





ANUARIO DE LA REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA

DIRECTOR
DR. PASCUAL ALFERILLO

TOMO IV AÑO 2019

 **EDITORES**
FONDO EDITORIAL

Anuario de la Revista Jurídica Región Cuyo-Argentina / Pascual Eduardo Alferillo... [et al.]; compilado por Pascual Eduardo Alferillo.
- 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IJ Editores, 2020.
592 p.; 23 x 15 cm.

ISBN 978-987-4995-88-9

1. Derecho Regional. I. Alferillo, Pascual Eduardo II. Alferillo, Pascual Eduardo, comp.

CDD 340

Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial, la Institución, el Director ni del Comité Editorial.

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

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

Impreso en Argentina

Derechos reservados por la Ley N° 11.723

Índice

Editorial

PASCUAL EDUARDO ALFERILLO.....9

Las fuentes de la Constitución de la Defensa Nacional

GERARDO TRIPOLONE.....13

Obligaciones y riesgos

THIAGO RODOVALHO.....29

Algunas consideraciones sobre la prevención de daños en el microsistema de protección del consumidor

CLAUDIO FABRICIO LEIVA.....61

Responsabilidad Civil derivada por la frustración del proyecto de vida por fracaso de la empresa familiar

JORGE ALBERTO OSMAN.....93

Breve reseña sobre la posibilidad de pactar o solicitar la atribución del uso de la vivienda familiar en las uniones convivenciales

NADIA ANAHÍ TORDI.....147

Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial

JUAN CARLOS PANDIELLA MOLINA.....159

¿Es conveniente el tope matemático fijo de la sanción punitiva dejando su destino librado al prudente arbitrio judicial en todos los casos?

DIEGO SEBASTIÁN GONZÁLEZ VILA.....171

El rol de la víctima en el Proceso Penal con especial referencia al nuevo Código Procesal Penal Federal y a la ejecución de la pena privativa de la libertad

(Ley N° 27.375)

RUBÉN E. FIGARI.....187

Extranjeros en conflicto con la Ley Penal

Aspectos centrales de Derecho Procesal Penal Internacional y Local para el cumplimiento de condenas penales de ciudadanos extranjeros - extrañamiento, expulsión y extradición

Competencia de la Dirección Nacional de Migraciones y del Órgano Jurisdiccional

PABLO GUIDO PEÑASCO.....249

El rol de los actores sociales en el Derecho Ambiental frente al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

PABLO NICOLÁS ORITJA.....267

Nociones generales sobre el Derecho Contravencional, con especial referencia al Nuevo Código de Contravenciones de la Provincia de Mendoza

ÉRICA VON ZEDTWITZ.....273

Desencuentro profundo de Fuentes Legislativas

RAÚL EDUARDO BERTRÉS.....283

El concepto de *río* en el Código Civil y Comercial

Continuación

ALDO GUARINO ARIAS.....321

La Mala Fe en el Derecho Procesal

PASCUAL EDUARDO ALFERILLO.....339

Respeto de la Dignidad Humana en el Anteproyecto de Ley de Defensa al Consumidor (trato digno)

JUAN CARLOS PANDIELLA MOLINA.....365

La Prescripción en el Contrato de Seguro a la luz del Código Civil y Comercial, un nuevo capítulo de una vieja controversia

DIEGO SEBASTIÁN GONZÁLEZ VILA.....383

Concursos y Quiebras

Un Derecho Concursal vetusto y adormecido, para paliar crisis modernas y dinámicas (por un Derecho Concursal para empresas)

GUILLERMO MEDAWAR.....413

Algunas reflexiones sobre Ética del Abogado

Relación con el Caso Mendocino

GABRIEL R. JUAN.....455

Consolidación del Sistema Procesal Penal Acusatorio Adversarial a partir de la jurisprudencia de Mendoza

Proyección de los principios de litigación de la Ley de Juicio por Jurados Populares al Proceso Penal Común

PABLO GUIDO PEÑASCO.....499

La Carga Probatoria en los Procesos de Consumo con especial referencia a las normas del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de Mendoza

ERICA VON ZEDTWITZ.....521

Ante la duda razonable, la gratuidad se impone en cuestiones de Violencia de Género

CYNTHIA DEBIAZI.....529

El arbitraje con Entes Estatales en Brasil después de la reforma de 2015

ANDRE VASCONCELOS ROQUE.....549

Reflexiones sobre Derecho y Nuevas Tecnologías

El impacto de una Nueva Era

JHOEL CHIPANA CATALÁN.....579



STAFF

Director

DR. PASCUAL ALFERILLO

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

Mesa Directiva (2019 - 2022)

Presidente: DR. ARMANDO S. ANDRUET (H)

Vicepresidenta: DRA. MARCELA ASPELL

Secretario: DR. JUAN MANUEL APARICIO

Tesorero: DR. GABRIEL B. VENTURA

Director de Publicaciones: DR. JUAN CARLOS PALMERO

Revisor de cuentas: DR. EFRAÍN H. RICHARD

Presidentes Honorarios

DR. JUAN CARLOS PALMERO

DR. JULIO I. ALTAMIRA GIGENA

Secretario Técnico

DR. CHRISTIAN G. SOMMER

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)

DR. JUAN CARLOS PANDIELLA (SAN JUAN)
AB. EUGENIA BONNA (SAN LUIS)
DR. RAÚL EDUARDO BERTRES (V. MERCEDES - SAN LUIS)

Directores anteriores

DR. LUIS MOISSET DE ESPANÉS (CÓRDOBA) (+)
DR. ALEJANDRO PÉREZ HUALDE (MENDOZA)

Académicos Correspondientes de Cuyo

DR. ROBERTO JOSÉ DROMI (MENDOZA) 30/7/82
DR. ALEJANDRO G. BARO (MENDOZA) 28/10/1983
AB. ALDO GUARINO ARIAS (SAN RAFAEL - MENDOZA) 6/5/1988
DR. HÉCTOR ANDRÉS BENÉLBAZ (MENDOZA) 27/5/1988
DR. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (MENDOZA) 14/6/1989
DR. PASCUAL E. ALFERILLO (SAN JUAN) 24/6/2003
DR. ALBERTO SÁNCHEZ (SAN JUAN) 25/11/2003
DR. ALEJANDRO PEREZ HUALDE (MENDOZA) 12/7/2005
DR. JORGE SARMIENTO GARCÍA (MENDOZA) 31/3/2009
DR. RAÚL EDUARDO BERTRES (V. MERCEDES - SAN LUIS) 26/4/2011
DR. OSCAR ALVARO CUADRO (SAN JUAN) 7/8/2012
DR. VÍCTOR BAZÁN (SAN JUAN) 23/9/2014

Académicos correspondientes fallecidos

PABLO ANTONIO RAMELLA - SAN JUAN - 16-10-75 (+25-04-1993)
JUAN RAMÓN GUEVARA - MENDOZA - 15-04-83 (+ 21-04-1994)
JOAQUÍN LÓPEZ - MENDOZA - 25-06-86 (+ 22-09-2004)
DARDO PÉREZ GUILHOU - MENDOZA - 15-12-80 (+ 30-7-2012)

Editorial

DR. PASCUAL EDUARDO ALFERILLO

Las palabras preliminares para presentar esta edición de la Revista Jurídica de Cuyo están destinadas a resaltar la trayectoria del abogado Aldo Guarino Arias, actual Vice Director del Instituto de la Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y C.S. de Córdoba para rendirle un justo tributo.

Las primeras referencias a su persona se guardan en el cofre de los buenos recuerdos, cuando el común amigo Luis Moisset de Espanés comentaba en una carta de 1979 que el grupo del Instituto de investigaciones “Martínez Paz” se preparaba para viajar con el objeto de participar en las “V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil” organizadas por el Instituto de Derecho Civil Comercial y Procesal que presidía el profesor Guarino Arias.

El detalle viene a bien para resaltar la labor del homenajeado que hizo su apostolado jurídico en el país interior, alejado en ese tiempo, no sólo de la capital de su provincia, sino fundamentalmente, de los centros universitarios más importantes. En esos lugares la formación y actualización de la plétora profesional dependía del impulso de abogados gestores de actividades académicas que se realizan con un esfuerzo ponderable para concretarlas.

Esta vocación por inspirar con el ejemplo a las generaciones venideras se plasmó en promover, hace unos años, la creación del Instituto de Derecho Ambiental del Colegio Público de Abogados y Procuradores de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza, para tratar problemas propios del siglo XXI, como es la contaminación del hábitat del hombre.

Como se percibe el transcurso del tiempo no aminoró la profunda vocación de Aldo Guarino Arias, por servir al Derecho realizando todas las diligencias para concretar los proyectos institucionales soñados.

Pero su labor jurídica no finiquitó en la organización de eventos, sino que, de igual manera, se materializó en importantes investigaciones sobre temas es-

peciales y en un trabajo de 6 tomos que conforman el “Código Procesal Civil de Mendoza Comentado” que fue una obra de consulta ineludible en la provincia de Mendoza.

Sin embargo, destaca y trasciende su preocupación por el análisis de la problemática del agua que en la zona cordillerana esta signada por su dependencia de ríos cuyos nacientes están en los glaciares y nevados de la Cordillera de los Andes que hoy se ven afectados por la actividad del hombre y el calentamiento global.

Sobre esa temática escribió: “El Rio Grande – el drama de una desidia política”, “El Agua, Principal Elemento Del Medio Ambiente”, “Análisis crítico de la sentencia de la Corte Nacional en el caso La Pampa c/ Mendoza p/ Aguas del Atuel”, “Ríos interestaduais – Principios de razonabilidad y equidad en la distribución de sus aguas”, “El cambio climático y la emergencia hídrica”, “El conflicto sobre las aguas del Rio Atuel. Recomposición Fluvio Ambiental ¿Cosa Juzgada?”, entre otros estudios.

Este breve relato del historial de Aldo Guarino Arias con la Ciencia Jurídica no hace olvidar sus cualidades personales que resaltan su hombría de bien, de buen padre de familia, mejor esposo y amigo fiel.

La decisión de la Secretaría de San Rafael de realizar un homenaje a Aldo Guarino Arias para reconocer la trayectoria de un gran jurista del país interior es un acierto al cual, la Revista Jurídica de Cuyo, adhiere.

Las fuentes de la Constitución de la Defensa Nacional

DR. GERARDO TRIPOLONE

Introducción

La Constitución Nacional (CN) contiene cláusulas específicas sobre los poderes militares del Estado federal. Éstas son abordadas en todas las obras de derecho constitucional, la mayor parte de las veces en conjunto con los poderes en materia de política exterior y relaciones internacionales. En líneas generales, este abordaje ha sido insuficiente. La temática constitucional de la defensa nacional amerita una profundización mayor, sobre todo en un contexto nacional e internacional de debates alrededor de las funciones que las fuerzas armadas deben cumplir entrado el siglo XXI.

La ausencia de estudios en profundidad de este tema no es sorprendente si se piensa en la escasa relevancia que la defensa nacional, en general, ha tenido en las ciencias sociales. Desde instituciones e investigadores civiles, la producción académica relacionada a esta temática se reduce a un círculo pequeño de profesionales, sobre todo del área metropolitana.

Las perspectivas de análisis se han orientado especialmente al control civil de las Fuerzas Armadas Argentinas (FFAA), tema no menor en un país con una larga tradición de planteos, golpes y gobiernos militares. Sin embargo, poco se ha trabajado sobre política de defensa y estrategia militar, temas que se han delegado tácitamente a los investigadores de las FFAA.

En el campo del derecho la situación es aún más apremiante. Salvo la tesis de doctorado de Santiago Sinópoli titulada Derecho constitucional militar, es sumamente difícil hallar una obra dedicada al tema. Los abordajes jurídicos sobre las FFAA se han orientado al derecho militar¹. No existe en la literatura

¹ Por ejemplo, la gran obra de Ezequiel Abásolo sobre derecho penal militar (Aboso, Ezequiel, Derecho penal militar en la historia argentina, Academia Nacional de Derecho

constitucional un tratamiento profundo de los poderes del Estado en relación a las FFAA y a la política de defensa.

La obra de Sinópoli es sin dudas un aporte, pero presenta ciertas aristas que es necesario revisar o, al menos, abordarlas desde otra perspectiva. Por un lado, habría que poner en cuestión la denominación. Más que “derecho constitucional militar”, habría que hablar de “derecho constitucional de la defensa nacional”. Aunque el instrumento militar es el principal responsable, la defensa nacional, como el propio Sinópoli reconoce, es más que el rol desempeñado por las FFAA. Por tanto, se requiere una denominación más abarcadora.

Por otro lado, la obra de Sinópoli, al ser la primera de su tipo, posee aún un carácter exploratorio que es necesario profundizar. Este trabajo se enmarca en este objetivo. Nos concentraremos en las fuentes del derecho constitucional de la defensa nacional como una introducción a una línea de investigación mayor que estamos desarrollando. La perspectiva será predominantemente descriptiva, lo cual no impide extraer conclusiones importantes sobre la materia. El análisis se hará teniendo en cuenta los desarrollos doctrinarios en Estados Unidos de Norteamérica. La Constitución de aquel país fue, como se sabe, el modelo para la organización del poder argentino. Es por esto que pueden encontrarse en la más amplia literatura sobre el tema en Estados Unidos herramientas conceptuales que nos permitirán analizar el caso en Argentina.

Entre el texto y la práctica constitucional

Dentro de la literatura constitucional de Estados Unidos, uno de los libros más importantes es el publicado por Harold Koh en 1990. A pesar de estar motivada por el escándalo Irán-Contra durante la administración de Ronald Reagan², la obra no ha perdido actualidad. Koh analiza el caso como un paradigma que demuestra los problemas de la “Constitución de la Seguridad Nacional”³ de Esta-

y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002).

² Durante la presidencia de Ronald Reagan, Estados Unidos realizó una operación encubierta de apoyo a los Contra en Nicaragua financiada, al menos en parte, con la venta ilegal de armas a Irán durante la guerra de este país con Irak. El apoyo a los Contra le valió la condena de la Corte Internacional de Justicia por haber cometido un acto de agresión contrario a la Carta de Naciones Unidas.

³ Utilizamos “defensa nacional” y no, como se ve que es usual en Estados Unidos, “seguridad nacional” para que no se confundan los asuntos de seguridad interior con los de

dos Unidos. Existe, para Koh, un “ciclo” definido por la iniciativa del Presidente en asuntos de seguridad nacional, el consentimiento del Congreso y la tolerancia del Poder Judicial incluso frente a ilegalidades manifiestas⁴.

Este ciclo no es lo que nos interesa en este momento. Lo que tomaremos de la obra de Koh es la clasificación de las fuentes de la National Security Constitution de Estados Unidos para pensarlas en el contexto de la Constitución de la Defensa Nacional argentina. Las fuentes son, para Koh⁵, las siguientes:

(i) El texto de la Constitución entendido en el marco de la estructura constitucional de separación de poderes y la interpretación jurisprudencial, sobre todo de la Corte Suprema de Estados Unidos.

(ii) Los statutes, es decir, la legislación emanada del Congreso, tales como la National Security Act de 1947, la War Powers Resolution de 1973, National Emergencies Act de 1976, entre otras.

(iii) La quasi-constitutional custom compuestas por las normas generadas por la práctica histórica entre los poderes del Estado federal en asuntos de seguridad nacional.

Es posible tomar este esquema para evaluar las fuentes del Derecho Constitucional de la Defensa Nacional en Argentina, salvando siempre las diferencias. Una de ellas se relaciona con los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, con especial referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estados Unidos no posee nada que se le parezca y el impacto de esta nueva fuente de derecho no puede menospreciarse. Por otra parte, hemos cambiado la forma de exponer las fuentes: la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) la trataremos en un apartado diferente junto con la práctica del Poder Ejecutivo en la materia. Lo hacemos de esta forma porque, como era de esperar, los casos ante el máximo tribunal refieren centralmente a lo actuado por el Presidente.

defensa nacional que nuestra legislación infraconstitucional distingue.

⁴ Koh, Harold, *The National Security Constitution. Sharing power after Iran-Contra affair*, Londres y New Haven, Yale University Press, 1990 pp. 5; 12-13; 62-63.

⁵ Ídem, pp. 68-72.

Texto y estructura constitucional

La CN contiene muy pocas cláusulas referidas a la defensa nacional y los poderes militares. Esto no significa que no hayan sido preocupaciones de los constituyentes de 1853. “Proveer a la defensa común” es una aspiración del preámbulo y una razón más por la que se dictó la CN. A su vez, el artículo 21 consagra la obligación ciudadana de defender la “patria y la Constitución”. Esta obligación forma parte del ideal republicano del ciudadano-soldado que ya estaba presente en, por ejemplo, Bernardo de Monteagudo⁶ y, en general, en los revolucionarios de mayo. El ciudadano-soldado es una figura propia del sistema republicano que democratiza los conflictos bélicos y que se distingue del soldado profesional⁷.

Las otras cláusulas de la primera parte de la CN referidas a poderes armados son para rechazar el ejercicio privado de la fuerza, muy común durante el periodo inmediatamente anterior a 1853 y que continuaría durante algunas décadas más en el siglo XIX. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 22 que proscribía a cualquier “fuerza armada” se atribuya derechos del pueblo y peticione en nombre de éste. También el artículo 17 es importante, ya que prohíbe a un cuerpo armado hacer requisiciones o pedir auxilios de cualquier especie.

A su vez, en la parte orgánica de la CN se establecen dos puntos centrales de la organización del poder militar:

(i) La distribución de competencias militares entre el Estado federal y las provincias.

(ii) El reparto de facultades entre los tres poderes del Estado federal.

⁶ Monteagudo, Bernardo, “De las tareas administrativas del gobierno, desde su instalación hasta el 5 de julio de 1822”, en *Escritos políticos*, Emecé, Buenos Aires, 2009, pp. 98-100.

⁷ Samuel Huntington hace esta distinción para el caso de Estados Unidos en *The soldier and the State. Theory and politics of civil-military relations*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, pp. 89-97. Sinópoli (Derecho constitucional militar, tesis doctoral, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2003, pp. 18-19) considera, sin muchos argumentos, que el artículo 21 es el que constituye a las FFAA y les otorga el doble rol de defensa nacional y seguridad interior. Esto es difícilmente argumentable, si se toma en cuenta lo que decimos en el texto, es decir, que está consagrando una obligación de todo ciudadano y no la creación de un ejército profesional. Además, ya desde el preámbulo se distingue la “defensa común” de la “paz interior”, por lo que no hay ninguna identidad al respecto en el texto constitucional.

Sobre (i), la centralidad del Estado federal en relación al poder militar es hoy evidente. Sin embargo, no lo era en 1853. Incluso luego de la sanción de la CN, la presencia de las milicias provinciales constituía un factor de descentralización del poder militar en las provincias. Mediante la Guardia Nacional, Estados Unidos aún mantiene este esquema de poderes militares armados y adiestrados en cada uno de los cincuenta estados federados, pero que pueden ser convocados por el presidente.

En Argentina es distinto. Por un lado, se han suprimido las milicias provinciales. Por el otro, el artículo 126 prohíbe “armar buques de guerra o levantar ejércitos” salvo invasión exterior o de peligro inminente que no dé tiempo para el auxilio del gobierno federal, situación sumamente excepcional⁸.

En cuanto al reparto entre los poderes del Estado federal, la CN consagra facultades expresas tanto del Ejecutivo como del Legislativo. Además, al Judicial le tocará resolver sobre la materia en todas las causas que tramiten en el ámbito de su jurisdicción. Este reparto no es simétrico. No cabe dudar de la preponderancia que tiene el Ejecutivo en estos asuntos, lo cual es producto de ciertas cláusulas de la CN, pero también de su interpretación en la práctica constitucional.

Sin embargo, el más importante de los poderes es el de declarar la guerra y hacer la paz, más el de ordenar represalias, lo cual también constituye una acción armada. Es el más importante porque implica el acto político más extremo⁹, que es el de iniciar un estado de guerra lo que puede implicar que ciertas personas deban enfrentarse en un combate donde existe la posibilidad real de matar y morir. Este poder lo tiene, en virtud del artículo 75 incisos 25 y 26, el Congreso de la Nación, que es el representante del pueblo. La idea republicana es, por supuesto, que sólo quien representa a los que irán a la guerra pueden decidir cuándo comenzarla y terminarla.

El texto constitucional establece que es el Congreso el encargado de “autorizar al Poder Ejecutivo a declarar la guerra” (75.25) y “facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias” (75.26). El Congreso tendría que, como paso

⁸ No puede admitirse, como hace Sagüés (Derecho Constitucional. 2. Estatuto del poder, Buenos Aires, Astrea, 2017, p. 573) que las policías provinciales sean equiparadas a las milicias. Son dos instituciones con orígenes y finalidades totalmente distintas.

⁹ “La guerra abarca al Estado como totalidad en su existencia política, siendo la última y decisiva expresión del agrupamiento político específico, esto es, de amigos y enemigos” (Schmitt, Carl, Teoría de la constitución, trad. Francisco Ayala, Alianza, Madrid, 2009, p. 3347).

previo, autorizar para declarar la guerra al Presidente o facultar al Ejecutivo para la orden de represalias. El Presidente no podría actuar sin estos actos del Congreso que serían previos.

Esta interpretación, canónica en la literatura constitucional, es problemática cuando se lee el artículo 99.15 que consagra como facultad del Poder Ejecutivo la de “declara la guerra y ordena represalias con autorización y aprobación del Congreso” (destacado añadido). Esta cláusula agrega el término “aprobación” que ya no supone un paso previo del Congreso, sino uno posterior. ¿Significa que el Ejecutivo tiene una facultad para declarar la guerra por sí mismo y que luego el Legislativo debería aprobarla? Si la tiene, ¿es sólo ejercible durante el receso del Congreso Nacional o en cualquier momento?¹⁰

Estas discusiones, siendo importantes, han perdido parte de su relevancia por una razón fundamental: las guerras ya no se declaran. Argentina no declaró la guerra cuando combatió con el Reino Unido en 1982. Tampoco Londres la declaró cuando envió la Task Force al Atlántico Sur. A pesar de que ha peleado en muchas alrededor de todo el globo, Estados Unidos no ha declarado la guerra desde que lo hiciera en diciembre de 1941 contra Japón, Alemania e Italia.

El derecho internacional proscribe la guerra como modo de solución de controversias. Esto no era así cuando se redactó la Constitución de Estados Unidos y tampoco cuando se sancionó la de nuestro país. La guerra era legítima siempre que fuese declarada por una autoridad competente (un Estado) y las hostilidades se acotasen al *ius in bello*. Esto cambió en el siglo XX. Sobre todo a partir de 1945, para que una acción armada sea considerada legítima bajo las normas internacionales, debe considerársela como un acto de legítima defensa o una acción policial bajo las normas del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, pero nunca como una guerra según los parámetros del derecho internacional posterior al Tratado de Westfalia y anterior a las dos guerras mundiales del siglo pasado.

Las cláusulas de la CN que sí generan discusiones importantes en la actualidad son las de comandante en jefe (que recae en el Poder Ejecutivo) y la de organización de las FFAA (en cabeza del Congreso) y de disposición de las mismas (facultad otorgada al Ejecutivo). Además, es importante tener en cuenta los problemas que han surgido del (no) cumplimiento de la autorización por parte del

¹⁰ Hemos desarrollado estas ideas en un texto inédito que está siendo evaluado para otra publicación académica.

Congreso como paso previo para el ingreso de tropas extranjeras al territorio nacional y la salida de tropas nacionales al exterior (art. 75.28). El incumplimiento de este recaudo ha sido proverbial, siendo el ejemplo del envío de una flota a la Guerra del Golfo Pérsico por voluntad exclusiva del Ejecutivo el más espectacular de los casos recientes¹¹.

¿Qué poderes tiene el “comandante en jefe” de las FFAA (art. 99.12)? No es claro. La CN no lo determina y la práctica ha sido ambigua. En Estados Unidos ha posibilitado, por caso, que el presidente George W. Bush se niegue a dar información de los black sites de la CIA, rechace la aplicación de las convenciones de Ginebra en el combate contra Al-Qaeda, someta a rendiciones¹² a sospechados de terrorismo, haga caso omiso a la legislación del Congreso que estableció límites en los interrogatorios bajo tortura y, sobre todo, inicie dos guerras mayores (Afganistán e Irak) y sostenga acciones militares menores alrededor del mundo sin que el Congreso pueda detenerlo¹³. Como afirma Huntington, la función más importante que esta cláusula ha tenido en Estados Unidos ha sido la de expandir los poderes presidenciales¹⁴.

Sobre la problemática distribución de competencias de organización y disposición de las FFAA, hemos dedicado otro trabajo¹⁵. Baste decir aquí que el artículo 99.13 ha servido para que autores como Bidart Campos, Sinópoli y Palazzo consideren que el Ejecutivo puede sobrepasar a la legislación en caso de emergencia y valerse de las FFAA a pesar de que la ley lo prohíba. Sostienen que la facultad de disposición emana de la propia CN y, por tanto, no puede ser limitada por el Congreso. Otros constitucionalistas, como Quiroga Lavié y Ekmejdjian niegan este extremo¹⁶.

¹¹ En el mismo texto referido en la nota anterior hemos tratado este problema. También puede verse Sabsay, Daniel, Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho constitucional, La Ley, Buenos Aires, p. 231.

¹² Es decir, secuestrar a un sospechado de terrorismo de un país para llevarlo a un tercero donde la tortura es práctica habitual para ser interrogado.

¹³ Parte de esta enumeración de encuentra en Smith, John E., Bush, Nueva York, Simon & Shuster, 2016, pp. 503-504

¹⁴ Huntington, Samuel, op. cit., p. 184.

¹⁵ Véase Tripolone, Gerardo, “Poderes militares y Constitución en el siglo XXI”, En Letra, año V, núm. 10, 2018, pp.32-55.

¹⁶ A favor, Bidart Campos, Germán, Manual de la Constitución reformada, Buenos Aires, Ediar, 1999, t. III p. 307; Sinópoli, Santiago M., op. cit., p. 70; Palazzo, Eugenio, “Competencias del Congreso en materia de defensa nacional”, en Sabsay, Daniel (dir.) y Manili, Pablo L. (coord.), Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Aná-

Cuando surgen estas disyuntivas, según Koh, es necesario acudir a la estructura constitucional. Si se entiende que las disposiciones de la Constitución de la Defensa Nacional se hallan en el contexto de una constitución que divide el poder, entonces no puede afirmarse que el Ejecutivo puede sobrepasar las facultades que la propia CN le otorga al Congreso e ignorar los límites que éste le imponga en el uso de las FFAA. De hecho, Koh recuerda un temprano caso en Estados Unidos, *United States v. Smith* de 1806, en el que la Corte Federal del distrito de Nueva York estableció que el Presidente no puede controlar las leyes del Congreso, no puede dejar de cumplirlas y no está autorizado para hacer aquello que la legislación prohíbe¹⁷.

En Argentina hay otra razón para fundar esta afirmación que debe ser explorada a partir de 1994 y que Koh, por supuesto, no trata para el caso de Estados Unidos: los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. En especial la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en general, el sistema interamericano de derechos humanos.

El debate en torno a la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las resoluciones de la Comisión Interamericana es largo y profundo. En cualquier caso, la CSJN ha considerado, hasta ahora, obligatoria tanto una como la otra fuente incluso en casos en que el país no es parte. En este sentido, deben explorarse las consecuencias de alguna jurisprudencia, resoluciones y documentos de estos órganos que postulan la necesidad de limitar (con diverso grado de énfasis y alcances) el uso del poder militar en asuntos internos¹⁸. Esta limitación puede transformarse en un coto a las propuestas de un Poder Ejecutivo no controlable en su facultad de disposición de las FFAA.

lisis doctrinal y jurisprudencial. Volumen 3, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 834. En contra, Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Á. y Cenicacelaya, María N., *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009: t. II p. 958 y Ekmekdjian, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*. Tomo II, Buenos Aires, Depalma, 1994, pp. 583 y 591.

¹⁷ Cit. por Koh, Harold, *op. cit.*, p. 81.

¹⁸ Por ejemplo, Corte Interamericana: *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, 2007; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela*, 2006; Comisión Interamericana: Informe N° 55/97, caso 11.137, *Juan Carlos Abella v. Argentina*, 18 de noviembre de 1997; Informe Anual de la Comisión, 2015.

Leyes constitucionales

Por leyes constitucionales se ha entendido a aquellas que regulan directamente aspectos de la CN, como la ley de partidos políticos o de consulta e iniciativa popular. Las leyes referidas a las FFAA deben entrar en esta caracterización. En Argentina el plexo está constituido por ley de defensa nacional 23.554 de 1988, ley de seguridad interior 24.059 de 1991, de organización de las FFAA 24.948 de 1998, y de inteligencia 25.520 de 2001.

La más importante, sin dudas, es la ley de defensa nacional. Dicha ley buscó separar certeramente los ámbitos de la defensa nacional, reservados para el instrumento militar, y la seguridad interior, ámbito exclusivo de las fuerzas de seguridad (Policía Federal, Gendarmería Nacional, Prefectura Naval y Policía de Seguridad Aeroportuaria). La ley de seguridad interior enfatizó esta distinción que se mantiene hasta el día de hoy. Aunque ha habido diversas perspectivas en el Ejecutivo desde 1988, esta ley no se ha modificado¹⁹.

El punto central de la ley de defensa nacional fue terminar con la Doctrina de la Seguridad Nacional. Mediante un decreto-ley de 1966, el presidente de facto Juan C. Onganía estableció una legislación sobre defensa nacional en la que consolidó esta doctrina como forma de combate de los movimientos comunistas, socialistas, de trabajadores, peronistas o de izquierda (en realidad, casi de cualquier disidencia política) en Argentina. En tiempos de Guerra Fría, las ideologías que defendía cada bloque en que se dividía el mundo atravesaban fronteras, eran universalistas y sin límites. Se consideraba al enemigo tanto externo como interno²⁰. Cada Estado debía luchar su guerra global en el interior de su territorio. Era una guerra interna que llevaba adelante el Estado en el marco de una gran guerra civil mundial. Producto de la pérdida de distinción entre seguridad interior y defensa nacional, las FFAA se abocaron a la lucha contra un (supuesto) enemigo interno en un contexto donde no combatir contra él era, se suponía, permitir la infiltración soviética en América.

La Doctrina de la Seguridad Nacional posee un fundamento importante que radicaliza la visión omnicompreensiva de la defensa nacional. Todas las esferas de la vida del país están involucradas en la defensa nacional. La economía,

¹⁹ Véase Tripolone, Gerardo, op. cit.

²⁰ DerGhoggassian, Khatchic, "Evolución de la política de defensa", en DerGhoggassian, Khatchik (comp.), La defensa en el siglo XXI. Argentina y la seguridad regional, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2012, p. 15.

la educación, la cultura, la política, en fin, cualquier parcela de la vida social, es importante para el diseño de una estrategia de defensa nacional²¹. Un ejemplo paradigmático de esta idea fue cuando, en Argentina, los trabajadores ferroviarios pasaron a depender del ministerio de defensa²². El ferrocarril era también un tema de defensa nacional.

La base de la Doctrina de la Seguridad Nacional era el combate de un enemigo que era internacional, pero que se pensaba introducido en el interior de la frontera nacional y mimetizado con su población. Los pactos de colaboración militar entre Estados Unidos y Argentina, explica Larraquy, ayudaron a insertar esta doctrina en el medio local²³. En la lucha contra el comunismo en el interior del Estado, las guerrillas eran “ejércitos invasores”, es decir, fuerzas extranjeras aun cuando sus componentes hayan sido internos²⁴.

Pero no sólo los grupos guerrilleros eran enemigos del Estado. Si ese hubiese sido el límite, y la lucha hubiese sido en forma y guiada por un gobierno civil y constitucional, se estaría dentro de la legalidad interna e internacional. El combate hubiese entrado dentro del ámbito de aplicación de las Convenciones de Ginebra sobre conflictos armados, que también pueden ser internos. Sin embargo, la visión omnicompreensiva de la Doctrina de la Seguridad Nacional postulaba que la población civil también era cómplice de esta “infiltración” y, por tanto, el combate debía ser (sino principalmente, al menos en gran medida) contra ellos.

Todo civil que estuviese en contra de los principios de la civilización “occidental y cristiana” era un enemigo. Esto fue explicitado por Onganía en la Academia Militar de West Point, Estados Unidos, antes del golpe de Estado que encabezó en 1966. La defensa nacional incluía, además del territorio, la defensa de “un sistema de vida, una cosmovisión, un repertorio de cosas en que creer y de cosas que conservar”²⁵. Para la Doctrina de la Seguridad Nacional, no debe permitirse la desviación de los civiles hacia ideologías perversas o disolventes.

²¹ Ministerio de Defensa, Libro blanco de la Defensa, Ministerio de Defensa, Buenos Aires, 2015, p. 49.

²² Larraquy, Marcelo, Argentina. Un siglo de violencia política, 1890-1990: de Roca a Menem. La historia de un país, Buenos Aires, Sudamericana, 2017, p. 403.

²³ Ídem, pp. 400-401.

²⁴ Ídem, pp. 404-405.

²⁵ Cit. en Giussani, Pablo, Montoneros. La soberbia armada, Sudamericana, Buenos Aires, 2011, p. 95.

Esta idea se terminó en 1988 mediante la distinción entre asuntos de defensa nacional y de seguridad interior. Según DerGhougassian²⁶, la distinción posicionó a la Argentina en “la vanguardia de la democratización sudamericana” y permitió el control civil de las FFAA al restringir su ámbito de actuación a amenazas de origen externo. Buscó evitarse las muy difusas consideraciones sobre “sistemas de vida occidental y cristiano”, a la par que se restringía la actuación militar en el interior del Estado.

Lo que es interesante notar es que ambas visiones de la defensa y la seguridad (la de la Doctrina de la Seguridad Nacional y la que se consolidó en 1988) han convivido, junto a otras durante el siglo XIX y principios del XX, con el mismo texto constitucional. La Doctrina de la Seguridad Nacional estuvo presente también durante gobiernos constitucionales, más allá de que las condiciones democráticas del país previas a 1983 hayan sido sumamente precarias para los gobiernos surgidos por el voto popular.

De ahí la importancia fundamental de esta fuente. Son las leyes del Congreso las que precizarán unas cláusulas constitucionales sobre la organización y disposición de las FFAA que ofrecen amplio margen de acción a los poderes constituidos. Sin embargo, la capacidad de la legislación para limitar al Ejecutivo en su actuación ha sido sumamente deficitaria. Como en parte veremos en el próximo subtítulo y hemos analizado en otro trabajo²⁷, el Ejecutivo ha sido capaz de superar los escollos legales para sobreponerse al Legislativo y al Judicial en asuntos militares.

Jurisprudencia y práctica constitucional del Poder Ejecutivo

La jurisprudencia de la CSJN es otra fuente de la Constitución de la Defensa Nacional. A diferencia de Koh, la trataremos en conjunto con la práctica del Ejecutivo, ya que la jurisprudencia de la CSJN es justamente sobre el comportamiento del Presidente de la Nación en situaciones de guerra y en estados de excepción, los cuales durante gran parte del siglo XX fueron tratados como situaciones bélicas.

²⁶ DerGhougassian, Khatchic, “Prólogo”, en Garré, Nilda (ed.), Colección debates parlamentarios de la defensa: Ley de Defensa Nacional, Buenos Aires, Ministerio de Defensa, 2010, p. 13.

²⁷ Aún inédito y en evaluación en otra publicación.

El Poder Judicial también tiene incidencia en asuntos militares. No podía ser de otra forma si se piensa que el reparto de funciones sobre la defensa nacional recae en los tres poderes del Estado. Si el Congreso es el que establece pautas a través de las leyes constitucionales y el Ejecutivo es el principal artífice de la costumbre, el Judicial es quien está llamado a actuar en los supuestos en que se planteen causas ante sus estrados sobre el accionar de los otros poderes.

Lo primero que debe notarse es que la jurisprudencia no es amplia, lo cual se debe en gran parte a que Argentina no ha estado involucrada en guerras internacionales tan asiduamente como Estados Unidos. Sin embargo, no debe considerarse sólo los casos que se hayan planteado en una situación de guerra internacional. De hecho, uno de los precedentes más importantes que veremos no se dio en este contexto, sino durante el gobierno de Arturo Frondizi, quien postuló estar combatiendo una especie de guerra interna como la descrita en el subtítulo anterior.

Pero antes de abordar este caso, es interesante mencionar que, durante el siglo XIX, la CSJN tuvo que tratar causas relacionados con situaciones de excepción en el contexto de insurrecciones y luchas internas. El tribunal avaló actos del Poder Ejecutivo frente a líderes de grupos armados federales que se oponían a la forma en que se había constituido la unión luego de la batalla de Pavón y combatían contra las fuerzas del Estado nacional.

Uno de los casos se dio frente al pedido de excarcelación de un integrante de las fuerzas de López Jordán que había sido detenido por el Poder Ejecutivo en 1870, es decir, durante la presidencia de Domingo F. Sarmiento. La CSJN se declaró incompetente y avaló la detención por el Ejecutivo. Con distintos argumentos pero igual resultado se negó la excarcelación del propio Ricardo López Jordán, también acusado por sediciones además de delitos comunes²⁸. La CSJN estaba legitimando un tipo de poder del Presidente que no estaba en la CN, pero que parecía considerarse necesario debido al combate que el Estado nacional llevaba adelante contra las fuerzas federales. La deferencia del Judicial sobre el Ejecutivo en asuntos militares comenzó con el nacimiento del Estado argentino.

Entrado el siglo XX, el caso emblemático sobre poderes militares es, sin dudas, Merck Química, S.A. c/Nación Argentina de 1948. El punto central de

²⁸ Tanzi, Héctor J., "El nacimiento y los primeros pasos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1853-1903)", en Santiago, Alfonso (h) (dir.), Historia de la Corte Suprema Argentina. Tomo I: 1853-1947. El periodo de la continuidad institucional, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, pp. 146-147.

la causa es la potestad del Ejecutivo para disponer de propiedades enemigas (en este caso alemanas) durante una guerra (el breve periodo en que Argentina mantuvo un estado de guerra con la Alemania de Hitler en 1945). La guerra fue declarada durante un gobierno de facto y las medidas que se tomaron de incautación de la propiedad también. Sin embargo, el fallo se dictó durante un periodo constitucional. Esto suponía un mensaje sobre las facultades del Ejecutivo.

La CSJN estableció que el Poder Ejecutivo es el “único árbitro en la conducción de la guerra” y el Poder Judicial no puede “juzgar y resolver sobre aquellas necesidades [de la guerra], los medios escogidos y la oportunidad en que pudieron o debieron ser realizados”. Es el Presidente el “único capacitado en funciones de manejo militar” y cuenta con “conocimiento perfecto” y “poderosas y secretas razones militares o de entronque internacional referidas a la lucha entablada para discernir sobre su conveniencia y oportunidad”. La CSJN consideró que estos poderes son “anteriores y aun superiores a la propia Constitución”²⁹.

El segundo precedente importante del siglo XX que rescataremos es Rodríguez, Juan Carlos; Ruggero, Conrado Andrés y otro s/ sumario por actividades terroristas, subversivas, intimidación pública y otras³⁰. A instancias del presidente Frondizi, en 1958 y de forma secreta se declaró el “estado de conmoción interior” en lo que se denominó Plan CONINTES (Conmoción Interior del Estado). Mediante éste, las fuerzas de seguridad quedaron bajo el mando de las FFAA y ciertos delitos pasaron a ser juzgados por comisiones militares creadas al efecto, incluso si los acusados eran civiles.

En el caso en cuestión, Ruggero tenía estado militar y se lo juzgaba por colocar una bomba en 1960. La CSJN legitimó el uso auxiliar de las FFAA en contra de la “subversión” en el interior del Estado y consideró que la apreciación que hacen los poderes políticos de la necesidad de recurrir a ellas no es asunto que pueda ser revisado por los tribunales de justicia (consid. 13). Es decir, el tribunal se auto-excluyó de intervenir.

²⁹ Puede verse Abásolo, Ezequiel, “La Corte Suprema durante el régimen peronista (1947-1955)”, en Santiago, Alfonso (h) (dir.), *Historia de la Corte Suprema Argentina*. Tomo II: 1947-1983. El periodo de la discontinuidad institucional, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, p. 502; Del Castillo, Lilian, *El derecho internacional en la práctica constitucional*, Errepar, Buenos Aires, 2012, pp. 9-11.

³⁰ Las consideraciones que siguen las hemos realizado en Tripolone, Gerardo, op. cit., pp. 47-48.

A su vez, consideró que “el recurso a las fuerzas armadas de la Nación requiere de ordinario la anuencia del Congreso”, ya que “éstas se gobiernan según las leyes y ordenanzas que dicte el Parlamento” (consid. 14). Sin embargo, sostuvo que, no obstante este principio, podría darse la situación de que el Congreso ratifique lo actuado de forma directa por el presidente en caso en que haya que atender “las necesidades de la Nación” (ídem). La CSJN parece cumplir con el “ciclo” de la defensa nacional del que habla Koh para Estados Unidos: el Ejecutivo actúa, el Congreso consiente y el Judicial es deferente.

El recurso a las FFAA comprende, continúa la CSJN, tanto la fuerza coactiva como “tareas de investigación, arresto, la intervención de Consejos de Guerra Especiales, el allanamiento de domicilios y la adopción de procedimientos sumarios del Código de Justicia Militar” (consid. 15). Expresamente legitimó que un Consejo de Guerra imponga penas, tal como fue el caso de Ruggero quien fue condenado a doce años por estragos. Sin embargo, la CSJN afirmó que, en caso en que las sentencias de dichos Consejos sean “impugnadas legalmente”, el acusado debía ser juzgado nuevamente cuando la situación de emergencia haya cesado. En este punto, la CSJN reivindica una potestad frente al Ejecutivo (consid. 16).

Más allá de la última aclaración, es notorio la orientación hacia el modelo de deferencia y tolerancia de la práctica constitucional del Ejecutivo por parte del Judicial. Este modelo continuó con la jurisprudencia dictada por la CSJN durante el tercer gobierno peronista. Los puntos de discusión giraron alrededor de las medidas que el Ejecutivo podía tomar como mecanismo de defensa en esa forma de guerra que se consideraba tanto interna como internacional. Así, la CSJN legitimó el cierre de diarios, proscripciones de partidos políticos, entre otras medidas. Más allá de la justificación de alguna de ellas, el punto que quisiéramos destacar es la tolerancia amplia de la CSJN, llegando a desentenderse de intervenir alegando que no le correspondía por estar tratándose de actos de defensa de la Nación³¹.

Finalmente, cabe considerar el hecho más reciente de conflicto armado interno (tal la caracterización de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), como fue el intento de copamiento del cuartel del Regimiento de

³¹ Véase Luna, Juan, “La segunda Corte peronista (1973-1976)”, en Santiago, Alfonso (h) (dir.), *Historia de la Corte Suprema Argentina. Tomo II: 1947-1983. El periodo de la discontinuidad institucional*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, pp. 991-1008.

Infantería 3 en La Tablada. El 23 de enero de 1989, medio centenar de combatientes del Movimiento todos por la Patria intentaron tomar el cuartel. El presidente Raúl Alfonsín envió 3000 efectivos militares para recuperarlo. Consideró que no necesitaba orden judicial porque la disposición de las FFAA era una facultad presidencial. Debe recordarse que el presidente argumentaba esto pocos meses después de la aprobación de la ley de defensa nacional de 1988 que expresamente circunscribe el uso de las FFAA para “ataques de origen externo” (art. 2). Por lo demás, la policía bonaerense y la policía federal ya se habían presentado en el lugar y habían rodeado el cuartel. No obstante, el Ejecutivo se valió de las FFAA causando decenas de muertos en el bando atacante, dos desapariciones, sospechas de fusilamientos y destrucción de edificios.

El 16 de marzo de ese año (menos de dos meses después de los hechos), el presidente Alfonsín dictó el decreto 327/89 que profundizó la abrogación de la ley del Congreso por parte del Poder Ejecutivo, ahora mediante un documento legal. En los fundamentos, el presidente argumentó que “dadas las particularidades de la acción terrorista subversiva”, la “Nación en su conjunto” resultaba agredida. Por tanto, continúa, “se deben instrumentar medidas de defensa que se irán graduando según la magnitud de la agresión, para lo cual se recurrirá a las Fuerzas Policiales o de Seguridad, dentro de sus respectivas jurisdicciones, pudiendo finalmente llegarse al empleo de las Fuerzas Armadas” (destacado agregado).

El presidente, según el decreto, está facultado para poner en cabeza de las FFAA la “zona de operaciones” en los que surja el conflicto y subordinar a ellas las policías provinciales y federales, tal como sucedió durante el Plan CONINTES. Contrariamente a lo establecido por la ley 24.554, el presidente estaba involucrando a las FFAA en asuntos internos si lo consideraba necesario. Otra avanzada del Ejecutivo sobre el Congreso que consolida una práctica constitucional alarmante³².

³² Hemos tratado con mayor profundidad otros hechos relacionados con los poderes militares en los que el Ejecutivo avasalla normas del Congreso y la propia letra de la Constitución en otro trabajo más amplio que actualmente está siendo evaluado para otra publicación académica.

Conclusión

El propósito de este trabajo fue exponer una introducción a las fuentes de la Constitución de la Defensa Nacional como parte de una línea de investigación más amplia sobre una materia poco explorada. Mucho trabajo queda por hacer para poder cubrir un vacío en la doctrina constitucional. Sin embargo, es posible resaltar algunos puntos interesantes de este análisis predominantemente descriptivo:

(i) Las fuentes textuales de la CN son imprecisas y han permitido la expansión de los poderes del Ejecutivo y la postulación de doctrinas sobre una ausencia de límites legales en su facultad de disposición en casos de emergencia.

(ii) Ante esta expansión, el Poder Judicial ha sido deferente, permitiendo incluso abusos en las facultades presidenciales.

(iii) Las leyes constitucionales componen una fuente central, ya que operativizan la potestad del Congreso de organizar las FFAA. Sin embargo, la capacidad para poner límites al Ejecutivo ha sido (y es) muy débil.

(iv) La incidencia del sistema interamericano de derechos humanos no ha sido tratada por la literatura, pero debe ser tenida en cuenta para evaluar las potestades militares en Argentina.

Obligaciones y riesgos

DR. THIAGO RODOVALHO

I. Introducción

Un punto fundamental y siempre polémico, que despierta grandes pasiones en la Ciencia del Derecho, es el fenómeno de la interpretación. Hace siglos, en la Filosofía del Derecho, se celebra el eterno debate acerca de cómo debe darse en la praxis el trabajo del intérprete.

Y este polémico tema es especialmente costoso a los negocios jurídicos, en especial a los contratos, puesto que, al mismo tiempo que se insertan dentro de la autonomía privada, no pueden huir a ciertos preceptos y dictámenes del ordenamiento jurídico y con ellos deben ser interpretados.¹

En este artículo, no tenemos la intención de enfrentar el tema de la interpretación bajo los múltiples aspectos de la Filosofía del Derecho, dejando a ésta la ardua tarea de su análisis. Nuestro objetivo es el de insertar y enfrentar la cuestión dentro de la práctica del Derecho Privado, en especial de los contratos, expresión máxima de la autonomía privada, y gran exponente de los negocios jurídicos.

¹ En cuanto a esas dificultades hermenéuticas, puntúa, con mucha propiedad, Judith Martins-Costa. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil, in *Questões controvertidas no novo Código Civil*, v. 4, São Paulo: Método, 2005, p. 130: “Pois bem: se em linhas muito singelas esse é o perfil genérico da atividade hermenéutica no Direito é preciso desde logo deixar claro que, no campo específico da hermenéutica contratual, essa atividade é ainda mais complexa”.

II. Consideraciones iniciales

Entre las figuras del derecho privado, el contrato (al lado de la propiedad) ciertamente se consubstancia en una de las más polémicas, pero es también una de las más fascinantes. De figura incensada en el siglo XIX a la figura profundamente criticada en el siglo XX.²

Para comprender la transformación por la que pasó el contrato del siglo XIX para el siglo XX, dos codificaciones se presentan como absolutamente esenciales: el Código Civil francés [Code Napoléon, 1804] y el Código Civil alemán [Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, 1900]; el primero, la codificación burguesa, el segundo, el más perfecto diploma civil ya elaborado en todos los tiempos.³

En ese contexto, el contrato, bajo la égida inaugural del Code Civil, gozó de un período de pilastra maestra del derecho privado [siempre al lado de la propiedad],⁴ simbólicamente⁵ [pero cuya simbología revela la fuerza de que gozaba

² António Pinto Monteiro. Discurso, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991), Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 21: “O contrato é uma daquelas figuras que convoca ao debate temas sempre presentes nas preocupações da ciência jurídica. Ele espelha, de modo exemplar, na sua regulamentação jurídica, as tendências económicas, o modelo social, os postulados filosóficos, culturais e políticos de cada época [...] De «invenção admirável» a «frasco de perfume vazio»; de mecanismo privilegiado do relacionamento económico a instrumento de domínio; de expressão da personalidade humana a meio de opressão; de paradigma da justiça a veículo de abusos e iniquidade – eis alguns dos juízos antagónicos que o contrato suscita. Porventura residirá aí algo do seu fascínio”.

³ Nelson Nery Junior. Da proteção contratual, in Ada Pellegrini Grinover et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 9.ª ed., São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 507. A este respecto, v. también Franz Wieacker. História do direito privado moderno, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, § 25, IV, 3, p. 554: “De facto, como contribuição da técnica jurídica, o Código Civil Alemão constitui uma obra prima; então ele era a ordem jurídica mais jovem e mais moderna da Europa. Na realidade, ele foi saudado como o código mais progressivo de todo o mundo da época e passou a constituir, e não apenas na Europa, uma peça do mesmo nível do Code Civil, até então tomado como modelo exclusivo”.

⁴ El Código Civil era le palladium de la propriété, en la expresión de Portalis [Jean-Etienne-Marie Portalis. Discours préliminaire au premier projet de Code civil, Bordeaux: Confluences, 1999, p. 15]. El propio contrato, como observa Enzo Roppo, ocupaba, de cierta manera, una posición no autónoma, servil al derecho de propiedad, estando insertado, en el Code, en el capítulo referente a los diversos modos de adquisición de la propiedad [Enzo Roppo. O contrato, Coimbra: Almedina, 2009, § 4.2, p. 42].

⁵ Decimos simbólicamente en la actual comprensión que se ha dado a la expresión fuerza

el contrato para el Código Civil francés] como fuerza de ley entre las partes [CC fr. 1134 “Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites” (destacamos)].

Así lo era porque el nuevo código civil francés, y como expresión de la Revolución Francesa, tenía también como objetivo expurgar a la antigua sociedad feudal, asentada en un Estado de privilegios y clases sociales estancas [la nobleza], buscando centrar la nueva sociedad que se inauguraba en Francia en los ideales de la libertad, igualdad [que se reveló inicialmente una igualdad meramente formal] y fraternidad.⁶

Esta suplantación de la antigua sociedad feudal a la que se refería a la Revolución Francesa [Code Napoléon], explica en parte la enorme influencia que el Code tuvo alrededor del mundo, traducándose en el código del siglo XIX [impacto formal y también de contenido],⁷ influenciando tanto nuevas codificaciones como siendo, hasta, simplemente transpuesto a otras naciones, que lo adoptaban íntegramente [su influencia se extendió inclusive a la Alemania, donde también llegó a ser adoptado en algunas regiones,⁸ antes de la promulgación del BGB en 1896 (que entró en vigor en 1900)].

de ley. En ese sentido, cfr. Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, en comentario al CC ita. 1372 [“Efficacia del contratto. Il contratto ha forza di legge tra le parti”], cuya redacción está inspirada en la del CC fr. 1134: “l’espressione «il contr. ha forza di legge tra le parti» avrebbe carattere enfatico, e non un preciso significato giur.” [Giorgio Cian y Alberto Trabucchi. Commentario breve al código civile, 9.ª ed. (a cura di Giorgio Cian), Padova: CEDAM, 2009, coment. I CC ita. 1372, p. 1437].

⁶ Cfr. Claus-Wilhelm Canaris. A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado», in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991), Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 52. V. aún Jean-Etienne-Marie Portalis. Discours, cit., p. 61: “la nation française, qui a su conquérir la liberté par les armes, saura la conserver et affermir par le lois”.

⁷ Cfr. Franz Wieacker. História3, cit., § 19, IV, 3, p. 391: “O Code Civil é um código de direito privado de primeira plana. Na sua estrutura rigorosa e transparente, na sua linguagem clara e epigramática, na qual um Stendhal reconheceu ter-se inspirado, ele é superior a qualquer dos anteriores códigos alemães; a racionalidade e razoabilidade das normas jurídicas partilha-a ele com os restantes dois. A sua forte tensão política confere-lhe uma coesão e uma pureza de estilo que, nos outros, acaba por ser mais característica do ALR, ainda proveniente de uma concepção do Estado do antigo regime, do que do ABGB”.

⁸ Sobre la influencia del Code Civil en el derecho alemán, cfr., entre otros, Franz Wieacker. História3, cit., § 19, III e IV, pp. 385 et seq, especialmente p. 389; y Ludwig Ennecerus, Theodor Kipp y Martin Wolff. Tratado de derecho civil – parte general, tomo I (Introducción, derecho objetivo, derechos subjetivos, sujeto del derecho y objeto del derecho), 2.ª ed., Barcelona: Bosch, 1953, § 9, III, p. 28.

Se trataba de una nueva codificación fuertemente influenciada por las doctrinas de DOMAT y POTHIER,⁹ en la cual el contrato, como ejercicio de la autonomía privada, se traducían en la mayor expresión de la libertad individual,¹⁰ y eso era tan caro a los franceses que él, contrato, en la célebre expresión FOUILLÉE, pasaba a ser identificado con la idea de justicia (justicia contractuelle)¹¹ [qui dit contractuel dit juste].¹²

Así, este nuevo código civil, que tenía como vigas maestras la propiedad y el contrato, creó el campo jurídico en el cual la burguesía pudo desarrollarse, consolidando las bases y las condiciones necesarias [ambiente de libertad] para que el capitalismo se expandiera, traduciéndose en el siglo [siglo XIX] en que Europa se enriqueció enormemente.¹³

La crítica que se hace - correcta y necesariamente - al Code y al siglo XIX es que, si bien libertad y la igualdad [aunque meramente formal] se hubieran efectuado, el ideal de la fraternidad [así como la igualdad sustancial] jamás se operó de hecho.

⁹ En la obra de Pothier, cfr., por ejemplo, Robert Joseph Pothier. Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc. que se fazem a respeito de fazendas ou dinheiro, segundo as regras do foro das consciências, e do foro externo, trad. de José Homem Corrêa Telles, t. I, Rio de Janeiro-Paris: H. Garnier, 1906, § 3, p. 4, e § 85, pp. 58 et seq.

¹⁰ Alfred Fouillée. La science sociale contemporaine, 2.^a ed., Paris: Librairie Hachette et Cie., 1885, III, p. 53 e V, p. 352: “La civilisation n’a fait que développer les vertus dont le contract dépend et qui sont les vertus sociales par excellence : le souci de la liberté personnelle, le respect pour la liberté des autres, la fidélité à sa parole, la confiance dans la parole d’autrui ” [...] “La liberté individuelle est le point de départ, l’union fraternelle des libertés est le point d’arrivée”. V. también Enzo Roppo. O contrato, cit., § 2.3, pp. 28/29.

¹¹ Cfr. Alfred Fouillée. La science2, cit., III, pp. 45/47 Esta expresión justice contractuelle gana nuevo ropaje en la moderna doctrina francesa; cfr. Jacques Ghestin y Christophe Jamin. Le juste et l’utile dans les effets du contrat, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução, cit., pp. 123 et seq.

¹² Alfred Fouillée. La science2, cit., VI, p. 410: “En définitive, l’idée d’un organisme contractuel est identique à celle d’une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste”; en la traducción al español, cfr. Alfred Fouillée. La ciencia social contemporánea, Madrid: La España Moderna, 1922, VI, p. 404: “En definitiva, la idea de un organismo contractual es idéntica a la de una fraternidad reglada por la justicia, pues quien dice organismo dice fraternidad, y quien dice contractual dice justo”. V. aún, el estudio del autor sobre la fraternidad (y la dignidad de la persona humana), Alfred Fouillée. La science2, cit., V, pp. 323 et seq., especialmente p. 329.

¹³ En ese sentido, cfr. José Manoel de Arruda Alvim Netto. Função social da propriedade, in Débora Gozzo, José Carlos Moreira Alves e Miguel Reale. Principais controvérsias no novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 18/19.

En ese escenario jurídico y fáctico en el que se contentaba con la mera igualdad formal y sin que se concretase el ideal de la fraternidad, la estructura hermetica del Code no fue suficiente para dar las respuestas necesarias exigidas por la sociedad.

Así, si por un lado el Code Napoléon proporcionó las bases necesarias para el desarrollo del capitalismo y el enriquecimiento de Europa, por otra parte, esa estructura cerrada del código civil francés contribuyó, y mucho, a las distorsiones en materia contractual [sumisión de la parte más débil], además de las graves distorsiones sociales derivadas de esa sumisión.

Y la Revolución Francesa, avessa a la magistratura [formada en la época por nobles del antiguo régimen], buscó en un código hermético la seguridad jurídica que necesitaba,¹⁴ de ahí porque la interpretación que se daba inicialmente al Code era literal y exegética.

En consecuencia, el *pacta sunt servanda* fue llevado a las últimas consecuencias, de modo que la doctrina francesa interpretaba con rigor la expresión según la cual el contrato “*tiennent lieu de loi*” entre las partes.¹⁵

Esta concepción excesivamente formal y rigurosa del contrato, ignorando la inexistencia, a menudo, de igualdad sustancial entre las partes, así como las perturbaciones que pueden afectar al cumplimiento de las prestaciones,¹⁶ ha-

¹⁴ V. CC fr. 5.º “Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises”. Cfr., aún, Jean-Etienne-Marie Portalis. Discours, cit., pp. 22 e 25: “Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l’on manque de loi, il faut consulter l’usage ou l’équité [...] les lois commandent; il sert de boussole et les lois de compass”.

¹⁵ En este sentido, cfr. la exaltación de Demolombe, al comentar el CC fr. 1134: “Et d’abord, que toute convention, légalement formée, doit tenir lieu de loi aux parties, cela est d’évidence! cet effet-là est essentiel! puisque, autrement, la convention elle-même n’existerait pas” [Jean-Charles Florent Demolombe. Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles, v. XXIV (t. 1.º do Tratado), Paris: A. Lahure, 1880, § 387, p. 372] ; y François Laurent. Cours élémentaire de droit civil, t. II (arts. 711 a 1233), Bruxelles: Bruylant-Christophe et Cie., 1881, § 544, p. 391: “La loi est l’expression de la volonté générale; elle oblige non-seulement les citoyens, elle oblige aussi le pouvoir chargé d’exécuter les lois et le pouvoir chargé de les appliquer. Toute considération d’équité est subordonnée à la loi ; le juge doit l’appliquer, alors même qu’elle lui paraîtrait injuste: il n’a pas pour mission de juger la loi, il doit juger d’après la loi [...] Le juge aussi est lié par les conventions des parties, il ne peut pas les modifier au nom de l’équité”. A este respecto, v., aún, Marcel Planiol. Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit, t. II, 9.ª ed., Paris : LGDJ, 1923, §§ 1164/1167, pp. 393/394.

¹⁶ Aunque, curiosamente, Francia fue uno de los primeros países, a principios del siglo

ciendo con que el contrato se tornase fuente de subyugación del más débil, hizo con él [contrato] fuera fuertemente criticado y enfrentarse a su crisis,¹⁷ como de una forma general enfrentó aquel modelo de codificación hermética como lo era el Code Napoléon.

En ese sentido, esa hipertrofia de la idea de contrato y de exagerada libertad contractual, condujeron a enormes injusticias sustanciales en los contratos [contratos sustancialmente injustos],¹⁸ lo que fue agravado con las crisis sociales de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, en un tenso ambiente que culminó en dos grandes guerras [1.ª Guerra Mundial (1914/1918) y 2.ª Guerra Mundial (1939/1945)].

En ese período, en materia contractual, el Code y su interpretación exegética no eran más aptos para proporcionar las respuestas adecuadas.

Y fue justamente cerrando el siglo XIX y abriendo el siglo XX que fue promulgado el BGB (publicado en 1896 y entrando en vigor en 1900),¹⁹ período en el cual la influencia de la doctrina alemana ya empezaba a sobrepujar la doctrina francesa.

El BGB inaugura un nuevo modelo de código civil, ahora no más rígido y cerrado, sino un código dotado de cierta movilidad,²⁰ que le es conferida por la presencia de las cláusulas generales (Generalklauseln),²¹ aunque este modelo

XX, a editar leyes admitiendo la resolución de contratos debido a la perturbación en las prestaciones ocasionada por la situación de guerra. V. Loi Faillot, de 21 de enero de 1918.

¹⁷ Las críticas que encontraban eco en la doctrina francesa, como se puede observar en Georges Ripert. O regimen democrático e o direito civil moderno, São Paulo: Saraiva, 1937, pp. 271 et seq.

¹⁸ Enzo Roppo. O contrato, cit., § 3.3, p. 38.

¹⁹ Sobre los trabajos de elaboración del BGB, cfr., entre otros, Franz Wieacker. História3, cit., § 25, pp. 536 et seq; y Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff [revisado por Hans Carl Nipperdey]. Tratado2, t. I, cit. § 11, pp. 29 et seq.

²⁰ Un código que es un sistema, pero que no está cerrado, tampoco está abierto, y que es, sí, móvil [dotado de movilidad que aporta perfeccionamiento a través del ejercicio, de la aplicación y de la interpretación de las cláusulas generales]: Nelson Nery Junior. A base do negócio jurídico e a revisão do contrato, in Selma Negrão Pereira dos Reis (coord.) et al. Questões de direito civil e o novo código, São Paulo: MPSP/Imprensa Oficial, 2004, p. 48. V. también Claus-Wilhelm Canaris. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 4.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, § 4.º, pp. 127 et seq.

²¹ Nelson Nery Junior. Contratos no código civil – apontamentos gerais, in Domingos Franciulli Neto et al. O novo código civil – homenagem ao professor Miguel Reale, 2.ª ed., São Paulo: LTr, 2007, pp. 421/423; e Franz Wieacker. História3, cit., § 25, III, pp. 545 et seq. A este respecto, cfr. también Michele Giorgianni. La morte del codice ottocentesco,

móvil traiga, en sí, un cierto grado de incertidumbre jurídica, exigiendo una postura responsable y prudente de la doctrina y, especialmente, de la jurisprudencia.²²

Sin embargo, fue precisamente esta movilidad²³ conferida al sistema de derecho privado, por el BGB y por la doctrina alemana, que contribuyó a la trans-

in 'Rivista di diritto civile', Padova: CEDAM, 1980, I, p. 52/55, en especial p. 53: "Il codice dell'800 non solo è al tramonto – dicevo – ma è morto. È morto perché è cambiato l'ambiente culturale in cui esso era sorto, perché è morta quella civiltà che esso era chiamato a disciplinare [...] Il codice dell'800, come è stato ricordato ieri, operava in una società che esaltava l'individuo. La società attuale all'individuo deve necessariamente aggiungere una qualificazione che richiama il gruppo economico a cui appartiene".

²² Nelson Nery Junior. Contratos, in Domingos Franciulli Neto et al. O novo código civil – homenagem ao professor Miguel Reale2, cit., § 22, pp. 430/431; y Karl Larenz. Derecho civil – parte general, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, § 1.º, IV, pp. 33/34. A este respecto, cfr. también Michele Giorgianni. La morte del codice ottocentesco, in 'Rivista di diritto civile', cit., p. 55: "La nuova tecnica normativa fa talora gridare che è finita la certezza del diritto, mas in realtà, è la fine di un certo tipo di certezza, no la fine della certezza. Certo la nuova técnica finisce con l'attribuire al giudice maggiori poteri. Ma l'esperienza dimostra che il giudice – anche allorché operava in un campo lo costringeva a minore latitudine interpretativa – non è stato mai sordo ai richiami dell'ambiente in cui vivera. L'idea di un giudice che operasse in un ambiente che lo isolava dalla luce e dai rumori esterni, è sicuramente fuori della realtà". En Alemania, como noticia Franz WIEACKER. História3, cit., § 25, III, 3, pp. 545/546, este sistema móvil que exige al juez a la auto-responsabilidad, encontró (en Alemania) una jurisprudencia civilista que se mostró "suficientemente adulta para satisfacer as exigências que as cláusulas gerais colocam à «obediência inteligente» do juiz (Heck) quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial, começou, com uma calma reflectida e ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social". En Brasil, donde ese modelo de código civil abierto todavía es relativamente nuevo [el actual CC bra. es de 2002], la jurisprudencia sigue evolucionando entre la tensión de la seguridad jurídica y el uso responsable de las cláusulas generales; a ese respecto, como puntuó José Oliveira ASCENSIÓN, en entrevista al sitio electrónico Consultor Jurídico, en 12.10.2009 [<http://www.conjur.com.br/2009-out-12/entrevista-jose-oliveira-ascensao-professor-direito-civil>]: "A situação do Brasil é muito paradoxal. No século XIX e grande parte do século XX, o Brasil viveu numa situação de positivismo jurídico. Considerava-se que as leis deviam ser aplicadas cegamente. Ainda assim, havia e há uma discrepância entre o que dizem as leis e o que se aplica. É um problema de formação jurídica. É preciso que as pessoas que aplicam a lei tenham a formação jurídica adequada para manusear as leis que agora já não são rígidas, não são mais aqueles instrumentos que tiravam do juiz a possibilidade de procurar algo mais perfeito. Se o juiz não é capaz de utilizar esse instrumento, o resultado não é bom. Tenho esperança de que o Código Civil seja um estímulo ao reforço da formação jurídica. Portanto, estamos entre uma potencialidade e um risco. Vamos ver o que acontece".

²³ Movilidad que es responsable de la supervivencia del BGB hasta los días de hoy; Nelson Nery Junior. Contratos, in Domingos Franciulli Neto et al. O novo código civil – homenagem ao professor Miguel Reale2, cit., § 4, p. 421; y Orlando Gomes. A caminho dos micro-sistemas, in 'Novos temas de direito civil', Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 42.

formación del contrato,²⁴ incursionándole – a él, contrato – una connotación y un sentido ético y social [buena fe²⁵ y función social del contrato].

Este período empieza a marcar una migración del individualismo hacia la socialidad y el Estado de Bienestar Social [Welfare State],²⁶ en el que el fundamento ideológico pasa a ser el personalismo ético²⁷ [dignidad de la persona humana], con una percepción de que la libertad extremada que han prevalecido en la concepción de contrato del siglo XIX no condecía más con esa nueva sociedad, de tal suerte que esa publicitación o socialización del derecho privado fue especialmente sentida en el campo del derecho contractual [del *laissez-faire* contractual a la publicitación del contrato].²⁸

En razón de esa mayor injerencia Estatal en la vida de los contratos, trazándole límites y delineando la libertad de contratar, mucho se habló, en el siglo XX, en decadencia de los contratos o crisis de los contratos o aún la muerte de los contratos.²⁹

²⁴ Y, como acentúa Guido Alpa, el BGB es uno de los pocos códigos a dar una disciplina analítica a los contratos [declaración de la voluntad (§§ 116/144), contrato en general (§§ 145/185), y obligaciones contractuales (§§ 305/361)] (Guido Alpa. *Princípios gerais e direito dos contratos. Um inventário de dicta e de questões*, in António Pinto Monteiro (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 102).

²⁵ Aunque el CC fr. 1134 3ª parte ya contenía precepto preconizando que los contratos debían ejecutarse de buena fe [“Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”], la interpretación hipertrofiada que se daba al contrato en la exegética francesa impidió que esa previsión hubiera gozado del impacto y de la relevancia del BGB § 242 [“Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”, en español “El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico”].

²⁶ Cfr. CF mex. (1917) Art. 4.º: “El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa”; e *Constituição de Weimar* (1919) Art. 152: “Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze. Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig” (“En materia económica vigora la libertad contractual, conforme establece la ley. La usura está prohibida. Los negocios jurídicos contrarios a la moralidad son nulos”).

²⁷ Karl Larenz. *Derecho civil*, cit., § 2.º, pp. 44 et seq.

²⁸ Mário Júlio de Almeida Costa. *Direito das obrigações*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, § 23, p. 203; António Pinto Monteiro. *Discurso*, in António Pinto Monteiro (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 21.

²⁹ Cfr. Grant Gilmore. *La morte del contratto* (com prefácio de Guido Alpa), Milano: Giuffrè, 1999, *passim*, especialmente pp. 49 et seq, en el cual el autor predica la muerte

Estos anuncios de decadencia o de muerte del contrato son, en verdad, equivocados y exagerados.³⁰ El contrato no murió ni vendrá a morir; el contrato, sí, es verdad, se transformó y se salvó. Así, hubo una revisión del concepto jurídico de contrato.

Lo decimos que el contrato se salvó, con esa transformación, puesto que, permaneciendo aquella concepción exegética y formal de contrato, ella fatalmente llevaría al aniquilamiento de aquello que ella misma pretendía proteger: la libertad. Sólo puede haber libertad donde la manifestación de voluntad no se traduce como sumisión del más débil al más fuerte.³¹ En ese caso, no hay libertad y sí mera subyugación. Cuando el ordenamiento jurídico, en el siglo XX, empieza a revisar el concepto de contrato, introduciéndole nuevos y esenciales preceptos [tales como cooperación, deberes laterales, equilibrio y proporción, buena fe, función social, equidad como criterio de determinación o integración del contrato,³² justicia contractual], que originariamente no le eran tan caros, esa transformación, en verdad, salva el contrato y salva la propia libertad contractual, permitiendo la verdadera coexistencia de libertades [integración de libertades coexistentes, equilibrio de las libertades]³³ y no mero subyugo [contractual].

del contrato (“il contratto sia morto”), intentando sustituirlo por la Teoría de la Consideration [v. pp. 3/4]. A este respecto, cfr. también Fernando Araújo. Teoria econômica do contrato, Coimbra: Almedina, 2007, § 47, pp. 706 et seq.

³⁰ Fernando Araújo. Teoria, cit., § 47, p. 707; Mário Júlio de Almeida Costa. Direito das obrigações, cit., § 23, pp. 201/203; y João de Matos Antunes Varela. Das obrigações em geral, v. 1, 10.^a ed. (5.^a reimp.), Coimbra: Almedina, 2000, § 53, nota 1, pp. 211/212.

³¹ Cfr. Claus-Wilhelm Canaris. A liberdade, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução, cit., § 2, pp. 51 e 61. V., aún, Heinrich Ewald Hörster. A parte geral do código civil português – teoria geral do direito civil, Coimbra: Almedina, 2009 (5.^a reimp), § 90, p. 55: “De outro modo, uma autonomia privada, baseada numa igualdade formal sem limitações, conduziria, em etapas sucessivas, à eliminação dos mais fracos pelos mais fortes e à eliminação da própria autonomia privada. No entanto, ‘a autonomia privada não está à disposição da autonomia privada’ (Bernd Rüthers. Allgemeiner Teil des BGB, 8.^a ed. München, 1991, n. 40, ver também n. 24; Helmut Köhler. BGB Allgemeiner Teil, 21.^a ed., München, 1991, pp. 105/106)”.

³² Cfr. CC ita. 1374: “Integrazione del contratto. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità”. V., aún, Fabrizio Criscuolo. Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell’arbitro (o del Giudice) di equità, in ‘Rivista dell’Arbitrato’, Milano: Giuffrè, 1999, p. 73.

³³ Immanuel Kant. Metafísica dos costumes – princípios metafísicos da doutrina do direito, Parte I, Lisboa: Edições 70, 2004, pp. 36/37: El derecho es, pues, “o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um se pode harmonizar com o arbítrio do outro, se-

Esta comprensión es importante para tener el contrato no como muerto y sí como revitalizado,³⁴ ya que él, contrato, se traduce en una de las más importantes formas de creación y circulación de riquezas.³⁵ Más que eso, el contrato es expresión de la libertad humana, guardando el principio de la libertad contractual estrecha relación con el propio principio de la democracia, por lo que constitucionalmente protegido.³⁶ Por eso, esa transformación y revisión del concepto de contrato no tienen el condón de traducirse en negación de la autonomía privada y, por consiguiente, de la libertad contractual,³⁷ sino la funcionalización³⁸ [función social] de la autonomía privada y de la libertad contractual, [así

gundo uma lei universal [...] uma acção que, ou cuja máxima, permite à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal”.

³⁴ António Pinto Monteiro. Discurso, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução, cit., p. 21: “Diagnosticou-se a «crise» do contrato, apregoou-se o seu «declínio», anunciou-se a sua «morte» - mas é a sua vitalidade jurisdicção que resalta”. V. también João de Matos Antunes Varela. Das obrigações10, v. 1, cit., § 59, pp. 228/229.

³⁵ Enzo Roppo. O contrato, cit., § 1.2, pp. 10/15; António Pinto Monteiro. Discurso, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução, cit., p. 21.

³⁶ Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery. Código Civil Comentado, 7.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, coments. 3 e 7 CC 421, pp. 529/530; Heinrich Ewald Hörster. A parte geral, cit., § 83, p. 52. Disertando sobre la relevancia de la libertad contractual para la sociedad de Derecho privado y sobre la estrecha relación entre ella [libertad contractual] y el principio de la democracia, v. Claus-Wilhelm Canaris. A liberdade, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução, cit., pp. 51 e 56. En cuanto a la importancia de la libertad contractual para la democracia, vale la pena señalar que Rusia, tras el fin del comunismo, pasó a proteger, ya en la apertura de su actual código civil, la libertad contractual, así como reconocer las garantías de la libertad individual, de propiedad; CC rus. 1.º: “The civil legislation shall be based on recognizing the equality of participants in the relationships regulated by it, the inviolability of property, the freedom of agreement, the inadmissibility of anybody’s arbitrary interference into the private affairs, the necessity to freely exercise the civil rights, the guarantee of the reinstatement of the civil rights in case of their violation, and their protection in the court”.

³⁷ Claus-Wilhelm Canaris. A liberdade, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução, cit., p. 56: “Se se quer responder à questão da razão da legitimação da liberdade contratual, é preciso ter sempre em conta que, no fundo, só existe uma alternativa: a elaboração dos negócios jurídicos pelo Estado, através dos meios do poder público. Portanto, só em comparação com esta alternativa é que se pode dar um testemunho razoável sobre a validade ou a futilidade da liberdade contratual”.

³⁸ Cfr. Norberto Bobbio. Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito, Barueri: Manole, 2007, especialmente Cap. 4, pp. 53 et seq. V., aún, Thiago Rodvalho. Abuso de direito e direitos subjetivos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, § 1.º, pp. 25 et seq., e § 3.1.5, pp. 104/115.

como se pasó con la funcionalización (función social) de la propiedad³⁹], delineando contornos a fin de evitar abusos,⁴⁰ permitiendo así, la coexistencia de libertades [integración de libertades coexistentes, equilibrio de las libertades], que marca un verdadero Estado Democrático de Derecho.

En este contexto, la relación jurídica contractual [como expresión máxima de la relación jurídica obligacional] pasa a ser vista como una relación jurídica de cooperación entre las partes,⁴¹ de equilibrio y proporción,⁴² permeada por la

³⁹ Cfr. Constitución de Weimar (1919) Art. 153: “Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste”. (“La propiedad está garantizada por la Constitución. Sus contenidos y sus limitaciones se derivan de las leyes. La expropiación sólo podrá hacerse si se atiende al bien común y exista una base legal para ello. Se hará siempre mediante adecuada indemnización, salvo se la ley del Reich disponga en contrario. En caso de litigio, el valor de la indemnización podrá ser discutido en los tribunales ordinarios, a menos que las leyes del Reich dispongan de manera diversa. El Reich sólo podrá expropiar a los Estados, Municipios y colectividades de interés general mediante indemnización. La propiedad obliga. Su uso debe constituir, al mismo tiempo, un servicio en el más alto interés público”).

⁴⁰ Límite negativo (lo que no se puede hacer), Claus-Wilhelm Canaris. A liberdade, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução, cit., p. 58. V. también Heinrich Ewald Hörster. A parte geral, cit., §§ 107/108, pp. 65/66.

⁴¹ Emilio Betti. Teoría general de las obligaciones, t. I, trad. de José Luis de Los Mozos, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 2 et seq: “la idea de cooperación es el hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las cuestiones más importantes del Derecho de obligaciones” [p. 3]. No mesmo sentido, Judith Martins-Costa. Comentários ao novo código civil – do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420), v. V, t. II, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 20/30; y Thiago Rodovalho. Algumas considerações sobre o perfil atual do direito das obrigações, in ‘Revista de Direito Privado’, n. 37, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2009, p. 261. V., aún, Francesco Macario. Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine, Napoli: Jovene, 1996, p. 410, que hace referencia a la obligación de cooperación como expresión de la solidaridad recíproca existente en los contratos relacionales.

⁴² Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) – uma análise histórica e cultural, Tese de Livre-Docência, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho, 2004, pp. 199/210.

buena fe⁴³ y por la idea de equidad [ejecutada de buena fe], traduciéndose en un proceso, y polarizada por su fin⁴⁴ [cumplimiento de la prestación principal y consecuente liberación de las partes].

III. Vicios de origen y vicios de ejecución. *pacta sunt servanda* y base objetiva del negocio jurídico

De este modo, en ese nuevo escenario en que se delineó una nueva concepción de la relación jurídica contractual, los contratantes pasaron a gozar, en suma, de dos momentos de protección en la vida contractual: (i) protección contra los vicios en el origen; y (ii) protección contra los vicios en la ejecución.

Los vicios de origen son aquellos que maculan el contrato ya en su nacimiento, como aquellos que vician el consentimiento, como el error, el dolo, la coacción, el estado de peligro, la lesión. La protección contra los vicios de origen también puede ser percibida en la protección que el ordenamiento jurídico confiere a la parte más débil [como ocurre, por ejemplo, en la protección al consumidor, o en la protección al adherente, en contratos de adhesión], trazando reglas protectoras para hacer más paritaria la celebración de un contrato.⁴⁵

Por su parte, los denominados vicios de ejecución se reflejaban en las perturbaciones que ocurren sobrevenidas a la celebración del contrato, es decir, que ocurren en la constancia de su ejecución y de su cumplimiento.

Estos vicios son precisamente aquellos que más carecían de una respuesta del ordenamiento jurídico, ante la insuficiencia que la interpretación exegética de la obligatoriedad contractual.

⁴³ La buena fe se consubstancia en el principio fundamental de la relación jurídica obligatoria [y por vía de consecuencia de la relación jurídica contractual] (Karl Larenz. Derecho de obligaciones, t. I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, § 10, p. 142 et seq.).

⁴⁴ Clovis Veríssimo do Couto e Silva. A obrigação como processo, Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 17: “O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”. En el mismo sentido, João Calvão da Silva. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, §§ 14/15, p. 62, e § 17, p. 70.

⁴⁵ Cfr, entre otros, Nelson Nery Junior. Da proteção contratual, in Ada Pellegrini Grinover et al. CDC9, cit., pp. 504 et seq; Cesare Massimo Bianca. Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: el principio de buena fe en el derecho privado europeo, in Marcos M. Córdoba (director). Tratado de la buena fe en el derecho, Buenos Aires: La Ley, 2005 (1.ª reimp.), t. II, Cap. X, pp. 189 et seq; y Cesare Massimo Bianca. Diritto civile, v. 3 (Il contratto), 2.ª ed., Milano: Giuffrè, 2000, pp. 373 et seq.

En este contexto, son naturalmente los contratos de ejecución diferida o de larga duración [contratos de trato sucesivo] a los que se someten a dichas perturbaciones.⁴⁶

Es evidente que los contratos de ejecución inmediata se someten a vicios originarios, es decir, que les maculan el surgimiento, hay vista que no sufren influencia del tiempo hábil para causarles perturbaciones en su cumplimiento.

Sin embargo, diversamente, los contratos de ejecución diferida o de larga duración se amplían en el tiempo y, justamente por eso, sufren una fuerte influencia de los cambios que circunstancias originales pueden experimentar a lo largo de ese tiempo de vida del contrato.

La forma en que el ordenamiento jurídico pasó a tratar con esta perturbación al contrato de ejecución diferida o de larga duración ocasionada por la alteración de las circunstancias se alteró profundamente del Code para la revisión del concepto de relación jurídica contractual.

En esa visión inicial del Code Napoléon, el *vinculum iuris* formado por el contrato celebrado entre las partes no podría ser roto sino por el mutuo consenso, lo que transformaba el contrato de ejecución diferida o de larga duración en fuente de incertidumbres y temores.

La relación jurídica contractual, sin embargo, no puede tener el condón de traducirse en especie de “lotería”, quedando a cargo de la suerte o de la aleatoriedad [a excepción de los contratos aleatorios, evidentemente], como si la parte contratante - que celebre un contrato de ejecución diferida o de larga duración - tuviera sobre su cabeza una verdadera “espada de Damocles”, sin saber si podrá o no cumplir con el contrato, si sobrevenía sensible alteración de las circunstancias [= base objetiva del negocio jurídico].

Es evidente, y no se niega, que siempre habrá buenos y malos contratos celebrados [dentro de la legítima negociación entre las partes (sin que ocurra ninguno de los vicios de la voluntad o sociales que pueden macular el negocio jurídico)], así como perturbaciones al contrato que no dan lugar a la revisión del contrato o a la resolución del contrato, es decir, perturbaciones que entran dentro de la alea normal del contrato. Pero en lo que se refiere a la perturbación que exceda la alea normal del contrato, la situación jurídica debe ser enfrentada de manera diferente, imponiéndose la revisión del contrato [ya sea por medio de renegociación entre las partes, bien por medio de revisión judicial] o, mismo, si no es posible la conservación del contrato, que se procede a su resolución.

⁴⁶ Francesco Macario. Adegumento, cit., pp. 12/13 e 73.

Siendo así, aquella nueva concepción de relación jurídica contractual, comprendida como relación jurídica de cooperación, sitúa a las partes no más como adversarias, en polos absolutamente antagónicos, sino como contratantes que apuntan a un objetivo común: el fiel cumplimiento del contrato. Lo decimos fiel cumplimiento del contrato, pues exigir el cumplimiento del contrato exactamente como pactado - ignorando la sensible o drástica perturbación causada por la alteración de las circunstancias - no se consubstancia en ejecución fiel del acordado y sí en pretender exigir más que parezca digno de exigir⁴⁷, alejándose incluso de la voluntad [objetivada (base objetiva)] original de las partes, cuando celebraron el contrato.

En todo el contrato e cualquier, con especial atención a los contratos de larga duración o de ejecución diferida, la cooperación entre las partes para la consecución de las finalidades deseadas es un elemento absolutamente esencial, elemento que le es conectado.

Evidentemente, cuando se habla que la relación jurídica obligacional [de la cual la relación jurídica contractual es la expresión por excelencia] se consubstancia en relación jurídica de cooperación no se ignora que las partes celebran un contrato teniendo en cuenta sus intereses propios y específicos, pero, al celebrar el contrato, pasan a tener también un interés jurídico común, que se traduce justamente en el interés a que el contrato alcance su finalidad, con su fiel cumplimiento.⁴⁸

Siendo así, las partes no vuelven sus ojos sólo para su fin específico, como si se independiesen del otro; al revés, presupone y determina el ordenamiento

⁴⁷ Rosa María Barreto Borriello de Andrade Nery. Vínculo obligacional, cit., p. 118.

⁴⁸ Clovis Veríssimo do Couto e Silva. A obrigação como processo, cit., p. 19: "Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o status em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo". Disertando sobre la reciprocidad que debe haber en las relaciones duraderas, con base en la Regla de Oro (no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti), v. Fernando Araújo. Teoria, cit., § 26-D, p. 389; y haciendo incluso referencia a la figura del abuso de derecho en la negativa a cooperar para que el contrato pueda realizar su interés común, v. Francesco Macario. Adeguamento, cit., p. 423. Defendiendo la importancia de esa reciprocidad [recíproca actitud de comprensión] en la dinámica y la evolución periódica de los contratos de larga duración, v. Augusto M. Morello. Contrato y proceso - aperturas, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 47. Cfr., aún, Júlio Gomes. Cláusulas de hardship, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução, cit., p. 179.

jurídico que ambas partes cooperarán para que la finalidad del contrato, tal como se acordó entre ellas, sea alcanzada y para que ambas puedan usufructuar de las ventajas derivadas de dicha relación contractual [= función social del contrato].

Esta es la razón por la cual la relación contractual – especialmente la relación contractual derivada de un contrato de ejecución diferida o de larga duración – ser vista como proceso en su totalidad como un sistema de procesos encadenados para viabilizar la consecución de las finalidades pretendidas, que hace nacer para las partes otras obligaciones [obligaciones laterales] diversas de la prestación principal.

De este modo, este deber de cooperación implica un “dever de consideração para o alter”⁴⁹. Cooperar es, así, “um dever de conduta do parceiro contratual segundo a boa-fé. É o simples agir com lealdade, é colaborar com o ‘outro’, para que possa cumprir com suas obrigações e possa alcançar suas expectativas legítimas e interesses naquele tipo contratual”⁵⁰.

Decurrente de ese deber de consideración para [con] el alter impuesto por la buena fe y por el deber de cooperación es que exhalan para las partes deberes laterales [secundarios, anexos],⁵¹ pues como acentúa CLOVIS DEL COUTO Y SILVA “ Todos os deveres anexos podem ser considerados deveres de cooperação”⁵² Entre estos deberes laterales de cooperación se inserta también el deber [leal] de renegociación contractual [deber de lealtad] siempre que la perturbación causada al contrato de larga duración o de ejecución diferida tenga el condón de sensiblemente alterar su base objetiva sobre la cual fue pactada.

A primera vista, cuando se habla de revisión contractual [oriundo de la buena

⁴⁹ Clovis Veríssimo do Couto e Silva. A obrigação como processo, cit., p. 33. En el mismo sentido, Judith Martins-Costa. A boa-fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412; y Judith Martins-Costa. Comentários, v. V, t. II, cit., p. 42.

⁵⁰ Claudia Lima Marques. Contratos no código de defesa do consumidor – o novo regime das relações contratuais, 5.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1024.

⁵¹ Sobre deberes laterales derivados de la buena fe, cfr., entre otros, Clovis Veríssimo do Couto e Silva. A obrigação como processo, cit., pp. 91/98; Jorge Cesa Ferreira da Silva. A boa-fé e a violação positiva do contrato, Rio de Janeiro: Renovar, 2007 (2.ª tiragem), pp. 75/119; Judith Martins-Costa. A boa-fé, cit., pp. 437/454; Ruy Rosado de Aguiar Junior. A boa-fé na relação de consumo, in ‘Revista de Direito do Consumidor’, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995, pp. 26/27; Teresa Negreiros. Teoria do contrato – novos paradigmas, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 150/156.

⁵² Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. A obrigação como processo, cit., p. 96.

fe que debe presidir las relaciones obligatorias y del deber de cooperación]⁵³ surge un conflicto con la idea del *pacta sunt servanda*. Sin embargo, tal conflicto, como señala MARASCO, es un conflicto solo aparente.⁵⁴

Este aparente conflicto no es verdadero; se trata, en verdad, de un falso conflicto. No contradice con el principio del *pacta sunt servanda*, al contrario, lo sobrelleva.

Como lo afirmamos arriba, la relación contractual es polarizada por su fin y por su cumplimiento. ¡Los contratos se celebran para ser cumplidos! Esta es una afirmación que sigue siendo actual. Es preciso, evidentemente, seriedad en la palabra comprometida. No se defiende aquí la mera supresión del principio del *pacta sunt servanda*. Este principio todavía se traduce en la razón de ser de los contratos [*ratio essendi*], se consubstanciando en el alma y en la vida de los contratos.⁵⁵

El *pacta sunt servanda* es expresión del principio de confianza que debe presidir las relaciones obligacionales.⁵⁶ Y la idea de la confianza [*Vertrauenstheorie*] es tan cara al derecho obligacional que el ordenamiento jurídico atribuye responsabilidad a la palabra dada antes de la celebración de un contrato, hablando por ejemplo, en *culpa in contrahendo*⁵⁷ y en eficacia vinculante de las

⁵³ Cfr. Francesco Macario. *Adeguamento*, cit., p. 152, según el cual la *correttezza* y la buena fe que deben presidir la ejecución del contrato expresan el carácter cooperativo de los contratos de larga duración.

