acreedor -que se negó a recibir el pago- quien incurrió en mora, la posibilidad de recurrir al pago por consignación, constituye, en principio, una facultad y no un deber del deudor, en cuyo beneficio ha sido instituido como medio para que obtenga su liberación³².

A modo de síntesis se juzgó que la mora de “accipiens”, si bien no es apta para la liberación del deudor en cuanto a la extinción de la obligación, lo que solamente se logra con el pago y ante la negativa del acreedor, mediante la consignación [...], es en cambio suficiente para contrarrestar los efectos moratorios automáticos del vencimiento del plazo respecto del deudor [...], pues al poner de relieve su voluntad de pago y de rechazo de tal ofrecimiento por parte del acreedor, queda demostrada la ausencia de culpa del deudor en lo que atañe al cumplimiento material dentro del término estipulado, extremo que lo exime de las responsabilidades de la mora³³.

2.3.3. *Modo de constituir en mora al accipiendi.*

La introducción del régimen de la mora automática en el art. 509 del [derogado] Código Civil para configurar la del deudor por la

³¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, “Camuyrano, Horacio G. c. Andak Construcciones, S. A.”, 21/11/1985, La Ley 1986-B, 413, AR/JUR/790/1985.

³² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, “Cristofani, Jorge R. y otro c. Lovecchio, Nicolás”, 21/12/1979, La Ley 1980-B, 566, AR/JUR/509/1979.

³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, “Beovide de Zilberman, Diana L. c. Lacroze, Alfredo y otra”, 22/06/1979, La Ley 1979-D, 122, AR/JUR/5415/1979.

ley 17711, desplazando a la interpelación constitutiva original, genero como dilema interpretativo si era o no posible la aplicación analógica de la mora in re para constituir en mora al accipiendi.

En términos generales se entendió que ello no es posible dado la existencia de una prestación principal a cargo del deudor y que el acreedor tiene deberes secundarios de colaboración.

Sin perjuicio de ello, en un estudio avanzado del tema, se podría asegurar que solo podría ser aplicable la analogía cuando el deber de colaboración tenga una fecha cierta de cumplimiento y sea obstativo para que el deudor pueda cumplir con su débito.

En los demás casos, sin lugar a hesitación, la doctrina entiende correctamente que se deben efectuar ofertas reales para poner en situación de mora al acreedor reticente, más allá de su conveniencia probatoria.

a) Las ofertas reales. Requisitos exigidos.

La doctrina de los tribunales ha estimado que la mera oferta de pago no es apta para extinguir la mora, porque para que así fuera tendría que ser eficiente para causar la mora del acreedor en cuanto a la cooperación de éste en la recepción del pago ofrecido, lo que no tiene lugar desde que el moroso es inepto para provocar la mora de la contraparte, debiendo en tal caso recurrir a la consignación en pago para hacer cesar su mora³⁴.

Es decir, la mora del acreedor no se configura por el solo envío de un telegrama, siendo necesario invocar y acreditar la existencia de un ofrecimiento real y efectivo y la consiguiente negativa injustificada de la locadora a percibir los alquileres³⁵.

Un párrafo especial merece el tratamiento de la purga de la mora y la simultánea constitución de la del acreedor. Al respecto se ha opinado que si luego de constituido en mora el “solvens” se

³⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “Minuto, Jorge L. c. Gelro, y otro.”, 07/04/1988, La Ley 1990-C, 345, AR/JUR/319/1988.

³⁵ Cámara Nacional de Apelaciones Especial en lo Civil y Comercial, sala III, “Saad, José c. Concaro de Bendaham, Gómez A.”, 06/04/1979, AR/JUR/3228/1979.

dirige al acreedor y le formula un ofrecimiento real, efectivo e íntegro de cumplir la prestación debida, aun sin acudir al procedimiento judicial de la consignación, purga su situación de mora. Para que las ofertas sean eficaces, deben ser reales, serias y efectivas; ofrecer un pago íntegro, es decir, comprensivo de la prestación originaria y del daño moratorio derivado del retardo³⁶.

b) Vicisitudes monetarias para definir el contenido de la oferta real.

En los tiempos jurídicos contemporáneos que se han caracterizados por un constante desequilibrio del sistema monetario nacional que llevó necesariamente al legislador y, especialmente, a la jurisdicción a buscar soluciones para restablecer el sinalagma de las prestaciones, provoca que aquella oferta real, seria, completa, con capacidad para colocar en mora al acreedor que se resiste a recibir el pago tengan lapsos en los cuales se debatió si se había cumplido o no adecuadamente con los requisitos para que la oferta realizada fuera válida.

Por cierto que esta temática es muy rica en matices que superan largamente el propósito de esta investigación conmemorativa, razón por la cual agruparemos las soluciones dadas por la doctrina judicial conforme a la época monetaria en que se dictó el fallo.

b.1) Problemática en la época inflacionaria de los años setenta.

Durante la década del setenta que se caracterizó por el fenómeno inflacionario conocido como el “Rodrigazo”, producido en el mes de junio de 1975, se entendió que el acreedor no está obligado a aceptar una consignación tardía y con ello un pago parcial, toda vez que la deuda dineraria es susceptible de reajuste por razón de la desvalorización monetaria desde que el obligado se encuentra en mora (máxime si tal rubro fue expresamente solicitado en la

³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, “Gallo Dartayet, Susana G. c. Mandirola, Roberto J.”, 02/11/1995, La Ley 1996-C, 788, AR/JUR/1169/1995.

demanda). (Voto de la mayoría: doctores Fragueiro y Ferrer Martínez)³⁷.

En este tiempo, aún se vinculaba la mora con la actualización monetaria, motivo por el cual si había comenzado a correr la mora del deudor este se hacía cargo de la desvalorización monetaria, pero una vez configurada la purga de su mora y constituida la del acreedor se debió considerar que la misma se había paralizado porque la culpa del no pago era del accipiendo.

El fallo evidentemente no tiene en cuenta los efectos derivados de la constitución en mora del acreedor que era un presupuesto necesario para iniciar la consignación.

b.2) Problemática a posteriori de la hiperinflación de 1989.

En esa década del ochenta, se publicó en el Boletín Oficial del 17 de junio de 1985, el Decreto 1.096/1985 donde se regulaba el denominado “Plan Austral” que establecía el cambio de moneda del Peso Argentinos (\$a 1000) a los Australes (A 1). Allí se especificó la conversión de los mismos y el desagio de las deudas que contaban en su génesis, expectativa inflacionarias. Este intento no fue suficiente para frenar la espiral inflacionaria que llevó a fines de la década a una situación extrema de hiperinflación.

Por cierto que en este tiempo ya se había entendido que la inflación era un problema monetaria y que no debía ser vinculado con la culpa para la justa repotenciación de los débitos.

El fallo que se transcribe aún cuando se dictó a posteriori de la Ley 23.928 de conversión del austral, luego del peso, a dólar resuelve un problema monetario que se había producido con anterioridad.³⁸

³⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba, “Morales, Aldo F. c. Gómez, Raúl C.”, 29/08/1978, AR/JUR/3202/1978.

³⁸ Dentro del mismo proceso económico se dictó la Ley 24.283 - Desindexación (17/12/1993) para la actualización del valor de los bienes o prestaciones en general donde se establecía (art. 1) que cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquier otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecidos por acuerdos, normas o sen-

El tribunal sostenía que aun cuando en el caso pudiera haberse configurado un supuesto de mora “accipiendi”, cabe rechazar la consignación por parte de la aseguradora de una suma que, debido al período hiperinflacionario que padeció la República Argentina en 1989, ha perdido todo valor de cambio a punto tal que representa el 9,38% de lo estimado como adeudado; ya que esta pretensión implica un ejercicio abusivo de la facultad de extinguir la obligación asumida³⁹.

El tiempo de estabilidad vivido en la década de los noventa facilitó definir cuál era el monto exacto que debía abonar el deudor y, con ello, hacer la oferta real de pago.

b.3) Problemática derivada de la Ley N° 25.561.

El juicio de consignación, al momento de ser resuelto sobre la procedencia de la pretensión de liberación del debito reconoce dos aspectos que deben ser resueltos. El primero, se debe definir desde la óptica sustancial, conforme a la obligación exigible, cual es exactamente objeto debido. En las obligaciones de dinero, la suma adeudada por capital y si correspondiente cuanto por interés.

A partir de esa determinación sustancial se puede comprobar si la suma ofrecida como oferta real para constituir la mora accipiendi y la posterior consignación judicial de la misma, era la correcta.

Esta tarea compleja se presentó a posteriori de la sanción de la Ley 25.561 que impuso un peso no convertible manteniendo el nominalismo como pauta monetaria. Este criterio de la legalidad frente al proceso de liberación del precio del dólar, llevó ineludiblemente a una etapa en la cual se debía definir como se debían cancelar en peso no equivalente, las deudas pactadas en dólares.

tencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago.

³⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Machuca Centurión Filedonia c. Omega Cía. de seguros”, 21/09/1994, AR/JUR/3880/1994

Este debate se presentó a los deudores puesto que debían definir cuál era el monto de la oferta cierta y seria que le debían hacer a su acreedor pesificado para poder constituirlo en mora creditoris. La tarea no fue fácil por las ambigüedades de la ley y su permanente variación conforme a los vaivenes económicos.

Ello llevó a diversos pronunciamientos disimiles cuyo contenido resulta por demás interesantes para ilustrar la desorientación temporal que se sufrió.

Al respecto se juzgó que para determinar que existió mora del acreedor que habilite la consignación judicial, el deudor debe acreditar que de su parte hubo un ofrecimiento real e íntegro de la suma debida, la cual debe comprender: el capital adeudado resultante de la conversión dispuesta por el art. 11 de la ley 25.561, el monto correspondiente al CER, y el ofrecimiento del eventual pago del quantum resultante de la aplicación del esfuerzo compartido⁴⁰.

A partir de este criterio, en particular se aseveró que no obstante tratarse de un juicio de consignación, si las cuestiones planteadas resultan sustancialmente análogas a las resueltas en la causa Rinaldi”, corresponde calcular lo adeudado según las pautas allí establecidas, conforme las cuales el reajuste equitativo de las prestaciones al que se refiere el art. 11 de la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44) no puede exceder el cálculo que surge de la conversión de un dólar estadounidense —o su equivalente en moneda extranjera— a un peso más el 30 % de la diferencia entre dicha paridad y la cotización libre del dólar estadounidense a la fecha en que se practique la liquidación, debiendo adicionarse un interés que no sea superior al 2,5% anual por todo concepto, desde la mora hasta su efectivo pago. (De la sentencia de la Corte según la doctrina sentada en “Rinaldi Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra”; 15/03/2007 —LA LEY 20/03/2007, 7 - Sup. Esp. Pesificación de Créditos Hipotecarios 2007 (marzo), 62—)⁴¹.

⁴⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, “Cosentino, Ubaldo Adán y otro c. India Cía. de Seguros Grales. S.A.”, 21/10/2009, DJ 21/04/2010, 1051, AR/JUR/45502/2009.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Delmagro, Cristina Inés c. Pisani, Rosa”, 04/09/2007, La Ley 03/10/2007, 11, DJ 2007-III, 765, AR/JUR/5144/2007.

Por ello, se entendió que debe acogerse la acción de pago por consignación del obligado a saldar una suma dineraria, ante la negativa del acreedor a recibir dicho importe en pesos y la controversia sobre si debe abonarse en divisa nacional o extranjera, teniendo en cuenta la fractura de la equivalencia de las prestaciones ocurrida a partir de enero de 2002, pues sería tan injusto negar todo efecto al pago en pesos como atribuirle total virtualidad cancelatoria -"pesificación"-, debiendo considerarse lo abonado como pago a cuenta y establecerse un período para que renegocien la deuda en treinta días -art. 11, ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44)-, vencido el cual, sin ningún acuerdo, quedan en libertad de deducir las acciones que crean pertinentes⁴².

En el mismo sentido, se declaró que es procedente el pago por consignación intentado por el deudor de un mutuo hipotecario pactado en dólares, si el acreedor ha rechazado recibir una suma que excede lo legalmente exigido por la normativa de emergencia, la cual no ha sido cuestionada, en tanto incurre en mora accipiendi, al haber hecho imposible el cumplimiento del pago⁴³.

De igual modo, en el marco de un proceso de pago por consignación de lo adeudado en virtud de un mutuo hipotecario, y en atención al requerimiento del deudor, es procedente la aplicación de la normativa que determina la pesificación de las obligaciones contraídas en moneda extranjera, debiendo liquidarse el importe del crédito debido a razón de un peso un dólar más el coeficiente de estabilización de referencia y establecer por todo concepto una tasa de interés del 6% anual a partir de la mora del deudor⁴⁴.

⁴² Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, "Balestrieri, Antonio c. Transporte del Iguazú S.R.L.", 17/10/2003, LLNOA 2004 (marzo), 832, AR/JUR/4137/2003.

⁴³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II, "Serbini, Azucena Esther c. Bosch, José Luis y otra", 14/02/2008, La Ley Online, AR/JUR/404/2008.

⁴⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, "Zanon, Modesto Julio Luis c. Moreno, Jorge Oscar", 07/02/2008, La Ley Online, AR/JUR/1636/2008.

Cuando el planteo se efectuó junto a la petición de que se declare la inconstitucionalidad de la norma se dijo que una vez desestimado el planteo de inconstitucionalidad opuesto por un acreedor hipotecario contra la normativa de emergencia que dispuso la pesificación de las obligaciones pactadas en moneda extranjera, resulta injustificada la negativa a percibir lo adeudado convertido a pesos, lo cual implica que el acreedor se encuentra en mora mientras que el deudor no incurre en similar situación aunque el pago pretendido no pueda ser considerado íntegro en orden al principio del esfuerzo compartido⁴⁵.

En sentido contrario a la procedencia se dijo que corresponde rechazar la demanda por consignación tendiente al pago de lo adeudado con motivo de la suscripción de un pagaré en dólares si, el deudor se limitó a consignar el capital nominal resultante de la conversión a la paridad \$ 1= U\$S 1 sin computar el Coeficiente de Estabilización de Referencia ni ofrecer compartir equitativamente los efectos de la devaluación en los términos del art. 11 de la ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44) desde que, no existió una oferta de pago íntegra cuyo rechazo hubiera puesto al descubierto la falta de cooperación del acreedor, que habilite la consignación judicial.⁴⁶

2.3.4. *La factibilidad de purgar de la mora debitoris.*

Otros de los efectos reconocidos por la doctrina judicial, en general, es la posibilidad de que al constituir en mora al accipiendi se produce automáticamente la purga de la mora debitoris.

Este tema, no resulta totalmente pacífico a la hora de la hermenéutica de los casos que se le han presentado a la jurisdicción por cuanto existen opiniones divergentes respecto de que si la sola

⁴⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, “Dadora S.A. c. Ciace, Carlos A.”, 12/10/2005, La Ley Online, AR/JUR/5355/2005

⁴⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, “Jadzinsky, Roberto c. Pascali, Alejandro M.”, 15/12/2006, La Ley 15/02/2007, 5, La Ley 2007-A, 517, AR/JUR/8581/2006. (Del voto del doctor Heredia)

constitución en mora del creditoris basta para purga la del deudor o si es necesario ocurrir al proceso judicial de consignación.

Además, se debe tener en cuenta que se entiende como límite de la posibilidad de purgar la subsistencia del vínculo jurídico además de que la prestación sea útil para satisfacer al acreedor.

a) La mora del accipiendi purga la debitoris.

El primer tema es muy bien precisado cuando se juzgó que si luego de constituido en mora el “solvens” se dirige al acreedor y le formula un ofrecimiento real, efectivo e íntegro de cumplir la prestación debida, aun sin acudir al procedimiento judicial de la consignación, purga su situación de mora. Para que las ofertas sean eficaces, deben ser reales, serias y efectivas; ofrecer un pago íntegro, es decir, comprensivo de la prestación originaria y del daño moratorio derivado del retardo⁴⁷.

Ello es así por cuanto no toda demora implica mora del deudor que haga necesario que la consignación vaya acompañada de la pena estipulada. Si el deudor intimó la aceptación del pago el día del vencimiento del plazo y colocó al acreedor en mora, aquél no es moroso, pues la mora de éste desprovee de culpa al atraso cronológico del deudor⁴⁸.

b) La mora debitoris es impedimento para constituir en mora al acreedor.

En sentido contrario, se ha entendido que cuando el deudor ha incurrido en mora pierde la capacidad para, a su vez, constituir en mora a su acreedor quedándole como único remedio para liberarse de las consecuencias ocurrir a la instancia judicial e iniciar el proceso de consignación.

⁴⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, “Gallo Dartayet, Susana G. c. Mandirola, Roberto J.”, 02/11/1995, La Ley 1996-C, 788, AR/JUR/1169/1995.

⁴⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, “Camuyrano, Horacio G. c. Andak Construcciones, S. A.”, 21/11/1985, La Ley 1986-B, 413, AR/JUR/790/1985.

Al respecto se ha sostenido que el ofrecimiento efectivo y serio de la prestación debida al acreedor es idóneo para constituirlo en mora, por el incumplimiento de los actos que deba practicar a ese respecto, siempre que el deudor no sea a su vez moroso, ya que en tal caso, no puede constituir en mora a la otra parte -arts. 510 y 1201 del Cód. Civil-⁴⁹.

Es decir para esta tesis, la oferta de pago no es apta para extinguir la mora, porque para que así fuera tendría que ser eficiente para causar la mora del acreedor en cuanto a la cooperación de éste en la recepción del pago ofrecido, lo que no tiene lugar porque el moroso es inepto para provocar la mora de la contraparte (conf. art. 510, Cód. Civil). De ahí que el deudor moroso tenga que recurrir a la consignación en pago para hacer cesar su mora⁵⁰.

c) Límites jurídicos para purgar la mora.

La factibilidad de purgar la mora se ve cercenada cuando el deudor moroso intenta pagar, el acreedor que cuenta con un derecho resolutorio basado en esa misma mora, puede oponerse a ello haciendo valer este derecho sin consentir la purga de la mora. En cambio si guarda silencio, como se trata de un supuesto en que hay obligación de explicarse por razón de las declaraciones precedentes (art. 919, Cód. Civil), ha de entenderse que consiente la subsistencia de la deuda y que ha optado por esta alternativa. Siendo así, la pretensión de consignar el precio resulta extemporánea y notoriamente improcedente, habida cuenta que en el caso el accionado al contestar la demanda y en todo el transcurso del pleito sostuvo y defendió la legitimidad de la rescisión contractual que hizo valer⁵¹.

⁴⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “Canovas, María del Carmen c. Sucesores de Lorenzo, Patricia A.,” 26/04/2007, DJ 2007-III, 38, AR/JUR/2293/2007.

⁵⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, “Mesina, Francisco A. y otra c. Casol, Soc. en Com. por Accs.,” 25/09/1979, La Ley 1980-A, 280, AR/JUR/486/1979.

Con el mismo concepto se ha dicho que si bien el pago puede realizarse aun en estado de mora del deudor y el acreedor no puede rechazarlo si es efectuado con el complemento referente a la reparación del daño moratorio, la consignación resulta tardía si el tiempo de hacerse el pagador ya carece de derecho de pagar (“ius solvendi”). Ello ocurre, cuando por entonces la obligación no subsiste por haber quedado resulta⁵².

O que si bien el deudor conserva el derecho de satisfacer la prestación aun cuando se encuentre en mora, al punto que si el acreedor la rechaza o no le acepta el pago, puede proceder a consignarlo judicialmente, la consignación es tardía si al tiempo de realizarla el deudor carece del derecho de pagar, como ocurre cuando ha mediado rescisión del contrato⁵³.

En otras palabras, el deudor, aun moroso, conserva el derecho de purgar la mora y liberarse mediante el pago tardío, pudiendo transitar la vía del pago por consignación, sí coetáneamente concreta en su oferta hacerse cargo de las consecuencias de la mora, abonando los intereses pertinentes. Ello, siempre que no hayan nacido, a raíz del incumplimiento, derechos del acreedor a negarse a la recepción de la prestación debida, v. gr. por la resolución del contrato⁵⁴.

⁵¹ Cámara Civil y Comercial de Río Cuarto, “Bavera, Guillermo A. c. Unamuno, Rodolfo A. y otra”, 27/06/1984, AR/JUR/987/1984.

⁵² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, “Poggiolini, Carlos M. y otra c. Flumara, Roberto y otra”, 01/06/1983, La Ley 1983-C, 471, AR/JUR/194/1983. En el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, “Krakovsky, Sara M. c. Pampuro, S. S., B.B. y J.”, 07/10/1983, La Ley 1984-A, 106, AR/JUR/2994/1983; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, “Arredondo, Alcides A. c. Romanelli de Paz, Elena B.”, 07/07/1981, AR/JUR/2508/1981; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, “Fernández, Juana A. c. Arechavala, Juan M.”, 12/08/1980, La Ley 1981-A, 513, AR/JUR/5824/1980, entre otros.

⁵³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “Duarte de Jesús, Manuel c. Barrio, Alejandro y Gerpe, Agustín y otros c. Duarte de Jesús Manuel y otra”, 09/10/1979, La Ley 1980-A, 124, AR/JUR/5422/1979

Finalmente cabe destacar que -de igual modo- existe la posibilidad de que sea el acreedor quién quiera purgar su mora, en cuyo caso deberá comunicar su voluntad para decepcionar el bien debido. Así es entendido por la jurisdicción cuando ponderó que la posibilidad de recurrir al pago por consignación constituye una facultad del deudor, en cuyo beneficio ha sido instituido como medio para que obtenga su liberación, pues si el acreedor rehusó recibir el pago ofertado es él quien ha incurrido en mora, siendo menester para hacerla cesar que previamente comunicara en forma fehaciente al deudor su voluntad de aceptar el pago, interpellándolo a ese efecto; es decir, para que este cambio de actitud del acreedor sea eficaz, es indispensable que vaya acompañado del ofrecimiento de la cooperación que sea necesario para satisfacer la prestación⁵⁵.

2.3.5. *El curso de los intereses.*

Una de las consecuencias más debatidas en la doctrina autoral y judicial es la paralización del curso de los intereses cuando se verifica la mora del acreedor dado que se han emitido diferentes opiniones que pasaremos a revisar.

a) Todos los intereses dejan de devengarse con la mora del acreedor.

Esta posición que se adoptó fue recepcionada por la doctrina judicial cuando sentenció que la negativa injustificada del acreedor de recibir el pago produce el cese de la mora del deudor y la suspensión del curso de los intereses, tanto compensatorios como punitivos⁵⁶.

⁵⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, “Beovide de Zilberman, Diana L. c. Lacroze, Alfredo y otra”, 22/06/1979, La Ley 1979-D, 122, AR/JUR/5415/1979.

⁵⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Guido, Juan J. c. Carfina Cía. Financiera”, 23/12/1986, La Ley 1987-B, 507, AR/JUR/1946/1986.

⁵⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común de Tucumán, sala II, “Marin, Adriana Fátima c. Banca Nazionale del Lavoro S.A.”, 07/04/2008, LLNOA 2008 (agosto), 708, AR/JUR/3446/2008.

En idéntico sentido, se valoró que los perjuicios alegados por el acreedor moroso demandado por consignación, derivados del lapso transcurrido entre su mora y la consignación y el consecuente deterioro del crédito por la depreciación de la moneda, no son más que las consecuencias de su propio estado de mora, pero de ninguna manera imputables a la conducta observada por los deudores actores, quienes estaban autorizados a elegir entre prevalerse de los mencionados efectos de la mora -como lo hicieron hasta la iniciación del juicio- o bien liberarse definitivamente mediante el pago por consignación⁵⁷.

De igual modo se estimó que la mora accipiendi paraliza el curso de los intereses, por cuanto el riesgo obligacional de aquella se traslada al acreedor” y “los intereses compensatorios dejan de devengarse con el ofrecimiento de pago, pues si el acreedor no está en posesión del capital es por su propia culpa, que no debe ser premiada con intereses⁵⁸.

Igualmente adhiere a este criterio cuando se sostiene que debe ser rechazada la pretensión de cobro de intereses moratorios de un crédito prendario si la extemporaneidad en el pago de la deuda obedeció a la mora del acreedor -en el caso, banco que había dejado de funcionar por disposición del Banco Central de la República Argentina- sin que quepa exigirle al deudor que recurra a la figura del art. 757 inc. 2 y 4 del Código Civil, pues la consignación respecto del acreedor moroso es una facultad y no un deber y no constituye requisito indispensable para excusar las consecuencias del incumplimiento⁵⁹.

⁵⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, “Cristofani, Jorge R. y otro c. Lovecchio, Nicolás”, 21/12/1979, La Ley 1980-B, 566, AR/JUR/509/1979.

⁵⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala I, “Martínez, Estela María y otra c. Frau, María Agustina”, 04/03/2011, La Ley Online, AR/JUR/6123/2011. En igual sentido: “Salguero Francisco c. Picabea Rosa Josefa y otro”, 04/03/2010, La Ley Online, AR/JUR/18703/2010. En este fallo se estimó que “la negativa del acreedor a recibir el pago ofrecido oportunamente por el deudor —en el caso, se rehusó a percibir una de las cuotas de un contrato de compra-

b) Los intereses moratorios corren hasta la mora accipiendi y los compensatorios hasta la consignación.

En una posición que diferencia el curso de los intereses en razón de su tipo, se ha sostenido que la mora del acreedor excluye el pago de intereses moratorios por parte del deudor (art. “a contrario sensu”, art. 508, Cód. Civil). La consignación es un pago ulterior a la mora, mediante el cual este último obtiene su liberación; pero si se limita a constituir en mora al acreedor, aunque la deuda subsista, queda a salvo de riesgos y responsabilidad por incumplimiento. Si la obligación no lleva intereses compensatorios pactados, la omisión de su depósito no afecta el principio de la integridad del pago. La sola oferta de pago rechazada injustificadamente por el acreedor genera “mora accipiens”, que es uno de los requisitos previos para que la consignación pueda tener lugar (art. 757, inc. 1º, Cód. Civil)⁶⁰.

Con el mismo criterio se sentenció que si no obstante la mora del acreedor, el deudor conserva en su poder el capital debido, es justo que pague los intereses compensatorios que constituyen el precio del uso del capital desde que, el cumplimiento de la prestación es posible para liberarse el deudor debe concurrir a la consignación en pago⁶¹.

También se ha sostenido que la mora del acreedor en recibir la suma ofrecida por la aseguradora como indemnización por la sustracción del automotor asegurado, no exime a la compañía de seguros de oblar los intereses compensatorios devengados desde la fecha del rechazo del pago hasta su consignación pues, la “mora

venta de un inmueble— exime a éste de su obligación de pagar los intereses moratorios por la falta de cumplimiento de su obligación, pues la mora del accipiendi suspende el curso de dichos accesorios, aún cuando no se hubiera intentado el pago por consignación”.

⁶⁰ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala II, “Causa 10.724”, 24/06/1980, AR/JUR/7070/1980.

⁶¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Azicri, Andrés M. y otro c. Royal & Sun Alliance Seguros s/ ordinario”, 26/09/2006, La Ley Online, AR/JUR/7369/2006.

accipiendi” hace cesar los intereses moratorios a cargo del deudor, mas no el curso de los compensatorios⁶².

c) Los intereses se devengan hasta la consignación.

La clásica posición que niega efectos jurídicos a la constitución en mora del acreedor para fortalecer la figura del pago por consignación, sostiene que todos los intereses se devengan hasta la consignación.

Los jueces mentores de esta tesis postulan que corresponde rechazar el pago por consignación efectuado por la deudora que depositó el capital en una paridad de un peso igual a un dólar con más el coeficiente de estabilización de referencia vigente al momento en que se constituyó en el domicilio del acreedor para efectivizar el pago total, puesto que debió contemplar el coeficiente vigente a la fecha en que interpuso la acción de consignación⁶³.

En otros términos, la consignación judicial que omite los intereses moratorios no cumple con los requisitos de identidad e integridad contenidos en el art. 758 del Cód. Civil y por tanto, el demandado no está obligado a recibir el pago⁶⁴.

Este criterio se lo observa en algunos fallos del ámbito laboral cuando se dijo que el deudor, para evitar el curso de los intereses, debe realizar el pago de la indemnización prevista por el art. 248 de la ley de contrato de trabajo (DT, 1976-238) mediante consignación hecha por depósito judicial, pues este medio produce los efectos generales propios del verdadero pago, procedimiento que, si bien no es obligatorio, resulta el único acertado cuando el deudor intenta liberarse de la obligación para no incurrir en mora y

⁶² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Azicri, Andrés M...”, cit.

⁶³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “Ruiz, Rosa Argentina c. Dvoskin, Mariano”, 14/12/2007, La Ley Online, AR/JUR/11319/2007.

⁶⁴ Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A, “Cía. de Seguros Mercantil Andina c. Distribuidora Roche S.R.L.”, 26/07/2004, LLPatagonia 2005 (abril), 897, AR/JUR/5204/2004. (del voto del doctor Ferrari).

cuando no se tiene certeza absoluta respecto de quién es el verdadero acreedor⁶⁵.

III. La mora del acreedor y la consignación en Código Civil y Comercial

La regulación dada en el Código Civil y Comercial, para su correcto estudio puede ser fraccionada. Así, primero se puede verificar cuales son los criterios definidos para la precisar el alcance de la mora del accipiendi en su relación con el pago por consignación. Y, en segundo término, analizar la novedad introducida que permitiría, en el marco extrajudicial, depositar la suma adeuda en un notario de registro.

3.1. Principales definiciones.

Un análisis sistemático del tema de la mora impone revisar como ha sido proyectada la mora accipiendi en el proyecto de unificación.

En ese sentido, la reglamentación supera la clásica omisión de Vélez Sársfield no suplida por la reforma Ley 17.711, de regular la mora del acreedor.

El Código Civil y Comercial, en el artículo 886, expresamente indica que “el acreedor incurre en mora si el deudor le efectúa una oferta de pago de conformidad con el artículo 867 y se rehúsa injustificadamente a recibirlo”.

Esta parte de la reglamentación recepta el pensamiento mayoritario de la doctrina nacional, en cuanto reconoce la existencia autónoma de la mora del acreedor.

Ahora bien, cuando analizamos el tratamiento que se le concede al pago por consignación judicial verificamos que, conforme al contenido del artículo 904, procede, entre otras causales, cuando “a) el acreedor fue constituido en mora”. Es decir, continúa la correcta línea tradicional de imponer la previa constitución en mora

⁶⁵ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, “Figueredo, Estela M. c. Bellomo, Mario A.”, 14/05/1997, DT 1997-B, 2492, AR/JUR/5101/1997.

del accipiendi como paso ineludible para proceder al proceso judicial de pago.

En el resto de los artículos de este párrafo (arts. 905/907), mantiene la reglamentación tradicional, destacándose que fija la extinción de la deuda, correctamente depositada, desde el día en que se notifica la demanda y, en caso, de que deba subsanar defectos, desde la fecha de notificación de la sentencia que la admite.

El detalle observable se presenta en el contenido del art. 908 donde se regla que “el deudor moroso puede consignar la prestación debida con los accesorios devengados hasta el día de la consignación”.

Esta norma debe ser interpretada en su justa dimensión legal pues se debe tener en cuenta que se emplea el término “puede” y no “debe”, razón por la cual es una facultad que se le concede al deudor.

Sin perjuicio de ello, la redacción deja abierta a la interpretación del deudor consignante, del acreedor y de la jurisdicción, si es obligatorio o no depositar los accesorios que se devengaron a posteriori de la constitución en mora del accipiendi.