⁵⁴ Gerardo Marasco. *La rinegoziazione del contratto – strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova: CEDAM, 2006, pp. 1 et seq. Es también aparente el conflicto de la renegociación contractual con el principio de la autonomía privada, en ese sentido, cfr. Francesco Macario. *Adeguamento*, cit., pp. 232 e 322 [a este respecto, v. también Gerardo Marasco. *La rinegoziazione*, cit., pp. 97/98].

⁵⁵ José Manoel de Arruda Alvim Netto. *A função social dos contratos no novo código civil*, in Nelson Pasini et al. *Simpósio sobre o novo código civil brasileiro*, São Paulo (s/e), 2003, p. 89. V., también, João Calvão da Silva. *Cumprimento*, cit., § 16, p. 69, e § 35, p. 159.

⁵⁶ Cfr. João de Matos Antunes Varela. *Das obrigações*, v. 1, cit., § 58, B, p. 227.

⁵⁷ Cfr. Rudolf von Jhering. '*Culpa in contrahendo*' oder *Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Veträgen*, in '*Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*', v. I, Aalen: Scientia, 1981 (reimpresión de la edición de Jena, 1881), pp. 327/425; Se puede encontrar también en la traducción al portugués, Rudolf von Jhering. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 18 et seq. V., aún, Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery. *CC comentado*, cit., coment. 24 CC 422, p. 539.

cartas de intenciones⁵⁸ [ambas tutelas de las relaciones jurídicas de las negociaciones contractuales (Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen)].

De este modo, se defiende la supresión del principio del pacta sunt servanda y al mismo tiempo tutelar el principio de la confianza [Vertrauenslehre] encierra, en sí mismo, contradicción.

Sin embargo, no se defiende la supresión del principio del pacta sunt servanda. La revisión contractual no contradice con el principio del pacta sunt servanda [de lo contrario, admitir que el principio del pacta sunt servanda conflictivo con la posibilidad de modificación del contrato equivaldría a defender una contradicción interna en el propio ordenamiento jurídico, en el Código Civil, al mismo tiempo, prescribe la vinculación contractual, pero también admite su resolución por onerosidad excesiva].⁵⁹

En verdad, la vinculación contractual en los contratos de larga duración es, debido a la influencia del factor tiempo en el contenido de las prestaciones, más compleja.⁶⁰ Así, la posibilidad de revisión del contrato puede surgir [y sólo así lo surge] cuando desaparecida o sustancialmente modificada la base objetiva sobre la que se ha edificado el negocio jurídico, a fin de neutralizar los efectos de esta perturbación al contrato y restablecer lo originalmente acordado entre las partes, es decir, restablecer el equilibrio original del sinalagma.⁶¹

Siendo así, en no habiendo más la base objetiva sobre la cual el negocio jurídico fue pactado, no existe, realmente, la base contractual que se pretende ejecutar, de ahí el surgimiento de la posibilidad de modificación del contrato [obligación de colaboración y cooperación en la gestión del riesgo contractual

⁵⁸ Fabiana D'Andrea Ramos. O efeito vinculativo das cartas de intenções: possibilidade de execução específica de seus termos, in Stefan Grundmann y Margarida dos Santos (coords.). Direito contratual entre liberdade e protecção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos = Vertragsrecht Zwischen Freiheit und Schutzinteressen und andere Deutsch-Lusitanische Beiträge, Coimbra: Almedina (Associação de Juristas Alemã-Lusitana), 2008, pp. 155 et seq.

⁵⁹ Cfr., en Peru, CC per. 1361 y 1440. V. Manuel de la Puente y Lavalle. El contrato en general (Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, t. I, 2.ª ed., Lima: Palestra, 2003 (reimp.), coments. CC per. 1361, pp. 311 et seq, y Manuel de la Puente y Lavalle. El contrato en general (Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, t. II, 2.ª ed., Lima: Palestra, 2003 (reimp.), coments. CC per. 1440, pp. 593 et seq; en Itália, cfr. CC ita. 1372 y 1467. V. Gerardo Marasco. La rinegoziazione, cit., p. 4.

⁶⁰ Fernando Araújo. Teoria, cit., § 26-A, pp. 376/378; y Júlio Gomes. Cláusulas, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução, cit., p. 183.

⁶¹ Gerardo Marasco. La rinegoziazione, cit., pp. 2 e 4.

en los contratos de larga duración],⁶² incluso como expresión de la buena fe que debe presidir la ejecución del contrato.

Todo contrato que se celebra tiene dos bases jurídicas: (i) una subjetiva; (ii) y otra objetiva. La primera, la base subjetiva del negocio jurídico, interesa al momento originario del contrato [motivos y vicios de la voluntad (campo de las invalidez del negocio jurídico = vicios de la voluntad o sociales del negocio jurídico)].⁶³

La segunda, la base objetiva del negocio jurídico, se consubstancia justamente en el complejo de circunstancias externas al negocio jurídico, cuya persistencia debe ser razonable y objetivamente presupuesta para que se mantenga el alcance del contrato.⁶⁴

El concepto de base objetiva del negocio jurídico se tradujo en una evolución de las antiguas teorías de la *rebus sic stantibus*⁶⁵ y de la presuposición,⁶⁶ inicialmente delineada con originalidad y brillantez PAUL OERTMANN⁶⁷ y

⁶² Francesco Macario. *Adeguamento*, cit., p. 213.

⁶³ Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery. *CC comentado*, cit., coments. 26/27 CC 422, p. 540; y Karl Larenz. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, Cap. 1.º, IV, p. 38.

⁶⁴ Giorgio Cian y Alberto Trabucchi. *Commentario*, cit., coment. VIII CC ita. 1353, p. 1420; y Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery. *CC comentado*, cit., coments. 28 CC 422, p. 540.

⁶⁵ Que se remonta al derecho romano. Sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, v., entre otros, José Maria Othon Sidou. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula rebus sic stantibus; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 4/23.

⁶⁶ Bernhard Windscheid. *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Basel, 1850; Bernhard Windscheid. *Die Voraussetzung*, in 'Archiv für die civilistische Praxis' (AcP), v. 78 (1892), pp. 161/202, republicado em Bernhard Windscheid. *Kleine Schriften, Reden und Rezensionen*, Zentralantiquariat der Deutschen Demokratischen Republik, Leipzig, 1984, v. II (1859-1892), pp. 457/498.

⁶⁷ Paul Oertmann. *Die Geschäftsgrundlage: eine neuer Rechtsbegriff*, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig-Erlangen, 1921, *passim*. Su teoría sobre la base objetiva del negocio jurídico es brevemente referida en su obra traducida al español: Paul Oertmann. *Introducción al derecho civil*, Barcelona: Labor, 1933, § 55, pp. 302/305 [en especial: "Por ello no sería demasiado atrevimiento considerar la presuposición, tomada en ese sentido, como base del negocio y elemento esencial, por consiguiente, para la existencia del mismo, aunque no se hubiera estipulado expresamente – cosa que raramente sucede en tales casos – que había de producir esos efectos. El incumplimiento o la desaparición de esta base dará, por lo general, al interesado en el negocio un derecho de resolución o de denuncia del mismo. Esta teoría ha sido desenvuelta en detalle por el autor de este libro en su monografía sobre «La base del negocio» (*Geschäftsgrundlage*), tiene muchos puntos de apoyo en el Código (por ejemplo, arts. 321,

luego mejorada por KARL LARENZ.⁶⁸ Inicialmente, la teoría delineada por OERTMANN aún estaba presa a cierta subjetividad (representación mental que una de las partes tenía en el momento de la conclusión del negocio jurídico y que era conocida en su totalidad y no obstaculizada por la otra, o la común representación de las diversas partes contratantes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se funda la voluntad negociadora), lo que acarrea cierta inseguridad jurídica.⁶⁹

En su obra *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, LARENZ procura dar una concepción más objetiva, evitando los problemas derivados de un concepto que se aferra a caracteres subjetivos. Así, LARENZ conceptualiza la base objetiva del negocio jurídico como siendo “el conjunto de circunstancias la existencia el persistencia presupone debidamente el contrato - sépanlo o no los contratistas -, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato en el tendría ‘sentido, fin u objeto’”.⁷⁰

De este modo, el análisis de las circunstancias objetivas que compusieron la base negociadora no tiene nada que ver con la imprevisión [situación psicológica o subjetiva de los contratantes], debiendo ser evaluada objetivamente⁷¹. Era justamente el elemento subjetivo que hacía que las teorías de la imprevisión o de la presuposición no pudiesen responder adecuadamente a los problemas prácticos que surgían en el curso del cumplimiento de los contratos de ejecución diferida o de larga duración.⁷²

Esta concepción objetivada de la perturbación al cumplimiento de los contratos de ejecución diferida o de larga duración [alteración de la base del negocio jurídico] es acorde con el reciente BGB § 313, cuya introducción se dio por

610, 459, 569-570, 779) y últimamente ha sido aceptada más de una vez por el Tribunal Supremo” (p. 305)].

⁶⁸ Karl Larenz. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung* (Die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht), 3.ª ed., München-Berlin: Verlag C. H. Beck, 1963 [obra traducida al español]: Karl Larenz. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956]; y Karl Larenz. *Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958].

⁶⁹ Karl Larenz. *Base del negocio jurídico*, cit., Cap. 1.º, II, pp. 20 et seq.

⁷⁰ Karl Larenz. *Base del negocio jurídico*, cit., Cap. 1.º, IV, p. 37.

⁷¹ Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery. *CC comentado*, cit., coments. 28 CC 422, p. 540.

⁷² Nelson Nery Junior. *A base do negócio jurídico*, in Selma Negrão Pereira dos Reis (coord.) et al. *Questões*, cit., p. 61.

medio de la Ley de Modernización del Derecho de las Obligaciones [Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts], de 2000.⁷³

De este modo, la teoría de la base objetiva del negocio jurídico no encierra en sí la idea de suprimir el principio del *pacta sunt servanda*, y si compatibiliza ese principio con la causa, la función y la finalidad que el contrato inicialmente perseguía.⁷⁴

La necesidad de modificación o adecuación de los contratos de ejecución diferida o de larga duración es, pues, la consecuencia jurídica de la desaparición de las circunstancias (objetivas) sobre las cuales el contrato fue edificado.⁷⁵

En los contratos de ejecución diferida o de larga duración es imposible la pretensión de inmutabilidad en las circunstancias fácticas durante toda y ejecución y duración del contrato.⁷⁶

⁷³ BGB § 313: "Störung der Geschäftsgrundlage. (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung" [Cambio de la base del negocio jurídico. 1. Si las circunstancias que existían como fundamento del contrato fueran profundamente alteradas después de su estipulación, circunstancias que harían con las partes no concluir el contrato o concluir con otro contenido si hubieran previsto esa modificación, se puede exigir la modificación y adecuación del contrato si, mientras que, habida cuenta de las circunstancias del caso concreto, y en particular los riesgos previstos por el contrato o por la ley, no puede imponerse razonablemente que una de las partes permanezca vinculada a un contrato de contenido no modificado. 2. Se asimila a la modificación sucesiva de las circunstancias las hipótesis en cuyas representaciones esenciales, que se constituyan como fundamento del contrato, resulten erróneas después de la estipulación del contrato. 3. Si la modificación y adecuación del contrato no es posible o no puede ser razonablemente impuesta a una de las partes, la parte que se encuentre en una posición desventajosa puede pleitear la cancelación (rescisión, revocación y disolución) del contrato. En las relaciones contractuales de larga duración, en lugar del derecho de cancelación (Rücktrittsrechts) se puede ejercer el derecho de denuncia (Kündigung). A este respecto, cfr. Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery. CC comentado, cit., coments. 16 CC 422, p. 537; y António Manuel da Rocha y Menezes Cordeiro. Da modernização do direito civil, v. I (Aspectos gerais), Coimbra: Almedina, 2004, § 6.º, pp. 97/116.

⁷⁴ Gerardo Marasco. La rinegoziazione, cit., pp. 8/9.

⁷⁵ Cfr. Karl Larenz. Base del negocio jurídico, cit., Cap. 4.º, p. 171 et seq.

⁷⁶ Nelson Nery Junior. A base do negócio jurídico, in Selma Negrão Pereira dos Reis (coord.) et al. Questões, cit., p. 69.

En verdad, no es la teoría de la base objetiva del negocio jurídico que trae en sí inseguridad contractual, sino, al revés, es justamente la pretensión de la inmutabilidad en las circunstancias fácticas en los contratos de ejecución diferida o de larga duración que acarrea inseguridad, haciendo de ese contrato una “lotería”, fuente de incertidumbres para las partes contratantes, que, en última instancia, limitaría o incluso impediría que los contratos con períodos más largos pudiesen ser pactados.⁷⁷

Es evidente que la celebración de todo y cualquier contrato trae en sí la asunción de riesgos, de tal suerte que se puede decir que todo contrato tiene en sí una alea⁷⁸ (un campo de incertidumbre), de modo que las perturbaciones que se produzcan dentro de esa alea del contrato, alea normal del contrato, en la feliz expresión del CC ita. 1467,⁷⁹ ⁸⁰ - no dan lugar a la revisión [renegociación o judicial] o la resolución del contrato [se trata de una onerosità tollerabile].⁸¹

Sin embargo, esta asunción de riesgos debe ser compatible con el recuerdo de que el contrato es siempre, en cualquier circunstancia, una operación jurídico-económica que tiene por objeto garantizar a ambas partes el éxito de sus

⁷⁷ Sobre los riesgos de la relación duradera, cfr. Fernando Araújo. Teoria, cit., § 26-C, p. 385.

⁷⁸ En verdad, incluso el contrato aleatorio, que se caracteriza por la incertidumbre, se sitúa también dentro de una cierta alea aceptada por las partes. Así, si por ejemplo alguien hace una apuesta en una lotería, paga, por lo tanto, un precio, y ese contrato es, a toda evidencia, un contrato aleatorio, caracterizado por la incertidumbre, pues él se adhiere con su obligación [pago del valor de la deuda apuesta], sin saber si vendrá o no a ser el sorteado. Sin embargo, aunque se trata de un contrato aleatorio, es necesario al menos que se pueda producir la alea, de tal suerte que si la lotería es extinguida, antes de que el juego sea realizado, aunque se trate de un contrato aleatorio, debe ser deshecho con la devolución de los valores al apostante, bajo pena de caracterizar enriquecimiento sin causa.

⁷⁹ CC ita. 1467: “Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell’alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923)”.

⁸⁰ En sentido diverso, entendiendo no ser la expresión adecuada, cfr. Aldo Boselli. Rischio, alea ed alea normale del contratto, in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, 1948, p. 769/795 [cfr. p. 795].

⁸¹ Gerardo Marasco. La rinegoziazione, cit., p. 4; e Francesco Macario. Adeguamento, cit., p. 275.

legítimas pretensiones.⁸² Hay, por lo tanto, un límite de sacrificio [Opfergrenze] tolerado dentro de la idea de asunción de riesgos, dentro de la alea normal del contrato [rapporto di tolleranza o zona di immunità o di tolleranza], cuyo límite es variable y debe ser compatible según el tipo de contrato, su causa y sus peculiaridades [alea contrattuale tipica].⁸³ La alea normal del contrato constituye, así, un criterio que debe observarse cuando se analiza, in concreto, la necesidad de adecuación (adeguamento), revisión o resolución de contratos de larga duración.⁸⁴

En este contexto, la teoría de la base objetiva del negocio jurídico en realidad confiere mayor seguridad a las relaciones duraderas, pues los contratantes saben, de antemano, que quedan, sí, vinculados al contrato, pero mientras permanezca inalterada su base objetiva contractual, de tal suerte que si ésta es sensiblemente perturbada, superando la frontera [objetiva] de los riesgos asumidos [alea normal del contrato], habrá revisión [renegociación o judicialmente; con el fin de restablecer el originalmente acordado] o la resolución de dicho contrato.

IV. La hermenéutica contractual

En ese contexto, se opera, en sede obligacional, en especial en los contratos, la búsqueda del reequilibrio contractual, combatiéndose los excesos para que una justicia contractual pueda aparecer, como afirma RENAN LOTUFO:

“O Contrato, que é fonte voluntária das obrigações, torna-se um instrumento da cooperação entre as pessoas, que, no âmbito do sinalagma e da comutatividade, há que preservar a igualdade de sacrifícios, que, se não decorrer da colaboração conjunta dos que participam da avença, será por força da lei que busca a concretização dos princípios fundamentais”⁸⁵

⁸² Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery. CC comentado7, cit., coments. 2 CC 478, p. 579. V., también, Gerardo Marasco. La rinegoziazione, cit., p. 32.

⁸³ Nelson Nery Junior y Rosa Maria de Andrade Nery. CC comentado7, cit., coments. 3 CC 478, p. 580; Aldo Boselli. Rischio, cit., p. 794; e Gerardo Marasco. La rinegoziazione, cit., p. 12/17. V. también Giorgio Cian e Alberto Trabucchi. Commentario9, cit., coment. V CC ita. 1467, p. 1552.

⁸⁴ Francesco Macario. Adeguamento, cit., p. 240.

⁸⁵ Renan Lotufo. Código Civil comentado, 2.^a ed., São Paulo: Saraiva, 2004, vol. 2, p. 9.

Así, la otrora exageradamente incensada autonomía de la voluntad, el poder de vincularse, hace mucho cede espacio para un nuevo instituto que es más adecuadamente denominado de autonomía privada.⁸⁶

Y esa autonomía privada, como poder de se autorregular, creando para sí, por medio de contratos, normas particulares, pasa a no ser ilimitado; al revés, sólo se puede ejercer, a la luz del CC 421, “em razão e nos limites da função social do contrato”.

Por lo tanto, si es cierto que la parte puede vincularse a un determinado contrato, tal vinculación está impregnada por la idea de función social.

Es la socialidad permeando el derecho privado⁸⁷, de tal suerte que toda proposición jurídica tiene necesariamente de ser vista también en su función social.⁸⁸

Y así también lo es con los contratos, de modo que las partes no pueden intentar hacer algo con libertad absoluta, como muy bien lo demuestra el Caso Wackenheim.⁸⁹ No existe ya ese poder absoluto que existía en el individualismo reinante en el siglo XIX, bajo la inspiración del Código Civil francés.

De ahí que, con relación al CC brasileño, puntuar MIGUEL REALE que uno de sus artículos-llave es el art. 113, que establece que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.⁹⁰

⁸⁶ Judith Martins-Costa. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil, in *Questões controvertidas no novo Código Civil*, v. 4, São Paulo: Método, 2005, p. 131.

⁸⁷ Thiago Rodovalho. Abuso de direito e direitos subjetivos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, § 2.2, pp. 59/64.

⁸⁸ Karl Larenz. Metodologia3, cit., p. 62.

⁸⁹ El tan citado y discutido caso “lanzamiento de enano”, en el que la Corte Francesa frenó el acto del alcalde que interrumpió una casa comercial en razón de la “broma” de arroyo de enano (lancer de nain), afirmando que “o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da (noção de) ordem pública; (que) a autoridade investida do poder de polícia municipal pode, mesmo na ausência de circunstâncias locais específicas, interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana”. Este caso siempre es recordado para corroborar la noción de función social del contrato, teniendo en cuenta que, aunque todos los actores del negocio jurídico concuerdan con determinado objeto, si este hiere a la dignidad de la persona humana, dicho contrato no cumplirá su función social y deberá ser deshecho (Cfr. a ese respecto Joaquim Benedito Barbosa Gomes. O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa, in *Revista ADV-COAD Advocacia Dinâmica*, n.º 12, dez./1996, p. 17/20).

⁹⁰ Miguel Reale. Um artigo-chave do código civil, in Miguel Reale. *História do novo có-*

De este modo, se tiene que la buena fe y los usos y costumbres son determinantes e imprescindibles en cualquier interpretación de un negocio jurídico. Así, en la base contractual, el análisis del comportamiento de los actores del negocio jurídico gana especial relevancia, de suerte a siempre indagar si determinado comportamiento o expectativa corresponden a un hombre probo (sin, evidentemente, pretender acabar con la noción de lucro o de mejor o peor negociación hecha, pero eso dentro de una alea normal y tolerada en la sociedad).⁹¹

Otro punto de suma importancia al intérprete es tener en cuenta, en su análisis, incluso del comportamiento y de la confianza de las partes, los usos y costumbres, los elementos usuales de determinada localidad en su tráfico de negociación.

Sin embargo, esta flexibilización⁹² proporcionada por las cláusulas generales no significa ni puede significar un abandono de la ley; al revés, se trata de una flexibilización *intra ius*, operada a partir y dentro del ordenamiento jurídico.

En este sentido, KARL LARENZ señala que:

“Ora não pode ficar à mercê de quem aplica a lei o satisfazer-se com a subsunção no conceito preceptivo que se lhe oferece com suficiente clareza, ou, ao invés, o desligar-se desse conceito e decidir ‘de acordo com os interesses’: melhor ainda, com as medidas de valor e lhe estão subjacentes. O que deve é, ao invés, esforçar-se, com o auxílio dos conceitos ‘correctamente’ entendidos, por adoptar as valorações mais ‘correctas’ de acordo com o ordenamento jurídico dado.”⁹³

Por lo tanto, el intérprete debe actuar siempre, máxime en lo que se refiere a la interpretación contractual, con la vacilación cautelosa de que bien nos habla FRANZ WIEACKER,⁹⁴ recordando, incluso, la advertencia hecha por LARENZ

digo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 240/243.

⁹¹ A este respecto, cfr. Thiago Rodovalho y Nelson Nery Junior. Renegociação contratual, in Revista dos Tribunais, v. 906, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 113/155.

⁹² A que Franz Wieacker se llama “o Direito Privado na crise do Positivismo” (Franz Wieacker. História3, cit., p. 591).

⁹³ Karl Larenz. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 76.

⁹⁴ Franz Wieacker. História3, cit., p. 591. V., también, Thiago Rodovalho. Notas sobre o direito das obrigações, in Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, v. 45, Porto Alegre: Magister, jun/jul 2012, n. 3, pp. 67/70. A este respecto,

de que ni siquiera el § 2º del art. 1.º del Código Civil suizo otorga al juez tal libertad definitiva (“A défaut d’une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d’une coutume, selon les règles qu’il établirait s’il avait à faire acte de législateur”), de tal suerte que el intérprete, en el llenado de las lagunas, tiene que suponer todo el sistema existente como vinculante.⁹⁵

V. Conclusión

En el transcurso de este artículo buscamos demostrar cómo la óptica del Derecho Privado se alteró profundamente a lo largo del siglo XX, hasta llegar a una verdadera función social del derecho privado.

De una visión hermética, pasamos a un modelo jurídico impregnado de conceptos vagos y cláusulas abiertas, permitiendo al intérprete un mayor poder hermenéutico.

En la actualidad, la libertad de negociación debe ser ejercida en razón y dentro de los límites de su función social, así como las partes deben guardar un comportamiento leal, probo, sin fraude o abusar de la confianza ajena, de tal suerte que los contratos deben ser necesariamente interpretados por esa óptica de la buena fe objetiva.

En este contexto, el intérprete, con máxima cautela, puede, en situaciones excepcionales, interferir e integrar el Contrato, al interpretarlo, revisándolo, cuando el caso.

cfr., aún, José Manoel de Arruda Alvim Netto. A função social dos contratos no novo código civil, in Regina Bilac Pinto et alii (dirs.). Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, ano 100, v. 371, jan./fev. de 2004, p. 68: “Mas é claro e curial que há um espaço para dúvida e de difícil solução, no qual se identificarão hipóteses em relação às quais não haja, quer uma evidência positiva, quer uma evidência negativa; ou seja, os casos que estarão situados numa zona cinzenta, em relação aos quais, então, será demandado do juiz o exercício de uma das suas mais significativas virtudes, que é a da prudência.”

⁹⁵ Karl Larenz. Metodologia³, cit., p. 82 e 83: “Quem assim concebe a disposição tem ‘idéias completamente inapropriadas’ do seu significado. A investigação do Direito por parte do juiz tem de orientar-se pelos princípios jurídicos subjacentes à ordem jurídica; o juiz tem, no preenchimento das lacunas, de ‘pressupor todo o sistema existente como vinculante’”.

VI. Referencias bibliográficas

- Aguiar Junior, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo, in 'Revista de Direito do Consumidor', n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995.
- _____. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- Andrade, Maria Inês Chaves de. A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel, Coimbra: Almedina, 2010.
- Almeida Costa, Mário Júlio de. Direito das obrigações, 11.^a ed., Coimbra: Almedina, 2008.
- Alpa, Guido. Princípios gerais e direito dos contratos. Um inventário de dicta e de questões, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução
- (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991), Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- Andrade Nery, Rosa Maria Barreto Borriello de. Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) – uma análise histórica e cultural, Tese de Livre-Docência, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho, 2004.
- Antunes Varela, João de Matos. Das obrigações em geral, v. 1, 10.^a ed. (5.^a reimp.), Coimbra: Almedina, 2000.
- Araújo, Fernando. Teoria econômica do contrato, Coimbra: Almedina, 2007.
- Arruda Alvim Netto, José Manoel de. Função social da propriedade, in Débora Gozzo, José Carlos Moreira Alves e Miguel Reale. Principais controvérsias no novo código civil, São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. A função social dos contratos no novo código civil, in Nelson Pasini et al. Simpósio sobre o novo código civil brasileiro, São Paulo (s/e), 2003.
- Betti, Emilio. Teoria general de las obligaciones, t. I, trad. de José Luis de Los Mozos, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969.
- Bobbio, Norberto. Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito, Barueri: Manole, 2007.

- Bonell, Michael Joachim. La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?, in 'Rivista del diritto commerciale', Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Villardi, anno LXXXVI (setembro/outubro), 1978.
- Boselli, Aldo. Rischio, alea ed alea normale del contratto, in 'Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile', Milano: Giuffrè, 1948.
- Canaris, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado», in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991), Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- _____. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, 4.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- Cesàro, Vincenzo Maria. Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.
- Cian, Giorgio e Alberto Trabucchi. Commentario breve al codice civile, 9.ª ed. (a cura di Giorgio Cian), Padova: CEDAM, 2009.
- Couto e Silva, Clovis Veríssimo do. A obrigação como processo, Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- Criscuolo, Fabrizio. Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del Giudice) di equità, in Rivista dell'Arbitrato, Milano: Giuffrè, 1999.
- Danz, Erich. A interpretação dos negócios jurídicos, São Paulo: Saraiva, 1941.
- Demolombe, Jean-Charles Florent. Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles, vol. XXIV (tomo 1.º do Tratado), Paris : A. Lahure, 1880.
- Díez-Picazo, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial – introducción, teoría del contrato, las relaciones obligatorias, 1.º vol., Madrid: Tecnos, 1972 [reimp.].
- Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp e Martin Wolff. Tratado de derecho civil – parte general [revista e atualizada por Hans Carl Nipperdey], t. I (Introducción, derecho objetivo, derechos subjetivos, sujeto del derecho e objeto del derecho), 2.ª ed., Barcelona: Bosch, 1953.
- Ferreira da Silva, Jorge Cesa. A boa-fé e a violação positiva do contrato, Rio de Janeiro: Renovar, 2007 (2ª. tirada).

- _____. Adimplemento e extinção das obrigações, in Miguel Reale e Judith Martins-Costa (coord). Biblioteca de direito civil – estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, vol. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- Fouillée, Alfred. La science sociale contemporaine, 2.^a ed., Paris: Librairie Hachete et Cie, 1885.
- _____. La ciencia social contemporánea, Madrid: La España Moderna, 1922.
- Ghestin, Jacques y Christophe Jamin. Le juste et l'utile dans les effets du contrat, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991), Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- Gilmore, Grant. La morte del contratto (com prefácio de Guido Alpa), Milano: Giuffrè, 1999.
- Giorgianni, Michele. La morte del codice ottocentesco, in Rivista di diritto civile, Padova: CEDAM, 1980, I.
- Gomes, Júlio. Cláusulas de hardship, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991), Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- Gomes, Orlando. A caminho dos micro-sistemas, in Novos temas de direito civil, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. Transformações gerais do direito das obrigações, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.
- Hörster, Heinrich Ewald. A parte geral do código civil português – teoria geral do direito civil, Coimbra: Almedina, 2009 (5.^a reimp).
- Jhering, Rudolf von. Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição, Coimbra: Almedina, 2008.
- João Calvão da Silva. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória, 4.^a ed., Coimbra: Almedina, 2007.
- Kant, Immanuel. Metafísica dos costumes – princípios metafísicos da doutrina do direito, Parte I, Lisboa: Edições 70, 2004.
- Larenz, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.
- _____. Derecho de obligaciones, tomo I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

- _____. Derecho civil – parte general, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.
- _____. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- Laurent, François. Cours élémentaire de droit civil, tomo II (arts. 711 a 1233), Bruxelles: Bruylant-Christophe et Cie, 1881.
- Lotufo, Renan. Código Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, vols. 1 e 2.
- Lima Marques, Claudia. Contratos no código de defesa do consumidor – o novo regime das relações contratuais, 5.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- Macario, Francesco. Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine, Napoli: Jovene, 1996.
- Marasco, Gerardo. La rinegoziazione del contratto – strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale, Padova: CEDAM, 2006.
- Martins-Costa, Judith. A boa-fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. Comentários ao novo código civil – do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420), vol. V, tomo II, Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil, in Questões controvertidas no novo Código Civil, v. 4, São Paulo: Método, 2005.
- Massimo Bianca, Cesare. Diritto civile, vol. 3 (Il contratto), 2.ª ed., Milano: Giuffrè, 2000.
- _____. Técnicas de formación del contrato y tutela del contrante débil: el principio de buena fe en el derecho privado europeo, in Marcos M. Córdoba (director). Tratado de la buena fe en el derecho, Buenos Aires: La Ley, 2005 (1ª. Reimp.).
- Menezes Cordeiro, António Manuel da Rocha e. Da boa fé no direito civil, Coimbra: Almedina, 2007 (3ª. reimp).
- _____. Da modernização do direito civil, vol. I (Aspectos gerais), Coimbra: Almedina, 2004.
- Morello, Augusto M. Contrato y proceso – aperturas, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

- Negreiros, Teresa. Teoria do contrato – novos paradigmas, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Nery Junior, Nelson. Da proteção contratual, in Ada Pellegrini Grinover et al. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 9.ª ed., São Paulo: Forense Universitária, 2007.
- _____. Contratos no código civil – apontamentos gerais, in Domingos Franciulli Neto et al. O novo código civil – homenagem ao professor Miguel Reale, 2.ª ed., São Paulo: LTr, 2007.
- _____. A base do negócio jurídico e a revisão do contrato, in Selma Negão Pereira dos Reis (coord.) et al. Questões de direito civil e o novo código, São Paulo: MPSP/Imprensa Oficial, 2004.
- _____. Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo, in Revista de Direito Privado, n.º 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2001.
- Nery Junior, Nelson y Rosa Maria de Andrade Nery. Código Civil Comentado, 7.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- Oertmann, Paul. Introducción al derecho civil, Barcelona: Labor, 1933.
- Othon Sidou, José Maria. A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula rebus sic stantibus; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- Pinto Monteiro, António. Discurso, in António Pinto Monteiro (coord). Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991), Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.
- Planiol, Marcel. Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit, tomo II, 9.ª ed., Paris : LGDJ, 1923.
- Portalis, Jean-Etienne-Marie. Discours préliminaire au premier projet de Code civil, Bordeaux: Confluences, 1999.
- Posenato, Naiara y Paulo Nalin (orgs. do volume traduzido). Código europeu dos contratos – projeto preliminar (Livro primeiro – Dos contratos em geral), Curitiba: Juruá, 2008.
- Pothier, Robert Joseph. Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc. que se fazem a respeito de fazendas ou dinheiro, segundo as regras do foro das consciencia, e do foro externo, trad. de José Homem Corrêa Telles, tomo I, Rio de Janeiro-Paris: H. Garnier, 1906.

- Puente y Lavalle, Manuel de la. El contrato en general (Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, tomos I y II, 2.^a ed., Lima: Pa-lestra, 2003 (reimp.).
- Ramos, Fabiana D'Andrea. O efeito vinculativo das cartas de intenções: pos-sibilidade de execução específica de seus termos, in Stefan Grundmann y Mar-garida dos Santos (coords.). Direito contratual entre liberdade e protecção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos = Vertragsrecht Zwischen Freiheit und Schutzinteressen und andere Deutsch-Lusitanische Beiträge, Coimbra: Al-medina (Associação de Juristas Alemã-Lusitana), 2008.
- Raselli, Alessandro. Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze, in Alberto Trabucchi (org.). Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti, vol. 2 (Diritto Processuale), Padova: CEDAM, 1950.
- Ripert, Georges. O regimen democrático e o direito civil moderno, São Paulo: Saraiva, 1937.
- Roppo, Enzo. O contrato, Coimbra: Almedina, 2009.
- Roppo, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato, 5.^a ed., Bologna: Monduzzi, 2005.
- _____. Rimedi – 2, vol. 5, in Vincenzo Roppo (dir.). Trattato del con-tratto, Milano: Giuffrè, 2006.
- Staub, Herman. Le violazioni positive del contratto, Napoli: Edizioni Scien-tifiche Italiane, 2001.
- Tartaglia, Paolo. L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetaire, Milano: Giuffrè, 1987.
- Reale, Miguel. Um artigo-chave do código civil, in Miguel Reale. História do novo código civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- Rodvalho, Thiago. Abuso de direito e direitos subjetivos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. O caso da soja e a base objetiva do negócio jurídico. Vícios de origem e vícios de execução, in Revista Letrado, v. 101, São Paulo: IASP, 2012.
- _____. Notas sobre o direito das obrigações, in Revista Magister de Di-reito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, v. 45, Porto Alegre: Magister, jun/jul 2012.
- _____. Algumas considerações sobre o perfil atual do direito das obri-gações, in Revista de Direito Privado, n.º 37, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2009.

- _____. Intervencionismo e análise econômica do Direito, in *Jornal Gazeta de Limeira, Coluna Fatos & Direito*, 1.º Caderno, p. 2, em 24.3.2013.
- _____; y Nery Junior, Nelson. Renegociação contratual, in *Revista dos Tribunais*, v. 906, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- Trabucchi, Alberto. *Istituzioni di diritto civile* (a cura di Giuseppe Trabucchi), 44.ª ed., Padova: CEDAM, 2009.
- Traisci, Francesco Paolo. *Soppravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.
- Villela, João Baptista (editor responsável) et al. *Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais/2004* [en la versión en portugués], São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

Algunas consideraciones sobre la prevención de daños en el microsistema de protección del consumidor

ABG. CLAUDIO FABRICIO LEIVA

I. Cuestiones iniciales

En estas líneas nos proponemos realizar algunas consideraciones y reflexiones sobre el impacto que tiene la función preventiva de la responsabilidad civil en materia de daños al consumidor, y fundamentalmente, describir las normas que receptan la posibilidad de efectuar eventuales planteos de prevención de daños. Lejos de pretender agotar el tema, intentaremos realizar un muestreo del panorama normativo y el aporte de la doctrina y la jurisprudencia, de modo que podamos dar un puntapié inicial en tan vasto, complejo e interesante problema.¹

Para Lorenzetti, el Derecho Privado Tradicional se basaba en que la tutela preventiva era tarea del Estado y del Derecho Administrativo; su función consistía en la tutela represiva, resarcitoria; se actuaba después de la lesión. Actualmente, con el fenómeno de la difusión del poder, que supone la titularización

¹ El art. 1.708 del Código Civil y Comercial inicia el Título “Responsabilidad Civil” como una de las fuentes de las obligaciones, determinando qué funciones debe desarrollar la responsabilidad, en estos términos: “Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación”. El Código establece que la Responsabilidad Civil no debe limitarse sólo y exclusivamente al resarcimiento de los daños ya acaecidos, sino que avanza en la propuesta, regulando, en forma prioritaria, la función preventiva. Puede verse: LORENZETTI, Ricardo, “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley 23/04/2012, 1; ALTERINI, Atilio Aníbal, “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, La Ley 30/07/2012, 1; GALDÓS, Jorge Mario, “La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto”, La Ley 11/06/2012, 1; COSSARI, Maximiliano N. G., “Prevención y punición en la responsabilidad civil”, Buenos Aires, El Derecho, 2.017, pág. 58 y sgtes.; PREVOT, Juan Manuel, “La prevención del daño en la codificación del Siglo XIX y en el Código Civil Argentino”, en Revista de Derecho de Daños, “Prevención del daño”, Santa Fe, RUBinzal Culzoni, 2.008 – 2, pág. 177 y sgtes..

individual y difusa como modo de actuación social, surge el nuevo paradigma de análisis de estas nuevas herramientas. En el Derecho Civil, surge la tutela inhibitoria que permite prevenir el daño antes de que éste se produzca e incursionar en el orden social mediante el señalamiento de conductas obligatorias.²

El principio *alterum non laedere* ordena precisamente no dañar al otro, y puede interpretarse como actuar antes de que se concrete el daño. Siempre es mejor que un daño no ocurra a que un daño se indemnice luego de ocurrido. La reparación plena es solo un principio que no siempre cubre todos los daños, todos los damnificados y todas las consecuencias.³

Hay una exigencia ética y jurídica de “no dañar” que requiere ante todo impedir daños injustos, al margen de reparar los causados. Existe un deber de no perjudicar, salvo causa de justificación.⁴

Desde hace tiempo, la doctrina advertía sobre la necesidad de arbitrar medios procedimentales judiciales y administrativos que permitieran evitar la producción de daños en un campo como es el del Derecho del Consumidor en el que los posibles perjuicios, no sólo pueden comprometer la salud, la integridad física o patrimonial de estas particulares víctimas, caracterizadas por su especial vulnerabilidad, sino también porque esos daños pueden multiplicarse, afectando a innumerables personas que se encuentren en la misma o semejante situación.

² LORENZETTI, Ricardo L., “Normas fundamentales del Derecho Privado”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.995, pág. 280. Resulta interesante la lectura del artículo “Cómo lograr mayor eficacia, cumplimiento y respeto de La Ley N° 24.240. La acción del Estado”, de ANDRADA, Alejandro Dalmacio, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2.012 – 1, “Eficacia de los derechos de los consumidores”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2.016, pág. 257 y sgtes.

³ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones”, Revista de Derecho de Daños, 2.008 – 2, “Prevención del daño”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, pág. 193 y sgtes.; PERDÍA, Natali, “La responsabilidad preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial”, RCyS 2015 – IX, 26; SEMA, José Ignacio, “La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Fundamentos de su reconocimiento legal”, DJ16/09/2015, 1.

⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Función preventiva de daños”, La Ley 03/10/2011, 1 y sgtes. En las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán en setiembre de 2.011, se sostuvo que “el principio de prevención constituye un principio general del Derecho de Daños”. (Abstención de los Dres. Novelli y Tabares) (TANZI, Silvia Y., “Principios de Prevención y Precaución. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Tucumán, septiembre de 2011. Breve estudio de las conclusiones de la Comisión N° 3. Derecho de Daños”, RCyS2011-XI, 275).

Las normas tendientes a proteger a los consumidores y usuarios revisten naturaleza esencialmente preventiva⁵; así es de la esencia del derecho del consumidor la característica preventiva de las normas y soluciones del sistema de protección, imponiendo una de las más notables superaciones del sistema clásico que sólo genera la reacción jurídica frente al daño ya producido. Y ello será absolutamente estéril en el ámbito de la protección del consumidor, pues los costos sociales que dejan como secuela (no sólo a los consumidores sino al propio mercado) los accidentes de consumo y las prácticas abusivas, no son reparables a través de los mecanismos sancionatorios tradicionales. El derecho del consumidor comenzó en sus orígenes, operando con características eminentemente represivas (penales y administrativas), y luego, gradualmente, pasó a tornarse fundamentalmente preventivo, en razón de ciertas condiciones del mercado, la vulnerabilidad del consumidor, la naturaleza y dimensión de los accidentes de consumo, la aparición diaria de complejas modalidades de negociación, etcétera.

En cuanto a aplicaciones concretas, las Leyes de defensa del consumidor en el derecho comparado, y las directrices supranacionales en la materia, consagran soluciones específicas, estrictamente preventivas, en torno al control e información sobre productos y servicios, en tutela del derecho a la seguridad de los consumidores.⁶

Recordamos que, como afirmaba hace varios años Vázquez Ferreyra, el Derecho del consumidor es una de las ramas del Derecho más moderna de la ciencia Jurídica y como tal exige un verdadero cambio de mentalidad por parte de los operadores del Derecho, tal como ocurrió con el Derecho Penal Liberal y el in dubio pro reo o con el nacimiento del Derecho del Trabajo y el in dubio pro operario. Hoy en día, y por riguroso imperio constitucional y normativo, un nuevo principio general del derecho ha interrumpido en el horizonte jurídico,

⁵ PEYRANO, Jorge W., "La acción preventiva: modalidad a tener presente si se quiere un sistema jurisdiccional en sintonía con la hora actual", en Suplemento Jurisprudencia Argentina, 2.002-II, fascículo N°6, del 8/5/2.002, Lexis Nexis, pág. 3.

⁶ STIGLITZ, Gabriel A. - STIGLITZ, Rubén S., "Derechos y defensa de los consumidores", Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 1.994, pág. 76 y 77. En el mismo sentido, expresaba Vázquez Ferreyra: "Se afirma con acierto que en materia de protección del consumidor, el acento se debe poner en la tutela preventiva como así también en la búsqueda de soluciones rápidas y expeditivas." (VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Las medidas autosatisfactivas en el Derecho de Daños y en la Tutela del Consumidor", La Ley N° 1.997 - E, 1.446.

y es el de interpretación a favor de los consumidores. Este principio no sólo obliga a dictar normas tuitivas de la parte más débil de la relación de consumo, sino también a interpretar el derecho vigente bajo este nuevo prisma.⁷

II. La Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor y el objetivo de prevención de los daños a los consumidores y usuarios

La Ley Nº 24.240 fue sancionada para introducir en nuestro sistema normativo, un conjunto de normas protectoras de los consumidores y usuarios y delimitadoras de los poderes de la parte más fuerte en las relaciones de consumo: el proveedor de bienes y servicios.

Desde su redacción original, y en aras de proteger a los consumidores y usuarios, esta ley incorpora el criterio de la prevención del daño en varias de sus normas. Así, el art. 4º impone a quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios la obligación de suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos, íntimamente vinculada con la seguridad de los productos y servicios.⁸

Los proveedores tienen el deber de suministrar información a los consumidores o usuarios interesados en la adquisición de bienes o servicios; ese deber existe desde el periodo precontractual y subsiste aún después de celebrado y cumplido el mismo si la información resulta necesaria y no se ha proporcionado con anterioridad. Tal información debe ser cierta y objetiva, despojada de toda subjetividad o parcialidad; veraz, o sea que debe ajustarse a la realidad; detallada, es decir, pormenorizada y no de carácter general; eficaz, que sea determinante en el ánimo del consumidor o usuario; y suficiente, es decir que sea completa,

⁷ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Las medidas autosatisfactivas en el Derecho de Daños y en la Tutela del Consumidor”, La Ley 1.997-E, pág. 1.446.

⁸ El art. 4º actualmente vigente, modificado por el art. 1º de La Ley Nº 27.250 dispone: “Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización”. “La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en soporte físico, con claridad necesaria que permita su comprensión. Solo se podrá suplantar la comunicación en soporte físico si el consumidor o usuario optase de forma expresa por utilizar cualquier otro medio alternativo de comunicación que el proveedor ponga a disposición”.

que no quede duda alguna al consumidor. Debe recaer, además, sobre las características esenciales de las cosas o servicios.⁹

Desde el punto de vista normativo es el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dichos datos, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficiente como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda generarse en la otra parte si dicha información no se suministra.¹⁰

La antigua concepción del equilibrio en la distribución de las cargas informativas hoy no resulta compatible con la contratación predispuesta, caracterizada, entre otras circunstancias por: (a) la ausencia de negociaciones individuales entre las partes (principio de unilateralidad), (b) por la imposibilidad de alterar el con-

⁹ CHAPMAN, María Alejandra, "Derecho del consumidor", Santa Fe, Editorial Jurídica Panamericana S.R.L., 1.999, pág. 50 y 51.

¹⁰ LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2.009, pág. 205/6; LAFUENTE, Jesús A. - DE LOS HOYOS, Laura María, "El Derecho a la Información es el eje central del sistema de defensa del consumidor", RCyS 2.010 - VI, 115. En la jurisprudencia reciente, a modo de ejemplo, se ha dicho que "las empresas que actuaron como organizadora y operadora de un viaje a Egipto que, ante un estado de guerra civil de público conocimiento que se vivía en el lugar de destino, optaron por ejecutar mecánicamente el plan prestacional en lugar de informar a los viajeros el real estado de cosas y ofrecerles suspender o reprogramar el viaje deben responder por las consecuencias dañosas derivadas de esa conducta, pues incumplieron con la obligación de información y vulneraron la buena fe al pretender continuar adelante con un contrato cuya finalidad manifiestamente se había frustrado, máxime cuando no demostraron la extinción de la obligación por imposibilidad de cumplimiento" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 24/08/2015, "M. V. T., B. y otro c. Julia Tours S. A. y otro s/Daños y perjuicios", RCCyC 2015 (noviembre), 138; RCyS 2015 - XII, 117; DJ 02/03/2016, 68), y que "una administradora de plan de capitalización y ahorro debe ser condenada, en forma solidaria con la asociación mutual codemandada en los términos del art. 40 de La Ley N° 24.240, a restituir al accionante las cuotas abonadas en un plan suscripto mediante una tendenciosa publicidad que inducía a suponer que le sería entregado un automóvil en un tiempo determinado, pues mediante esa práctica incumplieron con el deber de información previsto en el art. 4 de la normativa citada y con la buena fe objetiva consagrada en el art. 961 del Código Civil y Comercial, máxime cuando las precisiones formuladas en los medios de difusión se tienen incluidas en el contrato con el consumidor —art. 8, Ley N° 24.240—" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, 17/09/2.015, "M., E. c. Planauto para fines determinados S.A. de Cap. y ahorro; APLA (Asociación Mutual entre Trab. y Adherentes a Planauto) s/Sumarísimo o verbal", RCyS 2015 - XII, 100).

tenido negocial (principio de rigidez) y (c) por una acumulación de conocimientos por parte del proveedor que es quien concreta múltiples contratos del mismo tipo en oposición a un consumidor que, ocasionalmente, formaliza alguno. De allí que pueda afirmarse que existe una auténtica asimetría informativa entre proveedores y consumidores o usuarios generadora de injusticia contractual.¹¹

Frustagli y Hernández afirman que la Ley N° 24.240 dedica en su Capítulo Segundo algunas normas relativas a la información y seguridad, y que si bien estos deberes, por su contenido, están llamados a cumplir una pluralidad de funciones, desde la perspectiva del Derecho de Daños, contribuyen notablemente a la prevención de perjuicios que pueden afectar la salud e integridad física de los consumidores y usuarios. Es justamente en esta función preventiva donde el deber de información, especialmente concretado como advertencia, se vincula con el de seguridad, tal como surge de la interpretación armónica de las normas indicadas; destacan, asimismo, que la exigencia de seguridad como mecanismo de evitación de daños constituye una preocupación generalizada en todos los ordenamientos que procuran una elevada protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

El art. 5° de la Ley N° 24.240 dispone que “las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”; este dispositivo legal torna imperativa su aplicación a las cosas y servicios en general e incorpora expresamente el deber de seguridad en los contratos de consumo, sin hacer distinción respecto de las características de peligrosidad que pueda presentar la prestación principal. Esta obligación de seguridad nace de la relación de consumo, por lo que puede aplicarse a favor de un consumidor o de un usuario no contratante antes o después de la formalización del contrato.

La relevancia del deber de seguridad en el Estatuto de Defensa del Consumidor ha determinado a la jurisprudencia a efectuar una interpretación amplia de las normas que lo consagran operándose una auténtica expansión de sus alcances en cuanto a su ámbito objetivo de aplicación toda vez que si bien parece

¹¹ STIGLITZ, Rubén S., “Deber de información precontractual y contractual. Deber de Consejo. La cuestión en los contratos paritarios y de consumo”, *La Ley* 2009 – B, 1085 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2009, 543.

limitarse a la seguridad del producto o servicio en sí mismo considerado, la seguridad alcanza a las cosas a través de las cuales la relación de consumo se establece.¹²

Como señalaba Lorenzetti, la seguridad debe ser garantizada en el periodo precontractual y en las situaciones de riesgo creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto, o en un supermercado, será difícil determinar entre quienes compraron y quiénes no lo hicieron, o entre quiénes

¹² FRUSTAGLI, Sandra A.- HERNÁNDEZ, Carlos A., “Régimen de responsabilidad por daños en el Estatuto de Defensa del Consumidor”, en RCyS, Buenos Aires, La Ley, 2.004, Año VI, n°7, agosto de 2.004, pág. 1 y sgtes., en especial pág. 2. Recordamos el caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en el que se sostuvo que “corresponde atribuir el 80% de responsabilidad al centro comercial demandado y el 20% a la víctima que accedió al hipermercado por la puerta corrediza de “egreso” ubicada en un frente totalmente vidriado con sistema de sensores instalados por un sólo lado, lo que provocó la caída de la mujer al accionarse el sensor ubicado en el interior del local que cerró la puerta aprisionándola y provocándole las lesiones que reclama. . . la falta de adecuada información pues la simple señalización descripta no configura una información detallada por no prevenir sobre el riesgo que implica acceder por la puerta equivocada, resulta ineficaz para personas que no pueden o no saben leer y no toma en cuenta la posible distracción del consumidor; por ello las palabras de los carteles debieron complementarse con otros signos inequívocos que adviertan el peligro (flechas y otros símbolos de color, generalmente rojos), lo que la demandada incorporó con posterioridad al accidente para mejorar el sistema de información” (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, expte. N°72871, “Bloise De Tucchi Cristina En J: Bloise De Tucchi c/Sup. Makro S.A. D. y p. s/Inconstitucionalidad”, 26/07/2002, LS 310 – 058) Asimismo, se ha entendido que “se configura un defecto de información al consumidor respecto de los efectos adversos de un medicamento, que hace responsable al laboratorio por las consecuencias dañosas —art. 4, Ley N° 24.240—, si el cotejo de su prospecto con el de otro medicamento que tiene el mismo principio activo y que el laboratorio comercializa en otro país bajo un nombre diverso, arroja diferencias significativas en cuanto a las contraindicaciones y a los síntomas que denunció haber padecido el actor, los cuales no son informados en el prospecto argentino” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, 22/08/2012, “R., F. E. c. Bayer S. A. y otros s/Daños y perjuicios”, La Ley 2012 – F, 411 con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra; RCyS 2012 – XII, 148) y que “el fabricante de un producto desengrasante que no especificó en el envase la composición química del bien debe responder a título de pérdida de chance por el agravamiento de las lesiones padecidas por el actor en razón de su ingesta accidental, pues, si bien el daño se produce de forma inmediata, de contarse con la información debida por el proveedor en cuanto al producto y su toxicidad —art. 4, Ley N° 24.240—, se hubiera tratado a aquel de forma más urgente e inmediata y hubiera existido la posibilidad de que las secuelas fueran menores, máxime cuando la determinación de sus componentes puede llevar horas o días” (Cámara 4a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 19/09/2014”, “Madrid, Manuel c. Sánchez, Claudia y ots. s/D. y P”, RCyS 2015 – III, 104)

estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales, o bilaterales.¹³

La Comisión 3 de las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires, del 22 al 24 de setiembre de 2.005, trató el tema de la obligación de seguridad; en el ámbito de las relaciones de consumo, se sostuvo:

Régimen aplicable: La obligación de seguridad en el marco de las relaciones de consumo, se inscribe dentro del régimen resarcitorio especial emergente del estatuto de defensa del consumidor. (unanimidad)

La obligación de seguridad en sentido estricto consagrado en el artículo 5 y 6 de la Ley N° 24.240: Corresponde efectuar una interpretación amplia de las mencionadas normas haciendo su aplicación a las cosas a través de las cuales la relación de consumo se establece. (unanimidad)

Seguridad y advertencia: El deber de advertencia guarda una estrecha relación con la seguridad. En este marco, se impone, en determinadas circunstancias, a los integrantes de la cadena de comercialización suministrar información y consejo, reparar, sustituir y/o retirar los productos incorporados al mercado con potencialidad dañosa, en definitiva, adoptar medidas positivas tendientes a la evitación de daños. (unanimidad)

III. La prevención de daños al consumidor latente en el art. 52 de la Ley N° 24.240

La ley de Defensa del Consumidor le confiere al consumidor o usuario tres vías posibles para la defensa de sus derechos cuando pondere que han sido presuntamente vulnerados: a) El Reclamo ante la propia empresa prestadora del servicio para que revise su accionar o disponga las medidas necesarias para enmendar el obrar ilícito o reparar los daños ocasionados al usuario (arts. 27, 30, 31 y concs.); b) El reclamo ante la autoridad de aplicación de la ley, nacional o provincial, a través del procedimiento que se establezca de conformidad a lo normado por el art. 45 de la Ley N° 24.240; y c) finalmente, la vía judicial, de acuerdo a lo establecido en el art. 52.¹⁴

¹³ LORENZETI ,Ricardo Luis,. "Consumidores", 2° edición actualizada, Rubinzal -Culzoni, julio 2009, pag. 127.

¹⁴ En orden a los remedios con que cuenta el consumidor y las distintas posibilidades de acceso a una solución efectiva, no puede dejar de mencionarse La Ley N° 26.993 deno-

La posibilidad de recurrir a la vía administrativa para dar curso a un reclamo o denuncia no impide acudir con carácter previo, simultáneamente o con posterioridad a la vía judicial, lo que resulta acorde con el principio de acceso a la justicia sin ningún tipo de impedimento.¹⁵

El art. 52 de la Ley N° 24.240, tal como fuera modificado por el art. 24 de la Ley N° 26.361, dispone:

“Acciones Judiciales. Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

En las causas judiciales que tramiten en defensa de intereses de incidencia colectiva, las asociaciones de consumidores y usuarios que lo requieran estarán habilitadas como litisconsortes de cualquiera de los demás legitimados por el presente artículo, previa evaluación del juez competente sobre la legitimación de éstas.

Resolverá si es procedente o no, teniendo en cuenta si existe su respectiva acreditación para tal fin de acuerdo a la normativa vigente.

En caso de desistimiento o abandono de la acción de las referidas asociaciones legitimadas la titularidad activa será asumida por el Ministerio Público Fiscal.”¹⁶

minada “Sistema de Solución de Conflictos en las relaciones de consumo”, promulgada el 18/09/2014.

¹⁵ SÁENZ, Luis R. J. – SILVA, Rodrigo, Comentario al art. 52, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, (Directores), “Ley N° de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada”, Buenos Aires, La Ley, 2.009, Tomo I, pág. 584/585.

¹⁶ LOVECE, Graciela - WEINGARTEN, Celia, “Las vías de acceso a la justicia en La Ley de defensa del consumidor”, La Ley 1.996 – B, 833.

Si bien la prevención de los daños inspira, todo el Derecho del consumo, el art. 52 avanza un paso más hacia la concreción de aquella toda vez que habilita los reclamos jurisdiccionales ante la existencia de una amenaza a los intereses de los consumidores y usuarios; la ley, en definitiva, quiere evitar la causación de daños antes que repararlos.

La ley busca una solución ex ante: cuando se ha cernido sobre un derecho una amenaza seria de lesión o de daño al mismo, la justicia debe actuar ante el reclamo del consumidor; afirma Mosset Iturraspe que el art. 52, primero del capítulo De las acciones, es importante en la medida en que otorga a los consumidores y usuarios una “acción específica”, propia de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, sin perjuicio de la acción de amparo que otorga el artículo 43 de la Constitución Nacional y que califica como “acción expedita y rápida”, procedente siempre que “no existe otro medio judicial más idóneo”, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. Para este autor, las acciones serán procedentes, las específicas de la acción 24.240, frente a la afectación de los derechos del consumidor o usuario o bien, solamente, frente al mero peligro o amenaza de afectación.¹⁷

Por su parte, Yapur estima que el derecho del consumidor, por su propia naturaleza y por mandato constitucional, requiere mecanismos y procedimientos eficaces, la existencia de instrumentos efectivos para la defensa de los derechos, hace a su plena vigencia y ejercicio. Es que si no hay garantías, no hay derechos; “los derechos son lo que las garantías quieren que sean. Sin éstos, los derechos constitucionales serían un auténtico catálogo de ilusiones. En este sentido, el consumidor o usuario podrá iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados, para estas acciones se aplican las normas del conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, y precisamente, el art. 43 de la Constitución Nacional consagra constitucionalmente la garantía del amparo. El principio constitucional es que las garantías constitucionales son directamente operativas y el juzgador debe suplir las omisiones del legislador otorgando la protección en el caso concreto que se lleva a su decisión.¹⁸

¹⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Defensa del Consumidor”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.998, pág. 171 y 172.

¹⁸ YAPUR, María Fernanda, “El derecho humano de defensa del consumidor y la utilidad de la acción de amparo como garantía constitucional en el noroeste argentino”,

Chamatropulos señala que el art. 52 de la Ley N° 24.240 permite accionar no sólo cuando haya una afectación efectiva de los intereses de los consumidores, sino también cuando ellos estén simplemente amenazados, de manera que esto ha permitido sostener que en la materia está expresamente autorizada la denominada tutela inhibitoria. El concepto de amenaza debe interpretarse de manera amplia, pues, de lo contrario, la solución judicial puede llegar tarde o nunca. Ante la duda sobre la existencia o no de amenaza se debe dar curso al reclamo (principio *in dubio pro actione*). La tutela preventiva para ser exitosa requerirá admitir en muchos casos el uso de la vía del amparo, el dictado de medidas cautelares e, incluso, autosatisfactivas, cuando ello sea necesario.¹⁹

Se deben diferenciar dos acciones de consumo consagradas en el art. 52: las acciones individuales y las acciones colectivas. Las acciones individuales se encuentran admitidas en el primer párrafo de la norma; son las que defienden los derechos subjetivos o intereses legítimos de sus titulares, encargándose la ley de aclarar que, para la promoción de estas acciones, los intereses del consumidor o usuario deben estar actual o potencialmente dañados.

Están legitimados para iniciar estas acciones individuales: a) el propio consumidor o usuario, titular del derecho subjetivo o interés legítimo afectado o amenazado; y b) las asociaciones de consumidores legalmente constituidas como personas jurídicas y autorizadas por la autoridad de aplicación para actuar como tales (lo que surge implícitamente del Decreto reglamentario 1798/94); para la procedencia de esta acción, la asociación de consumidores debe acreditar su representación, mediante carta poder otorgada por el consumidor o usuario particularmente afectado o amenazado.

Las acciones colectivas están reconocidas en el segundo párrafo del dispositivo analizado y son aquellas que protegen los intereses difusos de los consumidores o usuarios. Las acciones colectivas pueden ser promovidas por: a) los consumidores o usuarios perjudicados o amenazados; b) las asociaciones de consumidores o usuarios constituidas como personas jurídicas y autorizadas por la autoridad de aplicación para funcionar como tales (en tal supuesto, no se requiere la carta poder exigida en las acciones individuales); c) la autoridad nacional o local de aplicación de la Ley N° 24.240; y d) el Ministerio Público, quien

LLNOA2016 (febrero), 1.

¹⁹ CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "Estatuto del Consumidor comentado", Buenos Aires, La Ley, 2.016, Tomo II, pág. 244/245.

puede desempeñarse como parte directa en el proceso, como parte sustituta o como fiscal de la ley.²⁰

La prevención de daños a los consumidores se logra posibilitando que dichas asociaciones accionen en interés del grupo al que representan; piénsese en que muchas veces no existirán intereses concretos que hayan sido lesionados, pero sí una amenaza de futuras lesiones o daños; al respecto, señalan Stiglitz y Stiglitz que “el consumidor aislado es un ser desarmado; todo concurre para quitarle coraje a fin de ingresar en los tribunales para enfrentarse al responsable del acto lesivo. La decisión de demandar importa un costo psicológico, y hasta aparece como una reacción excesiva que no se justificaría cuando el asunto tiene escasa magnitud económico.”²¹

El art. 52 establece una legitimación sustancial activa amplia y flexible buscando que el elenco de actores que pueden iniciar un reclamo se corresponda con la dinámica y complejidad que evidencian las relaciones de consumo en la actualidad. Si bien esa enumeración no es taxativa, ya que cualquier sujeto que acredite un interés razonable podría instar una acción preventiva del art. 1.711 y sgtes. del Código Civil y Comercial, los reclamos interpuestos por personas que no surgen del listado del art. 52, deberán ser analizados caso a caso, cuidando que no se desvirtúe la finalidad de la ley.²²

Comentando el art. 52 de la Ley N° 24.240, Peyrano afirma que al hablar de intereses amenazados consagra claramente la posibilidad de promover acciones preventivas, tal y como lo ha entendido la doctrina autoral. Así, Baracat explicita y ejemplifica a dichas acciones preventivas del consumidor, expresando lo que sigue la Ley N° 24.240 no sólo brinda al consumidor tutela contra la violación del precepto jurídico, sino también tutela por la simple amenaza de lesión de sus derechos subjetivos sustantivos. Esa tutela preventiva deviene impuesta, no sólo para evitar el daño futuro que podría sufrir el propio consumidor, sino también el daño que eventualmente podría alcanzar a otros usuarios y sujetos difusos. Saliendo del molde clásico, según el cual la jurisdicción interviene con

²⁰ CHAPMAN, María Alejandra, “Derecho del consumidor”, op. cit., pág. 277 y 278. Puede verse útilmente; CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Estatuto del Consumidor comentado”, Buenos Aires, La Ley, 2.016, Tomo II, comentario al art. 52, pág. 243 y sgtes..

²¹ STIGLITZ, Gabriel A. - STIGLITZ, Rubén S., “Derechos y defensa de los consumidores”, op. cit., pág. 345 y sgtes.

²² CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “Estatuto del Consumidor comentado”, op. Cit., Tomo II, pág. 246 y sgtes..

carácter sancionatorio y una vez violado el derecho, la ley de Derechos del Consumidor establece una suerte de jurisdicción preventiva, tendiente a eludir la transgresión del orden jurídico, a condición de que el derecho se halle amenazado. ¿Cuándo podía estar amenazado el derecho de un consumidor? Por ejemplo, cuando la empresa que presta servicios de limpieza, utiliza sustancias peligrosas para la salud de las personas. Por ejemplo, cuando una empresa que provee electricidad, lo hace suministrando baja tensión que pone en peligro la seguridad de los artefactos utilizados por el consumidor (heladeras, televisores, etc.) O cuando la empresa, encargada de suministrar agua potable, lo hace en combinación con productos químicos en condiciones inapropiadas para la salud del consumidor, etc.²³

IV. La función de prevención de daños a consumidores a través del órgano de aplicación de la Ley N° 24.240

El Capítulo XI de la Ley N° 24.240, regula la autoridad de aplicación de esta ley; así, el art. 41, conforme a la modificación del art. 17 de la Ley N° 26.361, establece: “Aplicación nacional y local, La Secretaría de Industria y Comercio será la autoridad nacional de aplicación de la presente ley. Los gobiernos provinciales y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control y vigilancia sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas reglamentarias respecto a los hechos sometidos a su jurisdicción. Las provincias, en ejercicio de sus atribuciones, podrán delegar sus funciones en organismos de su dependencia o en los gobiernos municipales.”²⁴

El art. 43 regula las atribuciones y facultades de la Secretaría de Industria y Comercio, “sin perjuicio de sus funciones específicas”, según redacción del art. 19 de la Ley N° 26.361:

²³ PEYRANO Jorge W., “La acción preventiva: modalidad a tener presente si se quiere un sistema jurisdiccional en sintonía con la hora actual”, J.A. Lexis Nexis, Suplemento del 8/5/2.002, fasc. N° 6, pág. 6.

²⁴ Por su parte, el art. 42 de La Ley N° 24.240 dispone: “Funciones concurrentes.- La autoridad nacional de aplicación, sin perjuicio de las funciones que se encomiendan a las autoridades locales de aplicación en el artículo 41 de la presente Ley, podrá actuar concurrentemente en la vigilancia, contralor y juzgamiento de la misma, aunque las presuntas infracciones ocurran exclusivamente en el ámbito de las provincias o de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.”

a) Proponer el dictado de la reglamentación de esta ley y elaborar políticas tendientes a la defensa del consumidor o usuario a favor de un consumo sustentable con protección del medio ambiente e intervenir en su instrumentación mediante el dictado de las resoluciones pertinentes.

b) Mantener un registro nacional de asociaciones de consumidores y usuarios.

c) Recibir y dar curso a las inquietudes y denuncias de los consumidores o usuarios.

d) Disponer la realización de inspecciones y pericias vinculadas con la aplicación de esta ley.

e) Solicitar informes y opiniones a entidades públicas y privadas con relación a la materia de esta ley.

f) Disponer de oficio o a requerimiento de parte la celebración de audiencias con la participación de denunciantes damnificados, presuntos infractores, testigos y peritos.

“La autoridad de aplicación nacional podrá delegar, de acuerdo con la reglamentación que se dicte en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las provincias las facultades mencionadas en los incisos c), d) y f) de este artículo”.

Se destaca que en el art. 45 de la Ley N° 24.240 que regula el procedimiento ante la autoridad de aplicación, se dispone: “...En cualquier momento durante la tramitación de las actuaciones, la autoridad de aplicación podrá ordenar como medida preventiva el cese de la conducta que se reputa en violación de esta ley y sus reglamentaciones.

Concluidas las diligencias instructorias, se dictará la resolución definitiva dentro del término de veinte (20) días hábiles.

Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, la autoridad de aplicación contará con amplias facultades para disponer medidas técnicas, admitir pruebas o dictar medidas de no innovar.”

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, resolvió que “la resolución de la Dirección de defensa del Consumidor que dispuso en forma cautelar que el prestador médico ofrezca a una afiliada la cobertura por su estado de embarazo

hasta que se dirima la cuestión en el sumario administrativo donde aquél cuestiona que el embarazo era anterior a la contratación del plan médico, resulta procedente, pues, tiende a preservar el derecho del afiliado a la salud y a la integridad personal, evitando las eventuales consecuencias dañosas posibles que se podría producir por la falta o interrupción de atención, lo cual permite tener por configurado el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho” y “toda vez que la relación contractual que vincula al prestador médico y a su afiliado resulta alcanzada por las normas que regulan y protegen los derechos de los consumidores y usuarios, en caso de duda si procede o no la cobertura —en el caso, se solicita la cobertura por embarazo— debe estarse siempre a la solución que resulte mas favorable para estos últimos.”²⁵

Quizás uno de los ejes de la prevención de daños a los consumidores pase, en buena medida, por la adecuada organización y el correcto desempeño de la autoridad de aplicación de la Ley N° 24.240; en este sentido, se enfatiza que el Estado, a través de los organismos previstos, debe ejercer eficazmente la tarea de contralor orientada a garantizar a los consumidores y usuarios de servicios una prestación eficiente, haciendo uso de la prevención y del poder sancionador, asegurando el derecho a una información objetiva y veraz, comprensiva de la publicidad, las condiciones de venta, las cláusulas contractuales, etc..²⁶

²⁵ Cámara de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “Galeno Argentina S.A. C. GCBA S/Otras Causas”, 23/05/2011, La Ley 2011 – F, 445. Parece interesante mencionar un precedente en el que la propia autoridad de aplicación inició una denuncia ante la Justicia de faltas, resolviéndose que “es procedente el dictado de una medida preventiva tendiente a obligar, con carácter de obligado principal, a la distribuidora de energía eléctrica, a que de inmediato, por sí o por medio de terceros y utilizando todos los medios técnicos y económicos a su alcance, preste el servicio de energía eléctrica a los vecinos peticionantes que no lo tuvieron, pues, se trata de un servicio destinado a atender necesidades indispensables y generales y de la propia naturaleza de la prestación surge el peligro en la demora, máxime si la empresa ha reconocido que existen zonas en su área de concesión que no abastece”, fundado en que, justamente, “los arts. 79, 80 y 81 de La Ley N° 13.133 delegaron directamente en todos los municipios de la Provincia las funciones emergentes de esa Ley, de La Ley Nacional de Defensa del Consumidor y sus disposiciones complementarias, facultándolos para la aplicación de los procedimientos y las sanciones en la materia”. (Juzgado de Faltas Nro. 2 Defensa del Consumidor de la Municipalidad de La Plata, 09/03/2012, “Defensa del Consumidor Defensa Del Consumidor s/denuncia Vecinos Barrio los Cachorros de La Plata”, DJ 26/12/2012, 16 con nota de Inés A. D’Argenio; LLBA 2013 (febrero), 35)

²⁶ CNFed.Contenciosoadministrativo, Sala II, 8/10/1.996, “Medicus S.A. c/Secretaría de Comercio e Inversiones s/Res. DNCI N° 39/96”, ED 171-199.

V. La prevención de los daños en el Código Civil y Comercial

Es sabido que una de las grandes novedades del Código Civil y Comercial radica en la incorporación expresa de la función preventiva de la responsabilidad civil, tal como se evidencia del art. 1.708 de dicho cuerpo normativo.

El sistema de prevención en el Código Civil y Comercial es amplio, ya que el art. 10, veda el ejercicio abusivo del derecho; los arts. 52 y 1.770 en materia de intimidad personal o familiar o social, permiten la prevención; en el ámbito contractual, el art. 1.032 permiten suspender el propio cumplimiento obligacional si sus derechos se vieran amenazados porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud de cumplir o en su solvencia; exceso de normal tolerancia entre vecinos del art. 1.973; la acción para mantener la tenencia o posesión art. 2.242, etc..²⁷

En consonancia con la previsión del art. 52 de la Ley N° 24.240, el Código Civil y Comercial introduce la acción preventiva, regulando la legitimación sustancial activa para deducirla y el contenido de la sentencia a recaer en tal proceso.

De acuerdo al art. 1.711, la acción preventiva requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Acción u omisión antijurídica, b) Amenaza de daño, de la continuación o agravamiento, y c) Relación de causalidad entre ambos extremos. No es preciso que se acredite un factor de atribución objetivo o subjetivo para la procedencia de la misma.²⁸

Respecto de la legitimación sustancial activa, el Código recoge la opinión que fuera vertida en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán en el año 2.011, exigiendo para habilitar la acción preventiva que se acredite la existencia de un interés razonable en la prevención, con lo que se

²⁷ COMPIANI, María Fabiana, “La prevención de daños en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, La Ley, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2.019, 495.

²⁸ CAMPS, Carlos E., “La pretensión preventiva de daños”, RCyS 2015 – XI, 12. Sostiene Tolosa: “La exclusión de la necesidad de un factor de atribución entre los requisitos de estas acciones implica que se intenta facilitar y agilizar el reclamo, limitando los posibles obstáculos que pudieran dilatar o dificultar una medida de prevención en el marco de esta acción (...) La interpretación de las normas procesales que correspondan aplicar al encauzar esta acción deberá considerar este criterio...” (TOLOSA, Pamela, Función de prevención y la acción preventiva de daños en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial, RCyS 2012-XII, 14)

recepta una legitimación amplia, comprensiva tanto de la legitimación individual o colectiva, tal relevante en materia de consumo.²⁹

Por último, se regula en el art. 1.713 el contenido de la sentencia en estos términos: “La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”³⁰

Se trata de una pretensión declarativa (que persigue la determinación del derecho del caso) y, dentro de esta categoría, declarativa de condena (que además de determinar el derecho del caso habrá de imponer una prestación de dar, hacer o no hacer).³¹

La acción preventiva (que también puede ser colectiva) tiene por destinatario a quien está en condiciones de evitar la producción, repetición, persistencia o agravamiento de un daño posible según el orden normal y corriente de las cosas; debiendo prosperar en la medida que el accionante posea un interés razonable. Excepcionalmente puede hacerse valer contra quien no ha generado la

²⁹ ARAZI, Roland, “La legitimación en la acción preventiva”, en Revista de Derecho Procesal, “Capacidad, representación y legitimación”, Santa Fe, Rubinzal Culzconi, 2,016 – 1, pág. 301 y sgtes. Recuerdo que el art. 14 dispone: “Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales. b) derechos de incidencia colectiva. La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar gravemente al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general”.

³⁰ “La prevención como mecanismo neutralizador de perjuicios no causados o minorador de efectos nocivos de los en curso de realización, es al día de hoy una efectiva preocupación y anhelo del intérprete. Ese derecho a la prevención, asegurado por la Constitución Nacional como garantía implícita, en el derecho privado juega como un mandato dirigido a la magistratura, cuya función preventiva de daños es una nueva faceta de su accionar, tanto o más importante que la de satisfacer o reparar los perjuicios ya causados. También el juez tiene una responsabilidad social” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 16/11/1.995, “Pérez, Eduardo V. C/Lavadero Los Vascos”, La Ley 1996 – C, 719, con nota de Néstor Amílcar Cipriano). Ya se había destacado en la jurisprudencia: “El fundamento de las facultades judiciales oficiosas para evitar daños futuros lo confiere la Constitución Nacional, el deber funcional de prevención, el rol activo y dinámico que debe asumir el juez, y la aplicación analógica de lo dispuesto por los arts. 2.499 y 2.618 del Código Civil.” (Juzgado de 1º Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de Azul, 10/11/1.993, “Arouxet, Arnoldo E. C/Durañona, Ernesto y otros”, LLBA 1.994, pág. 18)

³¹ MEROI, Andrea A., “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, RCCyC 2016 (abril), 06/04/2016, 70

amenaza de daño, pero que se encuentra emplazado de modo tal que puede contribuir a evitar el daño o a morigerarlo. Reclama, eso sí, la existencia de una conducta antijurídica unida causalmente al daño posible.³²

Para Galdós, la medida y razonabilidad de la extensión del mandato debe resultar de un juicio de ponderación, atendiendo a la menor restricción posible del derecho limitado y a la idoneidad de la restricción con relación a la obtención de la eficacia del resultado. Se trata del juicio de comparación entre la entidad y atendibilidad de los derechos en pugna, debiendo prevalecer los extrapatrimoniales por sobre los patrimoniales, los derechos de incidencia colectiva sobre los derechos individuales, según la naturaleza de los intereses en conflicto, y predominar la tutela de la persona por sobre el patrimonio.³³

³² PEYRANO, Jorge W., “Más sobre la acción preventiva”, La Ley N° 2016 – A, 1221. En la Provincia de Mendoza, La Ley N° 9.001 que establece el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario local, dispone en el art. 3 ap. II la regulación de la acción preventiva en estos términos: “II - ACCIÓN DE TUTELA PREVENTIVA. 1.- Quien ostente un interés razonable en la prevención de un daño, estará legitimado para deducir la acción preventiva prevista por las normas de fondo, ofreciendo toda la prueba sobre la previsibilidad del daño, su continuación o agravamiento. Será competente el Juez del lugar en donde el daño pueda producirse.

2.- El Juez meritara sumariamente la petición y resolverá si la admite o la rechaza sin más trámite, mediante auto que será apelable.

a) En caso de ser admitida y si se conociere el legitimado pasivo, se le dará traslado por tres (3) días, quien al evacuarlo deberá ofrecer toda la prueba. Vencido dicho plazo deberá emitirse pronunciamiento sobre la admisión de la prueba, la que se sustanciará en una sola audiencia a celebrarse dentro de los tres (3) días.

b) Si se desconociese el legitimado pasivo, el Tribunal directamente se pronunciará sobre la prueba, la que deberá rendirse en un término no mayor de tres (3) días.

c) Rendida la prueba, se llamará autos para sentencia, la que se dictará en el término de tres (3) días y será apelable en igual plazo, por quien ostente interés legítimo.

d) En el caso previsto en el inc. b) la sentencia será publicada por los medios establecidos por este Código a fin de garantizar su mayor publicidad. La sentencia se presumirá conocida a los cinco (5) días de la última publicación.

e) En situaciones de suma urgencia y de gravedad manifiesta, el Juez podrá ordenar inmediatamente las medidas necesarias para evitar el daño. La revocación de tales medidas podrá ser solicitada por quien acredite interés legítimo, y en tal supuesto, el Juez fijará inmediatamente una audiencia a la que convocará a los interesados. Concluida la misma, resolverá por auto en el plazo de tres (3) días.

3.- En los casos b) y e) deberá exigir el Juez contracautela suficiente.

4.- La resolución que se dicte será apelable en el plazo de tres (3) días, en forma abreviada y sin efecto suspensivo.

5.- El interesado podrá optar por encausar su pretensión preventiva por la vía del proceso de conocimiento.”

³³ GALDÓS, Jorge Mario, “Las funciones de la responsabilidad civil. La supresión de la

Constituye una acción de prevención específica sustancial que persigue evitar la producción, continuación o agravamiento de un daño, en forma provisoria o definitiva, principal o accesoria. Será operativa a través de las herramientas procesales disponibles que resulten más adecuadas. Entre ellas: acción de amparo, medidas cautelares en su rol preventivo y las llamadas medidas autosatisfactivas y de tutela anticipatoria. Ello sin perjuicio de la legislación procesal provincial que se dicte al efecto.³⁴

Compiani afirma que la prevención se efectiviza mediante medidas innovativas como por ejemplo el retiro de productos defectuosos del mercado, el restablecimiento de servicios médicos injustamente suspendidos o negados, la rectificación de noticias inexactas o agraviantes o de publicidad ilícita, dejar sin efecto cláusulas abusivas, etc.; o a través de medidas de no innovar como son el cese de terapias rechazadas por el paciente, la proscripción de aproximación a la víctima, etc.³⁵

Para Seguí, como la finalidad preventiva de la tutela inhibitoria se concreta en normas que apuntan a frenar, a detener, una actividad, la sentencia puede concretarse en dos tipos de mandatos de hacer y de no hacer. Son supuestos de mandatos de no hacer aquel que ordena la suspensión de un proceso productivo, el que dispone la suspensión de la comercialización de un producto y el que manda el cese de la difusión de una publicidad lesiva. Son supuestos de mandatos de hacer la realización de una obra no contemplada, el que ordena tomar medidas que impliquen brindar la información adecuada y la realización de controles omitidos.³⁶

sanción pecuniaria disuasiva en el código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley, Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17/11/2014, 137

³⁴ Conclusiones de las III Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, realizadas en Mar del Plata, 25/27 de octubre de 2.012. Comisión 1, “Las funciones de la Responsabilidad”. Se ha dicho que “el proceso preventivo de daños (art. 1711, Código Civil y Comercial) es una especie de los procesos urgentes y, por tanto, en principio y como regla, no tolera el efecto suspensivo tradicional de la concesión o admisibilidad de los recursos ordinarios contra las resoluciones que en su curso se dicten” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, 28/04/2016, “Paoletti, Juan Carlos y otros c. Baravalle, Andrea Patricia y otros s/ medida autosatisfactiva – ordinario”, ED 267, 462).

³⁵ COMPIANI, María Fabiana, “La prevención de daños en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, La Ley, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2.019, 495.

³⁶ SEGUÍ, Adela, “Prevención de los daños y tutela inhibitoria en el Derecho del Consumo”, en PICASSO, Sebastián – VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, (Directores), “Ley

Desde hace años, la prevención de daños contaba con una creciente presencia en la jurisprudencia. Es interesante el caso resuelto en el caso “Craien, Miguel A. v. Coca-Cola S.A.”, resuelto en fecha 05/12/95 por la Cámara Nacional Civil, Sala F; en este precedente, el Sr. Miguel Ángel Craien demanda a Coca-Cola S.A.I.C. y F. por cobro de la suma de \$ 10000, en concepto de daño moral, con más sus intereses, argumentando que encontró en el interior de una botella

de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada”, Buenos Aires, La Ley, 2.009, Tomo II, pág. 661 y sgtes., en especial, pág. 696. En la jurisprudencia, se ha recurrido a la figura de las medidas autosatisfactivas para proporcionar soluciones rápidas a los derechos de los consumidores. Así, por ejemplo, se ha resuelto que “la empresa de asistencia al viajero demandada debe cubrir todos los gastos, honorarios y cualquier otra expensa causada por la atención médica de una paciente que contrató sus servicios y se encuentra internada en Brasil hasta la suma máxima asegurada, pues están acreditados los extremos necesarios para dictar la medida autosatisfactiva requerida, teniendo en cuenta las manifestaciones vertidas al promover la acción y la documentación acompañada, especialmente el cuadro médico padecido y la vulnerabilidad propia de una situación semejante; máxime cuando se encuentra en juego el derecho a la salud” (Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 27, 19/03/2018, “M., G. c. Assist Card Argentina S.A. de Servicios s/ Medida precautoria”, La Ley 2018 – B, 490 con nota de Ignacio González Magaña) y que “una empresa que fabrica electrodomésticos y aquella que los comercializa deben entregar a un consumidor —con carácter de medida autosatisfactiva— una heladera de similares características a aquella que adquirió y presentó defectos por los cuales permanece en un taller de servicio técnico, pues la propia naturaleza del bien reclamado, por tratarse de un elemento indispensable para la vida, y su carencia afecta seriamente la calidad de vida y la salud del reclamante y su núcleo familiar” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, 18/12/2014, “Valenzuela, Roberto Carlos c. Naldo Lombardi S.A. y otro/a s/ medidas cautelares (traba/levantamiento)”, LLBA 2015 (abril), 333 con nota de Gabriel Hernán Quadri; DJ 08/07/2015, 95). En forma reciente, se ha recurrido a la figura de la tutela anticipada: “La empresa de asistencia al viajero demandada debe cubrir todos los gastos, honorarios y cualquier otra expensa causada por la atención médica de una paciente que contrató sus servicios y se encuentra internada en Brasil hasta la suma máxima asegurada, pues están acreditados los extremos necesarios para dictar la medida autosatisfactiva requerida, teniendo en cuenta las manifestaciones vertidas al promover la acción y la documentación acompañada, especialmente el cuadro médico padecido y la vulnerabilidad propia de una situación semejante; máxime cuando se encuentra en juego el derecho a la salud”, agregándose que “la interpretación contractual efectuada por la empresa de asistencia al viajero accionada, a fin de excluir los gastos médicos que son consecuencia directa de una enfermedad coronaria padecida en el período de cobertura, no aparece compatible con la oferta de un servicio que cubre el riesgo sobre la salud en situación de viaje, y constituye, respecto de las condiciones de la oferta publicitaria, una restricción de los derechos del consumidor”. (Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Comercial Nro. 27, 19/03/2018, “M., G. c. Assist Card Argentina S.A. de Servicios s/ Medida precautoria”, La Ley 2018 – B, 490 con nota de Ignacio González Magaña)

de gaseosa de su marca, un trozo de cigarrillo con filtro. Refiere que promovió denuncia penal por el delito de posible envenenamiento y/o adulteración de un alimento de consumo masivo, que tramitó con el n. 33070, por ante el Juzgado de 1ª Instancia de Instrucción n. 20, Secretaría n. 162; que la comprobación de ese elemento extraño en el contenido del envase le provoca un daño moral, independiente del daño material que supuestamente pudiera haberse generado de haber ingerido la bebida. Funda su demanda en los arts. 1109, 1078 y concs. CC. y en la doctrina y jurisprudencia que cita. Tanto en primera como en segunda instancia, se desestima la demanda. El Tribunal de alzada afirma que “es imprescindible legislar sobre el tema en forma concreta, debido a que la Ley de Defensa al Consumidor es insuficiente para prevenir los daños a los consumidores, debiendo partirse del análisis de la jurisprudencia y la legislación comparada, existente en el derecho inglés y estadounidense; en especial de este último, del que pueden extraerse ideas útiles y, además, los resultados de una larga experiencia, ponderando las opiniones críticas que, a mi entender, en muchos aspectos, permitirían dar solución a este tema de acuerdo a las particulares características de nuestro derecho, que se aparta ostensiblemente del derecho anglosajón”. Expresa que “desde otra perspectiva, el actor tenía otro importante medio de acción a su alcance, además de la denuncia administrativa, que consistía en poner los hechos en conocimiento de las ligas de consumidores, que mediante sus publicaciones promueven la información al público, cuya actividad en la actualidad se encuentra reconocida por la Ley N° 24.240, en los arts. 55 y ss. (sancionada el 22/9/93 y promulgada parcialmente el 13/10/93, B.O. del 15/10/93). Estas, muchas veces, son más efectivas pues traen aparejados para los fabricantes y vendedores el disfavor de la gente por su resultado más directo e inmediato, con la consecuente retracción de las ofertas”. Por último, y es lo más sustancial del fallo, se expone que “no obstante el resultado de la acción, que la Justicia no puede permanecer impasible ante el hecho que la originó. Como ya lo destacara y quedó acreditado en autos, la demandada incumplió en alguna de sus etapas con el control de calidad e higiene del producto destinado masivamente al consumidor, lo que por sí solo adquiere importancia por las consecuencias nocivas que pudieron derivarse. Ello me persuade, en defensa de los intereses difusos que están en juego, de proponer -en el supuesto de ser compartido mi criterio- que se oficie a la Secretaría de Comercio e Inversiones del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, a fin de que por su inter-

medio pongan en conocimiento de los organismos de control que correspondan el hecho que dio origen a este juicio, a fin de que verifiquen la forma en que se lleva a cabo el embotellamiento de la bebida gaseosa de su marca, para evitar todo peligro a la salud del consumidor”.³⁷

Mencionamos como relevante un precedente en el que se deduce una pretensión resarcitoria de daños sufridos como consecuencia de un accidente provocado por la falla en la dirección de un vehículo; allí, se entendió que “el reclamo del actor tendiente a que se ordene a algún órgano público un seguimiento sobre la producción de automotores del fabricante demandado a fin de evitar futuros daños a terceros -en el caso, el rodado volcó por una falla en el sistema de dirección- se orienta a preservar la seguridad y la salud de los usuarios y se sustenta en el art. 42 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de consumidores y usuarios a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, así como a una información adecuada y veraz” y que “habiéndose comprobado que el accidente que motiva la acción resarcitoria se produjo por una falla en una pieza del sistema de dirección del rodado del actor, la cual, dada la producción y/o tratamiento seriado de las piezas, afectará a toda la serie o conjunto de piezas que tienen en común el material utilizado o bien el mismo proveedor o planta de tratamiento, el peligro que ello representa para consumidores y usuarios torna procedente notificar la sentencia a la Subsecretaría de Industria y Comercio de la Nación a fin de que adopte medidas de control para subsanar el defecto en futuras unidades a producirse”.³⁸

En la jurisprudencia más reciente, se ha dispuesto que “un banco deberá, como medida de prevención del daño, abstenerse de formular reclamos telefónicos —por mensajes de texto y por sistema de mensajería WhatsApp— a un cliente a fin de reclamarle el cobro de un crédito cuya ocurrencia y particularidades están siendo debatidas en un proceso judicial, pues se encuentran prima facie configurados los recaudos establecidos en los arts.1711 y siguientes del Cód. Civ y Com; a lo que se suma que el actor invocó su carácter de consumidor, lo cual le brinda un estándar protectorio de raíz constitucional”.³⁹

³⁷ Cámara Nacional Civil, Sala F, 05/12/1.995, “Craien, Miguel A. v. Coca-Cola S.A.”, JA 1997 – III, 201/209.

³⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, “D. B. de M., C. C. Sevel Argentina S. A. y otros”, 05/10/2001, La Ley 2002 – A, 861.

³⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, 11/12/2018, “Borgna, Pablo Sebastián c. Banco Santander Río S.A. s/Prueba anticipada”, La Ley 2018 – F, 416; RCyS

VI. La publicidad ilícita y la protección preventiva del consumidor

De los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional, surge la garantía de asegurar para todos los habitantes el libre acceso al consumo de bienes y de servicios en condiciones de trato equitativo y digno, gozando de una información adecuada y veraz ejerciendo la libertad de elección en el mercado.⁴⁰

El libre acceso al consumo en tales condiciones es un derecho fundamental para los consumidores, pues, a partir de esta garantía constitucional, resulta viable impugnar judicialmente las políticas económicas que tengan como presupuesto la exclusión de parte de la población de los beneficios del consumo, condenándolos a la marginalidad económica, social y cultural.⁴¹

Kemelmajer de Carlucci ha dicho que “todo empresario tiene por meta dominar el mercado; los medios que utilice son lícitos si están basados en la propia

2019 – I, 91.

⁴⁰ IRIGOYEN, Roberto, “Los derechos del consumidor”, La Ley 1.995 – B, 819 y sgtes.

⁴¹ *Ibidem*. El autor, sostuvo, en su calidad de miembro informante del despacho aprobado por la Convención Constituyente, que “junto a estos derechos sustanciales, que acabamos de mencionar están los llamados derechos primarios, que prácticamente son anteriores al propio derecho del consumidor. Uno de ellos es el implícito derecho de libre acceso al consumo para la población y otro es la educación del consumidor. Nuestro bloque propuso en la comisión que se insertara el ‘libre acceso al consumo’, pero no hemos conseguido que esta forma explícita de establecerlo se consagre. Lo hemos conseguido porque estamos absolutamente convencidos de que el libre acceso al consumo por parte de todos los habitantes figura tácitamente en el texto constitucional y deseamos que sea reconocido específicamente como opinión del legislador en esta materia, fundado en muchas razones: porque es un recaudo necesario y previo al derecho del consumidor; porque es un derecho fundante —si no hay acceso al libre consumo no habrá derechos del consumidor—; porque ya John Kennedy declaró que todos éramos consumidores; porque está receptado en las directrices de Naciones Unidas para todos los países del mundo; porque en el Preámbulo de nuestra Constitución se establece que el gobierno debe propender al bienestar general de toda la población; porque en el despacho vinculado al recurso de amparo que en esta asamblea se sustenta se garantizan los derechos del consumidor “contra cualquier forma de discriminación”; y porque antes de la opinión de John Kennedy, hay una oración, que es el Padrenuestro, que dice “el pan nuestro de cada día dánoslo hoy”, y en este momento en que hay tanta receptividad sobre insinuaciones religiosas en temas que no han sido habilitados por La Ley de convocatoria, pienso que aquí sí se corresponde que declaremos que el libre acceso al consumo es para toda la población argentina”. “Además pienso que es ésta una norma programática y, en este carácter, tiene amparo constitucional. Fundamentalmente es nuestra determinación que sea operativa en función de los planes de cualquier gobierno del próximo devenir institucional para que los proyectos económicos que desee implantar no puedan basarse en la discriminación del consumo y la marginación de parte de la población.”

eficiencia en el manejo de los costos, precios, calidad del producto, técnicas de promoción y publicidad empleadas, etc., pero no si su principal instrumento es obstaculizar la eficiencia ajena. En otros términos, la lucha competitiva es legítima en la medida en que desarrolla una actividad de mejora de las propias prestaciones (eficiencia), pero no lo es si lo hace sobre la base de la obstaculización de la actividad de su competidor (interferencia)”; “dado que la competencia leal debe buscar la eficiencia en la prestación de bienes y servicios ofertados, los beneficiarios de las leyes que reprimen la competencia desleal no son sólo los competidores sino el interés general del mercado y, consecuentemente, también el de los consumidores” y que “un régimen de economía planificada puede arreglárselas sin instrumentos normativos que regulen la competencia desleal; en cambio, la libertad de competencia en una economía de mercado requiere necesariamente un control de abusos, y el derecho de la competencia desleal es uno de los instrumentos adecuados”.⁴²

Santarelli afirma que dentro de un esquema de control de la contratación, se erige el sistema administrativo de protección al consumidor; como una de las manifestaciones de la preocupación estatal por la defensa de las garantías del consumidor. La publicidad engañosa atenta contra el estándar informativo que toda persona debe poseer para decidir una contratación, conforme lo establece el art. 4° de la Ley N° 24.240, garantía que -es sabido- alcanza la estatura de garantía constitucional (art. 42, CN).

Ahora bien, la vía administrativa (tanto la concedida por el ordenamiento nacional -arts. 45 y sgtes. de la Ley N° 24.240-, como la Ley local N° 13.133) no presentan oportunidades para operar en la situación sustancial que lo ha afectado al consumidor, sino sólo en la audiencia conciliatoria, en donde llegado a un acuerdo, se extingue. Y es por esta vía transaccional que el consumidor pueda obtener la satisfacción sustancial de la relación obligacional entablada. Por lo tanto la tramitación administrativa a que da pie la infracción tiene una finalidad tuitiva que con la sanción pretende desalentar la práctica hacia el futuro. Asimismo la vía administrativa presenta la muy trascendente posibilidad de actuación de los organismos que representan colectivamente el interés de los consumidores, sumando una importante acción depuradora y preventiva de prácticas desleales en el mercado.⁴³

⁴² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Derecho de los consumidores y Derecho de la libre competencia”, Buenos Aires, La Ley, Acad. Nac. de Derecho 2000, pág. 261 y sgtes.

⁴³ SANTARELLI, Fulvio Germán, “Acciones contra la publicidad engañosa”, LLBA 2.005 (setiembre), 928 – DJ 2.005 – 3, 565.

El art. 1102 del Código Civil y Comercial dispone: “Acciones. 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”⁴⁴

Explica Rubén Stiglitz que el diseño de políticas destinadas a dar transparencia y razonables reglas de desarrollo para la actividad publicitaria de difusión de bienes y servicios destinados a consumidores no tendría eficacia real si no se dotara a los posibles afectados de acciones destinadas a asegurar el respeto de las reglas establecidas en la materia.

El Código reconoce a favor de los consumidores afectados, o de quienes se encuentren legalmente legitimados, como pueden serlo las asociaciones de defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, acciones judiciales destinadas a hacer cesar la publicidad ilícita, así como para obtener una rectificación de la información indebida, o de la sentencia, por parte del responsable.

El juez podrá disponer, con carácter cautelar, preventivo:

1. la cesación de la publicidad, cuando su difusión se encuentran aún en curso al tiempo de la promoción de la acción; o

⁴⁴ TAMBUSSI, Carlos E., “La publicidad prohibida en el nuevo Código”, La Ley 2.015 – D, 769; LUFT, Marcelo E., “El deber de información y las acciones para la rectificación de la publicidad ilícita”, La Ley 2.017 – B, 500; BIANCHI, Lorena, “El impacto del principio del acceso a un consumo sustentable en el funcionamiento de la regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, SJA 13/09/2017, 13/09/2017, 45. Hace algunos años, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza sostuvo que “la publicidad engañosa, deficiente o ambigua frustra las legítimas expectativas generadas, originando daños y, por tanto, la correlativa responsabilidad y ésta es la adecuada solución que prevé la LDC, pues es su objetivo la defensa de quienes se encuentran en una situación de inferioridad dentro del mercado, independientemente de sus cualidades o calidades. Una publicidad desleal afecta de manera directa a los consumidores tornándolos más vulnerables y manipulables, ya que puede inducirlos a error, a conductas perjudiciales para su integridad psicofísica o a sus intereses económicos, etc. quebrantando el deber de buena fe negocial” y que “un mensaje publicitario, motivador del consumo, genera en los actores una razonable expectativa de privacidad, exclusividad, amplio entorno natural, áreas verdes y excelencia paisajística entre otros servicios también promocionados para adquirir el lote en un barrio y construir su vivienda familiar. Cuando esos aspectos son incumplidos por elevarse un murallón a la finalización del jardín y, emplazarse una construcción desde cuyas ventanas situadas en la planta alta se puede visualizar las dependencias de la casa, a lo que se debe agregar el cono de sombra que la edificación ineludiblemente proyecta en el jardín, ello da lugar a la indemnización por daños y perjuicios pretendida.” (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, expte. N° 108.769, “Open Mall S.A. en J° 159.672/36.143 Pérez, María Gabriela y ots. c/Cerros de la Puntilla S.A. y ots. P/ D. Y P. S/Inc. Cas.”, 26/05/2014).

2. la publicación de anuncios aclaratorios o rectificatorios, que impidan que otras personas puedan ser inducidas a error en su valoración de lo difundido por medio de la publicidad; cuando ella ha cesado pero es probable que diversas personas estén en curso de contratar en razón de la información errónea que les habría sido aportada.

Concluido el proceso, el juez podrá disponer la publicación de la sentencia a costa del proveedor responsable de la información inadecuada. En tal caso, lo razonable será que dicha publicación se efectúe en un medio de similar difusión y con similar ubicación, ya sea en un medio impreso o en franja horaria de difusión radial o televisiva, que la que en su momento tuvo la información que motivó el inicio del proceso.

La publicidad engañosa, la comparativa y la abusiva se hallan prohibidas, por lo que la conducta de su autor es antijurídica en los términos del art. 1717 del CCyC, por lo que este se halla obligado a reparar el daño causado (art. 1716 del CCyC). La publicidad referida tiene por objeto promover bienes y servicios por lo que la prohibición alcanza al proveedor/profesional quien se beneficia con el mensaje y, en principio, a la agencia publicitaria que lo haya creado.⁴⁵

En un caso que llegó a la Corte de la Nación, el reclamante, consumidor y padre de hijas adolescentes, dedujo acción de amparo contra las empresas editoriales de distintos diarios del país con el objeto de que cesaran en la publicación de avisos clasificados de oferta sexual, en tanto éstos estaban al alcance de cualquier persona —incluyendo a menores de edad— por ser productos de distribución y de venta libre. La Cámara, al modificar parcialmente el fallo que hizo lugar a la demanda, dispuso que las demandadas debían cesar, en el plazo de cinco días, en las publicaciones de ese tipo. Contra esa decisión, se interpusieron

⁴⁵ STIGLITZ, Rubén, Comentario al art. 1.102, en HERRERA, Marisa – CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián - Directores -, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Buenos Aires, Infojus, 2015, Tomo III, pág. 504/505. Antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, la jurisprudencia sostuvo en un caso que “la empresa accionada debe cesar de difundir una campaña publicitaria relacionada con el Campeonato Mundial de Fútbol, pues puede verosimilmente traer a confusión al público, en tanto siembra la idea de que el producto promocionado es sponsor oficial del seleccionado argentino, lo cual prima facie no es cierto, sin que sea prudente descartar el impacto negativo para quien verdaderamente reviste esa categoría que tal premisa —errónea— podría provocar en el consumidor a la hora de formular su elección entre los distintos productos que se le ofrecen” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 10/06/2014, “Asociación del Fútbol Argentino y otros c. Unilever de Argentina S.A. s/ medidas cautelares”, La Ley 2014 – D, 162).

sendos recursos extraordinarios que, denegados, dieron origen a las quejas. Con posterioridad, se publicó en el Boletín Oficial el Decreto 936/2011, que prohíbe anuncios como los impugnados. El Superior Tribunal Nacional declaró inoficioso un pronunciamiento: “Toda vez que el Decreto 936/2011 tiene por finalidad prevenir el delito de trata de personas con fines de explotación sexual y la paulatina eliminación de las formas de discriminación de las mujeres y dispuso —con carácter de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República— prohibir los avisos que promuevan la oferta sexual o hagan explícita o implícita referencia a la solicitud de personas destinadas al comercio sexual por cualquier medio, es inoficioso que la Corte Suprema se pronuncie en la acción de amparo deducida contra varias empresas editoriales de distintos diarios del país con el objeto de que cesaran en la publicación de avisos de ese tipo.”⁴⁶

Chamatropulos expone que en el Derecho Comparado estas acciones no son una novedad. Informamos al respecto que la normativa comunitaria europea dedica incluso toda una directiva (la 2009/22/CE del 23/4/2009) a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, por ejemplo, en créditos al consumo, cláusulas abusivas, viajes combinados, contratos a distancia y prácticas comerciales desleales. La ley española, por su parte, regula de modo específico esta acción como mecanismo destinado a interrumpir la conducta violatoria de la norma consumeril y prohibir su reiteración futura.⁴⁷

En un interesante precedente, la Corte Federal rechazó la acción declarativa planteada por una tabacalera contra la Provincia de Santa Fe con el fin de que se declarara la inconstitucionalidad de la Ley local N° 12.432 en la que se establecieron prohibiciones y limitaciones relativas a la publicidad y promoción de los productos derivados del tabaco, a su consumo y a su venta. La Corte sostuvo que “la facultad ejercida por la Provincia de Santa Fe a través de la Ley N° 12.432 en cuanto prohíbe la publicidad del tabaco no se revela como desproporcionada con la finalidad perseguida de bien público, pues el legislador se basó en propósitos de salud pública y tuvo como guía los estándares internacionales, anticipándose de tal manera a la regulación nacional —Ley N° 26.687—, como una

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/06/2012, “Rodríguez Ruiz, Alberto c. Diario Clarín Arte Gráfico Editorial Argentino S. A. Y otros”, DJ 29/08/2012, 39.

⁴⁷ CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, “La publicidad prohibida y sus subtipos en el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2015 (diciembre), 16/12/2015, 229.

opción que cabe reputar legítimamente adoptada en la jurisdicción provincial, sin que se configure agravio constitucional, atento a los derechos afectados”.⁴⁸

VII. La prevención de daños al consumidor en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor y la incorporación del principio precautorio

La Comisión creada por iniciativa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que se desarrolla en conjunto con el Ministerio de Producción de la Nación a través de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor, ha propuesto una regulación puntual de la prevención en materia de consumo, regulándose en el Título IV del Anteproyecto “Daños al consumidor. Prevención del daño, responsabilidad y sanción punitiva”, dividiendo la misma en cuatro capítulos: Capítulo 1: “Prevención del daño”, Capítulo 2: “Daños causados por productos o servicios defectuosos”, Capítulo 3: “Daños causados dentro del ámbito físico de incumbencia del proveedor” y Capítulo 4: “Sanción punitiva”.

El art. 5 del Anteproyecto se encarga de plasmar en el cuerpo normativo los principios que rigen la materia: “Se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado. El sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales y tiene el objetivo de tutelar al consumidor”.

En el inciso 8 se aborda el principio de prevención de riesgos: “El Estado y los proveedores actúan preventivamente cuando exista probabilidad razonable de una amenaza derivada de bienes o servicios que afecten la salud o la seguridad de los consumidores”, mientras que en el inciso 9 se avanza en la incorporación del principio de precaución: “El Estado y los proveedores deben actuar precautoriamente en las situaciones de controversia científica probada, y en general, frente a la incertidumbre científica fundada respecto de la existencia de una amenaza derivada de un bien o servicio, adoptando las medidas eficaces para evitar el daño a los consumidores”.

Siguiendo a Bestani, podemos decir que la prevención y la precaución se revisten así con el ropaje de “principios jurídicos”, que reconocen raigambre

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/10/2015, “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c. Provincia de Santa Fe s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, DJ 30/12/2015, 25.

constitucional (arts. 41, 42, 43, CN). Los principios ofrecen flexibilización y apertura en las respuestas jurídicas a las nóveles situaciones que presenta la realidad actual, siempre cambiante, y preservan al sistema protectorio de problemáticas vacancias.

Específicamente, en cuanto a los de prevención y precaución, ellos responden a una causa—fin constitucional que no puede ya soslayarse si se quiere brindar adecuada tutela al consumidor y a los ciudadanos en general. Es que ya es lugar común la existencia de peligros inciertos que, emergentes del desarrollo tecnológico de los siglos XX y XXI, planean oscuros y amenazantes sobre la seguridad, salud, vida e integridad física de la persona. Ellos tornan insuficientes los esquemas y mecanismos del resarcimiento, pero también los de la mera prevención que refiere a lo cierto y previsible.

De allí que la racionalidad preventiva solo puede pensarse completa en su unión con la racionalidad precautoria a fin de que cubrir los citados supuestos, en protección cabal y especial de esos derechos fundamentales. La transición del paradigma de la reparación para la prevención todavía se muestra insuficiente. Es necesario, entonces, entrar en un estadio de mayor sofisticación, pasar a la actuación de precaución. Los derechos a la seguridad, salud e integridad física están actualmente protegidos en forma especial por los arts. 4º, 5º, 6º, 40 de la LDC. Por obra de esta ley el deber de seguridad se constituye en una “obligación de carácter principal y autónoma, una obligación central de seguridad real y concreta, y es un derecho de los consumidores y usuarios que trasciende la mera expectativa objetivamente generada”. Con el Anteproyecto, al sistematizarse estos dos principios, esa protección adquiere un nivel aún más alto y más adecuado a la manda constitucional.⁴⁹

⁴⁹ BESTANI, Adriana, “Prevención de riesgos y precaución en el Anteproyecto de Reforma de Ley de Defensa del Consumidor”, *La Ley*, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 193. Con anterioridad a la presentación del Anteproyecto, Wajtraub sostenía que en lo que hace a la aplicación del principio de precaución en el terreno concreto del derecho del consumidor, es necesario profundizar el debate sobre los riesgos del desarrollo, en particular, sobre la posibilidad —y las dificultades técnicas— de aplicar en el campo del microsistema de defensa del consumidor el principio precautorio que se encuentra receptado expresamente en *La Ley General del Ambiente*, lo cual significaría regular el problema de los riesgos del desarrollo bajo la racionalidad del paradigma ambiental. Esta falta de debate nos lleva a identificar los casos en los cuales se dilucidan cuestiones que involucran relaciones de consumo siempre relacionados con un problema de daño ambiental, es decir, una potencial afección a la salud a partir de planteos ambientales, siendo fundamental la posibilidad de poder aplicar el principio de

En lo que aquí interesa, el art. 107 regula la acción preventiva en estos términos: “Los consumidores y quienes se encuentran legitimados para promover acciones colectivas pueden deducir acciones preventivas en los términos de los artículos 1711 a 1713 del Código Civil y Comercial”.

Puntualiza Compiani que la remisión efectuada en el Anteproyecto a la normativa de fondo acierta al integrar ambas normativas y enriquecer la prevención vigente en el mandato constitucional consumeril y en su anterior normativa, nutriéndola de la más amplia admisión que consagra el Código de fondo de la tutela preventiva tanto a pedimento de parte como de oficio. Ello constituye una muestra de la permanente interrelación entre el Derecho de Consumo y el Derecho Civil, en las que las novedades normativas del primero alimentaron la reforma del otro y en la actualidad terminan por nutrir a aquel con una previsión superadora de la originaria novedad legislativa.⁵⁰

En materia de prácticas abusivas, el art. 27 dispone que “los sujetos alcanzados por esta Sección gozan de la tutela preventiva y resarcitoria contra el proveedor a consecuencia de las prácticas abusivas antes descriptas. La responsabilidad es solidaria y se proyecta incluso a quien actuare en nombre de aquél, sea o no un profesional liberal, y no excluye otras sanciones administrativas” y que “en el ámbito de las prácticas abusivas, la sanción punitiva prevista en el artículo 128 deberá ser especialmente ponderada, atento a la afectación de derechos fundamentales o derechos humanos. En tal caso, el destino de la sanción punitiva deberá, al menos parcialmente beneficiar al consumidor afectado”.

Resulta interesante que en materia de conexidad contractual, ahora regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación (Art. 1.073/1.075), el art. 65 del Anteproyecto establece: “Art. 65. Conexidad. Acción preventiva, acción directa y tutela resarcitoria. La conexidad descripta en el artículo 1073 del Código Civil y Comercial y la tutela de la confianza, podrán habilitar al consumidor según las circunstancias, a quien sea parte en alguno de los contratos coligados a ejer-

precaución de manera autónoma. En algunas ocasiones se ha podido ver insinuaciones del principio mediante un mandato judicial de informar al consumidor, partiendo de las obligaciones emergentes del proveedor. (WAJNTRAUB, Javier H., “El principio precautorio en el derecho del consumidor”, RCyS 2017 - IX, 5)

⁵⁰ COMPIANI, María Fabiana, “La prevención de daños en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor”, La Ley, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2.019, 495.

cer los siguientes derechos respecto de otros participantes del acuerdo global que no hubieran contratado directamente con él:

1. La prevención del daño, de modo especial cuando se trate de situaciones jurídicas abusivas, prácticas abusivas o tutela de la seguridad;

2. Exigir el cumplimiento de una obligación que le era debida originariamente por su contratante, mediando mora del obligado, más allá de los casos especiales expresamente previstos;

3. Reclamar el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de tales obligaciones.”

Por último, en la regulación de los procesos colectivos, el art. 175 expresa:

“Objeto del proceso colectivo de consumo. El objeto del proceso colectivo podrá consistir en:

1. La prevención con el fin de evitar la afectación de los derechos de incidencia colectiva o la continuidad futura de la afectación;

2. La reparación de los daños ya producidos;

3. La restitución de sumas percibidas sin derecho por los proveedores. Esas pretensiones podrán acumularse en un mismo proceso.

Cuando se trata de derechos de incidencia colectiva colectivos o difusos, corresponde prioritariamente la reposición al estado anterior al hecho generador de la afectación. Si ello es total o parcialmente imposible, o resulta insuficiente, procede una indemnización. Si ella se fija en dinero, tiene el destino que le asigna el juez por resolución fundada.

En los casos en que el proceso tuviere por objeto la reparación de los daños el juez podrá, a los fines de la mejor gestión del proceso, individualizar subclases de consumidores en razón de la existencia de elementos comunes a cada una de ellas.”

Sostiene Bestani que la faz preventiva presenta en el consumo múltiples proyecciones. En particular, ellas convergen en temas tales como la legitimación de los consumidores expuestos, las prácticas abusivas y las obligaciones de información y de seguridad. También es el marco general a través del cual debe ser explicado

el daño punitivo. Concordantemente, existen una variedad de medidas preventivas que hacen a la protección del consumidor que han sido dictadas en causas judiciales. Algunas comprenden obligaciones de no hacer, otras de hacer. Estas medidas anticipatorias positivas o negativas que se exigen al Estado y a los productores de bienes y servicios se extienden a la precaución.

El juez del caso puede, de oficio —como derivado del mandato preventivo existente aún antes de la consagración de la acción preventiva en el Cód. Civ. y Com.—, ordenar tales medidas a los fines de prevenir el daño que pueda causarse y que prevé pueda ocurrir a futuro de continuar los hechos del caso. Ello corresponde al nuevo paradigma del “juez humanista integrativista”, de un juez “principista” y a una actividad jurisdiccional que no puede agotarse en la resolución del caso concreto cuando de la realidad de los hechos de ese caso aparezca que pueda derivarse perjuicio a múltiples personas. En esta línea —oficiosidad en la actuación judicial—el Anteproyecto ha dado tal oficiosa facultad al juez para el establecimiento del daño punitivo (art. 118) instituto que contiene en sí mismo una función de tipo preventivo. Asimismo, el juez del Anteproyecto puede inferir, con su interpretación, la existencia de una relación de consumo (art. 1º) y que puede morigerar o revisar las estipulaciones contractuales cuando lo autoriza la ley y, de oficio, cuando ellas afecten el orden público (art. 35).⁵¹

⁵¹ BESTANI, Adriana, “Prevención de riesgos y precaución en el Anteproyecto de Reforma de Ley de Defensa del Consumidor”, La Ley, Sup. Especial Comentarios al Anteproyecto de LDC, 27/03/2019, 193.

Responsabilidad Civil derivada por la frustración del proyecto de vida por fracaso de la empresa familiar

ABG. JORGE ALBERTO OSMAN

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994 (en adelante CCyCN.), ha regulado en el Libro Segundo, el tema de las relaciones de familia (arts. 401/723 – Títulos I a VIII)¹, estableciendo normas expresas que prohíben actos o contratos entre cónyuges, omitiendo referir, tratar y regular específica y casuísticamente, la cuestión de los daños emergentes de la relación de familia.

El anterior régimen patrimonial matrimonial regulado por el derecho argentino, encuadraba en el sistema de comunidad de bienes e intereses gananciales, de administración separada con tendencia a la gestión conjunta, separación de deudas en los términos del artículo 5° de la Ley 11.357² y división entre los cónyuges o sus herederos a la extinción del régimen. Obviamente, es de orden público.

La Ley General de Sociedades N° 19.550, permite los contratos comerciales típicos, integrados por cónyuges, limitando esta posibilidad a la sociedad de responsabilidad limitada y sociedad anónima.

Es el Código Penal Argentino, el que ha regulado a los llamados “delitos contra las relaciones familiares”³, previendo las conductas punibles, que se refieren, respectivamente, a:

1°.- Los matrimonios ilegales, regulado en el capítulo.1 C.P.

2°.- La suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, regulados en el capítulo.2 C.P.

¹ Código Civil y Comercial – Ley n° 26.994, Vigente a partir del 1°/08/2015.

² Norma Derogada por el art.3° de la Ley 26.994.

³ Código Penal Título XII en torno a tres Capítulos.

3º.- Los delitos contra los derechos y deberes familiares, regulado en el capítulo 3 CP que se estructura, a su vez, en tres secciones:

a) La primera relativa al quebrantamiento de los deberes de custodia, así como a la inducción de menores al abandono de domicilio.

b) La segunda, relacionada a la sustracción de menores, introducida por el artículo.1 LO 9/2002 de 10 diciembre 2002 de 10 de diciembre.

c) La tercera, referente al abandono de familia, menores e incapaces.

Evitaré ingresar en el análisis jurídico penal del tema propuesto, habida cuenta que no es propósito u objetivo analizar la punición de las conductas extrañas o contrarias a las relaciones familiares.

Si abordaré las consecuencias en las relaciones familiares, que lesionan patrimonialmente a los intereses de sus miembros.

Para iniciar la temática propuesta, es necesario recordar conceptos fundamentales de las relaciones jurídicas, en particular, la buena y la mala fe, cuanto la culpa grave. Estas últimas, son expresiones o manifestaciones de la voluntad o conductas seguidas por las partes en actos o contratos, que son severamente sancionadas por la legislación vigente, tanto en el ámbito de contrataciones civil, como en el comercial. Así, el principio rector de estas relaciones, es el pacto *sunt servanda*, por el cual, el deudor de una prestación, la asume y queda obligado desde el mismo momento en que el contrato fue perfeccionado, y su objetivo o fin, es cumplir con ella.

El CCyCN. ha previsto una serie de disposiciones que ponen límite al abuso del derecho (arts. 9, 10 y 399), poniendo en manos del Juez, facultades de moderar el agravamiento de las prestaciones u obligaciones debidas, lo que incluye, a las relaciones de familia.

En éste marco jurídico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en adelante CSJN., ha sentado doctrina en el sentido que "Las normas legales deben ser interpretadas en función de los fines que las informan"⁴, y debe indagarse su sentido y alcance mediante un examen profundo de sus términos que consulta la realidad del precepto y la voluntad del legislador"⁵, es decir, en el caso de las relaciones familiares, es importante analizar los principios que informan la cuestión, para poder analizar si el integrante se ha excedido o no en la conducta que se denuncia como inapropiada o contraria al orden familiar o al orden jurídico.

⁴ J.A.18-1973, Pág. 91.

⁵ C.S.:J.A.:17:1:1973, Pág.118; 20:1973, Pág.192; 18:1973, Pág.271, 460 y 523.

En momentos que la familia se encuentra en crisis, es necesario que el sistema legal, acudiendo en su auxilio, asista a la reparación del evento dañoso.

Se pretende que el sistema jurídico funcione, y, en lo posible, dirima la cuestión plasmada a una solución integral, y en ausencia de una disposición expresa, que un Juez de familia la resuelva.

Larenz expresa que, "...el derecho protege la confianza originada en el comportamiento del otro y debe imperativamente protegerla, porque el poder confiar es una condición fundamental para toda vida social en paz; significa una manera de comportamiento interhumano cooperativo y es, por tanto, exponente de la paz jurídica"⁶.

El análisis de casos más conflictivo, se centra en la obligación de prestación de alimentaria, donde convergen una serie de pautas sociales y familiares, que afectan gravemente la relación familiar. Crisis que se manifiesta a través de pretensiones abusivas, las que deben ser meritadas por los jueces en el caso concreto.

El carácter abusivo puede valorarse en dos expresiones; a) cuando favorece desmedidamente a una de las partes en perjuicio de la otra, lo que importa una afectación de la causa de la obligación. b) si disequilibra el contrato y afecta la función o causa del negocio. El efecto es la nulidad parcial, que resulta acotada a la cláusula viciada, que queda sustituida de pleno derecho por las normas dispositivas o imperativas.⁷

Medina⁸, al tratar el tema de "La especialidad en materia de familia no crea una tercera rama del Derecho ni impide la aplicación de los principios generales", transcribe el pensamiento de Castán Tobeñas, quien expresa: "Cierto es que la materia está inspirada y gobernada por principios que le son propios, pero también tienen principios propios otras ramas del derecho privado, como el derecho societario, los derechos reales, o el derecho de la empresa, y no por ello se los ha excluido del derecho común⁹. El derecho de familia no constituye un ordenamiento que se baste a sí mismo, y por ende, para solucionar los conflictos

⁶ Jurisprudencia Lex Doctor 7.0:C.N.C.C.Sala A- S"Avan SA c/ Banco Torquinst SA s/ordinario" 17/02/2004, Extraído -Lex Doctor 7.0.

⁷ Mosset Iturraspe - Lorenzetti, "Defensa del Consumidor", Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, p. 282/283 y 246 y Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A., "Derechos y defensa de los consumidores" Ed. La Rocca. Arts. 953 y 1039 Cód. Civil.

⁸ Libro Cit.: "Daño en las relaciones de familia", pág.50/51

⁹ CASTÁN TOBEÑAS, José. "Derecho Civil español común y foral", Reus, Madrid, 1983, p. 54.

deben aplicarse los principios de la teoría general del derecho civil; así, por ejemplo, “la representación paterno-materna de los hijos menores se rige supletoriamente por las normas del mandato”. Cabe afirmar que, en principio, en el matrimonio se aplican las reglas generales en cuanto a capacidad, efectos y responsabilidad, y que cuando la ley quiere apartarse de la generalidad determina un régimen específico para los cónyuges, como en el caso del mandato —artículo 1276 del Código Civil— o de la posibilidad de constituir sociedades de persona. Resultando entonces de aplicación los principios generales que gobiernan el Derecho Privado, debe admitirse la obligación de reparar el daño causado por el hecho generador del divorcio o por el divorcio en sí, ya que con ello no se vulnera la institución matrimonial ni se alteran los principios de orden público que hacen a la familia e impedimos que queden impunes quienes, a sabiendas, cometieron un daño”.

Esta tarea de armonizar, interpretar y resolver las cuestiones que se suscitan en las relaciones de familia, cotejadas con la legislación vigente, recae en el juez el deber de estudiar el tráfico jurídico que transita la calle, saber cómo siente, piensa y habla el hombre común y el hombre culto, y actuar en consecuencia con apego a la realidad. Es su deber y compromiso fallar con equidad, actitud que no conlleva al alivio de sus tareas sino que las incrementa al tornar más difícil y compleja su misión de juzgar. Si el juez trata de efectuar una interpretación evolutiva de las normas cuando existe una esclerosis del ordenamiento jurídico que no da respuestas convenientes, asume un papel de verdadero protagonista al proceder a la integración del derecho, vivificándolas de manera que el resultado alcanzado en el caso concreto aporte el mayor grado de justicia. Con ello auxilia y complementa al legislador respecto de lo que este no puede conocer y que son las circunstancias del caso.¹⁰ Es aquí que concluyo el trabajo, en el análisis de las facultades del Juzgador para solucionar la conflictividad descrita por una situación familiar que pone en crisis a la familia toda.

La Ley Orgánica de Tribunales de San Juan (Ley n°5854 y modificatorias), sobre la materia de familia, dispuso la creación de tres tribunales especializados en familia, los que se mantienen hasta la actualidad, y comprenden a todas las cuestiones relacionadas o vinculadas con la problemática familiar.

¹⁰ Rezzónico, Juan Carlos, “Principios fundamentales de los contratos”, Ed. Astrea, Bs.As., p. 379 y ss, 404 n°261y ss.

II. La familia como núcleo de desarrollo personal

La Doctrina Social de la Iglesia Católica Apostólica Romana, ha tratado la cuestión de la Familia, en diferentes Concilios (Concilio Vaticano II), Sínodos, Encíclicas (Redemptor Hominis), etc., ha plasmado en el nuevo Catecismo, su carácter de “pilar”¹¹ (Nuevo Catecismo: 2197/2258), en particular, el punto 2207, que expresa: “La familia es la “célula original de la vida social”. Es la sociedad natural donde el hombre y la mujer son llamados al don de sí en el amor y en el don de la vida. La autoridad, la estabilidad y la vida de relación en el seno de la familia constituyen los fundamentos de la libertad, de la seguridad, de la fraternidad en el seno de la sociedad. La familia es la comunidad en la que, desde la infancia, se puede aprender los valores morales, comenzar a honrar a Dios y a usar bien de la libertad. La vida de familia es iniciación a la vida en sociedad”. Efectivamente, tal como lo expresa la “Carta a las Familias”¹², su autor enseña que “Entre los numerosos caminos, la familia es el primero y el más importante. Es un camino común, aunque particular, único e irrepetible, como irrepetible es todo hombre; un camino del cual no puede alejarse el ser humano”.

El Diccionario de la Real Academia Española, refiere a familia (Del lat. familia), como: 1. f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. f. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3. f. Hijos o descendencia. 4. f. Conjunto de personas que tienen alguna condición, opinión o tendencia común. Toda la familia socialista aplaudió el discurso. 5. f. Conjunto de objetos que presentan características comunes. 6. f. Número de criados de alguien, aunque no vivan dentro de su casa. 7. f. Cuerpo de una orden o religión, o parte considerable de ella. 8. f. coloq. Grupo numeroso de personas. 9. f. Biol. Taxón constituido por varios géneros naturales que poseen gran número de caracteres comunes. Familia de las Rosáceas. 10. f. Chile. Enjambre de abejas¹³.

Borda, enseña que “En un sentido propio y limitado, la familia está constituida por el padre, la madre y los hijos que viven bajo un mismo techo, En un

¹¹ http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20060707_levada-valencia_sp.html

¹² Autor: Papa Juan Pablo II, “Carta a las Familias”, Edit. Sociedad de San Pablo - Año 1994.

¹³ Tomado de Internet: <http://lema.ra.es/drae/srv/search?id=7spj0Fb11DXX2g6qX80h>

sentido amplio, suele incluirse dentro de ella a los parientes cercanos que proceden de un mismo tronco o que tienen estrechos vínculos de afinidad”¹⁴.

El CCyCN., contiene una serie de normas específicas, en las que se ha ampliado el concepto de familia, extendiendo su protección a los matrimonios igualitarios y a las uniones convivenciales. Al respecto, Herrera, entiende que el CCyCN., “defiende el principio de libertad y autonomía personal de cada uno de los miembros del grupo familiar cuyo límite (orden público) reposa en las nociones de solidaridad familiar y responsabilidad familiar...la regulación de las relaciones de familia responde al principio de “no regresividad”, de allí la obligación de mantener el principio de igualdad y no discriminación que instaló la Ley 26.618 de matrimonio igualitario, debiéndose regular en total consonancia con todas las consecuencias que se derivan de esta ampliación de la figura del matrimonio en materia de filiación, apellido de los hijos como de los cónyuges, responsabilidad parental, por citar las consecuencias jurídicas más importantes que se derivan de una incorporación sustancial como lo ha sido el reconocimiento del matrimonio a todas las personas, con total independencia de su orientación sexual. Esta son las ideas nodales que están detrás del “multiculturalismo” o “pluralismo”, uno de los pilares o valores axiológicos sobre los que se edifica el CCyC.¹⁵

III. Importancia Económica de la Empresa Familiar

En la medida que se profundiza en el tema de la empresa familiar, se advierte que en todas partes del mundo se ha tenido en cuenta a aquella, como un motor muy importante de la economía de un país, sea como creadora y dinamizadora de riquezas o creadora de fuentes de trabajo.

Medina¹⁶, analizó la importancia económica de la empresa familiar, expresando: “Para establecer la importancia económica de la empresa familiar, hay

¹⁴ Bordas, G.A.-“Tratado de Derecho Civil”, Citado, Pág.14 y sgtes.

¹⁵ Dra. Marisa Herrera, Preguntas y respuestas básicas y esenciales para comprender los principales cambios del Código Civil y Comercial en las relaciones de familia-(Publ. http://www.calp.org.ar/uploads/docs/marisa_herrera_preguntas_y_respuestas_nuevo_ccc_.pdf).

¹⁶ Título: Empresa familiar -Autor: Medina, Graciela -Publicado en: LA LEY 13/09/2010, 13/09/2010, 1 - LA LEY2010-E, 920 - Cita Online: AR/DOC/4625/2010

que tener en cuenta qué porcentaje representan en la cantidad de empresas de un mercado común, y de un país, y en el volumen económico del espacio regional y de cada economía nacional.

A nivel global un estudio de Harvard de 2001, determinó que las empresas familiares representan 2/3 del total mundial. (8)

Si tomamos en cuenta la Unión Europea podemos observar que en ella hay aproximadamente 17 millones de empresas familiares, (9) que emplean a 45 millones de personas, que el 75% de las empresas son familiares y que 25 de las 100 mayores empresas son de familia. Existen 200 empresas familiares dentro de las 1000 primeras Compañías europeas (con una cifra de ventas superior al billón de euros y más de 5 millones de empleo). Estas representan el 65% del PIB y del empleo europeo y su rentabilidad está por encima de la media del total de las empresas europeas. (10)

Según algunos estudios, en Estados Unidos las sociedades de familia representan el 96% del total, producen el 50% del producto bruto interno y el 60% del empleo (aproximadamente 10 millones de personas). Por otra parte, el 37% de los integrantes de la lista Fortune, son empresas familiares. (11)

Cabe señalar que la Fundación Norteamericana Pitcairn, comparó el resultado de 205 empresas familiares con 1800 no familiares, advirtiendo que por cada dólar invertido, las familiares obtuvieron a lo largo de los 90 un rendimiento medio anual del 22%, frente al 14,5% de las otras.

Los datos proporcionados por el Instituto de la Empresa Familiar indican que del total de empresas son familiares en: Italia el 99%, en Suiza el 88%, en Inglaterra el 76%, en España el 71%, en Colombia el 70% y en Chile el 65%. (12)

En España se estiman que existen 2,5 millones de empresas familiares, lo que supone un 65% de las empresas españolas, (13) que generan entre un 65% y 70% del Producto Bruto Interno (PIB) y aproximadamente un 75% del empleo, con cerca de 9 millones de trabajadores, de los cuales más de un millón y medio son autónomos. (14) Realizan el 59% de las exportaciones españolas. El total de su facturación equivale al 70% del PIB español. El 37% de las empresas españolas que facturan más de 1000 millones de euros son familiares nacionales. El 70 % de estas empresas cotiza en Bolsa. Representa el 30% de la capitalización bursátil, pero el 50% de las empresas españolas que cotizan en bolsa son familiares. (15) Según un estudio titulado “La empresa familiar en Cataluña”, elaborado recientemente por la Universidad Pompeu Fabra y la Universidad de Barcelona, el 66%

de las empresas catalanas son familiares, las cuales generan el 57,1% del empleo privado y el 54,9% del volumen de ventas sobre el total de empresas. Sin embargo, el mismo estudio pone de relieve que sólo un 15% de este tipo de empresas llega a la tercera generación con una esperanza de vida de la mitad en comparación con las no familiares. (16)”(SIC)¹⁷.

Lanciani¹⁸, en su tesis de Maestría de Derecho Empresario, expresa:”La importancia de las Empresas Familiares radica no solo por el aporte económico que realizan y por la voluminosa mano de obra que generan, sino que a nivel estructural, social y personal, cumplen un rol significativo en la conformación ética y social de la comunidad en que se encuentran.

Su valor no está ceñido en el fin utilitario que implican en sí mismas, ni está limitado en este, sino que si se considera a las personas que involucran, cumplen además, una función social inigualable, generando una cadena de sentido y pertenencia¹⁹.

Cierto es que esta organización empresaria estuvo presente en cada momento de la historia, constituyéndose incluso, en uno de los principales pilares

¹⁷ (8) CASADO, Fernando, “La empresa Familiar y la clave del éxito en su evolución”, Instituto de la empresa familiar. Sitges, 5 de Julio de 2007. www.iefamiliar.com.(9) Algunos datos importantes y actualizados se pueden encontrar en el documento de trabajo de la comisión europea, Bruxelles, 15.12.2009, COM(2009) 680 final. “Rapport sur la mise en œuvre du SBA”.(10) Un importante estudio de las empresas familiares, puede encontrarse en “Overview of Family Business Relevant Issues. Contract N° 30-CE-0164021/00-51. Final Report”, Viena, 2008.(11) TAPIES LLORET, Joseph, “De empresa familiar a familia empresaria”. Ediciones Deusto. www.e-deusto.com/buscadorempresarial (código 8442).(12) DANIES LACOUTURE, Rodolfo, “Sociedades de familia en Colombia, año 2005”. Bogotá, Mayo de 2006.(13) TAPIES LLORET, Joseph, “De empresa familiar a familia empresaria”.(14) Ministerio de Economía, Secretaría de estado de energía, desarrollo industrial y de la pequeña y mediana empresa de España, “Guía para la pequeña y mediana empresa familiar”.(15) CASADO, Fernando, “La empresa familiar y la clave del éxito en su evolución” Instituto de la empresa familiar. Sitges, 5 de Julio de 2007. www.iefamiliar.com.(16) GORTAZAR LORENTE, Carlos. “Derecho y empresa familiar: el protocolo y sus instrumentos de desarrollo”, Ponencia en las “XIII Jornadas de Dret Català a Tossa”.

¹⁸ Autor: Abog. Bruno A. Lanciani Brisson-Universidad Católica de Cuyo-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- Maestría en Derecho Empresario – Tema: “El Conflicto Societario en las Empresas Familiares Constituidas como Sociedades Anónimas: El Artículo 54 de la Ley de Sociedades y la Exclusión del Socio”- Directores de Tesis: Dra. Susy Ines Bello Knoll-Dr. Mario Eduardo Favier Dubois (h)-Año 2014.

¹⁹ M. Martin, Roberto, —Lógica y Dinámica de las Empresas Familiares, en La Empresa Familiar, encuadre General, marco legal e instrumentación, Obra Colectiva del IADEF, Director Eduardo M. Favier Dubois (h), pag. 23, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

de la economía. Concretamente, en la realidad Argentina, representa un fuerte impacto tanto social como económico, con la particularidad de que no se cuenta en el Ordenamiento jurídico imperante con una regulación normativa a fin a la misma.

En la última década, y en relación a las empresas familiares, se están dando firmes pasos para superar la visión de la organización cuya única misión es maximizar los beneficios para sus propietarios. Se plantea ahora un sentido ético de la empresa familiar, por un lado, como una comunidad de personas que tienen que desarrollarse plenamente, y por otro lado como una organización que debe ser responsable ante la sociedad por todas sus decisiones.

Se trata de una permanente búsqueda por enaltecer los valores éticos de la familia, considerada en sus más variadas relaciones comerciales y asociativas” (SIC).

La empresa familiar, resulta irrescindible del vínculo que la nutre, es decir, el núcleo familiar, viéndose favorecida o perjudicada, según la conducta que se asumen como lógica por los miembros que la componen.

La suerte o desgracia que vive una empresa familiar, está siempre relacionada con las decisiones que se toman desde el ejercicio del poder de las personas influyentes o de personalidad acentuada, integrantes de aquél núcleo.

Generalmente, las decisiones son consensuadas, compartidas, resueltas por mayoría de los miembros de la familia, asumiendo desde ese momento el riesgo empresario del devenir de la actividad que se enlaza.

En pequeñas proporciones, se advierten decisiones inconsultas, tomadas unilateralmente por el miembro que ejerce la representación legal de la empresa familiar o por el pater familiae, quien por ejercicio del sentido de mayoría de edad, asume obligaciones, que pone en riesgo el patrimonio familiar, y con ello, la estabilidad de las relaciones de familia.

Esas decisiones inconsultas, con grave perjuicio al patrimonio familiar, afectan de modo directo en el proyecto de vida del grupo familiar o de cada uno de los miembros que la componen, viéndose perjudicado en forma directa el vínculo íntimo del núcleo respectivo.

Afectada la relación de familia, las culpas comienzan a señalarse, endilgarse decisiones, enrostrarse inconductas.

En el análisis de los antecedentes reunidos, podemos describir que existen factores endógenos y exógenos a la familia, que repercuten directamente en las relaciones familiares. Esos factores endógenos, pueden surgir de la misma rela-

ción familiar, es decir, por la interacción rutinaria, la conducta de alguno de sus miembros, que afecta directamente a la sensibilidad del grupo familiar. Por el otro lado, los factores exógenos, es decir, aquellos vinculados con la acción de terceros o el hecho del príncipe, es decir, actos perjudiciales al patrimonio familiar, originados por el fraude de terceros, agravando la situación económica de la empresa familiar, o bien, políticas económicas y financieras que afectan a la empresa familiar en las inversiones económicas que hubieren cristalizado.

La crisis económica o social que afecta a la relación de familia, perjudica en gran medida el vínculo familiar, y con ello, como si fuera un espejo, el decrepito estado emocional recae en la gobernabilidad o administración de la empresa familiar, produciendo una crisis empresaria, y a partir de lo cual, se modifica el proyecto de vida de sus integrantes de la familia.

IV. Cuestionamientos

Medina²⁰, interpreta que “El solapamiento entre la familia, el negocio y la propiedad no está siempre bien equilibrado. Las divergencias entre la multitud de agentes e intereses involucrados pueden causar conflictos, e incluso pueden poner en peligro la existencia de la compañía y la estabilidad de la familia. Los riesgos aumentan con las transferencias intergeneracionales ya que al pasar a la segunda generación crece la complejidad de la familia en su relación con el negocio. Además de la habitual gestión de las competencias empresariales, la composición especial de las empresas de familia requiere un tipo especial de gestión, que pretende reducir al mínimo las posibles tensiones, en particular en la familia y entre la familia y los aspectos del negocio”.

Del caso en estudio, esto es, la Responsabilidad Civil derivada de los daños sufridos por las relaciones de familia, producto de la frustración, quebrantamiento o disfunción de las relaciones familiares, sus consecuencias dañosas en el proyecto de vida, su calificación y cuantificación del caño, habiendo consultado copiosa doctrina y jurisprudencia, surgen algunos cuestionamientos, que trataré de ir respondiendo, a la luz del trabajo que se ha abordado por incuestionables doctrinarios y por la labor pretoriana de los tribunales de la nación y de la provincia de San Juan, a saber:

²⁰ Título: Empresa familiar -Autor: Medina, Graciela -Publicado en: LA LEY 13/09/2010, 13/09/2010, 1 - LA LEY 2010-E, 920 - Cita Online: AR/DOC/4625/2010

1º) El primer cuestionamiento, se presenta saber si los códigos de fondo, han establecido una casuística, que contemple o contenga a todas las conductas seguidas por los miembros integrantes de una familia, y si se han regulado las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que impuso la ley.

2º) El segundo cuestionamiento, es conocer cuál es la norma civil que regula el daño por la frustración, quebrantamiento o disfunción de las relaciones familiares?

3º) El tercer cuestionamiento, refiere a cómo se consolida el daño en las relaciones familiares, en particular, cuando la afectada es, la empresa familiar?

4º) El cuarto cuestionamiento, consiste en determinar qué es el proyecto de vida y cómo se ve afectado en relación a la frustración de la empresa familiar?

5º) El quinto cuestionamiento, consiste en responder la pregunta de cómo se ha previsto en el código civil y comercial, la reparación del daño aludido?

6º) El sexto cuestionamiento refiere al proceso a instarse, y al contenido de la demanda, con particular detención en la prueba a ofrecerse?

7º) Por último, intentaré responder al cuestionamiento que refiere a si el juez de familia, civil o comercial, cuenta con facultades para determinar la cuantificación del daño familiarmente producido?

V. Planteo del tema

En el desarrollo del presente trabajo, trataré de dar respuesta a dichos cuestionamientos, no sin antes advertir, que por lo hasta aquí desarrollado, podemos anticipar su respuesta.

Ingresando al tema motivo de éste trabajo, abordaré la problemática, teniendo presente que, en las relaciones familiares, el núcleo o seno familiar, compuesto por el padre, la madre y los hijos, en general, se constata la existencia de un proyecto de vida grupal que se consolida en el tiempo, o bien, el proyecto de vida individual de cada uno de los miembros de la familia, que se concreta en ejercicio de la libertad de pensamiento y de decisión, y en ambos casos, esos proyectos son volcados en uno o varios emprendimientos económicos o profesionales, dando nacimiento a la denominada empresa de familia.

La Congregación para la doctrina de la fe, reconoce que: "...el movimiento moderno de la liberación debía aportar al hombre la libertad interior, bajo forma de libertad de pensamiento y libertad de decisión"²¹.

El ejercicio de esa libertad, puede verse obstaculizada o limitada, por acciones u omisiones, de alguno o de un grupo de los individuos que integran el núcleo familiar, ocasionando un severo daño al proyecto de vida del grupo, o el individualmente perseguido.

Fernández Sessarego, respecto al concepto de "daño al proyecto de vida" explica que, implica nada menos que una grave limitación al ejercicio de la libertad²².

Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, expresa: "Cualquiera puede ponerse furioso...eso es fácil, Pero estar furioso con la persona correcta, en la intensidad correcta, en el momento correcto, por el motivo correcto, y de la forma correcta...eso no es fácil"²³.

La inteligencia emocional de una persona es la que predomina al tiempo de vincularse con sus semejantes (sea familiar o socialmente).

Goleman²⁴, al tratar el tema de los sellos de la mente emocional, afirma que: "Sólo en los últimos años ha surgido un modelo científico de la mente emocional que explica cómo gran parte de lo que hacemos puede ser dirigido emocionalmente – cómo podemos ser tan razonables en un momento y tan irracionales al siguiente- y el sentido en el cual las emociones tienen sus propias razones y su propia lógica".

Goleman expresa que "Lo que lleva al comienzo de un conflicto, como lo expresa Varga, es "no comunicarse, hacer suposiciones, y arribar a conclusiones, enviando un mensaje "duro", que le hace muy difícil al otro entender lo que se le dice"²⁵.

Nos preguntamos, en qué momento la problemática familiar es conocida por los órganos jurisdiccionales? En general se advierte que, cuando una relación

²¹ "Instrucción sobre Libertad cristiana y liberación" - Ediciones Paulinas Pág.9-Año 1986.

²² Doctrina tomada de Internet: "El daño al proyecto de Vida"- Carlos Fernández Sessarego - http://dike.pucp.edu.pe/biblioteca/autor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF

²³ Citado por Daniel Goleman-Libro "La inteligencia emocional", 25ª. Edición, , pág.13, Editorial Javier Vergara, Grupo Zeta – Buenos Aires, Argentina- Julio del Año 2002.

²⁴ Libro citado: "La Inteligencia Emocional", pág.334 y sgtes.

²⁵ Libro Citado, Tema Post mortem: "Una lucha que no llegó a estallar". pág.306.

familiar se ha tornado conflictiva, en la mayoría de los casos llega a conocimiento del Juez para su resolución, por denuncia del ofendido o dañado, o como consecuencia de una resolución asamblearia, sea como consecuencia de la problemática societaria o de la presentación en concurso o quiebra.

Pero en estos supuestos, la problemática jurisdiccional, tendrá en el Juez competente, la obligación de abordar cuestiones económicas o financieras, sin adentrarse a las consecuencias morales o vivenciales que afectan las relaciones familiares.

Y al respecto, qué valoración hará el juez sobre la cuestión sometida a su avocamiento? Como lo expresa Donnedieu de Vabres²⁶, “Se admite comúnmente que el principio de “la prueba moral” o de la “íntima convicción” gobierna y debe gobernar el régimen imperante en nuestras jurisdicciones represivas. El Principio de la sana lógica y crítica racional, comprende una serie de reglas, aunque no definidas en la ley, suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba, y excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del sentenciante. Esta libertad –no discrecionalidad, con que cuenta el juez para apreciar la prueba y formar su convicción sobre la verdad de los hechos controvertidos, utilizando las normas de la lógica y las experiencias de la vida judicial. El vicio de absurdo, se configura, cuando aparece un desvío notorio y patente de las leyes del razonamiento, que conduzca a sentar premisas o conclusiones insostenibles o abiertamente contradictorias, que importan, a su vez, el quebrantamiento de las reglas procesales de la sana crítica.

Ferrer, al tratar el tema crisis de familia, consecuencias negativas, expresa:”Por otra parte, la mujer casada pretende desarrollar su vida propia y personal, compite con el marido en todos los terrenos considera a su rol de madre como una función “alienante”. Los hijos también quieren “vivir su vida” independiente de los padres, y ya a los 16 años emigran a otra ciudad, a la Universidad o se instalan en otra vivienda, desapareciendo la relación paterno - Tales son los hechos sociales negativos de la crisis familiar que se manifiestan principalmente en los países avanzados de Occidente. ¿Cuáles son las causas? Una filosofía individualista que postula el derecho del individuo a la felicidad, y los principios de la libertad e igualdad llevados a sus máximos extremos alientan no solo el relajamiento general de las costumbres,

²⁶ Donnedieu de Vabres H., prefacio del libro “La apreciación judicial de las pruebas”, François Gorphe, Ed.L.L., año 1967, prefacio.

sino también todas las reformas del derecho de familia llevadas a cabo en los Estados Unidos y Europa en la década del 70. El resultado ha sido el debilitamiento y la pérdida de cohesión de la familia, el olvido del interés de los hijos y el menosprecio del bien común de la sociedad. La nueva moral individualista, causa fundamental de la crisis familiar y social, ha tenido un preludio literario en el siglo pasado a través de la obra de novelistas y dramaturgos de perdurable y decisiva influencia, que han criticado despiadadamente a la institución conyugal idealizando la libertad del amor (Madame de Stael; George Sand, Víctor Hugo, Paul y Víctor Margueritte, en Francia; Henrik Ibsen, en Noruega, etc.). La obra del feminismo, en la que se destaca la sueca Ellen Key; del socialismo y del anarquismo (Bebel, Reclus, Graven), y de sociólogos notables como Herbert Spencer, han contribuido con su prédica a la formulación de la moderna moral hedonista. Desde luego, el urbanismo y el régimen de vida y trabajo impuesto por la industria y el comercio en las grandes ciudades, no solo han provocado la dispersión del grupo familiar, sino también han contribuido a la propagación de la nueva escala de valores. La civilización tecnológica de los grandes países occidentales rebosa de prosperidad material e intelectual, pero sufre sin embargo un déficit moral. Los hombres se lanzan a buscar la felicidad de la vida presente, la felicidad de los sentidos, y se crean una norma de conducta libre de sacrificios y sin móviles altruistas, inspirada nada más que en el egoísmo²⁷(SIC).

A pesar que se asume el riesgo de que se considere obvio el tema planteado, en la práctica, ha demostrado aristas que son de aflicción, en tanto y en cuanto, la conflictividad familiar afecta a terceros no integrantes de ese núcleo, no permitiéndose, desde la sana crítica, que se apliquen criterios distintos sobre un tema tan importante.

Considero que va a resultar imposible a los jueces, establecer pautas de uniformidad en éstos temas, en perjuicio de la seguridad jurídica que al parecer, nos ha desvelado, por sus efectos jurídicos. Por ello se hace necesario describir los antecedentes de la cuestión, a los fines de introducirnos al tema.

²⁷ Ferrer, Francisco A. M. Libro "Introducción al Derecho de Familia"-Rubinzal-Culzoni Editores, Tomo I, Santa Fe, Argentina, Pág.28/29

VI. Normas legales que regulan la relación familiar

En búsqueda de resolver los primeros interrogantes propuestos, esto es, si los códigos de fondo, han establecido las conductas a seguir por los miembros integrantes de una familia, y las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que impuso la ley, y cuál es la norma civil que regula el daño por la frustración, quebrantamiento o disfunción de las relaciones familiares, iniciamos su tratamiento con el análisis de los antecedentes legislativos.

Al respecto, la Ley N° 24.417²⁸, de Protección contra la Violencia Familiar, que pone límite a la violencia familiar, en el marco de la cual se expresa que toda persona que sufriese lesiones o maltrato físico o psicológico por parte de alguno de los integrantes del grupo familiar podrá denunciar estos hechos en forma verbal o escrita ante el juez con competencia en asuntos de familia. Como nota distintiva puede mencionarse que amén de señalarse el procedimiento y las medidas que podrá adoptar el juez de familia ante esta denuncia -entre los cuales puede mencionarse ordenar la exclusión del hogar del autor de la violencia, prohibir el acceso al domicilio, decretar provisionalmente alimentos, tenencia y derecho de comunicación con los hijos, requerir un diagnóstico de interacción familiar, entre otros-, modifica el art. 310 del código procesal penal de la nación, en el que se establece que: «En los procesos por algunos de los delitos previstos en el libro segundo, títulos I, II, III, V, y VI, y título V, capítulo I del Código Penal, cometidos dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuviese constituido por uniones de hecho, y las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente que pueden repetirse, el juez podrá disponer como medida cautelar la exclusión del hogar del procesado. Si el procesado tuviere deberes de asistencia familiar y la exclusión hiciere peligrar la subsistencia de los alimentados, se dará intervención al Asesor de Menores para que se promuevan las acciones que correspondan».

La Ley N° 24.632 del año 1996, aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), mediante la cual se afirmó que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades.

²⁸ Sancionada por el Congreso Argentino el 7 de diciembre del año 1994.

En el año 2009, se sancionó la Ley N° 26.485, de “Protección integral a las mujeres para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres en todos los ámbitos donde desarrollan sus relaciones interpersonales”, cuya finalidad intrínseca es prever y sancionar las conductas que históricamente colocan a las mujeres en una posición subalterna al género masculino. A su vez, también se evidencia entre sus objetivos el deber de promover y garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia, garantizándoles el acceso a la justicia, la asistencia integral y el desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre la violencia contra las mujeres.

La Ley N° 26.791²⁹, modificó el art. 80 código penal, específicamente los incs. 1° y 4°, amén de que se incorporaron los incs. 11° y 12°. Así, se considera homicidio agravado cuando se matare al ascendiente, descendiente, cónyuge, ex cónyuge o a la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación de pareja, mediere o no convivencia (inc. 1), como así también cuando se matare por placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión (inc. 4). A su vez, también se considerará homicidio agravado cuando se mate a una mujer y el hecho fuera perpetrado por un hombre y mediere violencia de género (inc. 11), como así también cuando el autor tenga el propósito de causar sufrimiento a una persona con la que mantiene o ha mantenido una relación en los términos del inc. 1 (inc. 12).

En la provincia de San Juan, rigen las Leyes N° 7.943 y 7.994 de violencia familiar.

En el art. 2° de la Ley N° 7.943, regula cuáles son los bienes jurídicamente tutelados por dicha Ley, entre los que menciona a la vida, la libertad, la integridad física, psicológica, económica y sexual, así como el desarrollo psicoemocional de los integrantes del grupo familiar.

Por el art. 4°, aporta el concepto de Violencia Familiar, refiriendo a: “... toda acción, omisión, abuso o maltrato dirigido a dominar, someter, controlar o agredir la integridad físico, psíquico, 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”.

²⁹ Promulgada el 11 de noviembre del año 2012.

En el art. 6° de la citada norma, describe cuáles actos se consideran violencia familiar, refiriendo a la violencia física, psicológica o emocional, sexual y económica.

Tanto los códigos civil y penal, no han fijado un régimen específico o casuístico de conductas a seguir entre los miembros de una familia. En su caso, han previsto algunas obligaciones, cuyo incumplimiento trae aparejada una sanción civil o penal.

Es recién con la sanción y promulgación de la Ley N° 26.994 (CCyCN.), que se ha instituido el derecho a la reparación plena o integral (arts.1717 y 1740), lo que incluye el resarcimiento por afectación al proyecto de vida. En el caso, En el Anexo II, modificó el art. 40 bis de la Ley N° 24.240, modificada por Ley N° 26.361, que refiere al daño directo, y que en su párrafo final, expresa:” Este artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afectaciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales”.

El principio genérico consagrado en el art. 1716 CCyCN., refiere al deber de reparar, y expresa que:”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”, lo que genera la obligación de reparar el daño causado. El principio de non laedere cubre, por consiguiente, al ser humano entendido como una unidad existencial y lo protege, por ende, de modo integral y preventivo. No es necesario mencionar o inventariar o hacer un catálogo de todos los múltiples derechos e intereses del ser humano que merecen específica tutela jurídica. Como algunos autores sostienen fundándose en esta realidad, existe un sólo derecho de la persona que se sustenta en su propia dignidad de ser libre y temporal y en el consiguiente deber de los demás de respetar esta condición.³⁰

El art.1739 CCyCN., regula los requisitos para la procedencia de la indemnización, estableciendo que “...debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia se razonable y guarde una adecuada relación de

³⁰ Doctrina tomada de Internet: EXISTE UN DAÑO AL PRO YECTO DE VIDA por Carlos Fernández Sessarego - <http://www.revista.persona.com.ar/Persona11/11Sessarego.htm>

causalidad con el hecho generador, cuya dimensión del daño está compuesta por la ganancia perdida, la frustración de la oportunidad de un beneficio o la probabilidad de obtener una ventaja”.

Las consecuencias del daño son de carácter patrimonial (traducibles en dinero) y/o no patrimonial o estrictamente personal (no traducibles en dinero de modo directo e inmediato).

Fernández Sessarego, explica que ”Para el esclarecimiento de la temática bajo análisis consideramos que es ilustrativo tener en cuenta la nueva sistematización de los daños que hemos propuesto, a fin de diferenciar los daños según la naturaleza del objeto dañado, de una parte y, de la otra, de acuerdo a las diversas consecuencias derivadas de la lesión inferida al objeto. Estimamos que esta sistematización, a la que hemos hecho referencia en trabajos anteriores, contribuye, a nuestro entender, en gran medida a distinguir los alcances y las implicancias entre los conceptos de “daño a la persona”, “daño moral”, “daño psíquico” y “daño al proyecto de vida”. Toda decisión libre significa, por ello, una valoración. Decidir es valorar para optar por éste u otro proyecto alternativo. De ahí que el ser humano es estimativo, en cuanto tiene la potencialidad, inherente a su ser, de vivenciar valores. La vida es así, una sucesión de valoraciones. El estimar, el valorar, es una irrenunciable instancia de la vida humana. El ser humano es, como está dicho, un ser estimativo, lo que le viene de su condición de ser libre. El verdadero lugar de los valores, como apunta Mounier en acertada metáfora, es el “corazón vivo del hombre”. Los valores se revelan al ser humano en las profundidades de la libertad, madurando con el acto que los elige. El ser humano es, como está dicho, un ser estimativo, es decir, un ser estructuralmente dotado para vivenciar, para sensibilizar valores³¹.

No es posible confundir las consecuencias del llamado daño “moral”, que incide sobre la esfera afectiva o emocional del sujeto, del trascendente daño al proyecto de vida que afecta el sentido mismo de la existencia³².

³¹ Doctrina tomada de Internet: “El daño al proyecto de Vida”- Carlos Fernán dez Sessarego - http://dike.pucp.edu.pe/biblioteca/autor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF

³² Doctrina tomada de Internet: EXISTE UN DAÑO AL PROYECTO DE VIDA por Carlos Fernández Sessarego - <http://www.revistapersona.com.ar/PersOna11/11Sessarego.htm>

VII. Principios Jurídicos que abonan al Procedimiento Administrativo de Violencia Familiar

En el art. 6º de la Ley N° 7.943, se ha fijado los principios jurídicos y mecanismos que se realicen en cumplimiento de los objetivos y garantías de dicha ley, los cuales son:

a) Gratuidad: las víctimas de violencia tienen derecho a recibir atención, asesoramiento y servicio de justicia en forma gratuita a cargo del Estado.

b) Celeridad: se garantiza a las víctimas de violencia el acceso inmediato y adecuado a los servicios y procedimientos de atención y asistencia técnica, profesional, legal o jurídica.

c) Confidencialidad: las personas que intervienen en los procedimientos y actividades previstas en el marco de esta ley tienen el deber de confidencialidad de los asuntos que tomaran conocimiento.

d) Profesionalidad: la asistencia y tratamiento previstos en esta ley son llevados a cabo en forma exclusiva por técnicos/as y/o profesionales con incumbencia y competencia específica en la problemática de la violencia en la familia.

e) Capacitación: los/las agentes, profesionales o técnicos/as, funcionarios/as del Estado y de las Organizaciones de la Sociedad Civil, que tengan a su cargo la aplicación de esta ley, deberán recibir capacitación específica y continua en prevención de violencia familiar.

f) No Victimización: los/las agentes, profesionales o técnicos/as, funcionarios/as y magistrados/as deberán evitar la victimización institucional.

VIII. Empresa Familiar - Frustración

La empresa familiar requiere como presupuesto de conformación, la decisión y de la presencia de un grupo familiar, dirigida u orientada a establecer una unidad de organización, con un objetivo empresarial, cuya profesionalidad sea el recurso ordinario y permanente para la manutención y crecimiento de su patrimonio.

Favier Dubois³³, refiere a que: “La configuración de una empresa familiar requiere como elementos objetivos la presencia de una familia o grupo familiar

³³ Favier Dubois, Eduardo M. (h.) “La empresa familiar: fortalezas y necesidades. Hacia su adecuada estructuración jurídica”, publicada en MicroJuris -Fecha: 14-dic-2010-Cita: MJ-DOC-5060-AR | MJD5060.

y de una empresa, y como elemento subjetivo la intención de mantener la participación familiar en la empresa y de que ésta sea el sustento de la primera. La empresa familiar presenta enormes fortalezas económicas, sociales y morales por lo que es objeto de estudio y tutela a nivel mundial pero, al mismo tiempo, exhibe ciertas debilidades nacidas de la confusión de límites entre familia y empresa. las que requieren tratamiento adecuado. En nuestro país la empresa familiar no posee reconocimiento a nivel de doctrina y jurisprudencia y plantea cuatro desafíos de sustentabilidad jurídica: 1) En el ámbito legislativo, estudiar e introducir reformas normativas, tutelares de la empresa familiar, que tengan en cuenta las soluciones del derecho comparado hoy existentes; 2) Desde la interpretación doctrinaria y jurisprudencial, establecer criterios tutelares que le aporten soluciones valiosas y la distinguan de los casos de fraude familiar y de sociedades no familiares; 3) En materia de relaciones y de conflictos, establecer las cláusulas preventivas adecuadas y construir las mejores prácticas en materia de gestión y resolución de los mismos; y 4) En materia de organización y práctica instrumental, la difusión y adopción de los “protocolos de empresa familiar” y de los demás instrumentos que regimientan las relaciones entre familia y empresa.

Frente a esta realidad, se nos plantean otros interrogantes, al describir cómo se consolida el daño en las relaciones familiares, cómo ha previsto en el CCyCN. la reparación del daño y las facultades del juez, para determinar su cuantificación.

Casos concretos de la problemática expresada, cuando:

1. En carácter de administrador de los bienes familiares, o, en ejercicio de la representación legal o convencional, el sujeto integrante de la empresa de familia hace uso de la firma (en representación del grupo familiar) en un pagaré en blanco (que luego es llenado por una cifra millonaria) o endeuda a la empresa familiar a límites imposibles de cumplir;

2. El hijo mayor, en uso abusivo de la representación familiar, compromete en garantía el patrimonio familiar a favor de un tercero (ajeno a la familia), en un contrato económico o financiero, que luego es incumplido;

3. El administrador de la Sucesión que, en forma irregular y abusiva, incumple con las obligaciones fiscales o previsionales, por cuya razón es agredido judicialmente el patrimonio familiar; 4. El sujeto, integrante de la familia, que decide vender su participación en la empresa familiar a favor de un tercero, competidor (para permitir su ingreso);

5. Un miembro decide comprometer el patrimonio familiar en deudas de juego;

6. Un miembro (en franca posición dominante) obliga a sus ascendientes a “vender”, así mismo o a un tercero un fondo de comercio o un bien en particular, para simular una donación;

7. En un raptó de crisis, un sujeto le prende fuego al único bien familiar.

8. Se provoca una crisis familiar, producto de la relación intersubjetiva de sus miembros (acto o hechos negativos, por celos, envidia, desamor, crueldad o maldad, etc.).

A continuación, citaré los casos que la práctica profesional me ha instruido sobre esta problemática. Al respecto, encuentro el caso del administrador de los bienes familiares, que en ejercicio de la representación legal o convencional, que por cuestiones de amistad con un tercero hace uso de la firma social (art. 58 L.G.S.), en un pagaré librado en blanco (que luego es llenado por una cifra millonaria). En una misma situación, cuando se compromete la garantía del patrimonio familiar a favor de un tercero (ajeno a la familia) en un contrato que luego es incumplido; o bien, el sujeto que decide vender su participación de una sociedad de interés, de una empresa familiar, a un tercero competidor (para permitir su ingreso); o bien, cuando un miembro de la familia decide comprometer el patrimonio familiar en deudas de juego; o bien, cuando un miembro de la familia (en franca posición dominante) obliga a sus ascendientes a “vender”, así mismo o a un tercero para simular una donación; o bien, cuando en un raptó de crisis mental, el *páter family* le prende fuego al único bien familiar.

En el ámbito tribunalicio podemos encontrar un sin número de expedientes, en los que se reclama la responsabilidad civil respecto de un evento dañoso (reclamo de daño moral en el divorcio por injurias, en acción por desconocimiento de relación filiatoria, etc.) o un acto simulado (acciones de simulación y colación), en los que se ve menoscabada la relación familiar.

En el ámbito familiar, el padre y la madre, o bien, cada uno de los hijos, cuenta con su proyecto de vida, el cual puede ser destruido o sufrir un menoscabo por ambiciones o actitudes enfermizas (como el caso venganza por celos, envidia, resquemor, o, simplemente el interés personal demostrado en la mala fe).

Alguna vez escuché la frase, “no puedes obligarme a quererte”. Esto abrió la puerta a problemas en las relaciones familiares. La familia está en crisis, esa es una realidad irrefutable. ¿Cómo reparar esa crisis? Esa es la cuestión.

Fernández Sessarego afirma que “El ser humano es único, singular, irrepetible, no estandarizado, impredecible, dinámico, histórico. Todas estas connotaciones obligan al juez, dejando de lado los criterios y las técnicas para la apreciación y cuantificación de los daños patrimoniales, tratar cada caso de daño al proyecto de vida como “el caso” y no como “un caso más”. Esta singular característica del ser humano complica la apreciación de las consecuencias del daño al proyecto de vida³⁴.

En la provincia de San Juan, se han dictado una serie de fallos, que resuelven el tema del proyecto de vida, vinculado a la responsabilidad civil, como consecuencias de accidentes de tránsito³⁵, de divorcios³⁶, etc. Aún hoy, no existen fallos vinculados con el quebrantamiento de las relaciones familiares, por la crisis de empresas de familia, con afectación al proyecto de vida.

Pero al poco andar en este tema, y una vez hecho conocer el motivo de este trabajo integrador final, comenzaron a surgir casos de empresas de familia, cuya crisis societaria, produjo una afectación en las relaciones familiares, con grave perjuicio al proyecto de vida, y que guardará la identidad de las personas involucradas.

Estos casos no llegaron a concretarse en causas judiciales, por pudor de sus miembros, por temor a un resultado adverso o desconocimiento sobre el cambio de paradigma de nuestro Código Civil y Comercial.

Cito el caso de una empresa familiar, regularizada en uno de los tipos societarios previstos en la Ley General de Sociedades N° 19.550, dedicada a la compraventa de bienes. Con una trayectoria de muchos años, sus miembros realizaban viajes al extranjero, al punto de dar varias veces “la vuelta al mundo”. La felicidad de sus miembros y la consideración social, los distinguía. Todo ello fue, hasta que uno de sus miembros, representante legal de la empresa familiar, tomó la decisión de iniciar un proyecto individual (no comercial) y por tanto extraño al de la empresa familiar, comprometiendo el patrimonio familiar. El fracaso de este proyecto extrasocietario, produjo crisis empresaria, al punto de

³⁴ Doctrina tomada de Internet: “EXISTE UN DAÑO AL PROYECTO DE VIDA” por Carlos Fernández Sessarego - <http://www.revistaapersona.com.ar/Persona/11/11Sessarego.htm>

³⁵ (R., M. P. y otro vs. Muñoz, Hernán Ariel s. Daños y perjuicios /// Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I, La Matanza, Buenos Aires; RC J 6355/14)

³⁶ (Sala 1ª. Cám. de Apel. C.C.y M. San Juan-AUTOS N° 20.471 (10.355 - 2º FAMILIA) “Segovia, José Alberto C/ Segovia, Lidia Angélica - DIVORCIO VINCULAR”)

extinguirse y perder el patrimonio societario, afectación que compromete gravemente el patrimonio de sus miembros, cayendo en el descrédito social. La familia en general, se ve sumergida en la vergüenza y en el escándalo. Nunca se judicializó la responsabilidad civil o comercial de los efectos de aquél fracaso.

Otro caso de una empresa familiar, regularizada en uno de los tipos societarios previstos en la Ley N° 19.550, dedicada a la comercialización de productos de consumo masivo. La empresa iniciada por una familia inmigrante, con una trayectoria de muchos años, sus miembros habían alcanzado la consideración de la sociedad. La felicidad de sus miembros, por el éxito alcanzado en la empresa familiar, hizo que quedara oculto alguna controversia no resuelta. Fallecidos los hacedores del emprendimiento, los hijos tomaron la posta y dirección societaria. Todo ello fue, hasta que uno de sus miembros, representante legal de la empresa familiar, tomó la decisión unilateral (sin el asentimiento de los restantes miembros de la empresa familiar) de suscribir pagarés en blanco para ayudar a un amigo, quien los presentaría en un Banco, con el fin de alcanzar la garantía de préstamos que cubrieran el descubierto en cuenta corriente bancaria. Presentado en quiebra la empresa del amigo, comenzaron a ejecutarse los pagarés creados en blanco y de favor. La gravedad de la situación judicial, obligó a la empresa familiar a tomar la decisión de presentar en concurso preventivo a la empresa familiar, a la que posteriormente, le fue decretada la quiebra. Con ello, se comprometió el patrimonio familiar, atento a que no se habían integrado formalmente los aportes societarios. El error incurrido por el representante legal de la empresa familiar, produjo crisis empresaria, al punto de extinguirse y perder el patrimonio societario, afectación que compromete gravemente el patrimonio de sus miembros, cayendo en el descrédito social. La familia en general, se ve sumergida en la vergüenza y en el escándalo. Nunca se judicializó la responsabilidad civil o comercial de los efectos de aquél error.

Otro caso, el de una familia tradicional, que cuenta con una innumerable cantidad de inmuebles, con fines de locación, y que a la muerte del *pater familiae*, en el juicio sucesorio, demostrándose por parte de uno de sus miembros, conductas ambiciosas desmedidas, quebrando el vínculo familiar existente hasta aquél momento, llegando al extremo de enfrentarse entre hermanos por la partición hereditaria. Si bien, la cuestión sucesoria tramita judicialmente, el quebrantamiento de la relación familiar y la afectación del proyecto de vida de sus miembros, tampoco alcanzó los estrados judiciales.

Otro caso se nos presentó, cuando en una familia tipo, muy bien considerada en la sociedad, con vinculación en círculos queda al descubierto la doble vida del *pater familiae*, quien mantenía una relación oculta con otra mujer, con quien había concebido un hijo. Al enterarse la familia se produjo el quebrantamiento de la relación familiar, cuyo efecto perjudicial se materializó en la empresa familiar (establecimiento agrícola) extinguiéndose la misma, por la quita de confianza en el *pater familiae*.

Hasta aquí lo relatado, demuestra palmariamente que el tema elegido, no es ajeno a la realidad cotidiana, por lo que pretendo dejar de manifiesto, la vehiculización del derecho perjudicado, hacia una reparación integral.

Podrían citarse innumerables casos prácticos, en los que se advierte el hundimiento o la extinción del patrimonio familiar provocado por uno o varios de los miembros del núcleo familiar, a causa de errores de análisis de situación económica o contractual, conductas perjudiciales enfermizas (deudas de juego, etc.), animosidad tendenciosa, y tantos otros motivos o causales.

Con la transcripción o relato u opinión, he querido sintetizar la casuística observada, que no llega a completar, ni remotamente, los casos existentes en la práctica, pero que demuestran que la problemática abordada resulta de interesante análisis.

IX. Consolidación del daño en las relaciones familiares

IX.1. Antijuridicidad

Tal como lo he descrito precedentemente, el daño puede ser patrimonial o extra patrimonial. La pérdida del patrimonio familiar, la atomización de la familia, la ruptura de las relaciones familiares, el aislamiento y la vergüenza ante la sociedad.

El art. 1717 CCyCN., regula sobre qué debemos entender por antijuridicidad, refiriendo a “cualquier acción u omisión que causa un daño...”, salvo causal de justificación.

Lorenzetti, enseña que:

“La acción antijurídica culpable es la causa fuente de la deuda. De ello se sigue que los estudios se centran en dicha deuda y en el deudor, averiguando cuándo se produce la configuración del débito. La mirada está puesta en el deudor, en el responsable y en la deuda... XI. La antijuridicidad. 1. Las reglas. La antijuridicidad formal y subjetiva, propia del paradigma de la deuda, es restrictiva respecto del nacimiento del crédito resarcitorio; sólo en los casos en que hay una prohibición expresa y culpa, nace la acreencia. La doctrina actual coincide en calificar la conducta antijurídica como aquella que menosprecia al ordenamiento jurídico en su conjunto, y no sólo a la ley (45), por lo tanto, quedan incluidos los actos contrarios a los principios jurídicos, las cláusulas generales e incluso los valores de rango normativo, con lo cual se expande el campo enormemente. Posteriormente la antijuridicidad se separa de la culpabilidad, al indicarse que consiste en la infracción de un deber, y su carácter objetivo surge de la observación previa y primaria del acto, ajena a toda consideración de la subjetividad del agente (46). La antijuridicidad se desprende también de la tipicidad, siendo innecesaria la descripción previa del ilícito. Surgen los actos ilícitos atípicos derivados de la violación del deber genérico de no dañar. Finalmente, se consideran supuestos de responsabilidad por actividad lícita, como la del Estado cuando distribuye las cargas públicas en forma no igualitaria, o la responsabilidad por equidad. 2. La atipicidad del ilícito. En el derecho comparado existen códigos que “tipifican” los ilícitos civiles y otros que se valen de una cláusula general de responsabilidad (47). Sin embargo, en la interpretación tradicional (paradigma de la deuda) estas diferencias se diluyen en el plano de las soluciones concretas (48), ya que el *alterum non laedere* (cláusula general) termina, en concreto, por concretarse en un sistema de ilícitos tipificados (49), requiriéndose siempre una actuación contraria a una norma previa, para aplicar el sistema sancionatorio (50). La aceptación de que la responsabilidad actúa no sólo cuando un comportamiento ilícito, sino cuando hay un interés digno de protección (51), modificó el panorama: el daño contra derecho se transformó en daño sin derecho. De esta forma, el pro-

blema de la identificación y jerarquización de intereses resarcibles, adquiere una nueva perspectiva y dimensión (52), ya que el principio general del daño injusto queda replanteado en estos términos (53): toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento sea justificado (54). O de la siguiente manera: en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado (55). Se admiten actos ilícitos atípicos como la lesión al crédito, la lesión a la libertad contractual, a la circulación de información económica, la tutela del consumidor frente a la publicidad engañosa, y muchos otros supuestos en constante evolución (56)³⁷.

³⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis - Título: "La responsabilidad civil" - Publicado en: LLP 2002, 01/01/2002, 1302 - LA LEY2003-A, 973 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2007, 153 - RCyS2011-IL, 255). ((45) En los iusnaturalistas encontramos por primera vez la afirmación de que todo daño, derive o no del incumplimiento de una obligación, debe ser resarcido no sólo cuando así lo sancionen específicas disposiciones, sino también cuando concurren los requisitos de la contravención a una ley natural que castigue el dolo o la culpa. Pothier, por su parte, afirma (POTHIER, Robert, "Tratado de las Obligaciones", p. 72, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1978) que delito es el hecho de la persona que, con dolo, causa un daño o un mal a otro, mientras que cuasidelito es el cometido mediando una imprudencia inexcusable. Tales afirmaciones aparecen sostenidas de nuevo en los varios proyectos del Código Civil francés, y en el Código Napoleónico dándose la base para la expansión de la antijuridicidad material a través del principio genérico de no dañar a otro. (46) Conf. ALTERINI, Atilio, "Responsabilidad Civil", p. 66, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979; LOPEZ CABANA, Roberto, "La demora en el derecho privado", p. 63, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969. (47) Seguimos en esta parte al importante trabajo de DE LORENZO, Federico. (48) MARKESINIS, Basi - DEAKIN, Simon, "Tort law", Clarendon Press, Oxford, 4th edition 1999. TRIMARCHI, Pietro, "Illecito", Enciclopedia del Diritto", s/f, p. 92. (49) BREBBIA, Roberto, "Responsabilidad civil e ilicitud", ED, 88-903. (50) ESSER, Joseph, "Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine Allemande des actes illicites", Revue Internationale de Droit Comparé, 1961, p. 481 y siguientes. (51) SCHLESINGER, Piero, "La ingiustizia del danno nell'illecito civile", cit. p. 336 y sigtes. GOLDENBERG, Isidoro, H., "Indemnización por daños y perjuicios", p. 497, Buenos Aires, 1993; ALTERINI, Atilio A., "Contornos...", cit. ps. 13-14, y en: "La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil", p. 14, Buenos Aires, 1997. (52) DE LORENZO, M. F., "El daño injusto...", cit. p. 77. (53) DE LORENZO, M. F., "El daño injusto...", p. 77. (54) Proyecto Código Civil 1998, art. 1585 inc. a). (55) Proyecto Código Civil 1998, art. 1588. (56) ALPA, Guido - BESSONE, Mario - CARBONE, Vincenzo, "Atipicità dell'illecito", Giuffrè, terza edizione, Milano, 1995.).

IX.2. Indemnización.

El art.1739 CCyCN., ha previsto los requisitos de procedibilidad de la indemnización, estableciendo que: "... debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia sea razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador".

Así mismo, en cuanto a la magnitud de la indemnización, podemos consultar lo previsto en el art. 1740 CCyCN., que trata a la reparación plena del daño, indicando que: "...Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable".

Comprende a la reparación plena, la indemnización del daño moral, contenido en el art. 1741 CCyCN., otorgando legitimación para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales al damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.

En el caso concreto, el juez cuenta con facultades para atenuar la responsabilidad del dañador, conforme lo previsto por el art.1742 CCyCN., que expresa: "El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable".

Facultades del juez que se extiende al análisis de la dispensa anticipada de la responsabilidad, conforme lo previsto por el art.1743 CCyCN., que regla: "Son inválidas las cláusulas que eximen o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles, atentan contra la buena fe, las buenas costum-

bres o leyes imperativas, o son abusivas. Son también inválidas si liberan anticipadamente, en forma total o parcial, del daño sufrido por dolo del deudor o de las personas por las cuales debe responder”.

En el caso tratado en este TIF, sobre el quebrantamiento de la relación familiar y el perjuicio al proyecto de vida, la antijuridicidad, queda comprendida en la conducta unilateral e inconsulta, decisión tomada en absoluta soledad, sin asentimiento de los restantes miembros del grupo familiar, que pone en riesgo grave o que causa un daño al patrimonio familiar. En caso que la empresa familiar esté regularizada, a través de uno de los tipos societarios, lo que la convierte en una persona jurídica, la antijuridicidad queda configurada con el solo extremo que la decisión tomada es notoriamente extraña al objeto social, lo que demuestra la ilicitud del acto, y por tanto el reproche de la decisión tomada, poniendo en grave riesgo o afectando gravemente el patrimonio familiar, haciéndolo responsable personalmente al representante legal, de las consecuencias dañosas que trajo aparejada la toma de decisión inconsulta o errática.

Sea que ponga en riesgo grave o que dañe al patrimonio familiar, en la medida que provoque crisis en la familia, puede provocar la afectación del proyecto de vida tanto del núcleo familiar cuanto de cualesquiera de los miembros que la componen.

Y aquí surge necesariamente nuestro interrogante, sobre quién debe reparar el daño ocasionado o los momentos de crisis vividos.

No nos cabe duda que, el sujeto dañador o bien aquél que subsumió a la familia en una grave crisis patrimonial y moral, individual o colectivamente, debe responder de alguna manera.

Entonces, si el daño se produjo en el proyecto de vida, nos preguntamos, ¿de qué modo puede cuantificarse el daño? ¿Cómo debe repararse el daño causado?

IX.3. Proyecto de vida. Concepto. Cuantificación

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la causa “Loayza Tamayo c/ Perú”, define el proyecto de vida en los siguientes términos: «El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. »En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad.

Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial y su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte». Todo ser humano por su propia naturaleza es ontológicamente libre, es coexistencial, temporal y, en razón de ello, posee la capacidad de proyectarse hacia el futuro y constituir un plan existencial³⁸.

Burgos³⁹, citado por López Miró, en su trabajo “Precisiones sobre el daño al proyecto de vida”, expresa que «el daño al proyecto de vida se manifiesta como un impedimento, retardo o menoscabo de aquello que la persona construye para sí misma, a lo que espera razonablemente ser y que -en una u otra medida- ha comenzado a ejecutar...» «Un proyecto de vida es el resultado del ejercicio de libertad relativa, por el que cada persona construye su singularidad y se sitúa ante el mundo. La imposibilidad de estructurar un proyecto vital -cualquiera que fuere- despersonaliza al damnificado, lo obliga a imaginar su singularidad desde el lugar de la víctima, excluye su voz de la conversación plural en la que el derecho se construye», dice el autor que comentamos.⁴⁰

López Miró, en el trabajo citado, expresa que “El daño al proyecto de vida incide negativamente sobre el ejercicio de autonomía o autodeterminación responsable de aquel a quien alcanza. Le impone una vida distinta de la esperada, trastoca su futuro, afrenta su dignidad, lo despersonaliza y cosifica”.

Así mismo, Burgos cita a Fernández Sessarego, de quien expresa que: «incorporara la idea de daño al proyecto de vida como afección a la libertad fenoménica o despliegue dinámico de la personalidad. Hasta la primera mitad del siglo XX, los juristas no habían reflexionado en torno a la trascendencia que para el destino del ser humano tiene la frustración, el menoscabo o el retardo en el cumplimiento de su proyecto de vida como expresión fenoménica de su libertad. Dicho en otras palabras, del cumplimiento por el ser humano de su realización personal, de poder alcanzar las metas y expectativas propuestas durante su tránsito existencial».

³⁸ CIDH: “Loayza Tamayo vs. Perú” [reparaciones y costas], sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C N° 42, párr. 148.

³⁹ Burgos, Osvaldo R.: “Daños al proyecto de vida”. Astrea, Buenos Aires, julio de 2012, pág. 138 y 157.

⁴⁰ López Miró, Horacio G., Título: “Precisiones sobre el daño al proyecto de vida” – Publicado por Microjuris -Fecha: 11-sep-2012 -Cita: MJ-DOC-5955-AR | MJD5955.

López Miró, expresa que, “De todo ello no podemos menos que extraer dos conclusiones complementarias: una: que tener y construir un proyecto de vida significa realizar un proceso de estudio (consciente o inconsciente), verificación y análisis, selección y eliminación de opciones y posibilidades, habiéndose quedado el interesado con aquellas que más atraían su atención, interesaban a su persona y concitaban su interés; dos: que como su propio nombre lo indica, esta actividad lo proyecta hacia adelante, a través de una actividad racional y consciente, donde el intelecto, la voluntad y el deseo trabajan juntos para construir una imagen del futuro personal”.

Conceptualizado el proyecto de vida, debemos ingresar en la búsqueda de cómo la doctrina y la jurisprudencia ha considerado al modo de cuantificación de dicho rubro.