Al respecto, ratificamos nuestro criterio que la configuración de la mora del creditoris produce la paralización de todos los intereses y carga el riesgo sobre el objeto de la obligación en la persona del sujeto acreedor, razón por la cual no tiene obligación legal alguna de abonarlos, razón por la cual nada tiene que depositar en concepto de accesorios originados a partir de la mora del acreedor.

El equívoco conceptual del art. 908 Cód. Civ. Com., es dar a entender que después de la mora del accipiendi continúan devengándose accesorios y de que ellos pueden o no ser consignados según su voluntad.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que con la unificación de las responsabilidades para que puedan correr los intereses moratorios⁶⁶ que tienen la función de resarcir los daños, debe existir

⁶⁶ Ver. Art. 768 CCyC.- Intereses moratorios. A partir de su mora el deudor debe los intereses correspondientes. La tasa se determina: a) por lo que acuerden las partes; b) por lo que dispongan las leyes especiales; c)

un factor de atribución subjetivo como es la culpa, conforme es dispuesto por el art. 1721, sig. y conc. Cód. Civ. Com.⁶⁷

Por otra parte, los compensatorios⁶⁸ que por su naturaleza son acordados por las partes cuando se configura la mora del acreedor y no han sido previstos contractualmente, son absorbidos por el interés moratorio que tiene función resarcitoria. Y cuando previsto, no se quiere recibir el capital ofrecido por el deudor, debidamente potenciado con sus accesorios, bajo la especulación de continuar percibiéndolos no puede ser aceptado, ni justificado por el Derecho en razón de que contradice el principio de la buena fe en la cual se deben desarrollar las relaciones obligacionales dado que se hace un ejercicio abusivo del derecho.

En otras palabras, mas allá de alguna ambigüedad en la redacción queda en claro que se recepta la mora del acreedor, que es posible la purga de la mora del debitoris con la constitución de la del accipiendi, que los riesgos de la mora se trasladan de sujeto, la consignación continua siendo una facultad para el deudor y que los intereses, tanto moratorios como los compensatorios, dejan de devengarse cuando el creditoris queda constituido en mora.

3.2. La consignación judicial.

La clásica consignación judicial es regulada a partir del art. 904 Cód. Civ. Com., previéndose en el inc. a) y para el tema bajo tratamiento, que procede cuando el acreedor fue constituido en

en subsidio, por tasas que se fijen según las reglamentaciones del Banco Central.

⁶⁷ Ver. Art. 1716 CCyC.- Deber de reparar. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código.

⁶⁸ Ver Art. 767 CCyC.- Intereses compensatorios. La obligación puede llevar intereses y son válidos los que se han convenido entre el deudor y el acreedor, como también la tasa fijada para su liquidación. Si no fue acordada por las partes, ni por las leyes, ni resulta de los usos, la tasa de interés compensatorio puede ser fijada por los jueces.

mora, estableciéndose que se está sujeto a los mismos requisitos del pago.

En cuanto a la forma de la consignación judicial se establece, en el inc. a) del art. 906, que si es una suma de dinero se requiere su depósito a la orden del juez interviniente.

El inc. b) regula que si se debe una cosa indeterminada a elección del acreedor y éste es moroso en practicar la elección, una vez vencido el término del emplazamiento judicial hecho al acreedor, el juez autoriza al deudor a realizarla. En este artículo se subraya como detalle que la mora del acreedor no se configura únicamente con la negativa a recepcionar el pago sino, cuando incumple con otros deberes de colaboración que impiden su concreción.

El art. 907 regula con buen sentido práctico que cuando la consignación judicial, no impugnada por el acreedor, o declarada válida por reunir los requisitos del pago, extingue la deuda desde el día en que se notifica la demanda. Pero si es defectuosa, y el deudor subsana ulteriormente sus defectos, la extinción de la deuda se produce desde la fecha de notificación de la sentencia que la admite.

El art. 908 fue antes analizado, pero se rescata del mismo que se regula la posibilidad a favor del deudor moroso de purgar su estado y a la vez, constituir la mora del acreedor.

Finalmente, se regula, en el art. 909, la factibilidad de desistir de la consignación antes de ser aceptada o declarada válida, lo cual es correcto porque en esos casos se ha extinguido la obligación.

La doctrina y jurisprudencia antes expuesta es de plena aplicación a la nueva regulación.

3.3. La consignación extrajudicial en las escribanías.

Esta novedosa alternativa para formular la consignación del objeto debido está reglada en el art. 910 Cód. Civ. Com., donde se establece que “sin perjuicio de las disposiciones del parágrafo 1º, el deudor de una suma de dinero puede optar por el trámite de consignación extrajudicial. A tal fin, debe depositar la suma adeudada

ante un escribano de registro, a nombre y a disposición del acreedor, cumpliendo los siguientes recaudos: a) notificar previamente al acreedor, en forma fehaciente, del día, la hora y el lugar en que será efectuado el depósito; b) efectuar el depósito de la suma debida con más los intereses devengados hasta el día del depósito; este depósito debe ser notificado fehacientemente al acreedor por el escribano dentro de las cuarenta y ocho horas hábiles de realizado; si es imposible practicar la notificación, el deudor debe consignar judicialmente”.

En primer término, se debe tener en cuenta para sostener una opinión favorable respecto de esta propuesta que uno de los puntos cruciales del anterior régimen que han generado litis entre las parte vinculadas por la obligación, se presenta en el modo de realizar y acreditar las ofertas reales de pago.

Con la reglamentación se procura simplificar los trámites, unificando el ofrecimiento de pago constitutivo de la mora accipiendi y la consignación extrajudicial de la suma debida. Con ello se adquiere certeza plena de que se realizó una oferta real y a partir, de la toma de conocimiento del acreedor, éste no podrá prevalecerse de una simple omisión de recibir sino que deberá actuar activamente en la determinación de la deuda.

Por otra parte, es un modo alternativo de solución de conflictos que permite descomprimir la presión de los litigios sobre el poder jurisdiccional.

El punto primer punto que sin lugar a duda generará algún conflicto hermenéutico está relacionado con el lugar de pago que puede estar determinado convencionalmente o por imperio legal. Con la autorización para llevar a cabo el procedimiento del pago por consignación extrajudicial se está facultando modificar el mismo que ya no será el domicilio del deudor o acreedor sino el de la escribanía. En este sentido, se debe tener presente que aceptada como jurídicamente razonable la figura, el deudor depositante no podrá disponer libremente en la elección de la escribanía sino que debe ser la que se encuentre lo más cercano posible, dentro de la jurisdicción, donde debía realizarse la oferta real de pago. El derecho no puede aceptar el ejercicio abusivo de esta facultad.

Por otra parte, mirando la naturaleza jurídica de la figura de la “consignación extrajudicial”, la misma es un híbrido, por cuanto no se exige que el acreedor este en mora para iniciarlo, razón por la cual actúa como instrumento legal para llevar a cabo la oferta de pago cierta y con ello constituirlo en moral al accipiendi. Pero a su vez, el procedimiento puede terminar con la extinción de la obligación y la liberación del deudor, si el ofrecimiento de pago es aceptado por el acreedor. Es decir, tiene elementos de las dos figuras que a lo largo de la historia se procuro diferenciar como instituciones con autonomía conceptual y efectos diferentes como es la mora del acreedor y el pago por consignación.

Otro tema complicado de incumbencia profesional entre notarios y abogados, es el tema de los honorarios por el asesoramiento profesional.

Ello se vislumbra en el contenido del art. 911 Cód. Civ. Com., donde se especifica que “una vez notificado del depósito, dentro del quinto día hábil de notificado, el acreedor tiene derecho a: a) aceptar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del deudor el pago de los gastos y honorarios del escribano; b) rechazar el procedimiento y retirar el depósito, estando a cargo del acreedor el pago de los gastos y honorarios del escribano; c) rechazar el procedimiento y el depósito, o no expedirse. En ambos casos el deudor puede disponer de la suma depositada para consignarla judicialmente”.

En procura de una adecuada compatibilización se deberá tener en cuenta cual fue la actuación del notario en la consignación extrajudicial y, a partir de ello, serán los honorarios. Básicamente, el notario actúa como receptor y custodio de la suma y comunica al acreedor que la tiene a su disposición, y es por esta actividad que deberá recibir retribución. En este procedimiento se debe tener en cuenta que el notario debe actuar con imparcialidad, dando certeza de la posición y actuación de cada una de las partes, pero estimo que para mantener la equidistancia no podría actuar como asesor letrado de alguna de ellas, especialmente cuando se elabora la primera notificación prevista en el inc. a) del art. 910 Cód. Civ. Com.

Si así se entendiera la situación, la ley no ha tenido en cuenta la actuación del abogado de parte en esta sede notarial, razón por la cual las leyes locales deberán prever esta situación para compatibilizar armónicamente los intereses de todos los profesionales.

De retorno al análisis del contenido del art. 911 Cód. Civ. Com., verificamos que en el inc. a) se le impone el pago de los gastos y honorarios del notario, al deudor que intenta abonar. Esta solución sería la correcta si el deudor antes no efectuó ofertas reales de pago extrajudicial y por fuera del notariado, porque en sede notarial intentaría colocar en mora al accipiendi. Pero cuando, el acreedor había sido anteriormente reticente a recibir el pago o manifestado que no lo receptoría, ya se encuentra incurso en mora por lo que no resulta justo, desde el punto de vista legal, que sea el deudor quién soporte el pago de los honorarios del notario dado que no tiene culpa.

Esta situación puede llevar a desalentar este modo de consignación y optar por la judicial donde las costas del proceso serán a cargo del acreedor moroso y los honorarios serán para los abogados, porque no se impone intentar la consignación extrajudicial, como requisito sine qua non, antes de ocurrir a la administración de justicia.

La hipótesis prevista en el inc. b), donde el acreedor rechaza el procedimiento y retira el depósito pero debe abonar los gastos, va de suyo que si inicia acción judicial reclamando mayor diferencia podrá también reclamar la restitución de la suma abonada al escribano como honorarios y gastos dado que si la jurisdicción le da la razón, la oferta-deposito no fue bien realizado y, de ese modo, nunca estuvo en mora accipiendi.

Así es establecido por el art. 912 Cód. Civ. Com., cuando propone regular que “si el acreedor retira lo depositado y rechaza el pago, puede reclamar judicialmente un importe mayor o considerarlo insuficiente o exigir la repetición de lo pagado por gastos y honorarios por considerar que no se encontraba en mora, o ambas cosas. En el recibo debe hacer reserva de su derecho, caso contrario se considera que el pago es liberatorio desde el día del depósito. Para demandar tiene un término de caducidad de treinta días computados a partir del recibo con reserva”.

Finalmente, se regla expresamente en el art. 913 el límite hasta el cual se consigna extrajudicialmente al expresar como impedimento que “no se puede acudir al procedimiento previsto en este Parágrafo si antes del depósito, el acreedor optó por la resolución del contrato o demandó el cumplimiento de la obligación”.

IV. Conclusiones

Al repasar el vínculo entre la mora del acreedor y el pago por consignación judicial no sólo motorizó el recuerdo de buenos y fraternales tiempos sino que permitió verificar que la problemática siguió vigente encontrando situaciones que la pusieron a prueba especialmente cuando se debió definir el contenido de las ofertas reales de pago.

Esta actividad que ineludiblemente debe realizar el deudor para constituir en mora a su acreedor es el centro de las preocupaciones jurídicas por cuanto su correcta realización permite configurar la mora del accipiendi y transferir las consecuencias negativas de ese estado a la otra parte sin necesidad de ocurrir a sede judicial para impetrar el pago por consignación.

Al respecto, la acreditación de haber efectuado cierta y correctamente el ofrecimiento de pago es en situaciones complejas, pues se exige hacer una oferta real del objeto debido. Como se diría coloquialmente, intimar dinero en mano.

Ello se agrava cuando el domicilio de pago es el del acreedor, dado que allí deberá concurrir el deudor con su ofrecimiento, ante ello y de que la simple prueba testimonial no basta se ha recurrido a los notarios para que dejen constancia de ello.

Es por ello, que la novedosa regulación de la consignación extrajudicial en sede notarial facilita la labor de los deudores que quieren cumplir pues basta con comunicar al acreedor que en determinado momento depositará la suma en la escribanía actuante para activar simultáneamente dos procesos: el de constituir en mora al accipiendi y la consignación de la suma que lleva a su liberación obligacional.

Por cierto que se deja abierta la garantía jurisdiccional para dirimir las diferencias no dirimidas entre las partes.

En síntesis, el Código Civil y Comercial dio un paso adelante en la regulación del tema.

El daño resarcible concepto y requisitos

AB. ERICA VON ZEDTWITZ

I. Introducción. Breve evolución

En la vida cotidiana a menudo hablamos de daños, lo hacemos para referirnos a que una cosa o bien ha sufrido un menoscabo o, más frecuentemente, para afirmar que alguna persona ha sufrido una molestia, una incomodidad, un dolor, una pérdida económica, etc.

Estamos todo el tiempo expuestos a sufrir daños, de la más diversa índole y por diversas causas, a veces ese daño es vivido en forma consiente y muchas otras veces no.

Así hablamos de daño a la persona, a los bienes, a los lazos afectivos, etc. Este vocablo Daño considerado por el común de la sociedad se entiende en un sentido amplio, es decir comprensivo de cualquier perjuicio, dolor, molestia.

Ahora bien, se hace preciso delimitar este concepto amplio con el fin de determinar los casos en los que el daño o perjuicio adquiere relevancia jurídica, es decir cuando ese menoscabo o daño es merecedor de reparación.

Al Derecho no le interesan todos los daños susceptibles de producirse en la vida cotidiana, sino que, muy al contrario, el Ordenamiento jurídico selecciona o discrimina ciertos perjuicios para atribuirles unos determinados efectos. Cuál sea el criterio determinante de dicha selección es la cuestión que debemos resolver con el objeto de alcanzar un concepto de daño jurídicamente relevante porque, teniendo en cuenta simplemente el dato de que un mismo hecho dañoso puede en ocasiones dar lugar a responsabilidad civil y otras veces no.¹

Sabemos que el daño es uno de los presupuestos necesarios de la responsabilidad civil por el cual en función de él están los demás requisitos o presupuestos de aquélla. Así la consecuencia que deriva de la concurrencia de responsabilidad civil es el nacimiento, a cargo del sujeto responsable, de la obligación de reparar el daño causado, de modo tal que, en ausencia de daño, ninguna obligación nace porque nada hay que reparar.

¹ Maita Naveira Zarra, Concepto y requisitos del Daño Resarcible, Universidad de Coruña, Revista Información jurídica. España 2016”.

La gran transformación que ha sufrido la responsabilidad civil a partir de la incorporación de los factores objetivos de atribución, que han provocado que la culpa dejara de ser el único factor de imputación del hecho dañoso, como así también que se transitara desde un sistema de tipicidad del hecho ilícito a uno de atipicidad que impera en nuestros días, ha potenciado, sin duda alguna, el rol protagónico del daño resarcible, convirtiéndolo en su piedra angular, en el eje en derredor del cual gira todo el sistema resarcitorio.²

Poco a poco, el antiguo dogma que reza que “no existe responsabilidad sin culpa” comienza a ser dejado de lado. El Derecho, con una concepción resarcitoria y de justicia distributiva, comienza a preocuparse por la víctima del daño, y ya no resulta concebible que alguien sufra un perjuicio y que lo deba soportar por no poder acreditarse una conducta culposa en el agente del daño. La responsabilidad comienza entonces a ser definida como la reacción contra el daño injusto.³

El origen de la responsabilidad civil será ese daño, y el juicio de responsabilidad consistirá en decidir si ese daño debe ser reparado y por quién. La denominación “Responsabilidad Civil” (tan ligada al concepto de culpa) es reemplazada por la de “Derecho de Daños” o “reparación de daños”.⁴

Así existe un cambio de paradigma esencial donde la culpa ya no es el único criterio para realizar la imputación, sino que tendrá el mismo valor que otros que empiezan a valorarse y a adquirir relevancia; con el surgimiento de la doctrina moderna, la equidad, la solidaridad social, el riesgo, etc. se colocan en un mismo plano

² CARLOS A. CALVO COSTA “EL SIGNIFICADO Y LAS ESPECIES DE DAÑO RESARCIBLE” “Revista de Derecho de Daños 2012-3”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa fe, diciembre 2012, pág. 193 a 227.

³ CARLOS A. CALVO COSTA “EL SIGNIFICADO Y LAS ESPECIES DE DAÑO RESARCIBLE” “Revista de Derecho de Daños 2012-3”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa fe, diciembre 2012.

⁴ Messina de Estrella Gutierrez, Graciela, “La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y prospectiva”, 2da. Edición, Ed. Abeledo Perrot, p. 22.

de importancia que la culpa como presupuestos de la responsabilidad.⁵

Estimamos también que este cambio de concepción y el concepto moderno de daño resarcible debe interpretarse a la luz de la constitucionalización del derecho privado, que ha ampliado en gran medida el ámbito de protección de la persona, dejando un poco de lado la protección -casi exclusiva- del derecho de propiedad que contenían la gran mayoría de los códigos civiles decimonónicos. El daño pues, entendido como hecho jurídico, no deja de ser un fenómeno físico, pero para que adquiera relevancia en el mundo del derecho, debe trascender jurídicamente, siendo así que aparecen dos elementos que contribuyen a integrar su estructura: 1) el elemento material o sustancial constituido por el hecho físico y que representa su núcleo interior; y 2) el elemento formal proveniente de la norma jurídica, representado por la reacción suscitada en el ordenamiento jurídico a consecuencia de la perturbación provocada en el equilibrio social y alteración perjudicial de un interés jurídicamente tutelado, tal como lo veremos seguidamente. Es decir, el menoscabo, la pérdida y/o el deterioro -ya sea patrimonial o extrapatrimonial- adquieren relevancia jurídica cuando son considerados por el Derecho, el que aplicarán frente ellos consecuencias jurídicas.⁶

Se advierte, sin embargo, que el concepto de daño ha sido muy difícil de definir y han existido varios enfoques no coincidentes.-

Algunos autores identifican el daño con la lesión a un derecho subjetivo (patrimonial o extrapatrimonial), otros lo consideran una lesión a un interés legítimo. También se ha propuesto para definir el daño tomar en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento, distinguiendo la lesión (o daño en sentido amplio), del daño resarcible.⁷

⁵ CARLOS A. CALVO COSTA “EL SIGNIFICADO Y LAS ESPECIES DE DAÑO RESARCIBLE” “Revista de Derecho de Daños 2012-3”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa fe, diciembre 2012.

⁶ Citado por Carlos A. Calvo Costa, Daño Resarcible su concepción a la luz del Código Civil y Comercial, RCyS2015 IV, 81.

⁷ Gabriel A. Iturbide, El Daño Resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, DPI Diario 2015.

Otros autores afirman que el daño atiende al resultado, efectos o consecuencias de la lesión o detrimento, por lo que será patrimonial cuando repercute en los bienes de valor económico o moral si afecta la integridad extrapatrimonial o espiritual de las persona. Finalmente otro criterio entiende que el daño es la lesión de un interés jurídico entendido como la facultad de actuar del sujeto para obtener el bien jurídico objeto de satisfacción o la expectativa lícita de continuar obteniéndolo. Se sostiene que comprende tanto el supuesto de alteración de una situación jurídica de provecho, amparada por un derecho subjetivo (interés legítimo), como el caso de afectación de una situación fáctica de provecho, que si bien no resulta exigible por carecer el sujeto de medios de protección legítimos que aseguren su satisfacción, le generan, no obstante, una expectativa lícita de permanecer en dicho estado potencialmente satisfactiva (interés simple)⁸.

Entendemos que este es el criterio tenido en cuenta por el nuevo Código Civil y Comercial.

II. Concepto de daño resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial

El nuevo Código, define al daño en el art. 1737, el cual dispone: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

En los Fundamentos del Anteproyecto Proyecto se puede observar que el mismo, distingue entre “daño” e “indemnización” sobre la base de los siguientes criterios:

El daño causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento. Cuando ese derecho o interés es individual recae sobre la persona o el patrimonio, y esto significa que los derechos tienen un objeto, como se señala en el título preliminar. También están incluidos los de incidencia colectiva. Esta

⁸ Boragina Juan Carlos, El daño. Concepto y especies en Derecho privado (libro homenaje a Alberto J. Bueres), Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 72.

caracterización hace que distingamos entre la definición del daño lesión y la indemnización, lo que aporta más claridad en la redacción. La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización. Por lo tanto la indemnización es una consecuencia de la lesión.

En síntesis, hay daño cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento, que comprende: a) el interés individual del legitimado sobre su persona o su patrimonio; b) el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva.

Además y se desprende de los fundamentos, que no basta para poder apreciar la existencia de un daño resarcible, con que se produzca la lesión a un derecho o interés, sino que, además, de esa lesión debe derivar alguna consecuencia perjudicial (patrimonial o extrapatrimonial) para el sujeto titular de tal interés, cosa que no ocurre siempre que se lesiona éste.

A fin de acercarnos a la noción de daño resarcible, el nuevo Código Civil y Comercial refiere a que hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, es decir se refiere al daño como lesión a un interés jurídico, el núcleo de la tutela jurídica es el interés, puesto que el derecho subjetivo y los bienes jurídicos se tutelan en vista a la satisfacción de intereses humanos.

Dijimos que existe daño cuando se lesiona un Interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. El interés no es fácil de definir, pero una primera aproximación indica que el concepto de interés es inescindible del concepto de bien jurídico, que sería todo aquello que es apto para satisfacer una necesidad humana, por. ej. la vida, la propiedad, el honor, la libertad. El bien tiene aptitud genérica para satisfacer esa necesidad, el interés en cambio “es la posibilidad de que una necesidad, experimentada por uno o varios sujetos determinados venga satisfecha mediante un bien”, por. ej. Mi vida, mi propiedad, mi honor, mi libertad. Por eso dice De Cupis que la tutela jurídica no tiene por objeto el bien en sí mismo considerado, sino las particulares situaciones de los sujetos respecto de esos bienes.⁹

Vemos que el objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica que, consiguientemente, es siempre un interés humano, el que resulta ser el núcleo básico, no sólo para activar la tutela resarcitoria, sino también para poner en acción las tutelas inhibitoria y restitutoria. Y esa tutela por parte del derecho puede realizarse de dos maneras, o bien haciendo prevalecer un interés frente a otro que se le opone, o bien, subordinándolo frente a otro que prevalece, pero imponiendo al mismo tiempo la necesidad de que ese sacrificio sea compensado de algún modo. Cabe destacar que el interés lesionado debe ser ajeno, ya que el sistema jurídico no reacciona cuando el daño se lo infringe la propia víctima o ha sido causado por su culpa exclusiva, puesto que como lo destaca Gamarra -además de romperse el nexo causal- en realidad no existiría daño.¹⁰

El Código actual protege al interés afectado y por añadidura al derecho subjetivo, atendiendo así a la evolución doctrinaria y jurisprudencial - elaborada especialmente en torno al anterior 1079 para admitir la legitimación del damnificado indirecto (particularmente a la conviviente) - que pone el foco en la juridicidad del interés legítimo o simple o de hecho en la medida que no sea contrario al ordenamiento jurídico. Precisamente ese argumento es el que se sustentó el criterio que admite la legitimación de la conviviente para reclamar el resarcimiento del daño derivado del fallecimiento de su compañero: no se trata de un derecho subjetivo, esto es un derecho reconocido expresamente por una norma, sino de un interés que no ilícito por no resultar contrario ni a la moral ni a las buenas costumbres.¹¹

Además otra característica que tipifica el daño es el bien que tutela, que en el caso son la persona, el patrimonio y los bienes colectivos.

⁹ Comentario al art. 1737 del C.C y C de la Nación, UniversoJus.Com, 2015.

¹⁰ Citado por Carlos A. Calvo Costa, Daño Resarcible su concepción a la luz del Código Civil y Comercial, RCyS2015 IV, 81.

¹¹ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dir. Ricardo Luis Lorenzetti, T. VIII, pág. 477.

Así entonces, se desprende de la definición que el daño puede ser individual o colectivo. En el individual se afecta un derecho o un interés lícito y no contrario a derecho que tiene por objeto el patrimonio o la persona; en el colectivo se afecta un derecho o un interés que recae sobre un bien de incidencia colectiva. En todos los casos la indemnización (el daño-consecuencia) es patrimonial o no patrimonial, no reconociéndose autonomía resarcitoria a los daños a las personas que siempre serán morales o patrimoniales, uno u otro, o ambos.¹²

Lamentablemente el Poder Ejecutivo suprimió los derechos individuales homogéneos, quedando en la categoría solo los derechos individuales y de incidencia colectiva, pero pese a ello, las tres clases de derechos pueden ser incluidas en la definición legal del art. 1737. Además los derechos individuales homogéneos tienen vigencia a partir de su creación pretoriana por la Corte Nacional en la causa “Halabi”.

Entonces de conformidad con la definición de daño que nos brinda el Código Civil y Comercial, se contemplan en el nuevo ordenamiento jurídico tanto los daños individuales tradicionales (patrimonial o moral -ahora denominado “daño que provoca consecuencias no patrimoniales-), se incorporan los daños colectivos cuando se lesionan derechos de incidencia colectiva (pese a la supresión mencionada precedentemente), y se elimina la distinción entre daños de origen contractual o extracontractual, aunque subsisten algunas diferencias entre ambas órbitas de responsabilidad.¹³

En suma y conclusión el art. 1737 concibe el daño del modo siguiente: es resarcible el daño individual o colectivo, no repudiado o no reprochado por el ordenamiento jurídico. Se pondera especialmente la entidad del interés tutelado o protegido del damnificado. El rasgo sobresaliente es la atendabilidad del interés, su juridicidad, que es el elemento que tífica el daño. Daño es la lesión a un interés jurídico que puede recaer en alguno o en todos los

¹² GALDÓS, JORGE M., “Comentario al artículo art. 1737 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, trabajo inédito.

¹³ GALDÓS, Jorge M., “Comentario al artículo art. 1737 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, trabajo inédito.

bienes jurídicos reconocidos (el patrimonio, la persona y los bienes colectivos).¹⁴

III. Requisitos del daño resarcible

Es conteste la doctrina en determinar para que el daño sea resarcible debe ser: cierto, personal y subsistente. Ello también lo refleja el texto del art. 1739 del Código Civil y Comercial.

Art. 1739 C.C y C dispone en su parte pertinente: “Requisitos. Para la procedencia de la indemnización debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente...”

De la norma se desprende que el daño:

1).- Debe ser cierto: En lo que respecta a su existencia ser real, efectivo y no conjetural o hipotético. Se diferencia del daño eventual que si es solo hipotético, de incierta realización, solo conjetural, que ofrece escasas posibilidades de ocurrencia, no corresponde su resarcimiento.

Además, podrá ser actual o futuro (sin que por ello deje de ser cierto).-

Lo cierto debe ser la existencia del daño, aunque su cuantía pueda ser más o menos indeterminada. Expresa con suma claridad Zannoni que “la certidumbre del daño - dice Acuña Anzorena- se refiere a su existencia y no a su actualidad o su monto. Ello es así porque la actualidad o futuridad del perjuicio atañe a la determinación del contenido del daño y los momentos en que éste se produce”¹⁵.

2).- Debe ser Actual o futuro: por haberse ya ocasionado al momento de dictarse la sentencia jud, la certidumbre es absoluta, aun cuando la fijación del quantum quede sujeta a determinación posterior.

¹⁴ Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dir. Ricardo Luis Lorenzetti, T. VIII, pág. 478.

¹⁵ Zannoni, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil, p. 50.

Futuro: la certidumbre estará dada por las consecuencias o ulteriores del acto ilícito o por la inevitable prolongación en el tiempo del daño actual. (ejemplo: lucro cesante y la pérdida de chances) el juez posee la certidumbre de que una lesión sucederá en el porvenir como producto del mismo ilícito. En otras palabras, la certidumbre, pues, estará dada por las consecuencias ulteriores del acto ilícito –que pueden ser apreciadas ab-initio- o por la inevitable prolongación en el tiempo del daño actual. En tal sentido pueden mencionarse las hipótesis de lucro cesante, y, en menor medida, las de pérdidas de chances. Es decir, en determinados supuestos el juez posee la certidumbre de que una lesión ha de suceder en el porvenir como producto del mismo ilícito.¹⁶

3).- Debe ser personal: Exige que la lesión recaiga sobre un interés propio (patrimonial o no patrimonial) solo podrá reclamar la reparación la persona que ha sufrido el perjuicio. Sin embargo puede ser: Directo: cuando el titular del interés afectado es la víctima del ilícito. Indirecto: cuando el perjuicio propio invocado x el demandante deriva de una lesión a bienes patrimoniales o no patrimoniales o de un tercero, el daño se produce de manera refleja. Pueden reclamar iure proprio la reparación del perjuicio material. La lesión debe afectar intereses personales de los reclamantes. Interés propio no impide que quien pretende la indemnización no pueda invocar en ciertos casos el daño de terceros, como elemento de su propia pretensión.

4).- Debe ser subsistente: El mismo no debe haber sido aún resarcido, por lo cual todavía permanece jurídicamente en la víctima del perjuicio, Es de sideral importancia ya que pueden existir situaciones en las que un daño exista durante un corto periodo de tiempo y luego desaparezca el daño aún debe permanecer jurídicamente en la víctima del perjuicio.

¹⁶ Carlos A. Calvo Costa, Daño Resarcible su concepción a la luz del Código Civil y Comercial, RCyS2015 IV, 81.

III. Conclusiones

Como se expresó en la introducción de este trabajo todos estamos expuestos a sufrir daños en todo momento, pero no todo daño es merecedor de tutela es decir no todo daño es resarcible.

Se comparte en su gran mayoría las soluciones propuestas por el Nuevo Código Civil y Comercial para controversias que dividían a la doctrina y a la jurisprudencia, y fundamentalmente elogiamos que el eje de todo el Código sea la persona humana y la protección de la misma, por ello la responsabilidad civil centra su mirada en el damnificado y en su resarcimiento.

También consideramos acertado la superación de la estrechez legal que había en cuanto a la legitimación activa para reclamar las consecuencias no patrimoniales y en general la claridad con que define al daño resarcible.

Además y afortunadamente toma muy en cuenta los tratados internacionales y los derechos humanos e innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado y al receptar expresamente el principio *alterum non laedere*, unos de los principios más importantes que gobierna la convivencia y la vida humana en comunidad.

Reseña bibliográfica

- Maita Naveira Zarra, Concepto y requisitos del Daño Resarcible, Universidadde Coruña, Revista Información jurídica. España 2016”.
- CARLOS A. CALVO COSTA “EL SIGNIFICADO Y LAS ESPECIES DE DAÑO RESARCIBLE” “Revista de Derecho de Daños 2012-3”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa fe, diciembre 2012, pág. 193 a 227.
- CARLOS A. CALVO COSTA “EL SIGNIFICADO Y LAS ESPECIES DE DAÑO RESARCIBLE” “Revista de Derecho de Daños 2012-3”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa fe, diciembre 2012.

- Messina de Estrella Gutierrez, Graciela, “La responsabilidad civil en la era tecnológica: tendencias y prospectiva”, 2da. Edición, Ed. Abeledo Perrot, p. 22.
- CARLOS A. CALVO COSTA “EL SIGNIFICADO Y LAS ESPECIES DE DAÑO RESARCIBLE” “Revista de Derecho de Daños 2012-3”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa fe, diciembre 2012.
- Citado por Carlos A. Calvo Costa, Daño Resarcible su concepción a la luz del Código Civil y Comercial, RCyS2015 IV, 81.-
- Gabriel A. Iturbide, El Daño Resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, DPI Diario 2015.
- Boragina Juan Carlos, El daño. Concepto y especies en Derecho privado (libro homenaje a Alberto J. Bueres), Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 72.
- Comentario al art. 1737 del C.C y C de la Nación, Universo-Jus.Com, 2015.
- Citado por Carlos A. Calvo Costa, Daño Resarcible su concepción a la luz del Código Civil y Comercial, RCyS2015 IV, 81.
- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dir. Ricardo Luis Lorenzetti, T. VIII, pág. 477.
- GALDÓS, JORGE M., “Comentario al artículo art. 1737 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, trabajo inédito.
- GALDÓS, Jorge M., “Comentario al artículo art. 1737 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, trabajo inédito.
- Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dir. Ricardo Luis Lorenzetti, T. VIII, pág. 478.
- Zanoni, Eduardo. El daño en la responsabilidad civil. p., p. 50,
- Carlos A. Calvo Costa, Daño Resarcible su concepción a la luz del Código Civil y Comercial, RCyS2015 IV, 81.

¿Función preventiva en los contratos?

DR. JUAN CARLOS PANDIELLA MOLINA

I. Introducción

Como siempre, agradecemos la invitación a participar en esta prestigiosa revista, a la par de destacados colegas.

En el presente trabajo, intentaremos realizar un breve análisis de la función preventiva y su recepción en la nueva normativa, en especial la suspensión y tutela preventiva en la ejecución de los contratos previstas en los arts. 1031 y 1032 del Código Civil y Comercial de la Nación, con el objetivo de dar respuesta al cuestionamiento ¿si las mismas resultan ser normas complementarias al deber de prevención del daño prescripto en el art. 1710 del C.C.y C.?

II. Función preventiva

Según el Diccionario de la Real Academia Española, prevenir es, en su segunda acepción, “Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio”¹.

Esta tarea preventiva, orientada a impedir la lesión del ordenamiento jurídico, la encontramos originariamente en la función administrativa del Estado, que la cumplía principalmente a través del llamado poder de policía.

Por su parte, la protección o tutela jurisdiccional se prestaba a las personas una vez que se había producido la lesión del derecho sustantivo con el objeto o con la finalidad de proceder a su restitución. Un ejemplo de lo que estamos diciendo, resulta ser la nota inserta por Vélez Sarsfield al art. 1132 referido a los daños ocasionados por la ruina de una heredad, la misma dice textualmente: “La admisión de una acción preventiva en esta materia da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina están garantizados por la vigilancia de la policía, y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina”.

¹ <http://dle.rae.es/?id=U9JkQmL>

Baracat sostiene, dentro de ese viejo esquema de las diversas prestaciones jurisdiccionales que podía prestar el Estado se incluía: a) La garantía contra la violación del precepto jurídico, distinguiendo los dos momentos de la jurisdicción, esto es, el proceso de “conocimiento” y la “ejecución” de la sentencia de condena; b) La garantía “constitutiva” donde por imperio del orden jurídico el veredicto autoriza un determinado cambio de estado en determinada relación sustantiva que produce nuevos efectos jurídicos; c) La garantía “mere declarativa” donde la jurisdicción actúa no ante la lesión o quebrantamiento del orden jurídico, sino ante la mera incertidumbre existente con respecto a una relación jurídica sustantiva, sus modalidades o su interpretación, provocando la falta de certeza un perjuicio que el interesado tiene interés en hacer cesar d) La garantía cautelar caracterizada como accesoria y de acompañamiento a fin de evitar que las otras garantías jurisdiccionales no se tornen ilusorias por el transcurso del tiempo.²

Pero, luego de un largo camino, la diferenciación de actuación preventiva a través de la administración y reparadora por medio de la jurisdicción, en la actualidad se encuentra superada, en consecuencia, nos encontramos con una actividad concomitante de la administración y jurisdicción para prevenir la causación del daño.

Si bien, podemos considerar que la recepción de la “jurisdicción preventiva” en Argentina culmina con la regulación de la “Responsabilidad Civil”, bajo el subtítulo “Función preventiva y punición excesiva”, en los arts. 1710 a 1715 del Código Civil y Comercial de la Nación; no podemos dejar de señalar que con anterioridad, doctrina y jurisprudencia reconocían la existencia de una acción preventiva extraída de diversas disposiciones específicas diseminadas en diferentes partes de la legislación civil y para determinados casos, se carecía de reglas “genéricas” regulatorias tendientes a prevenir el daño. Como por ejemplo, el art. 1071 bis al tutelar la esfera de intimidad de las personas, los arts. 2499 y 2500

² BARACAT, Edgar J., “Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial”, LA LEY 13/07/2015, 13/07/2015, 1 - LA LEY2015-D, 648.

al receptor la llamada acción de daño temido, el resguardo contra las intrusiones (art. 2618), la defensa de los derechos reales (arts. 2795 a 2799), etc.; la Ley de Defensa del Consumidor en el art. 52 también concede tutela preventiva ante la amenaza de daño.

Además de esta regulación “in genere”, citada en el párrafo anterior, existen otras normas específicas y dispuestas en distintas partes del nuevo código que complementan la regulación; por ejemplo el art. 10, establece que el “juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo” de los derechos; el art. 53 determina “para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona”, que es necesario su consentimiento, excepto “que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficiente para evitar un daño innecesario”; el art. 59, a fin de prevenir el daño, su mantenimiento o agravamiento respecto al estado de salud de las personas, exige consentimiento informado para actos médicos e investigaciones de salud; el art. 1102 establece: “Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.³

Recordemos que, ya en los Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998, se señalaba con claridad que “la prevención tiene un sentido profundamente humanista pero, a la vez, es económicamente eficiente. Porque la evitación de daños no sólo es valiosa desde la perspectiva ética, sino también desde el puro punto de vista macroeconómico: por ejemplo, cuando resultan daños personales de la circulación de vehículos, los costos sociales aumentan por la mayor utilización de hospitales públicos, y por la mayor actividad de los servicios de policía y de administración de justicia”.

Siguiendo el pensamiento de Meroi, es probable que cualquiera podría verse tentado a calificar de “procesal” la regulación de una mal denominada “acción preventiva”. A esta altura de los desarrollos de la ciencia procesal, de sus relaciones con el derecho sustantivo y de la inserción de ambos en una teoría general del de-

³ Véase BARACAT, ob. cit.

recho, llama la atención la persistencia en denominar “acción” a lo que pacíficamente es calificado como “pretensión”. Evidentemente, los usos ejercen un poder incontrastable y así se ha visto reflejado en todo este nuevo Código. Más allá de estas disquisiciones y del nomen iuris que elijamos, lo importante es recordar que una cosa es el derecho de acudir a la autoridad en busca de una respuesta jurisdiccional (acción procesal) y otra cosa es el contenido de esa respuesta, el bien de la vida al que se aspira a través de ese accionar (pretensión). Esa pretensión persigue el reconocimiento jurisdiccional de un afirmado derecho (en la sentencia se verá si, efectivamente, ese derecho queda comprobado o no). De ahí que consideremos que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación consagra correctamente el deber de prevenir el daño, el correlativo derecho a no sufrir un potencial daño y el derecho a accionar fundado en ese afirmado derecho a prevenir el daño. En este sentido, corresponde hablar de “pretensión preventiva” y no de “acción preventiva”. En definitiva, por caso, el art. 1711 CCyC, en tanto regula los presupuestos de fundabilidad de la pretensión preventiva no invade ninguna competencia procesal.⁴

Finalmente recordamos, lo que hace tiempo atrás Piero Calamandrei decía: “Es preciso no establecer confusión entre tutela preventiva y tutela cautelar: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie. En ciertos casos también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional puede surgir antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible; en estos casos, la tutela jurisdiccional en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. Se habla en estos casos, en contraposición a la tutela sucesiva o represiva, de tutela jurisdiccional preventiva, en la cual

⁴ MEROI, Andrea A., “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 70.

el interés en obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico”.⁵

III. Suspensión de los contratos

En concordancia con los lineamientos jurisprudenciales y los principios constitucionales, el nuevo Código dedica, en el libro Tercero que trata sobre los derechos personales, una sección a la “Suspensión del cumplimiento y fuerza mayor” (Título II “Contratos en general”, Capítulo 9 “Efectos”; Sección 3) con el objetivo de brindar herramientas para evitar o prevenir o al menos atenuar los efectos dañosos que pudiera producir el incumplimiento contractual.

Esta sección consta de dos artículos:

Artículo 1031.- Suspensión del cumplimiento. En los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir. La suspensión puede ser deducida judicialmente como acción o como excepción. Si la prestación es a favor de varios interesados, puede suspenderse la parte debida a cada uno hasta la ejecución completa de la contraprestación.

Artículo 1032.- Tutela preventiva. Una parte puede suspender su propio cumplimiento si sus derechos sufriesen una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando la otra parte cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

Como se observa estos textos son trascendentales instrumentos jurídicos para prevenir el daño o impedir su agravamiento, en línea con la función preventiva consagrada genéricamente, como lo señalamos anteriormente en el artículo 1710 C.C. y C.

⁵ CALAMANDREI, Piero, “Introducción al estudio sistemáticas de las providencias cautelares”, trad. Santiago Sentís Melendo, Omeba, Bs. As., 1945, p. 40.; citado por BARACAT, ob. cit.

Estas normas tienen en común que le permite a un contratante no cumplir sus obligaciones si el otro no cumple las suyas o existe riesgo serio de que no las vaya a cumplir.

En relación a suspensión de los efectos de los contratos encontramos diferentes institutos, como la excepción de incumplimiento contractual, la excepción de cumplimiento parcial o defectuoso, contempladas estas dos en el art. 1031 C.C. y C., la excepción de caducidad y la paralización derivada de la previsibilidad del incumplimiento de la contraparte.

3.1. Suspensión de la ejecución de los contratos.

El principal supuesto de suspensión de la ejecución del contrato esta prevista por el art. 1031 del C.C. y C., que abandona la tradicional expresión por la cual era conocida “la excepción de incumplimiento contractual”, este cambio semántico muestra un cambio de fondo, ahora se admite expresamente que la misma puede ser deducida como acción o como excepción.

Según ella, nadie puede reclamar a otro el cumplimiento de una obligación si él mismo no ha cumplido con la obligación recíproca a su cargo, en otras palabras, paralizar el cumplimiento de una prestación mientras la otra parte no cumpla la suya.

Esencialmente, esa es la finalidad de la “excepción”, no ser forzado a cumplir un contrato bilateral si quien reclama su ejecución no cumplió, no cumple, no ofrece cumplir, ni demuestra que su obligación se encuentra sometida a plazo o condición suspensiva.

En esta norma, se siguen los lineamientos del artículo 7.1.3 de Unidroit⁶, en relación con la formulación de la regla y su colocación bajo el título de Suspensión del cumplimiento y del § 320 (1) del BGB (Código Civil Alemán) en lo relativo a cómo opera la sus-

⁶ Art. 7.1.3. (Suspension del cumplimiento). 1) Cuando las partes han de cumplir simultáneamente, cada parte puede suspender el cumplimiento de su prestación hasta que otra ofrezca su prestación. 2) Cuando el cumplimiento ha de ser sucesivo, la parte que ha de cumplir después puede suspender su cumplimiento hasta que haya cumplido la parte que debe hacerlo primero.

pensión de ser plurisubjetiva la composición de una de las partes del negocio.⁷

El sostén reside en el vínculo de interdependencia que existe entre las obligaciones surgidas de los contratos bilaterales, que involucra que una prestación es el presupuesto de la otra. Este nexo se manifiesta no sólo en el momento del perfeccionamiento, condicionando el nacimiento de una obligación al de su co-respectiva, sino también en la fase de ejecución del contrato, sujetando una prestación al cumplimiento simultáneo de la otra. Actualmente, por este vínculo de interdependencia, se sustenta que si las partes no han previsto el orden en que han de ejecutarse las prestaciones, rige el principio de cumplimiento simultáneo, según el cual las mismas deben cumplirse contemporáneamente, presuponiéndose, que las partes han querido que el intercambio sucediese en un mismo y solo acto.⁸

No podemos dejar de resaltar que la posibilidad de suspender el cumplimiento del contrato frente al incumplimiento de una parte ya era reconocida por la doctrina y jurisprudencia, en función de lo establecido en el art. 1201 del C. Civil⁹; en el mismo se lo preveía solo por vía de excepción.

Además, este instituto estuvo previsto en el proyecto de reforma del Código Civil del año 1998 en los artículos 990 y 991¹⁰.

⁷ Véase HERNÁNDEZ, Carlos A., en Ricardo L. Lorenzetti (director), Miguel F. De Lorenzo y Pablo Lorenzetti (coordinadores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo VI, p.45, Santa Fe, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2015; LEIVA FERNANDEZ, Luis, en Jorge Alterini (director) e Ignacio Alterini (coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tratado exegético*, Tomo V, p. 500, Buenos Aires, La Ley, 2015.

⁸ Véase HERNÁNDEZ, Carlos A, ob. cit., p. 46.

⁹ Art. 1201.- (*VS) En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo.

¹⁰ ARTÍCULO 990.- Excepción de incumplimiento. Una parte puede rehusar su cumplimiento hasta que la otra parte cumpla la contraprestación a su cargo, a no ser que ella misma esté obligada a cumplir antici-

3.1.1. *Suspensión por vía de acción.*

La novedad de la normativa es que se permite la suspensión por vía de la acción.

En la forma tradicional como se conocía, la excepción de incumplimiento comprende el supuesto defensivo, presupone una acción judicial promovida.

Pero ahora, ante un eventual incumplimiento, o cuando existan razones valederas que permitan suponer que la otra parte no cumplirá, puede ejercerse la acción, en forma directa y previa, de esa manera obtener el reconocimiento judicial de la suspensión.

Este supuesto puede plantearse en los contratos en los que el plazo para efectivizar la contraprestación se halle próximo a vencer y no obstante, ya se pueda apreciar que no va a cumplirse. Por ejemplo, señala Leiva Fernández, que en el contrato de obra, es común el pacto de pagar el precio contra entrega de piezas terminadas en el tiempo acordado; si la obra debe entregarse próximamente (y el precio también) y es indudable que no llegará a terminarse para el tiempo acordado, el dueño de la obra podría solicitar judicialmente la suspensión del contrato, evitando así tener que cumplir, hasta que no le cumplan.¹¹

3.1.1.2. *Requisitos.*

Para la procedencia de la suspensión del contrato se requieren los siguientes requisitos¹²:

padamente. Para la aplicación de esta regla el incumplimiento de la contraprestación debe ser significativo en los términos del artículo 1054. Si en una parte hay varios interesados, el pago de la cuota correspondiente a cada uno de ellos puede ser rehusado en tanto la contraprestación no sea realizada íntegramente.

ARTÍCULO 991.- Demanda por cumplimiento. Si es demandado por cumplimiento quien tiene el derecho de rehusarlo conforme a lo previsto en el artículo anterior, sólo puede pretender que la sentencia sea ejecutada mediante el cumplimiento simultáneo de las obligaciones de ambas partes.

¹¹ Véase LEIVA FERNANDEZ, Luis, ob. cit., p. 513.

1. Incumplimiento del reclamante: que la parte, frente a quien se invoca la suspensión haya incumplido.

2. Gravedad del incumplimiento: si bien no se encuentra específicamente establecida en la nueva normativa, este requisito no ha quedado de lado. Es decir, que si una de las partes pretende suspender el contrato basado en un supuesto irrelevante de acuerdo al contrato de que se trate, el planteo sería intrascendente si es ensayado en el ámbito extrajudicial o bien si se deduce como defensa en un proceso ya iniciado, determinaría el rechazo de la excepción por parte del juzgador. A modo de ejemplo, Leiva Fernández, cita el siguiente caso, si el locador de obra que ha construido un departamento pero que le falta un detalle, no funciona el incinerador; el locatario que está en posesión de la cosa y la usa, cuando es demandado para pagar el saldo del precio, excepciona pidiendo se rechace la demanda.

3. Que la parte frente a la cual se invoca, no ofrezca cumplir.

4. Que la obligación de quien reclame no esté sujeta a plazo o condición suspensiva.

5. Que la otra parte opte por suspender el cumplimiento del contrato, manifestando su voluntad en ese sentido.

3.2. *Tutela preventiva (art. 1032 C.C. y C.)*

Como lo indicamos, en el artículo 1032 C.C. y C., se regula otro de los supuestos que habilitan a solicitar la suspensión del contrato bajo el título de “tutela preventiva”, distintas a las que motivan la interposición de la excepción de incumplimiento contractual, pero que, también merecen una tutela jurídica en protección del vín-

¹² Véase LEIVA FERNANDEZ, Luis, ob. cit., pp.501-503; SANCHEZ HERRERO, Andrés, en Andres Sanchez Herrero (director) Pedro Sanchez Herrero (coordinador), Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo VI- Contratos- Parte General, p.750, Buenos Aires, La Ley, 2016.

culo de interdependencia existente entre las obligaciones surgidas de los contratos bilaterales.

Esta figura, parte del supuesto de hecho o de una situación que sin ser de incumplimiento, revela clara y anticipadamente que la obligación no será cumplida; es decir, el incumplimiento efectivo no resulta la condición indispensable para accionar. No se requiere la ocurrencia del daño para accionar, basta la posibilidad cierta de padecerlo.

Sostiene Leiva Fernandez, que esta posibilidad es concebida en beneficio del acreedor, evitando la situación que lo llevaría a tener que cumplir cuando se sabe, con un cierto grado de certeza, que la otra parte no lo hará; es un supuesto de atenuación de la fuerza obligatoria, cuya aplicación estricta implicaría que uno de los contratantes debe cumplir aun cuando verosímelmente pueda suponer que no le cumplirán.¹³

Esta norma debe correlacionarse con la denominada caducidad del plazo prevista en el art. 353 del C.C. y C.¹⁴, que posibilita al demandado por cumplimiento oponerse a cumplir la propia prestación por hallarse el reclamante en estado de insolvencia, aunque éste se encuentre beneficiado por un plazo para el cumplimiento de su obligación; es decir, si el contratante cuyo plazo ha caducado pretende que el otro cumpla, este podrá resistirse a hacerlo invocando la suspensión basada en la caducidad producida.¹⁵

¹³ LEIVA FERNANDEZ, L., ob. cit., p. 519.

¹⁴ ARTÍCULO 353.- Caducidad del plazo. El obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo si se ha declarado su quiebra, si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o si no ha constituido las garantías prometidas, entre otros supuestos relevantes. La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal.

¹⁵ Véase HERNÁNDEZ, Carlos A, ob. cit., p. 50; LEIVA FERNANDEZ, Luis, ob. cit., p.522; SANCHEZ HERRERO, Andrès, ob. cit., p.770.

3.2.1 Antecedente y derecho comparado.

Esta normativa sigue los lineamientos establecidos en el artículo 992 del Proyecto de 1998, que proponía tres tipos de suspensión del contrato, decía: “Una parte puede suspender su propio cumplimiento, debiendo comunicarlo de inmediato a la otra parte:

a) Si la otra parte tiene imposibilidad temporaria de cumplir, aunque sea por causas ajenas a ella y a su responsabilidad.

b) Si es previsible que la otra parte no cumpla, por haber sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia. La suspensión queda sin efecto cuando ésta cumple o da seguridades suficientes de que el cumplimiento será realizado.

c) Si tiene un impedimento temporario para su propio cumplimiento, sobrevenido por causas ajenas a ella y a su responsabilidad. La suspensión procede por el tiempo razonable de acuerdo con los usos, y queda sin efecto cuando el impedimento resulta superado.”

Como se observa, lo dispuesto en la nueva normativa, es semejante a la situación prevista en el segundo inciso del art. 992 del Proyecto de 1998, pero sin regular las otras situaciones previstas en este, que también viabilizaban la suspensión del contrato.

Este instituto, también se encuentra regulado en el BGB (Cod. Civ. Alemán) reformado, en su §321, en el art. 1462 del Código Civil Italiano, en el art. 477 del Código Civil de Brasil, en los Principios de Unidroit, en las disposiciones 7.3.3. (con efecto resolutorio) y 7.3.4. (con efecto suspensivo), en la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, aprobada por ley 22.765, art. 71.1.¹⁶, y en el Proyecto de reglamentación

¹⁶ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercadería, aprobada por nuestro país mediante la ley 22.765, cuyo art. 71 dispone que “Cualquiera de las partes podrá diferir el cumplimiento de sus obligaciones si después de la celebración del contrato, resulta manifiesto que la otra parte no cumplirá una parte

para la compraventa de la Unión Europea prevé doblemente este instituto, en cabeza del vendedor (art. 133) y del comprador (art. 113).¹⁷

3.2.2. *Supuestos.*

Los supuestos previstos por esta norma, que habilitan suspender preventivamente el cumplimiento del contrato son dos:

a. Que la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir el contrato. Es una fórmula, amplia que permite abarcar el supuesto de imposibilidad momentánea de cumplir, sea ajena o propia.

b. Que la otra parte haya sufrido un menoscabo significativo en su solvencia. No siendo necesario que la insolvencia haya sido declarada judicialmente.

Pero si el deudor de la prestación que se encuentra en estado de insolvencia da garantías suficientes que el cumplimiento será realizado la suspensión no es procedente, semejante a lo que preveía el art. 1419 del Código Civil¹⁸.

Resulta más que obvio, que queda sin efecto la suspensión cuando la otra parte cumple.

3.2.3. *Su relación con las normas procesales.*

En el caso que la suspensión se plantea como defensa, sostiene Sánchez Herrero, no existe controversia que se trata de una excep-

sustancial de sus obligaciones a causa de: a) Un grave menoscabo de su capacidad para cumplirlas o de su solvencia...”

¹⁷ Véase LEIVA FERNANDEZ, Luis, ob. cit., pp.520-522.

¹⁸ Art. 1419.- Tampoco está obligado a entregar la cosa, cuando hubiese concedido un término para el pago, si después de la venta el comprador se halla en estado de insolvencia, salvo si afianzase de pagar en el plazo convenido.

ción o defensa de carácter sustancial, es decir, no surge del derecho procesal sino del derecho de fondo. Su admisión en un proceso no implica el rechazo definitivo de la acción, simplemente se posterga la acción, y al ser una defensa de fondo, es tratada al final del proceso con la sentencia.¹⁹ Es decir, que admitida la defensa se paraliza la acción, queda suspendido el cumplimiento a cargo de una de las partes, hasta que el adversario cumpla; es un supuesto de excepción dilatoria cuando se ejerce como tal, es decir, al momento de contestar la acción, su ejercicio efectivo se circunscribe la mayoría de las veces al proceso.²⁰

En lo que respecta a la carga de la prueba, no hay referencia explícita en la redacción del art. 1031 del C.C.yC.

En el caso que se pretenda suspender el contrato con base en la suspensión de cumplimiento contractual si acciona debe probar.

Pero si se plantea como defensa, ante su invocación por el demandado, es el actor quien debe probar que ha cumplido; alterándose la regla de que quien invoca un hecho debe probarlos, pero por una buena razón, le resulta más simple al contratante que reclama el cumplimiento probar que ha cumplido (hecho positivo) que al contratante reclamado probar que el primero no ha cumplido (hecho negativo)²¹.

Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de señalar que la carga dinámica de la prueba determina que aquel quien se encuentre en mejores condiciones de probar debe hacerlo. Así por ejemplo, resultara más sencillo y accesible probar la solvencia que la insolvencia.

IV. Reflexiones finales

En respuesta al cuestionamiento que formuláramos al inicio del presente trabajo, entendemos que los modos de suspensión del

¹⁹ Véase SANCHEZ HERRERO, Andrés, ob. cit., p. 765.

²⁰ Véase LEIVA FERNANDEZ, Luis, ob. cit., p. 512.

²¹ Véase SANCHEZ HERRERO, Andrés, ob. cit., p. 766.

cumplimiento del contrato establecidos en los arts. 1031 y 1032 del C.C.yC., resultan ser normas complementarias al deber de prevención, teniendo en cuenta que la nueva codificación unificó la responsabilidad civil, anterior responsabilidad contractual o responsabilidad extracontractual, en consecuencia el art. 1710 resultaría plenamente aplicable a la prevención del deber genérico de no dañar (*alterum non ledere*) en el doble ámbito.

Surge claramente que estos institutos tienen como finalidad la prevención del daño, que resulta ser uno de los puntos centrales del nuevo Código, tratando de mantener viva la relación contractual.

Entendemos, que además de esta regulación “*in genere*”, de la prevención del daño de los arts. 1710 a 1715, como lo indicamos supra, existen otras normas específicas y dispuestas en distintas partes del nuevo código que complementan la regulación.

Gracias por haber dedicado parte de su tiempo a la lectura del presente trabajo.

El principio de congruencia en el proceso penal

Situaciones particulares de la casuística y diferentes criterios; su relación con el acto de indagatoria o intimación durante la instrucción formal, investigación penal preparatoria o investigación fiscal. Tendencias legales

AB. MGTER PABLO GUIDO PEÑASCO

I. Concepto

El principio procesal de congruencia tiene respaldo en la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio y establece que debe existir una correlación entre el hecho que fue objeto de acusación y el que fue considerado en la sentencia, en la que el deber de los jueces es precisar las figuras delictivas que juzgan con ajuste a los hechos que constituyen la materia del juicio (Fallos: 310:2094; 327:2790; entre otros).

De este modo, esta regla asociada al derecho de defensa impone que haya identidad entre los hechos que componen la imputación (en el juicio oral o debate) que debe responder la defensa -es decir, el sustrato fáctico sobre el cual los actos procesales desplegaron la necesaria actividad acusatoria o defensiva- y la sentencia (Fallos: 329:4634), pero no demanda una coincidencia total mientras ello no implique una variación relevante.

La Corte observa que, en la sentencia el tribunal de sentencia no se limitó a cambiar la calificación jurídica de los hechos imputados previamente, sino modificó la base fáctica de la imputación inobservando el principio de congruencia...

Como puede observarse, el principio procesal penal de congruencia entre acusación y sentencia, previsto por la totalidad de los C.P.P. de nuestro país, requiere correlación entre acusación fiscal (requerimiento de elevación a juicio, citación a juicio o auto de elevación a juicio) y la sentencia. A ese ámbito procesal se delimita.

En la Provincia de San Luis el art. 358 del C.P.P. según Ley N° VI-0152-2004 (5724 *R), establece: En la sentencia, el Tribunal podrá dar al hecho una definición jurídica distinta a la contenida en el auto de elevación a plenario o en la requisitoria fiscal, siempre que el conocimiento del delito pertenezca a la competencia de cualquier Tribunal de la Provincia. Si resulta del debate que el hecho es distinto del enunciado en tales actos, el Tribunal dispondrá la remisión del proceso al Ministerio Fiscal.

En la Provincia de San Juan el artículo 477 DEL C.P.P., dice En la sentencia, el Tribunal podrá dar al hecho una calificación

jurídica distinta a la contenida en la requisitoria fiscal, en el auto de elevación o en las conclusiones del Ministerio Público Fiscal en la oportunidad prevista por el artículo 469, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un tribunal superior.

El Tribunal podrá condenar al acusado no obstante el pedido de absolución del Ministerio Público Fiscal, en su alegato.

Si resultare del debate que el hecho es distinto del enunciado en tales actos, el Tribunal dispondrá la remisión del proceso al Juez competente.-

En la Provincia de Mendoza el art. 413 del C.P.P. (ley 6730), dice: Sentencia y Acusación. En la sentencia, el Tribunal podrá dar al hecho contenido en la acusación una calificación jurídica distinta, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un tribunal superior.

II. Grado de detalle fáctico y jurídico (calificación legal) exigido en o para la acusación

El grado de detalle que ha de contener el acto de la acusación pertinente debe ser determinado no de un modo absoluto, sino tomando en cuenta las particulares características de cada caso, según lo que sea necesario y suficiente para que el acusado comprenda cabalmente el alcance de los cargos en su contra, con la vista puesta en la preparación de una defensa adecuada (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Case of Mattoccia v. Italy, App. n° 2369/94, sentencia del 25 de julio de 2000, párr. 60).

III. Correlación o coincidencia de la plataforma fáctica - Identidad de los hechos

La principal afectación del principio de congruencia ocurre cuando se condena al imputado por un hecho temporal y modalmente distinto del contenido en la requisitoria fiscal:

La SCJMza ha sostenido que el principio de congruencia entre acusación y sentencia contenido en el artículo 413 del CPP de Mza, establece que el derecho de defensa previsto por el artículo 18 de la Constitución Nacional y artículo 8 y concordantes de la Constitución Provincial, se vulnera por violar el principio de correlación o congruencia que debe mediar entre acusación y sentencia, cuando se condena al imputado por un hecho temporal y modalmente distinto del contenido en la requisitoria fiscal, aún cuando hubiera producido el mismo resultado.

Por lo tanto será inválido el acto procesal de condena por un hecho consumado en un tiempo marcadamente diferente que el relatado en la acusación y con un modo (manera o forma de hacer o consumir el delito o dar comienzo a su ejecución), también distinto que el descripto en la requisitoria de citación o elevación a juicio.

Con algunas variables, la CSJN mediante el voto del Dr. Petracchi sostuvo que es evidente derivación del principio de congruencia, como expresión de la defensa enjuicio, que el hecho materia de la condena debe satisfacer idénticos parámetros de exactitud, resultando inadmisibles que el condenado no pueda conocer cuál es el hecho por el cual se lo condena y cómo se ha llevado, en lo que a él atañe personalmente, la subsunción en el tipo penal respectivo; ello es así en todos los casos, aún en aquellos en los que el acusado pueda reconstruir la materia del reproche a partir de su propio conocimiento de los hechos, pues de lo contrario se estaría haciendo recaer sobre él la misión - eminentemente estatal - de formular correcta y precisamente la imputación (voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi).

Es decir que esta concepción es puramente exigente al requerir idénticos parámetros de exactitud al punto tal de no admitir que el acusado pueda reconstruir la materia del reproche a partir de su propio conocimiento en tanto que dispone que es función eminentemente estatal formular correcta y precisamente la imputación.

3.1.- Es posible variar la calificación legal sin alterar la plataforma fáctica y sin que ello implique afectación al principio de congruencia?:

Como se sostuvo, la congruencia implica que la sentencia recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de la acusación. Mayoritaria jurisprudencia se ha expresado indicando que el parámetro son los hechos, no la calificación jurídica provisoria que hace el Ministerio Público en el requerimiento de elevación a juicio, establecer que el parámetro que debe tenerse presente a los efectos de verificar la necesaria congruencia entre la acusación y la sentencia, son los hechos y no la calificación jurídica provisoria que hace el Ministerio Público en el requerimiento de elevación a juicio. Lo importante es garantizar al imputado la posibilidad de defenderse en relación a todo elemento fundamental de la imputación, de manera que no exista ninguna sorpresa en este aspecto, y en este sentido, lo único realmente valioso para la actividad defensiva es que la sentencia recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de la acusación, y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente.

No se advierte una afectación al principio de congruencia cuando lo que en realidad se cuestiona es el cambio de la subsunción típica que recibió uno de los hechos reprochados, y no la base fáctica sobre la que se apoya si desde el comienzo del caso, la descripción del hecho -y no la base fáctica sobre la que se apoya- fue la misma. Si lo que cambió en la sentencia fue el encuadre típico, lo que se debe establecer es si ese cambio en la calificación fue sorpresivo y ha impedido a la defensa ejercer eficazmente su tarea (voto del juez Bruzzone al que adhirieron los jueces García y Días).