López Miró, en la obra referida, cita al Voto del Dr. Sebastián Picasso, quien expresa: “Ya se ha dicho que el resarcimiento procede a título de pérdida de chance. Así, ya establecido que existió una frustración de la probabilidad, y que ella guarda relación de causalidad con la culpa [en el caso a fallo, médica] el cálculo del monto que habrá de determinarse por este concepto constituye una de las mayores problemáticas del instituto». «En consecuencia, mientras que cuando se frustra la obtención de una ganancia, la cuantificación de la pérdida de chance partirá del monto de ese beneficio pretendido, al perderse la oportunidad de evitar un perjuicio la valuación de la probabilidad estará determinada por el valor del resultado final que efectivamente se produjo. Respecto de dicho valor se determinará el resarcimiento correspondiente por la frustración de la chance. Deberá aplicarse un procedimiento consistente en, primeramente, valorar el resultado final y, luego, establecer cuál era el porcentaje de chances de evitar dicho menoscabo. Por último, deberá aplicarse el porcentual de chances con las que contaba el sujeto al valor del “resultado final”⁴¹.

Picasso, en el voto referido, considera que “...al frustrarse la obtención de una ganancia o ventaja, se debería primeramente valorar el monto del beneficio perdido, esto es: la cuantificación de la ideación y la eventual realización de un proyecto de vida; luego, establecer cuál era el porcentaje de posibilidades que tenía el damnificado de alcanzar dicho beneficio y, finalmente, aplicarlo sobre el monto total en que es valuado el beneficio que ya no podrá lograrse. Es decir:

⁴¹ CNCiv, Sala A, 11/05/12, “T. A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios”, Microjuris, MJJ73004.

si la víctima tenía -por las razones que fueren- un 70% de posibilidades (chances) de alcanzar el beneficio de imaginar, ir concretando y realizar su proyecto de vida, y lo ha perdido por culpa del demandado, este deberá responder por el daño causado -pérdida de chances-, equivalente monetariamente al 70% del total estimado para el beneficio perdido. En la chance, lo que se indemniza es la privación de una esperanza para el sujeto y no el beneficio esperado en sí mismo. Lo que está en juego es solo una oportunidad de concretar la obtención de un beneficio o evitar una pérdida, que el causante del daño frustra y destruye. La chance perdida no importa más que privar a alguien de la oportunidad de participar de un hecho o de un evento de resultado incierto, aunque probable en grado cierto. Al reclamar reparación por daño a las chances de idear y concretar un proyecto de vida, se pide indemnización por la pérdida de la oportunidad de entrar en la disputa o el evento del cual se habría definido la obtención o no del beneficio; por tanto, la evaluación del daño y determinación de su cuantía se determina por la frustración de la oportunidad, la cual es obviamente menor que la valuación total del beneficio buscado y perdido”.

Fernández Sessarego⁴², cita la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de 1998, reconoce y repara el “daño al proyecto de vida”. La primera oportunidad en la que se le alude es en la sentencia de reparaciones del conocido caso “María Elena Loayza Tamayo”⁴³. En el apartado 147 de este histórico fallo se expresa, con precisión y claridad conceptual, “que el denominado proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”. En el apartado 148 del mencionado pronunciamiento se destaca, con acierto, el valor de las opciones u oportunidades que “el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. Por ello, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pér-

⁴² Fernández Sessarego, Carlos, Título: El “daño a la libertad fenoménica” o “daño al proyecto de vida” en el escenario jurídico contemporáneo - Fecha: 15-oct-2008 -Cita: MJ-DOC-4161-AR | MJD4161.

⁴³ Un comentario de esta sentencia en FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, en “El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en “Themis”, n° 39, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999; “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, año 1, n° 4, Buenos Aires, “La Ley”, agosto de 1999; “Diálogo con la jurisprudencia”, año 5°, n° 12, Lima, setiembre de 1999 y en “Revista Peruana de Jurisprudencia”, año 4, n° 12, Trujillo, 2002.

didada de su valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte”. En el parágrafo 150 del fallo se reafirma este concepto cuando se expresa que “el daño al proyecto de vida, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, de forma irreparable o difícilmente reparable”.

En la obra citada, Fernández Sessarego, expresa: “En posteriores sentencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos valora y repara el “daño al proyecto de vida” (16). Así, en el apartado 60 de la de reparaciones de 3 de diciembre de 2001, referida al caso “Luis Alberto Cantoral Benavides”, se sostiene que es evidente para la Corte que los hechos producidos en este caso ocasionaron una grave alteración el curso que normalmente habría seguido la vida de Cantoral Benavides. Los trastornos que esos hechos le impusieron, señala el Tribunal, “impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo profesional”. Concluye la Corte afirmando que: “Todo esto ha representado un serio menoscabo para su “proyecto de vida”. Es del caso recordar que las sentencias de la Corte Interamericana son de acatamiento obligatorio para los países signatarios del Convenio Americano de Derechos Humanos. Refiriéndose a la jurisprudencia de la Corte Interamericana al haber incorporado el “daño al proyecto de vida, la profesora de la Universidad de Sevilla, Ana SALADO OSUNA, expresa que “hay que felicitar a la Corte por aceptar el concepto “daño al proyecto de vida” en materia de reparaciones y por haber determinado en qué medida se puede reparar el mismo”. Recuerda que, si bien la Corte recoge esta figura, no puede perderse de vista que ella surge en el Perú (17). La autora, al resaltar la actitud de la Corte, agrega que: “Desde este lado del Atlántico produce gran satisfacción la forma de actuar de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y consideramos que sería conveniente que nuestro admirado Tribunal Europeo de Derechos Humanos mire más allá de Europa porque tiene mucho que hacer en materia de reparaciones” (18). Por su parte, Francesco BILOTTA, profesor investigador de la Universidad de Udine, uno de los más destacados exponentes de la Escuela de Trieste, creadora de la figura del “daño existencial”, al comparar ésta con la teoría del “daño al proyecto de vida”, manifiesta que “en verdad es sorprendente no sólo la afinidad que existe entre el daño al proyecto de vida y el daño existencial bajo la perspectiva de su contenido (imaginable ya deteniéndose en la denominación de los

dos perjuicios), pero también la identidad de las críticas doctrinarias que de una y otra parte del Océano se dirigen a tales voces de daño”. Recuerda que el “daño al proyecto de vida” nace en el Perú a mitad de los años ochenta del siglo pasado y que el daño existencial aparece en Italia en los primeros años de la década de los 90. Bilotta expresa que los autores de dichas teorías -la del daño al proyecto de vida y la del daño existencial- no se conocían por aquellos años, por lo que el daño existencial nace autónomamente en Trieste (19). El autor argentino Jorge Mario Galdós al preguntarse si el “daño al proyecto de vida” en un concepto jurídico extraño en el derecho judicial argentino o si, en cambio, la jurisprudencia patria le ha dado cabida en el ámbito del daño resarcible, afirma que la respuesta es afirmativa. Al referirse al contexto normativo argentino referente a la tutela de los derechos humanos expresa que, dentro de él, se afirma que “el daño al proyecto de vida” es “una mutilación del plan existencial del sujeto, de aquel que conforma su libre, personalísimo, íntimo y auténtico “ser y hacer” y en la medida que ese plan supere el mero deseo, aspiración o expectativa y que se arraigue en la posibilidad cierta de que el objetivo vital sería razonablemente alcanzado de no mediar el hecho nocivo (20). Al efecto de comprobar la certeza de su respuesta, Galdós cita un importante número de sentencias de su país que acogen el “daño al proyecto de vida”. En el Perú, la jurisprudencia empieza a descubrir el daño al proyecto de vida. En efecto, ya se han producido algunas sentencias al respecto aunque, lamentablemente, su fundamentación no se encuentra suficientemente desarrollada. Lo mismo ocurre en cierto caso arbitral cuyo contenido, por su pública implicancia, ha sido resumido en un medio de difusión nacional. En alguna ley, como aquella que crea el Consejo Nacional de la Juventud, se reconoce explícitamente la existencia del proyecto de vida. La Defensoría del Pueblo del Perú también se refiere a la existencia de un daño al proyecto de vida (21). Igual se aprecia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (22). Un sector cada vez más importante de la doctrina también lo acepta (23). En todo caso, el “daño a la persona” y el específico “daño al proyecto de vida” han sido incorporados al Código Civil peruano de 1984 a través de su artículo 1985°. A su vez, el Proyecto de Código Civil de la República Argentina de 1998, actualmente en el Congreso, también lo ha recepcionado en su artículo 1600 (24). Estamos seguros que, con el tiempo, el instituto del “daño al proyecto de vida”, que ya recibió su consagración internacional tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, sea plenamente comprendido por el sector que en el Perú, por

diversas razones, aún no asume el trabajo de conocerlo y estudiarlo en profundidad. Hay que tener conciencia que la vida evoluciona y, con ella, la ciencia y el Derecho. En materia de Derecho de Daños la cultura jurídica no puede anclarse en el pasado y no participar activamente, libre de prejuicios, en el esfuerzo que realizan ciertos juristas de diversas latitudes por proteger al ser humano de manera integral y eficiente. ¿No está, acaso, la tarea más significativa e importante a la que puede dedicarse un jurista comprometido con la defensa de los derechos fundamentales de la persona?⁴⁴”

“La incidencia, afectación o demora en el proyecto de vida es una de las pautas que tiene en cuenta el art. 1741 CCyCN., cuando se refiere al daño extrapatrimonial. La noción del proyecto de vida ha sido magistralmente desarro-

⁴⁴ (16) Sobre el tema fr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en “Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”, Tomo I, Madrid, Editorial Civitas, 2003; “Derecho PUC”, n° 56, Lima, órgano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Perú, diciembre del 2003; “Revista de Responsabilidad Civil y Seguros”, año V, n° IV, Buenos Aires, Editorial “La Ley”, julio-agosto del 2003; “Revista Peruana de Jurisprudencia”, año 5 n° 31, Trujillo, setiembre del 2003 y en la “Revista del Centro de Educación y Cultura”, año 1, n° 1, Lima, Corte Superior del Cono Norte, mayo del 2004.(17) SALADO OSUNA, Ana, “Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Trujillo (Perú), Editora Normas Legales, 2004, p. 438.(18) Salado Osuna. Ana, ob. cit., p.439.(19) BILOTTA, Francesco, Il danno alla persona nel diritto peruviano. “Daño al bienestar”, “daño al proyecto de vida” y daño existencial:una lectura comparativa, en curso de publicación.(20) GALDÓS, Jorge Mario, ¿Hay daño al proyecto de vida?, en Buenos Aires, “La Ley”, 2005-F,1005.(21) Así, podemos citar el segundo considerando de la Resolución de la Defensoría del Pueblo N° 038-2002/DP en el cual, al referirse a un magistrado no ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura en una resolución inmotivada, expresa que se ha truncado intempestivamente la carrera judicial que era “el resultado de un proyecto de vida en su esfera laboral”. La mencionada Resolución se publicó en el diario oficial “El Peruano” en su edición del 30 de noviembre del año 2002.(22) En el caso “Almenara Bryson” el Tribunal Constitucional acogió el recurso de amparo del magistrado que había sido cesado intempestivamente por el Consejo Nacional de la Magistratura mediante una inmotivada y arbitraria resolución que mellaba su dignidad y su proyecto de vida.(23) Así, Lizardo Taboada Córdova, en su libro Elementos de la responsabilidad civil (Lima, Grijley, 2003), al referirse al daño a la persona, destaca que él se comprende la lesión al proyecto de vida. Joel Díaz Cáceda dedica un reciente volumen al análisis de los aspectos más resaltantes de la teoría del “daño al proyecto de vida” (El daño a la persona y el daño al proyecto de vida . Una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional, Lima, Jurista Editores, 2006).(24) Cfr. FAPPIANO, Oscar L., El daño al proyecto de vida en el Código Civil de la República Argentina frente al derecho internacional de los derechos humanos, en “Abogados”, año IV, n° 7, Lima, 2002.

llada por el profesor Fernández Sessarego, y luego adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 27/11/1998, “María Elena Loayza Tamayo”). En este sentido el Maestro peruano enseña que “La nueva concepción del ser humano, que necesariamente repercute en los fundamentos mismos del Derecho, nos mueve a pensar que la finalidad de nuestra disciplina es proteger la libertad de cada persona en el seno de la sociedad con el propósito de que, cada cual, pueda cumplir con su destino, realizar su proyecto de vida, acatar el silencioso pero profundo llamado de su vocación, otorgarle una razón de ser, un destino valioso a su vida” (Fernández Sessarego, Carlos, Aproximación al escenario jurídico contemporáneo, LL del 01/08/2007, pág. 1 y ss). En este contexto surgen las nuevas ideas en la evolución de Derecho acorde con la nueva concepción del ser humano. Se advierte una tendencia que se mueve de un cerrado individualismo hacia una vivencia más acentuada del valor solidaridad, de una mayor socialización en cuanto al contenido y dirección de la normatividad jurídica⁴⁵. Mosset Iturraspe afirma que “La víctima merece una reparación. El derecho brega porque toda víctima sea reparada. El estado de justicia busca que no haya más víctimas o las menos víctimas posibles o que, frente a un daño, se repare” (En Temas de Derecho Privado III, Ciclo de Mesas Redondas desarrolladas durante 1990 como contribución académica para las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, edición del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Bs. As., 1991, pág. 179). Por su parte Brebbia apunta su enfoque en que “..en el estado actual de la evolución, con prescindencia del fundamento que se les asigne, es admitido universalmente que existen derechos llamados derechos del hombre o derechos humanos, que son indispensables para que el hombre cumpla su destino con la dignidad que le impone su condición de ser humano dotado de conciencia”⁴⁶. Enseña Zavala de González que el daño a la libertad, que tiene como presupuesto un daño psicosomático, generalmente se trata de lesiones graves y perdurables que repercuten en la integridad psicofísica de la persona⁴⁷. Pero ello no obsta a que un daño menor pueda afectar irreversiblemente o retrasar la concreción de un proyecto de vida. También la privación de

⁴⁵ Fernández Sessarego, C., Aproximación al escenario jurídico contemporáneo, ob. cit., pág. 1 y ss.

⁴⁶ “La Lesión del patrimonio moral”, en obra colectiva Derecho de Daños, Primera parte, Directores: Félix Trigo Represas y Rubén Stiglitz, en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Bs. As., 1991, pág. 231.

⁴⁷ “Daños a proyectos de vida”, en LL del 4 de julio de 2005.

la libertad puede conculcar el plan existencial. Ello en atención a las infinitas y variadas opciones que tiene la persona para desarrollar en su vida. El reconocimiento del derecho a la libertad tiene fuente constitucional y convencional. El art. 7° de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos establece que “ Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”. El daño psicosomático puede influir de diversas maneras y en distintos grados en la libertad. Esta mengua en la libertad de la persona incidirá en la realización del proyecto de vida la persona. La libertad del hombre sólo se pierde con la muerte, sin embargo, hay casos en los cuales se afecta la posibilidad de elegir o decidir sobre la propia vida. El hombre no deja de ser libre, pues la libertad hace a su propia esencia, pero sí se puede incidir en su ejercicio. Indudablemente en el caso de marras las secuelas que experimenta la víctima tienen la entidad para cercenar ese proyecto de vida. El ser humano es el único ser que vivencia valores y crea normas; y ello se explica porque naturalmente está dotado para sensibilizar valores y para formular prescripciones normativas. El hombre al ser libre necesita de normas que lo protejan y le permitan realizarse conforme a su proyecto de vida (Fernández Sessarego, C., *El Derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI)*, ob. cit., pág. 73.). En la medida que el hombre es libre, elige su proyecto de vida. De este modo, una afectación de la unidad psicofísica puede llevar a una frustración, aniquilamiento, menoscabo o retardo en el plan de vida trazado por la persona, o en otras palabras a su proyecto de vida. El daño consiste en la afectación de un interés serio y lícito, que produce consecuencias desfavorables. No cabe duda que la afectación del proyecto de vida conlleva la afectación de un interés de la persona que eligió un determinado modo de vida, un proyecto existencial. El hombre es libertad, es un ser ontológicamente libre, coexistencial y temporal. Libertad que hace al hombre un ser espiritual, sensibilizador y vivenciador de valores, los que le otorgan un sentido a su vida. La libertad no es un atributo de la persona sino su mismo ser (Fernández Sessarego, C., “Aproximación al escenario jurídico contemporáneo”, LL del 01/08/2007, pág. 1). Además, “el hombre sólo existe como tal junto a otros hombres” (Carpio, Adolfo P., *Principios de filosofía*, sexta reimpresión, Glanco, Bs. As., 2007, pág. 336). Como señala Sartre “...de hecho somos una libertad que elige, pero no elegimos ser libres, nosotros estamos condenados a la libertad” (Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, ob. cit., T III, pág. 79). En todo momento elige y dirige su vida. La persona no es algo dado y terminado, sino que se va construyendo día

a día con cada elección. No podemos decir lo que una persona será, puesto que es libre y el resultado final dependerá de las decisiones que tome y deje de tomar.

La libertad, que es de propia naturaleza del hombre, se manifiesta a través de los actos que aquél desarrolla. No basta con un querer interno que nunca trasciende al mundo exterior, sino que son necesarias conductas exteriores por las cuales se materialicen estas decisiones. Con relación a la obra de Hegel se ha dicho que “Esta libertad interior es puramente abstracta, es decir, no es verdadera libertad; para serlo, tiene que objetivizarse, realizarse, manifestarse en el mundo exterior” (Carpio, Adolfo P., Principios de filosofía, sexta reimposición, Glanco, Bs. As., 2007, pág. 336). Fernández Sessarego define al proyecto de vida como “aquel que elige y decide la persona y que marca el rumbo o destino que otorga a su vida” (Fernández Sessarego, C., “Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida”, ob. cit., pág. 265). El proyecto de vida contiene el sentido existencial de una persona, la decisión sobre su vida que se traduce en una previa valoración ante una innumerable e infinita variedad de opciones o posibilidades, en base a lo que le ofrece su entorno y sus circunstancias personales. La persona tiene el derecho a contar con estas opciones y posibilidades para elegir, y el cercenamiento de su derecho a elegir se traduce en un daño injusto que debe ser reparado. Sería injusto que el Derecho se mantenga indiferente ante esta franca afectación a la esencia del hombre, puesto que la finalidad del Derecho consiste en la protección de la libertad de la persona. En la vida no sólo elegimos qué trabajo haremos, sino también vivenciamos valores y elegimos objetivos que van más allá de una actividad económica. Optamos por formar una familia, tener hijos, desarrollar una vocación, una C., realizar deportes, gozar de la amistad, entre tantas opciones que ofrece la vida. La persona elige lo que hará con su vida. El proyecto de vida se asocia con la realización personal del ser humano (CIDH, 27/11/1998, “María Elena Loayza Tamayo”). Todas las personas tenemos capacidad para formular y desarrollar nuestro proyecto de vida. Todos podemos tener un proyecto, por lo que en cada caso habrá que analizar si la disminución o afectación de la integridad psicofísica lo afecta, cómo y en qué medida. El Derecho surge para que los seres humanos podamos convivir, lo que supone que cada uno cuente con un espacio en el cual pueda realizarse como persona, es decir, desarrollar su proyecto de vida. De este modo, el Derecho protege la libertad ontológica, es decir, el ser mismo del hombre que sólo se pierde con su muerte; como también la libertad fenoménica, o sea, la exteriorización de deci-

siones libres en el mundo exterior a través de actos o conductas (Fernández Sessarego, C, Aproximación al escenario jurídico contemporáneo, LL del 01/08/2007, ob. cit.). “Un principio de justicia que goza de amplio consenso es aquel que manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada...”⁴⁸ Cruz Vélez, al estudiar la obra de Heidegger ha sostenido que “Si el hombre es ese todo, entonces la libertad no es una propiedad que tiene el hombre como una cosa tiene su color o su figura. El hombre es más bien una posibilidad de la libertad. La libertad es lo que hace posible al hombre en cuanto hace posible la totalidad de los momentos que designan los otros nombres”. Agrega que “Gracias a esa libertad puede el hombre trascender los entes, quitándose así sus cadenas”. Concluye que “La libertad es el fundamento de la relación del hombre con el ser...”⁴⁹. Las determinaciones del hombre no están en su esencia, no le han sido dadas, sino que resultan del hombre con sus posibilidades. Lo que el hombre resulta ser en cada caso está precedido de la relación con su poder ser, una relación de un posible modo de ser, una decisión de llevar adelante lo elegido⁵⁰. Reitero que el hombre no es una cosa hecha y terminada, sino que por el contrario es lábil y fluido, desplegado en el tiempo, proyectándose permanentemente (Fernández Sessarego, Carlos, Daño al proyecto de vida, ob. cit.). Se ha dicho que el hombre es “alguien único, inabarcable, originario, no fungible, no compendiable en procesos totalizadores, libre, inédito, moral”⁵¹. En este sentido reflexiona Marías que “La libertad es constitutiva e irrenunciable, porque al hombre no le es dado su ser hecho, sino que su vida, una vez dada, le es impuesta como quehacer”⁵². Por todo lo expuesto, ponderando la repercusión que en los sentimientos de la actora debió generar la ocurrencia de la mala praxis; las secuelas que da cuenta la pericia médica en especial el tiempo de internación, las cirugías a las que fuera sometida, la angustia que produce en la víctima el tener que depender constantemente de otras personas

⁴⁸ Rawls, John, A theory of Justice, 1971, Harvard Collage, citado por Lorenzetti en su voto en el caso “Itzcovich”.

⁴⁹ Cruz Vélez, Danilo, Filosofía sin supuestos. De Husserl a Heidegger, Sudamericana, Bs. As., 1970, pág. 188-214.

⁵⁰ Cruz Vélez, Danilo, Filosofía sin supuestos. De Husserl a Heidegger, Sudamericana, Bs. As., 1970, pág. 188-214.

⁵¹ Negri, Héctor, ponencia presentada en XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, (Bariolche, 1989), comisión n° 8.

⁵² Marías, Julián, Introducción a la filosofía, ob. cit., pág. 255.

en casi todos los actos de su vida cotidiana por carecer de la totalidad de sus miembros superiores e inferiores, vale decir, la subordinación a personas y a elementos artificiales en desmedro de su autonomía vital y funcional, el sentimiento de inferioridad de la víctima a raíz de la frustración de las más sanas y legítimas expectativas de desarrollar una vida normal. No se trata de simples hobbies, de la posibilidad de trabajar o estudiar, sino prácticamente de todo lo que torna agradable y deseable la existencia: la salud, la potencialidad física para practicar deportes, manejar un auto, una computadora u otras máquinas sin limitaciones funcionales, relacionarse sin el complejo por el rechazo o la compasión ajenas dada su incapacidad permanente y casi absoluta, la imposibilidad de trasladarse por sus propios medios como lo hacía antes del hecho dañoso, la imposibilidad de abrazar a sus hijos, de asistirlos como pudo hacerlo antes –lo cual no puede ser desconocido por cualquier madre-, la afectación de su libertad y consiguiente frustración del proyecto vital y la afectación estética. En consecuencia, sobre la base de lo expuesto y considerando que cabe pronunciar en este rubro un juicio prudencial (art. 165, del Código Procesal), toda vez, que son obvias las dificultades que existen para mensurar en dinero un detrimento de tal naturaleza, razón, por la cual ha de procurarse que atienda apropiadamente a la magnitud del menoscabo espiritual⁵³, en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, y atendiendo a las especialísimas y particularísimas circunstancias de este caso hago lugar al rubro por la suma actual de pesos dos millones (\$ 2.000.000)”(SIC)⁵⁴.

El proyecto de vida afectado, es aquél que ha sido exteriorizado por la víctima en su mundo de relaciones, aquél que es posible de ser alcanzado por el mundo exterior, con capacidad de ser acreditado en un proceso, y que tiene cierta certeza en su concreción.

No puede comprenderse como proyecto de vida, aquellas metas inalcanzables o irrealizables por el hombre, esto sería, indemnizar la fantasía y auspiciar el engaño.

⁵³ T. Colegiado Oral, Rosario N° 2, marzo 18-988 “Lafuente de Albanese, Elsa c/ Cofré Enrique C. y otros” J. 81-346; Rep. LL., “L” 1990 A-I, pág. 584 N° 387.

⁵⁴ Poder Judicial de la Nación -JUZGADO CIVIL 37 – Autos 84525/2007 P. P. I. Y OTRO Y OTROS c/ GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS –Publicado por Diario Judicial 15/09/2015 - http://www.diariojudicial.com/docum entos/ 2015_Septiembr e/mala_pra xis_nu evo_co d.pdf

En cuanto a la cuantificación del daño al proyecto de vida afectado, es imposible determinar en la casuística, un monto de reclamo no es estimado con fórmulas matemáticas, ya que el perjuicio sufrido por la víctima, podría no ser de carácter material (cito el apotegma: “Hay razones del corazón, que la razón no entiende”). Por ello, considero que va a ser tarea de los jueces identificar el perjuicio sufrido, establecer el monto o el objeto de reparación, según el caso sometido a su decisión.

En el capítulo de las conclusiones, expresaré cuál es el aporte que realiza éste trabajo sobre el modo de indemnizar al rubro proyecto de vida.

X. Normas del Código Civil y Comercial sobre la reparación del daño en el proyecto de vida.

El CCyCN. no ha previsto en forma de casuística la reparación del daño, y mucho menos en relación al modo en que se puede reparar el proyecto de vida afectado.

En el texto de la Ley N° 26.994, se ha mencionado al proyecto de vida, en diferentes artículos que transcribo:

Art. 431 CCyCN.: Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.

Art. 509 CCyCN.: Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

Art. 1738 CCyCN.: Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud

psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

3.3: Sustitúyese el art. 40 bis de la Ley N° 24.240, modificada por la Ley N° 26.361, por el siguiente:

“Art. 40 bis: Daño directo. El daño directo es todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

Los organismos de aplicación, mediante actos administrativos, fijarán las indemnizaciones para reparar los daños materiales sufridos por el consumidor en los bienes objeto de la relación de consumo.

Esta facultad sólo puede ser ejercida por organismos de la administración que reúnan los siguientes requisitos:

- a) la norma de creación les haya concedido facultades para resolver conflictos entre particulares y la razonabilidad del objetivo económico tenido en cuenta para otorgarles esa facultad es manifiesta;
- b) estén dotados de especialización técnica, independencia e imparcialidad indubitadas;
- c) sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente.

Este Artículo no se aplica a las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos del consumidor, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas, las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida ni, en general, a las consecuencias no patrimoniales.”

En el caso, nos interesa lo reglado en el art. 1738 CCyCN., que prevé la extensión de la indemnización, expresando que: “...comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances.

Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida”.

En un mismo sentido, respecto a la cuantificación, el CCyCN. ha previsto dos articulados que refieren al mismo. Por un lado, el referido a la fijación de los alimentos (art.433), y por el otro, el art.772, que prevé: “Cuantificación de un valor. Si la deuda consiste en cierto valor, el monto resultante debe referirse al valor real al momento que corresponda tomar en cuenta para la evaluación de la deuda. Puede ser expresada en una moneda sin curso legal que sea usada habitualmente en el tráfico. Una vez que el valor es cuantificado en dinero se aplican las disposiciones de esta Sección”.

Adviértase que respecto al proyecto de vida, el Código Civil y Comercial no ha mencionado el modo en que se va a cuantificar, dejando en manos del juzgador el modo en que aquél va a ser cuantificado y reparado.

XI. Aporte Doctrinario sobre el tema

Graciela Medina⁵⁵, cita a las conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil, Familia y Sucesiones, homenaje a la doctora M. J. Méndez Costa, Santa Fe, 1990, en *El Derecho Privado en lo Argentino. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*, ps. 299/300), “La responsabilidad civil en las relaciones de familia está sometida a las reglas generales del sistema. Los criterios de aplicación deben tomar en cuenta las características del mismo, vinculándolas con los intereses superiores en la constitución de una familia y en su estabilidad, y con el sentimiento de justicia de la comunidad. “Son distinguibles los daños y perjuicios causados por los hechos que motivaron el divorcio o la separación personal, de los daños causados por el divorcio en sí mismo o la separación personal”.

Graciela Medina⁵⁶, transcribe parte de un fallo que refiere a la especialidad del derecho de familia, expresando: “En cuanto a la especialidad del Derecho de Familia y la diferencia de su contenido respecto a las otras ramas del Derecho

⁵⁵ Medina, Graciela - Libro Citado, pág.66.

⁵⁶ Medina, Graciela - Libro Citado, pág.95.

Privado, se dijo que dicha circunstancia no es justificativo para violar el principio jurídico de no dañar a otro, que tiene jerarquía constitucional y supranacional.⁵⁷

El daño al proyecto de vida es un daño radical y profundo, que compromete, en alguna medida, al ser mismo del hombre, que afecta la libertad de la persona, que trastoca o frustra el proyecto de vida que libremente formula cada persona y a través del cual se realiza el ser humano, que impide que la persona desarrolle libremente su personalidad. La libertad consustancial al ser humano hace que este, necesariamente, consciente o no de ello, elija una manera de vivir. Ésta responde a la voluntad de cada persona, a un llamado profundo que el hombre vivencia y que proviene del hontanar mismo de su ser. Para proyectarse en el futuro, la persona prefiere un estilo de vivir, el mismo que responde a ciertos valores que ella vivencia y prefiere, los mismos que le dan sentido a la vida. Se trata de un daño que se origina a la salud de la persona humana y que impide cumplir plenamente con su proyecto vital, que compromete el derecho innato de ser uno mismo y no otro, a definir y realizar un determinado proyecto de vida, que trastoca la existencia misma de la persona. Es decir dejar de ser lo que él era, perdió su propia identidad. Ya no es más lo que era. La profunda angustia existencial que agobia a ciertos sujetos sensibles, la carencia de una razón de ser, sume a la persona en una situación totalmente contraria a lo que se puede definir como bienestar integral. Es un daño que signa el futuro del sujeto, que desnaturaliza su propia identidad, por trascender la integridad psicosomática, es un daño grave que se causa a la persona humana. En suma, es un daño futuro y cierto⁵⁸.

Consultado el Libro Derecho de Familia, en los cuales se describe que participaron en su redacción, juristas como María Josefa Méndez Costa, María Rosa Lorenzo de Ferrando, Sara Cadoche de Azvalinsky, Daniel Hugo D'Antonio, Francisco A. M. Ferrer, Carlos H. Rolando, Editorial Rubinzal Culzoni-Santa Fe, trataron las diferentes cuestiones vinculadas a las relaciones de familia, sin agotar el tema, como el caso propuesto en esta oportunidad. En igual sentido,

⁵⁷ Fallo: Cám. Civ. y Com. de San Isidro, sala 1, 13-5-98, E. D. 181-745, comentado por MÉNDEZ COSTA, María Josefa, "La indemnización del daño moral causado por las inconductas conyugales en el Contexto de los derechos Humanos"

⁵⁸ Carlos Fernández Sessarego, "Protección a la persona humana", en la obra colectiva: "Daño y protección a la persona humana", Ed. La Rocca, Bs. As., año 1993, págs. 54/57- Citado en Causa carátula: R., M. P. y otro vs. Muñoz, Hernán Ariel s. Daños y perjuicios Fecha: 15/08/2014 - Juzgado: La Matanza Buenos Aires Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I -Fuente: Rubinzal Online -Cita: RC J 6355/14.

consulté el Código Civil Comentado de Francisco A. M. Ferrer, María Josefa Méndez Costa y Graciela Medina, Editorial Rubinzal Culzoni-Santa Fe.

XII. Procedimiento de reclamación del proyecto de vida

En la Provincia de San Juan, el Código Procesal Civil, Comercial y Minería previsto en la Ley N° 8.037 t.o., ha regulado el proceso ordinario, conforme a los arts. 284 y 293 y siguientes, en los cuales se ha previsto el proceso ordinario, estableciendo en el primero de los artículos, cuál es el contenido para su tramitación, a saber: art. 284.- Proceso ordinario. Todas las contiendas judiciales que no tuvieren señalada una tramitación especial, serán sustanciadas y decididas en juicio ordinario, salvo cuando este Código autorice al Juez a determinar la clase de proceso aplicable. Este proceso será también aplicable cuando leyes especiales remitan al juicio sumario.

Surge el interrogante, sobre si en el escrito de demanda, puede acumularse otras pretensiones, a más del reclamo por proyecto de vida.

En respuesta a dicho interrogante, se cita el art. 87 Ley N° 8.037 t.o., que prevé: art. 87.- Acumulación objetiva de acciones. Antes de la notificación de la demanda el actor podrá acumular todas las acciones que tuviere contra una misma parte, siempre que:

- 1) No sean contrarias entre sí, de modo que por la elección de una quede excluida la otra.
- 2) Correspondan a la competencia del mismo Juez.
- 3) Puedan sustanciarse por los mismos trámites.

En este sentido, considero que corresponde, por una cuestión de economía procedimental, que el perjudicado reclame en una misma acción ordinaria, la totalidad de los rubros que corresponden al mismo hecho, o bien, respecto de las mismas partes, aun cuando fueren diferentes hechos y reclamos (vgr. Se reclama rendición de cuentas, y conjuntamente, daño moral, pérdida de chance, proyecto de vida, etc.).

Respecto a la prueba, considero que no existe un límite al medio de ofrecimiento probatorio, ya que el objetivo principal es acreditar en el proceso, el proyecto de vida de la víctima, considerando a aquél, el que haya sido exteriorizado por la víctima en su mundo de relaciones, aquél que es posible de alcanzar y cierto en su concreción.

XIII. Contenido del rubro proyecto de vida – Prueba

La casuística descrita en el punto VIII del presente, nos lleva a considerar que la prueba se encuentra fundamentalmente en la confesional del dañador, la testimonial de conocimiento o reconocimiento, en la documental, en la instrumental, en las periciales contable y caligráfica y química en subsidio, y en cuanto constancia exista sobre el proyecto de vida reclamado.

Tratándose de una empresa familiar, el escrito de demanda debe contener la totalidad de los requisitos formales que cada Código de Procedimiento ha establecido para su procedibilidad.

En particular, en el capítulo del objeto se debe determinar cuál es la pretensión, que en el caso, es la reparación del proyecto de vida, pudiendo incluirse un párrafo al modo en que se pretende sea indemnizado.

En el capítulo de los hechos, se debe identificar a las partes del proceso, para lo cual, habrá que desarrollar ampliamente los antecedentes que vincularon a los miembros de la familia a organizarse en empresa.

También, debe desarrollarse profundamente el grado de relaciones alcanzados en la sociedad, la magnitud de su inserción social, para establecer la dimensión del daño alcanzado.

Finalmente, desarrollar detalladamente en qué consistió el proyecto de vida, y en qué medida se vio violentado. Puede surgir que, la actividad desarrollada, tenga como origen la herencia de sus ascendientes mediatos o inmediatos, de posible larga trayectoria en la actividad empresarial, lo que signa a los miembros del núcleo familiar a continuarla.

En el capítulo de la prueba, habrá que demostrar si la misma es de uno de los tipos societarios previstos en la Ley General de Sociedades N° 19.550, o es una Sociedad de Hecho, y también, acreditar quiénes la componen, qué persona ejerce la representación social (art. 58 *ibid*), cuál es la actividad principal u objeto social, la accesoria y las conexas, si las hubiere.

Seguidamente demostrar cuáles han sido los antecedentes que quedaron registrados en Actas, respecto a la toma de decisión en la vida del ente social o empresa familiar, de donde surgirá la conducta reprochada (en particular, si se ajustó o no a la actividad de la empresa familiar, si existe convalidación de la decisión tomada por todos o por algunos de los miembros de la sociedad, y si existe la oposición formal por parte del perjudicado), demostrar que el obrar

del demandado ha sido impropio o contrario al contrato social, tomado unilateralmente (sea éste negligente o culpable, o doloso).

Posterior, demostrar el daño propiamente dicho, esto es, el perjuicio inmediato de la empresa familiar, y el quebrantamiento o frustración de la relación familiar, cuanto su vinculación de aquél con éste último.

Seguidamente, demostrar cómo el quebranto de la empresa familiar afectó a las relaciones familiares y con terceras personas ajenas al núcleo familiar, y la extensión o dimensionamiento de ese daño.

XIV. Facultades del Juez para determinar la cuantificación del daño

En la Provincia de San Juan, el Juez debe fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia (art.33 inc.4° del C.P.C.S.J.). No se trata de pretender que el juez interprete abstractamente una norma jurídica, ni que se pronuncie respecto de supuestos de hecho sólo hipotéticos.

Se ha sostenido que el art.33 inc.4° del Código Procesal Civil-San Juan, establece entre los deberes de los jueces el principio de congruencia que deben respetar al dictar la sentencia definitiva. Es decir, la necesaria conformidad que debe existir entre las resoluciones que se dicten y las pretensiones deducidas en el proceso, calificadas según correspondiere por la ley.

Por principio de congruencia debe entenderse el requisito de conformidad de la sentencia con el pedimento del litigante. La congruencia entre la sentencia y las peticiones de las partes en cuanto a las personas, objeto y causa, es ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales de juicio relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los límites y los poderes del juez. Cuando se supera ese marco de operatividad se produce -irremisiblemente- el quebrantamiento del referido principio. Así se ha dicho que: "La facultad del Juez de morigerar las tasas pactadas, no menoscaba en modo alguno el principio de congruencia, toda vez que debe pronunciarse sobre todo lo que le piden las partes..."⁵⁹.

⁵⁹ Jurisprudencia Lex Doctor 7.0: Cfr.CC0002 QL 1590 RSD-4-98 S 17-2-98, Juez MANZI (SD), Autos: Greco, José Adolfo y otra c/ Arias, Gustavo Héctor s/ Cobro Hipotecario LLBA 1998, 1027 -MAG.: REIDEL - MANZI - CASSANELLO). CPCB Art. 163; CPCB Art. 34 Inc. 4°.

El análisis que efectúa el juez al caso concreto, dará las conclusiones a las que arribe con aplicación del principio de la sana crítica constructiva.

Llegada la causa a los estrados judiciales, el juez pondrá bajo lupa, en estudio, a la conducta o acto del endilgado de daño, y la asumida por el ofendido o dañado. Medirá las consecuencias que la conducta o que el acto produjo al perjudicado. Ordenará producir la prueba necesaria para acreditarlo en la causa. Analizará la norma legal que regula la antijuridicidad de la conducta denunciada. Y por último resolverá.

Tratándose de la reparación de las relaciones familiares, podrá dar intervención al Gabinete Psicológico y Social, a los fines que los especialistas, psicólogos y sociólogos, traten la cuestión familiar, con el fin de recomponer los lazos quebrantados. Así, padres e hijos, serán sometidos a estudios teóricos, a diálogos individuales o colectivos con los profesionales tratantes.

El tema del daño patrimonial, buscará que el patrimonio del dañador repare al del perjudicado, en la magnitud del acreditado en la causa.

Respecto al daño moral, lo estimará, conforme al grado de aflicción que haya causado al perjudicado, conforme a la jurisprudencia que le sea vinculante.

Ahora bien, el proyecto de vida perjudicado, deberá apelar a la voluntad de las partes, para dimensionarlo y estimar la conducta reparadora.

A modo de ejemplo, cito como conducta reparadora, a la publicación en redes sociales o medios de prensa, respecto del reconocimiento del error cometido y la voluntad de su reparación. Otro modo de reparación, en la de pública confesión del error incurrido; la de reconstrucción del perjuicio a través del tiempo, etc. Considero que el proyecto de vida no puede ser reparado en dinero, porque solamente vive en la persona del dañado, es el ideado, el imaginado, el ilusionado o el soñado.

XV. Conclusiones

Con el tema propuesto, se abre un marco de diálogo respecto a las consecuencias dañosas que en la vida cotidiana quedan concretadas en las relaciones familiares. Encontramos familias que tienen desarrollada una actividad productiva o de servicios, organizada como empresa, a los que la doctrina las ha denominado “empresa de familia”, y que las mismas no se encuentran indemnes a crisis pro-

fundas, sumergidas en un quebranto o a una frustración, cuyos efectos jurídicos, son atendibles y valuales, en el ámbito jurisdiccional.

Medina, Graciela, expresa: “El solapamiento entre la familia, el negocio y la propiedad no está siempre bien equilibrado. Las divergencias entre la multitud de agentes e intereses involucrados pueden causar conflictos, e incluso pueden poner en peligro la existencia de la compañía y la estabilidad de la familia. Los riesgos aumentan con las transferencias intergeneracionales ya que al pasar a la segunda generación crece la complejidad de la familia en su relación con el negocio. Además de la habitual gestión de las competencias empresariales, la composición especial de las empresas de familia requiere un tipo especial de gestión, que pretende reducir al mínimo las posibles tensiones, en particular en la familia y entre la familia y los aspectos del negocio”⁶⁰.

La Nación Argentina, cuenta con un gran porcentaje de empresas de familia, que dan trabajo a millares de personas. Son un polo de desarrollo en una multiplicidad de actividades económicas o productivas, abarcando la industria, ganadería, agricultura, servicios en general, etc., muy difícil de describir por su cantidad y diversidad.

La micro economía de nuestro país, describe ciclos, en los que la crisis no es una excepción, sino una constante, crisis que no es ajena a la sociedad en su conjunto, y por lo cual, provoca una grave repercusión en la empresa familiar.

La crisis que afecta a la empresa de familia, produce una alteración en las relaciones del núcleo familiar. Aparecen los reproches, los desencuentros, los desacuerdos, las culpas, los alejamientos, y por supuesto, el daño.

El quebrantamiento en las relaciones de familia, producto de la conflictividad en el seno familiar, afecta a sus propios miembros y a terceros vinculados a aquél núcleo, viéndose obligada la doctrina y la jurisprudencia a buscar criterios distintos de solución, sobre un tema tan importante. Conocido es que la sociedad está integrada por personas de distintos niveles de ingresos y culturas, que alternadamente se relacionan con el núcleo familiar, o bien, con algunos de sus miembros. A éstos (los amigos, familiares próximos o lejanos, los conocidos, etc.), la crisis del núcleo familiar, los afecta sustancialmente, por su grado de proximidad.

⁶⁰ Medina, Graciela, Empresa familiar LA LEY 05 08 2016 -Publicado en: LA LEY 13/09/2010 , 1 • LA LEY 2010-E , 920 -Cita Online: AR/DOC/4625/2010.

Va a resultar una tarea muy ardua para los jueces, establecer pautas de uniformidad en éstos temas, en perjuicio de la seguridad jurídica, que al parecer, nos ha desvelado, por sus efectos jurídicos.

López Miró⁶¹, en la obra referida, cita al Dr. Sebastián Picasso, quien considera que el proyecto de vida es asimilable a la pérdida de chance, conclusión que no comparto ni participo, conforme lo relaciono, a continuación.

Por lo pronto y a modo de conclusión, considero que el proyecto de vida no tiene relación ontológica con la pérdida de chance ni considero que deba ser indemnizada monetariamente como tal.

Para llegar a esa conclusión, paso a analizar en qué consiste la pérdida de chance, y para ello, nada mejor que hacerlo desde la novedosa norma consagrada por el Código Civil y Comercial.

El art.1739 CCYC, regula los requisitos para la procedencia de la indemnización, estableciendo que "...debe existir un perjuicio directo o indirecto, actual o futuro, cierto y subsistente. La pérdida de chance es indemnizable en la medida en que su contingencia se razonable y guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador, cuya dimensión del daño está compuesta por la ganancia perdida, la frustración de la oportunidad de un beneficio o la probabilidad de obtener una ventaja".

El artículo transcrito, instruye sobre cómo debe valorarse a la pérdida de chance, para que sea indemnizable. Para sostener la conclusión anticipada en párrafo anterior, en forma primaria haré un análisis del transcrito artículo, cuya requisitoria expresa:

En primer lugar, requiere que sea "razonable". Sobre esta requisitoria, no es discutible, ya que, el Código Civil y Comercial ha incorporado la pacífica doctrina que sobre la arbitrariedad, en la que la razonabilidad es un requisito esencial en la fundamentación de las sentencias, extremo que se ha expedido en innumerables fallos⁶².

⁶¹ Voto en Fallo de la CNCiv, Sala A, 11/05/12, "T. A. R. y otro c/ Clínica Bessone y otros s/ daños y perjuicios", Microjuris, MJJ73004.

⁶² "Si bien es cierto que las cuestiones de índole procesal son ajenas al R.E., este principio general debe ceder cuando la resolución que se trae por dicha vía a conocimiento de la Corte, carece de fundamento legal que permita considerar la derivación razonada del derecho vigente con sujeción a las circunstancias comprobadas de la causa y restringe irreparablemente el derecho de defensa del encausado" (CS - 10/12/81 - "Losa, José H. y otro" - ED 98-243-subrayado me pertenece). "Si el razonamiento argumentativo que sustenta la sentencia se aparta de las reglas de la sana crítica, el R.E. es procedente, pues

Cito a modo de ejemplo, una síntesis del fallo de la Corte Suprema de Justicia que refiere a la arbitrariedad, que expresa: “Si bien la doctrina de la arbitrariedad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir a los magistrados en la decisión de cuestiones que, como el criterio empleado para examinar e interpretar la prueba, les son privativas, tal principio admite excepción en aquellos casos en que se omite el tratamiento de aspectos conducentes para la correcta decisión de la causa, ya que dicha circunstancia priva a lo resuelto de adecuada fundamentación. Tal ocurre en el caso en que se condenó a la demandada a entregar el automóvil prometido en venta al precio que tenía a la fecha de la constitución en mora del vendedor y dispuso que el actor deberá pagar el precio vigente al momento de la entrega prescindiendo lisa y llanamente de toda consideración acerca de la aplicación de la resolución 1514/74 de la Secretaría de Comercio, sin dar ninguna razón plausible para ello, no obstante haber reconocido su invocación tanto por el actor como por el demandado”⁶³. “Es condición de validez de las sentencias judiciales que ellas sean fundadas y que constituyan, por tanto, derivación razonada del derecho aplicable, con referencia a los hechos comprobados de la causa, exigencia que no cumple el fallo impugnado en cuanto se apoya en una afirmación dogmática para resolver un punto controvertido de derecho, sin analizar las circunstancias concretas del caso y las específicas de la legislación aplicables ni las argumentaciones de los afectados por las medidas impugnadas. . . , habiéndose discutido en autos la facultad de adoptar tales decisiones prescindiendo del sumario en el que se acrediten los cargos respectivos y en el que medie oportunidad de ejercer el derecho de defensa, por proyectar aquellas sombras sobre la reputación de los funcionarios o empleados a quienes van dirigidas, limitándose el fallo a declarar que la demandada no se hallaba obligada a justificar la veracidad de los cargos imputados”⁶⁴.

La razonabilidad es un requisito común a todos los planteos judiciales, sea como acción o como defensa, cualquiera sea el reclamo que se efectúe. La irracionalidad argumentativa en la acción o en la defensa, permite al juez de la causa el rechazo in limine de la pretensión.

tiende a resguardar la defensa en juicio y el debido proceso menoscabados, cuando la decisión judicial revela defectos graves de fundamentación o razonamiento” (CS - 11/7/1996 - “López, Alberto c/ Telecom Argentina Stet-France Telecom S.A.” - L.L. Rep. 1996, T° 2, pag 2044, n° 171).

⁶³ CS - 30/10/1979 - “Sanchez Aller, Horacio E. c/ Automotores Ferretería Francesa” - L.L. 1980-C, 47.

⁶⁴ CS - 10/4/1979 - “Montenares, Julio y otros c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales” - L.L. 1980-A, 641, [35.410-S].

En segundo término requiere que guarde una adecuada relación de causalidad con el hecho generador.

Cabe destacar que el sistema de causalidad adecuada selecciona una causa probable entre varias posibles, cuya identificación de autoría, refleja la responsabilidad del sujeto dañador. La responsabilidad puede extenderse sobre quien solo ha colocado un fragmento de la causa, como en el perjuicio derivado de causas concurrentes imputables a diferentes personas.

Respecto a la relación de causalidad, “sabido es que para establecer la causa de un daño es necesario hacer un juicio de probabilidad determinando que aquél se halla en conexión causal adecuada con el acto ilícito o con el incumplimiento contractual; es decir, que el efecto dañoso es el que debía resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden natural y ordinario de las cosas”⁶⁵.

En igual sentido al punto anterior, se advierte que en todos los reclamos de responsabilidad, la adecuada relación de causalidad, es un elemento común en análisis jurisprudencial.

Y en tercer término, refiere a cómo debe dimensionarse el daño, estableciendo que tiene relación con la ganancia perdida, la frustración de la oportunidad de un beneficio o la probabilidad de obtener una ventaja.

Es aquí donde comienzan a abrirse los caminos entre ambos rubros (pérdida de chance y proyecto de vida), al advertir las diferentes posiciones en que el sujeto se encuentra perjudicado, ya que el proyecto de vida puede no tener vinculación alguna con un criterio económico o de satisfacción material.

Tal como lo ha sostenido la Doctrina, el proyecto de vida guarda vinculación con la intimidad del sujeto, con la identidad, con la libertad, con la esencia del sujeto. Lo soñado, lo anhelado, lo idealizado, no puede asemejarse a una ventaja, o a un beneficio económico.

Por ello, considero que el proyecto de vida no puede medirse o tener vinculación o relación a un valor económico o a un precio o a una ventaja o beneficio de una suma determinada de dinero.

⁶⁵ Citado en Juicio Carátula: Carrion, María Cristina vs. Pappalardo, Mario Orlando s. Daños y perjuicios Fecha: 28/12/2010 - Juzgado: Mendoza Mendoza Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario - Fuente: Rubinzal on line - Cita: RC J 1329/11: confr. “Revista de Derecho de Daños” - La prueba de daño II - Editores Rubinzal Culzoni, págs. 76 y vta.

El proyecto de vida, conceptualizada por Fernández Sessarego, refiere al gozo de la libertad. O como lo ha sentenciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad.

Burgos, al referirse al daño al proyecto de vida, expresa que se manifiesta como un impedimento, retardo o menoscabo de aquello que la persona construye para sí misma, a lo que espera razonablemente ser y que -en una u otra medida- ha comenzado a ejecutar...» «Un proyecto de vida es el resultado del ejercicio de libertad relativa, por el que cada persona construye su singularidad y se sitúa ante el mundo. La imposibilidad de estructurar un proyecto vital -cualquiera que fuere- despersonaliza al damnificado, lo obliga a imaginar su singularidad desde el lugar de la víctima, excluye su voz de la conversación plural en la que el derecho se construye», dice el autor que comentamos⁶⁶.

López Miró, expresó que “El daño al proyecto de vida incide negativamente sobre el ejercicio de autonomía o autodeterminación responsable de aquel a quien alcanza. Le impone una vida distinta de la esperada, trastoca su futuro, afrenta su dignidad, lo despersonaliza y cosifica”.

El daño que se provoca a las relaciones familiares, son inconmensurables. Pues, a partir del hecho dañoso, la vida familiar no es la misma. Se pierde la relación verbal (dejan de hablar, visitar o relacionarse los miembros de la familia dañada, con aquél “dañador”). Las fiestas familiares (cumpleaños, bodas, reuniones de los domingos, etc.), se ven afectadas por la ausencia de aquél dañador, cuya presencia ha sido importante para la familia. Luego del daño inexplicable, la familia no es la misma, se disgrega, se desconocen, se avergüenzan.

Todo esto, afecta al Proyecto de Vida familiar.

La pregunta que dejo, es, si existe una norma legal que prevea el derecho a la indemnización al proyecto de vida perjudicado, cuál o de qué modo se produce la cuantificación de aquél daño, o bien, de qué manera un juez resuelve la cuestión, integralmente.

Si el daño al proyecto de vida afecta a una persona, puede asemejarse a los vestigios dejados por los martillazos dados por el dañador en una puerta, las preguntas surgen en forma inmediata. Cómo se reparan los rastros dejados en

⁶⁶ Burgos, Osvaldo R.: “Daños al proyecto de vida”. Astrea, Buenos Aires, julio de 2012.

la puerta? Efectuar una acción o realizar un comentario que perjudica el proyecto de vida de una persona, de qué manera el dañador debe repararlo? Cómo el juzgador analizará al hecho denunciado, qué sentencia dictará el juzgador, que prevea la posibilidad de ser cumplida, y que la misma sea reparadora del perjuicio denunciado?

Considero que la libertad restringida u violentada al perjudicado, no puede ser indemnizada con prisión o reclusión en una cárcel, ni con la condena de agresión al patrimonio del dañador.

Al tiempo de seleccionar temas y elegir el propuesto en este trabajo, no comprendía la entidad del tema a desarrollar, cuya magnitud fue alcanzada, en la medida que tomé el timón en la búsqueda de antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales.

Queda muchísima tarea por hacer para llegar a categorizar o clasificar al daño derivado en la frustración de la empresa familiar por daños en las relaciones de familia, que como lo anticipara, existen factores endógenos y exógenos a las relaciones de familia, que influyen o repercuten en la empresa familiar. El hombre actual ha cambiado en sus hábitos de vida, y con ello, el mundo y el modo de relaciones interpersonales.

Siendo de libre elección el proyecto de vida, lo que considero un derecho constitucionalmente en resguardo, propongo en este trabajo que la doctrina y la jurisprudencia evalúen indemnizarlo, sea por la solución más justa y equitativa, citando a modo de ejemplo, el reconocimiento del error incurrido, por parte del ofensor, y la consecuente contrición o arrepentimiento (hecho público) por el dañador (vgr. Publicación en un diario de mayor circulación en el lugar del domicilio del perjudicado). También, podría ser indemnizada con el restablecimiento de la cosa dañada a su estado anterior.

El desarrollo en este trabajo es una mera aproximación o enunciación del tema, por lo que, no es de pretensión alcanzar alguna solución a la problemática tratada.

La sana crítica de la doctrina y el elevado criterio de los jueces deberán poner su acento en el análisis de las consecuencias y de las acciones tendientes a la reparación del daño aquí desarrollado.

Como en la carrera atlética de posta, esta es la primera toma de conocimiento de la existencia de la problemática aún no desarrollada por la Doctrina, por lo que hago llegar mis sinceras dispensas, por no haber alcanzado las ex-

pectativas que pudiera haber tenido mi Director de tesina o Director de posgrado.

Breve reseña sobre la posibilidad de pactar o solicitar la atribución del uso de la vivienda familiar en las uniones convivenciales

ABG. NADIA ANAHÍ TORDI

I. Introducción

La regulación sistematizada sobre las uniones convivenciales y sus efectos fue uno de los cambios más trascendentes del CCyC, en materia del derecho familiar, atrás quedó la postura del código velezano donde prácticamente se las ignoraba, o su regulación era prevista como una sanción a dicha organización de vida familiar.

Explica Molina de Juan, que la nueva regulación tiene un doble sustento. Por un lado, el principio de realidad, que reconoce a las uniones convivenciales como una práctica social relevante en todos los estratos de la comunidad; por el otro, la constitucionalización del derecho familiar, que exige una respuesta equilibrada entre el respeto por la autonomía personal y la necesaria protección a los miembros más débiles de cada grupo familiar. Señala, que la figura legal intenta una «solución transaccional» que lejos de proponer un matrimonio de segunda categoría y de imponer el derecho matrimonial a aquellos que lo rechazan porque reivindican la unión afectiva a expensas de toda formalidad, procura resolver las injusticias que padecían sus miembros más vulnerables, generalmente -aunque no exclusivamente- las mujeres.¹

Así, el art. 509 del CCyC, prevé que las disposiciones del Título III se aplican a la unión basada en las relaciones afectivas de carácter singular, público, notorio, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o diferente sexo. Por lo que para aplicar los efectos previstos en dicho Título del CCyC, debe probarse la convivencia de

¹ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Uniones convivenciales y patrimonio. Lo tuyo, lo mío, ¿y lo nuestro?”, 5-may-2015, MICROJURIS, Cita: MJ-DOC-7197-AR | MJD7197.

dos personas -independiente de su sexo- que se sustente en el afecto, debiendo tener dicha unión las características de ser pública, evidente, estable, permanente y única.

En la regulación no se establecen requisitos de validez, ya que se trata de constatar una situación de hecho, por lo que el CCyC establece en su art. 510, una serie de requisitos fácticos para que se apliquen los efectos jurídicos previstos por el Título III. Se dispone que los dos integrantes deban ser mayores de edad, que no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado, ni por afinidad en línea recta, que no tengan otra unión registrada o matrimonio y que mantengan dicha convivencia por dos años. Nada impide que haya uniones afectivas convivenciales que no cumplan con todos los requisitos que establece este apartado del CCyC, pero que el ordenamiento les reconoce otros efectos jurídicos y no los previstos por el Título III del CCyC².

Entonces, se pueden diferenciar las uniones que cumplen con todos los presupuestos fácticos que prevé los arts. 509 y 510 del CCyC, de las que no. En relación a las primeras, la ley estipula de forma sistematizada efectos durante la unión convivencial y su cese. Dentro de los efectos durante la vigencia de la unión, se distinguen efectos entre los convivientes y de estos con terceros: así se establece la posibilidad de regular sus relaciones económicas internas por pactos (art. 518), el deber de contribución y asistencia (arts.519 y 520), la responsabilidad por las deudas frente a terceros (art.521) y la protección de la vivienda (art. 522).

² A las simples uniones, se les reconoce otros efectos que se encuentran, dispersos a lo largo de todo el ordenamiento civil y en leyes especiales como por ejemplo: legitimación para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida (art. 33, inc. b del CCyC), facultad para otorgar el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud respecto del conviviente (art. 59 del CCyC), para tomar la decisión en cuanto al modo y circunstancias de las exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos si la voluntad del conviviente fallecido no ha sido expresada, o no es presumida (art. 61 del CCyC), pueden ejercer las acciones de protección del nombre del conviviente fallecido (art. 71 del CCyC), pueden ser designados como curadores del conviviente incapaz (art. 139 del CCyC), pueden solicitar ser continuadores de la locación (art. 1190 del CCyC), tienen legitimación para reclamar las consecuencias no patrimoniales por la muerte o gran discapacidad del conviviente (art. 1741 del CCyC); tiene derecho a reclamar la pensión en caso de muerte de su conviviente (art. 53 de la Ley 24241) etc.

En tanto, se prevé efectos por el cese de la unión: i) pactar o peticionar compensaciones económicas (arts. 524 y 525), ii) pactar o solicitar la atribución del uso de la vivienda familiar (arts. 526 y 527) y iii) interponer las acciones relativas a la distribución de los bienes adquiridos durante la vida común (art. 528).

En este trabajo nos detendremos a estudiar, sobre uno de los efectos más trascendentes derivados del cese de la unión convivencial, la posibilidad de pactar o solicitar la atribución del uso de la vivienda familiar, siendo necesario para ingresar en el tema distinguir dos conceptos claves: “derecho a la vivienda” de “derecho sobre la vivienda”.

II. Derecho a la vivienda y derecho sobre la vivienda: distinción necesaria

A la vivienda se la ha caracterizado como el lugar físico donde, de modo permanente la persona desenvuelve su realidad cotidiana. Es el sitio en que cada persona concreta su existencia, el lugar determinado que ocupa, localizado en la ciudad o en la zona rural, y que se destina a la vida familiar³. Se compone en uno de los elementos fundamentales para la dignidad humana, la salud física y mental y sobre todo para la calidad de vida que permite el desarrollo de la persona, lo que ha llevado a definirla como: “el ámbito en el cual toda persona se desarrolla como tal, en el orden jurídico, es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad y, en el plano moral, es el centro de la esfera de su intimidad”⁴.

Doctrinariamente se ha distinguido el derecho de acceso a la vivienda del derecho sobre la vivienda. El primero, tal como se encuentra consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, integra los llamados derechos de segunda generación, económicos, sociales y culturales. Así, se ha asociado inmediatamente la idea del Estado como garante y sujeto de aplicación de políticas públicas⁵. No obstante, la problemática de la vivienda también abarca aspectos de

³ LLOVERAS, Nora, “La protección constitucional de la vivienda familiar”, LL 1993-E-812.

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Protección jurídica de la vivienda familiar, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 29.

⁵ El derecho de acceso a una vivienda digna en el plano internacional está plasmado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 25 reconoce el derecho de toda persona “a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia mé-

índole privada, en el desenvolvimiento de la vida familiar frente a la ruptura matrimonial o cese de la convivencia —lo que se manifiesta de manera palmaria cuando hablamos de “atribución del uso de la vivienda familiar”—, frente a la posible ejecución por parte de terceros acreedores y en la órbita interna del matrimonio o unión convivencial todo lo referente al asentimiento para disponer de derechos⁶.

En este ámbito, la vivienda se encuentra especialmente protegida por la regulación que propone el CCyC en dos órdenes: uno interno y el otro externo. Ambos interactúan en estrecha relación, pues, aunque el interno involucre principalmente las relaciones entre los cónyuges o convivientes y el externo las de éstos con los terceros, siempre existen proyecciones recíprocas. El primer caso puede comprometer —aunque indirectamente— la situación de los terceros, al tiempo que los mecanismos de protección frente a los terceros no dejan de beneficiar —ya directamente, ya por efecto reflejo— a los miembros de la propia

dica y los servicios sociales necesarios. ...” en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en tanto en él los Estados Partes “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” y asumen el compromiso de tomar “medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (art. 11.1). Asimismo, la observación número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional versa sobre “el derecho a una vivienda adecuada”. En la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: (...) e) los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: (...). El derecho a la vivienda...” (art. 5). En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se encuentra plasmado el derecho de toda persona “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad” (art. XI) (ampliar en BOQUIN, Gabriela Fernanda - CUFARI, Ezequiel, “El derecho a la vivienda como Derecho Humano: su recepción en la jurisprudencia y en el Código Civil y Comercial”, Sup. Const. 2016 (mayo), 24/05/2016, 19 - LA LEY2016-C, Cita Online: AR/DOC/613/2016).

⁶ MIGNON, María Belén y RÍOS, Juan Pablo, “Atribución de uso de la vivienda familiar. Vivienda y personas en condiciones de vulnerabilidad”, RDF 80, 17/07/2017, 155 Cita Online: AP/DOC/477/2017.

familia. Entre los mecanismos organizados en el orden interno se encuentran: (i) la indisponibilidad relativa de la vivienda matrimonial o convivencial sin el asentimiento del no titular; (ii) la atribución de su uso luego del divorcio o de la ruptura de la convivencia; (iii) la incidencia de la vivienda familiar como pauta para la fijación de la cuota alimentaria entre cónyuges y (iv) la valoración de la atribución de uso de la vivienda como parámetro para determinar la procedencia y el monto de las compensaciones económicas. Entre los de orden externo, se articulan: (i) el completo sistema de afectación de la vivienda familiar; (ii) la inejecutabilidad de la vivienda por deudas posteriores a la celebración del matrimonio o comienzo de la unión y (iii) el derecho real de habitación del cónyuge o del conviviente, al que se suman otras formas de indivisión forzosa de la vivienda ante la muerte de su titular.⁷

Cuando una pareja se disuelve uno de los temas que la mayoría de las veces genera tensiones, al momento de organizar la vida familiar post separación, es el relacionado con la vivienda. Como es sabido, tener un espacio personal donde transitar la cotidianidad es de fundamental importancia, la vivienda es aquel lugar donde cada miembro de la familia reserva para sí un espacio de intimidad y que también trasciende a sus relaciones externas, como escuela, amigos, trabajo etc.

Realizadas las precisiones terminológicas, se ingresa al estudio del aspecto de orden interno, que es la posibilidad de previamente pactar o solicitar la atribución de la vivienda post cese de la convivencia, juega aquí un rol fundamental la autonomía personal de los ex convivientes, situación que merece especial consideración.

III. La autonomía personal en las uniones convivenciales

Como es sabido, el sistema normativo que propone el CCyC con relación a las uniones convivenciales, gira en torno al respeto y el fomento de la autonomía de la personal.

A diferencia del matrimonio en las uniones convivenciales, se incorpora al CCyC normativa que pone en valor la autonomía personal potenciando la ce-

⁷ MOLINA DE JUAN, Mariel, "La protección de la vivienda. Visión de la jurisprudencia a partir del Código Civil y Comercial", Cita Online: AP/DOC/486/2017.

lebración de pactos para acordar los efectos de la vida en común, pero sin desproteger los derechos fundamentales de los miembros de la pareja, en tanto, establece un núcleo mínimo de garantías que no pueden ser transgredidos ni dejados sin efectos por los convivientes⁸.

Así las cuestiones económicas entre los convivientes se pueden acordar libremente, a través de los “pactos de convivencia”. El eje central de la regulación del CCyC, reside en el poder de decisión y la voluntad autónoma de quienes resuelven conformar una familia de tipo no matrimonial, son los propios miembros de la unión convivencial quienes diseñan los alcances jurídicos de la vida común⁹. No se aplica como en el matrimonio, un sistema que regule lo referente al régimen patrimonial de los convivientes¹⁰, a falta de pacto cada uno de los integrantes ejerce libremente los actos de administración y disposición de los bienes que se encuentren bajo su titularidad.

En el art. 514 del CCyC se detallan una serie de cuestiones que pueden ser tenidos en cuenta al momento de estipular el contenido del pacto de convivencia: i) contribución a las cargas del hogar durante la vida en común, ii) “la atribución del hogar común, en caso de ruptura” y ii) división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, enumeración enunciativa no taxativa.

En el supuesto de decidir los convivientes, celebrar un pacto, este debe instrumentarse por escrito y ser inscripto en el respectivo registro de los bienes, se establece expresamente que el límite a la autonomía personal es orden público, el principio de igualdad de los convivientes, y los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial (art.515 del CCyC).

Estas disposiciones se enmarcan en el proceso que se ha de llamar “contractualización del derecho de familia”, y otorgan un papel preponderante a la autorregulación de los efectos jurídicos de los miembros de una familia no matrimonial, a través de la celebración de pactos de convivencia. Ello no significa

⁸ MOLINA DE JUAN, Mariel y LAMM Eleonora, “Efectos patrimoniales del cese de las uniones convivenciales” Revista Derecho Privado Comunitario, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2015.

⁹ PELLEGRINI, María Victoria, las uniones convivenciales, Buenos Aires, Erreius, 2017, p.83.

¹⁰ Resulta ser una aclaración necesaria que el CCyC abre juego a la elección por parte de los futuros esposos- o una vez casados- de optar por el régimen patrimonial matrimonial, pero establece dos tipos de régimen, de la comunidad o de separación de bienes, dentro de cada régimen, se estipulan sus propias reglas, de las que no se pueden los cónyuges apartar.

que resulta necesario y obligatorio celebrar algún pacto, contrato o acto jurídico formal. El CCyC regula la situación fáctica y por lo tanto, comprende a todas las parejas que decidan llevar adelante su proyecto de vida reuniendo determinados caracteres y requisitos (arts. 509 y 510 CCyC)¹¹.

En otras palabras, a las personas que han decidido no casarse, que viven su proyecto de vida común en una unión convivencial, y cumplen los requisitos que establecen los art. 509 y 510 del CCyC, pueden solicitar o pactar el uso de la atribución de la vivienda familiar, conforme lo prevé el art. 526 del CCyC.

IV. Atribución del uso de la vivienda familiar

Como se dijo, la atribución del uso de la vivienda familiar, al momento del cese de la unión, puede haber sido un efecto acordado en el pacto previa o posteriormente- ya que pueden convenir sobre los efectos patrimoniales derivados del cese de su unión, siempre que no se afecten sus derechos constitucionales o derechos de terceros y este es un derecho que se reconoce a los integrantes de uniones convivenciales inscriptas o no, pero que reúnan los requisitos de los arts. 509 y 510 del CCyC.

Así, los convivientes están facultados a decidir que previamente al cese de la convivencia, que uno de ellos permanezca en la vivienda familiar por determinado plazo a cambio del pago de una renta al otro, o que no abone renta, o que continúe la locación o que permanezca en la vivienda por un plazo superior a dos años, etc., o también se pueden celebrar un acuerdo posteriormente al cese de la convivencia sobre varios aspectos, no hay norma que impida a los ex convivientes celebrar convenios sobre su organización familiar post separación, dependerá de cada situación, siempre- como se dijo- no se afecte sus garantías fundamentales o derechos de terceros.

Si no estipuló por los convivientes en la celebración del pacto, una cláusula sobre la atribución del uso de la vivienda, el art. 526 del CCyC regula que el uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en dos supuestos: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) si acredita

¹¹ PELLEGRINI, María Victoria, las uniones convivenciales, Buenos Aires, Erreius, 2017, p.84.

la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. Se establece que el juez debe fijar el plazo de duración que no puede exceder de dos años, plazo que debe computarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia. Se habilita a la parte interesada, a solicitar que se fije una renta compensatoria por el uso del inmueble a su favor; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La resolución que dispone la atribución del uso de la vivienda debe ser inscripta para producir efectos frente a terceros. Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose él obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

Se establecen las causas del cese del derecho de atribución, remitiendo a la regulación del art. 445 del CCyC: i) cumplimiento del plazo fijado por el juez, ii) por cambios de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación y iii) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

El CCyC establece dos supuestos de procedencia de la atribución del uso de la vivienda familiar, independientemente de su titularidad, vale aclarar que ambos supuestos pueden presentarse de forma independiente o conjuntamente, no son excluyentes entre sí.

a.- Primer supuesto: cuidado personal de los hijos como pauta para atribuir la vivienda familiar.

El primer supuesto que regula el art. 526 del CCyC para ponderar la procedencia de la atribución del uso del inmueble que fue sede del hogar familiar, es si uno de los convivientes si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad. La norma no establece expresamente que los hijos deban ser de los convivientes, sino que pone el acento en la persona adulta que tiene el cuidado de sus hijos menores de edad, con capacidad restringida, por lo que nada impide que los jueces cuando apliquen esta norma lo hagan desde una interpretación amplia.

Se ha propuesto interpretar dicha norma, junto con la regla general del art. 658 del CCyC, que establece la obligación alimentaria en cabeza de ambos progenitores, y subsidiariamente, debe correlacionarse la hipótesis con el art. 676

del CCyC que regula los alimentos del progenitor afín, frente a la ruptura de la unión¹².

Es interesante destacar un caso resuelto recientemente por la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata¹³, en el que se confirmó la sentencia de primera instancia, que había otorgado para la ex conviviente y las personas menores de edad- hasta su mayoría de edad- que estaban a su cuidado, la atribución del uso de la vivienda familiar. La Cámara confirmó sobre la base de tres argumentaciones: i) la mujer estaba legitimada porque era condómino del inmueble en cuestión, ii) se había acreditado su calidad de guardadora de tres niños menores de edad, de los cuales detentaba a su exclusivo cargo el cuidado y existía un pronunciamiento judicial que expresamente la autorizaba a representarlos judicialmente; y iii) se había acreditado que el demandado tuvo la intencionalidad de ahijar a los niños, por lo que se había generado un vínculo socio-afectivo que se ha visto interrumpido ocasionando un daño, que se minimizaba al garantizarles el derecho al uso exclusivo de la vivienda familiar que tuvieron desde el inicio de dicha vinculación.

Se analiza en dicho fallo, el plazo de dos años que establece el art. 526 del CCyC como plazo de máxima para otorgar a uno de los convivientes el uso exclusivo de la vivienda familiar, agravio que cuestionó el apelante, y que la Cámara no atendió, ya que fundamentó que las necesidades de vivienda de los hijos quedan incorporadas a la regulación derivada de la responsabilidad parental, cuyos efectos son iguales se trate de hijos matrimoniales o no por aplicación del principio constitucional-convencional de igualdad. Y que el límite temporal de dos años estipulado en el art. 526 del CCyC se refiere exclusivamente a la relación entre los ex convivientes, no existiendo impedimento alguno para que se amplíe en virtud de la obligación alimentaria que también pesa sobre los progenitores extramatrimoniales ya que queda a criterio judicial determinar si la cobertura de este rubro “vivienda” integra la obligación alimentaria y se efectiviza sobre la misma vivienda que se venía utilizando, en garantía del mantenimiento de la situación fáctica y en beneficio de los hijos. La atribución de la

¹² LLOVERAS, Nora, ORLANDI Olga y FARAONI Fabian, TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, Tomo II, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni 2014, p.197.

¹³ Cam.Civ. y Com. Mar del AnclaPlata, Sala II, autos “S. M. L. c. R. M. A. s/ materia a categorizar”, (16/05/2018), RCCyC 2018 (agosto), 01/08/2018, 148 AR/JUR/19469/2018 con comentario de FORTUNA, Sebastián, “Ley aplicable y protección de la vivienda tras el cese de la unión convivencial”, DFyP 2019 (marzo), 43.

vivienda familiar es una restricción al derecho de propiedad por una razón de mayor entidad, esto es el principio de solidaridad familiar; en franca protección del más vulnerable.

En la doctrina se ha sostenido la inconstitucionalidad del art. 526 del CCyC, en relación al plazo de dos años que estipula, sobre la base de los argumentos de que discrimina entre los hijos nacidos en función del tipo de unión que vincula a sus progenitores otorgando un trato diferenciado en el reconocimiento de un derecho fundamental, el derecho humano a la vivienda. Se arguye que la distinción parece razonable en el marco de las relaciones entre los adultos, que pueden optar por contraer matrimonio o no hacerlo en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pero esta opción puede pesar o repercutir de manera negativa sobre los miembros más vulnerables del grupo familiar. Se trata de una distinción discriminatoria, ya que se evidencia en dos aspectos: i) por un lado, porque a diferencia de lo que ocurre en el seno del matrimonio, la atribución del uso de la vivienda en las uniones convivenciales forma parte del régimen supletorio y no imperativo del que las partes pueden sustraerse por pacto en contrario, ii) por el otro lado, el art. 526 establece un plazo máximo de dos años de ocupación de la vivienda que el art. 443 no contempla en el caso del matrimonio, donde sólo se indica que el juez debe estipular un plazo, sin señalar un tope que puede no ser adecuado a los intereses de la familia¹⁴.

Se afirma, que la cuestión no queda zanjada por aplicación de las normas generales en materia de alimentos, sean éstos derivados de la responsabilidad parental (arts. 658 del CCyC) o del parentesco (arts. 537 del CCyC), que en ambos casos comprende lo necesario para la habitación de los hijos, ya es que el interés del hijo no sólo significa proteger el ámbito material indispensable para su subsistencia y formación, sino evitar el daño que podría ocasionar a su estabilidad emocional arrancarlo de su centro de vida, es decir, del lugar donde el niño o persona vulnerable hubiese transcurrido la mayor parte de su existencia, lo que puede implicar el alejamiento de sus amigos o referentes, del colegio al cual concurría, y de sus habituales lugares de recreación¹⁵.

¹⁴ MILLAN, Fernando, "Atribución de la vivienda ante la ruptura familiar", DFyP 2015 (octubre), 07/10/2015, 39, Cita Online: AR/DOC/3198/2015 se puede ampliar en FAMÁ, María Victoria, "El uso de la vivienda familiar al cesar la unión convivencial", LA LEY 14/04/2015, 14/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 92, Cita Online: AR/DOC/815/2015

¹⁵ FAMÁ, María Victoria, "El uso de la vivienda familiar al cesar la unión convivencial", LA LEY 14/04/2015, 14/04/2015, 1 - LA LEY2015-B, 92, Cita Online: AR/DOC/815/2015

b. Segundo supuesto: acreditar la necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

El segundo supuesto, se refiere a la situación del conviviente sin hijos a su cargo, a quien la norma le reconoce el derecho a permanecer en el hogar si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. Entiendo, que la ley protege situaciones excepcionales donde se advierte una evidente desventaja patrimonial de uno de los convivientes frente al otro, y que se traduce al plano habitacional.

Por tal razón, el juez analizará su procedencia con cautela, teniendo seguramente en cuenta si el cónyuge que reclama el uso temporal de la vivienda ha recibido la compensación económica prevista en el art. 524 del CCyC. Es que si bien se trata de cuestiones que responden a distintos fundamentos, se impone examinar de manera integral la situación patrimonial del requirente para evitar un abuso del derecho. En otras palabras, la situación más desventajosa, la necesidad de protección al más débil, son los elementos que justifican la atribución del uso de la vivienda familiar¹⁶.

Se reafirma, que la protección del techo, del lugar donde desarrolla la existencia, es una cuestión de derechos fundamentales, que el común denominador de ambos supuestos es el grado de vulnerabilidad que se encuentra un conviviente frente a otro y que esta posición objetivamente más débil justifica privilegiar su situación frente al derecho del inmueble en cuestión del otro conviviente¹⁷. Sin embargo, a diferencia del primer supuesto, no se cuestiona en la doctrina y jurisprudencia la constitucionalidad del plazo de dos años que prevé la norma, ya que al encontrarse en juego derechos de personas adultas y potenciado la ley la igualdad de derechos entre convivientes parece ser justo que la norma habilite a restringir el derecho de propiedad de uno de los convivientes por un tiempo sobre la base del principio de solidaridad familiar.

en el mismo sentido se pronuncia FORTUNA, Sebastián, "Ley aplicable y protección de la vivienda tras el cese de la unión convivencial", DFyP 2019 (marzo) ,43.

¹⁶ MIGNON, María Belén y RÍOS, Juan Pablo, "Atribución de uso de la vivienda familiar. Vivienda y personas en condiciones de vulnerabilidad", Publicado en: RDF 80, 17/07/2017, 155, Cita Online: AP/DOC/477/2017.

¹⁷ PELLEGRINI, María Victoria, las uniones convivenciales, Buenos Aires, Erreius, 2017, p.236.

V. Conclusiones

La regulación que prevé el CCyC, en relación a todo el régimen de las uniones convivenciales, potencia el respeto por la autonomía personal de los miembros de la familia no matrimonial, se pondera los derechos de los adultos con las situaciones especiales que se puedan presentar, así se considera la situación de los hijos o de la persona adulta que se encuentre en una situación de mayor vulnerabilidad. Si bien, se discute sobre la constitucionalidad – convencionalidad del plazo de dos años que prevé la norma, no se puede asumir una postura en abstracto, debiendo aplicar la argumentación desarrollada por la doctrina a cada caso concreto, y así se arribará a decisiones justas que avisten las necesidades, derechos e intereses de todos los miembros del grupo familiar no matrimonial.

Protección de la vivienda en el Código Civil y Comercial

DR. JUAN CARLOS PANDIELLA MOLINA

I. Introducción

En el presente trabajo, se realizará un breve análisis de las normas que regulan la Protección de la Vivienda en el Código Civil y Comercial, destacando las características novedosas respecto del anterior régimen.¹

II. Protección de la vivienda

El legislador, consideramos, ha tenido muy en cuenta lo que establecía el proyecto de reforma del Código Civil del año 1998 que en el texto aprobado por la Cámara de Diputados incorporaba la protección de la vivienda en el Libro Segundo. De la parte general, Título III. Del patrimonio., Capítulo III. Vivienda protegida, arts. 236 a 249.²

¹ Véase, Pandiella Molina, J.C. “Bien de familia y subrogación”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario - 2011-1, editorial Rubinzal- Culzoni; “La protección de la vivienda en el proyecto” publicado en revista mensual de Derecho de Familia y de las Personas, año 4, número 6, Julio 2012, Edición Especial Análisis del Proyecto de Código Civil y Com. de la Nación, editorial La Ley, Buenos Aires

² Artículo 236.- Alcance. Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, a un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales. El valor del inmueble o la proporción del mismo afectada no puede exceder las necesidades de vivienda de los beneficiarios, conforme establezcan las reglamentaciones locales. Artículo 237.- Oponibilidad. La afectación produce efectos a partir de su inscripción en el registro de la propiedad inmueble que corresponda, la que debe hacerse de acuerdo a las reglamentaciones locales. Artículo 238.- Legitimados. La afectación puede ser rogada por el titular registral; si los titulares son varios deben solicitarla unánimemente. La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en tal caso, el Juez debe disponer la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público o de oficio si hay

beneficiarios incapaces. Artículo 239.- Beneficiarios. Son beneficiarios de la afectación, el propietario constituyente, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes por naturaleza o por adopción; y en defecto de ellos pueden serlo sus parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad, que convivan con el constituyente. Los beneficiarios no pueden afectar otro inmueble como vivienda protegida. Artículo 240.- Habitación efectiva. Para hacer la afectación deben habitar el inmueble alguno de los constituyentes y todos los beneficiarios; y para que sus efectos subsistan frente a terceros, si los beneficiarios son varios, basta con que lo haga uno de ellos, salvo que el inmueble exceda el valor respectivo previsto por la reglamentación conforme a lo dispuesto en el artículo 236. Artículo 241.- Subrogación real. La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la substituyen en concepto de indemnización en caso de expropiación por un lapso de seis meses de percibida. En caso de enajenación del inmueble afectado, su precio es inembargable por el lapso de tres meses si en la escritura traslativa de dominio se deja constancia de que la venta se realiza para adquirir otro inmueble que reúna las mismas o similares condiciones con igual finalidad. Artículo 242.- Efecto principal de la afectación. La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción. Sólo se puede requerir su ejecución por: a) Obligaciones del titular anteriores a la inscripción. b) Impuestos, tasas o contribuciones que graven directamente al inmueble, y expensas comunes. c) Obligaciones con garantía real sobre el inmueble constituidas de conformidad a lo previsto en el Artículo siguiente. d) Obligaciones causadas en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda. f) Obligaciones alimentarias a cargo del titular. g) Obligaciones por daños causados por la comisión de delitos dolosos. Si hay concurso, la ejecución de la vivienda puede ser solicitada y beneficia exclusivamente a los acreedores enumerados en este Artículo. El remanente de la ejecución se entrega al propietario. Artículo 243.- Transmisión de la vivienda afectada. El inmueble no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias. Si el constituyente está casado, no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge; si éste se opone, falta o es incapaz, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente. Artículo 244.- Frutos. Son embargables y ejecutables los frutos que produce el inmueble si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios. Artículo 245.- Créditos fiscales. La vivienda afectada está exenta del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la Nación, si ella se opera a favor de las personas mencionadas en el artículo 238, y no es desafectada en los cinco (5) años posteriores a la transmisión. Los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación, están exentos de impuestos y tasas. Artículo 246.- Deberes de la autoridad de aplicación. La autoridad administrativa debe prestar gratuitamente a los interesados el asesoramiento y la colaboración necesarios para la realización de los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación. Artículo 247.- Honorarios. Si a solicitud de los interesados, en los trámites de constitución intervienen profesionales, sus honorarios no pueden exceder en conjunto del uno (1) por ciento de la valuación fiscal. En los juicios referentes a la transmisión hereditaria de la vivienda afectada y en los concursos, los honorarios no pueden exceder del tres (3) por ciento de la valuación fiscal. Artículo 248.- Desafectación y cancelación de la inscripción. La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden: a) A solicitud del constituyente; si está casado se requiere el asentimiento del cónyuge; si éste se opone, falta o es incapaz, la desafectación debe ser autorizada judicialmente. b) A solici-

En el nuevo código se hace referencia específicamente a la Vivienda en Título III – Bienes-Capítulo 3 - Vivienda”, desde el art. 244 al 256. También se hace referencia a la vivienda y a la protección de la misma, en muchos otros artículos del Cód. Civ. y Com., en especial en los capítulos referidos a las relaciones de familia y sucesiones.

Respecto al Código de Vélez Sarsfield y a la Ley de Bien de Familia N° 14.394, el código vigente contiene varias novedades entre las que podemos citar las siguientes:

1°) Puede haber afectaciones parciales: En lo referido a la afectación de un bien al régimen de protección, prevé que se podría realizar por una parte del valor del inmueble destinado solo a la vivienda, mientras que en el artículo 34 de la ley 14394 se refiere al inmueble “cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia”

2°) Pueden existir diferentes protecciones sobre un mismo bien. Es decir, que el nuevo régimen no excluye la protección concedida por otras disposiciones legales. Como, por ejemplo, la protección concedida por el régimen patrimonial del matrimonio o de las uniones convivenciales.

A modo de ejemplo, el artículo 456, el cual establece que ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis (6) meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis (6) meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

tud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual el Juez de la sucesión debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de los beneficiarios. c) A requerimiento de la mayoría de los copartícipes, si hay condominio, computada en proporción a sus respectivas alícuotas. d) A instancia de cualquier interesado si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios. j) En caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo. Artículo 249.- Inmueble rural. Las disposiciones de este Capítulo son aplicables al inmueble rural que no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales.

Asimismo, el art. 522, titulado “Protección de la vivienda familiar”, sostiene que ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si fuera prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis (6) meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después del inicio de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

3º) El régimen de prioridades se establece siguiendo las normas registrales, ello conlleva a la que se admita la retroprioridad registral, en tanto se remite a las normas de la Ley registral nacional N° 17.801 que así lo autorizan.

En efecto el art. 244 establece que “puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales. La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario”

El régimen de afectación sigue siendo optativo para el titular del dominio conforme lo dispuesto por el art. 245. Entendemos que se deberán rechazar pedidos de afectación provenientes del cónyuge, aun con sociedad conyugal no disuelta, por tratarse de un acto espontáneo del propietario. También se pueden realizar por actos de última voluntad.

4) Los Beneficiarios, Con respecto a los beneficiarios el nuevo régimen incluye a los convivientes atendiendo a la realidad que nos toca, distinta a la que existía en el año 1954 cuando se dictó la ley de bien de familia, y a numerosos planteos judiciales reclamando el reconocimiento como beneficiario a los concubinos.

En este supuesto, se contempla una situación no tenida en cuenta en el régimen actual, (Ley N° 14.394) que da lugar a muchos planteos judiciales para el reconocimiento como beneficiario a quien ha acompañado toda una vida al instituyente titular del inmueble.

Por otra parte, se cumple con el mandato de no discriminar entre familias matrimoniales y extramatrimoniales.

Al respecto el art. 246, establece:

“Son beneficiarios de la afectación:

a) el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes;

b) en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.”

5) La sustitución: Otra gran novedad que no se encuentra contemplada en el régimen actual es la sustitución del bien de familia, que en el anteproyecto lo establece en el Artículo 248, denominándolo Subrogación real y textualmente dice: “La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización.”

En este aspecto se sigue a lo establecido en el proyecto del año 1998, que también admitía la subrogación real, en su art. 241 decía: “Subrogación real. La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la substituyen en concepto de indemnización en caso de expropiación por un lapso de seis meses de percibida. En caso de enajenación del inmueble afectado, su precio es inembargable por el lapso de tres meses si en la escritura traslativa de dominio se deja constancia de que la venta se realiza para adquirir otro inmueble que reúna las mismas o similares condiciones con igual finalidad.”

Estimamos que resulta más conveniente a los efectos prácticos la redacción del art. 241 del anteproyecto de 1998, por que contempla y es más explicativo, de las situaciones que se dan en la realidad.

Cabe señalar que este tema en particular, dio lugar a numerosos fallos emblemáticos en los que se admitió la sustitución y, en otros, no se hizo lugar a la misma.

Entre los que admitieron la sustitución podemos citar el más emblemático de ellos que el caso Kipperband³, con un excelente voto de la Dra. Graciela Me-

³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala I, “Kipperband, Jacobo c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires”, 03/02/1997.

dina; el caso Botto⁴ de la ciudad de Rosario, también de esa jurisdicción, el caso Gil⁵.

Entre los que denegaron la sustitución se puede mencionar, el caso Veronese⁶ Claudia de Santa Fe y, en la Provincia de Entre Ríos, el caso Smoldone Rodríguez Rovira⁷.

6) La constitución del bien por una persona sola y por personas no unidas por lazos de parentesco. Entendemos que al no hacer referencia a la familia, ni exigir la acreditación del vínculo como lo hace el art. 36 y 43 de la Ley N° 14.394, se autoriza la afectación a este régimen de protección de la vivienda a favor del titular de dominio sin familia, atendiendo así a una situación, cada vez más frecuente en las ciudades, de las personas que viven solas sin un grupo familiar.