Por lo tanto, según lo expone este fallo, no se verifica una afectación al derecho de defensa en juicio si el cambio de calificación que la defensa denuncia no resultó sorpresivo y la base fáctica estuvo siempre presente sin que se hayan brindado elementos como para poder considerar que, por el cambio de subsunción empleado por el tribunal, la defensa se vio afectada de ejercer técnicamente su ministerio en plenitud, ni el imputado se vio perjudicado en su

defensa material pues al referirse a la cuestión en las oportunidades que declaró, jamás pudo justificar o explicar de manera plausible su accionar. En ese contexto, independientemente de lo previsto en el art. 401, 2da. parte, C.P.P.N. en cuanto al principio del iura novit curia, y si bien el tribunal pudo haber hecho uso de la advertencia al imputado y su defensa antes del dictar el veredicto para neutralizar las formales alegaciones, la nulidad de la sentencia por esa circunstancia, excede los antecedentes del caso (voto del juez Bruzzone al que adhirieron los jueces García y Días).

Este mismo fallo también enseña que de conformidad con lo resuelto en Fallos: 319:2959 (“Acuña”); 329:4634 (“Sircovich”), los votos en disidencia de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en el precedente Fallos: 330:5020 (“Ciuffo”), corresponde distinguir entre congruencia fáctica y congruencia jurídica en tanto la materia de la afectación de la defensa está constituida cuando: 1) se priva al acusado o a su defensa de la posibilidad de ofrecer prueba sobre los hechos relevantes o de discutir la ofrecida, o cuando 2) se les priva de toda posibilidad de discutir de modo útil la relevancia de esos hechos frente a una proposición normativa (voto del juez García con remisión a su voto como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, causa n° 12.950 “José, Raúl Omar s/ recurso de casación”, Sala II, Reg. N° 19.355, resuelta el 15 de septiembre de 2011 y en este tribunal en CCC 64.252/2014, “Areco, Emmanuel Franco y otro”, Sala I, Reg. 63/2017, resuelta el 9 de febrero de 2017, al que adhirió el juez Días).

Sin embargo, se indica en la resolución en análisis que a los fines de alegarse la afectación del principio de congruencia, cabe considerar que la mutación sorpresiva de la calificación jurídica sostenida en la acusación no siempre acarrea la posibilidad de discutir de modo útil la aplicación al caso de una proposición jurídica pues ella agravaría a la defensa si hubiese encubierto una modificación de circunstancias fácticas sobre las que ésta no hubiese podido ofrecer prueba o controlar la prueba ofrecida, para constatar la concurrencia de esas circunstancias. En consecuencia, no cabe alegarse agravio a la defensa cuando se trata de un cambio a la que no es inherente una modificación fáctica que requiera de

prueba y contradicción, en la medida en que las instancias de recursos disponibles sean idóneas para poner en discusión la nueva calificación, por hipótesis errada (voto del juez García, al que adhirió el juez Días).

Es decir que si el cambio de calificación jurídica implica la imposibilidad de ejercer el derecho de defensa adecuado porque tal cambio tiene una proyección en el plano fáctico, que a su vez requiere pruebas tanto del acusador como de la defensa, se afectaría la congruencia.

Si las exigencias esenciales en el proceso penal no se cumplen, incurriéndose en una falta de intimación, esta situación conlleva la sanción de nulidad prevista en el inc.3 art. 172 CPP, toda vez que no se le ha dado intervención al imputado en los casos y formas que la ley ritual prescribe. La facultad del juzgador de dar a la hipótesis fáctica fijada en la acusación, una calificación jurídica distinta a la efectuada en el requerimiento fiscal de elevación a juicio, se limita al encuadramiento legal de la base fáctica, porque no se puede ex officio ampliar el contenido fáctico. La regla no busca la unidad esencial de objeto entre la acusación y la sentencia, sino evitar que se condene por un hecho que no se tuvo en cuenta en la acusación. Se trata de equilibrar los dos intereses en juego: el individual (derecho de defensa del acusado) y el público (realización de justicia).

3.2.- Concepto de plataforma fáctica y de calificación legal – Validez de la sentencia:

Por su parte, el siguiente fallo deja en claro la situación, al indicar que el tribunal de juicio que, para condenar no ha variado en absoluto la base fáctica descripta en la requisitoria fiscal, en tanto los hechos que se juzgan son los mismos descriptos en el requerimiento de elevación a juicio producido por el Ministerio Público; no ha incurrido en falta de correlación entre acusación y sentencia ya que el hecho intimado al imputado ha seguido siendo exacto, idéntico y sólo ha existido un cambio de calificación; lo que no ha privado al imputado de la posibilidad de defenderse. Entre otros fundamentos este fallo dice:

“Sobre este tema, entiendo que resulta apropiado precisar que esta correlación no atañe a la definición o calificación legal del hecho imputado.

Acerca del aspecto fáctico enseña que no cabe confundir el aspecto fáctico con el jurídico-penal, es decir, la situación del hecho que el acusador atribuye al acusado, con la valoración de derecho sustantivo del mismo. Una cosa es afirmar la existencia de un hecho, de una conducta humana, de un acontecimiento histórico determinado que se presupone que tuvo realidad, y otra distinta es evaluarlo, calificarlo, ponerlo en relación lógica con la ley penal, verificar si la situación fáctica admitida encuadra en una hipótesis abstracta de esa ley, para darle un nomen iuris o, lo que es igual, reconocer los elementos constitutivos de un tipo o figura penal.

Se debe tener en cuenta entonces, que aunque la acusación debe contener tanto la enunciación del hecho imputado como la pretendida calificación legal, para individualizar la imputación y facilitar la defensa, basta que la correlación aludida verse sobre aquél, de modo que el tribunal de sentencia tenga libertad para “elegir la norma” que considera aplicable al caso. Si ese tribunal estuviera vinculado a la calificación legal que propugna el acusador, si debiera limitarse a aceptar o rechazar en la sentencia la pretensión represiva tal como fue formulada, la función jurisdiccional sufriría un menoscabo que en realidad no impone el derecho de defensa, ya que no podría prácticamente juzgar. En este sentido, debe quedar claro que el tribunal no juzga sobre la corrección del juicio jurídico-penal del acusador, sino sobre el hecho que este atribuye al imputado. (Conf. Vélez Mariconde, ob. cit., pág. 118/119).

“Esta Sala II tiene dicho al respecto, que la situación está expresamente prevista en el art. 433 del CPP, que faculta al tribunal para subsumir los hechos en las normas que a su juicio correspondan, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad. (L.S. 156-223; 265-409).”

c.- “Relacionando el punto anterior con la pretendida violación al derecho de defensa, se debe tener en cuenta en este tema, que lo importante es garantizar al imputado la posibilidad de defenderse en relación a todo elemento fundamental de la imputa-

ción, de manera que no exista ninguna sorpresa en este aspecto, y en este sentido, lo único realmente valioso para la actividad defensiva es que la sentencia recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de la acusación, y que tanto el imputado como su defensor pudieron tener presente; en otras palabras, que la hipótesis acusatoria coincida con la plataforma fáctica fijada por el juzgador como objeto procesal. (Conf. Vélez Mariconde, ob. cit., pág. 119/120)”

d.- “Ahora bien, aplicando las consideraciones anteriores al caso concreto, arribo a la conclusión que no le asiste razón al quejoso en cuanto a la pretendida falta de correlación entre acusación y sentencia, y que tampoco existe la violación al derecho de defensa y al debido proceso, y paso a explicar por qué.”

“Efectivamente, la acusación y la sentencia han versado sobre un mismo acontecimiento histórico, en tanto los hechos que se juzgan son los mismos descriptos en el requerimiento de elevación a juicio producido por el Ministerio Público, sólo que, a criterio de la juzgadora, ellos merecen distinta calificación jurídica.”

“Ello queda evidenciado en las actuaciones citadas, en tanto en el requerimiento acusatorio se le atribuía a M. el hecho de obligar a S... Cortez a ingresar al domicilio común cerrando la puerta con llave, y la agresión física con golpes de puño y puntapiés, que le provocaron a Cortez lesiones en su cuerpo; y en los hechos que la sentenciante tiene por ciertos, también se le atribuye al imputado el introducir a Cortez en el domicilio cerrando la puerta con llave, y agredirla con golpes de puño y puntapiés, que le produjeron lesiones en su cuerpo. Y la juzgadora califica esta conducta a los términos del art. 89 del C.P., o sea, como lesiones leves, y en base a ello condena al imputado a dos meses de prisión de ejecución condicional”.

3.3.- Validez del cambio de calificación legal en la sentencia:

Se pronuncia esta jurisprudencia, que existe correlación entre acusación y sentencia cuando se sostiene un hecho único aunque diferente calificación legal: Si se ha juzgado un solo hecho, el cual para el tribunal de mérito cae bajo dos figuras delictivas, y para el

Ministerio Público bajo una sola, esto no significa, que exista ausencia de acusación fiscal. Ello así, la acusación sobre el hecho que se investigaba ha sido sostenida por el Sr. Fiscal de Cámara, y el tribunal de juicio se ha expedido sobre el mismo aunque con una calificación legal distinta de la pretendida en la acusación, sin que en ello implique violación al debido proceso ni al derecho de defensa.

Existe Identidad con la Acusación aunque se admite la diversidad Jurídica o distinta calificación legal: Para que la motivación de la sentencia sea legítima debe existir correlación entre ésta y la requisitoria fiscal; por ello, la sentencia condenatoria debe ser idéntica a la acusación en cuanto a los elementos suficientes para juzgar la conducta del imputado. Así, la diversidad jurídica o secundaria entre ambos actos se admite y no vicia el fallo, siempre que no prive el encartado de su defensa.

3.4.- Identidad de Hecho Delictivo - Principio de Congruencia:

Lo importante es garantizar al imputado la posibilidad de defenderse en relación a todo elemento fundamental de la imputación, de manera que no exista ninguna sorpresa en este aspecto, y en este sentido, lo único realmente valioso para la actividad defensiva es que la sentencia recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de la acusación, y que tanto el imputado como su defensor pudieran tener presente; en otras palabras, que la hipótesis acusatoria coincida con la plataforma fáctica fijada por el juzgador como objeto procesal.

IV. Una postura sostuvo que el respeto al principio de congruencia comprende que exista correlación entre acusación y sentencia condenatoria y también entre pedido de absolución y sentencia absolutoria

4.1.- Nulidad del alegato acusatorio del querellante por omitir solicitud de pena:

Límite punitivo al pedido del Fiscal. La pretensión punitiva constituye una parte esencial de la acusación. Cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o ultra petita. La plena jurisdicción reconoce un límite máximo a su ejercicio, cual es, el delimitado por los términos de la acusación pública y también privada en caso de haberla. Se verifica exceso en el ejercicio de la jurisdicción en la medida en que el juez sentenciante excedió la pretensión punitiva del órgano acusador (Tendencia en minoría en este fallo. Fundamentos de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni, EN DISIDENCIA). La mayoría del Tribunal se pronunció por la inadmisibilidad formal del recurso).

En otro caso se resolvió que el derecho de defensa impone que la facultad de juzgar conferida por el Estado a los tribunales de justicia debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella al punto de que en autos el juez correccional que dictó la condena decidió anular el alegato acusatorio formulado por la parte querellante precisamente por el hecho de que había omitido solicitar pena, cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o ultra petita.

Los postulados constitucionales aludidos llevan a afianzar los principios de cuño acusatorio que rigen el debate y, por ende, la plena jurisdicción reconoce un límite máximo a su ejercicio, cual es, el delimitado por los términos de la acusación pública y también privada en caso de haberla. Tal inteligencia importa un avance en el camino iniciado por la doctrina que esta Corte desarrolló a partir del precedente “Tarifeño” (Fallos: 325:2019), ratificado recientemente en el caso “Mostaccio” (Fallos: 327:120). Si el derecho de defensa opera como límite concreto de la función ju-

risdiccional, en el sub examine se verifica un exceso en el ejercicio de ella en la medida en que el juez sentenciante excedió la pretensión punitiva del órgano acusador e impidió con ello el pleno ejercicio de aquella garantía en lo que respecta a la individualización y proporcionalidad de la pena finalmente impuesta. El fallo cuestionado no guarda una completa correspondencia con las circunstancias fácticas tenidas en cuenta por el órgano acusador para formular su requerimiento punitivo, razón por la cual la sentencia condenatoria se funda en elementos que no habrían sido incluidos en aquel acto procesal y respecto de los cuales H. L. Amodio no ha tenido oportunidad de defenderse.

Además, al colocarse al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador lo cual implica un plus que viene a agregarse en una instancia procesal que es posterior a la oportunidad prevista para resistirlo se vulnera también la prohibición de la *reformatio in pejus* cuyo contenido material intenta evitar precisamente que se agrave la situación jurídica del imputado sin que mediase requerimiento acusatorio en tal sentido (voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni).

4.2.- Que ocurre cuando la sentencia contiene una Pena mayor a la pedida por el MPF?

En este caso se declaró su validez:

No puede condicionarse el ejercicio de la jurisdicción al pedido preciso de pena solicitada por el MPF, según lo resuelto por la Sala en el precedente “Solís”. Así, en aquellos casos en que el tribunal fundadamente imponga una pena mayor a la solicitada por el fiscal, dentro de la escala punitiva prevista por la ley, en modo alguno afecta el derecho constitucional de la defensa en juicio, sino que garantiza el contradictorio.

La disidencia parcial señaló que la jurisdicción del tribunal está habilitada para imponer una pena hasta el límite de la pedida por el fiscal en su alegato. Dres. Riggi, Catucci y Borinsky –disidencia parcial.

En el mismo sentido se han pronunciado otros fallos:

Imposición de pena mayor a la pedida por el fiscal: La graduación de la pena a imponer, dentro de los montos que impone la ley, es facultad privativa del juez o tribunal de la causa, sin que las partes puedan ponerle otros límites.

Debe desestimarse el agravio referido a la aplicación a la imputada de una pena mayor a la solicitada por el Ministerio Fiscal. Es dable señalar que no existe normativa procesal vigente que fije límite, y que estamos frente a una circunstancia diversa a la falta de acusación fiscal, atento a que -en autos- el imputado ha podido saber cuál era el hecho objeto de la acusación y las pruebas que la sustentaban, por lo que la cuantificación de la pena a aplicar en el caso concreto, más allá de que difiera de la pedida por el Ministerio Fiscal, no es violatoria del derecho de defensa, ni del debido proceso legal.

4.3.- Variación del criterio al establecer que el Tribunal no puede imponer pena mayor que la requerida por el MPF en su alegato acusatorio:

En este fallo se sostuvo que el límite de la jurisdicción se encuentra marcado por el hecho que resultó objeto de imputación. La pena solicitada por el fiscal es el límite que tiene el órgano jurisdiccional para pronunciarse. Es así que, el tribunal de juicio no puede ir más allá de la pretensión requerida por el órgano que tiene a su cargo la vindicta pública. El tribunal no puede expedirse más allá de lo pedido. La sentencia no puede ser plus petita, ni tampoco está facultado para fallar fuera de lo pedido extra petita: Siempre y cuando se respete la plataforma fáctica contenida en la acusación, de modo que no se vean vulneradas las garantías constitucionales de defensa en juicio y de debido proceso, el tribunal puede modificar la calificación jurídica que le fue asignada al hecho en el acto acusatorio, aunque de ello derive la aplicación de una pena más severa; e incluso imponer penas más severas, en cumplimiento de los deberes y reglas impuestas por los arts. 40 y 41, CP y en resguardo del principio de legalidad estricta de nuestro sistema. Ello,

lógicamente, aun cuando se mantenga la calificación legal otorgada a los hechos en la acusación, pues el límite de la jurisdicción se encuentra marcado por el hecho que resultó objeto de imputación (conf. art. 401 CPPN) (conf. voto de la Dr. Capolupo de Duraña y Vedia en la causa n° 6289, de esta sala, “Córdoba, Miguel A. s/recurso de casación”, Reg. n° 9156, rta. el 28/8/2007) (voto en minoría del Dr. Bisordi).

Cierto es que la postura tradicional de esta sala ha sido la misma que sostuviera el colega preopinante (conf. causa n° 2081, “Guerra Zalazar, Enrique D. s/recurso de casación”, Reg. n° 2960, rta. el 6/11/2000; causa n° 3349. “Aguilera, Alberto C. y otros s/recurso de casación”, Reg. n° 5826, rta. El 7/7/2004, entre otros), pero considero que la evolución operada en distintos niveles del pensamiento jurídico vinculados a la materia llevan a reflexionar sobre el tópico (voto del Dr. Hornos).

Quizá la muestra más clara de esta necesidad de repensar arraigados conceptos, a fin de lograr una adecuación constitucional más acabada de nuestro procedimiento penal, puede verse - en este tema- en el reciente voto minoritario de la Corte Suprema por los jueces Lorenzetti y Zaffaroni (A-2089-XLI, in re “Amodio, Héctor L. s/causa n° 5530”, rta. el 12/6/2007, en donde la mayoría declaró inadmisibile la queja en virtud del art. 280, CPPN y CP). Los argumentos allí esbozados tienen una fuerza convictiva que no es posible soslayar, y que sirven de guía en la interpretación aquí propuesta.

En este contexto, dijimos que cuando el fiscal no fundamenta el pedido de pena (tal como ocurrió en “Fuentes”), el imputado estaba imposibilitado de rebatir las circunstancias agravantes y/o atenuantes que dieron lugar al monto de la sanción. Esta afectación a sus posibilidades ciertas y efectivas de defenderse sobre el asunto, también está presente en el supuesto de autos, puesto que la graduación de la pena impuesta no fue introducida en el debate previamente y, por en ende, no pudo ser cuestionada por el imputado. No quedan dudas, entonces, que la pena ha significado una “sorpresa” para él, al tratarse de un monto que nunca le fue informado, con lo cual estuvo fuera de sus legítimas previsiones.

No debe perderse de vista que son variadísimos los supuestos de defensa que pueden encararse a través de la pena solicitada, como ser la reincidencia, la reiterancia, la valoración de testigos de concepto, los informes socio-ambientales, los informes médicos, la actitud posterior al hecho, etc. (conf. Sagretti, H. O., El caso “Marcilese; ¿Un cambio sustancial en la jurisprudencia de la Corte?”, LL 2002-F245). Como se ve, son todas cuestiones de vital importancia que, en principio, no integraron la acusación ni el juicio de culpabilidad, y por ende no fueron resistidas por el imputado (voto del Dr. Hornos).

En esta misma dirección también se ha expedido mi distinguida colega de tribunal, la Dra. Ledesma, para quien “la pena solicitada por el fiscal es el límite que tiene el órgano jurisdiccional para pronunciarse. Es así que, el tribunal de juicio no puede ir más allá de la pretensión requerida por el órgano que tiene a su cargo la vindicta pública (...). En síntesis, el principio del *ne procedat iudex ex officio* constituye un límite al ejercicio de la función jurisdiccional en razón de que supone que el proceso puede ser iniciado únicamente si hay acusación fiscal extraña al tribunal de juicio. Como consecuencia de ello, el tribunal no puede expedirse más allá de lo pedido. La sentencia no puede ser *plus petita*, ni tampoco está facultado para fallar fuera de lo pedido *extra petita*. Ello es así, en razón de que la acusación es la que fija el límite de su conocimiento” (conf. su voto en la causa 4833 de la sala 3ra, “Luján, Marcos A. s/recurso de casación”, Reg., n° 229/2004, rta. el 3/ 5/2004) (voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia).

En oportunidad de alegar, el acusador no sólo debe imputar una relación clara y precisa de los hechos, su correspondiente calificación legal, sino también un concreto monto de pena a imponer.

De este modo, resulta innegable el interés directo de la defensa para que exista una correlación entre la pena solicitada por el fiscal y la finalmente aplicada por el juez. No debe olvidarse que ese conflicto o pugna de posiciones propios del contradictorio requiere como escenario que garantice su legítimo desenvolvimiento, la presencia de un tribunal de carácter imparcial; y esa neutralidad

del juez exige que se atenga a resolver la cuestión en los precisos términos que le ha sido planteada ante sus estrados la controversia “acusación-defensa” (voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia).

Considerar a la determinación de la pena como una decisión sujeta exclusivamente a la discrecionalidad de los jueces, pudiendo su límite final quedar librado únicamente al criterio del tribunal, no sólo atenta contra la imparcialidad que debe imperar en todo tribunal judicial al momento de resolver el caso que ha sido sometido a su jurisdicción, sino que también implica introducir al momento de dictarse la sentencia de mérito una modificación sorpresiva en un aspecto sumamente relevante que integra la totalidad de la acusación, y ello una vez que ha finalizado la oportunidad para que la defensa pueda rebatir y argumentar al respecto. Además, debe recordarse que en nuestro sistema procesal vigente no se ha previsto el juicio de censura destinado a generar un debate particularizado sobre el monto y modalidad de pena que corresponde imponer al imputado sobre quien ya haya recaído veredicto condenatorio (voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia).

En el mismo sentido se sostuvo la imposibilidad de imponer pena mayor a la solicitada por la Fiscalía o querellante: La imposición de un monto de pena mayor al solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal o por el querellante, resulta contrario al modelo del debido proceso (voto de la Dra. Capolupo de Durañona y Vedia en mayoría).

Adoptar la solución de exceder la pena solicitada por el Ministerio Público, traería como resultado poner en crisis la garantía del debido proceso legal, por violarse la imparcialidad del Tribunal. En otros términos, la imparcialidad del juzgador y la inviolabilidad de la defensa exigen adoptar como límite máximo la petición del Ministerio Público. Cualquier sanción penal de mayor entidad implicaría una violación al derecho de defensa.

V. Es válida la sentencia condenatoria posterior al alegato fiscal absolutorio? El Criterio tradicional o anterior se pronunció por su validez

5.1.- Alegato absolutorio y sentencia condenatoria: El requerimiento de absolución por parte del fiscal no desapodera al tribunal del ejercicio de la jurisdicción, pues el pedido desinriminatorio por parte del acusador no se encuentra necesariamente previsto como causal que determine el cese de la acción penal.

El requerimiento de absolución del representante del Ministerio Público no afecta el debido proceso legal en tanto la acusación como tal se llevó a cabo en una etapa anterior y en la medida en que, en esa ocasión, se haya dado cumplimiento a todos los recaudos necesarios para tenerla por válida, de manera que la defensa haya podido tomar conocimiento de los cargos que permiten el pleno ejercicio de sus derechos.

No se advierte violación alguna a la garantía constitucional de la defensa en juicio y del debido proceso por el solo hecho de llegar a una sentencia condenatoria cuando el fiscal de juicio ha requerido la absolución del imputado.

No resulta lógico pensar que, con su sola decisión, el fiscal pueda, sin contralor alguno, decidir la suerte del proceso luego de haber formulado una verdadera acusación con el pedido de remisión a juicio, postulando un verdadero reproche penal y convertirse, de esta manera, en juez y parte.

La acusación, en los juicios orales, se produce al formularse el requerimiento de la elevación de la causa a juicio (art. 347 del Código Procesal Penal de la Nación), y es esa requisitoria la que permite el conocimiento de los cargos que determinan el pleno ejercicio de la defensa (voto del Dr. Eduardo Moliné O'Connor).

El tribunal puede condenar aunque el fiscal pida la absolución (voto del Dr. Eduardo Moliné O'Connor).

Los alegatos no revisten el carácter de acusación pues no modifican el objeto procesal, allí simplemente las partes exponen sus conclusiones sobre las pruebas incorporadas en el debate, actividad que se diferencia claramente de la de acusar (voto del Dr. Fayt).

Admitir que la mera abstención del fiscal, en el acto postrero del debate -existiendo ya una acusación válida- importa un límite absoluto a la facultad jurisdiccional para dictar la condena, implica desconocer el alcance que el principio de la oficialidad posee en nuestro sistema de enjuiciamiento penal pues, si el pedido absolutorio fuera inexorable para el tribunal, ello implicaría la arrogación del ámbito de la decisión jurisdiccional que la Constitución asigna a un poder distinto e independiente (voto Dr. Carlos S. Fayt).

No puede exigirse que el juez quede atado ineludiblemente a una evaluación de los hechos y a una interpretación del derecho realizados por el fiscal, sobre la base de motivaciones de las que no participa, apartándose así de su convicción acerca de la verdad real. Si se pretende ser consecuente con el principio acusatorio formal, como garantizador de la imparcialidad del tribunal de juicio, no se puede al mismo tiempo postular que sus decisiones queden ligadas a las de otro órgano del Estado (voto del Dr. Carlos S. Fayt).

El tribunal no puede condenar cuando el fiscal solicita la absolución (disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Gustavo A Bossert).

5.2.- Modificación del Criterio Tradicional. El tribunal no puede condenar si el fiscal solicita la absolución del imputado:

En materia criminal la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales. El tribunal no puede condenar si el fiscal solicita la absolución del imputado.

Imposibilidad de dictar sentencia condenatoria ante la falta de acusación de la parte querellante y pedido absolutorio del fiscal:

No se puede dictar sentencia condenatoria en una causa en la que el fiscal solicitó la absolución y la querrela no respondió la vista previa a la elevación de la causa a juicio prevista en el art. 346 (voto del Dr. Hornos).

VI. Validez en caso de condena por un delito más leve y respeto al principio de congruencia

Se puede condenar al imputado, sin violar la regla de la correlación entre acusación y sentencia, por un delito más leve del que fue objeto de acusación, siempre que en ésta se encuentre aquél comprendido, por lo que de tal modo no existe violación al derecho de defensa. El juez puede pasar de la imputación de un delito más grave o complejo, a considerar existente uno solo de los delitos comprendidos en la estructura de ellos.

VII. Cambio de calificación vinculado a que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso. Análisis del voto de la minoría

En este caso se verificó el cambio de calificación de tipo de omisión por uno de comisión y la condena por abandono de personas calificado y casación que encuadra en lesiones graves calificadas. El fallo establece que cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva.

Voto de la mayoría: El recurso extraordinario carece de la fundamentación autónoma que exige el artículo 15 de la ley 48, en tanto no se demuestra, en las circunstancias concretas del sub lite, la vulneración constitucional invocada. Ello es así, pues el apelante alega la afectación al principio de congruencia sólo con base en el cambio de calificación legal dispuesto por el a quo y en el análisis que ese tribunal realizó acerca de ambas figuras penales, mas omite referirse a los hechos que constituyeron la materia del juicio, e indicar en qué consistió la variación que -en su opinión- habrían sufrido, a pesar de que esta última circunstancia es la que importa y decide la cuestión (conf. Fallos: 242:227 y 456, 310:2094) (dictamen del Procurador al que adhiere la mayoría).

Por otra parte, si bien en ciertos casos la modificación de la calificación legal podría importar un agravio constitucional, en la medida en que dicho cambio provoque el desbaratamiento de la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole formular sus descargos (Fallos: 319:2959, voto de los doctores Petracchi y Bossert) la omisión en que incurrió el apelante al dejar de exponer cuáles son las defensas que aquel proceder le habría impedido articular, y en qué medida habrían influido en la solución adoptada, impide considerar que éste pueda ser uno de esos casos, y reafirma la inadmisibilidad de su planteo (Fallos: 317:874) (dictamen del Procurador al que adhiere la mayoría).

Voto de la minoría: Cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva (Fallos: 329:4634). Sin embargo, esta correlación no ha sido respetada en el caso, toda vez que la modificación de la subsunción típica efectuada por el a quo, al sustituir el tipo de abandono de persona (que es un tipo impropio de omisión) por el de lesiones graves (que un tipo doloso activo), implicó una alteración de la imputación fáctica (voto de los Dres. Zaffaroni, Maqueda y Lorenzetti).

Que esta modificación en la calificación legal no podía hacerse sin alterar la imputación fáctica, pues resulta groseramente contrario al sentido común afirmar que es exactamente lo mismo abandonar (a consecuencia de lo cual resultare un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima) que causar lesiones, cuando es evidente que se trata de supuestos de hecho distintos y que, por otra parte, no existe cláusula legal alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca que no evitar un resultado típico equivalga a causarlo (voto de los Dres. Zaffaroni, Maqueda y Lorenzetti).

VIII. Según un voto en disidencia, se afecta el principio de congruencia si la acusación sostuvo que era partícipe y el alegato final que es co autor: Voto en disidencia

El principio de congruencia requiere la existencia de correlación entre acusación, defensa, prueba y sentencia. El imputado no podría defenderse eficazmente si el requerimiento de citación a juicio describe los hechos de una forma oscura, contradictoria, vaga o equívoca. Pero aún cuando los describa de una manera clara y precisa, tampoco se podrá condenar al imputado por un hecho distinto del contenido en el requerimiento. Esto sucede en tanto en sus alegatos, el Fiscal y los querellantes particulares, dijeron que el imputado era coautor y la acusación originaria, en ningún lugar ni momento, le reprocha al imputado haber sido coautor del homicidio que se juzga. (Voto en disidencia - Dr. Yanzón).

IX. Relación del principio de congruencia con el Concurso Ideal y Real. No se afecta el principio de congruencia por cambio calificativo de concurso ideal por real si no se modifica la plataforma fáctica

El principio de congruencia procesal sólo exige el respeto a la identidad fáctica de los actos imputativos del proceso. Así, no se viola tal principio si el Fiscal considera que se trata de un concurso ideal y el Tribunal resuelve que, de acuerdo a la modalidad en que se han sucedido los hechos, se trata de un concurso real, pues ello en modo alguno importa la modificación de la plataforma fáctica de la imputación.

X. El principio de congruencia abarca a la pena como integrante de la acusación

En lo atinente a la inviolabilidad de la defensa, resulta indiscutible que dicha garantía constitucional exige que el procesado tenga plena información respecto a la acusación y que tenga posibilidad de ejercer el contradictorio respecto a ella. Si ello es así, es también indudable que la pena conforma parte esencial de la acusación.

XI. Supuestos donde no se requirió Pena de inhabilitación y se impuso de oficio en accidente de tránsito por lesiones culposas leves en concurso ideal con lesiones dolosas graves

La pena de inhabilitación contemplada en el artículo 20 bis del Código Penal, es una pena genérica, que por ser tal complementa a las expresamente legisladas en el Código, y su imposición no resulta obligatoria; siendo así la pena no puede imponerse oficiosamente, como en la especie. El requerimiento de la pena debe ingresar con la acusación. La aplicación de oficio de la pena de inhabilitación especial, sin que la misma hubiera sido solicitada por el Ministerio Público Fiscal, constituye una violación del sistema acusatorio, toda vez que impide al imputado ejercer su derecho de defensa, no pudiendo resistir la pena, ni defenderse de la inhabilitación impuesta genérica y conjuntamente.

XII. Caso de Imposición de multa no solicitada. Improcedencia

No se puede aplicar la pena de multa si el fiscal no solicitó dicha sanción pecuniaria complementaria que reviste carácter facultativo. Lo contrario importaría una clara violación del derecho de defensa en juicio.

12.1.- La congruencia en el proceso penal con acción civil y respeto al derecho de defensa. Modificación del reclamo resarcitorio, mediante la inclusión de nuevos rubros indemnizatorios, improcedencia:

El derecho a la defensa en juicio sufre un claro cercenamiento cuando, al concretarse la demanda en la discusión final que tiene lugar en la audiencia de debate (CPP, 414 y 402), se reclama la indemnización de un daño que, en la instancia de constitución en actor civil, no había sido incluido por el damnificado al pedir su constitución en parte del proceso. Es que la congruencia entre la instancia y la demanda, se encuentra orientada fundamentalmente a la protección del derecho de defensa, de modo tal que el deman-

dado no se vea sorprendido en su derecho y pueda producir prueba a fin de controvertir, en su caso, el reclamo del actor.

La modificación del reclamo resarcitorio, mediante la inclusión de nuevos rubros indemnizatorios -sin siquiera aludirlos genéricamente en la instancia-, perjudica la posibilidad del sujeto pasivo contra el cual se dirige la pretensión civil de desarrollar plenamente su esfuerzo enderezado a resistir la pretensión de reintegro patrimonial

Al especificar la actora en la instancia de constitución los conceptos de daño bajo los cuales pretende introducir su pretensión, anuncia la litis y limita, de esa forma, los alcances de su posterior demanda a lo anunciado en aquel acto procesal.

12.2.- En otro caso se resolvió que la falta de inclusión de intereses en la instancia de la acción civil no afecta el principio de la reparación integral ni el dispositivo propio del ámbito civil.

Si bien la instancia de constitución es tan sólo la solicitud del titular del derecho al resarcimiento de intervenir en el proceso a los efectos de demandarlo oportunamente, la misma integra, junto con la demanda concretada en el debate, complementándose, el ejercicio de la pretensión resarcitoria en sede penal de quien se pretende damnificado por el hecho objeto del proceso.

La congruencia entre la instancia de constitución en parte civil y la demanda es un requisito que atañe a los hechos invocados y no al encuadre legal propiciado por el actor. Así entonces, el cotejo del contenido de ambos actos procesales debe prescindir de la rotulación del perjuicio bajo uno u otro rubro y atender únicamente a su invocación, como base fáctica del resarcimiento reclamado.

Sólo nulifica la sentencia la falta de congruencia entre la instancia de constitución en parte civil y la demanda, cuando ella, en las particulares circunstancias de la causa, provoca estupor en el demandado y lo deja inerte. Y esta conclusión no tiene como únicas premisas el escrito de la instancia y la concreción de la demanda, sino que debe derivar de una apreciación dinámica del modo en que las partes han desplegado su actividad procesal. En

esta sintonía, el ofrecimiento de pruebas es, sin duda, una clara señal de la orientación dada por el actor a su pretensión.

Para el supuesto de falta de inclusión de intereses en la instancia que luego se piden en la demanda, no se ve afectado el principio de la reparación integral ni el dispositivo propio del ámbito civil.

XIII. El principio de congruencia debe aplicarse estrictamente hacia los actos anteriores a la acusación, desde la indagatoria en la instrucción formal o desde la intimación en la I.P.P. o I.F.?

La instrucción formal o Investigación Penal Preparatoria e Investigación Fiscal según los casos y legislación de aplicación, tiene por objeto (entre otros), reunir pruebas para dar base a la acusación y durante el desarrollo de la misma, desde su inicio hasta la clausura, se pueden reunir distintos elementos de convicción que habiliten modificaciones acerca de circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos investigados, lo que es totalmente lógico porque se trata de una etapa procesal de investigación provisoria, sujeta a posibles cambios, que depende de los elementos probatorios que se incorporan a medida que avanza.

Entiendo que exigir en forma rígida una correspondencia plena o estricta entre el hecho motivo de la indagatoria inicial de la Instrucción formal, adoptando un criterio interpretativo inflexible, no se ajusta a los términos y espíritu de los fines que tienen estas etapas procesales, en cambio dejo en claro que sí debe existir plena correlación entre acusación y sentencia, es decir entre el Requerimiento de Elevación a Juicio formulado por el M.P.F., con respecto a la sentencia, conforme se ha podido estudiar de la jurisprudencia precedentemente anotada.

De ninguna manera digo que debe existir ni que deban admitirse mutaciones esenciales entre la plataforma fáctica de los hechos informados en la indagatoria durante esta etapa inicial con respecto a los hechos expuestos en autos de procesamiento y prisión preventiva, y luego con respecto a la plataforma fáctica de la

acusación. Eso no es lo que se quiere indicar, sino que debe existir una interpretación según la etapa procesal en cuanto al hecho en sí de la indagatoria generalmente cumplida al inicio de la Instrucción formal o I.P.P. (intimación del Fiscal de Instrucción) con respecto a los hechos y plataforma fáctica que contenga acusación (requerimiento de elevación a juicio) y sentencia, ello por el desarrollo procesal y su avance con incorporación probatoria posterior. El primero (indagatoria en la instrucción), es frecuente que tenga o pueda tener un menor nivel de precisión que luego se va afianzando con el procesamiento y se consolida con la acusación congruente con la sentencia.

Destaco que no debe confundirse acto inicial de indagatoria o de intimación durante la Investigación Fiscal o Investigación Penal Preparatoria o instrucción formal, con el acto de la acusación, que desde el punto de vista técnico procesal y desde muchos ángulos, constituyen actos procesales muy distintos. Para citar a una persona a efectos de recibir su declaración indagatorio o para hacerle conocer la intimación al inicio del proceso, es necesaria la existencia de sospechas suficientes para entender que ha tenido participación en un hecho delictivo y que existen al menos, mínimas pruebas objetivas que den sustento a ese grado convictivo inicial.

Para acusar a una persona, el Fiscal de Instrucción, de Flagrancia, Correccional o el que sea competente, debe tener elevados o vehementes elementos de convicción suficientes para sostener que el acusado ha tenido participación en el hecho motivo de la acusación y en tal sentido, elabora un dictamen llamado requerimiento de elevación o de citación a juicio, que provoca o excita la jurisdicción del Tribunal de juicio, toda vez que no hay juicio sin acusación. Este acto puede ser objeto de oposición por parte de la defensa del acusado. Otra diferencia importante es que la acusación es el resultado de la instrucción formal o investigación fiscal, que, por lo general, se inicia con la citación a indagatoria o intimación del sospechado, posteriormente acusado. No se debe confundir acusación con indagado o intimado al inicio de la IPP. En tal sentido la intimación de los hechos en la indagatoria no es téc-

nicamente la acusación, que es el Requerimiento Fiscal de Elevación a juicio.

El criterio sentado se respalda en razones de lógica jurídica elementales: porque a medida que el proceso penal avanza hacia su finalización, el relato de los hechos intimados al inicio de la I.F. o I.P.P., va alcanzando mayor precisión en la descripción de los hechos como consecuencia de la adquisición de pruebas que posibilitan incluir más detalles objetivos o subjetivos complementarios. Así lo ha sentenciado el TSJ Sala Penal en Sentencia 78, 8/09/2003 “Villaruel, Oscar Francisco y Ots. P/ Abuso Sexual” Fallo de los Doctores Aída Tarditi, Cafuré y Rubio quienes con total acierto sostuvieron que es lógico que la intimación efectuada durante la investigación preparatoria al momento de receptar las declaraciones de los imputados, tenga un menor nivel de precisión que el relato del hecho que contiene la requisitoria de la Citación a Juicio que se realiza cuando aquella se ha cumplido, ya que la acusación se formula durante la fase que el Código denomina Clausura, que supone que la Investigación ha sido completada, y por tanto, se han recibido las pruebas que permiten dotar al hecho de mayores detalles acerca de su desarrollo. Que exigir una minuciosa, puntillosa, rígida e inflexible escritura de los hechos atribuidos en el acto inicial de indagatoria de la instrucción formal, o de la intimación de la I.P.P. y su total igualdad con los hechos de la sentencia, además de apartarse de principios de lógica jurídico-procesal, viene a acentuar el viejo proceso escrito penal que regía hasta fines de la década de 1.990 en el C.P.P.N., y que produjo tantas dilaciones y demoras afectando la garantía constitucional del plazo razonable del proceso judicial y el derecho del imputado a un pronunciamiento penal rápido. Todo ello contrario al espíritu de las nuevas reformas y tendencias en materia procesal penal de desburocratización y celeridad de la Justicia Penal.

En caso de admitirse criterios sumamente rígidos en cuanto a exigir con extenso rigor formal que la sentencia o acusación tengan una coincidencia puntillosa y más que detallada con el primer acto inicial de la investigación, implicará la necesidad de efectuarse al menos dos o más actos de indagatoria durante la Instruc-

ción formal, una al inicio y otra antes del procesamiento, porque tal cual lo dice el STJ Cba., es lógico sostener que el relato de los hechos de la indagatoria tenga un menor nivel de precisión que el relato del hecho que contiene la requisitoria de la Citación a Juicio (acusación), por la sencilla razón que la prueba durante la I.F. o I.P.P., se colecta en la medida de su avance, luego de la intimación hasta su clausura y de tales evidencias se pueden obtener otros datos de utilidad para la acusación, sin que modifiquen o muten su plataforma.

La jurisprudencia que recibe este criterio sostiene que la correspondencia entre acusación y sentencia, por una cuestión de lógica interna de la propia ley procesal, no puede ser otra que la del alegato de la acusación (querellante y/o fiscal) que se produce en la “discusión final” y la sentencia, propiamente dicha. Para ello, lo que debe ocurrir es que el imputado, y su defensa, puedan confrontar debidamente la imputación que la acusación le dirige; sin perjuicio de que la apertura del debate, y la prueba que se ofrezca y provea para ser ventilada en la audiencia, se haga sobre la descripción fáctica que contenga el requerimiento de elevación a juicio, lo que no significa que el caso debe ser definido en la etapa de instrucción en tanto se trata de una etapa que debería desaparecer como está planteada en la actualidad (voto del juez Bruzzone al que adherieron los jueces García y Días).

El principio de congruencia se refiere a la base fáctica de la imputación, y ello es lo que no puede alterarse; pero cuando la conducta se encuentra presente en la descripción genérica -con independencia de la forma en que la fiscalía o el juez instructor las califiquen- son los órganos de juicio los que pueden utilizar otro encuadre, otra tipificación, en tanto no entrañe una sorpresa que afecte el ejercicio del derecho de defensa.

En consecuencia deberán ser revisados los criterios que extienden rígidamente los parámetros del art. 413 del C.P.P. de Mza (correlación entra acusación y sentencia) y sus análogos 401 del C.P.P.N., y art. 273 del C.P.P.N., conforme ley 27.063, a otros actos de la investigación penal preparatoria o instrucción formal que no están comprendidos por estas disposiciones, según los criterios jurisprudenciales que se han expuesto.

XIV. Tendencias actuales

El C.P.P.N., según ley 27.063 establece en su art. 273 lo siguiente: Correlación entre acusación y sentencia. La sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos o circunstancias que los descriptos en la acusación y en su caso, en la ampliación de la acusación. Tampoco podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, salvo que sea en beneficio del imputado siempre que haya sido objeto de debate.

Los jueces sólo podrán resolver lo que haya sido materia de debate. No podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores y deberán absolver en el caso en que ambos así lo requieran.

Al comentar este artículo, el Dr. Villada sostiene que debe existir identidad fáctica o principio de congruencia, sin embargo reconoce que el Tribunal tiene plena facultad para modificar el encuadre jurídico penal del hecho recogido en la acusación o requerimiento fiscal, excepto que aparezca pluralidad de hechos bajo la forma de delito continuado (art. 54 del C.P.), o circunstancias agravantes no contenidas en la acusación que imponen proceder mediante la ampliación de la acusación de tal manera que se garantice el ejercicio de la defensa.

Así entonces, la primera parte del art. deja en claro que la sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos o circunstancias que los descriptos en la acusación y, en su caso, en la ampliación de la acusación, es decir consagra y reitera el principio de congruencia precedentemente analizado, haciendo extensivo el requisito de correlación entre acusación y ampliación de acusación respecto de la sentencia.

El segundo párrafo del artículo dispone que la sentencia tampoco podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, salvo que sea en beneficio del imputado siempre que haya sido objeto de debate, es decir viene a dejar en claro en el CPPN el tema tan debatido desde hace años y que dio lugar a múltiples pronunciamientos. La sentencia condenatoria no podrá variar la calificación legal expuesta en la acusación o en su ampliación conforme la re-

dacción del nuevo CPPN aún pendiente de entrar en vigencia. Esta pauta admite el cambio de calificación cuando fuere más favorable para el acusado.

La última parte del artículo dice que los jueces sólo podrán resolver lo que haya sido materia de debate, lo que viene a reafirmar la operatividad del principio al demarcar los límites del poder jurisdiccional respecto de los hechos analizados y discutidos en el debate oral. Es decir, los jueces en la sentencia no podrán resolver acerca de hechos que no han sido objeto de la acusación inicial (requerimiento de elevación a juicio) y de la acusación contenida en los alegatos fiscales o etapa de discusión final del juicio.

Luego la norma establece que los jueces no podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores y deberán absolver en el caso en que ambos así lo requieran, lo que implica dar una definición acerca de las temáticas discutidas en la jurisprudencia reseñada, mediante el dictado de esta ley que, si bien aun no tiene plena vigencia en el orden nacional, permite vislumbrar una clara tendencia hacia la solución de las distintas interpretaciones conferidas al principio de congruencia en el proceso penal.

Que a modo de comentario, conforme a las reformas procesales penales más recientes de nuestro país, en la Provincia de La Pampa, el CPP dispone: art. 353: SENTENCIA Y ACUSACIÓN. En la sentencia, el Tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquélla indicada en la acusación o en el auto de apertura o de la acusación en el alegato final, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad. Sin embargo, el acusado no puede ser condenado por un precepto penal distinto del contenido en las piezas procesales aludidas, si previamente no fue advertido por el Tribunal sobre la modificación posible de la calificación jurídica atento lo previsto en el artículo 334.

Si resultare del debate que el hecho es distinto que el enunciado en tales actos, el Tribunal dispondrá la remisión del proceso al Fiscal competente. (CODIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA LEY 2287 SANTA ROSA, 7 de Septiembre de 2006. Boletín Oficial, 13 de Octubre de 2006. Vigente, de alcance general Id SAIJ: LPL0002287).

El C.P.P. de la Provincia de Chubut resulta ser muy claro y explicativo acerca de la forma de resolver la problemática, al disponer lo siguiente:

Artículo 332 -Sentencia y acusación- La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho imputado con sus circunstancias y elementos descriptos en la acusación y en el auto de apertura o, en su caso, en la ampliación de la acusación.

En la condena, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella indicada en la acusación o en el auto de apertura o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia; pero el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal más grave que el invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura, si previamente no fue advertido de la modificación posible del significado jurídico de la imputación, conforme al artículo 322, IV párrafo. Esta regla comprende también a los preceptos que se refieren sólo a la pena y a las medidas de seguridad y corrección y se aplica, asimismo, a los casos en los cuales la variación de la calificación jurídica implique, aun por aplicación de un precepto penal más leve, la imposibilidad de haber resistido esa imputación en el debate.

Cuando el fiscal y el querellante, en su caso, retiren la acusación, el tribunal, como principio, deberá absolver. Sin embargo, cuando el tribunal estuviere compuesto con un número mayor y suficiente de jueces y vocales legos y estuviere presente otro fiscal, a solicitud de los intervinientes conforme con lo dispuesto en el artículo 317, II párrafo, siempre que coincidieren todos los miembros, podrá declarar que la intervención del fiscal no alcanza a cumplir la finalidad prevista en la ley de conformidad con lo acaecido en el debate; en tal caso, declarará la nulidad de esa intervención y se apartará del conocimiento de la causa debiendo efectuarse los reemplazos previstos en el artículo 317.

Si el fiscal retirara la acusación nuevamente, el tribunal deberá absolver, sin perjuicio de que se pasen los antecedentes, de oficio o a pedido de algún interviniente, con un circunstanciado informe de todos los jueces y vocales legos, al Consejo de la Magistratura

si se entendiese que concurre causal de mal desempeño, y al fiscal competente, en el supuesto de incumplimiento de los deberes de funcionario público o la presunción de la comisión de otro delito.

En todos los casos, el veredicto de inocencia pronunciado por los jurados es definitivamente vinculante”.

Como podrá observar el lector, cada ordenamiento legal contiene su propia normativa, sin embargo considero que este último art. del CPP de Chubut contiene pautas orientativas para buscar una solución justa en el caso concreto.

La reforma del art. 119 por la Ley N° 27.352

Cambio de paradigma

DR. RUBÉN E. FIGARI

I. Introducción

En virtud del Decreto 340/2017, publicado el 17/05/17 en el Boletín oficial, el Poder Ejecutivo Nacional promulgó la Ley 27.352 que modifica el artículo 119 del Código Penal de la Nación, con el objetivo de precisar las acciones que comprende el delito de abuso sexual.

Concretamente la parte más trascendente –pues el resto del articulado permanece intacto– dice: “Art. 119: “Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías...”.

En primer término lo que se observa en el párrafo inicial es que se ha suprimido la frase “persona de uno u otro sexo” reemplazándosela por la palabra “persona”. Si bien la redacción anterior dejaba perfectamente aclarado que el sujeto pasivo de este tipo de delitos podía ser tanto varón como mujer, estimo que la nueva formulación no altera en su esencia lo dicho, pues al hablar simplemente de “persona” se sobreentiende que genéricamente abarca tanto el género femenino como el masculino.

La modificación sustancial estriba en el saneamiento de una discusión doctrinaria y jurisprudencial, en cuanto a que la frase “por cualquier vía” se prestaba a dos interpretaciones –una amplia y otra restrictiva– al entenderse que ciertos actos abusivos eran

considerados dentro del párrafo segundo del art. 119 –abuso sexual gravemente ultrajante– conformando la interpretación restrictiva; en tanto que otros entendíamos que la “vía bucal” se consideraba que un abuso sexual con acceso carnal, violación, conformando la interpretación amplia.

La norma modificada aclara que el abuso sexual con acceso carnal –violación– conserva la misma penalidad, la misma frase varias veces debatida “acceso carnal”, pero aclara enfáticamente que el mismo puede ser “por vía anal, vaginal o bucal” y se agrega otros conceptos tales como: “o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías” que no son novedosos pues ya figuraban en el Código Penal español (art. 179) y también en la disidencia que había realizado la Dra. María Elena Barbagelata en el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de 2014.

II. Significado del concepto “acceso carnal”

Quizás el legislador ha perdido una oportunidad más para suprimir de la norma el tan controvertido concepto “acceso carnal” que tanto debate ha suscitado en la doctrina, para sustituirlo por el término “penetración”.

En efecto, el término “acceso carnal” no tiene mayor predicamento en los antecedentes legislativos nacionales. Por ejemplo, el Código Tejedor en el libro II, sección I, Título III, “De los crímenes y delitos cometidos contra la honestidad” Capítulo II, arts. 252/253 “De la violación” habla de “aproximación sexual”¹. El Proyecto Villegas-Ugarriza-García de 1881 en el Título VI “De los delitos contra el orden de la familia y de la moral pública” en el Capítulo II trataba la “violación, estupro, corrupción de menores, raptó, ultrajes públicos a las buenas costumbres” (arts. 269/270) se refería en la violación al igual con el Código Tejedor a la “aproximación sexual”². Lo mismo acontece con el Código de 1886 en el Título

¹ ZAFFARONI Eugenio-ARNEDO Miguel “Digesto de codificación penal argentina”, t. I, Ed. AZ Editora, Madrid, 1996, p. 373.

III “Delitos contra la honestidad”, Capítulo II “De la violación” (art. 127)³. En tanto que, el Proyecto Piñero -Rivarola- Matienzo de 1891 en el Título II, “Delitos contra la honestidad”, Capítulo I “Violación, estupro y ultraje al pudor” (art. 146) se sustituye la “aproximación sexual” por la palabra “concúbito” y el sujeto pasivo pasa a ser de “mujer” a “persona de uno u otro sexo”⁴. En el Proyecto de Segovia de 1895 en el Título II, “Delitos contra la honestidad y las buenas costumbres” en el Capítulo II, “Violación, estupro y ultraje al pudor” (art. 162) reproduce el texto del Proyecto de 1891. El Código 1903 –ley 4189– en el Título III, “Delitos contra la honestidad”, Capítulo II, “De la violación en el art. 19 reemplazaba los arts. 127 al 138 del Código de 1886 y también hablaba del “concúbito”. Recién inopinadamente en el Proyecto de 1906 aparece la fórmula “tener acceso carnal” introducida en el art. 121, luego pasa al Proyecto de 1917 (art. 119) para plasmarse en el “Código de 1921”⁵. Posteriormente se reitera en los Proyectos de 1937, Proyecto Peco de 1941, Proyecto de 1951, Proyecto de 1953, Proyecto de 1960, leyes de facto 17.567, 21.338 y Proyecto de 1979.

La ley 25.087 (B.O. 14/5/99) solamente cambia la expresión “tuviera acceso carnal” por la de “hubiere acceso carnal” lo que trae aparejado algunas interpretaciones disimiles en la doctrina y jurisprudencia.

² Idem (ob. cit. t. II, p. 137).

³ Idem (ob. cit. t. II, p. 215).

⁴ Idem (ob. cit. t. III, p. 589).

⁵ En tono conciliatorio MORENO (h) señala que: “Para calificar la acción que debe ejercitarse se usan términos distintos: Tejedor habla de aproximación sexual; Villegas, Ugarriza y García de aproximación sexual y el Código de 1886 usa la misma expresión, el Proyecto de 1891 se refiere a concúbito, en el 1906 emplea los términos de acceso carnal; y el código vigente reproduce estos últimos. Pero todos ellos expresan un mismo y único concepto, entendiéndose que el delito se ejecuta por la unión sexual completa en las condiciones determinadas por la ley” (Cfme. MORENO (h) Rodolfo “El Código Penal y sus antecedentes” t. IV, Ed. H.A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, ps. 237/238).

Recién en el Anteproyecto de reforma del M.J.D.H.N. de 2004 se cambia la frase en cuestión por la palabra “penetrare” y se aumenta la pena cuando la acción se realizare por la boca⁶.

En el Anteproyecto de reforma integral del Código Penal de 2014 (art. 126.1) se utiliza la palabra “practicare coito”. Con respecto a la redacción de este artículo uno de los miembros de la Comisión redactora –la Dra. María Elena Barbagelata– hace una disidencia proponiendo el texto siguiente: “1. Se impondrá prisión de seis a quince años a quien penetrare a otra persona, u obligare a la víctima a penetrar por vía vaginal, anal o bucal con miembros corporales o con objetos en el caso de las dos primeras vías, en cualquiera de los siguientes supuestos... “y en sus fundamentos manifiesta: “ Son tres los cambios significativos en relación al texto aprobado por mayoría: 1. La sustitución, en el inciso 1), de la expresión “practicare coito” por “penetrar”, utilizando una expresión adoptada por el Anteproyecto 2006. 2. La inclusión de la conducta de “obligar a la víctima a penetrar”, que de lo contrario quedaría configurada como un abuso sexual con pena sensiblemente menor. 3. La inclusión, en el mismo inciso, de la conducta de in-

⁶ En la Exposición de Motivos se aclara: “... La violación, el más grave de los delitos de esa índole, fue redefinido con el fin de evitar algunos circunloquios o metáforas en la legislación vigente que conspiran contra la necesaria precisión que se requiere al imponer un castigo de tanta severidad. Se sustituyó, por ese motivo, la referencia al “acceso carnal” expresión ésta que no termina de aclarar si comprende o no ciertas formas de comisión del delito como por ejemplo, la penetración efectuada con algún objeto distinto del pene, hipótesis ésta particularmente ultrajante y que en el texto proyectado se encuentra expresamente contemplada. En virtud de fundadas observaciones, la Comisión ha decidido efectuar modificaciones en parte terminológicas, remplazando la expresión relación sexual por la acción de penetrar. Se suprimieron así mismo algunas menciones imprecisas como la del “sometimiento gravemente ultrajante” cuyo contenido y alcance interpretativo ha planteado varias dificultades. De todos modos los hechos que pudieran tener esa connotación se encuentran castigados en el texto proyectado a través de la referencia a las acciones de contenido sexual violento o intimidatorias...”

roducción de objetos que no merece a nuestro juicio la pena menor de dos a diez años de prisión prevista para el abuso sexual del art. 127 del Anteproyecto, sino la de seis a quince años de prisión. La introducción de objetos constituye una hipótesis de violación de entidad similar a la producida a través del órgano sexual o partes corporales como dedos etc. por las secuelas psicológicas tan o más graves que puede dejar en la víctima. En relación a ello, es importante destacar que la introducción de objetos es tipificada como violación en el art. 179 del Código Penal de España; en el art. 164 inciso b) del Código Penal de Portugal; en el art. 308 del Código Penal de Bolivia, y en el Anteproyecto de Reforma del Código penal de la República Oriental del Uruguay –art. 50–, entre otros. Por otra parte, la introducción de objetos por vía vaginal o anal configura violación en los términos de los Artículos 7 1) g); 8 2) b) xxii; y 8 2) e) vi del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, conforme los Elementos de los Crímenes aprobados en el primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Parte (3 al 10 de septiembre de 2002)⁷. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, por su parte, ha establecido que “las variaciones en el acto de violación pueden incluir actos que incluyen la inserción de objetos y/o el uso de orificios del cuerpo que no se consideran intrínsecamente sexuales”⁸. La Corte Interamericana

⁷ Así, los Elementos de los Crímenes establecen como violación, tanto para su consideración como delito de lesa humanidad (art. 7 del Estatuto) como de guerra (art. 8 del Estatuto): 1. Que el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado la penetración, por insignificante que fuera, de cualquier parte del cuerpo de la víctima o del autor con un órgano sexual o del orificio anal o vaginal de la víctima con un objeto u otra parte del cuerpo. 2. Que la invasión haya tenido lugar por la fuerza, o mediante la amenaza de la fuerza o mediante coacción, como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso de poder, contra esa u otra persona o aprovechando un entorno de coacción, o se haya realizado contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento.

⁸ Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Caso N° ICTR-96-4T, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, sentencia del 2 de septiembre de 1998, párr. 686.

de Derechos Humanos, en “Penal Castro Castro vs. Perú” ha determinado que “la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales sin consentimiento de la víctima. Además, en la perpetración de este delito se pueden usar otras partes del cuerpo del agresor u objetos e inclusive la penetración bucal del miembro viril”⁹. Por todo ello se propone incluir dentro del tipo penal de violación la introducción de objetos por vía anal o vaginal, y además su supresión del art. 127 inciso 2, b). Se propone, además, la supresión en el inciso 1º, apartado b) del artículo 126, de la referencia a la imposibilidad de “resistir” por parte de la víctima, a fin de despejar cualquier posibilidad de exigencia de resistencia de parte de la misma para que se configure el delito, bastando para ello la falta de consentimiento o la imposibilidad de comprensión de la acción, sin más”.

En mi colaboración aportada al mencionado Anteproyecto también sugerí el término “penetrar” con el aditamento “con el pene”, en el entendimiento que ese era significado que la doctrina y jurisprudencia le habían dado al verbo “acceder”¹⁰. Por otra parte se debía tener en cuenta el art. 18 sobre los fundamentos para la determinación de la pena: “...4. En todos los casos serán circunstancias de máxima gravedad: ...b) La inusitada crueldad del medio utilizado o del modo de comisión, o la vulnerabilidad de la víctima, en hechos contra la vida, la integridad física, la libertad o la integridad y libertad sexual...” con lo cual podía incurrirse en el “abuso sexual gravemente ultrajante”, figura que no estaba contemplada.

⁹ Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C N°. 160, párr. 310.

¹⁰ FIGARI Rubén “Tratamiento de los delitos sexuales en el Anteproyecto del Código Penal de la Nación” en ZAFFARONI Eugenio - CARLES Roberto (Directores), BAILONE Matías (Coordinador) “Anteproyecto del Código Penal de la Nación. Aporte para un debate necesario” Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 900.

Villada también apoyaba la fórmula propuesta por Barbagelata en estos términos: “El delito –conforme al anteproyecto–, consiste en “practicar coito” con persona de uno u otro sexo, por vía vaginal, anal u oral. Desde ya es plausible que sea explícito en cuanto a las cavidades receptantes pero poco claro respecto al sujeto activo. Es que “practicar el coito”, es un acto bilateral y sigue dando lugar a que se incluya la violación inversa. Con lo dicho, la fórmula propuesta por Barbagelata nos parece mejor (“penetración por vía anal, vaginal u oral”)¹¹.

Hecha esta disquisición lo cierto y concreto es que la reforma ha reiterado el término “hubiere acceso carnal” impuesto por la ley 25.087 y sobre este particular se dijo –hasta la reciente reforma– que el núcleo típico de la figura lo constituye la introducción del órgano sexual masculino en orificio o conducto natural o naturalizado de otra persona por vía normal o anormal, de modo de hacer posible el coito o acto equivalente sin que sea necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, es decir que se produzca la eyacuación (inmissio seminis) ni que la penetración sea completa (inmissio penis)¹². De esta forma la ley requería sólo la penetración cualquiera sea su intensidad aunque solamente sea superficial, bastando para ello el llamado “coito vestibular o bulbar” y con ello se deducía que no era menester la desfloración y se descartaban los actos de acercamiento o tocamiento sexuales que no importaban una penetración física del órgano genital masculino, tales como los actos de molicie, los torpes desahogos o el coito interfémora¹³.

¹¹ VILLADA Jorge “Reflexiones en torno al Anteproyecto de Reforma al Código Penal en materia de delitos sexuales” en *Idem. ob. cit.* p. 822.

¹² FIGARI Rubén “Casuística Penal. Doctrina y jurisprudencia” Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 363; FONTAN BALESTRA Carlos “Tratado de Derecho Penal” t. V, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 67; NUÑEZ Ricardo “Tratado de Derecho Penal” t. III, vol. II, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1988, p. 248; URE Ernesto “Los delitos de violación y estupro” Ed. Ideas, Buenos Aires, 1952, p. 15; REYNALDI Víctor, “Los delitos sexuales en el Código Penal argentino. Ley 25.087” 2ª edición actualizada, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2005, p. 95.

En cuanto a lo referente a la conjunción copulativa existen dos concepciones que se han dado a través de tiempo y que en cierta forma han determinado el alcance del concepto: a) La biológica que atiende a la problemática desde un ángulo eminentemente fisiológico que impone el acoplamiento por vía naturales del cuerpo de la víctima sean normales o anormales. De esta manera a la primera la ubica únicamente en el conducto vaginal, es decir, que accede el hombre y es accedida la mujer, o sea, es el denominado coito normal. Pero ante la posibilidad de reacciones eróticas similares, ya sea por dotación glandular o sensibilidades de zonas erógenas se admite también la vía rectal femenina o masculina. Este criterio imponía una visión concreta y aproximada del órgano apropiado para el coito propiamente dicho; b) La otra concepción es la jurídica, que es donde los límites del acceso carnal se amplían en forma considerable admitiendo toda actividad directa de la libido, natural o no en que exista una intervención de los genitales del actor que pueda representar el coito, o una forma degenerada o equivalente de éste ¹⁴. La adopción de cualquiera de estas dos hi-

¹³ SOLER Sebastián “Derecho Penal argentino”, t. III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1970, p. 282; TENCA Adrian “Delitos sexuales”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 77; MORAS MON Jorge “Los delitos de violación y corrupción” Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971, p. 20; LAJE ANAYA Justo-GAVIER Enrique, “Notas al Código Penal argentino”, t. II, Ed. Lerner, Córdoba, 1995, p. 136; DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio “Delitos contra la integridad sexual”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 83; DE LUCA Javier-LOPEZ CASARIEGO Julio-RIQUET Marcelo-FELLINI Zulita en BAIGUN David - ZAFFARONI Eugenio (Dirección) TERRAGNI Marco (Coordinación) “Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Parte especial”, t. IV, 2ª edición. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 599; ESTRELLA Oscar “De los delitos sexuales”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2005, ps. 98/99; CREUS Carlos-BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal. Parte especial”, t. I, 7ª edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 211; FIGARI Rubén “Delitos de índole sexual. Doctrina Nacional Actual” 2º edición actualizada y ampliada, Ed. S&S editores, Río Cuarto, Córdoba, 2011, p. 135.

pótesis llevaría a determinar la ubicación legal de la fellatio in ore –cuestión dirimida por la reforma–.