Es una realidad que no se puede negar porque hay muchas personas que están solas, por las circunstancias de la vida, o porque así lo han decidido. El periodo de la vida humana se ha extendido y las crisis matrimoniales también, de tal manera, existe una enorme constelación de personas solas, solteros, viudos, separados, personas de edad avanzada etc., que no tienen parientes o si los tienen, no cultivan con ellos los vínculos de parentesco, cariño o amistad. Frente a estos nuevos paradigmas y sin perjuicio de amparar la familia tradicional, la protección se extiende a la vivienda, considerando los derechos de la persona humana tenga o no familia.⁸

Sobre este tema en las XX Jornadas Nacionales de Derecho civil (Buenos Aires, 2005), Comisión de Derechos Reales “Protección Jurídica de la vivienda”, en sus conclusiones se estableció lo siguiente de lege data 1°: La persona humana como titular de la protección de la vivienda. La protección constitucional de la vivienda (art 14 bis de la Constitución Nacional; art. 25, ap. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; art. 14 ap. 1° del Pacto Internacional de

⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I, 15/10/2002, “Botto, Dardo S. y otra”, Litoral 2003(febrero), 115, Cita Online: AR/JUR/2588/2002.

⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I, 11/06/2003, “Gil, Jorge A. s/ Recurso de recalificación”, DJ 2004-1, 887 - LLLitoral 2004 (marzo), 127, con nota de Nelson G. A. Cossari; DJ 2004-2, 1110, con nota de Nelson G. A. Cossari; Cita Online: AR/JUR/4027/2003.

⁶ Veronese, Claudia M. c. Record Publicistas S.R.L. s/quiebra, Publicado en: LLLitoral 2007 (junio), 575 - Cita Online: AR/JUR/788/2007.

⁷ Cámara De Apelaciones Civil Comercial, Concordia, Entre Ríos Sala 02, “Smaldone Rodríguez Rovira – Comercial Portnoy – Concurso Preventivo s/ incidente de levantamiento de embargo”, Interlocutorio del 9 de Noviembre de 1993.

⁸ Fazio de Bello, M. y Martínez, N, (2009); Bien de familia. Buenos Aires: La Ley, p.155.

los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), beneficia no sólo a la familia sino a la persona humana en su individualidad. El régimen tuitivo de la Ley N° 14.394 (arts. 34 a 50), debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y de los Tratados de Derechos Humanos de rango constitucional (art 75 inc. 22 C.N.). Así alcanza la protección tanto a la vivienda individual como a la vivienda familiar”⁹

También se permite la afectación a este régimen, si el inmueble está en condominio, por todos los condóminos aunque no sean parientes ni cónyuges.

Así mismo, puede afectarse el inmueble por actos de última voluntad como lo establece actualmente el art. 44 Ley N° 14.394.

En efecto el art. 245, establece: “Legitimados. La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente. La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.”

7) Afectación por decisión judicial. Esta situación puede darse en dos supuestos, uno es el juicio de divorcio en la resolución que atribuye la vivienda o cuando se concluye la convivencia, a pedido de parte, y si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

Esta prevista en el tercer párrafo del art. 245 que dice: “La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida”

8) Efectos de la afectación. El efecto principal sigue siendo el mismo que en el actual régimen, es que la vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción.

Pero la novedad la encontramos entre los créditos por los cuales se puede pedir la ejecución, ya que se determina la inoponibilidad de la afectación, en los incisos b, c, d y e del artículo 249, respecto de:

b) de las obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que graven directamente al inmueble;

c) obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo siguiente;

⁹ Fazio de Bello, M. y Martínez, N.; ob. citada, p.108.

d) obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;

e) obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.

En este aspecto también se resuelven problemas que han dado lugar diversas posiciones en doctrina, como es la quiebra o concurso del constituyente, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece sólo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario.

Así, en el artículo 249 in fine se establece: “En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo; cesa el derecho a la ejecución con el pago de sus créditos. Si el inmueble se subasta y queda remanente, se entrega al propietario del inmueble”.

9) Transmisión, desafectación y cancelación. En relación a la transmisión de la vivienda, desafectación y cancelación de la inscripción, entre lo novedoso debemos resaltar que se requiere para ambos trámites la conformidad del conviviente, otorgándole una importancia a este que no la tiene en el régimen actual.

Esto surge de los artículos 250 y 255, que a continuación se transcriben:

Art. 250.- Transmisión de la vivienda afectada. El inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias. Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente.

Art. 255.- Desafectación y cancelación de la inscripción. La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden:

a) a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente;

b) a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o exis-

tan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos;

c) a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior;

d) a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios;

e) en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el artículo 249.

10) Gratuidad en el trámite. Si bien esto ya está establecido en el régimen actual¹⁰, no está demás resaltarlos, y además en el anteproyecto se fijan los topes de los honorarios en caso que el ciudadano haya requerido asistencia de un profesional del derecho (1%), y en los juicios de transmisión hereditaria, concursos preventivos y quiebra (3%) de la valuación fiscal.

Esta dispuesto en los arts. 253 y 254, que a continuación se transcriben:

Art. 253.- Deberes de la autoridad de aplicación. La autoridad administrativa debe prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación.

Art. 254.- Honorarios. Si a solicitud de los interesados, en los trámites de constitución intervienen profesionales, sus honorarios no pueden exceder en conjunto el uno (1) por ciento de la valuación fiscal. En los juicios referentes a la transmisión hereditaria de la vivienda afectada y en los concursos preventivos y quiebras, los honorarios no pueden exceder del tres (3) por ciento de la valuación fiscal.

¹⁰ Artículo 46 (Ley 14394). - Todos los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción del “bien de familia” estarán exentos del impuesto de sellos, de derecho de oficina y de las tasas correspondientes al Registro de la propiedad tanto nacionales como provinciales.

También en el libro segundo de las relaciones familiares, en el título tercero, referido a las uniones convivenciales, la vivienda se protege de diferente manera.

En ese sentido, el art. 522, referido a la “Protección de la vivienda familiar” establece, que si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis (6) meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro. (Art. 522, tercer párr.)

El inmueble que ha sido sede de la familia puede ser atribuido a uno de los convivientes, normalmente, el más débil, según el artículo 526, en los siguientes supuestos: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

En este caso, el juez debe fijar el plazo de la atribución. El plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de dos (2) años a contar desde que se produjo el cese de la convivencia.

A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. (Art. 526 tercer párr.)

Si el inmueble sede de la unión convivencial fuese alquilado, se autoriza al conviviente no locatario a continuar en la locación hasta su vencimiento. (Art. 526 cuarto párr.)

En el caso de fallecimiento de uno de los convivientes, si el supérstite carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que le aseguren el acceso a una vivienda, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por el plazo

máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encuentre en condominio con terceros. Este derecho se extingue si el supérstite conforma una nueva unión convivencial, contrae matrimonio o adquiere una vivienda habitable o bienes suficientes para acceder a una. (Art. 527)

De este modo, el conviviente tiene protegida la vivienda, pero su derecho es más débil que el derecho real de habitación gratuito reconocido al cónyuge supérstite, distinción que encuentra su justificación en la ya mencionada necesidad de compatibilizar la autonomía de la voluntad con el deber de solidaridad familiar.

Por nuestra parte, entendemos que se contempla una situación no tenida en cuenta en el régimen del bien de familia (Ley N° 14.394) que ha dado lugar a muchos planteos judiciales para el reconocimiento como beneficiario a quien ha acompañado toda una vida al instituyente titular del inmueble y que al momento de este fallecer puede ser desalojada.

Por otra parte, se cumple con el mandato de no discriminar entre familias matrimoniales y extramatrimoniales.

Consideramos que no existen limitaciones en cuanto a la cantidad de miembros por los que puede estar constituida la familia, ya que no son conjunciones copulativas sino disyuntivas, las que vinculan las enunciaciones de los distintos tipos de miembros de la familia. Conclusión de esto es que bastará la presencia del cónyuge o de algunos de los parientes mencionados por la norma para que se reúna el requisito del artículo, a fin de que el propietario pueda afectar el bien.

Sobre este tema en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2005), Comisión de Derechos Reales “Protección Jurídica de la vivienda”, en sus conclusiones se estableció lo siguiente de lege data 1°: La persona humana como titular de la protección de la vivienda. La protección constitucional de la vivienda (art 14 bis de la Constitución Nacional; artículo 25, ap. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 14 ap. 1° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales), beneficia no sólo a la familia sino a la persona humana en su individualidad. El régimen tuitivo de la Ley N° 14.394 (arts. 34 a 50), debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y de los Tratados de Derechos Humanos de rango constitucional (art 75 inc. 22 C.N.). Así alcanza la protección tanto a la vivienda individual como a la vivienda familiar”.¹¹

¹¹ Fazio de Bello, M. y Martínez, N; ob. cit., p.108.

III. Reflexiones finales

Del breve análisis formulado permite concluir que en el nuevo régimen se ha tratado de modernizar la protección de la vivienda teniendo en cuenta, muy especialmente, los vacíos que tiene el régimen del bien de familia establecido por Ley N° 14.394, los cuales han dado lugar a numerosos planteos judiciales, como lo es el de admitir beneficiarios del régimen a los convivientes - que se encuentren registrados -, requerir el consentimiento de éstos para la transmisión del inmueble afectado, la desafectación y la cancelación de la inscripción, y el tema de la subrogación real del bien por otro adquirido con posterioridad.

Además, al no hacer referencia a la familia, ni exigir la acreditación del vínculo como lo hace el art. 36 y 43 de la Ley N° 14.394, consideramos, se autoriza la afectación a este régimen de protección de la vivienda a favor del titular de dominio sin familia, atendiendo así a una situación, cada vez más frecuente, de las personas que viven solas sin un grupo familiar.

Por otra parte, en las provincias de nuestro hermoso país se debería dar una mayor difusión de este régimen especial de protección, porque es muy común escuchar en tribunales al ciudadano común en instancias que se va a proceder al desalojo de su vivienda para su posterior remate, el total desconocimiento de estos sistemas protectorios de la vivienda.

Dios los bendiga.

¿Es conveniente el tope matemático fijo de la sanción punitiva dejando su destino librado al prudente arbitrio judicial en todos los casos?

ABG. DIEGO SEBASTIÁN GONZÁLEZ VILA

I. La sanción punitiva del art. 118 del ALDC

El anteproyecto de reforma de la ley de defensa del consumidor (en adelante ALDC) implica una reforma integral de la vigente Ley N° 24.240 (a continuación LDC), y como consecuencia de ello, la modificación al vigente daño punitivo (seguidamente, también, DP) del art. 52 bis de la LDC ley no fue la excepción¹. Es que la norma vigente adolece de graves deficiencias en su técnica legislativa por cuanto de su primera lectura surge prístino que para su procedencia se requiere –además de la petición del consumidor– “nada más que el mero incumplimiento legal o contractual del proveedor”², prescindiendo del factor subjetivo agravado que, tanto en el derecho comparado, la jurisprudencia y la doctrina –tanto nacional como internacional– requieren para su imposición (es menester para imponer la condena de DP que la conducta del proveedor se hubiera configurado con culpa grave, dolo directo o eventual que implique una ostensible

¹ Véase el artículo 52 bis de la ley 24.240 que mediante el artículo 24 de la Ley N° 26.361 (B.O. 7/4/2008) incorporó por primera vez en el derecho argentino los Daños Punitivos en una norma con serias deficiencias de técnica legislativa, (Adla, LXVIII-B,1295), titulado “Daño Punitivo”, que señala “Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.”

² ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M. “El debut de los daños punitivos”, RCyS 2009-VII; y del mismo autor ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M: “Los daños punitivos y su paulatina y exitosa consolidación”, LA LEY, 29/11/2010, 9 (La Ley Online, p. 4).

indiferencia por los intereses ajenos, conforme artículo 1724 del Código Civil y Comercial, seguidamente CCyC)³. También la norma extiende erróneamente la condena de forma solidaria a toda la cadena de comercialización, sin considerar la participación autoral que hubiese tenido cada proveedor⁴.

En ese orden de ideas, en el Título IV denominado “Daños al consumidor. Prevención del daño, responsabilidad y sanción punitiva” del ADLC, propone en el artículo 118 el siguiente texto, sustituyendo el nombre de “daños punitivos”⁵ a “Sanción punitiva por grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”. El juez tiene atribuciones para aplicar una sanción pecuniaria al proveedor que actúa con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor. Se aplican las siguientes reglas:

1. Pueden pedirla el consumidor y el Ministerio Público Fiscal. En las acciones colectivas, puede solicitar la sanción punitiva cualquiera de los legitimados activos para promoverlas. Sin perjuicio de ello, el juez puede también imponer la sanción de oficio. A tal efecto, la resolución que dispone correr traslado de la demanda debe advertir al demandado acerca del posible ejercicio de esta facultad;

2. El monto de la sanción se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial, la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. El importe de la multa no puede ser superior al doble del máximo previsto para la sanción de multa por el art. 157 inc. 2, o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, si este último resultare mayor;

3. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada;

4. Si dos o más proveedores son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción punitiva, su responsabilidad es solidaria;

³ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 309.

⁴ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 372.

⁵ En mi opinión personal hubiera sido conveniente mantener la denominación “Daño Punitivo” que ya cuenta con aceptación doctrinaria y jurisprudencial, más allá de las consideraciones léxicas/nominativas detalladas en la p. 24 de los “fundamentos del ADLC” y del acierto en general de la norma proyectada, sin perjuicio de las observaciones y propuestas de reforma efectuadas en este acotado trabajo.

5. La obligación de pagar la sanción punitiva no es asegurable”. El artículo proyectado en su primer párrafo requiere para la procedencia de la sanción un factor subjetivo agravado en la conducta del proveedor, ya que con claridad alude al “actuar con grave menosprecio hacia los derechos del consumidor”, norma que deberá interpretarse dialógicamente con el artículo 1724 del CCyC (culpa grave o dolo directo o eventual)⁶. A su turno, el primer inciso establece con buen criterio, una legitimación activa amplia, ya que no sólo puede peticionarla el consumidor, el Ministerio Público Fiscal y los legitimados para promover acciones colectivas (Asociaciones de Consumidor), sino que, como novedad se faculta al juez la imposición de oficio⁷ (a diferencia del actual 52 bis LDC que únicamente es a pedido de parte), quien debe advertir esa circunstancia en la resolución que ordena correr traslado de la demanda, a fin de salvaguardar el derecho de defensa en juicio del proveedor demandado, por ello y sin que implique prejuzgamiento, si de las pruebas rendidas en la litis, se evidencia la conducta particularmente reprochable del proveedor (culpa grave o dolo), el juez podrá aplicarlo de oficio, en coherencia con la ratio legis del instituto, tal como se explica en los fundamentos “Todo ello es consonante con la idea de que se trata de una sanción que excede el mero interés individual del consumidor, porque en la represión de esas conductas está también en juego el interés público”⁸, en armonía con el “principio de orden público de protección” enunciado en el artículo 5 inciso 2° del ALDC, y en el vigente artículo 65 de la LDC y de los artículos 12 y 13 del CCyC.

En el inciso 2° ingresamos al tope de la sanción punitiva (en adelante SP), en el que, luego de enumerar correcta y enunciativamente (porque la norma dice “El monto de la sanción se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial, la gravedad de la conducta del sancionado...”) los pará-

⁶ Véase la disidencia a este tópico de la norma proyectada realizada por IRIGOYEN TESTA, MATIAS, “Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos Matías Irigoyen Testa (Revista Jurídica Argentina La Ley, febrero, 2019, en prensa)”, trabajo que me fuera remitido por el autor, a quien se agradece la destacada gentileza.

⁷ Contrariamente a lo resuelto en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, septiembre de 1999), en la Comisión “Derecho privado comparado. Las penas privadas”, presidida por los Dres. Ramón Daniel Pizarro y Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, se aprobó por unanimidad en la conclusión 8° de lege ferenda “Las penas privadas sólo pueden ser aplicadas a petición de parte”, citado en LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p.311.

⁸ Véase la p. 25 de los Fundamentos del ALDC.

metros a considerar para que el magistrado evalúe el monto de la condena (mejorando sustancialmente la redacción del artículo 52 bis de la LDC), establece que “El importe de la multa no puede ser superior al doble del máximo previsto para la sanción de multa por el art. 157 inc. 2, o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida por el proveedor como consecuencia del hecho ilícito, si este último resultare mayor”. Es decir que la condena nunca podrá superar los 10.000 Salarios Mínimos Vitales y Móviles⁹ (seguidamente SMVM), o al décuplo del importe total de la ganancia obtenida –o que pudo obtener, según la primera parte del inciso- por el proveedor, en resumen, hasta diez veces de la renta espuria conseguida por el proveedor pasible de la SP, si éste último monto fuese mayor que los diez mil SMVM.

La explicación a ese elevado tope impuesto por la SP, que, sin embargo, no es lo recomendado por la doctrina más destacada del análisis económico del derecho [también, AED]¹⁰, y los estudios elaborados a esos efectos¹¹, surge de los fundamentos en los que la comisión reformadora aclara “Dada la naturaleza punitiva del instituto, se ha respetado el criterio plasmado en la norma, consistente en prever un monto máximo (vid. la explicación proporcionada por la diputada Stella Maris Córdoba durante el debate parlamentario de la Ley N° 26.361, Cámara de Diputados de la Nación, año 2006, orden del día 306. “Dip. Stella M. Córdoba y ot.”)¹². Es pertinente poner de resalto que esto también es

⁹ Ello así porque el tope es el doble de la multa prevista en el artículo 157 inciso 2 del ALDC que dice “Multa equivalente a los montos entre uno (1) y cinco mil (5.000) Salarios Mínimos Vitales y Móviles”, al día de la fecha esa suma asciende a \$11.900 desde marzo de 2019 y \$12.500 a partir de junio de 2019 según datos de la página web https://calcularsueldo.com.ar/sm_vm.html, es decir que el cálculo a marzo de 2019 es $11.900 \times 10.000 = \$119.000.000$ (Ciento diecinueve millones de pesos argentinos).

¹⁰ IRIGOYEN TESTA, Matías, “The Legal Cap of Punitive Damage in Argentina”, *Civilistica*, Vol. 6, Issue 2, 2017, pp. 1 a 13; <http://civilistica.com/the-legal-cap-of-punitive-damage/>; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 43.

¹¹ MOLLER, Erik – PACE, Nicholas M. – CAROLL, Stephen J., “Punitive damages in financial injury jury verdicts”, *J. of. L. Stud.*, vol. XXVIII, June 1999, p. 236; EISENBERG, Theodore – GOERDT, John – OSTROM, Brian – ROTTMAN, David – WELLS, Martín, “The predictability of punitive damages”, *J. of. L. Stud.*, vol. XXVI (junio 1997), p. 655, ambos trabajados son citados en LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 45 y 46.

¹² Véase el Proyecto de Ley firmado por Stella M. Córdoba, Juan M. Irrazabal, Eduardo G. Macaluse, Heriberto E. Mediza, Adrián Pérez y Patricia Vaca Narvaja; iniciado por ante la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (expediente n° 1061-D-2006), publicado en: Trámite Parlamentario n° 19 (28/03/2006). (Cámara revisora: Honorable Se-

conteste con lo que sucede en el derecho comparado (vid. Suprema Corte de los Estados Unidos, “State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell”, 538 U.S. 408 (2003); proyecto francés de reforma de la responsabilidad civil de 2017, artículo 1266-1)¹³. Sin embargo, debe remarcarse que en el derecho comparado la mejor y más reciente doctrina del AED rechaza los topes matemáticos fijos a los daños punitivos¹⁴ por un argumento teórico: los topes conspiran contra la finalidad preventiva de los daños punitivos y entonces lo que se gana por ahorro de condenas se pierde en infraprevisión y también por un argumento empírico, ya que todos los estudios de campo que se han hecho coinciden en que los daños punitivos son sumamente infrecuentes, y cuando son impuestos, no pocas veces son revocados en apelación o reducidos¹⁵.

A ello debe adunarse que, en el derecho estadounidense (país en el que la figura tiene mayor desarrollo que cualquier otro Estado del common law) el principio es los daños punitivos no tienen límite matemático fijo. Puede imponerse cualquier suma que sea necesaria para expresar el reproche social y disuadir la conducta futura¹⁶. Sin embargo, en varios Estados norteamericanos se establecen topes a las codenas, como en Alabama, Alaska, Colorado, Connecticut; Florida, Georgia, Illinois, Indiana, Kansas, Minnesota, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Oklahoma y Texas¹⁷. En ese sentido, y continuando en el análisis del Derecho Comparado, el Código Civil de Quebec (1992) prescribe, en su artículo 1621, lo siguiente: “Cuando la concesión de daños punitivos es prevista por ley, el monto de dichos daños no puede exceder aquello que es suficiente para cumplir con sus propósitos preventivos...”¹⁸. Esa norma fue el fun-

nado de la Nación, expediente n° 0065-CD-2006.) Disponible en la Web oficial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación: <http://www.1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.as.p?fundamentos=si&numero=1061-D-2006> (p. 22.).

¹³ Véase la p. 25 de los Fundamentos del ALDC.

¹⁴ MICELI, Tomas J., *The economic approach to law*, Stanford University Press, Stanford, California, 2004, p. 70, citado en LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 46.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 43.

¹⁷ Para profundizar al respecto, véase LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p.s 43 y 44.

¹⁸ IRIGOYEN TESTA, Matías, “El tope apropiado de los Daños Punitivos”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, La Ley, Buenos Aires, ISSN 1666-4590, Año XII - N° 11 - noviembre de 2010, p.s 48 a 54; RCyS 2010-XI, 48.

damento para la conclusión unánime de la doctrina en el Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores (UBA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires), que “La multa civil [el daño punitivo] no debe ser inferior ni exceder el monto necesario para cumplir con su función de disuasión.”¹⁹.

Es que, aunque la SP no tuviera tope matemático fijo, ello de por sí no acarrea su inconstitucionalidad, primero porque su máximo surgirá de la correcta aplicación de fórmulas matemáticas que permitan mejorar a la alternativa de la cuantificación de los daños punitivos que suele ser un cálculo meramente intuitivo, ocultándose el razonamiento, incumpléndose así, con la prescripción del artículo 3 del CCyC, y segundo porque como bien se dijo “las penas privadas no están alcanzadas por las garantías constitucionales propias del proceso penal (non bis in ídem, prohibición de autoincriminación, personalidad de la pena, etc.). Es preciso, en cambio que ellas no sean excesivas y que resulten respetadas las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa”²⁰, es suficiente con que se respete el debido proceso en su doble significado, como debido proceso sustantivo para controlar la razonabilidad de la pena, y como debido proceso adjetivo para controlar que se respeten las garantías constitucionales que rigen también para el proceso civil²¹. Ese control deberá ejercerlo el magistrado actuante basado en las facultades que le concede la aplicación dialógica y concordante de los artículos 794 segundo párrafo, 1714 y 1715 todos del CCyC.

En ese orden de ideas, el artículo 794 segundo párrafo del CCyC que regula la ejecución de la cláusula penal (que también es una pena privada accesoria y pecuniaria al igual que la SP o los DP)²², dice “Los jueces pueden reducir las

¹⁹ IRIGOYEN TESTA, M., “Monto de los daños punitivos para prevenir daños reparables”, Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de La Empresa, La Ley, ISSN 2250-4354, Año II, número 6, diciembre de 2011, p.s 87-94.

²⁰ Véase las conclusiones de lege ferenda N° 2° aprobada por unanimidad en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, septiembre de 1999), en la Comisión “Derecho privado comparado. Las penas privadas”, presidida por los Dres. Ramón Daniel Pizarro y Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, citado en LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 307.

²¹ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 307.

²² “Los daños punitivos participan de la naturaleza de una pena privada, accesoria y excepcional que se impone al demandado a título preventivo y como sanción o satisfacción al ofendido en virtud de haber incurrido en conductas consideradas sumamente disuasivas. El ordenamiento jurídico nacional conoce penas privadas pecuniarias como la

penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor” (que en la hipótesis es el proveedor), a su turno, el artículo 1714 del CCyC, dispone “Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”, en coherencia con ello, el artículo 1715 ordena “Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”. Es más, ese control de razonabilidad judicial el juez debe hacerlo en todos los tipos de intereses, no sólo en los punitivos, según lo establecido por el artículo 771 del CCyC²³. Por lo tanto, de este modo, se garantiza el control judicial de razonabilidad de la condena impuesta por SP sin necesidad de acudir a topes matemáticos fijos, que por otro lado no surgen del precedente norteamericano citado en los fundamentos del ALDC²⁴ de la Suprema Corte de los Estados Unidos, “State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell”, 538 U.S. 408 (2003)²⁵, sino que en ese fallo la Corte mantiene su posición de no establecer límites matemáticos fijos y que los Estados sólo deben tener en cuenta la conducta desplegada dentro de su territorio y no en toda la Nación, siendo este último el motivo principal para revocar la sentencia de la Suprema Corte de Utah, sí establece dos pautas claras, la primera de ellas es que difícilmente una condena por daños punitivos, cuya relación con esos daños exceda de un dígito, satisfará

cláusula penal, los intereses sancionatorios; y penas privadas no pecuniarias como la pérdida de la patria potestad o la indignidad para suceder”, LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 23.

²³ “La eventual morigeración de los intereses compensatorios (sean convencionales o legales) se rige ahora por una única norma, y para todos los tipos de interés: el artículo 771 del Código. [...] Si bien la cuestión demanda la mayor prudencia, el juez no sólo puede (a pedido de parte) morigerar la tasa, sino que también debe hacerlo, de oficio, cuando las condiciones previstas en la norma surgen evidentes, en razón del orden público comprometido”. LORENZETTI, Ricardo Luis, Director; Coordinadores, DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo V, comentario a los artículos 767 y 771 de OSSOLA, Federico, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 140 y 150.

²⁴ Véase la p. 25 de los Fundamentos del ALDC.

²⁵ Ese precedente fue fallado el 07/04/2003, en lo que es una constante en la jurisprudencia norteamericana sobre daños punitivos, éste es uno de los muchos casos de mala fe de las aseguradoras, LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 214

las exigencias del debido proceso y la segunda es que si los compensatorios son sustanciales, quizás una condena de una vez, será suficiente, reafirmando el carácter accesorio de los daños punitivos a los daños reales sufridos²⁶, todo ello relacionado a una lista de puntos a considerar, tales como: 1) si el daño sufrido por la víctima fue físico o económico; 2) se debe examinar el grado de indiferencia o desinterés que mostró el agente dañador frente a la seguridad y protección de los otros; 3) si la conducta del agente dañador es aislada o si es un modo habitual de actuar. No debe olvidarse que la función de los daños punitivos es evitar que el daño ocurra, y 4) los jueces deben evaluar si el daño fue provocado intencionalmente, por negligencia, o por imprudencia, confirmando, además que los daños punitivos deben tener una relación con los compensatorios y si superan en cien veces o más el valor de la indemnización resarcitoria son, en principio, confiscatorios de la propiedad²⁷.

Es que si los intereses punitivos (en adelante IP) que cobran y perciben en su totalidad los bancos, las emisoras de tarjeta de crédito, los comercios que conceden “créditos de la casa”, las demás financieras, mutuales y las cooperativas que otorgan mutuos con dinero propio no tienen topes matemáticos fijos, sino que sólo se someten al control de razonabilidad judicial del artículo 794 segundo párrafo del CCyC, únicamente en los casos que se judicializan, que lamentablemente son la minoría, no existe problema constitucional alguno para liberar a la SP de los topes matemáticos fijos y confiarlo a la prudencia de los magistrados que auxiliados con la aplicación de las fórmulas desarrolladas por la doctrina especializada²⁸ y que fueran aplicadas por la jurisprudencia²⁹, permiten arribar

²⁶ Véase el análisis de esa causa en LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 214 y 215.

²⁷ Véase el análisis del precedente efectuado por SHINA, Fernando, E. “Daños al Consumidor”, Capítulo V “Daños Punitivos”, Astrea, Bs. As., 2014, pp. 182 y 183.

²⁸ Véase IRIGOYEN TESTA, Matías “Cuantificación de los daños punitivos: una propuesta aplicada al caso argentino”, en Castillo Cadena, Fernando y Reyes Buitrago, Juan S. (editores académicos), Relaciones Contemporáneas entre derecho y economía, Coedición Grupo Editorial Ibañez y Universidad Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2012, págs. 27 a 61, 536 páginas, disponible de forma gratuita en la web oficial del Colegio de Abogados de La Plata, en: http://www.calp.org.ar/download/derecho-del-consumidor/?wpdm_dl=6336&ind=uBzKzy54zosG6mu240YJqDiA p89j5fWOiVS3hfUr_v3zgNVU8_g-67vNuxreMXD3gOnto9jrcQ7rCH2NS3sGPEehI_3dQTnBrOjrNYGyavUn5voEh_xfGs2XmlrUD8-0NadCbpqNeziWG8tmLiaE5y1oaZZUNBJLrrH0yF7C_z0 Véase también: IRIGOYEN TESTA, Matías, “Fórmulas para cuantificar los Daños Punitivos”, Jurisprudencia Argentina, Número Especial sobre Derecho y Economía, Fascículo N° 13, Abeledo Perrot, marzo de 2011 págs. 83 a 96; SJA 30/3/2011; JA

a una justa condena de SP que cumpla adecuadamente con su finalidad. Además, ello tiene coherencia con el inciso 3° que asigna el destino de la sanción a lo que decida el juez por resolución fundada, ya que, si esa arista de la SP se deja en manos de una sentencia debidamente fundada, lo mismo debió hacerse con el monto de condena de la SP. Ese posible exceso en la punición está contrarrestado por el “activismo judicial” y por el principio de razonabilidad, que serán idóneos para impedir “la desnaturalización de los efectos de la multa civil”³⁰, todo ello aplicado dialógicamente en clave constitucional y convencional con la razonabilidad prevista en los artículos 14 y 28 de la CN, artículos 29 inciso 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículos 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).³¹

El inciso 3° de la norma proyectada reza “La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”, en los fundamentos se justifica la solución arribada afirmando “En relación al destino de la suma de dinero impuesta como sanción, se ha considerado pertinente seguir al proyecto de Código Civil y Comercial y de la Ley N° 26.994 (y también el art. 1266-1 del Proyecto de Reforma de la Responsabilidad Civil presentado por el Ministerio de Justicia Francés en

2011-I-1070 (Abeledo Perrot n° 0003/015353).

²⁹ “Castelli, María Cecilia v. Banco de Galicia y Buenos Aires S.A. s/nulidad de acto jurídico”, Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial, sala 2, Bahía Blanca (28/08/2014), LA LEY2014-E, 495 (AR/JUR/44655/2014). Disponible también en http://www.dpic.uantico.com/wp-content/uploads/2014/10/consumidores_jurisprudencia_2014_10_07.pdf, fallo que fuera confirmado por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires el 17 de octubre de 2018 mediante acuerdo 2078.

³⁰ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 305.

³¹ “Aunque el art. 28 no contiene la expresión, la doctrina y jurisprudencia han elaborado el principio de razonabilidad, como un intento de delimitación entre la reglamentación legítima y la que altera los derechos y garantías [.....]. Así, por interpretación analógica e interpretación extensiva, el art. 28 irradia hacia todas las disposiciones constitucionales, las anteriores y las posteriores a la norma; las dictadas junto con ellas y las que se incorporaron en otras reformas, porque el principio que contiene es sustantivo en el sistema, es el principio de limitación, básico en el estado de derecho, por definición, sujeto a reglas, a leyes, no a persona alguna, tal como lo ordena el art. 29 de la CN. De ello se sigue, también, que todos los poderes del Estado y sus funcionarios –no sólo el Congreso Federal- están ligados, obligados por el principio de limitación. Así, el Poder Judicial cuando resuelve conflictos en los casos concretos, dictando normas particulares y derivadas de las generales; todos ellos se encuentran compelidos a no alterar las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución”. GELLI, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, 4ª edición Ampliada y Actualizada, La Ley, Bs. As. 2011, pp. 420 a 424.

marzo de 2017), disponiéndose que el monto de la sanción punitiva tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada. De ese modo se permite que, según los casos, el juez decida si corresponde que ese importe sea percibido –total o parcialmente– por el consumidor, o bien que sea destinado a otras personas, como entidades de beneficencia o fondos específicos. Esta solución tiende a dotar de una mayor efectividad a la imposición de la sanción punitiva, pues la regla según la cual la totalidad del importe de los “daños punitivos” del artículo 52 bis de la LDC debe entrar en el patrimonio del consumidor desalienta, muchas veces, la fijación de montos importantes, ante el temor de los jueces de consagrar un enriquecimiento excesivo de aquel. Debe remarcar que de acuerdo a las normas proyectadas la legitimación para pedir la sanción no compete únicamente al consumidor, dado que también puede solicitarla el Ministerio Público o los legitimados para promover acciones de clase, o imponerla el juez de oficio. En consecuencia, para decidir el destino de la sanción el juez debe tener en cuenta –entre otras cosas– si se ha impuesto de oficio o a pedido de parte, quién fue el legitimado activo que la solicitó, la actuación procesal desplegada por el consumidor, la situación de este último –con especial consideración a los casos de hipervulnerabilidad–, la índole de los intereses afectados, y la naturaleza individual o colectiva de la acción intentada”.

Es otra modificación con la que discrepo, ya que, en realidad, como bien dice la doctrina especializada “Su aparición y vigencia en la Argentina (refiere a los DP) es obra de la Ley N° 26.361, de 2008. Pero su vigencia real en los tribunales todavía no se ha concretado. En efecto, creemos que todavía no hay una jurisprudencia consolidada que aplique correctamente los daños punitivos respetando su naturaleza jurídica, que es preventiva y sancionadora”³², es que los bajos montos de condena por DP que pueden recabarse en la jurisprudencia nacional (salvo contadas excepciones), obedecen en realidad, más que “al falaz enriquecimiento excesivo del consumidor”, a un lamentable pero preocupante porcentaje de desconocimiento de las finalidades y requisitos de los DP por parte de algunos jueces (no todos obviamente) que se aferran a dogmas ortodoxos, inoperantes e inmovibles elaborados en el siglo XIX que carecen de utilidad para solucionar con eficiencia los problemas actuales que padecen a diario los consumidores en la sociedad de consumo. Por ello, en mi humilde opinión, en

³² SHINA, Fernando E. “Sistema legal para defensa del consumidor”, Astrea, Bs. As., 2016, p. 203.

los juicios iniciados individualmente por consumidores en el que se peticione la aplicación de la SP, la totalidad de la condena impuesta (en caso de proceder obviamente), debe destinarse al consumidor demandante. Por ello, la doctrina afirma con razón que “Es que el sistema de las indemnizaciones tradicionales es deficiente, sobre todo en materia de derechos del consumidor”³³. Con acierto se enseña “Sobre este punto la postura correcta es la que sostiene que para el daño punitivo funcione correctamente, la condena debe destinarse a la víctima en su totalidad, sobre todo porque mientras más grande sea la porción del Estado o del fondo, mayor es el incentivo de arreglar dejando sin nada al Estado o al fondo (cut off)”³⁴. Es que el argumento del enriquecimiento sin causa del consumidor (regulado como acción supletoria en los artículos 1794 y 1795 del CCyC), en los hechos funciona fomentando las prácticas abusivas de los proveedores que disponen a voluntad la forma, la modalidad y el precio del bien o servicio ofrecido frente al consumidor individual que padece –en la mayoría de los casos- un daño de menor cuantía frente a las descomunales cifras de dinero que están en juego en la comercialización masiva de bienes y servicios. Ello puede constatarse con el ejemplo que se padece a diario en el que las empresas contratan un número de empleados inferior a la cantidad de cajeros o box disponibles para la atención a los clientes, o alguna vez se pudo observar un supermercado o un banco en el cual todas las cajas disponibles funcionen simultáneamente?³⁵ Además, con esa línea de razo-

³³ “En resumen, las indemnizaciones exiguas promueven una sensación de impunidad que empeora la calidad de los bienes y servicios ofrecidos en el mercado. En este esquema, los DP juegan un rol preponderante; su correcta aplicación le agrega al dañador un gasto que va más allá de la exacta reparación del daño causado, destruyendo la posibilidad de que se realicen especulaciones de costo-beneficios reñidas con la ética. Según FRIEDMAN, jurista estadounidense especialista en análisis económico del derecho, cuando las indemnizaciones benefician a las víctimas, con reparaciones que superan el valor nominativo del daño padecido, se las estimula a que investiguen a las compañías proveedoras de bienes y servicios. Si la recompensa que reciben los usuarios luego de padecer el daño no les resulta atractiva, la tarea preventiva es más lenta y menos eficaz. La prevención del Estado, en casi todos los países del mundo (y particularmente en el nuestro), es insuficiente a causa de la inepticia propia de las burocracias elephantinas [...] Cuanto más altos sean los premios que se otorguen a las víctimas, mayor será su voluntad de investigar los comportamientos ilícitos de las corporaciones”, SHINA, Fernando, E. “Daños al Consumidor”, Capítulo V “Daños Punitivos”, Astrea, Bs. As., 2014, pp. 163 y 164.

³⁴ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, “Los Daños Punitivos”, 1ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 305.

³⁵ “Es imperioso entender la tremenda asimetría que existe entre un consumidor individual y un proveedor de bienes y servicios que, cada vez en mayor medida, es una gi-

namiento, debería predicarse que el destino del interés punitorio (en adelante IP) convencional o las cláusulas penales (al menos en su especie netamente punitiva) no deberían percibirlos los Bancos, ni las financieras, ni los comercios que conceden “créditos de la casa”, o las mutuales y cooperativas que facilitan mutuos a sus afiliados³⁶, ya que se enriquecen indebidamente a costa del consumidor deudor por cuanto, el daño padecido por la indisponibilidad del dinero será resarcido con el pago o ejecución del interés moratorio que “constituye exclusivamente la indemnización por el retardo injustificado en el cumplimiento de la obligación dineraria; [obteniendo la reparación plena de su perjuicio] en tanto que el interés punitorio —aunque también es eso— representa algo más: tiene un componente punitivo, de sanción que pesa sobre el deudor por no haber cumplido. Ese “algo más” tiene que traducirse en una tasa mayor que la del moratorio [Por ende, el IP es un enriquecimiento sin causa del proveedor]. Los intereses moratorios se devengan, ipso iure, a partir de la mora, por expresa disposición legal. En efecto, en la norma se establece que el deudor moroso debe tales intereses.”³⁷. Por lo tanto, el juez debería darle otro destino por resolución fundada, sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia se escandalizan por ese enriquecimiento indebido de esos proveedores en detrimento del consumidor, situación de mayor gravedad porque en todos esos ejemplos, esas cláusulas penales punitivas o intereses punitorios son impuestos en contratos de consumo

gantesca organización transnacional con un patrimonio que no pocas veces supera al PBI de un país. La desigualdad de poder entre un banco, o un hipermercado, o una empresa automotriz y un usuario es tan grande que es imposible pensar en un enriquecimiento del débil a costillas del fuerte. Y esto no es una cuestión ideológica. Creo que ni siquiera es una cuestión jurídica. Es una noción de lógica elemental que parte de medir los poderíos de unos y otros. Los daños punitivos también sirven para equilibrar las fuerzas desiguales que conviven en el mercado del consumo.”, SHINA, Fernando, E. “Daños al Consumidor”, Capítulo V “Daños Punitivos”, Astrea, Bs. As., 2014, pp. 167 a 170.

³⁶ Es que, ni el ánimo lucrativo, ni la naturaleza jurídica de la persona son factores determinantes del concepto de proveedor, el que se define por su actuación profesional, razón por la cual, las cooperativas, mutuales y asociaciones son – a no dudarlo – proveedoras de bienes y servicios en los términos del artículo 2 de la LDC y 1093 del CCyC. RUSCONI, Dante D. “Manual de Derecho del Consumidor”, Abeledo Perrot, 2009, pp. 180 y siguientes.

³⁷ Véase la excelente conceptualización, clasificación y diferencias entre los intereses compensatorios, moratorios, punitivos, cláusula penal y sanciones conminatorias en LORENZETTI, Ricardo Luis, Director; Coordinadores, DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo V, comentario a los artículos 767 al 804 de OSSOLA, Federico, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 132 a 258.

por adhesión a cláusulas generales predisuestas a las cuales el consumidor “adhiera” sin intervenir en su redacción y que en la mayoría de los casos no llegan a judicializarse, es decir que son percibidos en su totalidad por esos proveedores sin que los magistrados puedan controlar su razonabilidad a tenor de las pautas previstas en los artículos 771 y 794 del CCyC, porque incluso aunque su recuperatorio crediticio sea judicializado, lamentablemente algunos jueces no ejercen el control judicial de oficio en la legalidad de todos los intereses ejecutados. Es que la similitud de los IP con la SP en cuanto a su naturaleza y función, es palmaria, por ello, calificada doctrina afirma con razón “Se encuentran, en el Código, las astreintes (art. 804), y los daños punitivos en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 en la reforma del año 2008 (Ley N° 26.361). Estas figuras en manera alguna desnaturalizan el vínculo obligacional por generar una presión mayor en el ánimo del deudor. En efecto, el elemento de responsabilidad del vínculo jurídico se materializa en todo un arsenal de instrumentos que el ordenamiento le otorga al acreedor para hacer efectivo su interés. La compulsión, pues, es de la esencia misma de la obligación”³⁸. En conclusión, o se destina la totalidad de la condena por SP al consumidor que así lo peticiona en el juicio iniciado individualmente (al igual que los IP a los proveedores) o en ambos casos su destino lo decide el juez por resolución fundada, mientras que los IP no deberían permitirse su inclusión en los contratos de consumo, pues de lo contrario y con la solución proyectada en este punto, se afectarían derechos constitucionales y convencionales de rango constitucional como la igualdad ante la ley (art. 16 C.N., Artículo II Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo 24 Pacto de San José de Costa Rica, Artículo 7 Declaración Universal de Derechos Humanos), derecho de la propiedad (artículo 17 de la C.N., artículo 21 Pacto de San José de Costa Rica, artículo 23 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Artículo 17 Declaración Universal de Derechos Humanos); el debido proceso y la tutela judicial efectiva (artículo 18 de la C.N., Artículo 8 Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8 y 25 Pacto de San José de Costa Rica, Artículos XVIII, XXVII Declaración Americana de Derechos Humanos). Ello así porque los bancos perciben cientos de miles de pesos en concepto de IP por consumi-

³⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, Director; Coordinadores, DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo V, comentario a los artículos 767 al 804 de OSSOLA, Federico, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pp. 132 a 258.

dores que pagan en situación de mora y sobreendeudamiento que eluden el control judicial, ya que suelen ser planes de pagos extrajudiciales excesivamente onerosos elaborados por los letrados de esos proveedores, sin perjuicio de que las hipótesis fácticas que habilitan la SP son derivadas de conductas gravemente reprochables de los proveedores, mucho más reprobables que la simple mora o retrasado en el pago de los consumidores en los mutuos que sin embargo son sancionados con la ejecución de elevados IP que reitero, son percibidos por los proveedores en su totalidad.

A su turno el inciso 4° de la norma proyectada con acierto dispone que “si dos o más proveedores son autores de la conducta que ha dado lugar a la sanción punitiva, su responsabilidad es solidaria”. En los fundamentos del ALDC se explica “Ello no es sino una derivación de las reglas de la coautoría (artículo 1751, 1ª parte, del Código Civil y Comercial de la Nación), y modifica la inconveniente solución legal actualmente vigente, que consagra – de manera indebida- la solidaridad en cabeza de toda la cadena de producción y comercialización”³⁹, solución correcta habida cuenta que la responsabilidad por la SP es atribuible únicamente por factores de atribución subjetivos agravados (culpa grave, dolo directo, indirecto y eventual) de la conducta de los proveedores.

Por último, el inciso 5° del artículo comentado, establece “la prohibición de asegurar la obligación de pagar la sanción”. En los fundamentos, correctamente se justifica la solución afirmando “Se entiende que la no asegurabilidad constituye un factor, por sí mismo, disuasorio de las conductas que se pretende evitar con lo dispuesto en este artículo”⁴⁰, esta solución tiene coherencia dialógica, sistemática y concordada con lo estipulado en los artículos 2, 60, 70, 112, 114 y 158 de la Ley de seguros N° 17.418⁴¹ que prohíbe asegurar cualquier tipo de multas –sean administrativas o judiciales- y lo acreditado por la doctrina nacional más calificada del AED⁴².

³⁹ Véase la p. 26 de los Fundamentos del ALDC.

⁴⁰ Véase la p. 26 de los Fundamentos del ALDC.

⁴¹ Esa norma titulada “Penas” ordena “La indemnización debida por el asegurador no incluye las penas aplicadas por autoridad judicial o administrativa”.

⁴² Véase IRIGOYEN TESTA, MATIAS “¿Por qué los Daños Punitivos no son asegurables?” (Publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, Año XIII – N° 11 – noviembre de 2011, pp. 26-34; RCyS 2011-XI, 26); véase IRIGOYEN TESTA, MATIAS, “La no asegurabilidad de los Daños Punitivos en Argentina: explicación desde el Análisis Económico del Derecho”, publicado en WWW.INDRET.COM, InDret, REVISTA PARA EL, ANÁLISIS DEL DERECHO, BARCELONA, Julio 2011.

II. Conclusión

Por lo expuesto, siguiendo las enseñanzas del distinguido jurista especializado Matías Irigoyen Testa⁴³, se proponen las siguientes modificaciones al texto proyectado:

Mantener el nombre Daño Punitivo que ya tiene aceptación doctrinaria y jurisprudencial o en su defecto modificarlo por Multa civil disuasiva⁴⁴. Modificarse el primer párrafo por el siguiente “El juez debe condenar exclusivamente cuando el demandado actúa con culpa grave o dolo y las condenas esperadas por causa de dicho comportamiento, excluyendo esta multa civil peticionada, son insuficientes para disuadir conforme con los estándares deseables socialmente. En caso contrario, no debe condenar”.⁴⁵

Inciso 2º Monto: “El monto de esta multa civil disuasoria no debe ser inferior ni exceder la cuantía monetaria necesaria para cumplir con su finalidad disuasiva. Para este objetivo, se podrán tener en consideración, las siguientes variables, según correspondan: la responsabilidad total esperada que es necesaria para disuadir conforme con los estándares deseables socialmente; la inversión en prevención deseable socialmente dejada de invertir por el demandado; los beneficios netos obtenidos por causa de la actividad ilícita; la existencia o no de daños irreparables; la indemnización establecida por daños; la probabilidad de ser condenado por daños; según corresponda, la probabilidad de ser condenado por daños punitivos, condicionada a la existencia de una condena por indemnización compensatoria; la existencia de otras condenas firmes pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto del mismo hecho único o complejo que causó la lesión.”⁴⁶

Inciso 3º Destino de la Condena “La multa civil tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada, conforme con las siguientes pautas orientativas: a) según corresponda, como mínimo, un porcentaje deber ir a favor de la parte peticionante, para garantizar que existan incentivos adecuados para que la

⁴³ IRIGOYEN TESTA, MATIAS, “Informe sobre el nuevo anteproyecto: los daños punitivos Matías Irigoyen Testa (Revista Jurídica Argentina La Ley, febrero, 2019, en prensa)”, trabajo que me fuera remitido por el autor, a quien se agradece la destacada gentileza.

⁴⁴ *Ibíd.* p. 15.

⁴⁵ *Ibíd.* p. 16.

⁴⁶ *Ibíd.* p. 16.

misma accione y colabore en la etapa probatoria; b) en juicios individuales iniciados por el consumidor⁴⁷ sea que hubiera padecido daños reparables o irreparables a quien lo peticiona, esta multa civil disuasiva deber destinarse en su totalidad a su favor. Del mismo modo se destinará un porcentaje de la condena en causas colectivas a las víctimas de daños reparables e irreparables que se no se hubieran apartado expresamente de la solución general adoptada para el caso.⁴⁸ El juez actuante, al recibir una demanda donde se solicita esta multa civil disuasoria, debe asignar por resolución fundada el destino que eventualmente tendría. Cuando el mismo sea, total o parcialmente, a favor de al menos una persona distinta que la parte peticionante, aquélla deberá ser citada como tercero interesado en el proceso.⁴⁹

⁴⁷ Lo destacado en cursiva y negrita es un agregado personal.

⁴⁸ Lo destacado en cursiva y negrita es un agregado personal.

⁴⁹ *Ibíd.* p.s 16 y 17.

El rol de la víctima en el Proceso Penal con especial referencia al nuevo Código Procesal Penal Federal y a la ejecución de la pena privativa de la libertad

(Ley N° 27.375)

DR. RUBÉN E. FIGARI

I. Introducción

En lo concerniente a lo que hace a la relación delictual que interesa a la dogmática del Derecho Penal se observa que ha renacido como antares el reconocimiento de los derechos de la víctima enmarcados dentro de lo que engloba los Derechos Humanos. En efecto, en los orígenes del Derecho Penal, donde prevalecía la venganza como un perfil que hacía al derecho reconocido a la víctima, era patrimonio de las sociedades primitivas que aplicaban el talión en los medios compositivos. Con posterioridad y con el surgimiento del Estado que toma para sí la pretensión punitiva, en cierta forma se expropia el conflicto en aras de la consagración de lo que se denominó “el bien jurídico protegido” y es aquí donde el delincuente es el centro o meollo de la cuestión, por ser el protagonista del delito y se margina a la víctima como el otro extremo del conflicto. Ocupa un lugar totalmente desprovisto de interés y procesalmente asume un rol con demasiadas obligaciones y ningún derecho.

Explica atinadamente Ledesma que el proceso penal tradicional íntimamente unido a las raíces inquisitivas no reconocía a la víctima como un sujeto de proceso penal y como se dijo ut supra el Estado expropió sus derechos y los asumió en forma monopólica como un representante, consagrando la expresión del “convidado de piedra”, mas en los tiempos presentes se produce una suerte de viraje copernicano en esta concepción impulsado por distintas cuestiones de orden históricos-políticos, compromisos supranacionales asumidos por los Estados después de los conflictos mundiales del siglo pasado y la evolución del

proceso penal moderno – cada vez más acusatorio y adversarial – todos estos condimentos que han abierto un abanico de alternativas por medio de las cuales se legitima, en mayor o en menor medida la intervención de la víctima en el proceso y ello no sólo habilitó el reconocimiento de la víctima individual, sino su extensión al carácter colectivo en alusión a delitos de lesa humanidad, terrorismo y otros fenómenos que empañan a la comunidad internacional y a las nacionales. Por ello el reconocimiento se extiende a los familiares de las víctimas, a los desplazados, los vulnerables en general que otrora quedaban marginados en el sistema penal protector y hoy las legislaciones amparan su ingreso al proceso y es reconocido por tribunales nacionales y supranacionales.¹

A raíz de ello a mediados del siglo XX surgen disciplinas como la victimología y la victimodogmática que reubican el rol de la víctima en el conflicto penal, no sólo como mero sujeto pasivo del mismo, sino como merecedor de consideraciones que hasta ese momento lo ponían como un testigo de aquél.

En los últimos años ha comenzado a replantearse este rol en el Derecho Penal y también a la crítica radical contra la potestad penal exclusiva del Estado. Dentro de esos cambios, es como la víctima pasa primeramente a ser evaluada tanto en su relación con el delito, como en su caracterización criminológica, incluyéndose medidas asistenciales post delictuales. La victimología nace como respuesta al relegamiento sufrido por la víctima dentro del proceso penal, pues es evidente que ella está ausente en la definición de la pena y sus finalidades. Busca evitar lo que se ha definido como una “victimización secundaria” para referirse a los daños y molestias que aquella suele padecer en ocasión del proceso judicial.

No se trata de analizar los problemas de la víctima exclusivamente con relación al proceso penal sino de considerar la relevancia de su comportamiento en el hecho criminoso. Las discusiones dogmáticas de los últimos años, las reformas procesales y, sobre todo, el desarrollo de nuevos instrumentos teóricos para el análisis del injusto penal han situado a la víctima en un lugar relevante, a tal punto que la victimodogmática comienza a representar un campo específico de principios, planteos y cuestiones que guardan relación con un universo definido de problemas penales².

¹ LEDESMA Ángela “Víctima y su legitimación para actuar ante la justicia” en “La víctima del delito. Aspectos procesales penales - II” DONNA Edgardo (Director) LEDESMA Ángela (Vicedirectora) “Revista de Derecho Procesal Penal” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 24/25.

² SILVA SANCHEZ Jesús “Aproximación al Derecho Penal contemporáneo” 2ª edición,

Con el advenimiento del positivismo resulta cada vez más evidente la desproporción entre el espacio, interés ocupado por el delincuente respecto del de la víctima.

Eser habla de una desatención evidente respecto de la víctima y la fijación primordial en el autor. El fenómeno de la punición se hace exclusivamente estatal porque también es de alguna manera estatal y público el interés perseguido por el Estado mediante el Derecho Penal. Al desvincularse la potestad punitiva de una mera defensa de derechos subjetivos, de tipo individual o particular, cobra cada vez más importancia el marco general o comunitario. La pena se ordena a restablecer el orden conculcado y a buscar la resocialización del autor, pero sin interesarse por la víctima. Este proceso es consecuencia del abandono de la perspectiva individual del delito – entendido como afectación de un derecho subjetivo – y la progresiva ampliación hacia bienes jurídicos en cuya preservación está interesado el Estado, con abstracción de la víctima. Se ha priorizado en este proceso la lesión institucional sobre la lesión individual³.

Las sociedades occidentales, dice Christie, padecen dos problemas que pueden provocar conflictos: la desigualdad del acceso al trabajo y la injusta distribución de la riqueza. Frente a éstos surge la “industria del control del delito” que provee ganancias y trabajo al tiempo de responder a la perturbación social. Esta industria, opina, está en una posición privilegiada frente a las otras, pues la “oferta del delito parece ser infinita” al igual que la demanda de seguridad. Aclara, que es una industria respetuosa del medio ambiente, ya que además limpia de elementos indeseables al sistema social⁴.

Trasladados estos conceptos a la especie cabe preguntar qué se ha hecho al respecto en la faz pragmática para que la víctima del delito sea también una protagonista como sujeto de los Derechos Humanos.

En el área gubernamental se han creado centros de asistencia de protección y ayuda a la víctima que prestan un loable esfuerzo, sobre todo en lo que se refiere a las mujeres y niños víctimas de la violencia y de las agresiones sexuales. En muchas provincias existen organismos de esta naturaleza de carácter privado.

Ed. B de F, Montevideo, 2010, p. 162, y TAMARIT SUMALLA Josep “La víctima en el Derecho Penal”, Aranzadi, Pamplona, 1998, ps. 17 y sgtes.

³ ESER Alvin, citado por YACOBUCCI Guillermo “La deslegitimación de la potestad penal”, Ed. Abaco de Rodolfo Palma, Buenos Aires, 2000, p. 250.

⁴ CHRISTIE Nils “La industria del control del delito”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 21.

Con este introito creo que se está en condiciones de dar una definición aproximada de lo que constituye la víctima para realmente saber de qué se está hablando y para ello es menester recurrir a la Declaración ONU (AG Res 40/34 1985) que en su parte pertinente consigna que se entenderá por “víctimas” las personas que, individual o colectivamente hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de sus acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder y en la expresión se incluye a los familiares o personas a cargo que tengan una relación inmediata con la víctima y otras personas que hayan sufrido daño al intervenir al asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

II. Reseña histórica de la instrumentación de los derechos de la víctima

Haciendo un poco de historia de cómo ha ido evolucionando la incursión de la víctima y su protagonismo en el proceso hay que buscar, como primera medida el art. 75 inc. 22 de la C.N. que a partir de su reforma en 1994, incorpora los Tratados Internacionales y en tal sentido se puede advertir en forma expresa dispositivos relativos a la cuestión en el Pacto de San José de Costa Rica (CADH) – arts. 8.1 y 25 – y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – art. 14.1 –. Desde luego que estos estándares internacionales – tratados y protocolos – obligaron a nuestro país a realizar una labor de adecuación de la legislación interna a dichas normas supranacionales.

Es así, que por ejemplo, por ley 24.316 (B.O. 19/5/1994) se incorpora al Código Penal el instituto de la suspensión del juicio a prueba – probation – en los arts. 76 bis, ter y quáter que en cuanto al tema que se viene tratando le otorga a la víctima una participación aceptando o no, la reparación ofrecida por el imputado y en el supuesto de que se lleve a cabo la suspensión, lo habilitaba para incoar una acción civil de reparación del daño.

Posteriormente, se implementó la ley 24.417 (B.O. 3/1/1995) de “Protección contra la violencia familiar”.

Más específicamente, en el fuero penal, se introduce el segundo párrafo del art. 310 del C.P.P.N. referido a una medida cautelar que regulaba la exclusión

del hogar del procesado en el supuesto de que acaeciera alguno de los delitos previstos en el Título I, Capítulos I, II, III, V y VI y Título V, Capítulo I del C.P. – Delitos contra las personas (Delitos contra la vida, lesiones, homicidio o lesiones en riña, abuso de armas y abandono de personas) y delitos contra la libertad (delitos contra la libertad individual) – cometidos dentro de un grupo familiar convivientes, aunque estuviese constituido por uniones de hecho y las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente que puedan repetirse.

La ley 24.632 (B.O. 9/4/1996) aprueba la “Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer”, lo que se conoce como “Convención Belén do Pará”.

Otro instrumento de trascendencia fue la aprobación mediante la ley 25.362 (B.O. 30/8/2002) de la “Convención Internacional Contra la Delincuencia Organizada Transnacional” y sus protocolos reglamentarios que toman en consideración a las víctimas de trata de personas, tráfico de migrantes y la delincuencia organizada.

La ley 25.763 (B.O. 25/8/2003) aprueba el “Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía”.

En la ley 25.764 (B.O. 13/8/2003) se sanciona el “Programa Nacional de Protección a Testigos e Imputados”, lo que no obstante, no alude directamente a la víctima, se refiere al testigo e imputado que colabore con la justicia – arrepentido – y estaban referidos a los casos vinculados a crímenes de lesa humanidad y posteriormente se extiende a la trata de personas.

La ley 25.852 (B.O. 8/1/2004) incorpora al C.P.P.N. los arts. 250 bis y 250 ter alusivos a la instrumentación de la “Cámara Gesell”.

Otro hito legislativo lo constituye la ley 26.061 (B.O. 26/10/2005) de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” que obliga la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño que se erige en hacer prevalecer el interés del niño.

De suma importancia resultó la sanción de la ley 26.364 (B.O. 30/4/2008) que luego es modificada por la ley 26.842 (B.O. 27/12/2012) sobre la “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas” e incorpora los arts. 145 bis y ter y modifica el art. 41, todos C.P.

Otro ordenamiento legal de relevancia es la ley 26.485 (B.O.14/4/2009) de “Asistencia Social. Violencia. Protección Integral. Relaciones Interpersonales. Muje-

res” que en términos generales promueve la igualdad y garantiza el acceso a la justicia e impide la discriminación y revictimización.

La ley 26.549 (B.O. 27/11/2009) incorpora al C.P.P.N. el art. 218 bis sobre la extracción de ADN tanto para el imputado como para la víctima de acuerdo los procedimientos que indica la norma.⁵

En este racconto legislativo se observa un avance en la consideración de los derechos que se han ido incorporando en favor de la víctima y así se llega a la ley 27.063 (B.O. 10/12/2014) que aprueba el nuevo Código Procesal Penal de la Nación que en el Título III habla de la víctima y a su vez en el Capítulo I “Derechos Fundamentales” y Capítulo II “Querrela”. Cuya aplicación es suspendida por el Decreto 257/2015, pero luego lo retoma el Senado introduciéndole algunas modificaciones y el 6 de diciembre de 2018 la Cámara de Diputados lo convierte en ley bajo la denominación de Código Procesal Penal Federal. Es sancionado por la ley 27.482 (B.O 07/01/2019) y por decreto 118/ 08/02/2019 se aprueba el texto ordenado del Código Procesal Penal Federal, aprobado por la ley 27.063 con las incorporaciones dispuestas por la ley 27.272 y las modificaciones introducidas por la ley 27.482, el que se denominará “Código Procesal Penal Federal (T.O. 2019)”, que como Anexo I (IF-2019-05102811-APN-MJ) forma parte del presente.

Para remediar, en parte aquella suspensión, se instrumenta la ley 27.372 de “Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”.

Finalmente, la Ley 27.375 (B.O 26/07/2017) reforma varios artículos de la ley de ejecución penal 24.660, donde la víctima es consultada sobre la concesión de salidas transitorias, régimen de semilibertad, libertad condicional, prisión domiciliaria, prisión discontinua o semidetención, libertad asistida y régimen preparatorio para su liberación – arts. 11 bis., 17. VI, 33, 45, 54 –.

III. Los derechos de la víctima consagrados por la ley específica

El art. 2º dice: “Se considera víctima: a) A la persona ofendida directamente por el delito; b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guarda-

⁵ Se consulta para estos antecedentes a AGUIRRE Guido en ALMEYRA Miguel - BAEZ Julio (Directores), TELLAS Adrián (coordinador) “Tratado de Derecho Procesal Penal” t. II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, ps. 155 y sgtes.

dores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos”.

El inc. a) considera “víctima” a la persona ofendida directamente por el delito, es decir, sobre quien reposa las consecuencias del accionar ilícito o a la persona que ha resultado damnificado por un delito, esto es, el sujeto pasivo de éste⁶.

El concepto reflejado en este art. 2º se compadece con el ya expuesto en el acápite I contenido en la Declaración ONU (AG Res 40/34 1985).

En tanto que la Carta Iberoamericana se limita a las personas físicas y dice: “Para todos los efectos de la presente CARTA, se entenderá por víctima, a toda persona física que haya sido indiciariamente afectada en sus derechos por una conducta delictiva, particularmente aquéllas que hayan sufrido violencia ocasionada por una acción o omisión que constituya infracción penal o hecho ilícito, sea física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico”. Este concepto coincide en términos generales con el de la “Decisión Marco (Europea)” que en el art. 1º define: “Víctima es la persona física que haya sufrido un perjuicio causado por una acción u omisión que infrinja la legislación penal de un estado miembro...”⁷.

Asimismo, se ha considerado que el art. 2 conceptúa a la víctima directa a aquélla que sufrió en forma personal el ataque o menoscabo consecuente inmediato del bien jurídico protegido que le atañe – vida, honor, propiedad, integridad patrimonial, libertad sexual, dignidad, etc. –⁸.

Es evidente que quizás las definiciones más abarcativas de la voz “víctima” provienen de los diferentes tratados internacionales y que se resumen, en definitiva, en la utilizada por el art. 2. Pero estimo que una de las conceptualizaciones más completas emerge de “Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad” elaborado por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana del 2008 que en la Sección 2ª.- “Beneficiarios de las Reglas” apart. 5 – victimización – define a la víctima como “toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la

⁶ ALMEYRA Miguel (Director), BAEZ Julio (Coordinador) “Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y Anotado” t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 505.

⁷ BUNGE CAMPOS Luis en VILLADA Jorge (Director) “Código Procesal Penal de la Nación. Comentado. Comparado. Concordado” Ed. Advocatus, Córdoba, 2017, p. 74.

⁸ VILLADA Jorge en Idem. (Director) (ob. cit. p. 292).

lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa”, pues este último párrafo se condice con el inc. b) del art. 2.

Justamente en este inc. b) también se consideran víctimas al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieran tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

En cierta forma este art. 2º en sus dos incisos no es otra cosa que la reproducción del art. 78 del C.P.P.F.

Pastor al analizar el C.P.P.N. del 2014 realiza una singular crítica a la incorporación de la víctima como un sujeto a quien llama “el dueño del código del 2014, pero también el talón de Aquiles del nuevo régimen procesal” y arriesga que no debería estar en este ordenamiento o al menos, en este título. “Autor y víctima son los personajes del Código Penal. En el proceso hay imputado y querrelante o acusador particular, quienes tal vez lleguen a ser autor y víctima, o no. Por eso, es un error de este C.P.P.N. llamar víctima a quien jurídico-procesal-constitucionalmente no lo es todavía (aunque en verdad lo sea), lo mismo que no es autor, en el mismo sentido normativo, el imputado (no obstante que quizá lo sea). Bajo esa mirada, concederle tantas prerrogativas en el enjuiciamiento es una exageración, porque la víctima, con razón, ya tenía de su lado todos los preceptos de la Parte Especial del derecho penal. Ese es su lugar, el derecho sustantivo de autor y de víctima...”⁹. Cuestiona que en la ley procesal se le da un tratamiento consumado – “ya es víctima” – aunque estrictamente ella no podría serlo hasta la culminación del proceso, lo cual lo considera no sólo inadecuado sino contrario al principio de inocencia, pues el imputado es inocente hasta que se lo declare culpable, de modo que se debería hablar de “presunta víctima” y de “presunto ofendido”. También critica que se consideren expresamente como víctimas al cónyuge, conviviente, herederos – según la redacción del código – tutores o guardadores de quien resultó muerto o incapacitado por el delito, y esto lo califica no como un error in nomine, sino como

⁹ PASTOR Daniel “Lineamientos del nuevo Código Procesal de la Nación. Análisis Crítico” 2ª edición corregida, actualizada y ampliada, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, ps. 60/61.

una mentira, pues estas personas no son víctimas ni llegarán a serlo incluso en el supuesto que el imputado sea condenado. Lo que sí es correcto es que puedan ser admitidos como acusadores particulares, pero no son ni serán sujetos pasivos del hecho punible en cuestión¹⁰.

Si bien lo dicho por Pastor tiene su veta de verdad, en cuanto se le otorgan derechos a la víctima que aún no es considerada víctima en el sentido técnico procesal, como así tampoco el autor no es culpable hasta que sobre él recaiga una condena, pues antes es sólo un imputado gozando de principio de inocencia y que se debería hablar de “presunta víctima” y “presunto ofendido”. En realidad, lo que se pretende con este realzamiento de la víctima en el proceso penal es procurarle no sólo un protagonismo en las insipientes puertas del proceso a los fines más bien de tipo preventivo para que la misma pueda ser amparada, escuchada y respetada. En definitiva, para luego exteriorizar sus apetencias e instrumentar réplicas para poder tener ese protagonismo del que se hablaba. Hay que reconocer que la víctima está dejando de ser la persona desafortunada que ha percibido las consecuencias del delito y a soportar – inerme y prácticamente en silencio – esas consecuencias. Así como se ha bregado por la asistencia y el poner atención en los derechos que se le asignan al presunto sujeto activo del delito en aras de entender sus necesidades, derecho a un juicio justo, a una defensa apropiada, a una rehabilitación o resocialización como fundamento de la pena. La otra pata de la relación delictiva, la víctima, debe tener también igualdad de herramientas desde su rol de tal. Todo ello, se vislumbra con mayor claridad a través de los dispositivos de la ley 27.372.

En cuanto a que no la considera víctima al cónyuge, conviviente, herederos, tutores o guardadores de quién resultó muerto o incapacitado por el delito es una consagración de “Las 100 reglas de Brasilia sobre acceso de la justicia de personas en condición de vulnerabilidad que en el sección 2ª, apartado 5 en el último párrafo determina que también en el término víctima se podrá incluir a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa, como se mencionó ut-supra.

“Es que en el presente, cual marcado contraste con las políticas públicas de antaño, la víctima – el eterno sujeto olvidado del epicentro penal – se ha venido convirtiendo en un autor principal, así como

¹⁰ Idem (ob. cit. ps. 61/62).

que el objetivo de atender sus derechos se ha ido transformando, alentadoramente, en un elemento de la misión redefinida de todos los estamentos de la justicia represiva. Al margen de otro género de valoraciones, parece haber llegado el momento de ultimar la causticidad – ya anunciada por A. Normandeu –, en tanto suponía transformar en destinatarios de todos los movimientos humanitarios a los delincuentes y prescindir de actitudes, de matriz semejante, respecto de las víctimas”¹¹.

En el inc. a) se sindicaba a la víctima directa, en el b) se mencionaba a las denominadas “víctimas indirectas” del hecho que constituyen en la práctica un grupo afín que sufre las consecuencias del delito de la víctima directa, pues vendrían a ser aquéllos que integran el denominado “grupo referencial” más próximo que deben operar como factores de contención y asistencia – incluso con la connivencia de profesionales especializados – a la víctima, resignando sus propias contingencias psicológicas para privilegiar a aquélla.

Por eso, se incluye al cónyuge – de uno u otro sexo –, al conviviente – con los alcances que le da el C.C. y C., uniones convivenciales, registradas o no –, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores.

“En los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo” dice la ley. Esto implica que no solamente se restringe al homicidio – delito por excelencia donde se produce el óbito de la víctima, sea con carácter doloso, culposo o preterintencional – sino a todo aquél, donde como consecuencia del accionar del agente resulte la muerte del sujeto pasivo. Por ej. el aborto (art. 85 inc. 1º), el homicidio en riña (art. 95), el abandono de personas (art. 106, 3º párrafo), el abuso sexual y el estupro (art. 124), la coacción (art. 142 bis, 2º y 3º párrafo), la privación de la libertad funcional (art. 142 ter. 2º párrafo, 144 ter. inc. 2º), el robo seguido de homicidio (art. 165) la extorsión (art. 170, 3º y 4º párrafo), el incendio y otros estragos (art. 186 inc. 5º), la puesta en peligro de

¹¹ KENT Jorge “La ejecución penal a la luz de la contigua sanción del Código Procesal Penal de la Nación Argentina” en ALMEYRA Miguel - BAEZ Julio (Directores), TELLAS Adrián (coordinador) (ob. cit. t. III, ps. 514/515).

la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave (art. 190, párrafo 3º), la detención o entorpecimiento de un tren o descarrilamiento (art. 191 inc. 4º), la piratería (art. 199), el envenenamiento de agua potables, sustancias alimenticias o medicinales (art. 201 bis. y 203), etc.

Considero que el dispositivo es acotado al contemplar solamente casos de ilícitos con resultado de muerte, porque hay otros tantos donde sin llegar a ese extremo, también se producen consecuencias de intensidad física y psíquica tanto para la víctima directa como para la víctimas indirectas, tal serían los ataques sexuales, los robos, especialmente con armas, lesiones de distinta índole y otra cantidad de hechos que sería de tediosa enumeración.

La norma concluye con el supuesto del “si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos”.

a) Daño psíquico

Según los expertos el daño psíquico es todo trastorno emocional ocasionado por un acontecimiento disvalioso – enfermedad profesional, accidente, delito – . Para que un trastorno emocional llegue a ser considerado como daño psíquico deberá reunir determinadas características. No todo trastorno psíquico es daño psíquico. Por ello, de acuerdo a cinco características que debe reunir éste, se dice que el daño psíquico es un síndrome psiquiátrico coherente – enfermedad psíquica –, novedoso en la biografía, relacionado causal o concausalmente con el evento de autos – accidente, enfermedad, delito –, que ha ocasionado una disminución de las aptitudes psíquicas previas – incapacidad –, que tiene carácter irreversible – cronicidad – o al menos jurídicamente consolidado – dos años – . “La figura jurídica del daño psíquico requiere como elemento tipificador la existencia de patología psíquica, la presencia de un cuadro psicopatológico, coherente, ya que signos aislados que no conforman una categoría diagnóstica no son compatibles con la figura del daño psíquico. Tampoco lo son las molestias, el sufrimiento, las preocupaciones, la afrenta a los sentimientos, los dolores intensos, los temores ante una posible invalidez, los padecimientos propios de la rehabilitación, las aflicciones por cambios en la dinámica familiar, la pérdida de autoestima, la afeción en valores éticos y morales, etc., que verosímilmente el

sujeto tuvo (en los momentos inmediatos al hecho) o tiene (hasta el momento de la peritación psicológica), que constituyen el llamado daño moral y no es labor del perito psicólogo determinarlo”¹².

Esta patología puede causar algún grado de incapacidad para desempeñar tareas habituales, acceder al trabajo, relacionarse con las demás personas, la psicosexualidad, etc..

b) Afectación física

El concepto está dirigido a la lesión como un daño corporal físico y dado las características que le impone el art. 2 en cuanto a la imposibilidad de ejercer los derechos, se deben considerar que se refiere a las lesiones previstas en los arts. 90 y 91 del C.P.

El art. 3 especifica cuáles son los objetivos de la presente ley: “a) Reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial, el derecho al asesoramiento, asistencia, representación, protección, verdad, acceso a la justicia, tratamiento justo, reparación, celeridad y todos los demás derechos consagrados en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que el Estado nacional es parte, demás instrumentos legales internacionales ratificados por ley nacional, las constituciones provinciales y los ordenamientos locales; b) Establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, hacer respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas, así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar delitos y lograr la reparación de los derechos conculcados; c) Establecer recomendaciones y protocolos sobre los deberes y obligaciones específicos a cargo de las autoridades y de todo aquel que intervenga en los procedimientos relacionados con las víctimas de delito”.

En realidad este artículo propone prácticamente una declaración de principios con respecto a todas las facilidades que se le adjudican a la víctima para tener el protagonismo que luego en el resto del articulado de la ley se plasman.

¹² RISSO Ricardo “Daño psíquico. Delimitación y diagnóstico. Fundamento teórico y clínico del dictamen pericial” en “Cuadernos de Medicina Forense” Año 1, N°2, Mayo 2003, ps. 67/75.

El art. 4 dispone: “La actuación de las autoridades responderá a los siguientes principios: a) Rápida intervención: las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección que requiera la situación de la víctima se adoptarán con la mayor rapidez posible, y si se tratare de necesidades apremiantes, serán satisfechas de inmediato, si fuere posible, o con la mayor urgencia; b) Enfoque diferencial: las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección de la víctima se adoptarán atendiendo al grado de vulnerabilidad que ella presente, entre otras causas, en razón de la edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad u otras análogas; c) No revictimización: la víctima no será tratada como responsable del hecho sufrido, y las molestias que le ocasione el proceso penal se limitarán a las estrictamente imprescindibles”.

Aquí también la legislación se preocupa por imponerle a las autoridades competentes una serie de principios que debe observar en cuanto a la protección y ayuda a la víctima con la mayor celeridad posible que también se desarrolla y se plasma posteriormente en el C.P.P.F. Por ejemplo, una rápida intervención en cuanto a proveer las medidas de ayuda, atención, asistencia y protección que requiera la situación de la víctima que se adoptarán con la mayor rapidez posible, y si se tratare de necesidades apremiantes, serán satisfechas de inmediato, si fuere posible, o con la mayor urgencia. Se tratan de medidas preventivas y de carácter urgente. El inc. b) determina que dichas medidas se adoptaran de acuerdo al grado de vulnerabilidad de la víctima en razón de la edad, género, orientación sexual, etnia, grado de discapacidad u otras análogas y el inc. c) trata de la revictimización evitando, en lo posible, la misma y también evitando las molestias que se ocasione en el proceso penal a lo indispensable.

El art. 5 se refiere en forma extensa y pormenorizada a los derechos que le asisten a la víctima, los cuales también se incluyen en las reformas al C.P.P.F.: “La víctima tendrá los siguientes derechos: a) A que se le reciba de inmediato la denuncia del delito que la afecta; b) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento; c) A que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación; d) A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes; e) A ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social, durante el tiempo que indiquen los profesionales intervinientes; f) A ser informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera

intervención en el procedimiento; g) A que en las causas en que se investiguen delitos contra la propiedad, las pericias y diligencias sobre las cosas sustraídas sean realizadas con la mayor celeridad posible; h) A intervenir como querellante o actor civil en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por la garantía constitucional del debido proceso y las leyes de procedimiento locales; i) A examinar documentos y actuaciones, y a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado; j) A aportar información y pruebas durante la investigación; k) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente; l) A ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada; m) A solicitar la revisión de la desestimación, el archivo o la aplicación de un criterio de oportunidad solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, cuando hubiera intervenido en el procedimiento como querellante; n) A que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que fueren procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores; ñ) A que le sean reintegrados los bienes sustraídos con la mayor urgencia; o) Al sufragio de los gastos que demande el ejercicio de sus derechos, cuando por sus circunstancias personales se encontrare económicamente imposibilitada de solventarlos. Esta enumeración no es taxativa y no será entendida como negación de otros derechos no enumerados”. Este precepto no merece mayores comentarios en esta etapa del trabajo pues en el mismo se enumeran todas las prerrogativas que tiene la víctima antes, durante y al final de un proceso y se amplían un tanto las facultades que ya se determinan en el art. 80 del C.P.P.F. y que serán motivo de análisis ut - retro.

El art. 6 expresa: “Cuando la víctima presente situaciones de vulnerabilidad, entre otras causas, en razón de su edad, género, preferencia u orientación sexual, etnia, condición de discapacidad, o cualquier otra análoga, las autoridades deberán dispensarle atención especializada. Se presumirá situación de especial vulnerabilidad en los siguientes casos: a) Si la víctima fuere menor de edad o mayor de setenta (70) años, o se tratare de una persona con discapacidad; b) Si existiere una relación de dependencia económica, afectiva, laboral o de subordinación entre la víctima y el supuesto autor del delito”.

En esta ocasión ante situaciones de vulnerabilidad, en razón de la edad, género, orientación sexual, etnia, situación de discapacidad u otra análoga, la au-

toridades le prodigaran una atención especializada poniendo como ejemplo especial de vulnerabilidad los casos de: víctima menor de edad o mayor de setenta años, personas con discapacidad o relación de dependencia económica, afectiva, laboral o subordinación entre la víctima y el supuesto autor del delito. La lógica de este dispositivo reside obviamente en la situación de gran vulnerabilidad que presentan las personas allí citadas – menor de edad, mayor de setenta años, persona con discapacidad – y se agrega una circunstancia particular y muy interesante de actualidad que restringe en muchos casos la posibilidad de la víctima – sobre todo mujer – de ejercer la facultad de denunciar un hecho delictivo porque existe una relación de dependencia económica, afectiva, laboral que subordina a la víctima con el supuesto sujeto activo del delito y por ende la condiciona en sus derechos.

El art. 7 dice: “La autoridad que reciba la denuncia deberá: a) Asesorarla acerca de los derechos que le asisten y de los medios con que cuenta para hacerlos valer; b) Informarle los nombres del juez y el fiscal que intervendrán en el caso, y la ubicación de sus despachos; c) Informarle la ubicación del centro de asistencia a la víctima más cercano, y trasladarla hasta allí en el plazo más breve posible, si la víctima lo solicitare y no contare con medio propio de locomoción”.

En este supuesto se le impone el deber a la autoridad que reciba la denuncia asesorar a la supuesta víctima respecto a los derechos que le asisten, informarle el nombre y la ubicación de los despachos del juez y el fiscal que intervienen en el caso e informarle también la ubicación del centro de atención a la víctima más cercano e incluso trasladarla hasta ese lugar a la brevedad en el supuesto en que aquélla lo solicitare o no tuviera un medio para llegar al lugar. Todo ello implica el derecho de la víctima a la información de ciertos pormenores que normalmente no conoce, en el momento de que se reciba su denuncia.

El art. 8 propone: “En los supuestos del inciso d) del artículo 5°, se presumirá la existencia de peligro si se tratare de víctimas de los siguientes delitos: a) Delitos contra la vida; b) Delitos contra la integridad sexual; c) Delitos de terrorismo; d) Delitos cometidos por una asociación ilícita u organización criminal; e) Delitos contra la mujer, cometidos con violencia de género; f) Delitos de trata de personas. La autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas necesarias para neutralizar el peligro. En especial, podrá reservar la información sobre su domicilio o cualquier otro dato que revele su ubicación. La reserva se

levantará cuando el derecho de defensa del imputado lo hiciere imprescindible”. Esta norma en el caso del inc. d) del art. 5 – requerimiento de medidas de protección para la seguridad de la víctima, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes – presume la existencia de dichos peligros en los casos de los delitos consignados en el artículo – detallándolos – y dispone que la autoridad está obligada – “deberá” – a adoptar las medidas imprescindibles para amenguar el peligro, reservando información sobre el domicilio u otro dato que revelen la ubicación. Dejando a salvo que la reserva se dejará de lado a pedido de la defensa del imputado cuando fuera imprescindible. Aquí la norma arranca de un presunción de la existencia de un peligro para la víctima en los casos de denuncias de delitos contra la vida, integridad sexual, de terrorismo, asociación ilícita u organización criminal, delito contra la mujer con violencia de género, delito de trata de personas. Estimo que esta enumeración no es taxativa, pues pueden darse en otro género de delitos, por ejemplo en el caso de los robos donde obviamente se producen situaciones sumamente violentas – ya conocidas por todos – donde las víctimas al efectuar sus denuncias corren peligro por las represalias de los delincuentes o sus familiares.

El art. 9 establece: “La autoridad deberá atender al sufragio de los gastos de traslado, hospedaje temporal y sostén alimentario de urgencia que fueren necesarios, cuando por sus circunstancias personales, la víctima se encontrare económicamente imposibilitada para hacerlo”.

Esto representa lo ya consignado en normas del C.P.P.F., en cuanto a sufragio de los gastos de la víctima para su traslado, hospedaje y alimentación en caso de la carencia de medios económicos para afrontarlo. Es decir, que la ausencia de posibilidades económicas amenguadas no represente un obstáculo para que la víctima pueda ejercer sus derechos.

El art. 10 expresa: “Las autoridades adoptarán todas las medidas que prevegan un injustificado aumento de las molestias que produzca la tramitación del proceso, concentrando las intervenciones de la víctima en la menor cantidad de actos posibles, evitando convocatorias recurrentes y contactos innecesarios con el imputado. A tal fin se podrán adoptar las siguientes medidas: a) La víctima podrá prestar declaración en su domicilio o en una dependencia especialmente adaptada a tal fin; b) En el acto en que la víctima participe, podrá disponerse el acompañamiento de un profesional; c) La víctima podrá prestar testimonio en la audiencia de juicio, sin la presencia del imputado o del público”.

En este precepto se reiteran conceptos antes delineados con respecto a las molestias injustificadas que se le puedan ocasionar a la víctima en el tramo de la tramitación de proceso, evitando reiteradas convocatorias – salvo que sea necesarias – y contactos innecesarios con el imputado. Por ello se pueden instrumentar medidas tales como la declaración de la víctima en el domicilio o en un lugar especialmente adaptado, el acompañamiento mediante un profesional – no específica de qué disciplina – pues puede ser tanto un abogado o un profesional de la salud, por ej. psicólogo, y la declaración en la audiencia del juicio sin la presencia del imputado ni público.

El art. 11 consigna: “La víctima tiene derecho a recibir gratuitamente el patrocinio jurídico que solicite para ejercer sus derechos, y en su caso para querellar, si por sus circunstancias personales se encontrare imposibilitada de solventarlo”.

En este supuesto se repite normativas del C.P.P.F. respecto a la gratuidad del patrocinio letrado en caso de no designar uno de su confianza para ejercer sus derechos o para adquirir la calidad de querellante. El art. 81 establece: “Para el ejercicio de sus derechos, la víctima podrá designar a un abogado de su confianza. Si no lo hiciere se le informará que tiene derecho a ser asistida técnicamente y se la derivará a la oficina de asistencia correspondiente, conforme lo dispuesto en la ley 27.372 o la que en el futuro la reemplace”.

El art. 12 explicita: “Durante la ejecución de la pena la víctima tiene derecho a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a: a) Salidas transitorias; b) Régimen de semilibertad; c) Libertad condicional; d) Prisión domiciliaria; e) Prisión discontinua o semidetención; f) Libertad asistida; g) Régimen preparatorio para su liberación. El Tribunal a cargo del juicio, al momento del dictado de la sentencia condenatoria, deberá consultar a la víctima si desea ser informada acerca de los planteos referidos en el párrafo que antecede. En ese caso, la víctima deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones”.

También esta norma se superpone con disposiciones contenidas en el art. 373 C.P.P.F.: “Derechos de la víctima. La víctima tendrá derecho a ser informada de la iniciación de todo planteo en el que se pueda decidir alguna forma de li-

beración anticipada del condenado, o la extinción de la pena o la medida de seguridad, siempre que lo hubiera solicitado expresamente ante el Ministerio Público Fiscal, y de conformidad con las disposiciones de las leyes 24.660 y modificatorias y 27.372, o de aquellas que en el futuro las reemplacen”

El art. 14 consigna: “En los casos referidos en el artículo anterior, si la gravedad del hecho que motivó la condena y las circunstancias del caso permitieran presumir peligro para la víctima, la autoridad deberá adoptar las medidas precautorias necesarias para prevenirlo. A efectos de evaluar la posibilidad de peligro se tendrá especialmente en cuenta lo establecido en los artículos 6° y 8° de esta ley”.

En el caso de la gravedad del hecho que motivó la condena y de ello deviniera la presunción de que la víctima estuviera en peligro, la autoridad de aplicación deberá adoptar las previsiones que establecen los arts. 6 y 8 de la presente ley. Aquí se reiteran las medidas para situaciones de peligro de la víctima ante hipotéticas represarías por parte de los condenados o sus familiares¹³.

IV. Modificaciones introducidas por la ley 27.482 que instaura el C.P.P.F.3

Debo colegir que a raíz de la sanción de la ley 27.482 que modifica la ley 27.603 dejada en suspenso por el decreto 257/2015 deja sin efecto los arts. 15 y ssgtes. de la ley 27.372 que introducía reformas en el C.P.P.N. y todo referente a los derechos o atributos que tiene la víctima durante el proceso se rige por el nuevo C.P.P.F. sancionado por la primera ley mencionada.

El art. 2° de la ley 27.372 de “Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos” dice: “Se considera víctima: a) A la persona ofendida directamente por el delito; b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos”.

El inc. a) considera “víctima” a la persona ofendida directamente por el delito, es decir, sobre quien reposa las consecuencias del accionar ilícito o a la per-

¹³ Sobre la base de FIGARI Rubén “Somero análisis de la ley de Derechos y garantías de las personas víctimas de delitos (Ley27.372)” Publicado en www.pensamientopenal.com.ar; www.terragnijurista.com.ar y Revista de Derecho Penal y Criminología Ed. La Ley año VII, número 9, octubre 2017.

sona que ha resultado damnificado por un delito, esto es, el sujeto pasivo de éste¹⁴.

El concepto reflejado en este art. 2º se compadece con el ya expuesto en el acápite I contenido en la Declaración ONU (AG Res 40/34 1985).

En tanto que la Carta Iberoamericana se limita a las personas físicas y dice: “Para todos los efectos de la presente CARTA, se entenderá por víctima, a toda persona física que haya sido indiciariamente afectada en sus derechos por una conducta delictiva, particularmente aquéllas que hayan sufrido violencia ocasionada por una acción o omisión que constituya infracción penal o hecho ilícito, sea física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico”. Este concepto coincide en términos generales con el de la “Decisión Marco (Europea)” que en el art. 1º define: “Víctima es la persona física que haya sufrido un perjuicio causado por una acción u omisión que infrinja la legislación penal de un estado miembro...”¹⁵.

Asimismo, se ha considerado que el art. 2 conceptúa a la víctima directa a aquélla que sufrió en forma personal el ataque o menoscabo consecuente inmediato del bien jurídico protegido que le atañe – vida, honor, propiedad, integridad patrimonial, libertad sexual, dignidad, etc. –¹⁶.

Es evidente que quizás las definiciones más abarcativas de la voz “víctima” provienen de los diferentes tratados internacionales y que se resumen, en definitiva, en la utilizada por el art. 2. Pero estimo que una de las conceptualizaciones más completas emerge de “Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad” elaborado por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana del 2008 que en la Sección 2ª.- “Beneficiarios de las Reglas” apart. 5 – victimización – define a la víctima como “toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa”, pues este último párrafo se condice con el inc. b) del art. 2.

¹⁴ ALMEYRA Miguel (Director), BAEZ Julio (Coordinador) “Código Procesal Penal de la Nación. Comentado y Anotado” t. I, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 505.

¹⁵ BUNGE CAMPOS Luis en VILLADA Jorge (Director) “Código Procesal Penal de la Nación. Comentado. Comparado. Concordado” Ed. Advocatus, Córdoba, 2017, p. 74.

¹⁶ VILLADA Jorge en Idem. (Director) (ob. cit. p. 292).

Justamente en este inc. b) también se consideran víctimas al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos.

En cierta forma este art. 2º en sus dos incisos no es otra cosa que la reproducción del art. 78 del C.P.P.F.

Pastor al analizar el C.P.P.N. del 2014 realiza una singular crítica a la incorporación de la víctima como un sujeto a quien llama “el dueño del código del 2014, pero también el talón de Aquiles del nuevo régimen procesal” y arriesga que no debería estar en este ordenamiento o al menos, en este título. “Autor y víctima son los personajes del Código Penal. En el proceso hay imputado y querrelante o acusador particular, quienes tal vez lleguen a ser autor y víctima, o no. Por eso, es un error de este C.P.P.N. llamar víctima a quien jurídico-procesal-constitucionalmente no lo es todavía (aunque en verdad lo sea), lo mismo que no es autor, en el mismo sentido normativo, el imputado (no obstante que quizá lo sea). Bajo esa mirada, concederle tantas prerrogativas en el enjuiciamiento es una exageración, porque la víctima, con razón, ya tenía de su lado todos los preceptos de la Parte Especial del derecho penal. Ese es su lugar, el derecho sustantivo de autor y de víctima...”¹⁷. Cuestiona que en la ley procesal se le da un tratamiento consumado – “ya es víctima” – aunque estrictamente ella no podría serlo hasta la culminación del proceso, lo cual lo considera no sólo inadecuado sino contrario al principio de inocencia, pues el imputado es inocente hasta que se lo declare culpable, de modo que se debería hablar de “presunta víctima” y de “presunto ofendido”. También critica que se consideren expresamente como víctimas al cónyuge, conviviente, herederos – según la redacción del código – tutores o guardadores de quien resultó muerto o incapacitado por el delito, y esto lo califica no como un error in nomine, sino como una mentira, pues estas personas no son víctimas ni llegarán a serlo incluso en el supuesto que el imputado sea condenado. Lo que sí es correcto es que puedan ser admitidos como acusadores particulares, pero no son ni serán sujetos pasivos del hecho punible en cuestión¹⁸.

¹⁷ PASTOR Daniel (ob. cit. ps. 60/61).

¹⁸ Idem (ob. cit. ps. 61/62).

Si bien lo dicho por Pastor tiene su veta de verdad, en cuanto se le otorgan derechos a la víctima que aún no es considerada víctima en el sentido técnico procesal, como así tampoco el autor no es culpable hasta que sobre él recaiga una condena, pues antes es sólo un imputado gozando de principio de inocencia y que se debería hablar de “presunta víctima” y “presunto ofendido”. En realidad, lo que se pretende con este realzamiento de la víctima en el proceso penal es procurarle no sólo un protagonismo en las insipientes puertas del proceso a los fines más bien de tipo preventivo para que la misma pueda ser amparada, escuchada y respetada. En definitiva, para luego exteriorizar sus apetencias e instrumentar réplicas para poder tener ese protagonismo del que se hablaba. Hay que reconocer que la víctima está dejando de ser la persona desafortunada que ha percibido las consecuencias del delito y a soportar – inerte y prácticamente en silencio – esas consecuencias. Así como se ha bregado por la asistencia y el poner atención en los derechos que se le asignan al presunto sujeto activo del delito en aras de entender sus necesidades, derecho a un juicio justo, a una defensa apropiada, a una rehabilitación o resocialización como fundamento de la pena. La otra pata de la relación delictiva, la víctima, debe tener también igualdad de herramientas desde su rol de tal. Todo ello, se vislumbra con mayor claridad a través de los dispositivos de la ley 27.372.

En cuanto a que no la considera víctima al cónyuge, conviviente, herederos, tutores o guardadores de quién resultó muerto o incapacitado por el delito es una consagración de “Las 100 reglas de Brasilia sobre acceso de la justicia de personas en condición de vulnerabilidad que en el sección 2ª, apartado 5 en el último párrafo determina que también en el término víctima se podrá incluir a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa, como se mencionó ut-supra.

“Es que en el presente, cual marcado contraste con las políticas públicas de antaño, la víctima – el eterno sujeto olvidado del epicentro penal – se ha venido convirtiendo en un autor principal, así como que el objetivo de atender sus derechos se ha ido transformando, alentadoramente, en un elemento de la misión redefinida de todos los estamentos de la justicia represiva. Al margen de otro género de valoraciones, parece haber llegado el momento de ultimar la causticidad – ya anunciada por A. Normandeu –, en tanto suponía

transformar en destinatarios de todos los movimientos humanitarios a los delincuentes y prescindir de actitudes, de matriz semejante, respecto de las víctimas”¹⁹.

En el inc. a) se indica a la víctima directa, en el b) se menciona a las denominadas “víctimas indirectas” del hecho que constituyen en la práctica un grupo afín que sufre las consecuencias del delito de la víctima directa, pues vendrían a ser aquéllos que integran el denominado “grupo referencial” más próximo que deben operar como factores de contención y asistencia – incluso con la connivencia de profesionales especializados – a la víctima, resignando su propias contingencias psicológicas para privilegiar a aquélla.

Por eso, se incluye al cónyuge – de uno u otro sexo –, al conviviente – con los alcances que le da el C.C. y C., uniones convivenciales, registradas o no –, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores.

“En los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieren tal vínculo” dice la ley. Esto implica que no solamente se restringe al homicidio – delito por excelencia donde se produce el óbito de la víctima, sea con carácter doloso, culposo o preterintencional – sino a todo aquél, donde como consecuencia del accionar del agente resulte la muerte del sujeto pasivo. Por ej. el aborto (art. 85 inc. 1º), el homicidio en riña (art. 95), el abandono de personas (art. 106, 3º párrafo), el abuso sexual y el estupro (art. 124), la coacción (art. 142 bis, 2º y 3º párrafo), la privación de la libertad funcional (art. 142 ter. 2º párrafo, 144 ter. inc. 2º), el robo seguido de homicidio (art. 165) la extorsión (art. 170, 3º y 4º párrafo), el incendio y otros estragos (art. 186 inc. 5º), la puesta en peligro de la seguridad de una nave, construcción flotante o aeronave (art. 190, párrafo 3º), la detención o entorpecimiento de un tren o descarrilamiento (art. 191 inc. 4º), la piratería (art. 199), el envenenamiento de agua potables, sustancias alimenticias o medicinales (art. 201 bis. y 203), etc.

Considero que el dispositivo es acotado al contemplar solamente casos de ilícitos con resultado de muerte, porque hay otros tantos donde sin llegar a ese extremo, también se producen consecuencias de intensidad física y psíquica tanto para la víctima directa como para la víctimas indirectas, tal serían los ataques sexuales, los robos, especialmente con armas, lesiones de distinta índole y otra cantidad de hechos que sería de tediosa enumeración.

¹⁹ KENT Jorge en ALMEYRA Miguel - BAEZ Julio (Directores), TELLAS Adrián (coordinador) (ob. cit. t. III, ps. 514/515).

La norma concluye con el supuesto del “si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos”.

c) Daño psíquico

Según los expertos el daño psíquico es todo trastorno emocional ocasionado por un acontecimiento disvalioso – enfermedad profesional, accidente, delito – . Para que un trastorno emocional llegue a ser considerado como daño psíquico deberá reunir determinadas características. No todo trastorno psíquico es daño psíquico.

Por ello, de acuerdo a cinco características que debe reunir éste, se dice que el daño psíquico es un síndrome psiquiátrico coherente – enfermedad psíquica –, novedoso en la biografía, relacionado causal o concausalmente con el evento de autos – accidente, enfermedad, delito –, que ha ocasionado una disminución de las aptitudes psíquicas previas – incapacidad –, que tiene carácter irreversible – cronicidad – o al menos jurídicamente consolidado – dos años –. “La figura jurídica del daño psíquico requiere como elemento tipificador la existencia de patología psíquica, la presencia de un cuadro psicopatológico, coherente, ya que signos aislados que no conforman una categoría diagnóstica no son compatibles con la figura del daño psíquico. Tampoco lo son las molestias, el sufrimiento, las preocupaciones, la afrenta a los sentimientos, los dolores intensos, los temores ante una posible invalidez, los padecimientos propios de la rehabilitación, las aflicciones por cambios en la dinámica familiar, la pérdida de autoestima, la afeción en valores éticos y morales, etc., que verosíblemente el sujeto tuvo (en los momentos inmediatos al hecho) o tiene (hasta el momento de la peritación psicológica), que constituyen el llamado daño moral y no es labor del perito psicólogo determinarlo”²⁰.

Esta patología puede causar algún grado de incapacidad para desempeñar tareas habituales, acceder al trabajo, relacionarse con las demás personas, la psicosexualidad, etc.

d) Afectación física

El concepto está dirigido a la lesión como un daño corporal físico y dadas las características que le impone el art. 2 en cuanto a la imposibilidad de ejercer los

²⁰ RISSO Ricardo (ob. cit. ps. 67/75).

derechos, se deben considerar que se refiere a las lesiones previstas en los arts. 90 y 91 del C.P.

Volviendo al análisis del C.P.P.F al margen del Título III que habla específicamente de la víctima, existen en cuerpo adjetivo diversas normas que mencionan a la misma interviniendo en otras regulaciones que contrapesan los derechos o beneficios del o los victimarios.

Por ejemplo ya el art. 12 genéricamente determina cuáles son los derechos de la víctima en los siguientes términos: “La víctima tiene derecho a una tutela judicial efectiva, a la protección integral de su persona, su familia y sus bienes frente a las consecuencias del delito, a participar del proceso penal en forma autónoma y a solicitar del Estado la ayuda necesaria para que sea resuelto su conflicto. Las autoridades no podrán, bajo pretexto alguno, dejar de recibir sus denuncias o reclamos y de poner inmediatamente en funcionamiento los mecanismos legales previstos para su tutela efectiva”. Por ello se ha llegado a decir que la víctima es la gran protagonista de este Código pues se elevaron sus apropiados derechos legales al inconcebible rango de principios y garantías fundamentales, como despectivamente lo califica Pastor²¹.

En el Título II “Acción Penal” Capítulo 1 “Acción penal” Sección 1ª “Reglas generales” en el art. 25 referido al ejercicio de la acción pública específicamente en el primer párrafo se consigna: “La acción pública es ejercida por el Ministerio Público Fiscal, sin perjuicio de las facultades que este Código le confiere a la víctima...”. Esto significa que la potestad para ejercer la acción pública primariamente corresponde al Ministerio Público, pero también le concede facultades de tal naturaleza a la víctima de acuerdo al contexto establecido en el ordenamiento adjetivo.

En cuanto al ejercicio de la acción dependiente instancia privada al art. 26 dice en su primer párrafo: “Si el ejercicio de la acción pública dependiera de instancia privada, el Ministerio Público Fiscal sólo la ejercerá una vez que la instancia haya sido formulada o en los demás supuestos previstos en el Código Penal. Esta circunstancia no obsta a la realización de los actos urgentes que impidan la consumación del hecho o la de los imprescindibles para conservar los elementos de prueba, siempre que tales actos no afecten la protección del interés de la víctima”. Aquí también existe una protección al interés de la víctima ya que el hecho del ejercicio de acción pública dependiente de instancia privada por

²¹ PASTOR Daniel (ob. cit. p. 26).

quien debe hacerla de acuerdo a los supuestos previstos en la normativa da lugar a que el Ministerio Público Fiscal la ejerza una vez que haya sido formulada por aquéllos aunque ello no implica la realización de actos de urgencia que impidan la consumación del hecho o para conservar los elementos de prueba, todo ello en la medida que no afecten la protección del interés de la víctima. Esto significa que los actos urgentes referidos a impedir la consumación del hecho o a la conservación de la prueba quedan supeditados a que no afecten el interés de la víctima. La autoridad correspondiente está facultada para actuar en forma urgente frente a la comisión de un hecho delictivo, por más que el ejercicio de la acción dependa del impulso de instancia privada en la medida en que la actuación se oriente a impedir la consumación del delito o apunte a conservación de evidencia o rastros que puedan servir en un futuro para la acreditación del hecho por la identificación de sus autores, condicionado todo ello, a la formalización de la denuncia o acusación por la parte de la víctima o sus representantes legales²².

El art. 33 trata de la conversión de la acción: "A pedido de la víctima la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos a) Si se aplicara un criterio de oportunidad; b) Si el Ministerio Público Fiscal solicitara el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria; c) Si se tratara de un delito que requiera instancia de parte, o de lesiones culposas, siempre que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido. En todos los casos, si existe pluralidad de víctimas, será necesario el consentimiento de todas, aunque sólo una haya ejercido la querrela". Este dispositivo le da una facultad sumamente amplia a la víctima para que la acción pública se convierta en acción privada en los casos en que el mismo artículo determine. Es decir, que el precepto prevé un mecanismo de conversión de la acción penal pública en acción privada, el cual le permite a la víctima "convertirse" formalmente en querellante exclusivo y continuar con la investigación del hecho criminal para lograr la aplicación de una pena a sus autores y/o participe. Se da en el caso de la aplicación del criterio de oportunidad, la facultad de conversión de la acción pública en acción privada se activa ante tal situación ante algunas de las formulas alternativa establecidas en el artículo pertinente. En caso de sobreseimiento requerido por el fiscal al momento de la conclusión de la investigación preparatoria, que constituya en el momento que se declara cerrada la pesquisa y debe formular la

²² TAZZA Alejandro en VILLADA Jorge (Director) (ob. cit, p. 116).

acusación o requerir el sobreseimiento, en tal caso debe poner en marcha el mecanismo de conversión de la acción penal. El inc. c) contempla la conversión cuando se trata de un delito que requiera instancia de parte o de lesiones culposas en la medida que el representante del Ministerio Público Fiscal lo autoriza y no exista un interés público gravemente comprometido. La regla abarca los casos de delitos previstos en el art. 72 del C.P. Finalmente, la norma establece que en todos los casos si existe pluralidad de víctimas será menester el consentimiento de todas aunque sólo una haya ejercido la querrela. Esta conformidad está vinculada a la facultad de conversión de la acción penal pública en privada, no a la constitución de parte querrelante, después de ser asumida en el proceso con una sola de ellas²³.

Asimismo, el art. 34 habla de la conciliación entre el imputado y la víctima: “Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del Ministerio Público Fiscal en el artículo 22, el imputado y la víctima pueden realizar acuerdos conciliatorios en los casos de delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o en los delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado de muerte. El acuerdo se presentará ante el juez para su homologación, si correspondiere, en audiencia con la presencia de todas las partes. La acreditación del cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal; hasta tanto no se acredite dicho cumplimiento, el legajo debe ser reservado. Ante el incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del Ministerio Público Fiscal podrán solicitar la reapertura de la investigación.”

Si se tiene en cuenta que el derecho penal es la última ratio, claramente resulta lógico que antes de recurrir a él, es loable acudir a herramientas alternativas de solución de conflictos, las que operan con mayor o menor autonomía y eficacia, no para reemplazarlo pero sí para complementarlo. Concretamente se trata de la sustitución de la justicia retributiva por la justicia restaurativa. Esta última ha sido definida por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas como “cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y, como si fuera procedente, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectados por el delito, participan juntos y activamente en la resolución de las cuestiones generadas por el delito, generalmente con la ayuda de un facilitador”. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias, círculos de

²³ BUOMPADRE Jorge en VILLADA Jorge (Director) (ob. cit. ps. 136/137).

sentencias. La norma alude a delitos con contenido patrimonial cometidos sin grave violencia sobre las personas o a delitos culposos si no existieran lesiones gravísimas o resultado muerte y en tales casos el acuerdo se presenta ante el juez para su homologación en audiencia con la presencia de todas las partes. El cumplimiento del acuerdo extingue la acción penal pero hasta tanto se acredite tal cumplimiento el legajo se reserva. En caso de incumplimiento de lo acordado, la víctima o el representante del Ministerio Fiscal podrán solicitar la apertura de la investigación²⁴.

También en el procedimiento de la suspensión del juicio a prueba del art. 35 tiene injerencia la víctima: "...Se celebrará una audiencia a la que se citará a las partes y a la víctima, quienes debatirán sobre las reglas de conducta a imponer... La víctima tiene derecho a ser informada respecto del cumplimiento de las reglas de conducta...".

De conformidad con lo establecido por el art. 80 in h) resulta razonable que si la víctima ha tenido participación en el debate sobre las reglas a imponer, aun cuando no se haya constituido en parte querellante, tendrá derecho a participar en esta audiencia de revisión por incumplimiento de las reglas fijadas, a fin de ejercer el derecho de requerir la decisión que se adopte tal como lo prevé el art. 80 en su inc. j), previa notificación que al respecto se le debe realizar²⁵.

Ya propiamente en el Título III "La víctima", Capítulo 1º "Derechos Fundamentales" el C.P.P.F. en el art. 79 especifica la calidad de víctima: "a) A la persona ofendida directamente por el delito; b) Al cónyuge, conviviente, padres, hijos, hermanos, tutores o guardadores en los delitos cuyo resultado sea la muerte de la persona con la que tuvieran tal vínculo, o si el ofendido hubiere sufrido una afectación psíquica o física que le impida ejercer sus derechos."

Este artículo es una réplica del art. 2 de la ley 27.372 y por lo tanto me remito al comentario efectuado ut-supra.

El art. 80 habla de los derechos de las víctimas en el C.P.P.F. con el agregado de los incs. l), m), n).

Art. 80: "La víctima tendrá los siguientes derechos: a) A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento; b) A que se respete su intimidad en la me-

²⁴ Idem. en Idem (ob. cit. ps. 137/138).

²⁵ AMOEDO Fernando en VILLADA Jorge (Director) (ob. cit. p. 149).

didada que no obstruya la investigación; c) A requerir medidas de protección para su seguridad, la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes; y a ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social; d) A intervenir en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por este Código; e) A ser informada de los resultados del procedimiento; f) A examinar documentos y actuaciones, y a ser informada verbalmente sobre el estado del proceso y la situación del imputado; g) A aportar información durante la investigación; h) A ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite expresamente; i) A ser notificada de las resoluciones que puedan requerir su revisión; j) A requerir la revisión de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, aun si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante; k) A participar en el proceso en calidad de querellante. La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento; l) A que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que resulten procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores; m) A que le sean reintegrados los bienes sustraídos con la mayor urgencia; n) Cuando se tratare de persona mayor de setenta (70) años, mujer embarazada o enfermo grave, a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación.”

Por ejemplo el Estado Nacional debe garantizar, desde el inicio hasta la finalización del proceso, a las víctimas y a los testigos convocados para los actos procesales los siguientes derechos: a) el de recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias derivadas del procedimiento. Ello implica que se respete la privacidad y dignidad y evitar en lo posible la revictimización de la víctima, garantizando que no sean objeto de malos tratos por parte del personal que las atienden y suprimir toda situación que debilite o dificulte el ejercicio de los derechos de las víctimas en los procesos judiciales.

Esto deviene de la declaración sobre “Principios Fundamentales de Justicia relativos a Víctimas del Delito” (ONU 1985) donde se establece que “las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad”. En realidad esto se traduce, tal como lo manifiestan Cafferata Nores - Tarditti, en atenuar la secuelas que implica la comisión del hecho delictivo en la persona de la víctima y en su grupo familiar y tener asegurada su integridad y tranquilidad personales durante el proceso. Ese trato digno y respetuoso implica por ej. hacerla esperar en salas diferentes a la que se encuentra el imputado, familiares o testigos de aquél, o en los casos en que se deba someterse a exámenes médicos, psicológicos o de cualquier otro tipo, explicarle el valor de esos estudios para proceso, en especial cuando se trate de personas que carezcan de suficiente información, nivel cultural o educativo²⁶.

Sí bien no se encuentra en el capítulo de las “Víctimas” sino en el título III “Testimonios” en el art. 158 del C.P.P.F., se le prodiga también un trato especial a la declaración de los menores de edad, víctimas de trata de personas, graves violaciones a derechos humanos o a personas con capacidad restringida. En aquel art. 158 se habla de víctimas o testigos menores de edad que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hubiesen cumplido dieciséis años, personas con capacidad restringida, testigos - víctimas de los delitos de trata y explotación de personas u otras violaciones a los derechos humanos. En estos casos se establece una especie de protocolo en el sentido que el interrogatorio se hace a través de personas expertas en el tratamiento de tales víctimas, como psicólogos y psiquiatras, asistentes sociales para evitar la revictimización de aquéllas provocando un nuevo perjuicio y luego el Ministerio Público Fiscal solicita al profesional actuante un informe con la conclusiones a que se arriben. Asimismo, el acto de interrogatorio realizado por las partes se mediatizan por el profesional a cargo de la entrevista, en esto no se delega ninguna facultad sino sólo se lleva adelante por interpósita persona. En el supuesto de los menores que no hayan cumplido los dieciséis años se da cumplimiento a lo dispuesto por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el supuesto de personas con capacidad restringida o los testigos - víctimas de los delitos mencionados se trata de preservar la intimidad de las mismas y el grado de vulnerabilidad que padecen. Por otra parte el recinto está acondicionado de la manera descrita en la norma, o

²⁶ CAFFERATA NORES José - TARDITTI Aida “Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Comentado” T. I, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, ps. 306/307.

sea, lo que se conoce como la “Cámara Gesell” en el supuesto que la víctima tuviera imposibilidad de comparecer por motivos de salud o residir lejos de la sede de tribunal o incluso para garantizar su seguridad se instrumenta el sistema de video conferencia. También todo ello se registrará en un video filmico en el supuesto de efectuarse un reconocimiento de lugares o cosas las personas indicadas van a ser asistidas por un profesional especialista. En ningún caso el imputado estará presente en los supuestos de los delitos señalados – circunstancia esta última que ha sido cuestionada por alguna doctrina²⁷. Finalmente, en el último párrafo de ese art. 158 se hace alusión a las víctimas que hubiesen cumplido dieciséis pero fueran menores de dieciocho años de edad, respecto a que previo a la recepción de su testimonio se requerirá un informe de un especialista para determinar la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor de edad en el caso de que compareciera ante los estrados judiciales en presencia de las partes, medida que debe llevarse adelante evitando revictimización del niño, como niña o adolescente²⁸.

Esa concepción a recibir un trato digno respetuoso por parte de las autoridad competente se extendía a los testigos (art. 151) circunstancia que me pareció, en su momento, superflua, no así adecuada y útil para el tratamiento de la víctima, justamente por el estado de vulnerabilidad, mas no para cualquier testigo que deba deponer en el caso y que, por otra parte, no se tiene conocimiento práctico de que se lo trate de forma indigna o irrespetuosa, lo que, de producirse, derivaría en una cuestión disciplinaria hacia el funcionario que provoque el maltrato. Aunque siguiendo la tendencia de las reformas reciente de los Código Procesales provinciales, no constituía un obstáculo imperativo de interés manifiesto, sino más bien la consagración de principios propicios que hacen al comportamiento del funcionario para con el testigo, no sólo aquél que lo hace en el interés de la víctima, sino extensivo a cualquier otro²⁹.

El inc. b) del art. 80 como otro derecho lo constituye a que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación.

Esta es una réplica de lo que establece el art. 5 inc. c) de la ley 27.372. Demás está decir que se debe respetar la intimidad, la privacidad y la imagen de la víc-

²⁷ LANGEVIN Julián “El Derecho del imputado a estar presente en su propio juicio” LL 2007 - A -731.

²⁸ FIGARI Rubén “Título III. Testimonios” en VILLADA Jorge (Director) (ob. cit. ps. 460/ 462).

²⁹ Idem. en VILLADA Jorge (Director) (ob. cit. ps. 437/438).

tima, y de esta manera evitar la divulgación de la información contenida en los procesos judiciales que pueda violentarla. Por ejemplo en el caso de víctimas menores de edad no es factible la publicación del nombre o cualquier dato personal que permita identificarlo, salvo autorización judicial fundada en razón de seguridad pública.³⁰

El inc. c) del art. 80 está referido a requerir medida de protección para su seguridad [de la víctima], la de sus familiares y la de los testigos que declaren en su interés, a través de los órganos competentes; a ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social.

Este recaudo se encuentra también previsto en la ley 27.372 en los arts. 5° inc. d) y e) y 8°.

El derecho a la protección – integridad psíquica y física – de la víctima y que se hace extensiva a sus familiares debe ser garantizada para que la misma sea protegida de una nueva victimización que pueda provenir del autor del ilícito o de terceras personas que actúen en connivencia con éste, pues de hecho, y es de estricta justicia que la víctima tiene derechos a no ser objeto de nuevas agresiones, intimidaciones o amenazas durante todo el transcurso del proceso judicial. Por otra parte, la responsabilidad recae sobre el Estado proveerla adoptando los medios necesarios al respecto. Asimismo, dicha protección, de ser necesaria incluirá a la familia inmediata a las personas que están a cargo de la víctima directa, cuando éstos sean objetos de amenazas.³¹

El inc. d) del art. 80 destaca el hecho de que la víctima tiene derecho a intervenir en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por este Código. Este dispositivo se asemeja al art. 5 inc. h) de la ley 27.372 a intervenir como querellante o actor civil en el procedimiento penal, conforme a lo establecido por la garantía constitucional del debido proceso y las leyes de procedimiento locales.

En realidad consiste en un derecho a la participación activa en todas las etapas del proceso, por lo que debe ser escuchada, impugnar ante la autoridad judicial omisiones de la investigación, recurrir resoluciones que vayan en desmedro de sus derechos, en particular aquéllos que pongan fin al proceso sin

³⁰ VILLADA Jorge en Idem. (Director) (ob. cit. p. 297).

³¹ Idem. en ídem (Director) (ob. cit. ps. 296/297) y FIGARI Rubén “Somero análisis de la ley de Derechos y garantías de las personas víctimas de delitos (Ley 27.372)” Publicado en www.pensamiento penal.com.ar; www.terragnijurista.com.ar y Revista de Derecho Penal y Criminología Ed. La Ley año VII, número 9, octubre 2017.

la motivación debida, participar en las audiencias de fijación y modificación de las medidas privativas de la libertad y suspensión del juicio a prueba, aportar elementos de prueba, recibir información sobre la liberación del autor del delito y, como se verá ut-retro, en la fase de ejecución de sentencia está facultada a ser informada en las condiciones del cumplimiento de la pena por parte del condenado y participar en las audiencia donde se modifique la misma³².

El inc. e) del art. 80 se refiere al hecho de que la víctima sea informada de los resultados del procedimiento.

Este derecho a la información a la víctima sobre el resultado del acto en que ha participado debe ser amplio a los fines de la perfecta comprensión de su rol en el proceso y por otra parte para tener un panorama global de la cuestión y así predecir o saber los caminos o los mecanismos que podrá ejercer en el futuro en la continuidad del proceso. Oportunamente, esboqué mis reparos sobre la misma facultad que le asistía al testigo pues, con respecto a éste normalmente y es de estilo que aquél lea su declaración antes de firmarla, de allí que toma conocimiento de lo que se ha plasmado en el acta correspondiente y hasta puede corregir lo dicho, por lo demás el resultado de su deposición será valorada en el contexto del marco probatorio, por el juez³³.

El inc. f) del art. 80 propugna para la víctima el derecho a examinar documentos y actuaciones, y a ser informada verbalmente sobre el estado proceso y la situación del imputado, dispositivo idéntico al contenido en el art. 5 inc. i) de la ley 27.372.

Anteriormente la facultad que tenía la víctima se recortaba a ser informada sobre el estado de la causa y la situación del imputado, en tanto que ahora abarca la posibilidad de examinar documentos y actuaciones, además de la anteriormente mencionada. Es decir, que esta nueva posibilidad excede el mero informe verbal por parte de las autoridades judiciales de anotar sobre el estado de proceso sino que implica la de poder requerir actuaciones y documentos para examinarlos. “Tan es así, que las actuaciones pueden ser examinadas por la víctima en el caso que no se encuentre bajo secreto de sumario e, inclusive, puede servirse de copias, ya que ello no compromete el éxito de la investigación”³⁴. Con

³² VILLADA Jorge en Idem. (Director) (ob. cit. p. 294).

³³ FIGARI Rubén “Título III. Testimonios” en VILLADA Jorge (Director) (ob. cit. p. 438).

³⁴ AGUIRRE Guido en ALMEYRA Miguel - BAEZ Julio (Directores), TELLAS Adrián (Coordinador) (ob. cit. t. I, p. 198).

relación a ser informada sobre la situación del imputado, obviamente ello está referido a si el mismo ha sido indagado, procesado, se le ha dictado una falta de mérito o si se lo ha sobreseído, lo cual tiene relación con el ejercicio de las revisiones e impugnaciones que con posterioridad lo faculta la ley.

El inc. g) del art. 80 dispone derecho a aportar información durante la investigación. Similar redacción al art. 5 inc. f) de la ley 27.372.

La facultad que tiene la víctima de aportar información es a lo largo de la etapa de investigación – parte preliminar del proceso – que estime conducente y que sirva para profundización sobre los hechos que se han denunciado. Desde luego que se debe tratar de información pertinente alusiva al hecho que se está investigando

El inc. h) del art. 80 consiste en brindar el derecho a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite expresamente. Dispositivo que se refleja en el art. 5° inc. k) de la ley 27.372.

Esta constituye una facultad que atañe a la víctima en el sentido que cuando en la causa sustanciada se decidiera la extinción o suspensión de la acción penal se le informa a aquella sobre tal situación, en la medida que sea solicitada, caso contrario el procedimiento seguirá su curso. Asimismo, se la escuchará en el supuesto de que en el curso de proceso se dispongan medidas de coerción – prisión preventiva – o libertad del imputado – excarcelación, por ejemplo –, también si lo pide en forma expresa a fin de tener un conocimiento del trámite del proceso, sus implicancias y la situación procesal del imputado para poder invocar alguna de las otras facultades que también se le conceden, como la posibilidad de impugnar y recurrir resoluciones que menoscaben sus derechos, en especial aquellas que pongan fin al proceso.

El inc. i) del art. 80 contempla la posibilidad de ser notificada de las resoluciones que puedan requerir su revisión. Texto que se reitera en el art. 5° inc. l) de la ley 27.372.

Esto complementa lo dispuesto en el inciso anterior, pues en el caso que la víctima esté facultada a revisar las resoluciones judiciales, sin duda debe existir una notificación fehaciente, en las formas previstas por la ley, con el fin de ejercer los derechos acordados.

Raña menciona algunos casos jurisprudenciales relacionados con lo expuesto anteriormente respecto a la intervención de la víctima ante las decisiones

que desincriminen de alguna manera al victimario. En efecto, destaca a modo de ejemplo, los distintos criterios que se han sostenido, respecto de la legitimación de la víctima – querellante – para recurrir la decisión de desestimación de las actuaciones por inexistencia de delito³⁵. Otras posturas sostienen frente a la apelación de la querrela, respecto de la desestimación de las actuaciones, que la legitimación del recurrente para impugnar, el recurso debe ser analizado, en tanto el querellante se encuentra legitimado para actuar en esta etapa procesal, pese al pedido de desestimación formulado por el Fiscal.³⁶

Las modificaciones al art. 80 del Código Procesal Penal de la Nación, introducidas por la Ley N° 27.372 [equivalentes a las propuestas por el art. 80 del C.P.P.F.], permitieron la revisión de anteriores criterios³⁷ y la modificación de posturas que sostenían que: “el rol de querellante no puede asumirse una vez dictada una resolución con fuerza definitiva en el proceso y al solo efecto de apelarla”, pues la citada ley acordó a la víctima, entre otros derechos, el de ser notificada de aquellas resoluciones que puedan requerir su revisión³⁸.

En otro caso, en el que la víctima no fue notificada del sobreseimiento dispuesto en la causa, se resolvió que: “...La reciente Ley N° 27.372 (publicada en el B.O. el 13 de julio de 2017), conocida como “Ley de Derechos y Garantías de las Personas Víctimas de Delitos”, acordó nuevos derechos a las víctimas, entre ellos, conforme reza la nueva redacción del art. 80 del Código Procesal Penal de la Nación, en su inc. g), “A ser notificada de las resoluciones que puedan requerir su revisión”; mientras que el art. 5, inc. l) de esa ley estableció que debía ser notificada de las resoluciones que pudieran afectar su derecho a ser escuchada. Por otra parte, también se modificó el art. 180 del ordenamiento ritual, en tanto se admitió la posibilidad de que el damnificado pueda apelar la desestimación de la denuncia, al igual que su remisión a otra jurisdicción. Frente a este nuevo panorama normativo, puede afirmarse que se ha otorgado un rol más preponderante a la víctima, puesto que “se le reconoce...el poder de actuación dentro del proceso penal, no tanto desde el reconocimiento a ser informada del

³⁵ CCC. Sala V, c.70040/2017 “Casasbellas”, rta. 11/772018; C.C.C. Sala V, c.78907/2017 “Festa”, rta. 12/7/2018.

³⁶ C.N° 29155/16 “Kalanik” del 03/11/2016, de la Sala V, como la CNCP en el plenario “Zichy Thyssen”.

³⁷ CCC Sala IV, causa N° 4461/2018 “Acuña Britez”, rta. 3/4/2018.

³⁸ CCC Sala IV, causas N° 573/10 “Pérez”, rta. 12/5/2010; 2058/12. “Cordero”, rta. 7/2/2013.

estado del proceso, sino a través de los institutos propios del proceso penal (Kautyan Ziyisyian, Vilma Inés, “El cambio del rol de la víctima en el proceso penal”, publicado en DPyC 2017 (octubre), 117 y Sup. Penal 2018 (febrero), 11, La Ley 2018-A). Dicho esto, en el caso particular, se aprecia que se ha omitido notificarla de un pronunciamiento que podía generar su revisión y también afectar su derecho a ser escuchada...”. Finalmente, se concedió el recurso a la pretensa querellante³⁹.

En la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, se puede advertir la aplicación a los casos de las disposiciones de la Ley N° 27.372.

Es así que Raña señala los precedentes de la Sala II⁴⁰ y de la Sala I⁴¹, en los que habilitados por la interposición de un recurso de casación – en el primer caso, motivado en el rechazo de una exención de prisión y en el otro, en el rechazo de la incorporación al régimen de libertad condicional –, se consignó la necesidad de escuchar en formal audiencia a la víctima, conforme lo establece el art. 5 inc. k de la Ley N° 27.372, previo a analizar la necesidad y proporcionalidad de la medida cautelar, para establecer su vigencia o desecharla, así como también, en el contexto del examen de la procedencia del instituto de la libertad condicional, se dispuso dé cumplimiento a lo previsto en la citada ley⁴².

De anverso la Cámara Nacional de Apelación en lo Criminal y Correccional, sala 1 en la causa “D., H. R. s/ notificación a la víctima 14/11/2017”⁴³ interviene en razón del recurso de apelación deducido por el Sr. agente fiscal en contra del auto dictado por el a-quo que no ha hecho lugar a la solicitud de que se cumpla con lo previsto por el art. 5 inc. l) de la ley 27.372 – Ley de Derechos y Garantías de las personas víctimas de delitos – y en el art. 80 inc. g) del C.P.P.N reformado por la misma ley.

En el caso el a-quo decretó el sobreseimiento de D.H.R. y notificó tal pronunciamiento al imputado, su defensor por medio de una célula electrónica, en tanto que al fiscal lo hizo público en su despacho quien consintió la desvinculación del encartado no obstante insiste con su postura en el sentido que la víc-

³⁹ CCC, Sala IV, causa N° 4461/2018 “Acuña Brites”, rta. 16/3/2018.

⁴⁰ C.N.C.C.C., Sala II, Reg. N° 84/2018, rta. 19/2/2018.

⁴¹ C.N.C.C.C., Sala I, Reg. N° 72/2018, rta. 15/2/2018.

⁴² RAÑA Andrea, “La víctima del delito a la luz de la Ley N° 27.372” en “Análisis de Derecho Penal y Procesal Penal” - Número 1 - Noviembre 2018, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Ed. IJ Editores, Buenos Aires, 2018.

⁴³ C.N.C.C, Sala I, 14/11/2017, D., H. R. s/ notificación a la víctima, L.L 20/03/2018, 10 L.L 2018-B, 107.

tima debe ser notificada de acuerdo a los términos de los arts. 5 inc. l) de la ley 27.372 y 80 inc. g) del C.P.P.N.

El a-quen considera que no existe un agravio de imposible reparación ulterior que determine la revisión en su ámbito pues considera que la fiscalía pretenda que se cumpla – una mera notificación – un diligencia que no resulta de neto corte jurisdiccional y de considerar la pertinente podría cumplirla directamente en un asunto en el que, además, ha tenido la dirección de la investigación – art. 196 C.P.P.N – y tiene la facultades para hacerlo de acuerdo a lo dispuesto por el art. 212 del C.P.P.N. A partir de esta argumentación el tribunal de alzada entiende que el remedio impugnativo no es procedente pues no genera un agravio concreto y actual. Esto motiva el comentario adverso del suscripto⁴⁴.

Recientemente la C.F.C. en el caso “J.J.C.s recursos de queja” del 14/11/2018 resolvió: “La decisión que declaró mal concedido el recurso de apelación contra la decisión que otorgó el beneficio de arresto domiciliario a favor del imputado debe prosperar, ya que la parte querellante sí posee la facultad de recurrir decisiones como la cuestionada, máxime en virtud de lo dispuesto por la ley 27.372 que protege los derechos y garantías de las víctimas”⁴⁵.

El inc. j) del art. 80 prevé lo siguiente: requerir la revisión de la desestimación, el archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o el sobreseimiento, solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, aun si no hubiera intervenido en el procedimiento como querellante.

Aquí se advierte una contradicción con el art. 5 inc. m) de la ley 27.372 pues el mismo dice: solicitar la revisión de la desestimación, el archivo o la aplicación de un criterio de oportunidad solicitado por el representante del Ministerio Público Fiscal, cuando hubiera intervenido en el procedimiento como querellante.

El presente precepto también se complementa con lo expuesto anteriormente sólo que se reduce a la revisión de la desestimación de la acción, del archivo, la aplicación de un criterio de oportunidad o en el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal, aun en el caso que no hubiere intervenido en el procedimiento como querellante. En realidad se produce una contradicción, como se dijo, entre lo dispuesto por el art. 5º inc. m) y este inc. j) del art. 80.

⁴⁴ FIGARI Rubén “La obligación de notificación a la víctima en los términos de los arts. 5 inc. l) ley 27.372 y 80 inc. g) C.P.P.N es materia jurisdiccional” en Revista Derecho Penal y Criminología ed. La Ley, año VIII, mayo nº4, 2018.

⁴⁵ C.F.Casación Penal, Sala IV – J., J. C. s/ Recurso de queja – 14/11/2018 Cita Online: AR/JUR/59395/2018.

Pues en el primero se concede todas las facultades a la víctima para llevar a cabo sus impugnaciones de los actos allí mencionados, cuando hubiera intervenido en el procedimiento como querellante, mientras que en el art. 80 inc. j) se concede la revisión de todas esas decisiones aun en el caso que no hubiere intervenido en el procedimiento como querellante. Aquí se pone en evidencia la deficiente factura en la legislación. ¿En este caso qué prevalece? Lo dispuesto por la ley o lo consignado en el art. 80 del C.P.P.F.?. De acuerdo al amplio espectro de derechos que se le han concedido a la víctima sin la necesidad de actuar como querellante en el proceso, parece que la posibilidad se inclina por lo dispuesto en el nuevo art. 80 inc. j).

El inc. k) del art. 80 le da el derecho a la víctima de participar en el proceso en calidad de querellante. La víctima será informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento.

Se refiere a las atribuciones que le concede el Capítulo II “Querella”.

El C.P.P.N. original redactado por Levene (h) había suprimido la figura del querellante para las acciones públicas aduciendo en la Exposición de Motivos que: “... es inadmisibles en materia penal donde predominan conceptos de reeducación y defensa social que el Estado se ponga al servicio del interés pecuniario o de la venganza personal, que son casi siempre los móviles que llevan al damnificado a ejercer la acción pública, móviles que se ponen en evidencia si nos fijamos en el gran número de querellantes que desisten de su acción, dando pretextos útiles, una vez que han percibido la suma en que se consideran perjudicados. Casi siempre el acusador particular es, según la vieja frase “la quinta rueda del carro” destinada a dilatar términos, demorar incidentes de excarcelación y, en una palabra, entorpecer el procedimiento, para prolongar, nada más que por venganza la detención del acusado”.

Esta opinión abrevaba en las enseñanzas de Vélez Mariconde quien entre otros argumentos explicaba que: “... Hoy se sostiene también que al ofendido en su derecho le debe corresponder la facultad de hacerlo valer; pero nadie puede negar que el delito es un atentado al orden jurídico social, un ataque al Estado, de modo que éste es realmente el ofendido y el titular de la pretensión represiva emergente del delito. Una concepción que se basa en el carácter eminentemente público del derecho penal, en consecuencia, ha derruido el fundamento de la institución... El único derecho que tiene el particular ofendido es el derecho al resarcimiento del daño que le causare el delito, y su reconocimiento

le abre también acceso al proceso penal, pero sólo mediante el ejercicio de la acción civil resarcitoria del daño privado”.⁴⁶

Clariá Olmedo sostuvo que el querellante debe ser verdaderamente un acusador conjunto del Ministerio Fiscal, no pudiendo sobrepasarlo en los impulsos fundamentales de ejercicio de la acción penal, en lo esencial debe ser un coadyutor del acusador estatal, sin autonomía en la actividad requirente promotora de los diversos momentos procesales, sin perjuicio de ejercer simultáneamente la acción civil, o de que se permita ejercer esta acción al damnificado que no sea titular del poder de querellar. “Pensamos así, no obstante coincidir con quienes tienden a eliminarlo desde un punto de vista solamente teórico: eliminación de todo atisbo privatista en la persecución penal. En un enfoque institucional, tampoco creemos que la supresión del querellante afecte para nada el régimen republicano de gobierno. Pero desde el punto de vista utilitario aceptamos su mantenimiento dentro de límites que resulten beneficiosos para la justicia en todos sus aspectos: contralor adecuado de la función pública; incentivo de actuación; contribución en la prueba y discusión. Nada impide que se le permita pedir pena a las par del acusador público, puesto que se trata del sujeto pasivo del hecho, cuya afectación no ha de quedar cubierta con una simple indemnización pecuniaria. Puede que en alguna medida se dé entrada a la venganza, pero se salvan principios humanos muy nobles y respetables. Ha de tener disposición de la instancia cuando no la haga valer el Ministerio Fiscal, pero sus poderes autónomos deben ser muy restringidos cuando se trata de ejercitar la acción: fundamentalmente en la iniciación del proceso, en la elevación a juicio y en la impugnación de la sentencia”.⁴⁷

Como se aprecia, Clariá Olmedo coincide con Vélez Mariconde en cuanto a la eliminación de toda cuestión privatista en la persecución penal, pero luego, desde un punto de vista utilitario propugna su aceptación con facultades recordadas.

En el Código Obarrio – ley 2.372 – se tenía legislado al querellante que poseía muchas facultades en el proceso legitimando la actitud para abrir el plenario y subrogar la pretensión de la fiscalía en el caso de que la misma vaya en el curso de una solución atípica, presentando ante el juez un conflicto que lo habilitaba

⁴⁶ VELEZ MARICONDE Alfredo “Derecho Procesal Penal” t. I, 3ª edición, 2ª reimpresión, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1986, ps. 291 y sgtes.

⁴⁷ CLARIA OLMEDO Jorge “Derecho Procesal Penal” t. II, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1984, p. 39.

a “decir el derecho” lo cual implicaba adoptar una tendencia condenatoria o absolutoria.

Como se dijo al principio de este trabajo, siempre hubo una tendencia a que los derechos de la defensa debían ser resguardados en todo caso, y así debe seguir siendo, pero a su tiempo se debe redefinir el rol de la víctima en el proceso penal y dotar a la misma, como querellante, de la facultad de iniciar, desarrollar y pedir la culminación de la persecución penal, privativa de la iniciativa fiscal. Es así que por vía pretoriana la CSJN en el fallo “Santillán Francisco”⁴⁸ reconoció virtualidad a la acusación de la querrela en el alegato del juicio oral para que el tribunal pueda emitir un fallo expiatorio, cuando el fiscal había solicitado su absolución. En las causas “Tarifeño”⁴⁹, “García”⁵⁰, “Cantonar”⁵¹, “Montero”⁵² y “Caseres”⁵³ la CSJN, ante la inexistencia de un acusador privado sostuvo que si el fiscal solicitó la absolución del reo y no obstante ello el tribunal de juicio condenó al acusado, correspondía decretar la nulidad del pronunciamiento. En “Marcilese”⁵⁴ el tribunal cimero confirmó el pronunciamiento condenatorio dictado por el tribunal de mérito no obstante que el Ministerio Fiscal había solicitado la absolución del acusado. Retoma el anterior criterio en la causa “Mostacio” en 2004 ante el pedido absolutorio del fiscal – con ausencia del querellante – impide al tribunal de mérito un pronunciamiento condenatorio. Siguiendo el fallo “Santillán” en la causa “Storchi” y que siguen otros pronunciamientos se consolida el ejercicio compartido de la acción y la querrela subroga al representante público en el requerimiento de la exposición de una pena⁵⁵.

Con la incorporación de los pactos internacionales en el art. 75 inc. 22 de la C.N., especialmente la Convención Americana sobre los Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica – en su art. 8 inc. 1 dispone que: “Toda persona tiene derecho a ser oída... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” o el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos en su art. 14 inc. 1º se legitima, en

⁴⁸ DJ 1999-A-434.

⁴⁹ Fallos 325.2019.

⁵⁰ Fallos 317: 2043.

⁵¹ LL 1996-A-67.

⁵² Fallos 318.1788.

⁵³ LL 1988-B-387.

⁵⁴ Fallos 325:2005.

⁵⁵ BAEZ Julio - AGUIRRE Guido en ALMEYDA Miguel (Director) BAEZ Julio (Coordinador) (ob. cit. t. ps. 512 y sgtes).

cierta forma, al querellante y que la obtención de respuesta no quede exclusivamente en la cabeza del Ministerio Público Fiscal.

El querellante para ser parte en el proceso penal debe tener capacidad civil para estar en juicio y para ello hay que remitirse a las disposiciones pertinentes del C.C. y C. – arts. 22 y 23 –. El artículo siguiente menciona a las personas incapaces: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y la madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión. En estos casos la respuesta legal para suplir dicha incapacidad es la representación legal, de acuerdo al art. 100 y sgtes. del C.C. y C.. El art. 25 establece que: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”. El art. 26 refiere que: “La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona...” y el art. 27 alude a la emancipación por casamiento con el cual se adquiere la mayoría de edad: “La celebración del matrimonio antes de los dieciocho años emancipa a la persona menor de edad. La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en este Código...”. En cuanto a la representación el art. 100 dispone: “Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí”.

En cuanto al segundo párrafo esta circunstancia se reitera en el art. 5º inc. f) de la ley 27.372. De hecho esta prerrogativa que tiene la víctima es una de las más trascendentes porque se produce al comienzo de la investigación, es decir, en el momento de realizar la denuncia o cuando tenga la primera intervención en el procedimiento, en esos momentos es de fundamental importancia que se la ponga en conocimiento sobre todos los derechos que puede ejercer desde esos primeros momentos para poder, a posteriori, tomar las medidas que también se le concede en los restantes incisos de la norma. Este derecho a la información que se traduce en el hecho de entender y ser entendida garantiza que se debe proporcionar indicaciones en términos sencillos y comprensibles para poder

ejercer en el transcurso del proceso, de forma efectiva, todos los derechos que le asiste y tomar decisiones informadas. Desde luego, que esto se plasmará en cada caso en concreto teniendo en consideración situaciones particulares atinentes al grado de alfabetización, limitaciones visuales, auditivas, necesidad de traductores en lenguaje de señas, o en el supuesto de ser extranjeros, una comunicación acorde con la edad y el nivel madurativo y situación emocional⁵⁶.

El inc. l) agregado al art. 80 contempla la posibilidad de que se adopten prontamente las medidas de coerción o cautelares que resulten procedentes para impedir que el delito continúe en ejecución o alcance consecuencias ulteriores. Similar redacción al art. 5 inc. ñ) de la ley 27.372.

Referencia lógica pues atañe a la solicitud de medidas cautelares por parte del organismo judicial a los efectos de impedir – o procurar impedir – la continuación de la ejecución del delito o que el mismo alcance consecuencias no deseadas.

El inc. m) agregado también al art. 80 se refiere a que le sean reintegrados los bienes sustraídos con la mayor urgencia. Equivale al art. 5 inc. ñ) de la ley 27.372.

Se sobrentiende que esta medida pueda ejecutarse en la medida que dichos bienes hayan sido recuperados, pues habla de “bienes sustraídos” aludiendo particularmente a delitos contra el patrimonio.

Finalmente, en el inc. n) del art. 80 se plasma la posibilidad de que cuando se tratare de persona mayor de setenta (70) años, mujer embarazada o enfermo grave, a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación. Esta circunstancia se ve reflejada en forma similar en el art. 10º inc. a) de la ley 27.372 y se consigna en el capítulo de los “Testimonios” en el art. 151 inc. e) del C.P.P.F.

El presupuesto indicado en el inc. e) con respecto al cumplimiento del acto procesal del testimonio en el lugar de residencia o internación para las personas mayores de setenta años, mujer embarazada o enfermo grave resulta de alta significación humanitaria y obviamente justificada, similar a lo dispuesto en forma análoga por los arts. 251 del C.P.P.N., 229 del C.P.P. de Córdoba, 266 del C.P.P. de Jujuy – entre otros –, para lo cual se requiere la comunicación a la autoridad competente con la debida anticipación y debe tratarse de un testigo que se en-

⁵⁶ VILLADA Jorge en ídem (Director) (ob. cit. p. 295).

cuentre domiciliado en el radio del tribunal, de lo contrario deberá producirse el acto mediante exhorto u oficio, e incluso tal circunstancia – el de ser persona mayor de setenta años, mujer embarazada o enfermo grave – debe ser acreditada mediante la documentación pertinente, en el primer caso – DNI – en los otros dos por un certificado médico. Se aprecia un paralelismo en reconocer los derechos de las víctimas también al testigo que debe acudir a un proceso y es deber de obligación del Estado en respetar a los mismos.

El art. 81 del C.P.P.F. consigna: “Para el ejercicio de sus derechos, la víctima podrá designar a un abogado de su confianza. Si no lo hiciere se le informará que tiene derecho a ser asistida técnicamente y se la derivará a la oficina de asistencia correspondiente, conforme lo dispuesto en la ley 27.372 o la que en el futuro la reemplace”.

La víctima tiene derecho a la asistencia técnica legal gratuita en la medida que se demuestre que no cuenta con los medios económicos para costearlo. Pero además tiene derecho al acceso a los servicios que brinda la oficina de asistencia a la víctima, garantizándose de esta manera, que ésta sea informada y asesorada de manera gratuita y ofreciéndole contención emocional, psicológica y social. Este ofrecimiento debe ser brindado desde el principio del proceso, durante todas las etapas del mismo.

El art. 82 dispone que: “La víctima podrá solicitar que sus derechos y facultades sean ejercidos directamente por una asociación registrada conforme a la ley, de protección o ayuda a las víctimas, de defensa de intereses colectivos o difusos, de defensa de los derechos humanos o especializada en acciones de interés público, si fuera más conveniente para la defensa de sus intereses. Formalizada la delegación, estas asociaciones ejercerán todos los derechos de la víctima, a quien deberán mantener informada”.

Lo que se vislumbra es que la ley no exige la intervención de estas entidades a los fines de la víctima haga valer sus derechos, los prevé como un auxilio que aquélla podrá solicitar con el consecuente deber del Estado de proporcionárselo. Empece para evitar alguna confusión o desarticulación procesal, una vez que la víctima delega esta actividad, en la entidad que la asiste es ella la que ejercerá los derechos de aquélla y la que tiene obligación de tenerla informada. Nada impide que las propias víctimas formen parte de dicha asociación, lo que ocurre en el supuesto de los casos de víctimas numerosas o múltiples. Aunque es recomendable conformarse *litis consorcio activas* – de los querellantes – para no provocar un desmadre del proceso⁵⁷.

⁵⁷ Idem en Idem. (Director) (ob. cit. p. 299).

El C.P.P.F. ha agregado el art. 84 que dice: “Además de las víctimas, podrán querellar: a) Los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la dirijan, administren, gerencien o controlen; b) Las asociaciones o fundaciones, en casos de crímenes de lesa humanidad o de graves violaciones a los derechos humanos siempre que su objeto estatutario se vincule directamente con la defensa de los derechos que se consideren lesionados y se encuentren registradas conforme a la ley; c) Los pueblos originarios en los delitos que impliquen discriminación de alguno de sus miembros, genocidio o afecten de un modo directo sus derechos colectivos reconocidos constitucionalmente”.

En cuanto al inc. a) referente a los socios, respecto de los delitos que afecte a una sociedad cometidos por quienes la rigen, administren, gerencien o controlen, si bien a priori aparecen como víctimas indirectas, en realidad son víctimas directas del ilícito ya que se perjudica a la sociedad a la que pertenece y el perjuicio sugerido por la sociedad les atañe directa o indirectamente en sus intereses patrimoniales que puedan darse en forma de desprestigio, pérdida de crédito u otros valores que una persona jurídica necesita. No queda suficientemente claro la razón por la que sólo se prevén los casos en que el sujeto activo del delito sea un socio, gerente, administrador o controlador, es decir miembro de la sociedad, pues el ataque puede generarse de un tercero ajeno u otra sociedad o al Estado, entidades fiscales – por ej. AFIP – financieras – banco o institución financiera. Por otra parte esta normativa sólo alude a las sociedades de carácter comercial o de contenido patrimonial el resto de las personas jurídicas no están contempladas salvo algunas que se mencionan en el inciso siguiente. Con respecto a éstas encargadas de la defensa de la persona humana en sus derechos esenciales de acuerdo de los tratados internacionales, desde luego deben ser reconocidos los derechos aludidos en el inc. b). Cuando se habla de “grave violación a los derechos humanos”, incluyen todas las asociaciones y fundaciones que luchan por la defensa de los mismos, ya se traten de la niñez de la mujer, ancianidad, los abusos sexuales, la violencia en lo familiar, a la salud, educación, la no discriminación, a los crimines de guerra, a los refugiados e inmigrantes, etc.. Por último la referencia de los pueblos originarios aparece como un dispositivo redundante porque, a decir verdad, está referido en el inciso anterior⁵⁸. En el Capítulo 2 “Querella” Sección 2ª “Querellante en delitos de acción pública”

⁵⁸ Idem. en Idem. (Director) (ob. cit. ps. 292/293).

en el art. 87 se dispone: “En los delitos de acción pública, la víctima o su representante legal, podrán provocar la persecución penal o intervenir en la ya iniciada por el representante del Ministerio Público Fiscal. La participación de la víctima como querellante no alterará las facultades concedidas por la ley al representante del Ministerio Público Fiscal, ni lo eximirá de sus responsabilidades. Las entidades del sector público podrán ser querellantes conforme las leyes y reglamentos que así lo habiliten”.

En este caso en los delitos de acción pública tanto la víctima como su representante legal se pone en paridad de condiciones con el representante del Ministerio Público Fiscal aunque no alteran la facultad de éste ni la eximen de sus responsabilidades. Según Villada – quien realiza una crítica – la disposición resulta audaz y tiene una doble lectura. En cuanto a lo primero porque libera la “vindicta privada regulada” con la incógnita de cuáles serán las consecuencias. Es así que la disposición posibilita la “persecución particular aun hasta por personas jurídicas” y esto, según su entender significa retroceder siglos atrás en materia penal. Aduce que seguramente se argumentará que cuando el Estado tiene el monopolio de la persecución penal puede deformarse en un instrumento de nominación social. Pero al Estado se le puede impedir cuentas tarde o temprano y hacerlo responsables de violaciones de los derechos humanos. En cambio, la persecución penal desatada sin límites – privada – y especialmente proveniente del clamor público, será de imposible reparación. Por otra parte se dice que tiene una “doble lectura” porque si bien por una parte alienta la persecución penal cuando los fiscales no hacen bien su trabajo o abandonan las causas o cumplen tardíamente sus funciones, por otra parte deja librada a la sociedad – y al imputado – a sus escasos y parciales recursos personales. Aunque, finalmente habrá un juez que decida – absolver o condenar – pero mientras tanto las persecuciones que se inicien a título de “vindicta privada” serán o múltiples y pocas apegadas a la razón de justicia por una parte o insuficientes y/o parciales por otras. Finalmente concluye en que la disposición debe ser revisada pues el querellante o la víctima, pueden actuar conjuntamente en el proceso penal, suplir las deficiencias del Ministerio Público Fiscal, podrán apelar por sí y hasta pedir autónomamente condena, pero no cree que sea realista y civilizada la absoluta “persecución particular”, aunque esté reglada⁵⁹.

⁵⁹ Idem. en Idem. (Director) (ob. cit. ps. 305/306).

En el Título IV “Ministerio Público Fiscal” Capítulo 2 “Fuerzas de seguridad” entre los deberes de la policía y demás fuerzas de seguridad el art. 96 consigna: “La policía y demás fuerzas de seguridad deberán: ...i) Prestar auxilio a las víctimas y proteger a los testigos...”. Este dispositivo por su obviedad no merece mayores comentarios.

Ya en el Libro Tercero “Actividad Procesal” Título I “Actos Procesales” en el Capítulo 5 “Requerimientos y comunicaciones” el art. 125 dispone: “Las resoluciones, la convocatoria a los actos que requieran la intervención de las partes o de terceros y los pedidos de cooperación o informes deberán comunicarse a quien corresponda, dentro de las veinticuatro horas después de ser dictadas u ordenadas, salvo que se disponga un plazo menor. Deberá garantizarse que: “... c) Advertan suficientemente al imputado o a la víctima si el ejercicio de un derecho estuviera sujeto a un plazo o condición. No obstante las reglas fijadas, las partes podrán acordar expresamente en cada caso una modalidad de comunicación efectiva de acuerdo con las posibilidades técnicas a las que tengan acceso”.

Esta disposición no hace referencia a todas clases de comunicaciones sino que son las referidas a actos procesales específicos dentro de un proceso que también puede demandar notificar o comunicar o requerir a organismos públicos o privados extrajudiciales y deben tramitar dentro de veinticuatro horas el inc. e) exige que se advierta al imputado o la víctima, para el caso que debieran ejercer un derecho para el cual se haya estipulado un plazo o condición y el párrafo final deja librado a las partes que pueden acordar una modalidad de comunicación que puede resultar efectiva conforme a las circunstancias. Sin duda esta disposición es coherente con la exigencia de precisión, claridad, efectividad y respeto a los derechos de las partes.

En el Título II “Invalidez De Los Actos Procesales” en el art. 129 se establecen los principios generales: “No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional, en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y en este Código. Tampoco podrán ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas, que obstan al ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del representante del Ministerio Público Fiscal”.

Es de suma importancia que se equiparen la valoración de los actos nulos por inobservancia de los derechos y garantías previstos en la C.N. e instrumentos supraleales para fundamentar una decisión judicial a los actos cumplidos sin respetar el ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima a la par que impidan la actuación del Ministerio Público Fiscal. Pastor estima que esta regla, bien amplia es exclusiva para las disfunciones de forma que perjudiquen al imputado. Respecto de los demás sujetos la protección es restringida a la violación solamente, de funciones esenciales⁶⁰. Mallo apunta que respecto que a este precepto no debe considerarse la necesidad de conminación específica de nulidad, no obstante que existen supuesto en los que se observan que hay dos niveles de protección en cuanto a las consecuencias procesales, según se trate de vicios que afecten al imputado o a las demás partes. Sin embargo, rige cierto ámbito de discrecionalidad judicial consistente en elasticidad de las formas que sustenta el principio de instrumentalidad o finalidad de las mismas. Aunque se dice que la invalidez del acto no debe declararse en la medida que vaya a producir una ventaja para alguna de las partes. Mas cuando esto está ausente o el acto aunque defectuoso haya alcanzado el fin propuesto no debe anularse o invalidarse, es decir “la nulidad por la nulidad misma”.⁶¹

El art. 131 tiene relación con el anterior pues trata de la convalidación de los defectos formales e incluyen también en este procedimiento a la víctima: “Los defectos formales que afecten al representante del Ministerio Público Fiscal o a la víctima quedan convalidados en los siguientes casos: a) Si las partes no han solicitado su saneamiento mientras se realizaba el acto o dentro de los tres días de practicado y quien lo solicita no ha estado presente; si por las circunstancias del acto ha sido imposible advertir oportunamente el defecto, el interesado deberá reclamarlo dentro de las veinticuatro horas de advertido; b) Si han aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto”.

Es decir que como marca la tónica de la intervención de la víctima en este caso en concordancia con el anterior artículo la víctima se encuentra en igualdad de condiciones con el representante del Ministerio Público Fiscal para convalidar los efectos formales que se hayan producido en las actuaciones procesales. “Como se advierte claramente, todo sistema comulga con los principio rectores el principio acusatorio donde el ámbito de juego de una justicia adversarial se

⁶⁰ PASTOR Daniel (ob. cit. p. 55).

⁶¹ MALLO Gabriela en VILLADA Jorge (Director) (ob. cit. ps. 389/390).

ciñe al igualdad de arma y sobre toda las cosas la absoluta imparcialidad del juzgador quien, ante la inactividad de la parte no vendrá en auxilio”.⁶²

En el Título II “Comprobaciones Directas” en el art. 142 referente al allanamiento sin orden judicial se dispone: “No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores de este Título, la policía u otra fuerza de seguridad podrán proceder al allanamiento sin previa orden judicial si: “...e) Se tuvieren sospechas fundadas de que en una casa o local se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad y corriere peligro inminente su vida o integridad física; el representante del Ministerio Público Fiscal deberá autorizar la medida”.

En concordancia con la protección que debe otorgar la policía o las fuerzas de seguridad es natural que devenga esta disposición en el sentido que en el supuesto de un allanamiento sin orden judicial se prodigue igual asistencia con la autorización del Ministerio Público Fiscal.

En el Título III “Testimonios” se han dedicado dos artículos que conciernen a la víctima. En efecto, el art. 163: “Cuando deba recibirse testimonio de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, el representante del Ministerio Público Fiscal o el juez, según el caso y fundadamente, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o profesionales especializados, garantizando el ejercicio de la defensa.”

El nuevo sistema de procedimiento contempla la posibilidad de que la víctima pasa a tener mayor protagonismo que en el anterior digesto adjetivo, por ello este precepto trata de preservar a la víctima que se exhiba en un estado de ostensible vulnerabilidad por haber sido afectada psicológicamente por el delito, de modo que en este caso tanto el juez como el Ministerio Fiscal, apreciarán el contexto y en forma fundada la harán deponer con los resguardos pertinentes, es decir, recepción del testimonio en privado y con el auxilio de familiares o profesionales especializados, siempre teniendo en cuenta el primordial ejercicio de la defensa. O sea, que no se trataría de un testigo de “identidad reservada” sino más bien de una persona que indudablemente ante la afectación del delito requiere contención afectiva y un tratamiento por demás especial. Este precepto concuerda absolutamente con lo dispuesto por el art. 80 incs. a), b) y c) y con el art. 12⁶³.

⁶² Idem. en Idem. (Director) (ob. cit. p. 324).

⁶³ FIGARI Rubén en VILLADA Jorge (Director) (ob. cit. p. 456).

El art. 164, muy extenso por cierto, se refiere a las declaraciones de los menores de edad víctimas de trata de personas, graves violaciones derechos humanos o personas con capacidad restringidas: “Si se tratare de víctimas o testigos menores de edad que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hubiesen cumplido dieciséis (16) años, personas con capacidad restringida, y testigos-víctimas de los delitos de trata y explotación de personas u otras graves violaciones a derechos humanos, si la naturaleza y circunstancias del caso así lo aconsejasen, se deberá adoptar el siguiente procedimiento: a) Serán entrevistados por un psicólogo especialista de acuerdo a las condiciones de la víctima; b) Si la víctima fuera menor de edad o persona con capacidad restringida, el acto se llevará a cabo de acuerdo a su edad y etapa evolutiva, o adecuado a su estado de vulnerabilidad si fuera víctima del delito de trata o explotación de personas u otra grave violación a los derechos humanos; c) En el plazo que el representante del Ministerio Público Fiscal disponga, el profesional actuante elevará un informe detallado con las conclusiones a las que arriba; d) El desarrollo del acto podrá ser seguido por las partes desde el exterior del recinto a través de un vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente; en ese caso con anterioridad a la iniciación del acto, el juez o el representante del Ministerio Público Fiscal, según el caso, hará saber al profesional a cargo de la entrevista las inquietudes propuestas por las partes así como las que surjan durante el transcurso del acto, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional de la víctima; e) Si la víctima estuviera imposibilitada de comparecer por motivos de salud o por residir en un lugar distante a la sede del tribunal, o para garantizar la protección de su seguridad, se podrá realizar el acto a través de videoconferencias; f) Se podrá admitir la exhibición del registro audiovisual de declaraciones previas de la víctima en ese u otro proceso judicial. Si las partes requiriesen la comparecencia a los efectos de controlar la prueba, el juez les requerirá los motivos y el interés concreto, así como los puntos sobre los que pretendan examinar al testigo, y admitirá el interrogatorio sólo sobre aquéllos que hagan al efectivo cumplimiento del derecho de defensa; g) La declaración se registrará en un video fílmico. Si se tratase de actos de reconocimiento de lugares o cosas, el menor de edad o la persona con capacidad restringida víctima del delito será asistido por un profesional especialista. Si se tratare del delito de trata o explotación de personas, la víctima será acompañada por un profesional especialista; en ningún

caso estará presente el imputado. Si se tratase de víctimas que a la fecha en que se requiere su comparecencia ya hubiesen cumplido dieciséis (16) años pero fuesen menores de dieciocho (18) años de edad, antes de la recepción del testimonio, se requerirá informe a un especialista acerca de la existencia de riesgo para la salud psicofísica del menor de edad en el caso de que compareciese ante los estrados judiciales en presencia de las partes. Esta medida debe llevarse adelante evitando la revictimización del niño, niña o adolescente.”

La nueva redacción habla de víctimas o testigos menores de edad que a la fecha en que se requiera su comparecencia no hubiesen cumplido dieciséis años, personas con capacidad restringida, y testigos-víctimas de los delitos de trata y explotación de personas u otras graves violaciones a derechos humanos. En estos casos se establece una especie de protocolo en el sentido que el interrogatorio se hace a través de personas expertas en el tratamiento de tales víctimas, como psicólogos o psiquiatras, asistentes sociales para evitar la revictimización de aquéllas provocando un nuevo perjuicio. Posteriormente, el Ministerio Fiscal solicitará al profesional actuante un informe con las conclusiones a que se arriben.

El acto de interrogatorio realizado por las partes se mediatizarán por el profesional a cargo de la entrevista, en esto no se delega ninguna facultad sino que sólo se lleva adelante por interpósita persona.

En el caso de los menores que no hayan cumplido los dieciséis años se da en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el supuesto de personas con capacidad restringidas o los testigos víctimas de los delitos de trata y explotación de personas u otras graves violaciones de los derechos humanos, como se dijo se trata de preservar la intimidad de las mismas, y el grado de vulnerabilidad que padecen. Tal como lo describe el inc. d) el recinto está acondicionado de la manera allí descripta o sea lo que se conoce como la “cámara Gesell” y en el supuesto de que la víctima tuviera imposibilidad de comparecer por motivos de salud o por residir lejos de la sede del Tribunal o incluso para garantizar su seguridad se instrumenta el sistema de videoconferencia⁶⁴.

⁶⁴ “La utilización de la videoconferencia como instrumento procesal de protección de las víctimas a la hora de prestar su testimonio en el proceso penal, y especialmente en la fase de juicio oral, ha sido admitida e incluso impulsada, tanto por el legislador como por los tribunales, por estimarse un instrumento respetuoso con los principios rectores del juicio oral en particular, la inmediatez, oralidad y contradicción y con los derechos

Asimismo, las partes podrán controlar la prueba y exponer los puntos para examinar al testigo preservando de esta manera, fundamentalmente el derecho de defensa. Al igual que el anterior artículo 250 inc. 2º párr. d) del C.P.P.N todo se registrará mediante un video fílmico y en el supuesto de efectuarse un reconocimiento de lugares o cosas las personas indicadas van a ser asistidas por profesional especialista y el imputado en ningún caso estará presente⁶⁵ en los delitos

de defensa del acusado, a la vez que evita la confrontación física y visual de la víctima con su agresor y, en nuestra opinión constituye una opción preferible antes que fundamentar la sentencia condenatoria en los testimonios de testigos de referencia... El uso de la videoconferencia en el proceso penal, más allá de servir como símbolo de modernización de la Administración de Justicia, tiene por objetivo central la necesidad de dotar de una mayor protección a los derechos de las víctimas. Y así lo han recogido los principales instrumentos europeos sobre la materia: el Convenio de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal, cuyo art. 11 recoge expresamente la posibilidad de que las víctimas residentes en otro Estado miembro puedan declarar a través de la videoconferencia o conferencia telefónica en los términos previstos en los artículos 10 y 11 del citado Convenio de 2000” (Cfme. ORTIZ PRADILLO Juan “La declaración de la víctima menor de edad por videoconferencia” en “Víctimas especialmente vulnerables” en “Revista de Derecho Procesal Penal” DONNA Edgardo (director)- LEDESMA Ángela (vicedirectora), Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 37).

⁶⁵ Esto ha sido cuestionado por alguna doctrina. En efecto: “...Resulta más que dudosa la compatibilidad de la norma en estudio con las garantías judiciales mínimas, ya que sustrae no solamente del control del imputado, sino también de todas las partes e incluso del juez las pruebas en base a las cuales puede dictarse una sentencia condenatoria. Es que no obstante los loables propósitos de protección de la minoridad que implica, debe necesariamente considerarse, tal como lo hiciera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los ya citados A.M. c. Italia, Kostovski c. Países Bajos, y Windisch c. Austria, que la falta de interrogatorio judicial y la carencia de oportunidades para el inculpado de observar el comportamiento de esta testigo bajo interrogatorio directo, y así, de examinar su confiabilidad, acarrear su rechazo a la luz de los convenios mencionados por el art. 75, inc. 22, antepenúltimo párrafo, C.N. Además, no parece superar el test de constitucionalidad el hecho de establecer como regla general la imposibilidad de presenciar la declaración testimonial para el imputado, las demás partes e incluso para el juez. Existiendo en la actualidad los medios técnicos adecuados para ello, tal como lo prevé la misma norma, no nos parece correcto que la presencia audiovisual se halle contemplada a título excepcional si lo pidiere la parte o lo ordenare el juez. Es una obligación del Estado Nacional, asumida al suscribir los pactos internacionales sobre derechos humanos, proveer las garantías judiciales mínimas —entre las cuales se encuentra el derecho de presenciar el juicio—, las cuales se verían gravemente afectadas al legislarse como regla lo que debe ser una situación excepcional. Tampoco luce correcto y aparece como sumamente confusa la exclusión del imputado durante los actos de reconocimientos de personas o cosas. Si se intenta evitar todo contacto visual o auditivo del menor bastaba con los mismos medios técnicos previstos para la declaración testimonial, que deberían ser entendidos como aplicables. Asimismo, si la prohibición de la presencia es tan abso-

de trata o explotación de personas, en este sentido se sigue los lineamientos anteriores.

Finalmente, en el último párrafo del artículo en comento se hace alusión a las víctimas que hubiesen cumplido dieciséis pero fueren menores de dieciocho años de edad, que previo a la recepción de su testimonio se requerirá un informe de un especialista para determinar la existencia de riesgos para su salud psicofísica en el caso de que compareciere ante el Tribunal en presencia de las partes. Es del caso señalar que en la hipótesis de que la persona realmente sea susceptible de correr riesgo para su salud psicofísica se instrumentará el procedimiento descrito anteriormente, es decir, el de la “cámara Gesell”, en atención a evitar en todo momento la revictimización en este caso del testigo-víctima.

El sistema de la videoconferencia se registra tanto en este artículo como en el 287 último párrafo.

Además de los conceptos vertidos por Ortiz Pradillo respecto a las bondades de este sistema, se añade la opinión de Benincasa Varnier quien lo considera beneficioso también por el hecho que es un sistema interactivo de comunicación que se transmite de forma simultánea y en tiempo real, imagen, sonido y datos a distancia de una o más personas que presten declaración, situadas en un lugar distinto de la autoridad competente. “Este sistema de comunicación presenta amplias potencialidades toda vez que resulta un medio particularmente idóneo para facilitar la comparecencia y declaración judicial de las personas que se hallan lejos de la sede del órgano jurisdiccional correspondiente, sin una merma esencial de los principios fundamentales del proceso, y con una notable economía de medios, si se compara con las implicaciones económicas de trasladar a un testigo de un país a otro para que preste su declaración. Asimismo, la declaración por el sistema de videoconferencia resulta ser una medida propicia para proteger a testigos vulnerables posibilitando que los mismos presten testimonio sin poner en peligro su seguridad. A modo de ejemplo, la videoconferencia en los procesos penales se constituye en una herramienta valiosa que permite que luta en pos de evitar todo contacto, cabría interpretar que por esa vía se prohíben los reconocimientos de víctimas respecto de imputados, dados los términos en que la norma está redactada, puesto que no puede “en ningún caso estar presente el imputado”. Es un evidente absurdo que demuestra la necesidad de una interpretación razonable de la norma a fin de conciliarla, en los casos que resulte posible, con el resto del ordenamiento jurídico. También indica la necesidad de que la práctica judicial convierta la excepción en regla para adecuarla a las normas constitucionales...” (Cfme. LANGEVIN Julián “El derecho del imputado a estar presente en su propio juicio” LL 2007-A , 731).

testigos o víctimas protegidas que deben rendir declaración o testimonio en un país y residen en otro puedan brindarlo gracias a este medio tecnológico sin necesidad de trasladarse al país donde es requerido y en donde su vida, como consecuencia del delito que se investiga, corre peligro. De esta forma facilita las investigaciones y procesamientos contra el crimen organizado, contribuyendo notablemente a reducir los espacios de impunidad. La CSJN mediante la Acordada 20/2013, de fecha 2 de julio de 2013, estableció que “A partir de la entrada en vigencia de la presente acordada, cuando una persona que se halle fuera de la jurisdicción de un tribunal deba comparecer como imputado, testigo o perito, en caso que no sea oportuno o posible que acuda personalmente en la sede del tribunal, éste podrá disponer que la audiencia se realice por videoconferencia conforme a las reglas prácticas dispuestas en el Anexo I de la presente”^{66 67}.

En el Título V “Otros Medios de Prueba” con respecto a la obtención de pruebas de ADN el art. 175 estipula: “...Asimismo, en el caso de un delito de acción pública en el que se deba obtener ácido desoxirribonucleico (ADN) de la presunta víctima del delito, la medida se practicará teniendo en cuenta tal condición, a fin de evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene”.

Es natural teniendo en cuenta la sistemática seguida por el Código que también en este caso donde se irrumpe en la intimidad de la persona se tenga en consideración las características de la víctima y como la propia norma lo refiere “evitar su revictimización y resguardar los derechos específicos que tiene”.

En el Título VI “Técnicas Especiales De Investigación” cuando se habla de la nueva figura del agente revelador el mismo tiene la obligación entre tantas otras que la norma refiere la de liberar a las víctimas. Es así que el art. 185 dice: “Será considerado agente revelador todo aquel agente de las fuerzas de seguridad o policiales designado con el fin de simular interés y/o ejecutar el transporte, compra o consumo, para sí o para terceros de dinero, bienes, personas, servicios, armas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o participar de cualquier otra actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar a las personas im-

⁶⁶ BENINCASA VARNIER Lucila en ALMEYRA Miguel - BAEZ Julio (Directores), TELLAS Adrián (Coordinador) “Tratado...” (ob. cit. t. III ps. 335/336) “La Corte Penal Internacional como un sistema global: cooperación de los Estados en su funcionamiento” Suplemento Penal y Procesal Penal octubre 2012, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 23/31.

⁶⁷ FIGARI Rubén en VILLADA Jorge (Director) (ob. cit. ps. 460/463).

plicadas en un delito, detenerlas, incautar los bienes, liberar a las víctimas o de recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos. En tal sentido, el accionar del agente revelador no es de ejecución continuada ni se perpetúa en el tiempo, por lo tanto, no está destinado a infiltrarse dentro de las organizaciones criminales como parte de ellas”.

Este texto es idéntico al contenido en el art. 5 de la ley 27.319 (B.O 22/11/2016) sobre “Delitos Complejos - Investigación, Prevención y Lucha de los delitos complejos. Herramientas. Facultades” y según el art. 2 abarca la investigación de los siguientes delitos: “Las siguientes técnicas especiales de investigación serán procedentes en los siguientes casos: a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o materias primas para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos; b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero; c) Todos los casos en que sea aplicable el artículo 41 quinquies del Código Penal; d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del Código Penal; e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del Código Penal; f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y ter del Código Penal; g) Delitos cometidos por asociaciones ilícitas en los términos de los artículos 210 y 210 bis del Código Penal; h) Delitos previstos en el libro segundo, título XIII del Código Penal”. Por consiguiente esta figura ha sido incorporada en el C.P.P.F debiéndose adoptar para su puesta en marcha todos los requisitos que la ley específica determina.

En el libro Libro Quinto “Medidas De Coerción y Cautelares” entre las primeras el art. 210 establece: “El representante del Ministerio Público Fiscal o el querellante podrán solicitar al juez, en cualquier estado del proceso y con el fin de asegurar la comparecencia del imputado o evitar el entorpecimiento de la investigación, la imposición, individual o combinada, de: ... g) El abandono inmediato del domicilio, si se tratara de hechos de violencia doméstica y la víctima conviviera con el imputado”. Esto se compadece con las medidas de restricción que se imponen en los casos de violencia de género.

Para justificar la prisión preventiva del imputado que dispone el art. 218 el 222 que habla de uno de los motivos para que se dicte aquélla, se refiere al peligro de entorpecimiento en estos términos y que abarca también a la víctima: Para decidir acerca del peligro de entorpecimiento para la averiguación de la

verdad, se deberá tener en cuenta la existencia de indicios que justifiquen la grave sospecha de que el imputado: ... c) Hostigará o amenazará a la víctima o a testigos...”

En la Segunda Parte Procedimientos Libro Primero “Procedimiento Ordinario” Título I “Etapa Preparatoria” Capítulo 3 “Valoración inicial” se prevé el archivo, mas en este caso también tiene injerencia la víctima en el art. 250: “Si no se ha podido individualizar al autor o partícipe del hecho y es manifiesta la imposibilidad de reunir elementos de convicción o no se puede proceder, el representante del Ministerio Público Fiscal podrá disponer el archivo de las actuaciones, salvo que se trate de hechos de desaparición forzada de personas. En estos casos, no tendrá lugar el archivo de las actuaciones hasta tanto la persona víctima no sea hallada o restituida su identidad. El archivo no impedirá que se reabra la investigación si con posterioridad aparecen datos que permitan identificar a los autores o partícipes, o si desaparecen los demás impedimentos referidos en el primer párrafo”.

Estimo que el precepto es lo suficientemente diáfano y explica claramente la situación en el sentido de que ante la falta de individualización del autor o partícipe del hecho o también la imposibilidad de reunir elementos de convicción el Ministerio Público Fiscal puede resolver archivar las actuaciones con la excepción notable de que se trate de hechos de desaparición forzadas de personas pues en tales casos lo habrá archivo hasta tanto la víctima no sea hallada o en su defecto restituida su identidad, por ende huelgan mayores comentarios. Finalmente, el último párrafo determina que el archivo de ninguna manera impiden la apertura nuevamente de la investigación si luego aparecen datos que permiten identificar al autor/es o partícipes y en el supuesto que desaparecen los demás impedimentos que menciona el primer párrafo. Lo cual por la claridad de su redacción, estimo que no hay mucho agregar.

Con respecto al criterio de oportunidad del art. 251 refiere: “Si el representante del Ministerio Público Fiscal, de oficio o a petición de parte, estimase que procede la aplicación de un criterio de oportunidad, declarará que prescinde de la persecución penal pública. Comunicará a la defensa e informará a la víctima de las facultades previstas en el artículo 252 de este Código. Si existieran nuevas circunstancias que tornaran procedente la aplicación de algún criterio de oportunidad, el imputado o su defensor podrán reiterar la solicitud de aplicación de este criterio. En los supuestos en los que no haya víctimas identificadas en la

causa, el archivo, desestimación o criterio de oportunidad deberá ser confirmado dentro de los cinco (5) días por el fiscal superior. En caso de no confirmarlo dispondrá la continuidad de la investigación”.

En este caso el procedimiento que debe seguir el Ministerio Público Fiscal de oficio o a petición de parte en cuanto a la procedencia de la aplicación del principio de oportunidad queda específicamente claro en cuanto al trámite a seguir y se condice con lo que prevé la norma del art. 252, de modo que huelgan mayores comentarios.

El art. 252 justamente habla del control de la decisión fiscal: “Si se hubiere decidido que no procede la aplicación de un criterio de oportunidad, de archivo o de desestimación, la decisión no será susceptible de revisión alguna. En los casos previstos en los artículos anteriores de este Capítulo, la víctima podrá requerir fundadamente dentro del plazo de tres días su revisión ante el superior del fiscal. En el mismo plazo, si el fiscal revisor hace lugar a la pretensión de la víctima, dispondrá la continuidad de la investigación. Si el fiscal superior confirma la aplicación del criterio de oportunidad, la víctima estará habilitada a convertir la acción pública en privada y proceder de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 314, dentro de los sesenta días de comunicada”.

Como se aprecia esta normativa establece que en la decisión fiscal relacionada con la no precedencia de alguno de los supuestos tales como la desestimación, archivo o criterio de oportunidad, tal opinión no es susceptible de ser recurrida. De anverso cuando procesa alguno de los supuestos mencionados la víctima puede requerir fundadamente y dentro de un plazo de tres días la revisión de la medida adoptada por el fiscal ante su superior y cuando éste hiciera lugar a la pretensión de la víctima dispondrá la investigación. Empece, si se confirma la aplicación del criterio de oportunidad la víctima puede convertir la acción pública en privada y proceder de acuerdo a lo establecido en el art. 314 previsto en el Libro Segundo “Procedimientos Especiales” Título I “Procesos De Acción Privada”.

En el Capítulo 4 “Formalización de la investigación preparatoria” con referencia al control judicial anterior a la formalización de la investigación preparatoria art. 256 otorga la potestad a la víctima que hubiera solicitado constituirse en querellante lo siguiente: “Previo a la formalización de la investigación, el imputado o la víctima que hubiere solicitado constituirse en parte querellante podrán pedir al fiscal información sobre los hechos que fueren objeto de la

investigación, así como sobre las diligencias practicadas y las pendientes de ejecución. En caso de que el representante del Ministerio Público Fiscal se opusiere al pedido podrán solicitarlo al juez, quien resolverá en audiencia luego de oír por separado a las partes. En esa oportunidad, el juez podrá establecer el plazo en el que el representante del Ministerio Público Fiscal debe formalizar la investigación”.

La formalización de la investigación no es un acto librado al arbitrio y conducción libre del fiscal, sino que no tiene su propio control judicial, por el cual previo a la formalización, el imputado o la víctima que hubiere solicitado constituirse en parte querellante podrán pedir al fiscal información sobre los hechos que fueron objeto de la investigación, o sobre las diligencias practicadas y los expedientes de ejecución. La víctima no constituida en querellante particular pero que lo hubiere solicitado, tiene derecho a examinar las adaptaciones con determinados límites. Mas una vez que se la habilita para actuar o querellante particular, no sólo puede ser excluida de la fase investigativa, sino que tiene derecho a producir, analizar y ofrecer o mejorar la prueba que se ha recopilado en el proceso⁶⁸.

En el art. 267 se establece: “Los plazos de duración de la investigación preparatoria se suspenderán: ... c) Desde que se alcanzara un acuerdo reparatorio hasta el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el imputado a favor de la víctima o hasta que hubiera debidamente garantizado su cumplimiento a satisfacción de ésta última”.

Entre los supuestos de la suspensión de los plazos de duración de la investigación preparatoria se encuentra el supuesto del acuerdo reparatorio hasta el momento en que el imputado haya cumplido las obligaciones asumidas con la víctima. Disposición realista ante un acuerdo “reparatorio”, en un proceso que se pretende acusatorio y con un fuerte acento puesto en el interés de la víctima, por ende es razonable que hasta que no se cumpla la reparación o se garantice suficientemente, las actuaciones se paralicen tal como es el caso de la suspensión del juicio a prueba⁶⁹.

Con respecto al trámite de la procedencia del sobreseimiento el art. 269 expresa: “Si el representante del Ministerio Público Fiscal considerara que corresponde dictar el sobreseimiento lo fundará por escrito y lo pondrá en conocimiento

⁶⁸ VILLADA Jorge en Idem. (Director) (ob. cit. p. 630).

⁶⁹ Idem en Idem. (Director) (ob. cit. p. 646).

de las otras partes y de la víctima, quienes en el plazo de tres días podrán: a) La víctima, objetar el pedido de sobreseimiento solicitando su revisión ante el superior del fiscal o presentarse como querellante ejerciendo las facultades previstas en el inciso b)...”.

Una potestad que puede ejercer la víctima cuando al representante del Ministerio Público Fiscal estima que corresponde dictar el sobreseimiento, la que puede objetar tal pedido solicitando una revisión por ante el superior del fiscal o en su defecto presentarse como querellante de acuerdo a lo dispuesto por el inc. b) quien en tal calidad puede presentarse ante el juez oponiéndose al sobreseimiento o formular acusación. Es menester enfatizar que esto supone presentar un escrito fundado y con conocimientos cabal de las actuaciones. Se podría decir que en este punto la norma merece sus objeciones pues a la víctima debió otorgársele un plazo, al menos de quince días para examinar las actuaciones y de esta manera poder realizar el planteo que considere adecuado o se constituya en querellante

Cuando se haya deducido acusación, la víctima también tiene facultad de controlar la misma de acuerdo a lo previsto en el art. 279: “Vencido el plazo del artículo 277, la oficina judicial convocará a las partes y a la víctima, si correspondiere su intervención, a una audiencia a celebrarse dentro de los diez días siguientes...”.

En el Título III “Juicio” Capítulo 1 “Normas generales” el art. 286 regula el acceso del público a la sala de audiencias priorizando la presencia de la víctima, los familiares de las partes y los medios de comunicación: “Todas las personas tendrán derecho a acceder a la sala de audiencias. Los menores de doce años deberán hacerlo acompañados de un mayor de edad que responda por su conducta. El tribunal podrá limitar el acceso a la sala en función de su capacidad, aunque procurará que las audiencias se realicen en lugares que cuenten con el espacio necesario. Se priorizará la presencia de la víctima, de los familiares de las partes y de los medios de comunicación”.

Desde luego que rige el principio de publicidad en la etapa del debate por ello las limitaciones de acceso al público deben ser interpretados con criterio restrictivo y por consiguiente las normas que lo limita deben tener un carácter taxativo. En tal contexto se plantea como principio general aunque sin sanción procesal de nulidad expresa que todos tendrán derecho a acceder a la sala de audiencia sólo se innova en cuanto a la restricción a los menores de edad en

cuanto a que generalmente se fijaba en los dieciocho años, en este caso los menores de doce deberán hacerlo en compañía de un mayor que responda por su conducta. En lo concerniente al espacio físico desde luego que el tribunal puede limitar el acceso en razón en capacidad de la sala por razones de salubridad y a fin de evitar que quienes tengan prioridad – víctimas familiares de las partes y medio de comunicación – se vean privados de ejercer sus derechos de asistencia⁷⁰.

Con respecto a los medios de comunicación el art. 287 párr. 5° dice: “...Si la víctima, un testigo o el imputado solicitaran que no se difundan ni su voz ni su imagen en resguardo de su pudor o seguridad, el tribunal, luego de oír a las partes, examinará los motivos y resolverá fundadamente teniendo en cuenta los diversos intereses comprometidos. El tribunal podrá ordenar la distorsión de la imagen o de la voz como mecanismos menos restrictivos que la prohibición de la difusión”.

En este caso se le da la potestad – incidente mediante – a la víctima como así también al testigo o al imputado que los medios de comunicación presentes en la audiencia de juicio no difundan la voz o la imagen resguardando de esa manera su pudor o seguridad, pero el tribunal debe evaluar la situación y resolver fundadamente si ordena lo solicitado y hasta podrá – no es facultativo – ordenar la distorsión de la imagen o la voz con mecanismos menos restrictivos que la prohibición.