Buompadre con esta anterior referencia esbozaba sus reparos tanto para el criterio biológico como el jurídico ya que, según su apreciación, el primero resultaba demasiado estricto frente al texto de la ley, pues al hacerse referencia a la “persona de uno u otro sexo” se está admitiendo de manera expresa la posibilidad del acceso carnal por vía anal de lo que se concluye que el sujeto pasivo del delito también puede ser un varón –en efecto lo es, pues tanto ahora como antes se hablaba de que el sujeto pasivo podía ser persona de uno u otro sexo–. En cuanto al segundo criterio lo motejaba de excesivo debido a que su aceptación sin reservas llevaría a punir como abuso sexual agravado conductas que no pueden encuadrarse en este título, de forma que implicaría una efectiva lesión al principio de legalidad (art. 18 C.N.) que prohíbe precisamente, la aplicación analógica in malam partem de la ley penal. De modo que al descartar el criterio biológico por insuficiente, consideraba que el criterio jurídico tampoco propone un concepto preciso de acceso carnal, de que podía inferirse que también quedan abarcados en la forma el coito oral otras prácticas sexuales equivalentes, cuestión con la que no estaba de acuerdo¹⁵.

Soler define el acceso carnal como la penetración del órgano sexual en el cuerpo de la víctima, siendo indistinto que la misma se haga por vía normal o anormal. “Es una enérgica expresión –refiriéndose al acceso carnal– que significa la penetración sexual. Se produce, pues, cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal. Esta inteligencia se deduce, además,

¹⁴ BUOMPADRE Jorge “Derecho Penal. Parte especial”, t. II, 2ª edición actualizada, Ed. Mave, Corrientes, 2009, ps. 391/393.

15] Idem (ob. cit. p. 393); DONNA Edgardo “Delitos contra la integridad sexual”, 2ª edición actualizada, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 2005, p. 60 quien también aduce que ninguno de los dos criterios acierta con la precisión que concuerda con el principio de legalidad. “El acceso carnal es sin duda un concepto normativo del tipo, cuyo contenido debe ser buscado en lo que culturalmente se entiende por tal, en relación al bien jurídico protegido”.

de la referencia que hace el C.P., 127, a otros abusos deshonestos sin que haya acceso carnal”¹⁶.

Para Ure la acepción “acceso carnal” se entiende como la penetración del órgano sexual masculino en orificio natural de la víctima, de modo de posibilitar la cópula o un equivalente de la misma, sea por vía normal o anormal¹⁷.

Núñez consigna que no obstante la carencia de antecedentes explicativos de la fórmula no ha impedido a la doctrina llegar a un absoluto acuerdo, por lo menos acerca de que “tener acceso carnal”, significa introducción, aunque imperfecta, el órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima. Agrega que: “La posibilidad de que el acceso sea con “persona de uno u otro sexo” (art. 119), señala en forma indudable que la ley no sólo se refiere al ayuntamiento carnal, según natura, entre un varón y una mujer, por la vía copulativa de ésta, sino también el concubito contra natura por vía rectal”¹⁸.

Donna entiende que no hay duda que el acceso carnal es la penetración del órgano masculino en la vagina de la mujer, considerando de esta manera el concepto básico de acceso carnal, dentro de una concepción cultural más conservadora, ahora, si busca un concepto más amplio que abarque una idea de lo sexual no discriminadora del “otro”, se puede extender la idea de acceso carnal a la penetración del órgano masculino vía anal. “En estos dos conceptos se engloba la idea de acceso carnal como forma análoga de cópula sexual, como el término es normativo, varía según las épocas, de allí que el legislador debe esforzarse en conceptualizarlo más. Pero está claro que se trata de un concepto de claro contenido sexual y además que tiene que ver con el acto sexual básico”¹⁹.

Finalmente, Creus-Buompadre en forma contundente sostienen que como el acceso carnal abusivo tiene como sujetos pasivos tanto la mujer como el hombre, hay que concluir que la penetración es típica tanto cuando se realiza por vía vaginal como cuando

¹⁶ SOLER Sebastián (ob. cit. t. III, p. 281).

¹⁷ URE Ernesto “Los delitos...” (ob. cit. p. 15).

¹⁸ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. III, vol. II, p. 248).

se realiza por vía anal²⁰. En igual sentido se pronuncian Fontán Balestra²¹, Peco²², Manigot²³, Pagano (h)-Rodríguez Grondone²⁴, Estrella-Godoy Lemos²⁵, etc.

La ley 25.087 sustituyó el término “tenga acceso carnal” por el de “hubiere acceso carnal” que se conserva con la reforma introducida por la ley 27.352, y ello trajo consigo algunas interpretaciones encontradas, sobre todo con referencia al papel que jugaba el sujeto activo en este tipo de delito. En efecto, anteriormente era doctrina mayoritaria que el sujeto activo del delito sólo podía serlo el hombre pues era quien mediante una actividad viril consistente en la penetración o introducción completa o incompleta, llevada a cabo con su órgano sexual el acceso en cavidad del sujeto pasivo, pues se suponía un sujeto accedente y un sujeto accedido. El término especificado en la ley al requerir que el autor “tenga acceso carnal” impide que se pueda considerar sujeto activo a la mujer o al pederasta pasivo que se hace penetral por el varón. No obstante ello, había un sector de la doctrina que entendía que era posible la violación inversa. Entre ellos se encontraba Carrara, Maggiore y la mayoría de la doctrina italiana, como así también en nuestro país lo entendían Peco, Molinario, Gomez y Fontán Balestra.

Más luego que se articulara la reforma antes mencionada, la cuestión no se advertía tan clara.

En una tesis restrictiva se consideraba que el autor material del hecho sólo podía ser el hombre porque es el único que puede

¹⁹ DONNA Edgardo “Delitos... “ (ob. cit. p. 61).

²⁰ CREUS Carlos-BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 209).

²¹ FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit., t. V, p. 63).

²² PECO José “El delito de violación” LL-5-42.

²³ MANIGOT Marcelo “El Código Penal anotado y comentado” t. I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, p. 369.

²⁴ PAGANO (h) José-RODRIGUEZ GRONDONE Carlos “Manual del Derecho Penal” Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 41.

²⁵ ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto “Código Penal. Parte especial. De los delitos en particular” t. I, 2º edición, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 419.

penetrar y el que posee el miembro viril que sirve para aquello. En el caso de la mujer la cuestión pasaba por la imposibilidad de acceder carnalmente a otra persona, esto es, la incapacidad de penetrarla, no obstante que Núñez afirma que esto sería posible en el caso de una deformación del órgano sexual de la mujer –clítoris hipertrofiado–²⁶ y en la medida que el legislador insista en usar las palabras “acceso carnal” de modo que cuando un hombre o una mujer es penetrado por objetos, el tipo se desplaza al sometimiento sexual gravemente ultrajante. Donna estima que el problema se suscita en los casos en que la mujer actúe como autor mediato, esto es, valiéndose de un inimputable o de alguien que actúe por error. En estos casos si la violación es un delito de propia mano, no podría tipificarse el art. 119, párrafo tercero del C.P. Contrariamente, si no se trata de este tipo de delito la cuestión cambiaría y podía ser autor el que ejerce violencia sobre la persona, como quien realiza el acceso carnal, por lo tanto de admitirse esta tesis, quien ejerce la violencia sobre la víctima, como el autor detrás del actuante, será considerado autor idóneo. Concluye en que estos son delitos de actividad y no de resultado, debido a que predomina el desvalor de acción frente al desvalor de resultado. Así el mismo es prevalentemente neutro frente al derecho y el desvalor se constituye porque al autor de está prohibida la acción y los terceros que no participan de este círculo sólo podrán ser cómplices del autor principal, pero no coautores o autores mediatos²⁷.

²⁶ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t. III, vol. II, p. 250).

²⁷ DONNA Edgardo “Delitos...” (ob. cit. ps. 67/68). En esta posición restrictiva se adhieren GAVIER Enrique “Delitos contra la integridad sexual” Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1999, p. 31; EDWARDS Carlos “Delitos contra la integridad sexual” Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 33 y LAJE ANAYA Justo-GAVIER Enrique (ob. cit. ps. 343/345); CREUS Carlos - BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 212) rechazan la idoneidad de la mujer como sujeto activo posible de los delitos comprendidos en el capítulo, debido a que sólo el hombre pueda acceder. FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 173/174). El hecho de haberse sustituido la palabra “tener” por “haber” pasaría a un segundo plano ya que ello no modifica en nada el núcleo central de la figura típica que es lo que realmente im-

La tesis amplia entendía que el nuevo diseño legal –ley 25.087– permitía sostener que el sujeto activo del delito podía ser tanto un hombre como una mujer sustancialmente fundamentándose seis razones: a) La propia normativa no hacía ninguna distinción en cuanto al sexo del autor, de lo que se colige que se trata de una figura de sujetos indiferenciados; b) El término acceso carnal, si bien en su sentido literal y semántico equivale a penetración, no quiere decir que sea sinónimo de penetración llevada a cabo por el sujeto activo ya que no es este ni su significado gramatical ni el legal; c) Habiéndose trazado una gradación de los comportamientos punibles en atención a su gravedad, sería un contrasentido admitir la indiferenciación de los sujetos en la figura básica y no hacerlo en la agravada y el fundamento de la reforma ha residido en ampliar el círculo de posibles sujetos activos; d) La expresión “acceso carnal” debe traducirse como equivalente de cópula, coito, acoplamiento sexual, yacimiento, etc. en la que interviene dos personas, una de las cuales debe ser necesariamente varón, de manera que se produzca la penetración del órgano genital en la cavidad vaginal o anal de la otra persona. De manera que si el acceso carnal quiere todas esas cosas, no puede dudarse que esos comportamientos pueda realizarlos tanto un hombre como una mujer que se acoplan genitualmente entre sí; e) el remplazo del verbo típico “tuviera” del anterior art. 119 por “hubiera” en el nuevo texto deriva de una interpretación que necesariamente tiene que ser diferente a la que se venía manejando con el tipo penal derogado. El verbo “tener”

porta, además ambas palabras tienen una significación similar. Haber del latín habere significa poseer una cosa, tenerla, apoderarse o no de alguna persona o cosa, conseguir tenerla en su poder. Tener del latín tenere que significa asir una cosa o mantenerla asida; poseer y gozar, sostener, mantener, poseer, sujetar o dominar una cosa con otra. Frs. Haber entre ellas alguna relación, semejanza o conexión que permita comparar; tener que ver un hombre con una mujer. Frs. Tener relación sexual. MORENO RODRIGUEZ Rogelio “Diccionario de ciencias penales” Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001; GOLDSTEIN Raúl “Diccionario de Derecho Penal y Criminología” Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993; MORAS MON Jorge (ob. cit. p. 73); SOLER Sebastián (ob. cit. p. 285).

no posee el mismo significado que el verbo “haber”. Ante la doctrina dominante había considerado el acceso carnal como la penetración del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima porque era el hombre el único que podía “tener” acceso carnal. En cambio ahora no se requiere que el autor “tenga” acceso carnal, sino que en el abuso sexual “hubiere” acceso carnal, es decir, que la modalidad exige que en el marco del contexto sexual haya habido acceso carnal; f) El bien jurídico que se protege en este delito permite desarrollar la tesis de que la libertad sexual de la persona se vea afectada cuando la conducta es llevada a cabo tanto por un hombre como por una mujer, pues de lo que se trata este comportamiento sexual debe configurar una conducta abusiva de la que se prevalece el autor, sea porque la víctima es menor de trece años, sea porque haya utilizado alguno de los medios expresamente determinado en la norma, o porque se trata de una víctima especialmente vulnerable²⁸.

²⁸ BUOMPADRE Jorge (ob. cit. ps. 397/399). En igual sentido aunque apelando a distintos argumentos REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 105/106); CLEMENTE José “Abusos sexuales” Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000, ps. 100/101; TENCA Adrián (ob. cit. p. 94); PARMA Carlos “Delitos contra la integridad sexual” Ed. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, p. 76; BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar “Código Penal y Leyes complementarias. Comentado y concordado” t. I, 6° edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007, ps. 1050/1051; FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. t. V, p. 87); AROCENA Gustavo “Delitos contra la integridad sexual”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2001, p. 59; ACHAVAL Alfredo “Las modificaciones al art. 119 del Código Penal efectuadas por la ley 25.087: Delitos contra la integridad sexual” JA, 1999 -III -1025; D’ALESSIO Andrés (Director) DIVITO Mauro (Coordinador) “Código Penal comentado y anotado” t. II, 2° edición actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009/2010, p. 172; DE LUCA Javier - LOPEZ CASAGRIEGO Julio (ob. cit. ps. 91/92) e igualmente en BAIGUN David - ZAFFARONI Eugenio (Directores) TERRAGNI Marco (Coordinador) (ob. cit. t. IV, ps. 605/606).

Con respecto al sujeto pasivo no había ningún tipo de controversia pues se aclaraba que la persona podía ser de uno u otro sexo, lo cual continúa con la nueva redacción.

III. Del acceso carnal “por cualquier vía” a lo estipulado por la Ley N° 27.352

Un párrafo aparte merecía la antigua redacción “por cualquier vía” lo que concitaba algunas interpretaciones contrarias con respecto a la *fellatio in ore*, pues de esta forma se planteaba una tesis restringida –cuestión que se mencionó *ut-supra*– en el sentido que la *fellatio* no constituía una violación y entraba en el marco del abuso sexual ultrajante y una tesis amplia que lo consideraba una violación. Entre los primeros se enrolaban varios autores²⁹. Entre los segundos –tesis amplia– se contaban otros publicistas³⁰. Cabe

²⁹ NUÑEZ Ricardo (ob. cit. t III, V. 2, p. 248); CREUS Carlos (ob. cit. ed, 1992, p. 188); LAJE ANAYA Justo - GAVIER Enrique (ob. cit. p. 349, edición 2000); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 395/396); “La “*fellatio in ore*” no es una violación” LL. 1984- 861; EDWARDS Carlos (ob. cit. ps. 29/30); DONNA Edgardo “Delitos” (ob. cit. p. 66); PANDOLFI Oscar “Delitos contra la integridad sexual (ley 25.087)”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1999, p. 45 y sgtes; TENCA Adrián (ob. cit. p. 85 y sgtes.) y “La tipificación de la *fellatio in ore*. Lineamientos para una reforma legislativa que se impone” LL Sup. Act. 17-04-0-2008, p. 2; CLEMENTE José (ob. cit. p. 96); BREGLIA ARIAS Omar - GAUNA Omar (ob. cit. ps. 1147/1149); DE LUCA Javier - LOPEZ CASARIEGO Julio (ob. cit. ps. 86/88) y en BAIGUN David - ZAFFARONI Eugenio (Directores) TERRAGNI Marco (Coordinador) (ob. cit. t IV, ps. 599/603); ABOSO Gustavo “Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia” 3ª edición, Ed. B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2016, p. 617; GONZALEZ Ramón “*Fellatio in ore* e interpretación restrictiva de la ley penal ” LL, Litoral, 2005- 580; “Otra vez sobre la *fellatio in ore* y la interpretación judicial” LL, Cuyo, 2009 -22.

³⁰ PECO José (ob. cit. p. 42); MANIGOT Marcelo (ob. cit. t. I, p. 369); PAGANO (h) José - RODRIGUEZ GRONDONE Carlos (ob. cit. p. 41); FONTAN BALESTRA Carlos (ob. cit. p. 64) y “Delitos sexuales”, Ed. De-

agregar que en favor de una u otra tesis se ha pronunciado ingente jurisprudencia que no es factible transcribir en razón de las características de este trabajo.

Con la nueva redacción propuesta por la Ley N° 27.352 es evidente que varios de los que hemos incursionado en estos temas debemos revisar nuestras posiciones expuestas oportunamente con la vieja legislación de la Ley N° 25.087.

En efecto, en primer término y como ya se explicó ut supra nada cambia en el tercer párrafo del art. 119 con respecto a la frase “hubiere acceso carnal” y se continuará quizás con las mismas críticas sobre el particular.

Sí hay un cambio al eliminar en el primer párrafo la frase “persona de uno u otro sexo”, que como también se dijo, no trae mayores problemas en la interpretación pues se sobreentiende que la palabra “persona” abarca a ambos sexos.

palma, Buenos Aires, 1945, p. 63; SOLER Sebastián (ob. cit. p. 305); MORAS MON Jorge (ob. cit. p. 23); VAZQUEZ IRUZUBIETA Carlos “Código Penal comentado” t. II, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1970, p. 277; URE Ernesto (ob. cit. p. 17); GARONA José “Violación, estupro y abuso deshonesto” Ed. Lerner, Córdoba, 1971, p. 32; GOLDSZTERN Noemi “Manual de Derecho Penal” LEVENE (h) Ricardo (Dirección) Ed. Zabalía, Buenos Aires, 1978, p. 185; ESTRELLA Oscar - GODOY LEMOS Roberto (ob. cit. p. 420); CHIAPPINI Julio “Cuestiones de Derecho Penal”, Ed. Librería Editora Platense S.R.L., Buenos Aires, 1982, p. 68; REINALDI Víctor (ob. cit. ps. 101/102); VILLADA Jorge “Delitos sexuales” Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 64; PARMA Carlos (ob. cit. p. 74/76); ESTRELLA Oscar (ob. cit. ps. 102/107); ACHAVAL Alfredo (ob. cit. JA 1999 -III -1025); AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 72) y AROCENA Gustavo - BOUVIER Hernán “Sobre la fellatio in ore” Ed. Advucatus, Córdoba, 2000, ps. 77 y sgtes; D’ALESSIO Andrés (ob. cit. p. 177); RIQUERT Fabián “El bien jurídico protegido de los delitos sexuales. La fellatio in ore ¿Constituye el abuso sexual con acceso carnal?” en “Temas de Derecho Penal argentino” FERRARA Juan (Director) SIMAZ Alexis (Coordinador) Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, ps. 427/428; FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 156/159).

Los partidarios de que el acceso carnal por vía oral era una actividad que iba a encasillarse en el abuso sexual gravemente ultrajante han quedado huérfanos de fundamentación, pues claramente la norma dispone que el acceso carnal por vía oral constituye una violación, descartando la ambigüedad que proponía la anterior frase “por cualquier vía”.

Los que entendíamos que el sujeto activo debía ser necesariamente un hombre por ser el que penetraba con su miembro viril también cosechamos nuestro revés ya que el sujeto activo –según la norma– puede ser tanto varón como mujer al consignar la frase “realizare otros actos análogos introduciendo objetos o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías” –anal o vaginal–. El sujeto pasivo no cambia pues también puede ser un varón como una mujer.

Con respecto a esta frase mencionada anteriormente los actos análogos son actos de penetración con objetos –sean estos palos, botellas, consoladores y la variedad que la imaginación perversa pueda poner en práctica–.

“O partes del cuerpo” dice la ley, en esta situación se abarca tanto el miembro viril masculino como los dedos, la lengua –cun-nin lingus– pues constituyen parte del cuerpo humano, lo que puede acontecer tanto por vía anal como vaginal. Circunstancias que mayoritariamente se había entendido que se encuadraba en el abuso sexual gravemente ultrajante.

De hecho que la nueva redacción del tercer párrafo del art. 119 es una réplica del art. 179 del Código Penal español, salvo la pena que en nuestro caso va de seis a quince años de reclusión a prisión y en el español la mínima es la misma y el máximo llega a los doce años de prisión.

Muñoz Conde al comentar dicho artículo manifiesta que el círculo de sujetos activos que puede llegar a cometer los hechos del art. 179 depende de la conducta que se realice. Por ejemplo, no hay duda de que tanto el hombre como la mujer puedan ser sujetos activos de esta modalidad cualificadora consistente en la introducción de objetos, pero la introducción como tal debe referirse a objetos –palo, dedo [acoto que el dedo no es un objeto sino

una parte del cuerpo humano], etc.– y a cavidades –vaginal o anal– que tengan una evidente connotación sexual –meter una cucharita de café o un dedo en la boca o el oído no puede constituir una modalidad agravada e incluso difícilmente constituirá una verdadera agresión sexual–. Agrega que, cuando el acceso carnal consista en una penetración vaginal, anal o bucal es evidente que el sujeto activo puede serlo el hombre, siendo indiferente que el sujeto pasivo de la penetración anal o bucal sea hombre o mujer. Más compleja es la respuesta cuando el sujeto activo del acceso carnal es la mujer pues un acceso carnal con sujetos activo y pasivo femeninos, conseguido mediante violencia o intimidación, puede incluirse en el tipo del art- 179 sin violentar el sentido del literal posible de “acceso carnal”, entendido como relación sexual la que intervienen los órganos genitales sin necesidad que se dé la penetración, bastando pues la práctica fricativa o “coniuetio membrorum”. “Pero el problema es más de carácter valorativo que gramatical: ¿Debe ser valorada penalmente una relación de este tipo así conseguida como las otras conductas de penetración?. La cuestión se complica aún más cuando el sujeto activo es femenino pero el sujeto pasivo es masculino. Ciertamente, es difícilmente imaginable un acceso carnal en el que la mujer, mediante violencia o intimidación, se hace penetrar por un hombre, pero teóricamente cabe incluir este caso dentro del concepto de acceso carnal, aunque de nuevo se plantean las mismas dudas de carácter valorativo, presentadas por la rareza de este tipo de prácticas. Este podría ser el caso cuando una mujer (o un hombre) se introduce el pene de la víctima (en estos casos, en los que se emplea violencia o intimidación, generalmente flácido) en la boca. También se plantea esta posibilidad si se le da al hombre una droga o medicamento (por ej. viagra) que le produzca un estado de gran excitación sexual, pero ello no constituye de por sí la violencia o intimidación que requiere el delito de agresión sexual. La ambigüedad de la expresión “acceso carnal” admitiría, pues, prácticamente todas las posibles combinaciones: hombre - mujer, mujer - hombre, hombre - hombre, mujer - mujer. Pero la cualificación del art. 179 debe reservarse para los casos verdaderamente graves y no parece serlo

tanto, desde luego, aquellos en lo que una mujer realiza una práctica fricativa con otra mujer o en lo que la mujer (o el hombre) se hacen penetrar, mediante violencia o intimidación por un hombre. Parece, pues, que la mujer no puede ser sujeto activo de las conductas consistentes en una penetración (vaginal, anal o bucal), por lo que, en relación con el art. 179 ésta sólo puede cometer la modalidad de introducción de miembros corporales u objetos y responder como coautora si ejerce la violencia o intimidación para que otro realice el acceso carnal. Fuera de estos supuestos, la agresiones sexuales de la mujer abran de ser reconducida al tipo básico de la agresión sexual³¹.

IV. Abuso sexual gravemente ultrajante ¿Qué queda incluido?

Finalmente, cabe analizar y preguntarse ahora para aquéllos que incluían ciertas conductas, entre ellas la fellatio in ore, en el segundo párrafo del art. 119 –abuso sexual gravemente ultrajante– cuya redacción queda indemne tras la reforma actual.

En realidad esta figura se trata de un injerto de un tipo intermedio entre la figura base del abuso sexual y éste con acceso carnal que trata de atrapar situaciones que en cierta forma no estaban comprendidas en la normativa derogada y que respondían a una evaluación cualitativa del daño provocado tanto desde el punto de vista físico como psíquico del sujeto pasivo, porque al decir de Tenca no es lo mismo el tocamiento furtivo de alguna zona pudenda de la víctima, que llevar a cabo un acto que tenga otro tipo de connotación más relevante y que, por ende, importe un ultraje a la persona y su dignidad, como por ejemplo la introducción de un dedo en la vagina o el ano³². Sí bien anteriormente ambas circunstancias expuestas se contemplaban bajo la forma de un abuso

³¹ MUÑOZ CONDE Francisco “Derecho Penal. Parte especial” 20° edición, completamente revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, ps. 193/195.

³² TENCA Adrián (ob. cit. p. 57).

deshonesto –hoy día violación– esta nueva categoría pretende ser más abarcativa de las situaciones que contempla y en eso se ha afinado la intención legislativa.-

Es así según los Antecedentes Parlamentarios el diputado Caf-ferata Nores expresaba: “existen situaciones que no son contempladas por la legislación vigente. Situaciones de ultraje grave que llegan a la penetración y a la utilización de otros instrumentos que no sean el órgano sexual masculino, deben ser regulados de modo tal que puedan satisfacer las demandas sociales en este tema, sin dejar excesivamente abierto el tipo penal. Pero no debe perderse de vista que este tipo penal requiere una situación de “sometimiento” de la víctima, de carácter sexual, vocablo que tiene un elocuente significado gramatical. La formula incorporada pretende retribuir suficientemente vejámenes que no lo están en el marco del Código Penal vigente, mediante una expresión que agrava de modo progresivo, conductas que son altamente dañosas para la víctima”³³.

Interpretando la figura del abuso sexual gravemente ultrajante, en consideración con los fundamentos del proyecto, según Laje Anaya-Gavier el tipo estaba destinado a acompañar el abuso sexual con acceso carnal como surge de varios pasajes del texto. En efecto, la concepción de la acción es más amplia que en el Código actual, decían, ya que permite incriminar como violación, a todo tipo de penetración incluyendo casos como la fellatio in ore y la penetración anal, situaciones de ultraje grave que no lleguen a la penetración como cunnin lingus, la utilización de otros instrumentos que no sea el órgano sexual masculino, el sometimiento violento y prologando que no culmine en la penetración. La tradición y la oportunidad biológica han otorgado a la violación vaginal un lugar principal como crimen, pero la invasión puede ocurrir a través de la boca y del ano o por otros actos igualmente gravosos para la integridad sexual de la víctima, y si bien el pene sigue siendo el arma favorita de los violadores, no es de hecho su única herramienta, palos, botellas y aún dedos son muchas veces sus sustitutos. Entonces, se preguntan ¿Quién puede decir que la

³³ Antecedentes Parlamentarios ps. 1614/1615.

humillación sufrida por la penetración anal u oral forzada es una violación menor de los espacios íntimos, privados, una menor injuria a la mente, al espíritu, al sentido de sí misma de la víctima?. Todos estos actos forzados deben ser tratados como ofensas igualmente graves desde la perspectiva del Derecho, dado que la vía de penetración es menos significativa que la degradación, a los efectos de la injuria al bien jurídico a tutelar³⁴.

Por su parte, Gavier aprecia que la diferenciación ha sido introducida acertadamente por el legislador porque hay hechos de suma gravedad que no podrían estar reprimido con la misma pena que un tocamiento furtivo de nalga o senos en un colectivo repleto de pasajeros. De todas formas “en este nuevo tipo de abuso sexual que, en lo que hace a la estructura del tipo, sujetos, conducta material, aspectos subjetivos y consumación y caracteres, son los mismos que en el abuso sexual del primer párrafo... pudiendo ser sujetos activos y pasivos cualquier persona –varón o mujer– ... la razón determinante de la mayor criminalidad del hecho reside en el mayor desprecio por la dignidad e integridad personal de la víctima que implica llevar a cabo hechos que por su duración o por las circunstancias de su realización son gravemente ultrajantes”³⁵. Es así que tal sometimiento equivale a un dominio o humillación y lo hay cuando el autor y no la víctima es quien toma decisiones sobre su comportamiento sexual³⁶.

Esta figura está caracterizada básicamente por dos conductas: duración y circunstancias de su realización. En cuanto a la primera se hace alusión a una suerte de reiteración o repetición de actos impúdicos, es decir, que no son ocasionales o circunstanciales y presentan características similares, realizados bajo algunas de las circunstancias previstas en el primer párrafo del art. 119. Donna refiere que este tipo de abuso debe prolongarse temporalmente, es decir, que dure más tiempo de lo normal o que se trate de una modalidad reiterada o continuada, a través del tiempo y esa excesiva

³⁴ LAJE ANAYA Justo-GAVIER Enrique (ob. cit. ps. 340/341).

³⁵ GAVIER Enrique (ob. cit. p. 29).

³⁶ REINALDI Víctor (ob. cit. p. 86).

prolongación implica un peligro para la integridad física y un innecesario vejamen para la dignidad de la víctima³⁷.

Si el acto se alarga por un tiempo más prolongado que el necesario, no requiere necesariamente de reiteración sino que se refiere a un acto único e indebido, que se prolonga en el tiempo de modo tal que provoca un ultraje grave. “Así, no es lo mismo un beso en la boca dado contra la voluntad de la víctima, que se lleva a cabo valiéndose el actor de la cercanía circunstancial de los labios de uno y otro (producto de una aglomeración, por ejemplo) a que la víctima sea tomada por sus brazos debiendo soportar ser besada lascivamente durante dos horas”³⁸. Asimismo, en la misma línea argumentativa se dice que se trata de una excesiva prolongación temporal de la afección sobre el cuerpo de la víctima que a su vez afecta la integridad física y la libertad de la víctima, sin llegar a constituir otro delito³⁹ o también se hace alusión a una innecesaria o excesiva prolongación en el tiempo, más de lo que normalmente se requiere para consumación del hecho y se agrega al vejamen que por sí conlleva el abuso sexual, esto es, un plus vejatorio degradante para la dignidad de la víctima⁴⁰.

A fuer de decir verdad la cuestión temporal o circunstancia fáctica temporal no reviste el carácter de una relación o ecuación de naturaleza cuantitativa, pues ello queda a criterio de la apreciación del juzgador en cada caso concreto, lo que pone de manifiesto que se está en presencia de un tipo penal abierto, quizás excesivamente abierto. De allí que se ha afirmado que “el problema estriba en cuál es el tiempo, de modo que el tipo penal queda abierto a la apreciación subjetiva del juez, de manera que se ha

³⁷ DONNA Edgardo “Delitos...” (ob. cit. p. 48). CLEMENTE pone como ejemplo al victimario que sustrae o retiene a una persona de uno u otro sexo, menor de trece años dentro del domicilio, efectuando actos de abuso sexual reiterados que no llegan al acceso carnal o a su tentativa, durante un tiempo prolongado (Cfme. CLEMENTE José ob. cit. p. 83).

³⁸ TENCA Adrián (ob. cit. p. 58).

³⁹ PARMA Carlos (ob. cit. p. 66).

⁴⁰ AROCENA Gustavo (ob. cit. p. 56); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 85) citados por FIGARI Rubén (ob. cit. ps. 107/109).

creado un tipo penal que está en el límite de la inconstitucionalidad⁴¹.

El otro aspecto del tipo está circunscripto a las “circunstancias de su realización” lo que hace referencia a un acto sumamente dañoso – un “plus” – para la víctima, en virtud de ser el mismo degradante o por la puesta en el peligro de aquélla.

Se trataría de hechos que por su inherencia en lo realizativo, en lo que hace a modalidades de circunstancias de modo o de lugar y se agregaba, por la utilización de otros instrumentos que no sea el órgano sexual masculino – circunstancia que ahora pasa al tercer párrafo del art. 119 con la reforma – violentan en forma grosera la dignidad de la víctima. De esta manera quedan incluidos en el caso los actos de abuso sexual en forma pública o escandalosa o privada pero humillante, ni más ni menos que la cosificación de la víctima.

Estas modalidades a las que se ha hecho referencia constituyen el sometimiento⁴² gravemente ultrajante⁴³. Se da esta perspectiva en el caso, que mediando en términos generales algún tipo de fuerza o violencia, se expone a la víctima bajo el dominio de otra, reduciendo de esta manera al sujeto pasivo a un estado de cosa sobre la que se ejerce un dominio o disponibilidad, anulando la libertad o la autodeterminación sexual con la consiguiente minoración de su dignidad personal. De allí que se entienda que el significado de “sometimiento” se nutre de dos componentes, uno subjetivo y otro objetivo, que perfilan su significado: el uso de violencia y el ánimo particular de someter a la víctima como ob-

⁴¹ DONNA Edgardo “Delitos...” (ob. cit. p. 48); ESTRELLA Oscar (ob. cit. p. 84); BUOMPADRE Jorge (ob. cit. p. 389). “No es la víctima quien debe evaluar la gravedad de sometimiento sexual del que fue objeto, sino el juez a través de parámetros objetivos” (Cfme. CREUS Carlos-BUOMPADRE Jorge ob. cit. p. 208).