En el caso de decomiso luego de impuesta la condena a el/los acusado/s el art. 310 párr. 5° determina: “...En el caso de condena impuesta por alguno de los delitos previstos por los artículos 125, 125 bis, 127, 140, 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 del Código Penal, quedará comprendido entre los objetos a decomisar la cosa mueble o inmueble donde se mantuviera a la víctima privada de su libertad u objeto de explotación. Las cosas decomisadas con motivo de tales delitos, según los términos del presente artículo, y el producido de las multas que se impongan, serán afectadas a programas de asistencia a la víctima”.

Se trata de los delitos de los delitos de promoción y facilitación de la corrupción, promoción y facilitación de la prostitución, explotación económica de la prostitución, reducción a la esclavitud o servidumbre, coacción, trata de personas, agravantes, secuestro extorsivo en los que los objetos decomisados abarcan las cosas muebles o inmuebles donde se mantuviera a la víctima privada

⁷⁰ MANGIAFICO Daniel en VILLADA Jorge (Director) (ob. cit. ps. 680/681).

de la libertad u objeto de explotación y el producto de las multas se destinan al programa de asistencia de las víctimas.

En el Libro Segundo “Procedimientos Especiales” Título I “Procesos De Acción Privada” en los procesos de estas naturalezas la víctima tiene la facultad establecida en el 2º párr. del art. 314: “...De igual manera deberá proceder quien resulte víctima de un delito de acción pública y se encuentre habilitado para efectuar la conversión a acción privada, conforme lo dispuesto en este Código...”

Asimismo, de acuerdo a lo previsto expresamente en la norma están facultados para interponer querrela quienes resulten víctimas en un delito de acción pública y se encuentren habilitados la conversión a acción privada. De hecho la palabra “víctima” debe entenderse en sentido amplio como se ha consignado ut-supra.

El Título III incorpora el “Procedimiento de Flagrancia” y en el art. 329 4º párr. dispone: “...La víctima tiene derecho a asistir a todas las audiencias y deberá ser notificada de la realización de las mismas a fin de ser escuchada y eventualmente ser tenida por parte querellante. La víctima, con el control de la defensa, podrá solicitar declarar sin la presencia del imputado...”

Esta norma se cohonesta con lo establecido con los demás procesos en cuanto a la facultad de control.

En el Título III “Decisiones Impugnables” cuando haya sentencia absolutoria la misma podrá impugnarse de acuerdo al art. 359: “La sentencia absolutoria podrá impugnarse por los motivos siguientes: a) Si se alegara la inobservancia del derecho a la tutela judicial de la víctima...” es decir, en el supuesto de que no se haya observado el derecho a la tutela judicial de la víctima.

Parma sostiene que el primer inciso es materia de severas críticas por parte de la doctrina, aunque en rigor la verdad es absolutamente justo, equitativo y ajustado a derecho y a los principios constitucionales vigentes, que la vulneración de la tutela judicial de la víctima, jamás pueda conducir a una sentencia absolutamente valida. Es un reclamo histórico de la victimología que debió ser atendido oportunamente, en particular cuando se entendía que la existencia del derecho penal y la justificación de la aplicación de una pena responde esencialmente a la necesidad de proteger intereses individuales y sociales⁷¹.

En el Libro Cuarto “Ejecución” Título I “Disposiciones Generales” específicamente el 373 consigna el derecho de la víctima en este tramo de la ejecución

⁷¹ PARMA Carlos en VILLADA Jorge (Director) (ob. cit. p. 845).

de la pena: “La víctima tendrá derecho a ser informada de la iniciación de todo planteo en el que se pueda decidir alguna forma de liberación anticipada del condenado, o la extinción de la pena o la medida de seguridad, siempre que lo hubiera solicitado expresamente ante el Ministerio Público Fiscal, y de conformidad con las disposiciones de las leyes 24.660 y modificatorias y 27.372, o de aquellas que en el futuro las reemplacen”. Esto se compadece con lo establecido por la ley 27.375 de ejecución de la pena privativa de la libertad que reforma la ley 24.660⁷².

V. Disposiciones relativas al control de la víctima en la ley 27.375 de la ejecución de la pena privativa de la libertad

Se complementa con la reciente restructuración de la Ley N° 24.660 por la 27.375 de ejecución de la pena privativa de la libertad en su art. 11 bis.: “La víctima tendrá derecho a ser informada y a expresar su opinión y todo cuanto estime conveniente, ante el juez de ejecución o juez competente, cuando se sustancie cualquier planteo en el que se pueda decidir la incorporación de la persona condenada a: a) Salidas transitorias; b) Régimen de semilibertad; c) Libertad condicional; d) Prisión domiciliaria; e) Prisión discontinua o semidetención; f) Libertad asistida; g) Régimen preparatorio para su liberación. El Tribunal a cargo del juicio, al momento del dictado de la sentencia condenatoria, deberá consultar a la víctima si desea ser informada acerca de los planteos referidos en el párrafo que antecede. En ese caso, la víctima deberá fijar un domicilio, podrá designar un representante legal, proponer peritos y establecer el modo en que recibirá las comunicaciones. Incurrirá en falta grave el juez que incumpliere las obligaciones establecidas en este artículo”.

El art. 17.VI consigna: “Para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad se requiere: ...VI. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, se

⁷² In extenso ver FIGARI Rubén - HERRERA Hernán “Análisis crítico sobre las reformas a la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad introducidas por la Ley N° 27.375 (B.O. 28/07/2017)” Publicado en www.pensa.mientopenal.com.ar; elDial.com - DC245E; Revista Jurídica Región Cuyo - Argentina - Número 4 - Mayo 2018, www.te-ragnijurista.com.ar.

requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados a presentar su propio informe...”.

El art. 28 dispone: “El juez de ejecución o juez competente podrá conceder la libertad condicional al condenado que reúna los requisitos fijados por el Código Penal, previo los informes fundados del organismo técnico-criminológico, del Consejo Correccional del establecimiento y de la dirección del establecimiento penitenciario que pronostiquen en forma individualizada su reinserción social. Dicho informe deberá contener los antecedentes de conducta, el concepto y los dictámenes criminológicos desde el comienzo de la ejecución de la pena. En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en el artículo 128 tercer párrafo, 129 segundo párrafo y 131 del Código Penal, antes de adoptar una decisión, el juez deberá tomar conocimiento directo del condenado y escucharlo si desea hacer alguna manifestación. También se requerirá un informe del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución y se notificará a la víctima o su representante legal, que será escuchada si desea hacer alguna manifestación. El interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe...” En el supuesto de la detención domiciliaria el art. 33 regla, entre otras medidas, que el interno y la víctima podrán proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe. Un texto similar se adopta en los arts. 45 y 54.

Como se patentiza en todo este proceso de alto protagonismo de la víctima, ella no podía estar ausente de los trámites que realice el imputado o condenado para obtener no sólo las salidas transitorias sino todas las situaciones contempladas en la reforma que introduce el anterior artículo en la ley de ejecución penal, quien debe ser no solamente informada sino también consultada y expresar su opinión ante el juez competente – quien incurrirá en una falta grave si incumpliere dichas obligaciones – cuando se solicite algunos de los beneficios otorgados por la ley al condenado. Es de presumir, que en los casos de delitos graves, la víctima se opondrá a que el condenado obtenga algunos de los beneficios que se mencionan en el art. 11 bis bajo el popular lema “que se pudra en la cárcel”. Por ello, las objeciones que se puedan esgrimir deben ser fundadas, razonables y atendibles, valoradas convenientemente por el juez de ejecución y no basadas en un mero capricho de venganza, vulnerando de esa manera dere-

chos que le asisten al condenado y que están demarcados en el Código Penal y en los Tratados Internacionales acogidos por el art. 75 inc. 22 de la C.N.

VI. Conclusiones

Conforme lo expuesto en el decurso del presente trabajo se puede avizorar que el rol opacado anteriormente de la víctima ha recobrado cierto renacimiento en el contexto de proceso penal como así también en el proceso de ejecución de la pena privativa de la libertad por parte del condenado por el hecho infringido a la víctima. Desde luego que ha pasado mucha agua bajo el puente hasta que la misma ha podido ser canalizada de alguna forma. Ya se ha dicho hasta el cansancio que esta parte de la relación delictual debe estar en igualdad de condiciones con quien la pone en esa situación, de lo contrario la lid no presenta los visos de equidad, todo lo contrario. Nadie con dos dedos de frente pretende que el acusado de un delito sea despojado de su derecho a defenderse en un juicio con todas las garantías que le prodiga el sistema judicial mediante sus instrumentos que se fundan en principios constitucionales y supraleales. Pero tampoco es deseable que la persona definida como víctima del hecho disvalioso no cuente con los instrumentos apropiados para supervisar e intervenir en todos los aspectos procesales.

Estimo que los remedios procesales instaurados en el nuevo C.P.P.F., como así también los contenidos en la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad – con sus reparos⁷³– traigan vientos favorables para la otrora “cenicienta” del proceso: la víctima.

⁷³ Al efecto in extenso idem. (ob. cit.).

Extranjeros en conflicto con la Ley Penal

Aspectos centrales de Derecho Procesal Penal Internacional y Local para el cumplimiento de condenas penales de ciudadanos extranjeros - extrañamiento, expulsión y extradición

Competencia de la Dirección Nacional de Migraciones y del Órgano Jurisdiccional

ABG. MGTER. PABLO GUIDO PEÑASCO

Introducción

La reforma introducida a la ley Nacional de Migraciones 25.871 mediante el D.N.U. 70/2017 publicado el 30-01-2017, introdujo importantes temas relacionados con la situación de inmigrantes que merecen consideración. Particularmente con respecto a los extranjeros que tuvieren causas penales por la comisión de delitos dolosos sancionados con penas privativas de libertad (efectiva o condicional), que fueron procesados o que se hubiere requerido respecto a ellos, la citación o elevación de la causa a juicio o se hubiere dictado sentencia de condena.

Para estos supuestos, la ley citada establece la obligación por parte del Poder Judicial o del Ministerio Público Fiscal, es decir de jueces o Fiscales según la legislación vigente, de NOTIFICAR a la Dirección Nacional de Migraciones que esa persona inmigrante se encuentra vinculada a un proceso penal donde se hubieren dictado los actos procesales mencionados. A partir de dicha comunicación, establece la norma que el Organismo Nacional debe iniciar un proceso administrativo donde es muy posible que pueda ordenarse la expulsión del extranjero, si concurrieran distintas condiciones y siempre sujeto a los tratados que el Estado Argentino haya firmado con el estado de la nacionalidad del in-

migrante. Frente a estas situaciones es que se tratan a continuación los siguientes temas, a partir de distintos fallos, doctrina y del texto legal:

I. Nociones de Expulsión, extrañamiento y extradición. Diferencias. Importancia de los tratados

1.1.- *El extrañamiento* se trata de una manifestación del ejercicio de la soberanía estatal y según los casos revestirá exclusivamente la naturaleza de una decisión de política migratoria o de seguridad, concretada en un acto administrativo de expulsión, y otras veces, además, la naturaleza de una pena accesoria impuesta con motivo de una condena penal, establecida en la ley penal. Se destaca su carácter político y discrecional guiado por criterios de selectividad, sin perjuicio de los límites que le impone la prohibición de discriminación y el deber del Estado de asegurar al extranjero cuya expulsión se ordena, el acceso a un juez o tribunal para la protección de los derechos fundamentales que pudieran verse lesionados de manera ilegal o ilegítima con el acto de expulsión¹. No constituye un derecho del condenado.

1.2.- *El acto de expulsión* sólo reviste la naturaleza de pena si ésta es la sanción principal o accesoria por la realización de una conducta constitutiva de una infracción a una prohibición de naturaleza materialmente penal, lo que presupone una ley que defina el presupuesto de hecho de la sanción. Es característico del derecho penal que –salvo en el caso de las llamadas penas alternativas– las penas principales y accesorias no están sujetas al principio dispositivo (voto del juez García al que adhirió el juez Bruzzone).

1.3.- *Conceptos y deferencias de los institutos a partir de la ley 25.871 –Ley Nacional de Migraciones*: La norma jurídica citada se ocupa de distinguir muy bien las nociones y alcances de cada uno. Así, marca diferencias a partir de la efectividad de cada medida. Una cosa es la ejecución de la expulsión, y otra bien distinta es la ejecución del extrañamiento. Mientras que la expulsión consiste en

¹ Giménez Güell, Carlos Daniel s/ "extrañamiento", CNCCC 24807/2015/3/CNC1, Sala 1, Reg. nro. 1366/2017, resuelta el 15 de diciembre de 2017 (voto del juez García al que adhirió el juez Bruzzone).

un acto administrativo de traslado físico de la persona extranjera, en situación irregular, hacia fuera de los límites de nuestras fronteras, y que se ejecuta con dicho traslado, el extrañamiento es, jurídicamente, una forma de cumplimiento de pena que implica la expulsión del condenado del territorio nacional mientras dure la condena. La diferencia tiene importancia porque a partir de ello, aquel que reingresa al país antes del vencimiento de la condena, no cumple con el extrañamiento, y por tanto mal puede pretender que se le dé por cumplida la pena originalmente impuesta.² Cabe destacar que “el extrañamiento previsto en la ley 25.871 –Ley Nacional de Migraciones- lleva implícita la prohibición de reingreso permanente o, en su defecto, por un período nunca inferior a cinco años. Se trata de un acto complejo, que adquirirá ejecutoriedad en el momento en que el extranjero condenado abandone el país, y se completará y perfeccionará jurídicamente cuando se agote el tiempo de permanencia en el exterior previsto ex ante por la autoridad competente, según lo dispuesto en el art. 63, inc. b) de la ley 25.871. De ello se deriva como lógica consecuencia que el extrañamiento como causa de la extinción de la pena será operativo recién al momento en que se vea levantada la prohibición del reingreso al país”³.

1.4.- Requisitos procesales previos: La Ley Nacional de Migraciones es clara al contener pautas procesales de operatividad del extrañamiento: AnclaEl art. 64 de la ley 25.871 dispone que para la ejecución en forma inmediata de los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros en situación irregular corresponde:

a) que la autoridad competente haya dictado una disposición de expulsión respecto de un extranjero cuya situación de residencia ha sido declarada irregular;

b) que esa disposición haya sido consentida o haya adquirido firmeza por haberse agotado la vía recursiva;

c) que la orden de expulsión se hubiese dictado respecto de un extranjero que estuviese cumpliendo una pena privativa de libertad;

² “Márquez M., Rony A. s/ robo agravado por el uso de armas, y portación ilegítima de arma de guerra”, CNCCC 24873, Sala 2, Reg. nro. 443/2015, resuelta el 10 de septiembre de 2015.

³ Cita de “Marquez M., Rony A.”, CNCCC 24873/2010, Sala 2, Reg. nro. 443/2015, resuelta el 10 de septiembre de 2015. “García Ayala, L. C. s/ recurso de casación”, CNCCC 39974/2010/5/CNC1, Sala 2, Reg. nro. 1164/2017, resuelta el 14 de noviembre de 2017.

d) que la ejecución de la pena hubiese alcanzado el estadio necesario para poder aspirar a la concesión de salidas transitorias y que no exista otro proceso o condena pendiente en los que interese su detención.

1.5.- *Extradición*: es el "Acto por el cual un Estado entrega a un individuo a otro Estado que lo reclama a objeto de someterlo a un juicio penal o a la ejecución de una pena...conforme a normas preexistentes de validez interna o internacional...sus fundamentos se asientan en las pautas de cooperación internacional en materia penal."⁴

El Dr. Lascano sostiene que hay dos clases de extradición, la activa que consiste en el procedimiento para posibilitar la entrega al Estado Nacional de un delincuente que se encuentra en un país extranjero y la extradición pasiva, que regula el trámite que debe seguirse para lograr la entrega a un estado extranjero, de un delincuente que se encuentra en el Estado nacional.

Las normas jurídicas que tienen vigencia en estos casos son los tratados internacionales y a falta de éstos, la ley nacional de extradición n° 24.767.

Para que el Estado Nacional Argentino haga entrega a un estado extranjero de una persona por extradición, deben cumplirse distintos requisitos referentes al delito, al delincuente, a la punibilidad y pena, al proceso y a la conveniencia política.

1.6.- *Condiciones referentes al delito*:

1.- Debe ser un delito comprendido en el tratado internacional o derecho interno en forma taxativa o no, como susceptible de extradición.

2.- Debe respetarse el principio de doble incriminación o de identidad de la norma, que significa que el delito puede ser incriminado en ambos estados, porque existe identidad de normas penales.

3.- Principio de magnitud de la pena: el delito que da origen al pedido de extradición debe contener una escala penal cuyo máximo sea de una magnitud tal que justifique la medida, en tal sentido se exige que contenga pena privativa de libertad y que la semi suma del mínimo y del máximo de la pena, sea de, al menos, un año de encierro, conforme lo previsto por el art. 6 de la ley nacional n° 24.767.

⁴ Lascano, Carlos J (h): Derecho Penal Parte General Libro de Estudio. Ed. Advocatus, Cba., 2005, p. 231.

4.- Exclusión de delitos políticos y previstos por la ley penal militar: conforme lo establecido por el art. 8 de esta norma, no se ordenará extradición cuando se trate de los delitos indicados. Se ha considerado que no se trata de delitos políticos a los crímenes de guerra, los delitos de lesa humanidad como el genocidio; los atentados contra la vida, integridad física, los atentados contra un jefe de estado, de gobierno o de un integrante de su familia; los perpetrados contra personal diplomático o funcionarios o personas con protección internacional, todos aquellos atentados contra integrantes de la población en general, contra personal civil inocente no comprometido en la violencia generada por un conflicto armado. También pueden dar lugar a extradición, enseña el Dr. Julio Lascano, los delitos contra la seguridad de la aviación, o navegación civil o comercial; actos de terrorismo, los que fueren objeto de obligación convencional de extraditar o enjuiciar.⁵

5.- Delito más grave cometido en el extranjero: cuando el hecho cayere bajo jurisdicción Argentina, pero también implique una acción punible más grave en el estado requirente, según lo establece el art. 23 inc. a de la ley.

1.7.- *Condiciones de procedencia de la extradición referidas al delincuente:* El artículo 11 de la ley 24.767 establece que la extradición no será concedida...c) Cuando la persona reclamada habría sido considerada por la ley argentina como inimputable por razón de la edad si hubiese cometido el delito en la Argentina, en tanto que el art. 12 establece que si el requerido para la realización de un proceso fuese nacional argentino, podrá optar por ser juzgado por los tribunales argentinos, a no ser que fuere aplicable al caso un tratado que obligue a la extradición de nacionales. La calidad de nacional argentino deberá haber existido al momento de la comisión del hecho, y deberá subsistir al momento de la opción.

Si el nacional ejerciere esta opción, la extracción será denegada. El nacional será entonces juzgado en el país, según la ley penal argentina, siempre que el Estado requirente preste conformidad para ello, renunciando a su jurisdicción, y remita todos los antecedentes y pruebas que permitan el juzgamiento. Si fuere aplicable al caso un tratado que falta la extradición de nacionales, el Poder Ejecutivo, en la oportunidad prevista en el artículo 36 de la ley, resolverá si se hace o no lugar a la opción.

⁵ Lascano, Carlos Julio, obra citada, página 232, 233.

1.8.- *Condiciones relativas a la punibilidad y a la pena:* El artículo 11 dispone que la extradición no será concedida: a.- Si la acción penal o la pena se hubiesen extinguido según la ley del Estado requirente; b.- Cuando la persona reclamada ya hubiese sido juzgada, en la Argentina o cualquier otro país, por el hecho que motiva el pedido. Asimismo no será procedente un pedido de extradición cuando las penas previstas en el extranjero por los hechos que se atribuyan, sean de torturas, penas crueles, inhumanas o degradantes o pena de muerte del estado requirente.

1.9.- *Condiciones referentes al proceso y cumplimiento de recaudos formales:* Establecidas por las siguientes normas: Artículo 11.- La extradición no será concedida: d.- Cuando la condena se hubiese dictado en rebeldía y el Estado requirente no diese seguridades de que el caso se reabría para oír al condenado, permitirle el ejercicio del derecho de defensa y dictar en consecuencia una nueva sentencia.

Artículo 13.-La solicitud de extradición de un imputado debe contener: a.- Una descripción clara del hecho delictivo, con referencias precisas acerca de la fecha, el lugar y circunstancias en que se cometió y sobre la identificación de la víctima; b.- La tipificación legal que corresponde al hecho. C.- Una explicación acerca del fundamento de la competencia de los tribunales del Estado requirente para juzgar el caso, así como de las razones por las cuales la acción penal no se encuentra extinguida. D.- Testimonio o fotocopia autenticada de la resolución judicial que dispuso la detención del procesado, con explicación de los motivos por los que se sospecha que la persona requerida habría tomado parte en el delito, y de la que ordenó el libramiento de la solicitud de extradición. E.- Texto de las normas penales y procesales aplicables al caso, en cuanto estén vinculados con los párrafos anteriores. F.- Todos los datos conocidos que identifiquen al reclamado, tales como nombre y apellido, sobrenombres, nacionalidad, fecha de nacimiento, estado civil, profesión u ocupación, señas particulares, fotografías e impresiones digitales, y la información que se tenga acerca de su domicilio o paradero en el territorio argentino. Artículo 14.-La solicitud de ex-

tradición de un condenado se ajustará a lo dispuesto en el artículo anterior, con las siguientes particularidades: a.- Testimonio o fotocopia autenticada de la sentencia judicial que impuso la condena: b.- Atestación de que dicha sentencia no se dictó en rebeldía y se encuentra firme. Si la sentencia se hubiese dictado en rebeldía deberán darse las seguridades previstas en el artículo 11, inciso d.- e.- Información acerca del cómputo de la pena que resta ser cumplida.- d.- Explicación de las razones por las cuales la pena no se encuentra extinguida.

1.10.- Tampoco se concederá la extradición cuando:

La persona reclamada ya hubiese sido juzgada, en la Argentina o cualquier otro país, por el hecho que motiva el pedido, o si El proceso que la motiva fuese tramitado por una comisión especial de las prohibidas por el artículo 18 de la Constitución Nacional, si el proceso que motiva la extradición evidencie propósitos persecutorios por razón de las opiniones políticas, la nacionalidad, la raza, el o la religión de las personas involucradas o hubiese motivos fundados para suponer que esas razones pueden perjudicar el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

1.- Es el Poder Judicial quien deberá actuar y proceder en resguardo de los habitantes de la Nación Argentina mediante el dictado de la resolución respectiva ante un requerimiento extranjero, que obligará al Poder Ejecutivo, sin embargo, para el caso que el poder judicial declara procedente la extradición pasiva, será el Poder Ejecutivo el que podrá imponer su criterio, porque el PEN tiene atribuidas y a su cargo, las relaciones internacionales.

Se indica asimismo que podrá revocar la decisión judicial cuando existan o se presenten criterios de conveniencia política atendibles, como la inexistencia de ofrecimiento de reciprocidad (En ausencia de tratado que la prescriba, la ayuda estará subordinada a la existencia u ofrecimiento de reciprocidad), o que tampoco procederá la extradición cuando existan especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden públicos, otros intereses esenciales para la Argentina, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido (art. 10).

II. Normas pertinentes de la Ley Nacional de Migraciones

El art. 29 establece las causas que impiden tanto el ingreso como la permanencia de extranjeros en la República Argentina. Entre distintos motivos dice que no podrán ingresar ni permanecer quienes fueron condenados o están cumpliendo condena o tienen antecedentes o condena no firme en nuestro país o en el exterior, por delitos que fueron sancionados con penas privativas de libertad según nuestra legislación. Este dispositivo implica que todo extranjero condenado (por delitos dolosos como veremos más adelante), a prisión, no pueda residir en territorio argentino. Con el avance de estos comentarios veremos que se presentan ciertas excepciones a esta norma y de qué manera la misma logra operatividad. Quedan abarcados también, entre otras causas, aquellos extranjeros que delinchan promoviendo la prostitución o desarrollen actividades delictivas vinculadas a este tipo penal.

La propia ley se ocupa de explicar que entiende por “antecedentes”, al sostener que se refiere a los autos de procesamiento firmes, autos o decretos de cierre de la investigación penal preparatoria o acto procesal equiparable, con ello entiendo que se comprende al auto de elevación a juicio y al dictamen fiscal de citación a juicio o su requerimiento cuando estuviere firme.

Asimismo se impone al Poder Judicial y al Ministerio Público Fiscal, el deber de NOTIFICAR a la Dirección Nacional de Migraciones de todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable y de toda condena por delito penal dictada contra un extranjero en el plazo de cinco días hábiles de dictado y firme, con la finalidad del inicio del proceso administrativo correspondiente para hacer efectiva la expulsión. Sin embargo, por razones humanitarias de reunificación familiar u otros motivos que comprende, podrá admitir en el país al extranjero. También se admite la residencia cuando colabore en procesos judiciales para el esclarecimiento de delitos graves como arrepentido o agente colaborador.⁶

⁶ Ley 25.871. ARTÍCULO 29. — “Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros en territorio nacional:...c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad;...i) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o haber incurrido o participado, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior en la promoción de la prostitución, por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas;...A los efectos de los incisos c), d), h) y j),

En el mismo sentido, el artículo 62 establece las atribuciones de la Dirección Nacional de Migraciones de cancelar la residencia de los extranjeros en nuestro país, cuando fuere condenado por delitos especiales⁷.

entiéndase por antecedentes a todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable. El PODER JUDICIAL y el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL deberán notificar a la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES de todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable y de toda condena por delito penal dictada contra un extranjero en el plazo de CINCO (5) días hábiles de producido. El incumplimiento será considerado falta grave en los términos del artículo 14, inciso “A”, apartado 7), de la Ley N° 24.937 (T.O. 1999) y sus modificatorias: “Excepcionalmente, la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES podrá admitir en el país, únicamente por razones humanitarias, de reunificación familiar o de auxilio eficaz a la justicia en las condiciones del último párrafo del presente artículo, en las categorías de residentes permanentes o temporarios, a los extranjeros comprendidos en los incisos a), k) y m), y a los comprendidos en el inciso c) en caso de que el delito doloso merezca en la legislación nacional pena privativa de la libertad cuyo monto máximo no exceda de TRES (3) años de prisión, o sea de carácter culposo. Fuera de los supuestos expresamente regulados no podrá hacerse lugar al trámite excepcional de dispensa”. “Cuando en los términos del párrafo precedente se invoque el derecho a la reunificación familiar, deberá acreditarse la convivencia del grupo familiar. A dichos fines no se considerará al extranjero de quien se comprobare se hubiera desinteresado afectiva o económicamente de la persona cuyo vínculo familiar invoque”. “La admisión o permanencia excepcional también podrá ser concedida a los extranjeros que brinden en sede judicial información o datos precisos, comprobables y verosímiles vinculados a la comisión de alguno de los delitos contra el orden migratorio de los cuales hubiera tomado conocimiento en calidad de sujeto pasivo. Para la procedencia de esta dispensa será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la ejecución o consumación de un delito; a esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; a revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos o de otros conexos; a proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación; o a averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito”.

⁷ “La DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES podrá cancelar la residencia que hubiese otorgado, cualquiera fuese su antigüedad, categoría o causa de la admisión, y dispondrá la posterior expulsión, cuando:... c) El residente hubiese sido condenado, en la REPÚBLICA ARGENTINA o en el exterior, aunque dicha condena no se encuentre firme, respecto de delitos distintos a los enumerados en el inciso b) y que merezcan para la legislación argentina penas privativas de la libertad;... El PODER JUDICIAL y el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL deberán notificar a la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES de todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable y de toda condena por delito penal dictada contra un extranjero, en el plazo de CINCO (5) días hábiles de producido. El incumplimiento será considerado falta grave en los términos del artículo 14, inciso “A”, apartado 7), de la Ley N° 24.937 (T.O. 1999) y sus modificatorias.

En tanto que el ARTICULO 63 dispone: “En todos los supuestos previstos por la presente Ley: a) La cancelación de la residencia conlleva la conminación a hacer abandono del país dentro del plazo que se fije o la expulsión del territorio nacional tomando en consideración las circunstancias fácticas y personales del interesado, según lo establezca la Reglamentación; b) La expulsión lleva implícita, en los casos en que la misma se fundara en la participación o en la comisión de un delito doloso, una prohibición de reingreso permanente o por un término que en ningún caso podrá ser inferior a OCHO (8) años, y se graduará según la importancia de la causa que la motivara. Dicha prohibición sólo podrá ser dispensada por la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES. c) La expulsión en los casos no contemplados en el inciso b) lleva implícita la prohibición de reingreso por un mínimo de CINCO (5) años, y se graduará según la importancia de la causa que la motivara. La prohibición de reingreso sólo podrá ser dispensada por la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES”.

Finalmente el art. 64 se ocupa de sentar las bases para el cumplimiento de las medidas una vez firmes⁸.

III. Crítica al instituto a partir de la garantía constitucional de igualdad ante la ley

En aras a los elevados principios generales plasmados en el artículo 3° de la ley 25.871 –Ley Nacional de Migraciones- el legislador resolvió conceder al individuo extranjero condenado por delitos conminados con pena privativa de libertad el beneficio de recuperarla por mero transcurso de un recaudo temporal, aventajando a individuos nacionales en análoga circunstancia que deberán sa-

⁸ Dice el art. 64: “Los actos administrativos de expulsión firmes y consentidos dictados respecto de extranjeros que se encuentren en situación irregular, se ejecutarán en forma inmediata cuando se trate de: a) Extranjeros que se encontraren cumpliendo penas privativas de libertad, cuando se hubieran cumplido los supuestos establecidos en los acá-pites I y II del artículo 17 de la ley 24.660 que correspondieren para cada circunstancia. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente; b) Extranjeros sometidos a proceso, cuando sobre los mismos recayere condena firme de ejecución condicional. La ejecución del extrañamiento dará por cumplida la pena impuesta originalmente por el Tribunal competente; c) El procesamiento de un extranjero sobre el que pesa orden administrativa de expulsión firme y consentida, en cuyo caso no procederá el otorgamiento del beneficio de la suspensión del juicio a prueba o de medidas curativas, las que serán reemplazadas por la ejecución del extrañamiento, dándose por cumplida la carga impuesta al extranjero.

tisfacer otros requisitos, previstos en los incisos III a V del artículo 17 de la ley 24.660 –de Ejecución Penal, esto es que los nacionales debían demostrar conducta ejemplar, durante el último año a partir de la petición de salidas transitorias, más el informe favorable de la dirección del establecimiento, entre otros recaudos.

Sin embargo, desde otro extremo y según la jurisprudencia citada, el privilegio otorgado por el legislador nacional se enlaza ineludiblemente con la prohibición de reingreso, implícita en la expulsión pero explícita en el texto de la norma; y dispensable –tan sólo-Anclapor resolución de la Dirección Nacional de Migraciones (art. 63, inciso b, de la Ley 25.871). Quebrantada dicha veda, el proceso de ejecución del extrañamiento se trunca fatalmente, sin alcanzar la fase de consumación. Ejecutar significa, precisamente, consumir, cumplir. Esa es la única hermenéutica compatible con la incolumidad del principio constitucional de igualdad, salvaguardado reiteradamente en la ley migratoria de referencia.

IV. Doctrina Judicial reciente de la CSJN, extrañamiento y expulsión

La CSJN ha sostenido que debe revocarse el fallo que había confirmado la declaración de permanencia irregular en el país y la expulsión con prohibición de reingresar por el término de ocho años, de un ciudadano de nacionalidad peruana -que había sido condenado a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso en orden al delito de tentativa de robo en poblado y en banda- dado que si bien el tribunal a quo consideró que el art. 29, inc. c de la Ley 25.871 consagraba dos causales diferentes de impedimento para la permanencia en el país, la Corte entiende que el uso de la disyuntiva “o” contenida en la norma no evidencia que el legislador buscara que la misma operase como excluyente entre antecedente y condena, y ambos supuestos deben relacionarse con alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso o con cualquier otro delito que para la legislación argentina merezca pena privativa de libertad de tres años o más⁹.

⁹ Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados. SENTENCIA de Mayo de 2018. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. Magistrados: Lorenzetti - Maqueda - Highton de Nolasco - Rosatti (según su voto) - Rosenkrantz Id SAIJ: FA18000037.

V. Reingreso ilegal del expulsado. Efectos

¿Qué ocurre cuando el extranjero expulsado ingresa nuevamente al territorio nacional? Si la prohibición de reingreso en relación al ciudadano extranjero se dispuso de modo permanente y no medió a su respecto dispensa alguna de la Dirección Nacional de Migraciones, su nuevo ingreso violó la prohibición dispuesta, circunstancia que impidió que se perfeccionara el efecto del extrañamiento, y que no se extinguiera la pena única impuesta. Esa pena se tendrá por cumplida al momento de completarse el plazo de prohibición de reingreso al territorio nacional dispuesto por la autoridad competente que si se trata de una prohibición de carácter permanente y considerando que el término para dar por agotada la sanción no puede nunca superar lo establecido en el cómputo firme practicado por el tribunal de juicio, será en esa fecha en que operará la extinción de la pena.

La ejecución del extrañamiento, no se identifica con el suceso momentáneo: es un estado o proceso que culmina –o no– según las condiciones prefijadas y que se liga al cumplimiento de una condición resolutoria, a saber, el puntual acatamiento de aquella prohibición de reingreso, determinante de la extinción del vínculo entre el Estado y el individuo beneficiario. De no respetarse tal condición, acreditado el reingreso del extranjero al territorio nacional, la ejecución del proceso de extrañamiento no se habrá consumado, y la situación habrá de retrotraerse al estado en que se hallaba al momento de la expulsión, con las consecuencias del caso en el plano de la ejecución penal.

VI. Competencia y facultades de la Dirección Nacional de Migraciones. Impugnación de sus resoluciones, Recursos

En el ejercicio de los cometidos de política migratoria que le asigna el art. 105, en función del art. 3, inc. a, de la ley 25.871, es competencia del organismo adoptar decisiones de declaración de irregularidad de la residencia, o de cancelación de los permisos de residencia de extranjeros, y en consecuencia, decidir su expulsión del territorio nacional, y determinar la duración de la prohibición de reingreso, según los arts. 61, último párrafo, 62 y 63 de esa ley.

En cuanto a los recursos o vías de impugnación, las decisiones administrativas de la Dirección Nacional de Migraciones que deciden la irregularidad de la residencia, o de cancelación de los permisos de residencia de extranjeros -y en consecuencia, deciden su expulsión del territorio nacional, y determinan la duración de la prohibición de reingreso, según los arts. 61, último párrafo, 62 y 63 de la ley 25.871- están sujetas a una vía de recursos administrativos y judiciales según los arts. 74, 79 y 84. El art. 98 de la ley declara que para el conocimiento y decisión de los recursos judiciales son competentes los jueces a cargo de los Juzgados Nacionales en lo Contencioso Administrativo Federal o los Juzgados Federales del interior del país (ver fallo cit.).

VII. Ejecución de la medida de expulsión. Casos de condenas de ejecución condicional ante la expulsión y extrañamiento. Antecedentes donde se suspendió la medida

A los fines de que proceda la ejecución de una orden de expulsión en los términos del 64 de la ley 25871, por parte de la autoridad migratoria, ha de tratarse de un extranjero que efectivamente esté cumpliendo pena privativa de libertad en un establecimiento de ejecución de pena que acarree privación de la libertad, o bajo otra modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo. Si se tratase de una condena a pena de prisión de ejecución condicional la situación se regula de modo diverso, por el inciso b del art. 64 de la ley 25.871. Puesto que la ejecución de la pena está sometida a control judicial (art. 3 de la ley 24.660), y la concesión de salidas transitorias está diferida con exclusividad a los jueces con competencia para ese control (art. 19 de esa ley), se infiere sin esfuerzo que la autoridad migratoria no puede ejecutar la expulsión sin que, previamente, el juez de ejecución establezca que se han reunido los presupuestos del art. 17, acápites I y II de la ley de ejecución de la pena privativa de libertad, a los que remite el art. 64 de la ley 25.871. Si están reunidos, el juez de ejecución así lo declarará y lo comunicará a la autoridad migratoria; en su defecto, declarará que la decisión de expulsión no es ejecutable. De tal suerte, la declaración positiva importa autorización para ejecutar la expulsión y es imprescindible para la ejecución regular de la expulsión a la que refiere el citado art. 64.

VIII. Los ciudadanos extranjeros: ¿pueden solicitar su extrañamiento?

La ley 25.871 no provee al extranjero de ninguna vía judicial para promover que las autoridades migratorias declaren su residencia irregular, cancelen o revoquen una autorización de residencia anteriormente concedida, ni para instar la propia expulsión o extrañamiento. Esto se deduce sin esfuerzo del contexto de la ley que en su art. 74 declara revisables por vía administrativa o judicial ciertas decisiones sin proveer, sin embargo, de ningún recurso o vía judicial para que el extranjero promueva la cancelación de su autorización de residencia, o para que se lo expulse del territorio.

IX. Condenas a ciudadanos de países integrantes del MERCOSUR. Disposiciones relacionadas de la ley 26.529

El orden normativo prevé un instrumento específico sobre cuya base puede eventualmente suscitarse una incidencia típica de ejecución de la pena, que sólo puede promover el condenado o quien actúe en su nombre, cual es el Acuerdo sobre Traslado de Personas Condenadas entre los Estados Partes del Mercosur, aprobado por ley 26.529. Esta disposición concede al condenado un derecho sustantivo a promover una incidencia de ejecución y obtener su traslado para la ejecución de todo o parte de la sentencia en el territorio del país de su nacionalidad, o de aquél en el que tiene concedida autorización de residencia permanente, a diferencia de los de los arts. 61, 62, 63 y 64 de la ley 25.871, que no dan base a ningún derecho a opción del condenado.

X. Pautas procesales para la procedencia de la expulsión

No corresponde que los jueces de ejecución den trámite como incidente de ejecución a peticiones de los condenados o sus defensas para que el juez promueva u ordene la ejecución de expulsiones del territorio dictadas por la autoridad administrativa en los términos de los arts. 61, 62 y 63 de la ley 25.871. Una incidencia a tenor del art. 64 –es decir, que la autoridad de aplicación emitiese una orden de expulsión y extrañamiento que tiene por efecto interrumpir la eje-

cución de la pena privativa de libertad, cuestión que no responde a ninguna de las finalidades de los arts. 1 y 6 de la ley 24.660- sólo puede tener lugar cuando la autoridad administrativa pide autorización al juez para ejecutar una expulsión consentida y firme, en cuyo caso el juez sólo tiene jurisdicción para autorizarla o denegar la autorización, pero no para ordenar que sea ejecutada, puesto que tales decisiones políticas han sido adoptadas por el legislador al definir la autoridad competente para declarar irregular la residencia de una persona, o para cancelar una anteriormente concedida, y en consecuencia para decidir su expulsión con prohibición de reingreso (extrañamiento), y los presupuestos en los cuales ésta pueda ser decretada. De modo que los jueces tampoco tienen jurisdicción para ordenar a la autoridad migratoria que ejecute una resolución de expulsión, que no responde a un derecho de la persona objeto de la expulsión, y por ende tampoco puede dar base a un derecho adquirido por ésta (voto del juez García al que adhirió el juez Bruzzone en la causa judicial citada)¹⁰.

Corresponde confirmar la decisión que tuvo por acreditado el cumplimiento de las exigencias previstas en el art. 64 de la ley 25.871 y autorizar un nuevo extrañamiento del imputado a su país de origen y anularla en cuanto dispuso requerir a la autoridad migratoria que ejecute su expulsión del territorio nacional por haber satisfecho holgadamente tal normativa pues la decisión respecto de este último aspecto ha sido dictada por el juez de ejecución, sin competencia, y por ende, en exceso de jurisdicción toda vez que tal incidencia sólo puede tener lugar cuando la autoridad administrativa pide autorización al juez para ejecutar una expulsión consentida y firme, en cuyo caso el juez sólo tiene jurisdicción para autorizarla o denegar la autorización, pero no para ordenar que sea ejecutada. En referencia a ello, si bien el recurrente no alegó exceso de

¹⁰ No hay base normativa que permita reconocer que una persona tenga derecho a ser expulsada del territorio del país en el que se encuentra, los jueces que supervisan la ejecución de una pena privativa de libertad no tienen jurisdicción para promover ante la autoridad administrativa el dictado de una decisión de expulsión, y por ende, tampoco la tienen para ordenar que ésta sea ejecutada. En cambio, si releva de su competencia "autorizar todo egreso del condenado del ámbito de la administración penitenciaria", de modo que, si se dan los presupuestos definidos en el art. 64 de la ley 25.871, por referencia al art. 17, acápites I y II de la ley 24.660, entonces es indispensable su declaración en tal sentido y su autorización para que el condenado pueda egresar del establecimiento penitenciario a los fines de ejecutar la expulsión. Allí se agota su jurisdicción y no tienen ninguna otra para ordenar la ejecución de una orden administrativa dictada por las autoridades competentes del poder ejecutivo, ni para ponerle plazos a su ejecución (voto del juez García al que adhirió el juez Bruzzone).

jurisdicción sino que pretendió derechamente la revocación de tal punto, tal pretensión presuponía de modo implícito que este tribunal tiene jurisdicción sea para revocar, sea para confirmar de modo que conserva su potestad inherente de revisar su propia competencia porque no podría confirmar un dispositivo judicial dictado sin jurisdicción por el juez a quo. Ello no implica que este tribunal de revisión deba necesariamente revisar todas las incidencias decididas de modo previo a la resolución impugnada sino, simplemente, que puede examinar el alcance de la propia competencia para confirmar o dejar sin efecto la decisión dictada por el juez de ejecución (voto del juez García al que adhirió el juez Bruzzone)¹¹.

XI. Casos de extrañamiento, expulsión y extradición de mujeres extranjeras con hijos menores de edad radicados en Argentina

Se ha priorizado para su imposición y ejecución el interés superior de niñas, niños o adolescentes que estuvieron comprometidos¹².

¹¹ Giménez Güell, Carlos Daniel s/ extrañamiento”, CNCCC 24807/2015/3/CNC1, Sala 1, Reg. nro. 1366/2017, resuelta el 15 de diciembre de 2017.

¹² Causa Nro. 1857 –B. B., B. B.- Sala I- reg. 940- 17/9/18. La resolución recurrida que no hizo lugar a la aplicación de la expulsión anticipada de la encausada no se ajusta a los estándares nacionales e internacionales, tanto al Interés Superior del Niño, como a los derechos de las mujeres privadas de libertad, toda vez que el tribunal a quo se limitó a tener en cuenta el art. 17 de la ley 24.660 y a agregar que las hijas de la encausada se encontraban al cuidado y protección del padre y de la tía de las niñas, por lo que se advierte que no ha brindado argumentos sólidos y elocuentes para fundar su decisión, llevada adelante de un modo integral y razonable, y de conformidad con las exigencias de la ley. De conformidad con los Instrumentos Internacionales, se afirma que las mujeres detenidas presentan una doble condición de vulnerabilidad, por estar privadas de su libertad y por el hecho de ser mujeres, o auto percibidas como tales. En este sentido, también desde una perspectiva evolutiva e igualitaria de género, es posible considerar una “triple condición de vulnerabilidad” cuando una mujer que está presa por algún motivo, además es extranjera o migrante. Esgrimir juicios de valor sobre el vínculo materno-filial sólo a partir de la detención de la madre y respecto del cual no se tiene conocimiento alguno, implica la reproducción de estereotipos arbitrarios y concepciones basadas en teorías que no tienen asidero alguno desde una mirada igualitaria y evolutiva de género en la actualidad. El voto concurrente agregó que la vulnerabilidad de las niñas se evidencia del informe psicológico en tanto indica las complicaciones psíquicas y el malestar que presentan las hijas de la condenada ante la ausencia de su madre –angustia, problemas escolares, dificultades de aprendizaje y problemas de conducta-, por lo que no puede descartarse que la decisión que analizó soslayar el requisito temporal previsto en el art.

Autoridad de aplicación: La ley establece que será la Dirección Nacional de Migraciones con facultades para delegar sus funciones; en tanto que se ordena a los poderes públicos a impulsar el fortalecimiento del movimiento asociativo entre los inmigrantes y apoyarán a los sindicatos, organizaciones empresariales y a las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, favorezcan su integración social, prestándoles ayuda en la medida de sus posibilidades.

También se establece que los Gobernadores de Provincias y el Jefe de la CABA deberán crear los organismos correspondientes para colaborar con la Dirección Nacional de Migraciones a los efectos de facilitar el cumplimiento de sus atribuciones, en tanto que los arts. 112 y 113 son clarísimos al establecer que: “ El Ministerio del Interior podrá convenir con los gobernadores de provincias y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el ejercicio de funciones de Policía Migratoria Auxiliar en sus respectivas jurisdicciones y las autoridades u organismos provinciales que la cumplirán” y que “La Policía Migratoria Auxiliar quedará integrada por la Prefectura Naval Argentina, la Gendarmería Nacional, la Policía Aeronáutica Nacional y la Policía Federal, las que en tales funciones quedarán obligadas a prestar a la Dirección Nacional de Migraciones la colaboración que les requiera.

Con relación a los delitos de orden migratorio y respecto a la competencia para entender en la resolución de RECURSOS planteados contra las resoluciones de la Dirección Nacional de Migraciones, la ley 25.871 le atribuye la competencia material a los Juzgados Nacionales y Federales del País.

64 de la ley 25.871 no se haya dirigido en perjuicio de las niñas menores, ni del estándar internacional de resguardo del “interés superior del niño”, ya que no ha sido descartado fundadamente en la decisión recurrida que las niñas no se hallen en una situación de abandono o de extrema vulnerabilidad, que justifique el otorgamiento de la expulsión anticipada peticionada. La disidencia expresó que correspondía rechazar el recurso interpuesto por la defensa toda vez que la encausada no cumple con el requisito temporal exigido por el art. 64 de la ley 25.871, de conformidad con lo dispuesto en el art. 17 de la ley 24.660, no se encuentran cumplidos los requisitos para acceder al pedido de extraniamiento y tampoco se ha demostrado la pretendida afectación al interés superior del niño en tanto surge las hijas de la condenada se encuentran al cuidado de su padre y no se encuentran en situación de desamparo. Dres. Hornos, Figueroa –voto concurrente- y Mahiques –en disidencia.



El rol de los actores sociales en el Derecho Ambiental frente al Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

ABG. PABLO NICOLÁS ORITJA

Más allá de los fundamentos respecto de la necesidad histórica de la reforma, modernización y unificación de los Códigos Velezanos, lo cierto es que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no solo cumple las ambiciones reformistas esperadas desde hace más de 50 años, sino que yendo más allá, ha logrado acercar el derecho a los ciudadanos tornándolo más visible y al alcance de la mano, dando efectiva protección a aquellos derechos y garantías que antes solo podían hacerse efectivas luego de que la vulneración de los mismos había ya ocurrido.

La incorporación de los derechos colectivos reconocidos expresamente en su art. 14 y la limitación al ejercicio de los derechos que prevé la misma norma en concordancia con el art. 240 (límite de los derechos individuales sobre los bienes); el deber de prevenir como una de las funciones de la responsabilidad civil (art. 1708), conjuntamente con la forma en que deben interpretarse y aplicarse las leyes (arts. 1 y 2), aportan a los magistrados una gran cantidad de herramientas que permiten, de una manera mucho más práctica, llana y coherente resolver los conflictos que se ponen bajo el conocimiento jurisdiccional.

El derecho al medio ambiente, como uno de los derechos humanos esenciales, encontró su basamento jurídico en la reforma constitucional de 1994, reforma donde se incorpora de manera expresa del art. 41 así como también la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos enumerados en el art. 75 inc. 22, introduciendo una serie de principios y derechos que cimentaron al derecho ambiental en la realidad jurídica Argentina. Consecuentemente se realizó una ardua labor legislativa que puede apreciarse en algunas de las más importantes como la ley 25612 (modificatoria de la 24051), la ley 25670 (de presupuestos mínimos de los PCBS), la ley General de Ambiente

Nº 25675, la ley 25688 (Régimen de gestión ambiental de aguas), ley 25831 (libre acceso a la información pública ambiental), ley 25916 (residuos domiciliarios), ley 26562 (control de actividades de quema); ley 26331 (protección de bosques nativos), ley 26639 (protección de los glaciares y del ambiente peri glaciar) y la ley 26815 (para la protección ambiental en materia de incendios forestales y rurales); las que conjuntamente con las leyes locales provinciales y municipales constituyen el micro sistema ambiental con el que se integra armónicamente las normas del nuevo CCCN.

Frente a este reconocimiento legal, en la convicción de que esta nueva realidad jurídica le otorga mayor y mejores herramientas al juzgador para satisfacer de manera eficiente la tutela jurídica frente a la posible o concreta vulneración del ambiente, ¿podemos sostener que la solución del problema ambiental está ahora en mano de los jueces?; decididamente no es así. La puja de intereses no siempre se presenta como una pelea entre ricos y pobres, o entre buenos y malos, sino que en la mayoría de los casos interfieren necesidades y derechos vinculados a la clase trabajadora, oportunidades de desarrollo económico regional (sobre la base de la soberanía que de sus recursos naturales detentan las provincias, cuestión ésta indiscutida constitucional y convencionalmente), necesidades mundiales impostergables y un proceso de globalización y crecimiento mundial poblacional que no puede soslayarse a la hora de analizar la problemática ambiental.

En una gama de colores en donde predominan los grises, el juez como intérprete del sistema legal se ve en la necesidad de tomar distancia y analizar desde una perspectiva integradora al derecho aplicable, convirtiendo en anacrónica la tarea de subsunción normativa que desarrollaba antes de la reforma de la Constitución Nacional y más aún hoy después de la unificación del nuevo CCCN. Solo desde dicha posición será posible observar con la claridad necesaria la raíz de la problemática ambiental puesta bajo su conocimiento y consecuentemente encontrar una solución ajustada a derecho, pero ya no al derecho de la norma aislada sino la que surge del armónico juego de los principios jurídicos que sustentan el entramado normativo constitucional y convencional en cuyas bases debe encontrar justificación la norma individual.

En esta inteligencia vemos como las comunidades que se encuentran afectadas por industrias, cuyas actividades resultan riesgosas para el medio ambiente, muchas veces se ven apremiadas por necesidades económicas que las llevan a tolerar malas prácticas ambientales en los procesos de industrialización.

En muchas otras estas malas prácticas son desconocidas por los actores sociales siendo por lo general consecuencia de un control estatal que con el paso del tiempo y el exceso de confianza se va tornando cada vez más laxo.

Se podría pensar que la mejor solución a la que se pudiera arribar frente a una actividad potencialmente contaminante es exigir que, a través de los medios técnicos disponibles hoy en día, se asegurase que dicha actividad no va a producir ningún tipo de contaminación o afectación al medio ambiente en el que se desarrolla, pero dicha pretensión aunque loable resulta utópica e imposible de lograr, ya que no es posible (al menos por ahora) eliminar el riesgo de daño al medio ambiente en ninguna actividad antrópica.

Frente a este dilema la pregunta que se impone, podría expresarse de la siguiente manera: ¿Es posible reducir el riesgo ambiental de dichas actividades a su mínima expresión?, y en su caso ¿Puede el derecho hacer algún aporte para que dicho objetivo pueda lograrse?, y frente a esta pregunta no solo respondemos afirmativamente, sino que además puede sostenerse que el nuevo Código Civil es un aporte determinante para poder lograr dicho objetivo. Frente al daño ambiental o a la posibilidad de que éste ocurra, surge de manera inmediata el reclamo y la protesta social como una reacción lógica a una problemática cuya resolución siempre llega luego de que los daños son inevitables. Pero la protesta social anterior o posterior al evento ambiental encierra una posición simplista frente a la problemática que tiene al daño ambiental como su principal emergente. Encontramos posiciones anti y pro industriales, criterios científicos y técnicos muchas veces enfrentados, sistemas y microsistemas normativos con derechos y garantías constitucionales en pugna, intereses económicos de todas las partes en conflicto y particularmente, en nuestro país, una especial desconfianza en nuestras instituciones gubernamentales y judiciales, que viene a agravar la problemática y por consiguiente la solución de la misma.

La noción de actor social se emplea para nombrar al sujeto, el grupo de individuos o la entidad que asume la representación de determinados intereses y que trabaja con el fin de conseguir ciertos objetivos. Así encontramos a auto convocados; miembros de fundaciones o sociedades civiles ambientalistas, ONG, y a toda aquella persona que se sienta afectado y acredite un interés suficiente o razonable (Art. 1712 cod. Civil).

Desde la declaración de Estocolmo (Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Humano 1972) se reconoce internacionalmente que los aludidos

actores no solo detentan derechos sobre el medio ambiente, sino que también detentan un deber elemental y tan humano como aquel correlativo derecho. En este sentido, al tratar la problemática de la protección y el mejoramiento del medio ambiente, se concluye en el considerando N° 7 ... “Para llegar a esa meta será menester que los ciudadanos y comunidades, empresas e instituciones en todos los planos, acepten las responsabilidades que les incumben y que todos ellos participen equitativamente en su labor común..., Hombres de toda condición u organizaciones de diferente índole plasmarán, con la aportación de sus propios valores o la suma de sus actividades, el medio ambiente futuro”.

Dos conductas adquieren relevancia en este principio, en primer lugar las responsabilidades que deben ser aceptadas y asumidas por los ciudadanos y la comunidad toda, sumando a esto una conducta positiva personal y propia que pesa sobre todos los actores sociales a fin de forjar el medio ambiente futuro.

Es aquí donde el principio de prevención (art. 1710 del CCCN), adquiere mayor relevancia, ya que se ha incorporado al sistema de responsabilidad civil como una de sus funciones, y si bien el mismo ya se encontraba en nuestra legislación como uno de los principios del derecho ambiental (art. 4 de la LGA), el tratamiento que el legislador le ha dado en el nuevo CCCN lo ha transformado en una herramienta útil, práctica y fácilmente aplicable, abriendo al juzgador una innumerable cantidad de recursos con los cuales es posible reaccionar oportuna y eficientemente frente al reclamo social ambiental.

Debe destacarse en este sentido el principio N° 10 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, en el cual se advierte que “El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluidas la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades...”, y continúa diciendo: “Los estados deberán facilitar y fomentar la sensibilidad y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos”.

Lo expuesto hasta aquí empieza a comprenderse con mayor facilidad, si analizamos dichos conceptos a la luz del aludido principio de prevención con el cual se procura evitar, dentro de los límites razonables, todo posible riesgo que pueda afectar de manera negativa y relevante al medio ambiente. El juego armónico de la normativa constitucional y convencional, en sintonía con los

presupuestos mínimos ambientales previstos en la legislación nacional aggiornándose con las normativas provinciales complementarias conforman un sistema integral de protección ambiental, cuya existencia y potencialidad aún no ha sido advertida por el conjunto social.

Para poder poner en valor el entramado legal protectorio es necesario exigir políticas activas de difusión y participación, conforme lo dispone el art. 2 inc. c de la ley 25675, educando e informando principalmente a las comunidades donde impactan los riesgos ambientales (arts. 8, 14 y 15 LGA), exigiendo se desarrollen y contraten seguros ambientales en los que se garantice la transferencia del riesgo (art. 22 LGA) y se garantice el acceso a la información en forma libre y gratuita dentro de los plazos estipulados legalmente (art. 3 y 8 ley 25831). Comprendiendo a la vez que existen diferentes vehículos procesales para canalizar las pretensiones colectivas, pero fundamentalmente la acción de Amparo ambiental que le otorga a cualquier persona la llave para excitar el órgano jurisdiccional con la finalidad de hacer cesar las actividades generadoras de daño ambiental colectivo (art. 43 Constitución Nacional y 30 de la LGA).

La satisfacción plena de estos derechos en pugna, tanto de las empresas como de las comunidades, solo es posible si se logra un equilibrio que pueda auto limitar las posiciones extremas de las partes. Equilibrio que solo puede lograrse, a mi entender, mediante acciones interdisciplinarias activas y continuas en donde las comunidades tengan participación e información permanente que permitan mantener la tranquilidad social a través de un proceso paulatino y creciente de educación y capacitación de las actividades cuya buenas prácticas coadyuvarán a controlar y prevenir contingencias futuras (conf., arts. 14 a 21 ley 25675).

Bibliografía

- Nestor A. Caferata; Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación, Sup. Especial Nuevo Código civil y Comercial 2014 (Noviembre); 17/11/2014, 273.
- Garrido Cordobera, Lidia M. R.; Aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y pro homine. Desafío ambiental del siglo XXI; La ley 2014-F, 1199.

- Vinocur Gabriela; Pablo Schatz; El Seguro Ambiental en Argentina, Noviembre de 2010, sitio web: www.fran.org.ar.
- Novak, Aldo R. S., Una cosa es una cosa y otra cosa es otra cosa. De Daños ambientales individuales y colectivos; LLC 2015 (agosto), 736.
- Pardo, Maria Clara, Presupuestos mínimos ambientales; LA LEY 2015-B, 321.
- Caferata Nestor, A., Catástrofes ambientales, la encíclica Laudato si: sobre el cuidado de la casa común y el Código Civil y Comercial; RcyS 2015-VIII, 5.
- Trigo Represas, Felix A.; La antijuricidad en el Código Civil velezano y el Código Civil y Comercial de la Nación; RCCyC 2015 (octubre); 135.
- Cannata, Pablo; Los residuos peligrosos, La ley Online; AR/DOC/1815/2013.
- Abosos, Gustavo E, Derecho Penal y medio ambiente. Cuestiones dogmáticas básicas en la punición de los delitos ambientales; Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal; N°17-junio 2015.

Nociones generales sobre el Derecho Contravencional, con especial referencia al Nuevo Código de Contravenciones de la Provincia de Mendoza

ABG. ÉRICA VON ZEDTWITZ

I. Introducción

El derecho contravencional es derecho penal (y debe respetar todas las garantías constitucionales referidas a éste) la competencia legislativa penal en materia contravencional por parte de provincias y municipios es muy poco discutible. El derecho contravencional se edifica a imagen y semejanza del derecho penal, pues, por ejemplo contiene la posibilidad de una pena privativa de la libertad principal o por conversión, reconoce al código penal como legislación supletoria, impone la persecución penal de oficio mediante órganos predispuestos por la organización judicial, utiliza el código procesal penal de modo supletorio a un reglamento procesal fácilmente reconocible como tal, esto es, como penal.¹ El derecho contravencional posee un altísimo valor configurador de la coexistencia cotidiana, cuyo potencial es, muchas veces, mayor que el del mismo derecho penal, ya que es mucho mayor su frecuencia y cercanía con la experiencia ciudadana. Es decir, que cuanto más leve sea la infracción, más probabilidades de involucramiento habrán de tener el denominado ciudadano medio.²

Los códigos contravencionales, y en especial de la Provincia de Mendoza intentan reeducar la conductas humanas y aleccionar a los infractores para lograr la paz y convivencia pacífica.

¹ Tribunal Superior de Justicia de la CABA en la causa “M.S. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en M.S. s/ infracción art. 71 CC” 1/11/2002, voto del Dr. Maier.

² Lorenzo, María Paola, Orueta, Fernando Javier. Derecho contravencional, Seminario Sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes. Año 2012.

II. Breve Reseña Histórica

La historia de las faltas y contravenciones se inicia en la Edad Media, mediante estatutos que se encontraban fuera del Código Penal, los cuales debiendo proveer a la tutela de una gran cantidad de condiciones consideradas socialmente favorables y no encontrándose en el derecho penal lo que necesitaban fueron fijando una enorme cantidad de preceptos concernientes a los intereses de las corporaciones, al consumo, al transporte, la edificación y a la policía de seguridad. Las contravenciones fueron codificadas en el Código Francés de Policía de 1791, y posteriormente en los códigos que se inspiraron en la legislación francesa, sea en forma independiente o integrando el Código Penal, utilizando la palabra contravención o falta por oposición a la primitiva que habían utilizado de transgresión. La palabra contravención fue adoptada por la escuela napolitana y es hoy usada por la generalidad de los códigos, en contraposición a delitos.³

III. Concepto de falta o contravención. Ámbito de aplicación

Una falta o contravención, en Derecho penal, es una conducta antijurídica que pone en peligro algún bien jurídico protegible, pero que es considerado de menor gravedad y que, por tanto, no es tipificada como delito.

Las faltas cumplen con todos los mismos requisitos que un delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). La única diferencia es que la propia ley decide tipificarla como falta, en lugar de hacerlo como delito, atendiendo a su menor gravedad. Dado que, por definición, la gravedad de una falta es menor a la de un delito, las penas que se imponen por las mismas suelen ser menos graves que las de los delitos, y se intenta evitar las penas privativas de libertad en favor de otras, como las penas pecuniarias o las de privaciones de derechos.⁴

Podemos decir que consiste en la violación de una normativa, de carácter menor, y entonces resulta ser insuficiente para calificarla como delito; como consecuencia de esto es imposible que una persona quede detenida luego de co-

³ Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, N° 998, pág. 216, citado Delitos Veniales ; estudios del derecho contravencional, Ley penal Contravencional de la provincia de Buenos Aires”.

⁴ Wikipedia.

meter una contravención, lo usual es que se le imponga una multa, monetaria generalmente, que tiene la misión de aleccionamiento, es decir, que la persona tome conciencia que aquello que hizo no está permitido y que puede haber afectado seriamente a otras personas con ese comportamiento poco prudente.

A diferencia de lo que sucede con numerosos delitos de gravedad como pueden ser asesinatos o torturas, la contravención se podría ubicar un escalón más abajo ya que no se trata por lo general de infracciones tan serias. Así, cuando una persona comete una contravención el castigo o la sanción por lo general no suele ser la privación de la libertad si no sanciones menores como compensaciones en dinero (en el modo de multas) o con la imposición de obligaciones tales como cumplir horas de asistencia, de trabajo comunitario o de pérdida de ciertos derechos relacionados con la actividad que se llevaba a cabo al momento de realizar la contravención. El establecimiento de contravenciones se propone entonces diferenciar los delitos graves de aquellos que no lo son y que no requieren como los primeros de medidas drásticas y contundentes de castigo. Aún más, el daño causado por la contravención puede solucionarse de manera rápida y concreta si es que existe cooperación por parte de la persona que lo provocó.⁵

IV. Algunos lineamientos en el Derecho Comparado

El modo en que cada país ha organizado su Sistema Contravencional ha dependido de muchas circunstancias, por ejemplo, del elemento jurídico tradicional, del sistema político, de la cuestión étnica y cultural, de la extensión y organización territorial del Estado, de la Política criminal y administrativa que se trace, del factor económico para la habilitación de instituciones y personal especializado, de las posibilidades organizativas del sector Judicial para asumir estos procesos, etc.⁶

Así tenemos que no todos los países han desarrollado su derecho contravencional de la misma manera, ya que algunos países han mantenido las normas contravencionales dentro del Código Penal y otros lo han separado del mismo aunque compartiendo sus mismos principios.

⁵ Autor: Cecilia Bembibre | Sitio: Definición ABC.

⁶ MSC. Ángela Gómez Pérez, Tesis en opción al Grado de Doctor en Ciencias Jurídicas Tutela Legal a las Contravenciones y los Delitos Paralelos en Cuba, año 2010.

Uno de los argumentos más fuertes que se manejan para distinguir esta parte del Ordenamiento Jurídico de la rama Penal, es la que se basa en el carácter local de las infracciones que se tipifican, debido a la diversidad cultural en la población de países multiétnicos o con grandes extensiones territoriales (lo que marca las costumbres y normas comunitarias) En cambio la conducta delictiva tiene un carácter general que se traduce en una infracción típica que rige en cualquier parte del territorio y puede ser cometida por cualquier ciudadano, nacional o extranjero incluso.⁷

A modo de ejemplo podemos mencionar la regulación contravencional en algunos países de Latinoamérica:

a) Brasil

En este país las contravenciones no se encuentran agradas al Código Penal que pasaron a regularse por el Ley de las contravenciones penales y entre sus regulaciones más importantes.

Los tipos contravencionales se recogen en la parte especial de esta Ley, entre los que pueden encontrarse: Contravenciones referentes a las personas. Referentes al patrimonio. Al orden público. La paz pública. La Fe Pública. Contra la organización del trabajo. Contra las buenas costumbres. Y Contra la Administración Pública. Como se aprecia las normas contravencionales, aunque no estén contenidas dentro del Código Penal, son consideradas como parte de la Legislación Penal por estar contenida en una Ley Penal especial, por lo que su tratamiento está previsto dentro de la Jurisdicción Ordinaria mediante un procedimiento sumario de la competencia del Tribunal Estadual Común.⁸

b) Chile

Las contravenciones o faltas menores, se encuentran dentro del Código Penal Chileno, que antes de la reforma constitucional era competencia de los Juzgados de Policía local y luego de la reforma en 1997, pasó al conocimiento del Ministerio Público y estableció el procedimiento monitorio y simplificado para el co-

⁷ MSC. Ángela Gómez Pérez, Tesis en opción al Grado de Doctor en Ciencias Jurídicas Tutela Legal a las Contravenciones y los Delitos Paralelos en Cuba, año 2010.

⁸ Cfr. Art. 531 del Código Procesal de Brasil. (Decreto Ley No. 3.689, de 3 de octubre de 1941) dispone el procedimiento sumario a seguir en los casos de Contravenciones.

nocimiento de aquel ilícito, respecto del cual el ente investigador ha dictado algunas instrucciones generales para su investigación.

c) Bolivia

En este país las contravenciones son reguladas fuera del Código Penal, en Leyes especiales de carácter sectorial y en reglamentaciones del gobierno local; indistintamente se usa el término de falta, contravención o de infracción para identificar este tipo de injusto.

En cuanto a la competencia, estos ilícitos son juzgados por Jueces contravencionales de policía y de tránsito.⁹

d) Uruguay

También en este país las faltas o contravenciones se encuentran dentro del Código Penal Uruguayo, aunque si realizar ninguna distinción entre delitos y faltas. En el libro III recoge los tipos de faltas, agrupados según el bien jurídico protegido: Contra el orden público; contra la moral y las buenas costumbres; contra la salubridad; contra la integridad física; contra la propiedad.

e) Perú

El ordenamiento penal Peruano se ocupa de las faltas en el Libro tercero del Código Penal de 1991, que se afilia – siguiendo el sistema español – al sistema bipartido de infracciones penales al reconocer como tales a los delitos y faltas. Este criterio adoptado por el legislador peruano se encuentra traducido en el artículo 11 del Código Penal Peruano que indica “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley” Como ya hemos señalado, pueden conocer del proceso por faltas tanto el Juez de Paz Letrado como el Juez de Paz No Letrado siempre que haya sido designado por la Corte Superior.¹⁰

⁹ Art. 188196 de la Ley 1455 de 18 de febrero de 1993 (De Organización del Sistema Judicial en Bolivia)

¹⁰ Carlos Machuca Fuentes, El proceso por faltas en el Código Procesal Penal del Perú. Derechopenalonline, año 2010.

f) Argentina

En nuestro país, el derecho contravencional es una rama del derecho penal, pero se encuentra fuera del Código Penal Argentino y es competencia de las provincias dictar sus propios Códigos de Convivencia.

“Las leyes relativas a poderes de policía constituyen el ejercicio de un poder reservado por las Provincias”.¹¹ “Las Provincias pueden, en el ejercicio del poder de policía, legislar sobre la seguridad, moralidad e higiene, e incluso el orden y la paz del trabajo, y dictar normas para la aplicación jurisdiccional de las leyes comunes”

Así podemos apreciar que mientras que en Argentina, Brasil y Bolivia se regulan los ilícitos contravencionales en Leyes y disposiciones especiales, en Chile, Uruguay y Perú se contemplan dentro del Código Penal, sujetos a la normativa de la parte general de éste.

V. El Código Contravencional de la Provincia de Mendoza

Hace poco más de cuatro meses, se sancionó en la Provincia de Mendoza, el nuevo y renovado Código Contravencional ,Ley 9.099, donde no solo se crean nuevas figuras contravencionales sino que se reordena la competencia, asignado la misma a los juzgados de Paz letrados de las distintas circunscripciones judiciales, como ya ocurría en muchas de las Provincias Argentinas.

Una de las finalidades de la norma sancionada, es lograr la convivencia pacífica de los integrantes de la sociedad, lograra además una resocialización, removiendo las causas que llevaron al individuo a realizar determinadas conductas o reeducando la conducta del individuo a fin de lograr la paz social, de esta manera se limitan y restringen derechos y libertades, con el objetivo de tender a una convivencia social armónica o pacífica, siempre respetando las garantías constitucionales.

También busca que los habitantes tengan un rol más activo en el ejercicio y cumplimiento de los derechos y en la preservación del orden público.

¹¹ CSJN, Fallos, 134401, CSJN, Fallos, 25226.

Otra de las finalidades de la nueva normativa, es lograr métodos alternativos de solución de conflicto en aquellas conductas reprochables pero cotidianas de nuestra sociedad, como por ejemplo las molestias o enfrentamiento entre vecinos, lo cual en la mayoría de los casos la conciliación elimina el conflicto, cuestión que no ocurriría muchas veces con la aplicación de la sanción sin más.

No podemos desconocer, que si bien algunas figuras se encuentran cuestionadas en su constitucionalidad, es una norma que ha tenido una recepción positiva en la sociedad y se han contemplado situaciones cotidianas que aquejaban a sus habitantes, como por ejemplo el insulto a los maestros, la ebriedad en la vía pública, el maltrato animal entre otros.

En cuanto al procedimiento, continua siendo un proceso judicial, con colaboración permanente del Ministerio de seguridad y donde los jueces cuentan con una amplia facultad discrecional para modificar penas, pudiendo convertir sanciones, teniendo en cuenta además que la pena será graduada teniendo en cuenta la conducta reprochable cometida, los antecedentes del infractor y el daño causado.

En el mencionado Código esta ordenado en tres libros donde luego de las disposiciones generales, se regulan en el libro II los tipos de faltas a saber:

Título I: Contra la autoridad; Título II: Contra el orden Público y la seguridad pública; Título III: contra la moralidad y las buenas costumbres, solidaridad y educación; Título IV Contra la Fe pública y la propiedad; Título V Contra la salud, sanidad e higiene y Título VI contra el medio ambiente y la salud de los animales.

Por su parte las sanciones que la norma prevé para los supuestos en que se configure una falta, son, según el caso, sanciones principales, las de 1) Arresto 2). Multa, 3) Trabajo comunitario, 4).Decomiso; 5). Inhabilitación, 6) Clausura, 7) obligaciones de conducta; y 8). Reparación del Daño. (art. 11 C.C).

A diferencia de otras legislaciones provinciales, el procedimiento es netamente judicial, no requiriendo instancia administrativa previa.

En lo que respecta al proceso previo, las autoridades municipales o policiales con jurisdicción en el lugar de comisión de la contravención, son los que realizan la instrucción sumarial, y deben inmediatamente comunicar vía telefónica al juez del lugar competente en turno, a fin de que el mismo ordene las medidas necesarias para el caso concreto y luego de realizadas por la autoridad policial, sean remitidas al Juzgado de Paz o contravencional que corresponda.

El tiempo que dispone tanto la autoridad policial para realizar las medidas como el Juez para citar a las partes o al contraventor son muy breves, agilizándose enormemente la situación tanto del infractor como de la víctima, a fin de llegar rápidamente a la solución del conflicto a la sanción de la conducta.

Resulta importante destacar además, que el código prevé expresamente si ambas partes se encuentran presentes, que se intente la conciliación del conflicto, debiendo el juez en ese caso ordenar la extinción de la contravención.

Esto resulta en la mayoría de los conflictos cotidianos una herramienta muy valiosa que en la mayoría de los casos soluciona la problemática suscitada por la conducta del infractor.

Este código también como el resto de las normas procesales de Mendoza, impone la oralidad como método eficaz de resolución, y la videograbación de la audiencia de debate.

La nueva normativa, se presenta como una herramienta de rápida e inmediata solución a las conductas asociales, buscando en la sanción de las mismas no un carácter sancionatorio propiamente tal, sino orientado a la reeducación y/o reorientación de las acciones.

En palabras del Maestro Arístides Agüero, la represión de las faltas y contravenciones hace esencialmente a la seguridad pública y a la mejor calidad de vida de la comunidad, pues se trata de infracciones que nacen de la general incultura y de los vicios sociales, alterando la diaria y pacífica convivencia ciudadana, generando pequeños conflictos y siendo germen para el delito. El olvidarlas trae aparejado fomentar un caldo de cultivo para futuras delincuencias. El delincuente seguramente no comenzó siendo un criminal nato, sino que su carrera en el delito se inició con pequeños menosprecios y desobediencias a la ley, sin respetar la libertad y derechos de los otros.¹²

Esto es justamente lo que intenta lograr el nuevo Código contravencional de Mendoza.

VI. Conclusiones

Como se expresó en líneas anteriores, el derecho contravencional es una herramienta valiosa a fin de especialmente corregir conductas y es eso lo que ha in-

¹² Agüero, Arístides, Revista del derecho Contravencional, año 2014

tentado, más allá de algunos cuestionamientos, Nuestro Código Contravencional recientemente promulgado.

Es importante que el ciudadano conozca detalladamente el Código contravencional ya que es posible que alguna conducta de las contempladas, por su magnitud, por la intención que tuvo la persona al realizarla o por el daño que implica, pueda constituir una contravención, por lo que la ciudadanía debe estar informada acerca del alcance del Código de Convivencia, y cuáles son las contravenciones comprendidas en el mismo.

Si bien el nuevo Código toma normas y principios ya contenidos en el antiguo código contravencional de la Provincia, amplía figuras y agrega otras acorde con las necesidades de los nuevos tiempos.



Desencuentro profundo de Fuentes Legislativas

DR. RAÚL EDUARDO BERTRÉS

I. Introducción. Origen del tema elegido

Hemos decidido escribir estas reflexiones, que se iniciaron como un apéndice de otro estudio en el que surgieron estos hallazgos y se plasmaron como preocupación en el autor. En ese orden de ideas se profundizó su estudio.

Ello coincidió con un análisis más completo que colaboraría en la comprensión e interpretación y aplicación de las instituciones del derecho de nuestro país, que inevitablemente el jurista moderno está obligado a usar.

De lo contrario se estarían usando figuras jurídicas en forma mecánica, literal y con comprensión formal- literal pero sin llegar a la esencia y lógica de su vigencia, lo que haría a su entendimiento y aplicación solo una actitud superficial y deficiente.

El derecho y, en consecuencia la ley, es un resultado de la actividad humana por lo tanto es una realización compleja, de allí que encontramos que no existe un solo derecho en el mundo y que cada pueblo tiene una legislación propia, que se ajusta a su idiosincrasia, historia, origen étnico o desarrollo, de acuerdo con la identidad del pueblo que lo sanciona.

En este tema seguimos la opinión de Carlos V. Savigny que entiende por fuente del derecho los orígenes históricos sociales de la ley y de la norma a aplicar.

La versión que se acaba de dar es la sociológica, que responde al nacimiento de la ley como emergente de una comunidad, se basa como premisa en la espontaneidad y encuadre en el orden jurídico. Es la ley como herramienta de convivencia consensuada por la comunidad. Existe modernamente otra visión la ley como educadora y sancionadora, disciplina dora de conductas, no espontanea, por el contrario autoritaria. Solo interviene lo que el legislador estima útil y conveniente como norma.

A modo de ejemplo, que patentiza las diferencias, vamos a efectuar una comparación de dos sistemas que están en permanente contacto, pero que son distintos, dado que los orígenes no son comunes ni los intereses que se pretenden regular tampoco lo son. Ni las peculiaridades sociológicas son similares. Son el anglosajón y el continental europeo.

También manifestamos que usamos en el trabajo original, de modelo comparativo, para resaltar en nuestro análisis, el Instituto del Federalismo, lo que puede de otra manera trasladarse a otras regulaciones jurídicas del Derecho Privado.

Dado que el análisis del ordenamiento jurídico debe ser en su totalidad, haciendo un inventario de las interferencias incorporadas, en los distintos sistemas jurídicos, por influencia de un bloque jurídico sobre otro, debemos dejar sentado que excede el presente trabajo la mencionada tarea, nos limitamos a establecer las diferencias que encontramos que no son solo estrictamente jurídicas, pero que a la postre necesariamente repercuten en el derecho e idiosincrasia de cada pueblo. Ello patentiza el desajuste desde la visión sociológica e histórica del derecho

A ello le sumamos a modo de metodología en el análisis usado, la tensión entre los valores de libertad y autoridad. Es decir, vemos todo aquello que ha contribuido para hacer una sociedad más abierta. Las distintas formas de vivir dichos valores como así su manera de hacerlos operativos en una y otra geografía.

II. Sistemas de Derecho Contemporáneos

Es necesario en consecuencia como primer paso de comprensión, ubicar el derecho nacional dentro de alguno de los sistemas jurídicos contemporáneos, luego gracias al estudio cronístico encuadrarlo dentro de la perspectiva histórica. Efectuado dicho encuadre empezar a hacer las comparaciones con otro sistema. Es relativamente fácil cambiar las posibles soluciones, desde el punto de vista formal, con la concepción de la ley “disciplina dora de conductas”, basta con obtener una mayoría legislativa que coincida con el poder que promulga la ley para sustituir las normas de un derecho, pero mucho más difícil es prescindir de las creencias, de los conceptos, de las técnicas, de las relaciones sentimentales o in-

telectuales a los que se está habituado y que se manifiestan de un modo casi instintivo¹.

Nosotros desarrollamos las mismas proposiciones desde el punto de vista de la diferencia que existe entre ideas y creencias., en ello seguimos la conceptualización de Ortega y Gasset.

En consecuencia efectuamos la primera afirmación que es: la diferencia que existe entre la familia del Derecho Romano Germánico y la del Common Law, es producto de la distinta genética de ambas.

La elaboración de lo jurídico en el Common Law, ha sido fruto de una constante lucha por obtener el reconocimiento de los derechos en forma operativa, por los tribunales reales de Westminster complementados por las normas de la equity.

Por otra parte, en la familia del Derecho Romano Germánico, es la norma jurídica la base, el factor de generación del derecho fundamental, donde se asienta la codificación.

Se debe tener en cuenta que Roma en la antigüedad como Napoleón en la modernidad se imponía en las guerras y establecían su derecho, a las regiones conquistadas llevaba su derecho.

En una la creación del derecho se confía principalmente a los tribunales, va naciendo espontáneamente al compás de los sucesos y en la otra se centra en el legislador.

Se reconoce en este trabajo que en EE. UU. desde 1914 se revierte esta tendencia por una alianza entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo, producto de la irrupción de ideas socialistas.

Estas formas distintas de manifestarse el derecho, crea en la comunidad y juristas, variadas actitudes y razonamientos.

Es dable afirmar que la mirada de una misma institución jurídica es particularmente distinta, según se trate de aplicarlo en uno u otro sistema como también lo son las actitudes sociológicas y de psicología social, de cada pueblo.

El valor de la libertad y el logro de la misma son diferentes, en el derecho anglosajón la misma es conquistada, en la familia del derecho continental es dada.

¹ David, Renéé, Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Ed. Aguilar, 1968, pág. 313 y sgtes.

Ello establece una profunda diferencia en cuanto a la evolución y desarrollo de las instituciones jurídicas.

III. Common Law: E.E.U.U.

Así refiriéndonos al federalismo en E.E.U.U., su aplicación, descripción e interpretación no se limita a inventariar las materias en las que el Congreso puede legislar o la Administración Federal puede reglamentar. En dicho país el derecho no se concibe en principio como resultado de una actividad legislativa.

En E.E.U.U. el derecho se concibe como derivado de la actividad jurisprudencial, basados en los precedentes y en la razón. Es decir, nace de las relaciones intersubjetivas.

Las leyes y reglamentos son considerados complementos o correctivos de un cuerpo de normas preexistentes, el sistema de Common Law en sentido estricto.

El control judicial de constitucionalidad opera investigando si una ley ha sido promulgada por la autoridad competente, de acuerdo con la constitución y al sistema federal de reparto de competencias, de acuerdo con su esencia e idiosincrasia. Justamente se tiene en cuenta el pacto primario que se hace para iniciar la convivencia el que nunca se intentó cambiar, por más vientos de reforma que soplaran.

La solución la encontramos en la enmienda X (1791), “Los poderes que la constitución no delega en los E.E.U.U. y cuyo ejercicio no está prohibido a los estados, corresponden a cada uno de los estados o al pueblo”. La competencia de los estados es la regla, la de la autoridad federal es la excepción y las mismas deben estar fundadas en un texto constitucional.

La referencia que hace varias veces la constitución “al pueblo” es el cabal reconocimiento de que allí se encuentra la génesis y esa esencia es la que se debe respetar so pena de dejar de ser. No se ha analizado profundamente por que se eligió en nuestra constitución dejar de lado la expresión de pueblo y referirnos a los representantes. Entendemos que es la idea de que el derecho se genera en la ley.

Su origen se encuentra en que las trece colonias de América del Norte al momento de su independencia habían vivido en forma completamente indepen-

diente entre sí y no había nada en común entre ellas. No tenían el mismo origen, no tenían las mismas convicciones religiosas ni tenían los mismos intereses, su derecho había nacido en el seno de la comunidad. No habían estado dichas colonias unidos por ningún vínculo político, salvo su común dependencia a la Metrópoli, ni integrados con anterioridad a la revolución en ninguna institución común.

Sus gobiernos fueron organizados constitucionalmente, bajo el sistema de división de poderes, en ejecutivo, legislativo y judicial. Contaban también con independencia económica producto de sus propias rentas² de las cuales una pequeña parte se remitía a Londres en señal de vasallaje.

Al estar formado el derecho sustantivo por normas jurídicas declarados por los tribunales de justicia y también por los principios que derivan de dichas normas jurisprudenciales, es factor de cohesión el sentimiento más profundo que experimenta un Common Lawyer el cual deriva de la razón, descubierta por la prudencia de los jueces.

Es imposible hablar de un Common Law particularizado en cada estado, lo cual supone la negación de éste como un derecho de razón, siendo una invitación para una confusión entre estado y derecho.

El estado monopolizado por un gobierno y productor de normas desemboca inexorablemente en la tiranía disfrazada de ley. Tiene su origen remoto esta forma de ver a la ley, en el endiosamiento de la mayoría que se llega vía Rousseau (Dictadura de la Mayoría- Rosseti Alfredo El problema de la democracia, pág. 98).

Por ello en el bloque anglosajón, como diferencia, se reconoce la existencia de un Common Law federal, pero resultante de los comunes rasgos, por no ser enteramente distintos, a los de cada estado. Tampoco es impuesto por un poder central.

La unificación del derecho americano, en materias en que no le está permitido legislar al congreso, surge de la aproximación de los derechos de los cincuenta estados americanos en la actualidad.

Es así que la constitución significa para los americanos mucho más de lo que puede representar para un francés o a un argentino. Es algo más que su carta política, es su propio acto fundacional. Organiza las instituciones políticas del

² Bas, Arturo M., Derecho Público Provincial, Conferencias, Ed. F. Domenici, Córdoba, 1909.

país pero además determina solemnemente los límites de los poderes reconocidos en las autoridades federales, en sus relaciones con los estados y con los ciudadanos (Marbury vs. Madison – 1803).

Al tener el imaginario colectivo esa convicción, paradójicamente se estimuló el esfuerzo por coordinar el derecho de los estados dentro del régimen federal que impulsa la diversidad, con ello se evita el caos.

IV. Recepción

Dada por descripta y fundada la diferencia de los dos sistemas de derecho, como primera impresión, debemos afirmar que la recepción del derecho anglosajón en la Constitución Argentina debía contar con una serie de condiciones para que la misma fuese operativa.

Era fundamental el injerto de la población anglosajona (ver Alberdi Bases), lo que en la realidad no ocurrió y en contraposición vinieron españoles e italianos oriundos de la Europa del sur que era con inclinación autoritaria.

Siguiendo los análisis de la doctrina, y la filosofía jurídicos política, coincidimos en afirmar que la raíz protestante anglosajona del pueblo norteamericano facilitó la adaptación de dicha sociedad a la economía de mercado.

Esa economía es propia de un sistema de ideas y creencias que privilegia la libertad del individuo frente a la otra concepción que privilegia la autoridad del estado, que se acentúa cuando está en manos de políticos que privilegian la intervención.

Se desarrolla en países no pertenecientes al bloque anglosajón el estudio de los derechos donde el Estado es protagonista principal y se retrasa el papel de lo privado.

Ello completa en la actividad comparativa, la idea de que la Constitución Argentina se adopta como la propuesta del grupo gobernante y no como exigencia de bases sociales. Circunstancia distinta de lo que ocurrió en EE UU.

Dicho plan requería que se cumplieran requisitos, a los cuales Juan B. Alberdi (Bases), se había referido en su obra.

Esos supuestos no se cumplieron acabadamente tal como fueron proyectados, de allí las anomalías en el paradigma constitucional.

En orden de las ideas expuestas nos propusimos investigar las diferencias histórico-sociológicas con E.E.U.U., para concluir luego de inventariadas, con un juicio sobre la importancia de los desajustes entre ambos sistemas y la dificultad que entraña la recepción de instituciones que surgen espontáneamente en el seno de otro país y que, trasladadas al nuestro, requieren una permanente vigilia y cuidado de los juristas para su correcta adecuación a nuestra idiosincrasia y derecho.

Desarrollo.

V. Diferencias

La diversidad de fuentes, hechos históricos, conductas, religión y proyectos de vida, nos obliga a destacarlos a los fines de nuestro estudio, comentando las que hemos creído son los más importante.

Dejamos aclarado que procederemos por necesidades de honrar la brevedad de este trabajo, a mencionar algunos:

A) En el estudio nos remontamos a la intención que tuvieron los colonos de ambas geografías.

Es así que los primeros colonos huyendo prácticamente de Inglaterra en la goleta My Flower, llegan a las costas de América del Norte buscando conseguir la libertad especialmente religiosa que le era negada en Inglaterra.

Venían a afincarse pues no deseaban regresar al lugar donde se les negaba el ejercicio libre del culto. Ese deseo de establecerse los hace vincularse con la naturaleza y el trabajo de una forma distinta a la de los españoles en América del Sur.

Las tres carabelas, La Santa María, La Pinta y La Niña eran componentes de una expedición comercial que debía regresar a España. Así fue, Cristóbal Colón regresó a la península con la buena noticia del descubrimiento de América.

A Cristóbal Colon lo movía el espíritu de empresa y el logro de ganancias, para emprender el retorno y poder disfrutar del lucro obtenido, para ello la condición era que la expedición fuera exitosa.

La relación que establece el gran navegante y los posteriores colonizadores que vinieron, con la naturaleza, fue distinta en la América hispana, a la de los disidentes religiosos en la América anglosajona.

En América del Sur no existió un deseo pleno de establecerse, en un nuevo mundo tan ajeno a los conquistadores españoles, muy por el contrario, esta geografía se convirtió en un medio para un regreso triunfal y con honores.

Los españoles luego de ocho siglos de guerrear contra los moros trajeron a América, lo que tenían y eran, su condición de guerreros y cruzados, la espada y la religión.

Los ingleses buscaban el trabajo la producción y el desarrollo sin persecuciones religiosas.

Los españoles vinieron a América buscando fortuna, el diseño inconsciente era la de una factoría (Ortega y Gasset).

Los ingleses, por el contrario, eran trabajadores que venían a continuar con sus trabajos interrumpidos por la intolerancia religiosa.

A América del Sur española venían soldados, en la búsqueda del metal que habían descubierto atesoraba el nuevo mundo, tales como oro, plata y el cobre que estaban en la tierra y debían ser extraídos por los indios y luego por los negros. A EE. UU. llegaron familias.

El trabajo no ennoblecía, no era considerado creador de riquezas, ésta era hija de la fuerza y la injusticia.

La producción industrial estaba prohibida y el comercio no tenía razón de ser, más aún el Virreinato del Río de la Plata nace como consecuencia de que España estratégicamente había decidido frenar el avance de los portugueses establecidos en el Brasil cuyo interés era la navegación por el río de la plata. Era un interés estratégico político militar de frenar a los portugueses.