⁴² Sometimiento es la “acción y efecto de someter”, o sea, “subordinar el juicio, decisión o afecto propios a los de otra persona” (Cfme. CAFFERATA NORES José “El avenimiento en los delitos contra la integridad sexual” L.L. 2000-C-251).

⁴³ Ultrajar es “tratar con desvío a una persona” (Cfme. Idem. ob. cit. L.L. 2000-C-251).

jeto sexual. “Así, pues la duración del abuso sexual o la circunstancia de su ejecución son condiciones necesarias, pero no suficiente para dar realidad al sometimiento: es condición esencial que el autor procure mediante esta modalidad de comisión subyugar a la víctima como simple objeto de sus apetencias sexuales. La degradación de la dignidad de la persona se consume cuando ella es tratada como objeto, como medio para un fin –según prohíbe la máxima kantiana– razón de la agravante del abuso sexual del segundo párrafo del art. 119 del C.P...”⁴⁴.

En la legislación española no se advierte una figura independiente como la nuestra sino que el ejercicio de violencia o intimidación que revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio constituyen agravantes de los delitos de violación y abusos sexuales (art. 180. Inc. 1, art. 181.5) y se aclara que: “No cabe, sin embargo, el concurso entre la cualificación 1ª (carácter particularmente degradante o vejatorio) y el delito contra la integridad moral del art. 173. 1 pues, el delito contra la integridad moral supone ya de por sí una degradación o un trato vejatorio, que es lo que constituye la esencia de esta cualificación de la agresión sexual”⁴⁵.

En conclusión, en el abuso sexual gravemente ultrajante, quedan incluidos aquellos actos violentos o intimidatorios o a menores de trece años que impliquen, por su duración o por las circunstancias de su realización, un sometimiento o cosificación de la víctima que afecte física y psíquicamente a ésta –como podría ser, por ej. la eyaculación sobre el rostro u otra parte del cuerpo de la víctima– y se descartan –como se venía haciendo antes– los actos en los que se utilizaban “consoladores”, palos, botellas, dedos, cunnin lingus o cualquier otro elemento. Todo ello ya no constituye un abuso sexual gravemente ultrajante y pasa a ser abuso se-

⁴⁴ ABOSO Gustavo “Indemnidad sexual y sometimiento sexual gravemente ultrajante de menor de edad. La cosificación de la víctima” L.L.2003-B-828; FIGARI Rubén “Una acertada interpretación judicial sobre el abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, segundo párrafo del C.P.)” LLC 2004 (noviembre), 1017.

⁴⁵ MUÑOZ CONDE Francisco (ob. cit. p. 199).

xual con acceso carnal o violación con el consiguiente aumento de la pena.

Quizás, tal como se hizo con respecto al párrafo tercero del art. 119 al implementar una copia del art. 179 del Código Penal español, hubiera sido adecuado que el legislador hubiese suprimido la figura del abuso sexual gravemente ultrajante –que genera aún en la doctrina y jurisprudencia algunos entredichos– y parigual que el Código Penal español introducir las circunstancias vejatorias y degradantes⁴⁶ como agravantes del abuso sexual del primer párrafo del art. 119 del C.P.

⁴⁶ Al comentar el art. 173.1 párr. 1º Muñoz Conde refiere que el trato degradante alude aquellas acciones que, vayan o no dirigidas a doblegar la voluntad del sujeto pasivo, sean realizadas de tal forma que den lugar a un sentimiento de vejación o de humillación (Cfme. *Idem* ob. cit. ps. 160/161).

**Aplicación de los principios de la justicia
terapéutica en competencia de los Juzgados de Paz con multifueros**

AB. MAGISTER ROXANA MARIELA ESPIN BRKIC

I. Introducción. Justicia Terapéutica. Conceptos generales

Se impone la necesidad de comenzar este trabajo citando los conceptos generales acerca de qué se entiende por justicia terapéutica. Así, tal como lo describe David Wexler, podemos decir que la justicia terapéutica (TJ por sus iniciales en inglés), es el “estudio del rol de la ley como agente terapéutico”, centrando la atención en el impacto de la ley en el espectro emocional y en el bienestar psicológico de las personas, humanizando la ley y el proceso legal¹, aplicando la misma de una manera más terapéutica pero respetando al mismo tiempo valores como la justicia y el proceso en sí².

Básicamente, la TJ es una perspectiva que considera la ley como una fuerza social que produce comportamientos y consecuencias, las que pueden ser terapéuticas o anti terapéuticas. Es simplemente una forma de ver la ley de una manera más enriquecedora y así traer a la discusión aspectos que no han sido considerados anteriormente³, sugiriendo que pensemos en estos aspectos (emocionales, psicológicos) y veamos si pueden ser tomados en cuenta en la creación de leyes, el ejercicio del derecho y el procedimiento penal.

La justicia terapéutica surgió de la ley de la salud mental, el área que ha sido el tema principal del Simposio sobre Leyes de la Discapacidad del Thomas M. Cooley Law Review⁴. Sin embargo, la perspectiva de TJ se aplica ahora a otras áreas legales, probablemente a todas. Por ejemplo, se aplica a la ley de salud mental, la ley penal, la ley juvenil, la ley de familia y otras áreas. La ley de daños corporales también ha recibido atención⁵.

¹ David B. Wexler & Bruce J. Winick, *Law in Therapeutic Key: Developments in Therapeutic Jurisprudence xvii* (1996) [hereinafter *Key*].

² Ver ídem.

³ Ver ídem.

⁴ Tratado en el Simposio sobre Leyes de Discapacidad del Thomas M. Cooley Law Review (Oct. 29, 1999).

⁵ Daniel W. Shuman, *The Psychology of Compensation in Tort Law*, in *Key*, nota 2, en 438.

Una de las cosas que la TJ trata de hacer, es observar con cuidado la literatura prometedora de la psicología, la psiquiatría, las ciencias del comportamiento, la criminología y el trabajo social para ver si estos conocimientos pueden incorporarse o introducirse en el sistema legal⁶. En este aspecto, la justicia terapéutica es muy diferente de los primeros estudios y desarrollos de la justicia de salud mental, donde el esfuerzo era en realidad ver lo que estaba “mal” con este tipo de literatura o testimonio. El actual pensamiento de la justicia terapéutica nos alienta a buscar fuertemente desarrollos prometedores, incluso si la literatura de la ciencia del comportamiento no tiene nada que ver con la ley. También, alienta a que las personas piensen creativamente sobre cómo estos desarrollos prometedores pueden introducirse en el sistema legal⁷.

Estos principios primero trataron algunos elementos de sentido común, como hablar en términos simples⁸. Se ha comprobado que, a veces, los pacientes no cumplen con el consejo médico porque nunca entendieron bien el mensaje⁹. No se les dijo en términos simples lo que el doctor sugería que hicieran o no se les preguntó antes de irse para asegurarse de que entendió bien¹⁰. De esta manera, a veces el no cumplimiento es consecuencia de una claridad insuficiente a la hora de dar instrucciones¹¹.

Otro principio que Meichenbaum y Turk trataron dentro de las herramientas de la TJ, fue la forma de un contrato de comportamiento¹². En este sentido sostienen que cuando las personas firman un contrato de este tipo, es más probable que cumplan con el consejo médico, que si no lo firman, como también si hicieran

⁶ Ver Wexler, nota 1, en xvii.

⁷ David B. Wexler, *Therapeutic Jurisprudence and the Criminal Courts*, in Key, ver nota 1 (que trata sobre la justicia terapéutica en un contexto de tribunales de justicia penal), p. 167.

⁸ Donald Meichenbaum & Dennis C. Turk, *Facilitating Treatment Adherence: A Practitioner's Guidebook* (1987).

⁹ Ver ídem.

¹⁰ Ver ídem.

¹¹ Ver ídem.

¹² Ver ídem.

un compromiso público ante personas más allá de los proveedores de salud, sería más probable que cumplieran. En relación a lo anterior, también se ha estudiado que, si los familiares se informaran de lo que los pacientes deben hacer, sería más probable que estos cumplieran.

Por ello, es interesante pensar sobre cómo estos principios pueden operar en un contexto legal.

Otra forma en la que la TJ ha tratado de utilizar información de la ciencia de comportamiento, se relaciona con las distorsiones cognitivas de los infractores especialmente los infractores sexuales¹³. Muchos terapeutas sugieren que para dar el primer paso en el tratamiento de infractores, se necesita enfrentar la minimización o negación del infractor¹⁴, ya que éstos tienen que afrontar responsabilidades¹⁵. Tienen que superar las distorsiones cognitivas de la negación y la minimización,

Tal como anticipamos, la TJ es el estudio de las consecuencias terapéuticas y anti terapéuticas de la ley, considerando a “la Ley” en distintas categorías: 1) normas legales, 2) procedimientos legales, tales como audiencias y juicios y 3) los roles de los actores legales y el comportamiento de los jueces, los abogados y los terapeutas que se desempeñan en un contexto legal¹⁶.

Un ejemplo, del procedimiento legal visto desde el punto de vista de la justicia terapéutica, es un artículo de la Profesora Janet Weinstein acerca de las disputas por la custodia de los hijos, en el que se refiere a cómo el proceso adversarial, en el contexto de custodia de los hijos, puede ser traumático para el menor y dañino para la relación de los padres que, a pesar del divorcio, necesitan mantener algún tipo de relación en el futuro simplemente para el bien del niño¹⁷. La autora expone cómo el proceso adversarial nos

¹³ Ver ídem.

¹⁴ Ver ídem.

¹⁵ Ver ídem.

¹⁶ Ver ídem nota 1.

¹⁷ Janet Weinstein, y la Never the Twain Shall Meet: The Best Interest of Children and the Adversary System, 52 U. Miami L. Rev. 79 (1999) (que provee un análisis detallado de los procedimientos legales, las audiencias y los juicios que involucran la custodia de niños).

alienta a encontrar lo peor sobre la otra parte y sacarlo a la luz, por ello, pueden existir entonces, otras formas menos dañinas de resolver estos problemas; como la mediación o los nuevos mecanismos de divorcio colaborativo¹⁸. Y es precisamente la justicia terapéutica la que se centra en estas exploraciones creativas.

En relación a la última categoría, denominada “roles legales” - que es una de las que más interesa a los fines de este trabajo - cabe destacar que mucho de lo que los actores legales hacen, influye en el bienestar psicológico y el espectro emocional de las personas afectadas por la ley, refiriéndose por ejemplo al diálogo que los jueces tienen con los imputados o que los abogados tienen con los clientes.

Esta categoría examina el comportamiento de los abogados, los jueces y otros actores en el sistema legal. Se ha comprobado por parte de los precursores de la TJ que, por ejemplo, si un juez no es claro a la hora de formular una determinada condición o medida, el sujeto puede no cumplir con los términos, porque nunca entendió bien qué es lo que se le dijo que hiciera y qué no hiciera. Asimismo, cómo un juez se comporta durante una audiencia puede afectar el cumplimiento de una medida.

En ese orden puede remarcarse que hay jueces que hablan abiertamente con el imputado acerca de si entiende bien cual es el delito del que se declara culpable o pidiendo al imputado que le diga con sus propias palabras lo que pasó, cuándo, etc. Este tipo de comportamiento judicial, podría ser un poco mejor porque da ese primer paso de confrontar la negación, la minimización, además alienta a que infractor asuma responsabilidad.

Por otra parte, la TJ ha comenzado a dar importancia a los principios para prevenir recaídas y cómo éstos podrían introducirse en la ley.

En efecto, durante muchos años, existió un verdadero pesimismo en la rehabilitación y sus intentos¹⁹. Recientemente, han

¹⁸ Kay Kavanagh, Don't Ask, Don't Tell: Deception Required Disclosure Denied, in Key, ver nota 2, at 343.

¹⁹ Robert Martinson, What Works? Questions and Answers About Prison Reform, 35 Public Interest 22 (1974) (que señala que la evidencia no indicaba que la rehabilitación funcionara).

aparecido paquetes y programas de rehabilitación, en especial de tipo cognitiva/conductual, que parecen bastante prometedores²⁰. Uno de estos tratamientos de tipo cognitivo/conductual alienta a que los infractores piensen en la cadena de eventos que llevaron a la delincuencia y luego tratan de que ellos anticipen sus conductas para detener el delito²¹.

Esto permite que un infractor resuelva dos cosas: (1) ¿Cuáles son las situaciones de alto riesgo en el caso particular para la comisión de un delito?; y (2) ¿cómo pueden evitarse las situaciones de alto riesgo y cómo pueden enfrentarse si estas aparecen?²²

Estas situaciones pueden ser cosas tales como, darse cuenta de que se encuentra en riesgo los viernes en la noche después de haber ido a una fiesta con alguien en particular. El infractor puede decidir que no debe salir los viernes en la noche. Esta determinación es una forma de evitar conductas de alto riesgo²³. En lugar de salir el viernes en la noche con “Juanito” y meterse en problemas, el infractor puede elegir quedarse en casa. Pero, ¿qué pasa la noche posterior cuando “Juanito” llama?, o ¿qué pasa cuando “Juanito” toca la puerta del infractor?

Los terapeutas han desarrollado enfoques para trabajar con estos problemas y para que los infractores preparen planes para prevenir recaídas²⁴. También, hay ciertos programas, como programas de “razonamiento y rehabilitación”, que enseñan a los infractores cambios cognitivos, a detenerse a pensar y entender las consecuencias, para anticipar situaciones de alto riesgo y aprender a evitarlas y enfrentarlas²⁵.

²⁰ James McGuire, *What Works: Reducing Reoffending* (McGuire ed., 1995).

²¹ Ver *Idem* 20.

²² Ver Jack Bush, *Teaching Self-Risk Management to Violent Offenders*, en McGuire.

²³ Ver *idem* 22.

²⁴ Ver Christine Knott, *The STOP Programme: Reasoning and Rehabilitation in a British Setting*, en McGuire, nota 84, en 115.

²⁵ Ver *idem* 24.

Knott en su trabajo manifiesta que uno de los temas en el que se encuentra interesado, desde el punto de la TJ, es cómo estos programas pueden introducirse en la ley. En un sentido obvio, este tipo de programas de rehabilitación, de razonamiento y de resolución de problemas, pueden hacerse ampliamente disponibles en contextos de centros de cumplimiento comunitario y correccional²⁶. Destaca el autor que una forma de unirlos aun más con la ley sería decir que como condición de la libertad vigilada o libertad condicional, se debe asistir o completar uno de estos programas²⁷. Sin embargo, una forma más sutil de pensar en esto en términos de justicia terapéutica, es preguntar cómo las técnicas “razonamiento y la rehabilitación” pueden formar parte del proceso legal en sí²⁸.

Si se sigue ese enfoque, los tribunales promoverán el proceso de auto responsabilidad cognitiva como parte y carga de la de sentencia. El proceso puede operar de esta manera: “Me doy cuenta de que causo conflictos los viernes por la noche; por lo tanto, propongo que me quedaré en casa”. De un momento a otro, no es un juez que está imponiendo algo. Es algo que el sujeto está proponiendo, considerándolo así, que es algo justo. El sujeto tiene voz en esto y, presumiblemente, el cumplimiento de esta condición será mejor²⁹.

El modelo de Justicia Terapéutica difiere del modelo de justicia tradicional en que éste último trata de resolver los conflictos en sus síntomas pero no el problema subyacente mientras que la TJ se propone sanar mediante la aplicación de la ley y para ello los jueces necesitan manejar temas que van más allá del Derecho y que corresponden a las Ciencias Sociales y a la Psicología, con el fin de utilizar técnicas y estrategias de estas disciplinas que puedan enriquecer la labor judicial³⁰.

²⁶ Ver ídem 24.

²⁷ Ver ídem 24.

²⁸ Ver David B. Wexler, *How The Law Can Use What Works: A Therapeutic Jurisprudence Look at Recent Research in Rehabilitation*, 15 *Behav. Sci. & L.* 365, 367 (1997).

²⁹ Ver ídem 28.

Como colofón de este punto introductorio a las nociones de la TJ, cabe citar que en la misma “el énfasis está en la comprensión de los efectos y consecuencias de la ley, los procesos legales, y los actores legales sobre el bienestar de las personas afectadas por la ley”³¹. Además, indican que un objetivo principal de la TJ “es aplicar e incorporar ideas y hallazgos de la psicología, criminología, y de la literatura de trabajo social al sistema jurídico”³².

La TJ, en otras palabras, busca en esas otras disciplinas alimentación y crecimiento. Esas disciplinas son los “viñedos” de los cuales producimos las prácticas y técnicas de la TJ-“el vino o el líquido”: utilizadas por los jueces, abogados, y otros actores jurídicos³³.

Uno de estos cuerpos principales del conocimiento psicológico es el campo de la justicia procesal, notablemente importante para la TJ porque “enseña que las personas que comparecen al tribunal experimentan mayor satisfacción y cumplen más a gusto con las órdenes judiciales cuando se les da un sentido a otros factores, más allá de las preocupaciones básicas de la justicia procesal como la voz, la validación y son tratados con dignidad y respeto”³⁴.

“Los avances en las áreas de la psicología -tales como los elementos de la justicia procesal; el refuerzo de desistimiento de la delincuencia; las técnicas de prevención de recaídas; los principios de la psicología de la salud utilizados para promover el cumplimiento de órdenes médicas (o inclusive, judiciales)- se pueden llevar al ámbito jurídico utilizando el nuevo vino de la justicia terapéutica. Esos avances son realmente los “viñedos” del vino nuevo”.

Esto sugiere que, aunque la justicia procesal es de gran importancia, existen otras prácticas y técnicas -capturadas por la justicia terapéutica- que tienen una importancia crucial en el rol de los

³⁰ Roberto M Pagés Lloveras, La justicia terapéutica y el rol de los jueces en el Código Unificado, publicado en LL Gran Cuyo 2017 (marzo). Cita On line: AR/DOC/469/2017.

³¹ Kaiser & Holtfreter, 2016, p. 48.

³² Ver ídem 30.

³³ David Wexler, 2013, p. 4.

³⁴ Winick & Wexler, 2015.

jueces, y por lo tanto, la TJ debe ser sin duda integrada en los procesos judiciales (tanto en las cortes especializadas como en la corriente regular).

La justicia terapéutica es un área dinámica y requiere atención continua a la evolución de la psicología, la criminología, y el trabajo social y a su integración en el sistema jurídico, a la cual se le ha ido reconociendo un importante papel, la que, en conjunto con la justicia procesal –que constituye una parte o componente estándar de todo proceso– se va afianzando y constituyendo un aporte de vital importancia.

II. Aplicación de los principios de la justicia terapéutica en la competencia de los Juzgados de Paz Letrados de la Provincia de San Juan (con excepción de los correspondientes al Gran San Juan)

Mediante el presente trabajo pretendemos aplicar la perspectiva de justicia terapéutica a aquellas competencias que permiten analizar la normativa desde las tres categorías que abarca “la ley” en este estudio: la ley en sí misma, los procedimientos legales y los roles legales.

Si bien puede pensarse que todos estos nuevos principios de la justicia terapéutica podrían aplicarse en forma previa a cualquiera de las temáticas que conforman la competencia de la Justicia de Paz, es en algunas de ellas en las que sin lugar a dudas la misma resulta una herramienta fundamental para abordar una determinada situación previo a la patología (o proceso judicial) y es en ello en lo que profundizaremos:

II – a.1) Cuestiones de vecindad como amigables componedores y procesos de alimentos.

Específicamente en estas dos cuestiones en las que entiende un Juez de Paz de los departamentos alejados, la modalidad más común de intervención del juez es mediante la celebración de una audiencia a la cual concurren ambas partes.

Cabe destacar que, en las cuestiones de vecindad, se abordan las más diversas situaciones o circunstancias que pueden llegar a generar un conflicto entre “vecinos” de un mismo lugar y a las que se intenta solucionar mediante un procedimiento similar a uno de “amigables componedores”, aunque exceptuados en el caso de patrocinio letrado.

Desde la experiencia de nuestro Juzgado de Paz, en la mayoría de los casos, se hace pasar a cada parte por separado y luego de oídas, y teniendo una visión concreta y amplia de lo que cada una de ellas pretende, se convoca en forma conjunta a ambas partes y comienza para el juez la oportunidad concreta de aplicación de los principios de la justicia terapéutica, especialmente en dos de las categorías en las que puede verse la “ley” desde la TJ, esto es, en los procedimientos legales, tales como audiencias (que es como se desarrolla en la generalidad de los casos) y en los roles de los actores legales y el comportamiento de los jueces que se desempeñan en un contexto legal.

En efecto, la audiencia se desarrolla de manera tal que, luego de escuchar a las partes, el comportamiento del juez –alineado con los principios de la TJ– mediante la utilización de términos simples al hablar, y destacando –casi repitiendo con sus palabras– lo que cada una de las partes ha expuesto como pretensión, le ayuda a obtener resultados favorables, logrando acuerdos en los que ambas partes sientan que cubren sus expectativas y obteniendo de las mismas compromisos reales que posteriormente se cumplan. En tales casos se permite a las partes aportar las soluciones que consideran justas y se confeccionan los acuerdos con una participación activa de las partes quienes aportan sus alternativas de solución

En varias oportunidades incluso, se comprueba de manera práctica si las partes han entendido correctamente lo que se ha acordado, y ello lo hacemos mediante la opción de lograr que cada una repita frente a la otra, la conducta que asumirá a fin que, escuchándose y estando la otra parte y el juez enfrente, su compromiso sea más fuerte.

En los casos de audiencias solicitadas con posterioridad a separaciones de hecho, y realizadas con el objeto de obtener acuerdos relativos a montos de obligaciones alimentarias (en la mayoría de los casos a cargo de los padres) a favor de los hijos y régimen de contacto personal, intentamos aplicar los principios explicitados por la Profesora Janet Weinstein, esto es, evitar que la audiencia se centre en destacar o encontrar lo peor sobre la otra parte y sacarlo a la luz sino, por el contrario, mediante los métodos de la interrogación, persuasión, motivación, destacando siempre los valores de los vínculos pacíficos y cordiales, el interés superior de los menores involucrados, dando por sentado al hablar que los padres presentes aman a sus hijos, se ha logrado obtener mayores conformidades y actitudes colaborativas de parte de los progenitores al suscribir acuerdos.

Asimismo, si de la entrevista o audiencia surge de manera clara que existe un riesgo (aunque sea leve) de que los menores han sido testigos de situaciones que seguramente se les hace difícil afrontar, asimilar o superar, mediante una conducta activa de parte del juez, se “aconseja” la necesidad de una consulta a fin de que profesional en psicología determine la necesidad o no de una terapia para el/los niños, e incluso para el padre o madre que pueda observarse más afectado con la situación planteada, obteniendo de manera voluntaria incluso, el compromiso de acreditar ante el juez la efectiva realización de la consulta con un certificado expedido por el profesional interviniente, con lo cual se ha logrado otras formas menos dañinas de resolver los conflictos de este tipo.

De idéntica manera, cuando se trata de audiencias solicitadas a fin de obtener acuerdos en las más diversas problemáticas que puedan vincular a dos personas como consecuencia de contratos verbales incumplidos, operaciones mercantiles con cumplimientos parciales, problemas de convivencia entre vecinos, acuerdos transaccionales laborales, etc. se ha obtenido una mayor estadística de acuerdos y convenios cuando se ha utilizado mayores habilidades en el interrogatorio que se efectúa al oír a las partes, mediante el cual, sin dirigir el reproche a la persona sino a la conducta antisocial, se logra que el incumplidor acepte y reconozca

su falta de cumplimiento o la conducta antisocial en la que incurrió permitiendo lograr acuerdos razonables o, inclusive, se ha logrado que pidan disculpas frente a la otra parte con lo cual el ambiente o estado de tensión fue superado.

II – a.2) Protección contra la Violencia Familiar.

Conforme el artículo 22 de la Ley de Protección contra la Violencia Familiar, Ley 989-E del Digesto Jurídico de la Provincia de San Juan, a los efectos de la aplicación de la mencionada norma, son competentes también los Juzgados de Paz Letrados (con excepción de los correspondientes a los del Gran San Juan) indistintamente con los Juzgados de Familia, de Menores, de Instrucción y Correccionales para conocer y resolver los supuestos de violencia familiar (sea física, psicológica o emocional, sexual y/o económica).

Es precisamente en esta materia en la que conocen y resuelven los Jueces de Paz departamentales, en la que se puede trabajar con mayores posibilidades desde la óptica de la justicia terapéutica, considerando a “la Ley” en las distintas categorías: la norma legal en sí misma, los procedimientos legales y los roles y comportamientos de los actores legales (partes, jueces y terapeutas o profesionales intervinientes).

Que la norma a analizar, es la Ley N° 989-E, de Protección contra la Violencia Familiar. La misma tiene un ámbito de aplicación que abarca actos de violencia entre cónyuges, ex cónyuges, convivientes o ex convivientes, personas que hubieren procreado hijos en común aunque no hubieren convivido, ascendientes, descendientes, colaterales o hermanos/as aunque no convivan, personas que cumplan funciones asociadas a los roles parentales o contribuyan a la crianza de los hijos de la pareja, personas que mantengan o hayan mantenido relaciones consensuales íntimas de noviazgo, de pareja o similares y personas que habiten en un mismo hogar en forma permanente o temporaria y se encuentren en situación de dependencia³⁵.

³⁵ Ver artículo 5° de la Ley 989-E.

Que si bien la mencionada norma provincial que regula estas situaciones ha sido objeto de algunas críticas en relación a que solo ha limitado su regulación al ámbito familiar, en este trabajo nos limitaremos a aplicar la perspectiva de justicia terapéutica al área legal relativa a la Violencia Familiar haciendo un análisis del contenido de la ley provincial, para concluir que la misma cuenta entre sus normas casi la totalidad de las herramientas que emplea esta nueva visión de justicia y que, logrando establecer y desarrollar los recursos tanto humanos como institucionales, podría obtenerse mayores resultados positivos. Intertanto, con los pocos recursos con los que se cuenta y con mucha predisposición, conductas activas y compromiso de todos los actores involucrados pueden observarse resultados reales y tangibles.

En ese orden podemos destacar que la Ley de Protección contra la Violencia Familiar, 989-E prevé un sistema que claramente se propone solucionar una problemática subyacente previo a que se manifiesten sus síntomas en un un conflicto difícil de resolver, aunque también prevé las situaciones en los que ya se produjo algún suceso de violencia física, psicológica o emocional, sexual o económica³⁶ dentro del ámbito familiar, priorizando respecto de los niños, niñas, adolescentes, mujeres, adultos mayores, personas con capacidades especiales y demás miembros³⁷.

Ello así pues, apenas se comienza con la lectura de la norma puede observarse que sus disposiciones tienen el objeto de establecer las garantías, principios, acciones y procedimientos destinados a la prevención y sanción de la violencia en el ámbito de las relaciones familiares; la asistencia integral de los integrantes de las familias involucradas en situaciones de violencia y resguardar la institución familiar en pos de una sociedad sana y justa³⁸.

He aquí lo importante, el primer verbo que constituye su objeto es “prevenir”, luego “sancionar”. Y para lograr el primer objetivo establece, las políticas públicas contra la violencia familiar,

³⁶ Ver artículo 6° de la Ley 989-E que enuncia los actos que se consideran como actos de violencia familiar.

³⁷ Ver artículo 1° inciso a de la Ley 989-E.

³⁸ Ver artículo 1° de la Ley 989-E.

estableciendo que se entiende como prevención la promoción de una cultura que favorezca un marco objetivo de equidad, libertad e igualdad entre los miembros de una familia “eliminando las causas y patrones conductuales” que generan y refuerzan la violencia familiar³⁹.

De tal manera el propio Estado, a través de la autoridad de aplicación que es el Ministerio de Desarrollo Humano y Promoción Social, asume la obligación de crear políticas y desarrollar acciones a fin de lograr esos objetivos, por medio de un órgano coordinador creado por la propia ley, promoviendo acciones que tienden, en primer lugar, a abordar la problemática de la violencia familiar en sus orígenes y causas para tratar de solucionarlas asistiendo de manera integral a los miembros de la familia.

En tal sentido promueve acciones de sensibilización y capacitación específica del personal de salud, educación, judicial, policial y demás organismos encargados de la aplicación de la norma como también programas de educación destinados a los/las ciudadanos/as sobre la problemática de la violencia, la construcción de relaciones familiares libres de malos tratos, el respeto y garantía a los derechos que asisten a la familia. Asimismo prevé la implementación de servicios de atención interdisciplinaria de la violencia en la familia y estimular la formación de redes locales con participación de las organizaciones de la sociedad civil⁴⁰.

Puede observarse desde ya que resulta evidente que la normativa afronta esta problemática que afecta a nuestra sociedad con una visión integradora, colaborativa e interdisciplinaria⁴¹, integrando a la totalidad de los actores que se ven involucrados desde su capacitación, educación y sensibilización hasta el tratamiento concreto de los mismos.

Ello así pues, dispone la creación de consultorios interdisciplinarios desde los cuales se brinda asistencia psico-socio-legal a las personas involucradas mediante acciones tales como receptor los casos de violencia y asesorar, orientar, informar y, en su caso,

³⁹ Ver Título II, artículo 7° de la Ley 989-E.

⁴⁰ Ver artículo 8° Ley 989-E, incisos a, b, d y e.

⁴¹ Ver *idem* nota 30.

efectuar la derivación ante otros organismos competentes en la materia, de la o las personas involucradas y las circunstancias objetivas del caso; realizar la contención y rehabilitación psico-social de la víctima o víctimas y su agresor y efectuar un seguimiento de los casos en los que entienda y de otros que lleguen a su conocimiento.

A fin de lograr estas intervenciones la propia ley ha creado un formulario al que denomina “Solicitud de Protección”. Este formulario “puede” ser llenado por la propia víctima o cualquier persona que tenga conocimiento de actos de violencia en el seno de una familia (ya sea que presuma un riesgo o éste sea certero)⁴² y “debe” obligatoriamente ser completado por agentes, profesionales, técnicos y funcionarios de la administración pública y los pertenecientes a las áreas de salud y educación, de establecimientos públicos o privados, que en relación al ejercicio de sus funciones específicas o por su relación especial con la víctima hayan tomado conocimiento de hechos de violencia o presumieren su existencia⁴³.

A su vez, se prevé en el mismo formulario un acápite relativo a “Denuncia”, el que puede o no acompañar la solicitud para el caso en que hubiesen lesiones o bien cuando, luego de la intervención del equipo interdisciplinario, se determine que una persona se encuentra en situación de riesgo objetivo y sea necesario adoptar medidas de protección. En tales casos toma intervención la autoridad judicial.

Es decir que, una vez receptada una solicitud de protección por parte de los organismos de la Autoridad de Aplicación de la ley, éstos dispondrán inmediatamente la actuación de los consultorios interdisciplinarios a efectos de, en primer lugar, brindar contención, orientación, información y asesoramiento psico-social-legal. A su vez, deberán iniciar la rehabilitación psico-social de la víctima o víctimas y su agresor y efectuar el seguimiento del caso, hasta tanto se logre la rehabilitación psicossocial⁴⁴.

⁴² Ver artículo 15 de la Ley 989-E, Habilitados para solicitar.

⁴³ Ver artículo 16 de la Ley 989-E, Obligatoriedad de solicitar.

⁴⁴ Ver artículo 19 Ley 989-E.

De las acciones expuestas en el párrafo precedente surge sin hesitación, una nueva mirada y abordaje de la problemática de la violencia intrafamiliar. En efecto, lo primero que se busca ante una solicitud de protección es precisamente, tratar el caso desde tres ópticas: social, psicológica y legal, trabajando con todos los involucrados, tanto víctimas como agresores, y ello desde la contención e información como también en la rehabilitación, manteniendo el control mediante el seguimiento de cada caso.

Ahora bien, estas acciones se ven reforzadas además por medidas protectorias de carácter administrativo que también pueden tomar las distintas áreas competentes de la Autoridad de Aplicación en el caso que la persona interesada que formuló la solicitud así lo haya requerido. En tal caso, por razones de seguridad personal puede disponerse el inmediato alojamiento de la o las víctimas en establecimientos o residencias transitorias por un plazo no mayor a quince días, prorrogable sólo por un término idéntico cuando las condiciones del caso lo ameriten o hasta la intervención judicial.

En caso que estas situaciones sean puestas en conocimiento del Juez competente, éste tras evaluar los términos de la denuncia y los antecedentes del caso, previo a resolver y si lo considera necesario, puede requerir con carácter de urgente, informes médicos, psicológicos, socio ambientales y de cualquier otra índole para formar criterio y poder determinar daños físicos y psíquicos sufridos por la víctima, la situación de peligro y el medio social y ambiental de la familia, como también las posibles alternativas de solución futura a la conflictiva presentada⁴⁵, a fin de tomar medidas tales como atribución del hogar conyugal, exclusión de hogar del agresor, restricción o prohibición de acercamiento, actos molestos, malos tratos, etc.

Todas estas solicitudes y denuncias deben ser remitidas en copia a la Autoridad de Aplicación a fin de labrar las estadísticas de los casos y trabajar en las causas para prevenir la violencia en la familia.

⁴⁵ Ver artículo 33 Ley 988-E.

En los hechos, estos consultorios interdisciplinarios a los que se refiere la norma en análisis, han sido creados como dependientes del Área Social de cada uno de los diecinueve departamentos que componen la provincia de San Juan y divididos por materias: Área Mujer, Área Niñez y Área Adicciones, en los que se debería contar con una asistencia psico-socio-legal Licenciados/as en Trabajo Social, Abogados/as y psicólogos/as o psiquiatras si se trata de Área Adicciones No todos los departamentos tienen completos los profesionales o técnicos en cada área, por razones principalmente de presupuesto, pero los técnicos que los integran trabajan con gran compromiso.

Desde nuestra experiencia, al momento de tomar conocimiento de estos hechos de violencia, se trabaja de manera articulada con los profesionales de las distintas áreas, tanto de las dependientes del Ministerio de Desarrollo Humano (Acción Social) como del Ministerio de Salud (Salud Pública), recurriendo a los fines de tomar decisiones y dictar resoluciones, a los informes psicológicos, psiquiátricos, socio ambientales y médicos en general.

Luego de dictadas las resoluciones, el trabajo continúa siendo mancomunado y en red, asistiendo y conteniendo a las víctimas, acompañando en tratamientos o terapias psiquiátricas o psicológicas, con un seguimiento cercano, efectuando estos equipos interdisciplinarios informes constantes que son recibidos en el juzgado, lo que permite citar periódicamente a los involucrados a la sede del juzgado a fin de controlar el cumplimiento de las medidas dispuestas, de los tratamientos o terapias indicadas, etc. realizando en casos de necesidad extrema, reuniones con los miembros de los equipos dentro del juzgado para tomar decisiones en las que se haya sopesado todas las perspectivas. Otras veces, ante la necesidad de contar en una audiencia con una psicóloga también se ha convocado a los profesionales de estos equipos y han concurrido con muy buena voluntad a la misma.

En el caso concreto de la comunidad de nuestro juzgado, la mayor cantidad de situaciones de violencia intrafamiliar se generan por consumo problemático de alcohol por parte de los agre-

sores quienes, en muchos de los casos, en principio niegan su adicción. Por ello, en estos casos se han empleado herramientas de la TJ para dar el primer paso en el tratamiento del agresor intentando que los mismos enfrenen la minimización o negación del problema para luego llegar a soluciones en las que afronten sus responsabilidades.

En varios casos, luego de que el agresor ha superado la distorsión cognitiva de la negación de su problema de consumo problemático de alcohol o la negación de sus reacciones o patrones conductuales violentos, con ayuda de los equipos interdisciplinarios, se ha logrado que ellos mismos acepten como necesario para su bienestar, la urgencia de iniciar un tratamiento o terapia para modificar su conducta, y para ello también se ha empleado otra de las herramientas aportadas por la TJ, que consiste en la forma de un contrato de comportamiento⁴⁶.

Se ha logrado comprobar que en aquellos casos en que las personas han firmado un “contrato” de este tipo destinado a la rehabilitación, ha resultado más efectivo el cumplimiento que si la terapia o tratamiento para tal objeto es impuesto por una resolución judicial sin el consentimiento de la persona involucrada y afectada.

En ese orden también se trabaja de manera conjunta con el equipo interdisciplinario para contener y tratar a los niños y niñas involucrados en ambientes de violencia, llegando en algunos casos a recurrirse a personas de la comunidad en general, vecinos solidarios, estudiantes, personas que cumplen con planes sociales estatales, para trabajar de manera integrada en la recuperación de grupos familiares en los que los progenitores no saben leer y escribir por lo que se ha brindado ayuda en las tareas extraescolares de los menores, o bien, se ha intentado reforzar los roles maternos, las tareas de limpieza, mantenimiento, orden del hogar, etc. de mujeres que han estado en riesgo de que sus hijos sean separados del grupo familiar por encontrarse en situaciones objetivas de abandono o riesgo.

⁴⁶ Principio que Meichenbaum y Turk trataron dentro de las herramientas de la TJ.

De lo expuesto puede afirmarse que en el supuesto de la competencia en cuestiones de violencia familiar, la categoría de la ley denominada “roles legales”, cobra gran importancia en el tratamiento de los casos pues, el trabajo articulado y en conjunto del juez con los equipos interdisciplinarios tiende a solucionar no solo el problema en sí sino también las causas que dieron origen al mismo a fin de resolverlo.

III. Conclusión

Desde el trabajo de campo conformado por la casuística cotidiana de la competencia de un Juzgado de Paz de los departamentos alejados del gran San Juan, podemos concluir que las herramientas brindadas por la nueva perspectiva de la Justicia Terapéutica, ha resultado un aporte inconmensurable a los fines de resolver problemas y tratarlos incluso desde sus causas, tendiendo a la contención, tratamiento y rehabilitación de todos los miembros involucrados en una problemática determinada y, en definitiva, a la rehabilitación y recuperación psicológica y social.

Como jueza me ha permitido llevar adelante conductas activas en pos de una solución que difiere de la tradicional justicia de enfrentamiento, buscando resolver los conflictos desde la mirada de los acuerdos y los compromisos personales en los que la persona se siente parte de los aportes a las cláusulas de esos acuerdos, pues los considera justos, intentando no imponer sino dando voz al afectado.

Por ello, se ha comprobado que la actividad, conducta y diálogo que el juez y los profesionales o técnicos de las diversas áreas tienen con los involucrados, influye de manera notable en el bienestar psicológico y emocional de las personas que caen bajo el ámbito de aplicación de la ley y de las situaciones analizadas.

La circunstancia de recibir los aportes de otras áreas y el intercambio permanente con profesionales de otras disciplinas que, como profesional del derecho no se conocen ni manejan, permite tener puntos de vista más amplios y solucionar o resolver con otras perspectivas.

Esta nueva mirada de los conflictos en el caso particular de nuestro juzgado, ha permitido incluso conectarse con los recursos comunitarios, recurriendo a instituciones educativas, de salud, asociaciones civiles e incluso, particulares, que han colaborado en la resolución de algún conflicto en particular.

Solo resta destacar que esta nueva perspectiva y planteamientos implica un cambio de conducta y una apertura mental por parte de todos los actores legales, principalmente del juez, quien acostumbrado a decidir solo y en base a dos posiciones enfrentadas, debe aprender a aplicar nuevas herramientas y a buscar y valorar los aportes de otras disciplinas para formar criterio y para dirigir un proceso con miras a resolver, no solo la situación o caso concreto que se le presente, sino también involucrarse en reconocer las causas de los conflictos y trabajar también en su solución teniendo siempre presente que el objetivo principal de la TJ es aplicar e incorporar ideas de otras disciplinas comprendiendo los efectos y consecuencias de la ley, los procesos legales, y los actores legales sobre el bienestar de las personas que se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de esta norma.

**Ley provincial para la prevención y sanción
de la violencia en el ámbito familiar - Nº 989 E**

AB. PABLO ORITJA

Quiero comenzar este trabajo aclarando que pretendo con el mismo clarificar algunas confusiones que la ley denominada de Violencia Familiar N° 989 E de la Provincia de San Juan ha generado en distintos actores jurídicos, fundamentalmente las fuerzas de seguridad, quienes la han considerado una regulación penalística y no han comprendido su real función de norma preventiva y protectora.

La aludida ley, es una norma que estructura su regulación a partir de concretos objetivos los cuales especifica en su artículo primero, aclarando en el enunciado preliminar de dicho artículo la naturaleza de orden público de la ley, razón por la cual sus disposiciones son indisponibles y su aplicación resulta obligatoria para todos los actores del sistema de protección que ella dispone.

I. Un error conceptual básico

Aunque parezca una verdad de perogrullo sabemos que por las distintas facultades delegadas que las provincias han hecho a la Nación es el congreso quien debe dictar las normas de fondo en materia Penal, Civil, Laboral, etc, conforme lo dispone el art. 75 inc. 12, de la CN, motivo por el cual cualquier intento por crear algún “tipo penal” a través de normas provinciales importaría una clara violación a la carta magna y por lo tanto dicha norma irremediablemente sería declarada inconstitucional. Sin embargo los términos utilizados en la redacción de la Ley N° 989 E, han llevado a pensar que la misma es una ley penal tipificante de conductas delictuales a las cuales se las engloba como tipos de violencia familiar.

Evidentemente la terminología utilizada en su redacción denota, a mi modo de ver, algunos errores de técnica legislativa que llevan a pensar que nos encontramos frente a una ley penal, así puede leerse en la ley que se habla de “denuncia”; de “bien jurídico

tutelado” (art. 2), “víctimas”, “denuncia” entre otros términos, los cuales sin ser técnicamente erróneos son propios o usualmente identificados con la rama del derecho penal y por consiguiente han llevado en algunos casos, y fundamentalmente dentro de las fuerzas de seguridad, a la confusión que adelantara previamente, originando en muchas ocasiones que frente a la intención de denunciar una situación de violencia, se terminara canalizando la misma como la denuncia de un delito, situación ésta no querida por la víctima.

Prueba de ello es que en la totalidad de las denuncias de violencia familiar que se radican en la Policía de la provincia de San Juan, se les da intervención a los juzgados Correccionales, los cuales por lo general decretan algún tipo de medida protectoria (generalmente detenciones, exclusiones de hogar y/o restricciones de acercamientos), y luego de que las secuelas de la medidas han concluido (otorgamiento de la libertad, concreción de la exclusión ó notificación de la restricción) el proceso es abandonado y luego archivado, sin darle el adecuado tratamiento y seguimiento interdisciplinario.

Si bien como ya he adelantado la “violencia familiar” por sí sola no importa un delito, puede subyacer o es susceptible de materializarse a través de un delito, y muchas veces dichos delitos son particularmente dependientes de instancia privada, requiriendo por lo tanto la necesidad de que el órgano jurisdiccional sea excitado por parte de la víctima. Esta situación ha generado la confusión apuntada en las fuerzas de seguridad las cuales, frente a la intención de una persona de denunciar una situación de violencia, en realidad materializan la denuncia del delito penal con el cual se ha materializado la situación de violencia, omitiendo informar a la víctima los derechos que le asisten en cuanto a su derecho de denunciar o no el delito, sin perjuicio del procedimiento de protección con el que efectivamente se va a comenzar.

Esto tiene una importancia trascendente frente a la ley bajo análisis porque muchas veces las personas que sufren algún tipo de violencia no buscan ayuda ante dichos episodios porque entienden que la misma criminalizará la conducta de su pareja, hijo,

padre o miembro de la familia que ejerce violencia, situación esta que la termina desalentando y atentando contra los objetivos y el sistema de protección que ha intentado implementar la Ley N° 989 E.

Es importante destacar que lo que el legislador a querido establecer en la ley es que cualquier indicador de violencia pueda ser detectado para que a través de una sencilla solicitud de protección se brinde a quien sufre de una incipiente conducta violenta (física, moral, sexual, y/o económica) distintas herramientas que no solo hagan cesar los actos concretos y actuales que los afecta, sino también procurar de que ese emergente o indicador desaparezca definitivamente de la familia, para de esta forma concretar uno de los objetivos expresamente enunciado en la ley el cual es la preservación de la institución familiar.

II. Concepto de violencia

Como primera medida debemos conceptualizar a la violencia en los términos que lo hace la ley como “toda acción, omisión abuso o maltrato dirigido a dominar, someter, controlar o agredir la integridad física, psíquica, moral, psicoemocional, económica sexual y/o la libertad de una persona que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor haya o no compartido el mismo domicilio que la víctima”.

Como vemos la ley prevé varios tipos de violencia y en este sentido podemos concluir que no todas pueden contener conductas delictuales, como por ejemplo la violencia moral, o la económica, e incluso en algunas modalidades de violencia sexual como sería la obstrucción de la determinación de la preferencia sexual, conducta ésta que no configura ningún delito penal pero sí un supuesto de violencia en los términos del inc. C del art. 6.

Del mismo modo se establece que la violencia debe producirse dentro de la familia, y en este sentido la ley utiliza un concepto amplio del término familia ya que la hace extensiva a cualquier otra relación interpersonal haya o no compartido el mismo do-

micilio con la víctima. Entiendo de que cuando se habla de relación interpersonal la ley se refiere a las relaciones afectivas entre parejas, padres e hijos, o de cualquier otra relación de parentesco pero que tenga características de unidad, situación esta que a mi entender se da cuando hay trato cercano y frecuente entre sus miembros que por lo general es vincular o de pareja, exista o no convivencia.

Como ya lo mencioné la ley establece tres conceptos rectores los cuales establece como objetivos y que la norma persigue. Estos son: 1) La prevención y sanción de la violencia familiar; 2) La asistencia Integral frente a los actos de violencia y 3) El Resguardo de la Institución familiar. Es importante analizar estos tres conceptos ya que ellos son el eje central y la brújula que nos debe guiar al interpretar y aplicar las normas de la ley. De esta forma cuando hablamos de prevención, la ley lo hace con el propósito de que puedan detectarse distintas situaciones que sean indicadores de violencia a fin de abordar dicha problemática, no solo para evitar daños en la salud física, psíquica, o en la integridad emocional, sexual, moral etc, sino porque como lo dice el inc. C del art. 1, se intenta abordar la problemática antes de que la institución familiar se vea seriamente afectada, porque es esta institución a la cual todas las acciones de la ley tienden a proteger y preservar.

Si bien la Ley expresa como primer objetivo la “prevención” y “sanción”, las hipótesis de sanciones que prevé tienen que ver con incumplimientos de resoluciones judiciales en las que se han decretado medidas de naturaleza cautelar protectorias ó restrictivas, incumplimientos que sin perjuicio de los delitos penales que pudieran implicar permiten al juez que ha intervenido en el proceso de violencia, imponer sanciones de multas, arrestos, trabajos comunitarios y capacitación, conf. art. 45.

Otros de los objetivos que la ley prevé es la asistencia integral de los miembros de las familias involucradas en situaciones de violencia, evidenciando dicho enunciado que el legislador ha visualizado el problema no como un conflicto que afecta exclusivamente al agresor y a la víctima, sino que por el contrario la problemática de violencia intra familiar tiene una raíz sistémica, social y cultural que requiere

un tratamiento interdisciplinario para poder abordarlo y solucionarlo.

Estas acciones de prevención se ven reflejadas en los arts. 7, 8 y 10 las cuales se encuentran a cargo del órgano de aplicación de la ley que en la provincia de San Juan es la Dirección de la Niñez Adolescencia y Familia, dependiente del Ministerio de Desarrollo Humano y promoción Social, el que, a su vez tiene una amplia red de dispositivos distribuidos por los distintos departamentos de la provincia con la finalidad de poder brindar una respuesta y un abordaje inmediato frente a algún indicador o situación de violencia requerido a través de una solicitud de protección o denuncia de violencia. Dichos equipos se estructuran a partir de profesionales en psicología, sociología, psicopedagogía, legales, los cuales articulan a su vez con las distintas áreas de los distintos centros de salud para darle cobertura y contención no solo al abordaje primario, sino que además se pretende controlar el seguimiento de los distintos tratamientos que requiera la problemática específica de cada hecho.

Como tercer objetivo, la ley persigue en su inc. C, “resguardar la institución familiar como célula social básica y fundamental de toda la comunidad en pos de una sociedad sana y justa”. Objetivo éste que en mi opinión debió ser enumerado en primer término, ya que éste es el que le da sentido e ilumina de razonabilidad a los dos primeros.

Efectivamente si analizamos los objetivos de prevención y asistencia despojados del inc. C, puede pensarse que lo único que se pretende es abordar el hecho histórico y ya pasado, procurando darle protección a la víctima aislándola del violento e intentar que no vuelva a ocurrir un nuevo hecho; pero en realidad cuando leemos el inc. C, vemos que el legislador ha ido mucho mas allá en su intención y su acción busca satisfacer un fin social o mejor dicho, busca la protección de una institución social celular, a la cual le atribuye la calificación de ser la célula social básica.

Esto a los ojos del intérprete no puede pasar desapercibido ya que frente al mas mínimo indicador de violencia deberíamos, quienes nos encontramos obligados a solicitar la protección de los

sujetos pasivos de violencia, activar los procesos de protección con el fin de que los organismos interdisciplinarios puedan abordar exitosamente la problemática y encausar las acciones conductuales de sus integrantes para evitar que los emergentes de violencia continúen y de esta forma preservar la institución familiar.

Sin embargo la mirada criminalizante que se ha hecho de la ley ha llevado a que los operadores de la misma solo adviertan situaciones de violencia que entrañan conductas graves y que en la mayoría de los casos son efectivamente delitos penales (amenaza, lesiones, abusos sexuales, entre otros), dejando de lado episodios previos que a lo mejor fueron considerados como mas banales los que al no haber sido abordados a tiempo terminan desencadenando hechos mas graves y desintegradores de la familia. Evidentemente aquí no solo pueden detectarse problemas de simple violencia cotidiana sino que puede detectarse algún tipo de violencia de género que igualmente puede y debe ser tratado a los fines de evitar consecuencia mas graves.

El art. 6 enumera cuatro tipos de violencia a los que caracteriza de la siguiente manera:

Violencia Física: Hace referencia a todo menoscabo físico interno o externo, el cual se materializa a través de una acción directa de maltrato que procura lesionar o afectar la integridad física de la víctima.

Violencia Psicológica o Emocional: Conducta repetitiva activa u omisiva que emergen como prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, amenazas actitudes devaluatorias o de abandono, que provocan en la víctima un deterioro en la autoestima y una afectación a su estructura de personalidad.

Violencia Sexual: Son conductas que afectan la integridad sexual, la libertad o autodeterminación sexual de la víctima.

Violencia Económica: toda conducta que limite o cercene el derecho de propiedad, la administración de bienes de todo tipo e ingresos propios o gananciales ó la falta de cumplimiento de los deberes alimentarios que pongan en riesgo el bienestar de personas o de sus hijos menores, adultos mayores o personas con capacidades especiales.

Frente alguna de estas modalidades de violencia la protección que prevé la ley 989E se estructura a partir de dos posibles hipótesis de actuación, ya sea a través de la SOLICITUD DE PROTECCIÓN (arts. 13 a 26) ó de la DENUNCIA DEL HECHO DE VIOLENCIA (arts. 27 a 32). La diferenciación de estas dos opciones de abordaje es básicamente la naturaleza administrativa o jurisdiccional que se da a una u otra y sus características se pueden advertir con tan solo analizar la naturaleza de los organismos obligados a recepcionar cada una de ellas.

Sin entrar a analizar cada uno de estos organismos y los procedimientos a seguir frente a una solicitud de protección o una denuncia, podemos destacar dos aspectos importantes; en primer lugar que conforme a los arts. 16 y 30 todos los agentes y funcionarios públicos se encuentran obligados a solicitar la protección o a denunciar cualquier hecho de violencia del que haya tomado conocimiento en ocasión o con motivo de sus funciones, y en segundo lugar que la única institución que se encuentra obligada a recepcionar tanto la solicitud de protección como la denuncia de violencia es la autoridad policial.

De esta forma y ante la hipótesis de ser un funcionario público y haber tomado conocimiento de un hecho de violencia ¿Qué debo hacer? ¿solicito protección o denuncio?. Idéntico interrogante deberá hacerse el oficial de policía frente al trámite que debe imprimirle al hecho de violencia que le presenta algunos de los obligados a denunciar o la propia víctima.

El procedimiento que dispara la solicitud de protección es eminentemente administrativo, ya que ante la concreta solicitud por parte de alguno de los sujetos enumerados en los arts. 13 y 30 los organismos dispuestos por la autoridad de aplicación deben abordar y dar respuesta eficiente a dichos actos de violencia, debiendo no solo hacerlos cesar, sino que además deben encontrarse los medios necesarios para evitar que en el futuro vuelvan a suceder. Esto sin perjuicio de que de ser necesario algún tipo de medida restrictiva o coercitiva, los organismos administrativos puedan recurrir al juez a fin de solicitar y logra una medida jurisdiccional precautoria que resguarde a las víctimas.

Por otro lado la denuncia presupone una actuación jurisdiccional conjunta, ya sea de forma concomitante o previa dependiendo del grado de violencia evidenciado en el hecho, siempre y cuando ello amerite sin dilación alguna el dictado de una medida jurisdiccional precautoria que proteja inmediatamente a la/s víctimas; pero cabe aclarar que en uno u otro caso la actuación de los organismos administrativos e interdisciplinarios debe ser asegurada tanto para las víctimas como para los victimarios violentos.

De esta forma para responder al interrogante planteado es necesario que el funcionario público que en ocasión o con motivo de sus funciones tome conocimiento de la comisión de algunos de los hechos de violencia (art. 30) tenga la capacidad de valorar la situación en torno a los objetivos que prevé la ley y fundamentalmente el aludido en el inc. C, ya que frente a dicha tarea el funcionario público deberá decidir cual es la vía más idónea no solo para resolver la situación de violencia sino además cual es la manera mas idónea para preservar la institución familiar.

III. Conclusión

Debemos entender que la correcta articulación de los diferentes actores que la ley dispone para la lucha contra la violencia familiar tiene por finalidad satisfacer los objetivos de la ley bajo estudio. La detección temprana de indicadores tenues de violencia y la adecuada elección del proceso a seguir asegurarán un mejor y correcto abordaje, logrando no solo prevenir en el futuro nuevos y crecientes episodios de violencia, sino que también garantizará una familia sana, social y psicológicamente, protegiendo principalmente a esa célula social que es la base de cualquier comunidad organizada y que posibilita el adecuado desarrollo de los hijos y de una sociedad mas sana y justa.

**La experiencia del expediente digital en el
fuero laboral de la Provincia de San Luis**

AB. EUGENIA BONA

En agosto de 2015 se comenzó en la Provincia de SAN LUIS, la experiencia piloto de la despapelización total del fuero laboral. El SUPERIOR TRIBUNAL ya había comenzado una política de informatización y digitalización del poder judicial, que comenzó con la firma digital de los magistrados y funcionarios. Esta firma se diferencia de la firma electrónica, en que se otorga a cada juez y funcionario un dispositivo, token, en el cual se encripta su huella digital, y con el uso de una clave puede firmar, siendo luego esa firma no susceptible de desconocimiento. La ULP (UNIVERSIDAD DE LA PUNTA) es el organismo certificante, que guarda en un sistema especial todo lo referente a la firma y como estos dispositivos tiene una duración limitada, se hace su renovación cada tres años.

Los abogados, para poder ingresar en consulta de expediente o presentación de escritos, también debe tener su firma digital actualizada.

Se presenta un problema con los peritos, ya que el sistema de obtención de la firma es caro, y a veces no quieren obtenerlo, por lo cual, hemos implementado, en el juzgado a mi cargo, en fora jurisprudencial, dos posibilidades, que presenten la pericia en papel, y el personal de mesa la escanee y la suba al expediente o bien que los patrocine un abogado con firma digital.

Este problema, lo he comentado para mostrar un panorama al lector, de que, cada día, se presentan situaciones que deben ser resueltas sobre la marcha, trabajando error-acierto, y las soluciones deben crearse, pero ello nos lleva a apartarnos del CPL, que se hizo para un procedimiento distinto.

El art 12 de la ley 591/07, de firma digital, autoriza al SUPERIOR TRIBUNAL, a dictar los instrumentos necesarios para el sistema, por ser autoridad de aplicación.

ELLO HACE QUE SE HAYAN DICTADO ACORDADAS RESPECTO AL EXPTE DIGITAL, REGLAMENTO ELECTRONICO, ETC, VARIAS DE CUYAS NORMAS MODIFICAN EL

C.P. Y EL CPL, lo que hace que sea imprescindible una reforma de los códigos procesales, escritos y pensados para un procedimiento diferente, para que esta manera, los jueces no estemos permanentemente en riesgo, respecto a la constitucionalidad del procedimiento aplicable.

Respecto de los abogados, al principio el rechazo al sistema fue importante, pero, trabajando en equipo, y hablo por la experiencia de mi propio juzgado, tratando de establecer criterios que ayudaran a trabajar mejor, hoy estamos en una situación de trabajo en concordancia, con el fin de poder optimizar un sistema, que tiene deficiencias, pero que todos reconocemos que es la única forma de modernizar el sistema de justicia.

Conforme la Secretaria de Informática del STJ, los abogados, no necesitan venir a nuestra mesa de entradas, ya que pueden consultar y presentar escritos por sistema, sin embargo, ello no ha sucedido, si bien ha disminuido la concurrencia, el numero de escritos ha aumentado, siendo a veces más de 200 diarios, ya que, presentar tres o cuatro escritos con el mismo texto, y dos mas que preguntan acerca del estado del enviado en primer término. A fin de confirmar la recepción, o si se ha proveído o no resulta una pérdida de tiempo importante, porque el empleado de mesa debe abrir todos los escritos, y el de despacho decretar todos, aunque solo sea con un estese.

Las audiencias, los informes de reparticiones como ANSESS, AFIP, siguen siendo en papel, lo que hace necesario tener un expediente papel unido a la caratula del digital, con estos elementos, la solución que informática pretende es que se escanee todo por el personal de mesa, lo cual es imposible, por el volumen de trabajo, y el numero de personal disponible. Respecto a las reparticiones Provinciales, la situación es diferente, pues la pcia esta unida por un anillo informático que es la AUTOPISTA DE LA INFORMACION, que permite conectarse con todos los organismos de TERRAZAS DE PORTEZUELO, que es el centro administrativo, por la web, y lo mismo con otros sitios de la pcia, por ej, los jueces de paz los que, al tener firma digital, y estar incorporados al sistema, han modificado su mecánica de trabajo, en forma más simple y rápida, ya que todos los trámites son vía mail.

El procedimiento se ha agilizado, el tiempo del trámite es menor, más simple, por ejemplo en lo referente a pagos por capital a los actores, no emitimos más cheques judiciales, se libra un oficio vía correo electrónico al Banco y este es quien abona o realiza la transferencia pertinente, lo cual, si bien es seguro, y nos evita el trámite de confeccionar cheques, a veces es más largo el tiempo de cobro, se ha agilizado el procedimiento, pero se ha hecho más importante el cuello de botella en el juez, que sigue siendo uno.

Hay otro efecto, y es que, todos sabemos que el abogado es un ser social, que los bares cerca de tribunales siempre han sido lugares de encuentro, de debate, de muchas veces, solucionar causas amigablemente, y esta situación de que se trabaja desde el estudio, salvo casos especiales, por ej, audiencias, ha cambiado este modus vivendi. Los pasillos son un lugar de paso, la camaradería es menor, yo misma reconozco que veces, paso semanas sin hablar con un colega, lo que, desde el punto de vista sociológico, es un cambio, que también debemos analizar y quizás establecer nuevas formas de socialización.

Si bien, entonces, debemos decir que el sistema tiene ventajas, pero también defectos, uno de los cuales, en mi caso atribuyo a que quienes conforman el cuerpo de trabajo en la Secretaría de informática del Superior Tribunal, son informáticos, que no saben, por ejemplo que es un cargo, y su importancia, lo que, por cierto, dificulta la comunicación y el entendimiento, sobre todo porque la mentalidad y forma de razonamiento del abogado, es humanista, amplio, protector de derechos constitucionales, tanto más en mi caso, que soy laboralista, y el informático es un producto de las ciencias duras, cuya premisa es que somos nosotros quienes debemos adaptarnos al sistema, no el sistema a nuestras necesidades.

Con relación al personal, se ha redistribuido, pues es necesario un despacho más numeroso, por la cantidad de escritos IOL que se presentan diariamente, y tampoco se ha podido reducir el personal de mesa, por cuanto, si bien es menor la atención de público, es mayor el trabajo de recibir y destinar la cantidad de escritos diarios.

Si algún letrado de otra Pcia. desea obtener su firma digital, para poder enviar escritos y consultar exptes. en esta Pcia. desde otra, o desde otro país, ya que tenemos letrados que litigan desde el extranjero, debe matricularse, en el Colegio de Abogados, y luego gestionar su firma digital, con lo que queda habilitado para intervenir en la causa.

Respecto a lo penal, al haberse informatizado las denuncias en la sede policial, los sumarios también se remiten por mail, lo que ha simplificado su trámite.

SE HA AGREGADO COMO ANEXO, 2134/16, del 24-2-17, que es el ultimo dictado, y se refiere al REGLAMENTO GRAL DEL EXPTE ELECTRONICO, en cual obran todas las especificaciones técnicas, medidas de seguridad, el funcionamiento de la MGU-MESA GENERAL UNICA, que es el organismo por donde ingresan los exptes, y se distribuyen y sortean en las distintas dependencias.

Hay también al respecto un inconveniente, que es el siguiente: el abogado presenta la demanda por MGU pero es luego el quien debe traer la documental y ese único escrito papel, al juzgado que corresponda. LA NORMA DIGITAL DICE QUE LA DOCUMENTAL DEBE SER ESCANEADA, Y DEVUELTO AL ORIGINAL AL LETRADO, norma con la que discrepo, por una situación práctica, los juicios laborales tiene reconocimiento de documental, y la mayoría de las veces finaliza en una pericia caligráfica, o contable, que solo puede hacerse con originales, siendo difícil conseguir que el letrado vuelva a traer los originales, no habiendo sanción expresa para este supuesto. Es por ello que en mi juzgado se continua guardando la documental original, hasta el dictado de la sentencia, por razones de seguridad, y por tener la prueba una directa relación con el derecho constitucional de defensa en juicio, que, entiendo, debe ser protegido. Este tema, que espero a través de esta escueta síntesis he tratado de brindar, debe ser, estudiado, analizado y debatido, y quedo a la espera de la opinión de los distinguidos colegas, ya que todo aporte es valioso, para lograr el objetivo buscado, que es poder brindar un mejor servicio de justicia.