Los ingleses no podían volver a la metrópoli dado que allí eran perseguidos por sus ideas religiosas, en consecuencia, peligraba su vida, era una necesidad el quedarse.

Debían formular reglas de convivencia en la nueva geografía, es decir la creación del derecho si bien tenía como antecedentes el derecho inglés, también expresaba la necesidad de inaugurar una convivencia armónica y en paz.

De allí que al momento de llegar se dieron sus propias cartas constitucionales. En ese momento especialmente campeaba el valor de la libertad, que les había sido negado y querían asegurar concepto avanzado para la época.

Los españoles al verse urgidos por la vuelta a la península como triunfadores y exitosos, en lo que menos reparaban, era en sancionar un derecho que rigiera en esta geografía, por lo que lograr una convivencia armónica sancionando un

derecho ajustado a las necesidades de las colonias no estaba en sus planes, en las factorías se comercia y culminadas las negociaciones se vuelve al puerto de donde se zarpó, este comentario u análisis no nos hace olvidar ni obviar la consideración del Derecho de Indias, que es sancionado en la metrópolis, para regir en las colonias

Esta diferencia de actitudes frente a la convivencia fue decisiva para que se dé una profunda diferencia en los derechos.

B) La religión que predicaban los disidentes protestantes, se convirtió en un elemento que coadyuvó a que se plasmara primero constituciones propias de cada estado y luego una constitución de la unión con arquitectura basada en la libertad. Estimándose especialmente y valorando la libertad económica ya practicada en el seno de la comunidad. La libertad era una necesidad de estos colonos pues se van de Inglaterra por falta de libertad (religiosa).

Asimismo, la Constitución de E.E.U.U. estableció en su enmienda 1º, que el Congreso no dictara leyes sobre el establecimiento de un culto religioso, libertad de cultos basada en la tolerancia a los otros.

Se ha demostrado cuando analizamos la obra de Max Weber en otro trabajo efectuado por el autor (Los paradigmas tenidos en cuenta por Alberdi J.B. al adoptar el sistema federal argentino autor Raúl Eduardo Bertrés título del libro es Federalismo unitario, Ediciones 4º Milenio, 2003) el impacto en las conductas y las instituciones que tuvo el protestantismo en el hemisferio norte.

Fue diametralmente distinto a la religión practicada en el hemisferio sur (catolicismo).

El éxito económico era buscado intensamente por los colonos norteamericanos, como un anticipo de la salvación del alma. Ello devenía de la creencia en la predestinación, es decir que el alma desde la creación estaba salvada o condenada. Creaba en ellos una intensa preocupación y angustia el no saber su destino al momento de abandonar la vida en la tierra.

En consecuencia, el éxito era buscado intensamente, de allí que se trabajaba honestamente se gastaba poco y se reinvertía el ahorro producido para ganar más. Los protestantes no tienen el sacramento de la confesión, como en los católicos quienes teniendo la misma angustia existencial (salvación que se puede perder por el pecado) logran calmarla por medio de asistir al confesionario y arrepentirse de la falta.

En el catolicismo en el juicio final será condenado o salvado de acuerdo con las obras que se han realizado en vida es decir la vida conforme a los dictados de la religión era el modelo, en el protestantismo lo importante es la creencia (creer- el que cree en mí se salvará- Nuevo Testamento).

En América del Sur el catolicismo, tuvo una central preocupación, la de rescatar a los salvajes que poblaban estas tierras del idolatrismo y convertirlos, los evangelizaban para que ellos puedan salvarse (logrando así la vida eterna), contradictoriamente a la vez eran explotados.

La actividad evangelizadora fue muy importante desde el punto de vista del ser humano, pero distinta a la del protestante.

Luego de la evangelización, la iglesia tuvo que constituirse en defensora de los mismos aborígenes evangelizados que eran explotados por los colonos ávidos de riqueza (especialmente los encomenderos).

La colonización se realizó con la espada y la cruz católica, dado que España en ese tiempo en el mundo se había convertido en defensora y propagadora de la fe católica.

Es por lo anteriormente referido, que la Iglesia al comienzo no tuvo tiempo de ocuparse en promover la dignidad y libertad del trabajo como medio para el ahorro y la acumulación de riquezas.

Por otro lado no es la misma mirada sobre el dinero la que tiene el catolicismo que la del colono protestante. El rico es difícil que entre en el reino de los cielos (es más fácil que entre un camello en el ojo de una aguja que un rico en el reino de los cielos), predica la fe católica. Para el protestante es signo de mi éxito en el mundo como anticipo de mi salvación-

Como otro análisis sobre las distintas miradas, la visión pública que se genera en la consideración de la riqueza y de su titular son distintas, en los protestantes es signo de emulación, es una señal que el rico está salvado en la vida eterna, en la América del Sur generalmente es objeto de críticas y sospechas

También son distintos las creencias o actitudes de cómo se debe obtener la riqueza. En los puritanos debe lograrse con buenas artes (está en juego la salvación), en la América del Sur no se considera de manera decisiva si es fruto del esfuerzo o se logra de otra manera

Y es por ello también, que atribuimos la intervención de tantos clérigos en las horas de nuestra revolución e independencia, al hecho de que inconscientemente promovían el cambio de rumbo con proa a la dignidad humana, estimu-

lando la libertad del hombre en sus más variados sentidos, la que en definitiva queda plasmada en la constitución. Esta activa participación se da casi dos siglos después.

Ya hicimos referencia, lo referente a la motivación tuitiva que tuvo el tratamiento del aspecto religioso en nuestra constitución, a la cual nos remitimos a efectos de no ser reiterativos.

C) Es diferente la resolución en la tensión entre libertad y autoridad, como valores que dan el sesgo propio al ordenamiento jurídico de cada país de acuerdo con el punto de equilibrio adoptado y la adopción del federalismo a modo de caso testigo o ejemplo que nos va a ser útil para resaltar el tema que estamos tratando. En ambos países al tiempo de su independencia, teniendo como punto de comparación el momento que dejan atrás (colonia), al sancionar su constitución y al adoptar el modelo de federalismo, los que no son precisamente coincidentes.

De la misma manera se resuelven los demás institutos y figuras del ordenamiento jurídico.

Hemos tomado el modelo de federalismo de cada país para resaltar la diferencia de ambas estructuras, resultando así un ejemplo evidente de las grandes diferencias que existen en cada ordenamiento jurídico.

Así en E.E.U.U. al aprobar la Constitución, superan la etapa de su desvinculación con la metrópoli y comienzan con la de su organización bajo el modelo de Confederación, el cual había resultado insatisfactorio para sus dirigentes y para el país mismo, por la debilidad de los lazos que unían a los estados, habiendo llegado al borde de la desintegración. El gobierno general no podía promover los fines y metas que se hacían necesarios para mantener la unidad de los estados particulares y fomentar el respeto de las demás naciones. Se adopta en consecuencia el federalismo, sistema con mayor concentración del poder que la Confederación.

La primera forma de gobierno adoptada fue la más acorde a sus precedentes institucionales, conservando cada una de las trece colonias su soberanía, como así su carta constitucional e institutos jurídicos. Ello lleva en forma natural al país del norte a adoptar luego un federalismo que implicaba una mayor concentración de funciones y poder compatibilizándolo con la mayor descentralización posible teniendo en cuenta como venía funcionando la confederación, reservando para los estados particulares gran cantidad de facultades que no se dan en el modelo argentino.

En ambos países se producen guerras internas. El desencuentro en el país del Norte, dado que tiene una guerra interna, en la etapa post revolución, de despegue como país. Se da cuando se desata la guerra de secesión, y esta se produce por la pugna de dos modelos productivos distintos, en el Norte se apoyaba un industrialismo ya iniciado, y en el Sur una producción agropecuaria floreciente pero que necesitaba de mano de obra esclava. El motivo de la esclavitud se transforma en el detonante de la guerra de secesión.

Nuestro país, se produce la separación de la metrópoli junto con las otras colonias españolas, casi al mismo tiempo Se vivió una etapa de belicismo entre un Unitarismo débil (autodenominado federal) encarnado en Juan M. Rosas que había logrado imitar a la Metrópoli (España) de época de la colonia, unificando la representación de las provincias en lo exterior y llevando en lo interno al período conocido como anarquía. Esa forma de organización era propia de los borbones. En contraposición estaban los unitarios. Dos partidarios en pugna, unitarios y federales. Sin embargo, los federales que debían haber sido los que ejercieran el poder en forma descentralizada los hacían autoritariamente y los unitarios eran liberales.

El modelo luego de la revolución era de fuerte concentración de la autoridad porteña, junto a la dispersión del poder efectivo en cabeza de los caudillos provinciales, la disputa entre unitarios y federales desangraba el país, la resolución de la tensión debió cubrir las necesidades distintas a las del país del norte.

El motivo de la guerra entre unitarios y federales si bien era económica cuya principal causa era las rentas de aduana y la prevalencia de Buenos Aires sobre el resto de las provincias también tenía como fundamento que Buenos Aires no quería abandonar sus privilegios.

Aquí era la capital del virreinato español colmada de prerrogativas que se resistía a dejar su protagonismo político económico y político que venía gozando desde la creación del virreinato.

Ante esa realidad las provincias luchaban por una cuota de poder político y una porción de la economía que seguía siendo monopolizada por Buenos Aires

Juan B. Alberdi tuvo en cuenta la realidad del país y así lo manifestó en sus obras, adoptándose en definitiva un federalismo atenuado. Era desde la intelectualidad mediar entre las dos posiciones, dando como solución una fórmula intermedia.

Luego de la separación de la metrópoli la formulación de la organización política se hizo entre las trece colonias, respetando su particularidad, que habían ido forjando en su existencia desde la llegada de los primeros colonos hasta el momento de la adopción de la constitución que sanciona.

La independencia norteamericana tiene una clara motivación económica, especialmente la diferencia surgida por el impuesto del té. Ese impuesto fue una excusa entre otras motivaciones para destacar la autonomía de las colonias, como así también los excesos impositivos de Inglaterra. La necesidad nace de las propias entrañas de la sociedad.

En América del Sur no aparece clara y sustancialmente la connotación económica, en Europa se estimaba importante la provisión de productos para sus industrias, a fin de incorporarlas a su escasa matriz productiva en su producción, las que eran provistas en abundancia por América Hispana y le eran negados los resultados por el sistema económico practicado por la corona española³.

Aquí se recurre o aprovecha una circunstancia de orden histórico. La situación de España frente a la invasión de Napoleón había dejado la metrópoli sin rey, el trono había sido ocupado por un francés luego de abdicaciones de los reyes, provocadas por Napoleón.

Es decir se usa un hecho ajeno a Buenos Aires y no generado en las entrañas de su sociedad, no surge espontáneamente, en ambas geografías las motivaciones son distintas.

D) El sistema económico que se implementó en América del Sur, especialmente en el Virreinato del Río de la Plata, era de un fuerte monopolio que hacía pasar todos los productos de América del Sur por el puerto de Buenos Aires para dirigirse a Europa, ello, al comercio lo hacía sumamente engorroso y se prestaba para corrupción. No solamente estaba prohibido comerciar con otros países que no fueran España sino que también se prohibía que salieran las mercaderías por los puertos no autorizados, uno de los habilitados era el de Buenos Aires. En España ocurría otro tanto.

La capital del Virreinato del Río de la Plata, Buenos Aires, durante toda su existencia centralizó el comercio de las colonias españolas en esta región de América del Sur, fue la región que unificó e hizo depender las relaciones de éstas con la Metrópoli.

³ Alberdi, Juan B., *Grandes y Pequeños Hombres del Plata*, Los Argentinos, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1991, pág. 32.

Luego de producida la revolución y posterior independencia, se arrogó la representación de las demás provincias (tesis de la hermana mayor), en los hechos de la semana de mayo y la facultad de reglar el comercio, el poder de imponer contribuciones indirectas, la capacidad de declarar la guerra a otras potencias, de organizar ejércitos, de celebrar tratados y de sellar moneda. Con estas referencias históricas se puede colegir la importancia desmesurada de Buenos Aires lo que fue en desmedro de las Provincias.

Pero ello patentizaba el hecho de que al adoptar el federalismo se venía desde la centralización.

La experiencia en E.E.U.U. fue diferente; cada colonia de las trece existentes al momento de la independencia de Londres tenía su carta constitucional, siendo igual a las demás en el derecho y en los hechos.

Asimismo, cada una era independiente económicamente de las demás.

Producida la independencia en conjunto y de acuerdo establecen la capital en Washington D.C., la cual fue fundada en 1790, justamente para situar la sede del poder⁴.

Esa situación, en nuestro país, produce como consecuencia que Buenos Aires creciera más rápido que las demás provincias sumado a ello producida la Revolución de Mayo los intereses portuarios continúan vigentes apropiándose de las rentas de la aduana y prohibiendo la libre navegación de los ríos. Se producía un desequilibrio que quería seguir usando Buenos Aires a su favor. El sistema era decididamente centralista.

En cambio, en América del Norte el sistema fue luego de la revolución que lo independizó de Inglaterra y siguió siendo descentralizado. Ello repercutió como tantos otros antecedentes en que los derechos vigentes en cada geografía fueran tan ajenos y tuvieran en su fundamento valores distintos respondiendo a diferentes intereses en juego.

En materia de impuestos existen diferencias. En el artículo 1° sección 2° inciso 3° de la Constitución de E.E.U.U., los impuestos directos deben distribuirse entre los varios estados según su población respectiva. En cambio, en la Argentina, en la Constitución de 1853, en el artículo 67 inciso 2°, la proporcionalidad debe tomarse buscando la igualdad. La Constitución Americana en su inciso 5° sección 8° del artículo 1°, prohíbe al congreso establecer derechos e impuestos sobre artículos que se exporten de un Estado, siendo en este aspecto diametral

⁴ Alberdi, Juan B., Derecho Público Provincial Argentino, op. cit. pág. 107.

opuesta a nuestra constitución, que tuvo un tiempo donde se establecieron aduanas interiores, que luego se prohibieron y sí considera como renta del tesoro nacional los mencionados derechos de exportación.

En E.E.U.U. se adoptó un sistema económico de libertad, cada estado era independiente en su propia vinculación comercial con la Metrópoli en la época de la colonia; situación que produce un crecimiento armónico de las trece colonias, cada una se preocupaba y luchaba por su propio bienestar sin esperar la autorización de las otras.

Ese equilibrio de poder relativo produce como consecuencia política la descentralización del poder y la valorización de la libertad.

El sistema del Virreinato del Río de la Plata produjo concentración del poder y la acentuación de la autoridad. El país era un embudo que hacia desembocar todo en Buenos Aires único puerto autorizado a comercial con la metrópoli.

En consecuencia, esas formas distintas de vivir, hizo que la misma institución jurídica política. Así, por ejemplo, el federalismo, fuera interpretado de manera diferente.

E) Los ingleses al momento de la colonización, los propios colonos fundan colonias independientes, es decir descentralizadas, solamente dependían de la corona inglesa. Es así que en el siglo XVII se establecen los asentamientos de colonos que luego serían los estados que concurren a formar la Unión, tales como: Virginia (1607); Maryland (1632); Plymouth (1620); Massachusetts (1630); Nueva York fundada por los holandeses se convierte en inglesa en 1664; Pennsylvania sueca en su origen se hace inglesa en 1681; llegando a trece las colonias en 1722.

Las colonias norteamericanas se dieron cada una su propia carta constitucional, en contraposición el Virreinato del Río de la Plata, fue creado por una disposición del rey de España -Real cedula- que organizó en forma centralizada la vida colonial en América del Sur.

Allí (América del Norte) cada una se dio sus propias instituciones entre otras el derecho que los regía, y que iban a ordenar la convivencia en paz, se tuvo en consecuencia muy en cuenta la idiosincrasia de cada grupo que se autolegisló. Se tuvieron en cuenta especialmente las ideas que profesaban y compartían, en la circunstancia, para establecer las convenciones sociales, no se establecía el derecho para ordenar conductas en determinado sentido (sentido

educador y reformador disciplinador de creencias estas no surgen espontáneamente, sino que son inducidas por la norma) Se buscaba la convivencia en paz que habían perdido en Europa a raíz de sus creencias religiosas que causaron guerras muy sangrientas.

Por otro lado, si anhelaban la tolerancia, y se establecieron buscando el valor del respeto a las ideas religiosas, debían ser tolerantes, y ello implicaba respetar la libertad como valor fundante.

Los emigrantes que crearon el Estado de Rhode Island en 1638, los que establecieron en New Haven en 1637, los primeros habitantes de Connecticut en 1639, los fundadores de Providence en 1640 comenzaron sus nuevas vidas redactando un contrato social, conviniendo ante ellos y ante Dios, gobernarse y laborar en pro de sus propios designios, y en virtud del pacto promulgar leyes y nombrar magistrados, a los que se promete sumisión y obediencia. Como se puede analizar se da mucha importancia a la autodeterminación de los individuos, y no la delegación de las responsabilidades en el Estado.

Carlos II (rey inglés) legaliza la existencia de las colonias por una carta real. El concepto de legalizar la existencia de las colonias es muy distinto fundar una colonia en beneficio de la corona. Ello presupone la existencia de lo que es legalizado, en oposición a fundar que es crear desde la no existencia. Como así también una de las consecuencias del reconocimiento o legalización era respetar su organización interna, que surgió al momento de tocar la tierra. El desembarco traía la semilla de una nueva y distinta organización. En cambio, fundar es dar una organización.

Muy por el contrario, también es distinto realizar expediciones militares, mandadas por el gobierno español y que fundaban colonias en nombre de quien los mandaba, actuando como mandatarios de aquel.

Distinto lo ocurrido con las colonias de América del Norte que era los propios colonos que huyendo de la persecución en su lugar natal tienen que emigrar para buscar una nueva vida en que su existencia no corriera peligro y que luego de nacidas y dadas sus instituciones buscaran el paraguas de la colonia británica.

En la América española se trasplantaba una organización monárquica de iguales características a las de la península.

Pero la diferencia no solo era de nombres se vivía en un “virreinato”, era un escalón menos, en la jerarquía del poder, en comparación del que se vivía en el

propio reino (España). El virreinato era un reino de menor rango, que a su vez dependía no solo desde el punto de vista de la autoridad real del propio rey, sino que en las colonias españolas se dependía burocrática y administrativamente de la península.

En la América anglosajona, el sistema consistía en otorgar a determinado número de inmigrantes el derecho a organizarse en sociedad política bajo el patronato del rey de Inglaterra, su madre patria y la capacidad de gobernarse a sí mismo.

Destacamos también que cada colonia inglesa en Norteamérica tenía más población que toda la Confederación Argentina.

F) La geografía que enfrentan ingleses y españoles es diferente. La primera impresión que el colono español tuvo de la naturaleza cuando desembarca en América del Sur, fue la de haber llegado a una región paradisíaca, plena de recursos naturales y con toda variedad de climas; mientras los colonos ingleses al llegar a las costas de América del Norte se encontraron que todo allí era grave, serio, solemne, como si hubiera sido creado para imperar en ella la inteligencia⁵.

Esa circunstancia los hizo en forma inmediata, hacer rendir la naturaleza que los rodeaba y a la que habían llegado, buscando producir y así lograr obtener recursos para su sustento. Era la mano del hombre que con su esfuerzo trataba de revertir lo adverso.

Para ello era necesario tener un sistema económico que les facilitara tanto el producir como el comerciar.

En Nueva España, el oro y la plata estaban disponibles y era la materia más deseada de la madre patria, porque, justamente, ello era la base de su economía mercantilista, que llevó al tipo de explotación que se produjo, extractiva y no productiva y se encontró con la colaboración de la economía impulsada en la península, circunstancia que a la postre le postergó su desarrollo industrial. Dado que la explotación de productos se agota mientras que si se explotan frutos y se cuida la producción ellos se renuevan.

En Nueva Inglaterra el comercio se desarrolla desde el principio⁶ y éste era la base de la riqueza. El comercio ya estaba en los genes como motor de la eco-

⁵ Tocqueville, Alexis, *La Democracia en América*, op. cit. pág. 53.

⁶ Smith, James F., *Derecho Constitucional Comparado*, Universidad Nacional Autónoma México, México, 1990.

nomía inglesa, dado que se imponía en razón de la poca extensión que tenía el país en la metrópoli y el clima poco benigno que imperaba, tanto allí como en América del Norte.

Se creaba riqueza dado que el comercio venía de la mano de la producción de frutos renovables y no solo se producía la riqueza con extracción de productos, esa situación impulsó un tipo de economía distinta al de España.

Esta situación llevó al progreso rápido y sostenido de E.E.U.U. Esa economía de producción de bienes requiere de instituciones que aseguren la libertad de comercio, la propiedad, que no sea confiscatoria la aplicación de los impuestos para financiar un Estado gigantesco, la igualdad es entendida de manera diferente. El derecho es el que acompaña ambas visiones, siendo diferentes los ordenamientos jurídicos y respondiendo a valores y creencias distintos. Dado que se es igual en libertad, pues se puede ser igual siendo esclavos. Los esclavos no tienen iniciativa para eso está el amo.

En definitiva, se tiende a la descentralización del poder, pues crece y se fortifica la sociedad civil, una institución de organización estatal, del tipo descripto es la organización federal de gobierno adoptado en el artículo primero de la Constitución Nacional. Allí el gobierno ordena, sugiere, pero no sustituye a la sociedad civil ni a la iniciativa privada. Las decisiones son de más personas, es necesario consensuar no surgen de un centro único de decisión. Surgen de acuerdo a los intereses de quienes las toman mientras que de la otra forma surge del interés de una persona o un grupo político gobernante de ellas que tienen intereses distintos del seno de la sociedad civil de aquellos verdaderos emprendedores que orientan a ésta.

Argentina se dio una constitución sin ninguna tradición democrática, luego de doscientos años de administración centralizada y autoritaria.

En E.E.U.U. la constitución es la ley orgánica que recopila y desarrolla los derechos que ya existían. La primera se transforma en ideal y prescriptiva (Argentina), la segunda E.E.U.U. en jurídica, esquemática, breve, realista.

Con posterioridad a su sanción es distinta la actividad del Poder Judicial; en E.E.U.U. equilibra a los otros dos departamentos del poder, luego del caso *Morbury Vs. Madison* y por influencia de John Marshall, es el poder judicial que evita el avance del Ejecutivo especialmente.

En la Argentina, no se da esa circunstancia, hasta en la actualidad se quiere transformar en “administración” al Poder Judicial, se espera un mayor protagonismo de Poder Judicial. En la práctica el poder judicial es tributario del ejecu-

tivo y está muy atenta a los vaivenes de la política en consecuencia, se desdibuja en su papel rector.

Teóricamente y de acuerdo a Karl Loewenstein⁷, la catalogación ontológica de las constituciones, teniendo en cuenta la concordancia entre la norma escrita y la realidad, ubica a la de E.E.U.U. como normativa, dado que la esencia del proceso político se realiza de acuerdo con la norma constitucional. La nuestra es nominal, ya que sin existir plena concordancia entre la disposición legal y la vida, existe la esperanza de lograrlo. De igual manera el valor que se le da a la carta magna en EE. UU. es mayor al que existe en nuestro país, siendo objeto de crítica permanente. Tales críticas que respondían a ideologías impropias de una república y esmerilaron su valor y prestigio.

Dicha situación si bien no se considera en profundidad es grave pues se está discutiendo las normas que rigen el arranque de la convivencia de una sociedad. Estamos en estado deliberativo.

G) Es distinta la convivencia de los vecinos en las ciudades, el gobierno municipal en América del Norte era cuna de libertad aplicándose el dogma de la soberanía popular en la Monarquía de los Tudor.

Los cabildos españoles si bien eran los ámbitos de mayor libertad que los demás estratos de poder, no lograron el desarrollo de autogobierno como los norteamericanos.

Los cabildos eran las reuniones de los vecinos notables bajo la administración de los representantes de la corona.

Por ello el desplazamiento del virrey en 1810 en la semana de mayo y la creación de la primera junta fue el inicio de una verdadera revolución, que pretendió sustituir la organización que venía siendo vigente del incipiente país. Se materializó con el llamado a cabildo abierto, el desplazamiento del virrey y la constitución de la Junta de Gobierno.

H) Ya la América antes del descubrimiento estaba ocupada por distintos pueblos aborígenes, naturales que habitaban en esta geografía, cuya organización política y social era distinta.

Los españoles encontraron estructuras de concentración acentuada del poder tales como los Imperios Azteca, Maya e Inca. Por el contrario, los colonos de Nueva Inglaterra encuentran tribus menos desarrolladas que carecían de estructuras y organización centralizada, semejantes a los imperios aborígenes del sur.

⁷ Nos referimos a este autor cuando en su obra clasifica las constituciones.

Justamente, en las regiones geográficas de Sur América, donde parte de los pueblos originarios habitaban sus gobiernos ejercían mayor concentración del poder, coincide y se refleja con mayor densidad en el ejercicio de la autoridad de los colonos como así en las instituciones coloniales, lo que coincide en el ejercicio del poder por parte de la corona española, que trasplanta la forma de gobernar que ejercía en España, siendo ese el caso de la América española

De manera inversa ocurre en la América anglosajona donde se encuentran con estructuras aborígenes menos imperiales con poder menos concentrado y la corona inglesa no trasplantó sus reglamentaciones de manera exacta sino que se fueron adecuando, por medio de los reconocimientos a las mismas.

Ese substrato o fondo social invisible se da de manera distinta, creando hábitos sociales también diferentes colaborando en el rumbo de que no sean parecidas las situaciones de América del Norte y la América del sur.

En cuanto a la administración, como también en la organización política que hace al ejercicio del poder, en la América española se tenía una organización en manos del virrey y la Audiencia Real, que centralizaban las decisiones, creando una organización poderosa y vinculada en forma directa a España. Sus funcionarios eran peninsulares que estaban sujetos a la visita como a la supervisión de la centralidad del poder de España como también era costumbre, al final de su actividad en América, someterse al juicio de residencia que era la rendición de cuentas de la actividad desplegada. El virrey era el “rey en América”, pero por encima estaba el rey de España.

En Nueva Inglaterra se careció de la estructura dada en las colonias españolas, no existió la centralización en la administración colonial. Por lo general se otorgaban cartas a empresas particulares, para que colonizaran y gobernarán las colonias norteamericanas, vgr.: Jamestown, Virginia, a su vez esas empresas dejaban a los colonos que se gobernarán así mismos. Se recurría a la organización de la autogestión de sus intereses políticos y económicos.

A partir de 1660 Inglaterra trata de imprimir una política colonial distinta, pero ya era tarde pues se habían creado hábitos y costumbres a favor de la libertad.

J) Las distintas bases étnicas como sociales de ambas Américas hicieron más difícil imponer en la América del Sur un gobierno democrático. Costó más tiempo en los dominios españoles que en Nueva Inglaterra adoptar las ideas políticas de ley natural, de la Ilustración, justicia y razón.

Las ideas de federalismo y liberalismo chocaban en la América española con las de centralismo y espíritu conservador.

Ello repercute en materia constitucional, cuando desvinculadas las colonias por los respectivos movimientos emancipadores, se abocan a la tarea de darse su propia organización política. La experiencia norteamericana era breve y esquemática a través de los pocos artículos de la confederación. En Argentina hubo una pugna de muchos años para poder sancionar una constitución y darse la organización definitiva del país, pasaron más de cuatro décadas para poder resolver la porfía, muchos intentos de constitucionalizar el país fracasaron. En los primeros años se discutió si el gobierno criollo debía ser republicano o monárquico, luego si correspondía ser federal o unitario.

La versatilidad de la democracia sudamericana que todo lo altera y destruye sin conservar ni llevar a cabo cosa alguna, grande y útil, por la veleidad de sus instituciones sin raíz ni garantía⁸. Al contrario la democracia norteamericana tiene como virtud la estabilidad de sus instituciones y su continuidad histórica.

También son distintas las raíces de filosofía política que influyen en una y otra parte del hemisferio, es así que los anglosajones se inspiran en John Locke, que refuerza sus ideas con la lupa de la libertad, mientras que la América hispana se inspiraba en J. Rousseau que explicaba y centralizaba sus ideas en la voluntad de la mayoría. Ello llevó a no respetar las minorías políticas que centralizó el poder y llevó a excesos conocidos históricamente, en Hispanoamérica.

No coincidimos en que en Argentina existía una constitución no escrita desde 1810 hasta 1853, la historia demuestra que fue un debate inconcluso que aun continúa.

K) E.E.U.U. Nunca sufrió en su evolución la disgregación de su territorio, su proceso fue de expansión que sumó nuevos Estados. En cambio, Argentina perdió las provincias del Alto Perú, Bolivia, la Banda Oriental, derechos sobre el Paraguay y tierras con Chile, transitó el proceso inverso.

La guerra de secesión desde 12 de abril de 1861 al 9 de abril de 1865, provocada por los desencuentros del Norte con el Sur en E.E.U.U.; es un estado de beligerancia en todo el sentido de la palabra. Sus causas son divergencias políticas, económicas, de organización social, es una lucha clara que permitía prever las consecuencias según cual fuera el bando ganador.

En nuestro país el proceso es de dispersión lenta, solapada, que llega a anarquizar

⁸ Alberdi, Juan B., Sistema Económico y Rentístico, op. cit. pág. 107.

al país luego de la Batalla de Cepeda en 1820, hasta concluir con la otra batalla la de Caseros en 1852, fecha en que Urquiza convoca la convención constituyente.

En consecuencia, no hubo una guerra franca limitada en el tiempo y que podía preverse sus consecuencias según fuere el bando que ganase.

En las batallas, en EEUU quién ganaba era quién prevalecía, en Argentina todavía no está claro lo que pasó en Cepeda el 23 de octubre de 1859, que fue la batalla en que Urquiza vence a Mitre, no se entiende históricamente que es lo que ocurre dado que luego el 11-11-1859, se firma el Pacto de San José de Flores, por el cual Buenos Aires ingresaba a la Confederación con la facultad de revisar la constitución vigente -1853- mediante una convención provincial, dado que no había participado en ella, y ello sería motivo de llamar una convención nacional. Que se reúne del 14 al 25 de setiembre de 1860.

Luego como consecuencia de estas dudas se libra la batalla del 17-9-1861 donde Mitre vence a Urquiza.

L) Existe diferencia en los partidos que se constituyen con motivo de la guerra por la independencia, en la Argentina: monárquica y republicana, es así que las discusiones en los primeros años que se desarrollan luego de la independencia se instala un debate entre ambas tendencias. Como podemos ver el desencuentro era entre el poder centralizado o descentralizado, el primero continuando con las modalidades de la colonia con una manera más nueva y la segunda como república a imagen de la norteamericana, con una división de poderes, cambiando la tradición.

En una segunda etapa ya instalada la idea republicana los desencuentros estaban entre unitarios y federales. Pero en el fondo la divergencia volvía a desarrollarse entre el poder unificado o el poder descentralizado ya dentro de una república que era un avance institucional.

En los E.E.U.U., las discusiones eran la de los partidarios de la confederación con unión más débil, o federales que preconizaban la fusión de los estados con lazos más fuertes pero dentro de una república donde se presupone la división de poderes y el control entre los mismos recíprocamente. Esa divergencia dura muy poco hasta que se sanciona la constitución aún vigente.

Ese federalismo diseñado era por el cual las provincias o estados particulares se reservaban la mayor cantidad de competencias, tratando de preservar la idiosincrasia propia de cada colonia.

La diferencia es notable en razón que podríamos resumir que en Argentina el debate era entre unificación del poder o descentralización federal, mientras que en EE. UU. era Estado federal o confederación.

LL) En cuanto a la forma de promulgación para entrar en vigencia, la constitución en E.E.U.U. En su artículo VII manda, que debía ser ratificada por cada estado luego de sancionada por la convención constituyente y para su ratificación definitiva la debían aprobar un mínimo de nueve estados, como mayoría de las trece primeras colonias, transformadas en estado particulares, recordando que eran trece las que habían nacido hasta la revolución, ello acentuaba y revalorizaba la jurisdicción provincial o estatal, y por ende el federalismo adoptado. Por ello entró a regir en todo el país en 1791 luego de la aprobación del estado de Nueva York con que se cumplió la condición.

En Argentina entra en vigencia sin recurrir a la aprobación de cada provincia. De acuerdo al preámbulo los representantes reunidos en Santa Fe eran mandatarios del pueblo, así lo expresa el preámbulo, es decir, los estados provinciales no tuvieron actuación formal en la aceptación de la constitución dada, lo que debilitó los poderes de las mencionadas jurisdicciones. Afirmamos, en consecuencia, que las provincias en ese acto fundacional tan importante no fueron consideradas soberanas y menos aún investidas de poder suficiente para darle una constitución al Estado. Pese a que nuestro federalismo es de delegación de facultades

En cuanto a los propósitos que se tuvieron en cuenta al aprobar la constitución de cada país, en E.E.U.U. la misma se dicta con el consenso y se tiene en cuenta la adecuación de sus principios a la forma de ser del pueblo.

En la Argentina la adopción de su filosofía está orientada para atraer la inmigración, necesitando de la misma porque hacía falta para poblar el desierto y también pudiera hacer realidad la vigencia constitucional.

A su vez esa inmigración debía tener ciertas cualidades que no se consiguieron en forma completa.

M) En cuanto al derecho, en su sanción como en su desarrollo en la coherencia intrínseca del sistema, y también en el desenvolvimiento de las ramas o subsistemas del mismo ordenamiento jurídico, con la cúspide constitucional como punto de partida, se expresan de manera diferente es notable la diferencia, entre el desarrollo producido en EE. UU. y su comparación con Argentina. El cuidado puesto de manifiesto en hacer fluido el movimiento entre los comer-

ciantes y las transacciones demostrado en E.E.U.U., a través del perfeccionamiento del Sistema Jurídico de Derecho Privado, en el cual la impronta es la libertad y la propiedad de origen filosóficamente burgués, y el respeto al individuo, contrasta notablemente con el progreso lento y dificultoso que se le infundió en nuestro país al Derecho Privado de origen grecorromano.

En cuanto a la celeridad de los procesos, desde el punto de vista del derecho procesal se protege mejor la libertad y la propiedad con juicios breves como lo de América del Norte y no con injustos, largos y tediosos procesos como sucede en la Argentina que cuando la jurisdicción se expide resulta ser demasiado tarde.

Una institución que marca la diferencia entre ambos es la “Equidad en el derecho Norteamericano”, desconocida entre nosotros. Otra actitud es el espíritu práctico y objetivo poco afecto a las especulaciones.

Este es un régimen jurídico procesal que tiene vigencia al discernimiento de la justicia en complemento de las normas jurídicas de fondo, lo que marca la diferencia en la aplicación de las normas en la práctica.

La equidad operó como instrumento de adecuación para un sistema jurídico rígido, terminando por integrarlo y complementarlo.

La equidad ha conservado sus rasgos reglas y métodos propios.

No tiene comparación con el derecho continental se aplica solamente en los tribunales de equidad.

Existen instituciones que nacen en el derecho anglosajón, definiéndose a la equidad como el conjunto de reglas y principios escritos o no, que tiene autoridad y que deben ser aplicadas a las controversias por los tribunales fundados en la costumbre y en la ley.

La institución se remonta a l reinado de Guillermo el Conquistador (1066), por el que el rey se reservaba al privilegio de decidir los litigios, los que eran fallados previamente por tribunales de ciudadanos por lo general sin instrucción.

A su vez al rey en su función decisoria lo asesoraba un consejo, a lo que se complementaba que no había un cuerpo escrito de leyes.

A los nobles la justicia le era administrada por la curia regis, que utilizaba un cuerpo de leyes permanentes distinto al que utilizaba el resto de la población.

Ambos sistemas desembocan en el poder del rey y allí nace la última instancia regia que empezó a utilizarse con el indulto y a esta práctica se la llamó equidad.

En la época de Enrique II (1154) se establece un tribunal nacional con jurisdicción en todo el país, ya allí comienza el Common Law. Estos tribunales abandonaron las ordalías y la confesión estableciéndose el sistema de jurados que decidían en base a la razón.

En la misma época se unifica las leyes comunes a toda la Nación aplicándose en forma generalizada las leyes que eran aplicadas a la nobleza.

La administración de justicia debía pagarse los jueces actuaban por delegación del rey y la administración de justicia como los tribunales se consideraban propiedad privada del rey.

Existía en la práctica tribunales de derecho common law como sistema de leyes y tribunales de equidad (equity).

El common law dirimía las controversias sobre inmuebles exclusivamente, lo que puso en crisis el sistema.

Por ello se hizo necesaria la sanción del famoso capítulo 24 del Estatuto de Westminster II (1285). Esta norma autorizaba a los secretarios del canciller a otorgar recurso a fin de que no quedara la población sin la administración de la justicia.

El rey resolvía directamente por intermedio de su consejo real todo aquello que no era resuelto por el Common Law.

El consejo real en esa época se asemejaba a el Parlamento (de allí deriva el actual parlamento o poder legislativo), allí quien era la figura más destacada era el canciller. Era eclesiástico y debía tener conocimientos de derecho canónico, era el funcionario encargado de autorizar la iniciación de las nuevas acciones.

Sus decisiones se dictaban fundadas en su conciencia y razón. Luego se fue desvinculando del Consejo y quedó administrando justicia en su propio nombre.

Ya en el siglo XIV la cancillería, en uso de sus facultades judiciales, había suplantado al Common Law en la aplicación de la equidad.

En el Common Law se actuaba frente a tribunal plural en la equidad se actuaba frente a un solo juez llamado canciller, su competencia era más amplia y su procedimiento más flexible. Las sentencias eran de un repertorio más amplio y no solo se limitaba a otorgar una indemnización o una reivindicación.

El canciller del momento aplicaba sus criterios de acuerdo a su conciencia.

En general los cancilleres eran altos prelados religiosos, y por ende aplicaban el derecho canónico y el derecho romano.

Luego de la guerra de las “dos rosas” (1455-1485), producto de la cual Inglaterra estaba en una situación de caos, el recurrir al canciller era la única posibilidad de obtener justicia.

Al adquirir mayor predicamento los tribunales de equidad se llega al extremo que el canciller podía suspender ejecuciones de sentencias dictadas por una corte del Common Law. El caso del conde de Oxford (1615) la pugna entre los tribunales del common law y el canciller hizo crisis, allí se decidió la supremacía de la equidad.

En New York 1848 se sanciona un Código de Procedimiento, en base a un procedimiento único, titulado de derecho y equidad, que dictaba una sentencia que se transformaba en única sin posibilidad de iniciar otro procedimiento, los procedimientos utilizados en la equidad se convirtieron en regla y tuvieron supremacía.

El sistema actual de equidad tuvo en los siglos XVI y XVII que fijar patrones jurídicos fijos que tenían aplicación en los tribunales de equidad y a criterio y conveniencia de cada canciller, se fueron asentando criterios repetidos en cada caso particular, convirtiéndose en un sistema, regido por principios generales, si bien los dos sistemas (Common Law y equidad) seguían conviviendo.

Las facultades de los jueces de equidad para hacer cumplir sus sentencias, autorizó a que cuenten con una variada gama de medios y facultades que estimen precisos para tal fin sin limitaciones logrando así una justicia operativa.

La función de equidad es accesoria, complementario y ampliatorio. Su función es completar el régimen del derecho, allí donde no hay una solución del common law.

En cuanto a los conflictos el remedio posible es el que encuentra el propio tribunal apropiado para el caso, no se halla obligado por el precedente ni la ley solo por la “sana conciencia”. (La acción crea el derecho).

Los límites para actuar en equidad es que no exista otro remedio para la solución, como también que exista una ley sancionada por el parlamento.

La decisión o sentencia de equidad pone fin al litigio.

Mencionaremos algunas máximas de equidad para ilustrar esta descripción;

- Cuando la razón de la ley cesa también cesa la regla.
- Cuando la razón es la misma también debe ser la misma ley.
- Cualquiera puede renunciar a los beneficios de una ley establecida en su exclusiva ventaja. Pero una ley dictada en interés público no puede ser derogada por un contrato privado.

- Una persona no puede usar de sus derechos en perjuicio de otros.
- Aquel que consiente un acto no puede alegar perjuicios derivados de ese acto.
- Nadie puede obtener ventaja de su propia torpeza.
- Para cada violación de un derecho existe una acción.
- Entre aquello que se hallan en igualdad de derechos se prefiere al más antiguo.

Podemos decir que todas derivan de una recta conciencia y de la razón. Todas son aplicaciones prácticas a la solución de litigios. Se recurre menos a las formas y se tiene en cuenta la resolución justa de los conflictos.

En cuanto la legislación de fondo, la unidad de competencia atribuida al Congreso, en materia civil, comercial, penal y de minería, no existe consagrada en la Constitución de los E.E.U.U., cada estado dicta allí sus códigos fundamentales. En la Argentina se continuó con la tradición colonial en este aspecto, cubriendo la necesidad jurídica con una solución de signo contrario en E.E.U.U...

Es necesario apuntar en materia de ciudadanía en Argentina la misma es de legislación nacional, materia exclusiva del Congreso, siendo en E.E.U.U. De competencia local. Con sujeción a la sección 1º del artículo 14.

N) En cuanto a la reforma, en E.E.U.U. Existe la reforma propiamente dicha y la enmienda que es otra forma de reformar parcialmente la constitución. En ese orden de ideas la posibilidad de que la enmienda se inicie en las legislaturas y las dos terceras partes la aprueben, pasando luego al congreso para que, convocando a Asamblea, las estudie, es una forma que era desconocida en nuestro país, y que ha sido incorporado en las constituciones provinciales de última generación, con mayor o menor adecuación al sentido de la institución.

En la otra hipótesis de reforma (la que coincide con nuestra constitución) que es iniciada en el congreso y debe adoptar la forma por ley, aprobada con quórum calificado, además debe someterse a los poderes legislativos de los estados provinciales para su aprobación soberana. Esta facultad reservada por los estados particulares, no sancionada en la Constitución Argentina, ratifica la decisión de mantener un federalismo fuerte y vigoroso.

Asimismo se reafirma por vía indirecta que la constitución federal norteamericana es un pacto, al cual concurrieron los estados particulares y en esa emergencia se delegaron poderes al Estado federal, reservándose la mayoría de poderes los estado particulares (reparto de competencias), siendo su directa

consecuencia que cualquier modificación de ese pacto deba ser consentida por las mismas, pues el cambio del status primitivo, de ninguna manera puede ser impuesto por el estado federal por medio de sus poderes vigentes.

Muy por el contrario en Argentina el proceso de reforma cuando un gobierno cuenta con mayoría es muy tentador, habiéndose producido muchas reformas.

En EE. UU. lo que más prevaleció es el instituto de la Enmienda que le da dinamismo a la adecuación de la constitución a la época pero también es cierto, que limita las materias que se tratan de modificar.

Nunca en EE. UU. hubo una convención constituyente que cambiara radicalmente la filosofía y su parte sustancial como si lo hubo en nuestro país en el año 1949.

Ñ) En materia electoral, en nuestra constitución es legislación privativa del Congreso. Sin embargo, el artículo 1° sección 4° de la Constitución de E.E.U.U., prescribe que el tiempo, lugar y modo de hacer la elección de senadores y representantes serán prescriptos en cada Estado por su Legislatura. Ello también reafirma el federalismo.

O) En cuanto a la capital del Estado Nacional, o sede del gobierno, existen grandes, profundas y significativas diferencias.

La elección de Buenos Aires produce el efecto embudo del resto de los estados particulares (provincias), por ser marítima su condición y ser único puerto habilitado en la colonia. Por su potencialidad económica e histórica, y también el haber constituido el asiento de las autoridades virreinales, y el transformarse de hecho en vocera del resto de las provincias al esbozar la teoría de la hermana mayor en la Revolución de Mayo, como así con posterioridad constituirse en un factor de permanente puja con el interior a causa de haber pretendido para sí las rentas de aduanas.

Ello la diferencia a Buenos Aires, en su génesis de la similar en el país del norte, Washington. En efecto, en aquella Nación se trata de capitalizar el país entre otras razones buscando un punto equidistante y neutral con respecto a los estados particulares.

En cuanto a la representación política, en nuestro país la Capital mantiene idéntica representación que las provincias en el Senado como en la Cámara de Diputados. En E.E.U.U. no se le reconoce dicha aptitud privándola de representación. Ello es digno de destacar, la Constitución Argentina exagerando el prin-

cipio nacionalista le otorga representación en el Senado a la Capital, no siendo provincia, la de E.E.U.U. no le permite participar en la Cámara Baja a los habitantes de la Capital manteniéndole la importancia a los estados particulares, que tuvieron al momento de firmar la primera constitución, reforzando el concepto de equilibrio entre los estados.

P) El modo de resolver la definición cuando no se logra mayoría en el Colegio Electoral, al momento de elegirse el presidente del país, es distinto en ambas cartas fundamentales.

En la Constitución Argentina cuando estaba vigente el colegio electoral, prescribía la elección indirecta, antes de la reforma de 1994, se ordenaba que el Congreso eligiera entre los que hubieran tenido mayoría, a pluralidad absoluta de sufragios y por votación nominal.

Ello era una verdadera reafirmación del federalismo y de la importancia de los Estados Provinciales que concurrieron a la formación del país. Dado que eran los representantes de las provincias los que reunidos en colegio electoral elegían la fórmula de presidente y vice.

Con la reforma del año 1994 se desplaza el protagonismo de las provincias y se recurre a la elección directa del pueblo con un sistema de doble vuelta extraído de modelos europeos, que son parlamentaristas. En efecto para que una minoría no gobierne se obliga a efectuar acuerdos preelectorales.

Sin embargo, la reforma hace mutar el modelo existente que veníamos usando, del modelo anglosajón al continental europeo, creando un híbrido desconocido en nuestra tradición.

Se le suma a ello la sanción en forma obligatoria de las P.A.S.O. Primarias, abiertas, simultaneas, y obligatorias.

En los usos políticos anteriores los candidatos de los partidos elegían por medio de elecciones internas sus candidatos para medirse con los candidatos de los otros partidos.

Ahora los analistas opinan que las PASO se han convertido en primera vuelta. Es decir, se han transformado en algo para las cual no se había sancionado la ley que las pone en vigencia.

La enmienda XII de la Constitución de E.E.U.U. establece, que, si no hay mayoría de electores para un candidato, los votos serán tomados por estados teniendo un voto la representación de cada uno de los mismos, equiparando el peso político de cada uno de los diferentes estados. A los electores se le impone

la obligación de que al menos uno de los ciudadanos por quien voten no será habitante del mismo.

Otro tema que es distinto es la participación en el nombramiento, dando el acuerdo por parte del Senado, de las designaciones que hace el Poder Ejecutivo de funcionarios de la administración. En E.E.U.U. es la regla constitucional mientras que en la Argentina es la excepción.

Esta reforma (1994) vino de la mano con la creación del jefe de gabinete, institución también de tradición europea que desde nuestro punto de vista no ha cumplido con los deseos ni expectativas de los constituyentes. Las razones las vamos a diferir para otro trabajo, pero en este punto insinuamos que no es razonable tras polar instituciones jurídicas y políticas, sin tener en cuenta la idiosincrasia de una comunidad. Esta institución trata de asemejarse al primer ministro del régimen parlamentario donde éste resulta nombrado por coaliciones gobernantes, y su nombramiento surge del propio seno parlamentario.

Es un régimen extraño a la tradición política argentina e ingresa forzado en un sistema presidencialista como el nuestro.

Q) En cuanto al tema que es muy importante en Derecho Público, de la intervención del gobierno federal en el gobierno provincial, en la Constitución Argentina se prevé la posibilidad de que el gobierno nacional intervenga los gobiernos provinciales, en cambio en la Constitución de E.E.U.U. solo se establece en el artículo 4° sección 4° que el gobierno federal protege a los estados de la Unión o sus autoridades. Proteger no es desplazar ni sustituir.

En el orden jurídico argentino, el efecto puede llegar al cambio de la autoridad provincial elegida correctamente de acuerdo al régimen electoral vigente, por otra parte el interventor es nombrado directamente por el gobierno federal, sin legitimidad electoral.

La acción protectora consagrada en E.E.U.U. se lleva a la práctica, apoyando la acción de las autoridades del estado. Tampoco existe la figura de la intervención para reponer a las autoridades derrocadas.

En E.E.U.U. el gobierno federal es garante solo de la forma republicana de gobierno, mientras que en la Argentina se garantiza el goce y ejercicio de sus propias instituciones.

La prescripción en la letra de la ley de que el gobernador de la provincia es agente natural del gobierno federal, para hacer cumplir la constitución y las leyes de la Nación, no se encuentra legislada en el estatuto norteamericano.

R) La colonización en los EE. UU. fue una empresa esencialmente individual, por la cual el colono tanto de las primeras colonias fundadas por los que huían por sus creencias religiosas como los posteriores colonos de la región Oeste, cuando se pobló dicha geografía.

Esa situación los determinó a ser artífices de su propia seguridad y éxito.

En las colonias hispanoamericanas era el poder real el que otorgaba las mercedes, como también repartía las tierras en la medida de las necesidades de la corona. El colono era un adelantado para que luego se pudiera ejercer con plenitud del poder real. Se transformaba a la postre en un mandatario de la corona.

S) En las colonias Norteamericanas se dicta la Reglamentación Agraria de 1785 que establecía que cada municipio contara con una fracción de tierra para el sostenimiento de las escuelas públicas, esta actitud le da un sentido descentralizado y práctico a las tierras que van desde la zona urbanizada hasta el fin del ejido municipal.

Por otro lado, revela el sentido descentralizado de la educación pública. Y el haber asumido la responsabilidad por la educación no esperando del estado federal que todo le fuera dado.

La situación de las colonias españolas fue distinta, las cuales tenían antes de la emancipación y luego con la formación de los estados emancipados, participando de la idea que concebía a la educación con una visión centralizada como un factor cohesionador.

T) Entrando a establecer diferencias y comparaciones de variada gama se pueden mencionar:

I) La tendencia en Inglaterra al final de la edad media fue la de preservar los derechos ganados a la monarquía. Esos derechos se habían ido ganando desde la época de la Carta magna, cuando el rey Juan sin Tierra tiene que empezar con los reconocimientos de derechos a los señores. Ello después de un lento avance desemboca con las normas dictadas en la época de la revolución inglesa, las cuales se direccionaron todas hacia el reconocimiento del derecho individual.

En España con el reinado de Isabel empieza un movimiento de centralización autoritaria que da por tierra con las conquistas de cortes y municipios.

II) Terminada la Edad Media y a comienzo del Renacimiento, mientras Inglaterra se hacía protestante, impregnándose de creencias que a la postre le fueron útiles para desarrollar el incipiente capitalismo, y con ello la multiplicación

de puestos de trabajo, España se cerraba en su fe surgiendo de su seno la contrarreforma (la Compañía de Jesús- San Ignacio de Loyola) y giraba hacia el autoritarismo, transformándose en la defensora de la fe católica sin cuestionar la autoridad del papa.

Mientras el hombre rico castellano no deseaba ni producía más riqueza que la que la naturaleza le brindaba, el inglés puritano sentía la necesidad de multiplicar sus bienes para tener una anticipación de su salvación.

III) En cuanto a la industria española se ocupaba de cueros, armas y artículos de plata, en el mismo momento la industria que se promovía en Inglaterra era la producción de paños y telas, como así las industrias que eran comunes a los países europeos en la época, estas industrias textiles empezaron a usar máquinas y a promover el empleo de más mano de obra (Revolución Industrial primera etapa), con todo lo que ella implicó.- Como el arranque del reconocimiento de los derechos de los trabajadores.

IV) En cuanto a la colonización las tres corrientes que realizaron la empresa colonizadora en nuestro país, Chile, Norte y Rio de la Plata, todas fueron empresas organizadas por el estado español y carecían de la convicción necesaria como para imprimir un desarrollo genuino y auténtico, las razones que la movían era la extracción y atesoramiento de metales valiosos, esa era la búsqueda que orientaba a la colonización. Ese era el interés de quienes se aventuraban a realizar la empresa.

La iniciativa privada estaba limitada a la mínima expresión y en vez de estimularla con un ágil comercio y aliento a la producción autónoma, se veía limitada por incomprensibles decisiones restrictivas como los monopolios comerciales, que ejercía Sevilla único puerto que comerciaba con América.

La asfixia que los comerciantes peninsulares le imponían a los porteños generaba un espiral negativo en la creación y circulación de la riqueza.

El comerciante porteño que prosperaba era porque inexorablemente tenía que recurrir al contrabando o al comercio prohibido, lo que generó en el imaginario colectivo, de que una persona que triunfaba económicamente necesariamente tenía que haber violado la ley. Surge en consecuencia un sentimiento contradictorio, el de desear ser rico por las ventajas que esa situación acarrea, pero someterse al menosprecio social.

Por otro lado, la producción de bienes como fuente de riquezas en razón del acoso de los aborígenes y del desprecio de tales menesteres, no fue todo lo

activo que era necesario. La mentalidad predominante era que la riqueza consistía en el atesoramiento de metales (oro y/o plata), así también la producción agropecuaria era lo que requería España por lo que la creación de riquezas de otra forma no era considerada. Ni tampoco vista como actividad digna.

Ello lleva a otra consecuencia más grave, que consistía en que los espacios territoriales no eran ocupados por granjeros como en EE. UU. y la población se concentraba en las grandes ciudades y la producción agropecuaria en grandes extensiones, que no alentaban el avance de la población con arraigo al suelo.

V) En cuanto al momento histórico que a la vez transitaron ambas geografías mientras Inglaterra lenta y paulatinamente se va afianzando y adecuando a los progresos científicos y tecnológicos, España entra en una declinación, lo que por lógica consecuencia ello repercute en las colonias de ambas potencias de manera distinta.

En la guerra de sucesión causada por la muerte de Carlos II, España firma el tratado de Utrech y comienza a desmembrarse y perder la hegemonía que tenían los Habsburgo.

En la misma época Isabel I de Inglaterra hecha los cimientos del desarrollo del Inglaterra, tanto con sus aciertos como por sus errores.

VI) En el siglo XVIII se destaca la distinta evolución en los valores de la sociedad de ambas regiones de América, mientras en EE. UU. la marcha era hacia la libertad y el respeto a los individuos en su ámbito privado.

Se descentralizaba también el poder, solo para mencionar ejemplos patentes, la sede del gobierno en una geografía, la de las finanzas otra, la incipiente industrialización en otra, la obtención de riquezas agropecuarias en otra, ya en el siglo XX la capital del espectáculo otra. Ello contribuye a descentralizar también los intereses que se reflejan luego en las normas.

Por otro lado, en América del Sur se caminaba en sentido inverso, hacia la centralización, del poder, del gobierno, de las finanzas. Se acentuaba el predominio de la autoridad en desmedro de la libertad.

La consecuencia es que el país exhibe dos realidades distintas. Que también se refleja en las normas jurídicas. Buenos Aires centralizó todos los resortes que en EE. UU. estaban descentralizados, en perjuicio de las provincias el país en consecuencia creció con desarmonía. Todo ello en perjuicio del interior.

Las interpretaciones de las leyes de la doctrina jurídica son en consecuencia completamente distintas. Las reivindicaciones jurídicas a lograr también.

Las instituciones al ser miradas desde distintos ángulos funcionan en forma distinta y las soluciones no se pueden compatibilizar, como tampoco las soluciones de un país se pueden aplicar sin más en otro.

Ello sucede al marchar por distintos caminos, ambos sistemas, y la falta de adecuación que existe entre los mismos pese a predicar formas de gobierno similares. Las distancias y diferencias son muy grandes, preguntándonos ¿es útil realizar el trasplante de un instituto jurídico sin tomar recaudos de adaptación?

El derecho para su vigencia antes de ser sancionado tiene que tener en cuenta el imaginario colectivo, sino está irremediabilmente destinado a no cumplir su función.

Ello en algunas situaciones produce una sensación existencial que para progresar se debía estar al margen de las normas. Esta situación se patentiza en el hecho de que las normas vigentes no tienen un acatamiento por medio del convencimiento. Esa impresión inconsciente, no es un motor válido para el progreso de una sociedad.

El éxito como lo manifestáramos en un lado era signo de salvación y en el otro objeto de dudas.

VII) En cuanto a la mirada inicial de donde se inicia filosóficamente el investigador para el análisis de la realidad, también son distintas.

En EE. UU. el empirismo inglés parte de la experiencia, de la mano de la percepción sensorial como origen de todo conocimiento, se parte en consecuencia de la experiencia para llegar al concepto. También se distingue el racionalismo por la creencia o no de las ideas innatas.

Para los primeros racionalistas, el conocimiento, se funda en intuiciones evidentes, puestas por Dios en la naturaleza humana (Descartes).

El motor de la búsqueda es descubrir las leyes que rigen la naturaleza para dominarla.

John Locke escribe contra el racionalismo continental defendido por René Descartes, publicando “Ensayo sobre el entendimiento humano”.

VIII) El dirigismo contractual que se ha impuesto en los últimos tiempos, transforma el acuerdo de voluntades libre, en una operación dirigida, sea por el legislador, sea por el juez o por uno de los contratantes que le impone al otro contratante su fórmula y condiciones (Salvat: Fuente de las Obligaciones 1957).

El acuerdo de voluntades se está desdibujando ya lo decía el gran jurista en el año 1957, y deja de ser esencial.

Hay libertad para entrar y no para salir.

Uno de los ejemplos del poder de imposición de uno sobre otro en la faz privada, se encuentra en el contrato de adhesión (Hospedaje, restaurant, transporte).

En la doctrina Civil se estableció como el límite de la libertad en la transgresión del orden público.

Como derivado el legislador contemporáneo ha ido incorporando directivas obligatorias con el fin de no dejar librado en forma absoluta la creación obligacional a la voluntad de las partes, todo ello con la justificación de la preservación de los intereses colectivos.

Podríamos así hablar de que el legislador que ha asumido una facultad reglamentaria.

La doctrina de los juristas intervencionistas con fundamentos escasos se ha impuesto a los legisladores con sólidos fundamentos jurídicos dado que los legisladores encargados de dictar leyes se eligen a través de listas sábanas en donde se conoce solo el primer candidato de la lista y no existen verdaderos debates jurídicos de profundidad en el congreso. Varias de las últimas leyes de trascendencia corrieron la suerte que estamos describiendo.

Un ejemplo típico es la excesiva reglamentación del contrato de trabajo que si bien es necesario poner límites para que no exista un aprovechamiento de una de las partes en desmedro de otra, estas limitaciones a la libertad de contratación no pueden ser de tal intensidad que trabe la contratación de la mano de obra. Y nos estamos refiriendo a las limitaciones no solo de la legislación laboral sino también desde otros aspectos tales como las cargas impositivas sindicales y de otras naturalezas, que han provocado que exista un gran segmento de trabajadores, no tengan su situación regularizada.

De la misma manera ocurrió con la ley de Locaciones Urbanas, institución que ha sufrido idas y vueltas aumentando o disminuyendo el intervencionismo, ya sea limitando el precio de la locación o el tiempo. Redujo la oferta de inmuebles para alquilar y también la inversión en el rubro de la construcción. Ello importó la expropiación temporal del uso de la propiedad.

Ante este tipo de intervenciones y reglamentaciones se redujo la estabilidad de las convenciones, lo que ha sucedido en muy pocas partes del mundo.

Se incorpora la teoría de la imprevisión que permite la revisión del contrato cuando cambian las situaciones económicas. Lo que ha sido muy común en los

últimos cincuenta años. Habiendo inflación se prohibieron las cláusulas de estabilización. Habiendo existido la ley de convertibilidad permitiéndose la contratación en dólares, de un día a otro se empezaron a autorizar judicialmente cumplir las obligaciones transformándolas en pesos con valor depreciado, no habiendo una razón válida para ello. Hubo un caso extremo (luego del 2001) de un ministro de la Corte Suprema de Justicia que estimó el valor dólar alejado de la realidad en un fallo. Esta tiene otra forma de manifestación en EE UU.

En este orden el vínculo obligacional basado en la libertad de contratación cede bajo el imperio de los principios de Buena Fe, moral jurídica y social (que no son universales). En EE. UU. también se tienen en cuenta pero su aplicación es más sobria.

Se trastocan las bases del orden jurídico cambiando el contenido de los conceptos de convivencia social y paz jurídica.

Entrar en el dirigismo estatal es ingresar en las arenas movedizas, que no se puede mantener de manera permanente, sin llegar a consecuencias imprevisibles que desembocan en el caos.

Joserand afirma que en estos casos se marca el divorcio entre la ley positiva y la ley natural a la que fatalmente se debe volver.

En consecuencia, el dirigismo debe ser un factor de orden y no una escuela de anarquía jurídica y social.

Cada modificación del orden jurídico lleva una dosis de inestabilidad, y si es muy profunda la consecuencia es de inestabilidad.

Para que el impacto sea menos deformante debe estudiarse detenidamente la manera de ser de la población donde se origina la institución que se trata de importar, como emerge, por qué se adopta, comparándola con las pautas de nuestra idiosincrasia. De allí tratar de medir el impacto que va a tener.

De allí que existen ramas o territorios jurídicos tales como la sociología jurídica la psicología jurídica y la filosofía jurídica entre otras, que no son tenidos en cuenta a la hora de legislar.

En EE. UU. ha sido más estable, tanto el respeto a la libertad, como el sistema económico, como la estabilidad de los contratos.

VI. Conclusión

Como lo señala David René⁹ la tendencia de los derechos de raíz romana germánica y los del Common Law ha sido la de relacionarse y mutuamente influenciarse.

Así también afirmamos que el derecho es un producto del hombre que vive en sociedad: “ubi societatis ibis jus”.

Cada derecho responde a una serie de notas típicas de la comunidad de donde emerge. Las instituciones jurídicas propias y espontáneas de cada sociedad no ofrecen ninguna contradicción, se traducen en ley, luego de una lenta elaboración sociológica, la dificultad se plantea cuando se produce la recepción de alguna ley o instituto de otra familia jurídica, que responde indudablemente a las convicciones y creencias del lugar de origen.

Así se reproduce la discusión entre la idea de impulsar cambios sociales, por medio de la coacción normativa, introduciendo cambios en el sistema jurídico.

Es la visión positivista, el derecho es solo norma positiva, independiente de cualquier contenido moral o extrajurídico y menos del Derecho Natural- en ese andarivel se expresan las concepciones marxistas. Afirmando que el derecho es un reflejo de la lucha de clases y cumple una función de orientación del comportamiento, y legitimador del poder. La clase dominante impone el derecho y disciplina a quienes son explotados. Ello llevado al absurdo llegaría a lograr las conductas perfectas en un hombre perfecto.

En contra se encuentra la posición de Duguit, que determinó como fundamental en la génesis del derecho los cambios sociológicos. El derecho positivo no merece respeto si entra en conflicto con la idea colectiva de justicia.

Allí es donde el intérprete que estudia la admisión debe hacer el esfuerzo de compatibilización, pues los paradigmas y creencias generalmente difieren. Los valores se organizan y jerarquizan en forma sutilmente distinta, debiendo estar alerta para percibir las diferencias.

La falta de semejanza de ambos derechos que hemos inventariado, son suficientes para probar que los sistemas jurídicos de Argentina y E.E.U.U. son distintos pese a las mutuas influencias que pueden existir.

⁹ David, René, Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos, Ed. Aguilar, 3° Edición, 1968, pág. 17.

Ahora bien, innegablemente el modelo federal argentino es tomado por Juan B. Alberdi del norteamericano, adecuándolo a las circunstancias del caso. El Poder Ejecutivo fuerte no ha sido la causa de concentración política de la autoridad sino la razón fue una concepción geopolítica nacida al amparo del monopolio virreinal que tiene vigencia por demasiado tiempo para hacer un hábito de concentrar el poder.

También dicho período fue suficiente tiempo, como para provocar un crecimiento desequilibrado de las distintas regiones del país produciendo lo que muchos autores llamaron macrocefalia, con un Buenos Aires demasiado grande.

Ello produjo un federalismo unitario que no causó el efecto deseado por el maestro tucumano, de poblar el desierto y de desarrollar las provincias, creciendo éstas en forma equilibrada.

La materia pendiente en el federalismo argentino es el haber contribuido al florecimiento de muy pocas ciudades y a la postergación del resto. La falta de armonía en el crecimiento de las provincias debe ser atacada por medio de decididas políticas activas de descentralización y promoción.

Desarrollo, conocimientos e igualdad de oportunidades, en un marco de justicia y libertad son los desafíos del nuevo siglo, buscando fomentar el federalismo y la autonomía municipal para que pueda imperar el supremo principio de justicia¹⁰.

Con la misma lógica se deben adecuar las normas jurídicas del resto del ordenamiento que tratan de incorporarse y que no nos pertenecen ni van a ser útiles sin adecuarse a nuestra idiosincrasia.

¹⁰ Goldschmidt, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, pág. 450.

El concepto de *río* en el Código Civil y Comercial

Continuación

AB. ALDO GUARINO ARIAS

I. La definición del *río*

La destacada jurista Marcela Andino, publicó en la sección “Fincas” del diario Los Andes, un interesante trabajo sobre la definición del río, contenida en el art. 235, inc. c del nuevo Código Civil.

La definición, según el diccionario Larrouse es una “proposición afirmativa que tiene por objeto hacer conocer exactamente la extensión y la comprensión de un concepto”¹.

Otro concepto “definir” es “delimitar, fijar o explicar la naturaleza o característica de una persona o casa”².

Como lo explicaba en el capítulo anterior, la teoría de las calificaciones legales tiende a demostrar la naturaleza jurídica de una institución. Desde esta óptica coincidimos con la Dra. Andino, con la diferencia que ella vincula con el peligro de los reclamos de los ribereños cuando el cauce, en determinados momentos, algunos largos, ese cauce no lleve agua, y por mi parte mi intención es vincular el nuevo concepto legal de lo que debe entenderse por “río” en el conflicto con el río “Atuel”.

II. La sentencia de la Corte Suprema de la Nación de 1987

El 3 de diciembre de 1987 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictó sentencia en los autos L-195-XVIII – La Pampa, provincia de c/ Mendoza, provincia

¹ Diccionario enciclopédico “Larrouse”, 2009, pág. 320.

² Diccionario citado, pág. 320.

de sobre acción posesoria de aguas y regulación de usos; cuyo art. 1 de la parte dispositiva dice: “declarar que el río Atuel es interprovincial”.

III. El requisito de perennidad

La provincia de Mendoza sostuvo en sus alegatos en el juicio resuelto por la Corte de Justicia de la Nación en 1987, que el río Atuel no es interprovincial y por lo tanto era de su dominio exclusivo, toda vez que aguas debajo de la localidad de Carmensa pierde la condición de perenne y que por consiguiente, no tiene desde el punto de vista jurídico la condición de río, en razón de que la perennidad que sería su elemento jurídicamente sustantivo, está directa e inexcusablemente ligada físicamente a los usos de las aguas. Ningún uso, que por su esencia debe ser continuo, puede ser hecho y asegurado si no hay disponibilidad continua del caudal.

Mendoza adujo que, desde Ulpiano hasta la más moderna doctrina, los autores han señalado esta condición necesaria.

Esta es la opinión de Spota, quien citando a los romanos destacaba la perennidad como un requisito para estimar pública una corriente de agua, al contrario que sucede con los torrentes que se secan durante el verano³.

Marienhoff, estima que por río debe entenderse todo curso de aguas, más o menos considerable de caudal perenne, aclarando que esta definición comprende los elementos que distinguen un río: el carácter natural, que la diferencia del canal, que son obras artificiales, en cuanto el requisito de la perennidad, lo diferencia netamente del torrente.

Para más claridad agrega que el curso de aguas que no reúna todas las condiciones contenidas en la definición que precede, técnicamente no será río⁴.

Allende, citando a Marienhoff, sostiene que por río debe entenderse todo curso natural de agua, más o menos considerable, de caudal perenne⁵.

³ Río en sentido general, es todo curso de agua. Tal es lo que se deduce de un fragmento de Ulpiano: ítem fluminun quaedan sun peremnia, quaedan torrentia, peremne est, quad Semper fluat ... (Alberto G. Spota. Tratado de Derecho de Aguas. T. I, pág. 143. Edit. Luis Rubina. Bs. As. 1941).

⁴ Miguel S. Marienhoff. Régimen y Legislación de aguas públicas. Edit. Abeledo Perrot, pág. 213.

⁵ Guillermo Allende. Derecho de Aguas. Editorial Endebe. Bs. As. 1971, pág. 178.

Miguel Mathus Escorihuela, al comentar el art. 2340 inc. 3 del Código Civil de Vélez, y establecer los criterios para determinar su naturaleza, entre otros criterios señala que “en el Derecho Romano, los cursos de agua para ser públicos debían reunir los tres requisitos siguientes: a) ser corrientes perennes (perennitas), b) tener cierta magnitud (magnitud) ser estimados como tal por los habitantes circunvecinos (existimatio circuncolectium), es decir la opinión pública”⁶.

Claudio Kiper al igual que los autores citados, incluye en el concepto de río, el requisito de la perennidad⁷.

Accdeel Ernesto Salas y Félix A. Trigo Represas, al comentar el inc. 3 del art. 2340 del Código de Vélez, afirman el concepto del elemento constitutivo del agua como integrante del “río”⁸.

Es importante referenciar el fallo del Tribunal mendocino, que citan Salas y Trigo Represas⁹, pues en alguna medida minimizan el principio de la “perennidad” para determinar el concepto del “río” al afirmar que hay autores que exigen que la corriente de agua de un cauce reúna los requisitos de caudaloidad y permanencia.

En realidad, no son “algunos autores” sino muchos.

El fallo contiene una extensa cita y consideraciones de lo que debe entenderse por río.

En la especie no se discutió específicamente el concepto de “río” sino que estaba vinculado a la determinación si ciertos bienes estaban ubicados en el dominio público de un río, o eran bienes privados.

Ello motivó un meduloso fallo para determinar primero, qué era un río.

Aconsejo leerlo porque tiene atingencia con este trabajo.

Se concluyó que:

⁶ Miguel Mathus Escorihuela. “Derecho y Administración de Aguas”. Pág. 55.

⁷ Claudio Kiper. Código Civil Comentado. Derechos Reales. T° I. “El río es una corriente de agua bastantes considerables, perenne, que desemboca en otra o en el mar”.

⁸ Salas Trigo Represas: “1 Ríos a) El dominio público del Estado sobre los ríos, constituidos por dos elementos, el agua que corre y el lecho que la encausa. (Señalando) que hay autores que la corriente de agua reúna ciertas condiciones mínimas de caudaloidad y permanencias”. “Código Civil Anotado. T° 2, pág. 589. Editorial De Palma. Bs. As. 1977”.

⁹ Fallo N° 3917. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Minas de Mendoza (L.L. T° 8, pág. 1187 y sgtes.).

A) “El hecho de que una crecida extraordinaria que escapa al ritmo de normales pueda alguna vez alcanzar el lugar cuestionado, hace que éste no pueda considerarse cauce del río a los efectos del art. 2340 inc. 3 del C. Civil”.

B) “Una corriente de agua debe reunir ciertas condiciones para que pueda ser considerada como río; estas condiciones mínimas son a de profundidad y caudalosidad y permanencia”.

C) “El desvío accidental de un hilo de agua no constituye un hilo de agua no constituye brazo del río, sino reúne las condiciones de caudalosidad y permanencia”.

IV. ¿El río Atuel es interprovincial?

Como el presente trabajo apunta a obtener la declaración de nulidad del punto 1 de la parte dispositiva de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa L-195-XVIII La Pampa provincia de c/ Mendoza provincia de s/Acción posesoria de aguas, el 03-12-1987, que declaró que el río Atuel es interprovincial (entre Mendoza y La Pampa) estimo útil recordar los argumentos de La Pampa, los de Mendoza y los de la Corte al respecto.

V. ¿Qué dijo La Pampa?

1- En su demanda expresó que el proceso de aprovechamiento intensivo e inconsulto de los ríos interjurisdiccionales en la zona sur del territorio de la provincia de Mendoza, con el consiguiente trastorno en el régimen de escurrimiento del Atuel, se intensificó en el siglo actual y destaca una serie de hechos que causaron esos efectos, entre los cuales señala principalmente la construcción del dique el Nihuil, tras la finalización de esta obra en el año 1948, desaparecieron los caudales que llegaban a jurisdicción pampeana con la continuidad y perennidad que tipifican el concepto de río pese a lo cual las aguas inundan el viejo cauce tal como los demuestran los antecedentes que invoca.

Tres inexactitudes como lo señala Mathus Escorihuela, que el lector podrá calificar como mejor lo crea.

A – Aprovechamiento intensivo

Al respecto dijo la Corte, “que resulta importante a criterio del Tribunal una breve referencia histórica a los procesos de colonización cumplidos a partir de las últimas décadas del siglo pasado” (considerando 73).

Luego de un análisis de los informes presentados por las partes la Corte afirma que conforme a ellas se puede comprobar que de 1.427 has cultivadas en San Rafael en 1.884, se pasa a 13.030 en 1.888, a 16.196 has en 1.895; a 27.600 en 1.908 y para 1.929 los cultivos llegan ya a 70.000 has (considerando 75).

La Corte en el considerando 73, reconoce que el desarrollo de ambas áreas (sur de Mendoza, N.O. pampeano habían tenido un desigual desarrollo, ya que en La Pampa no había en Santa Isabel y Algarrobo del Águila, ninguna obra de irrigación, no existían canales, hijuelas, ni obras para retener y aprovechar los derrames del río Atuel.

Recordemos a todo esto que el territorio de La Pampa, a esas fechas era en territorio nacional administrado por la Nación.

B – Aprovechamiento inconsulto

Recordemos que el Territorio Nacional de La Pampa, administrado por el Gobierno Nacional, fue provincializado, en el año 1.952.

Recordemos también que según datos oficiales para el año 1938 ya había en territorio mendocino en la cuenca del río Atuel, 132.000 has y fracción empadronadas, entre definitivos y eventuales. El empadronamiento no es un trámite gratuito. Según la legislación mendocina, el trámite debe pasar una instancia administrativa y otra instancia legislativa. Otorgada la concesión, el concesionario debe pagar el tributo de riego.

Antes de 1940, los constantes desbordes del río Atuel, por detritos y lluvias intensas en verano, producían desastres en los cultivos.

Esta circunstancia llevó a los productores y en especial la Cámara de Comercio de San Rafael, a solicitar del Gobierno provincial, la realización de gestiones para la construcción del embalse el Nihuil, para regular el río.

Fue así que el Senador Nacional por Mendoza Gilberto Suárez Lago, impulsó en el Congreso de la Nación, la Ley N° 12.650 sancionada el 24 de setiembre de 1940, por la cual se autorizó al Poder Ejecutivo de la Nación para convenir

con la provincia de Mendoza, las condiciones y obligaciones recíprocas para la construcción del dique de embalse. ¿Por qué se estableció que el convenio debía celebrarse entre la Nación y Mendoza? Muy sencillo pero a veces silenciado. ¡Porque La Pampa, todavía no era provincia!

La provincia de Mendoza, en el convenio aludido, debía obligarse a reembolsar a la Nación el capital invertido en el cumplimiento de la ley, estableciendo el tiempo y forma en que lo hará, así como la manera y plazos prudenciales en que las obras serán abonadas por los beneficiarios de las mismas (art. 8 inc. d).

Por el art. 10 de la ley el Gobierno Nacional se reservó la facultad de administrar las obras hasta la amortización del capital empleado a los mismos y por el art. 11 la provincia podría adquirir en cualquier tiempo las obras construidas siempre que abonare íntegramente el capital invertido por la Nación.

C – El Convenio Nación Mendoza

El 11 de junio del año 1941 se firmó el convenio entre La Nación y Mendoza que exigía la Ley N° 12.650. Destaco de este convenio, a los fines del tema propuesto en este ensayo, el art. 2° que expresamente dice: “Las obras se ejecutarán para el aprovechamiento en 1° término de los derechos empadronados en el río Atuel” (eran los derechos empadronados en Mendoza).

D – La Ley N° 1427 de la provincia de Mendoza aprobando el convenio con la Nación

El día 1 de octubre de 1941, el Senado y Cámara de Diputados de Mendoza sancionó la Ley N° 1427 que aprobó en todas sus partes el convenio aludido precedentemente, celebrado con la Nación.

Destaco de esta ley que el Gobierno provincial impuso una tasa de hasta \$ 1,50 por hectárea y por año a todos los concesionarios con derecho de regadío por el río Atuel, para amortizar el reembolso a la Nación.

Nos preguntamos, frente a esta normativa, ¿podría argumentarse que Mendoza usó inconsultamente las aguas del Atuel en su territorio?

¿Qué contestó Mendoza?

Mendoza negó enfáticamente que el río Atuel fuera interprovincial con La Pampa, por carecer más allá de San Pedro del Atuel, 130 km antes de llegar al

límite con La Pampa que el río dejaba de escurrir en forma normal, para hacerlo en forma periódica y que en contadas ocasiones ingresaba al territorio pampeano, perdiendo el requisito de la perennidad que caracteriza al río.

Contestación de la Corte

La Suprema Corte contestó este dialogo entre Mendoza y La Pampa, afirmando que “Descartadas las defensas de la demandada, debe reconocerse el carácter interprovincial de la cuenca hidrográfica del Atuel”, y agregó: “solo corresponde alguna consideración sobre el requisito de la perennidad cuya necesidad aduce para calificar desde el punto de vista jurídico, a un río como tal. Ningún uso ha dicho Mendoza que por su esencia debe ser continuo, puede ser hecho y asegurado si no hay disponibilidad continua del caudal: pero tal afirmación, inobjetable como razonamiento abstracto, omite la circunstancia de que la interrupción o discontinuidad de las llegadas de las aguas a La Pampa se debe a la intensidad de los usos consuntivos operado en su territorio”.

Llamativo es que la Corte Suprema en 1987 analizó diversos informes que versaban sobre los caudales que ingresaban a territorio pampeano.

La lectura de esos informes demostró una gran contradicción entre ellos.

Consecuentemente la Corte optó por un concepto geomorfológico para sostener la interprovincialidad del río Atuel. Es decir, había en el terreno en La Pampa, signos de un curso de agua, que divagan por varios brazos, lo cual, para la Corte, significaba que por esos cauces “había corrido agua”.

Afirmó, apelando a un concepto vulgar, de que no era desconocida en la literatura, la existencia de “río seco”.

VI. El contenido y alcance de la interprovincialidad de la sentencia

La resolución de la Corte Suprema de 1987 en su punto 1º de la parte dispositiva, es una resolución declarativa, en cuanto no constituye derecho alguno ni da lugar a la alteración del sustrato fáctico inicial, y consiguientemente no resulta susceptible de ejecución particular alguna en orden a su eficacia¹⁰.

¹⁰ Mauricio Pinto. “El régimen Jurídico de los ríos interprovinciales en la Argentina”. Editorial Talleres Gráfica Sur. Bs. As. 2014, pág. 434.

Por mi parte agrego que se trata de una sentencia declarativa a naturaleza “virtual” por cuanto expresa un hecho que no tiene presencia física, pero que potencialmente puede llegar a tenerla¹¹.

Aclaro un poco más mi opinión. El hecho físico es la falta de presencia del agua en forma permanente (perenne) en territorio pampeano.

A ello debe agregarse que la propia Corte en el punto 2º de la parte resolutive dijo: “Rechazar la acción posesoria promovida por la provincia de La Pampa, y las pretensiones de que se dé cumplimiento a la resolución 50/49 y que se regule la utilización en forma compartida entre ambas provincias de la cuenca del río Atuel y sus afluentes...”¹².

Recordemos que la Resolución N° 50/49 de Agua y Energía de la Nación, disponía la suelta periódica de aguas del río Atuel, desde el embalse del Nihuil, con destino a abastecer las lagunas, bañados y praderas naturales en el NO pampeano.

Esta falta de presencia física del agua del río Atuel en territorio pampeano, se refuerza más aún con la 2ª parte del art. 2 de la parte dispositiva de la sentencia al disponer que la provincia de Mendoza podría usar en forma exclusiva los caudales de río Atuel, para abastecer la irrigación de los cultivos preexistentes en su territorio hasta cubrir una superficie de 75.750 has bajo riego efectivo.

Renglón aparte, queda en claro que, por aplicación de esta parte resolutive, a la fecha de este trabajo (2019) el río Atuel no ingresa a territorio pampeano desde hace 39 (treinta y nueve) años.

Lo de potencial, está vinculado con el punto 3 de la parte dispositiva de la sentencia que “exhortó a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los “usos futuros” de las aguas del río Atuel, sobre las bases y principios contenidos en la sentencia.

Evidentemente que esta expresión de la Corte debe ser interpretada donde se refiere a “los usos futuros”, se está refiriendo a la posibilidad de que existan excedentes futuros de caudales, pues de ningún uso se puede hablar si no hay agua.

Es evidente que la Corte, no lo dijo, pero tuvo en cuenta que habían quedado planteadas en el proceso distintas posibilidades de generar excedentes fu-

¹¹ Diccionario Larrousse 2009, pág. 1040.

¹² L 195 – XVIII – La Pampa provincia de c/ Mendoza provincia de s/ Acción posesoria de aguas y regulación de usos, pág. 7295.

turos (impermeabilización de la red de riego, irrigación con sistemas presurizados, trasvase de aguas del río Colorado al Atuel, etc.).

VII. ¿Es posible impugnar la sentencia de la Corte de 1987, en cuanto declara la interprovincialidad del río Atuel?

¡Sí, es posible!

No solo posible, sino necesario.

Como ya hemos visto en capítulos anteriores, La Pampa interpone una nueva acción contra la provincia de Mendoza con la finalidad de seguir insistiendo se ordenara un caudal mínimo a ingresar en territorio pampeano para la recomposición fluvio ambiental del NO pampeano, que estimaba en 4,5 m³ por segundo a entregar en el límite entre ambas provincias, pidiendo se ordenara a la provincia demandada la realización de las obras necesarias para optimizar la utilización del recurso agua en sistemas de riego.

Qué opina la doctrina

“La teoría revisora empieza a tener su cauce más amplio que el de la revisión, porque ya no se funda en elementos extrínsecos como el fraude, hallazgos de documentos dirimentes, etcétera, sino que se le agregan circunstancias de las cuales no son culpables las partes como son las influencias de cuestiones políticas en el dictado de sentencias que tienen autoridad de cosa juzgada”¹³.

La cosa juzgada no es absoluta. La seguridad jurídica debe ceder a la razón de justicia. Para que haya cosa juzgada es necesario un juicio regular¹⁴.

“Cualquier circunstancia objetiva o subjetiva, voluntaria o fortuita que redunde en que la sentencia final no refleje fielmente la verda-

¹³ Carlos Alberto Carbone. “La impugnación de la sentencia firme”. Edit. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2006. T. I, pág. 71.

¹⁴ Carbone citando a Hitters. Ob. Cit., pág. 73.

dera voluntad del ordenamiento jurídico para el caso y que abre la posibilidad de dejar sin efecto la cosa juzgada¹⁵.

Peyrano afirma que conviene puntualizar que tan excepcional es la procedencia de dejar sin efecto una sentencia firme, que para que ello ocurra se exige la concurrencia de plurales recaudos de no fácil obtención: la existencia de conocimiento firme; interferencia de factores (objetivos o subjetivos, dolosos o fortuitos) que hubieran determinado que aquella no refleje la verdadera voluntad del ordenamiento jurídico respectivo, por motorizarse mediante una acción que, en esencia, es de nulidad, es menester requerir la concurrencia de un perjuicio derivado de la sentencia en cuestión como “causa adecuada, a la cosa que se pretende revisar”¹⁶.

En la doctrina se sostiene que “la limitación temporal de la cosa juzgada se produce cuando determinadas causas del devenir del tiempo permiten alterar lo decidido. En ciertas ocasiones cuando se trastocan las circunstancias que dieron origen al fallo, se admite que semejante mutación lleva consigo no la ineficacia del decisorio y se permita abrir un nuevo litigio sobre el tema central antes juzgado aunque con distintos elementos fácticos”¹⁷.

VIII. Recaudos de una nueva demanda de revisión de la cosa juzgada

A) Mendoza deberá acreditar que el fallo de la Corte Suprema de 2017 en el juicio de recomposición ambiental de La Pampa es una sentencia de conocimiento firme.

B) Demostrar (probar) que han interferido factores objetivos fortuitos que acrediten que la sentencia refleja la verdadera voluntad del ordenamiento jurídico respectivo.

Ello consiste en un detallado estudio del cambio climático y sus efectos sobre los glaciares, y consecuentemente sobre las aguas superficiales, con especial referencia al río Atuel.

¹⁵ Jorge W. Peyrano, citado por Carlos Alberto Corbone. Ob. cit., pág. 79.

¹⁶ Jorge W. Peyrano. “La doctrina de la revisión de la cosa juzgada”. Edit. Rubinzal Culzoni. T. I, pág. 135.

¹⁷ Hitters, Juan Carlos. Citado por Peyrano en Ob. cit., pág.136

C) Pueden encontrarse valiosos estudios e informes como los de la Dra. Zlata de Clement sobre “Los principios tradicionales del Derecho internacional, frente al cambio climático, los efectos de los glaciares, escasez de agua”¹⁸, o bien el informe de Ricardo Villalba del instituto argentino de niveología 2018; o los estudios de Marta Sartori¹⁹.

Son necesarios los estudios, investigaciones e informes respectivos de la UNCuyo sin descuidar los amplios informes que puede aportar el Departamento General de Irrigación de Mendoza.

D) Es necesario demostrar fehacientemente que luego de la sentencia de 1987 de la propia Corte, han ocurrido fenómenos que han agravado la desertificación en Mendoza por lo que la sentencia de 2017, al ordenar a ambas provincias acordar un caudal para entregar a La Pampa del río Atuel, significó, la revisión de la sentencia firma de 1987, que le concedió a Mendoza el derecho exclusivo a disponer de los caudales hasta cubrir las 75.765 has de cultivos con usos de las aguas para riego agrícola consuntivo.

E) Deberá ponerse especial interés en demostrar el grave daño en las economías preexistentes en Mendoza con la nueva sentencia de 2017.

F) Entiendo que la reforma del nuevo Código Civil en el art. 235 inc. c facilita la solución, al eliminar la interprovincialidad del río Atuel.

Al contestar la demanda Mendoza opuso la excepción de cosa juzgada (art. 347, inc. 6º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) considerando que era imposible que coexistiera lo decidido en la sentencia dictada en 1987 (fallos 310.2487 con la pretensión de la actora, la que en definitiva procura interferir con lo ya resuelto en aquella oportunidad, reeditando la discusión bajo un nuevo ropaje, afirmando también que la cuestión ambiental ya integró el thema decidendum en la sentencia firma de la Corte, pasada en autoridad de cosa juzgada.

Se sostuvo por Mendoza que ante el impedimento en generar usos futuros que sean viables técnica y económicamente, se indicó que se habían postulado diversas alternativas de solución más allá del suministro de agua extraña a la cuenca del Atuel acordado en 1992. Así por ejemplo Mendoza ha propiciado

¹⁸ Primeras Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Ambiental en homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés. Edt. Ad vocatus. Córdoba 2014, pág. 29.

¹⁹ “El cambio climático y su impacto en los glaciares en “Cuaderno de Derecho Ambiental de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba”. El cambio climático y la emergencia hídrica” del autor de este trabajo. Edit. Merlín, Mendoza, Argentina, 2012.

que La Pampa asigne caudales excedentes del río Colorado, mediante su trasvase conjunto con los caudales que le corresponden a Mendoza, lo que ha sido rechazado por la actora, quien entiende que debe suministrarse del mismo curso.

Mendoza hizo referencia al estudio de la UNCuyo que demuestra la viabilidad de técnica y económica de este proyecto.

Al finalizar, volveremos sobre este proyecto, único posible de solucionar la inquietud pampeana.

Al resolver este nuevo reclamo de La Pampa, la Corte Nacional rechaza la defensa de cosa juzgada.

IX. ¿Cuáles fueron esencialmente los fundamentos de la Corte para rechazar esta defensa?

Al respecto dijo la Corte: “Que si bien en el sub examine se configura un conflicto entre las dos provincias involucradas acerca del uso del río Atuel, que ha sido calificado como interprovincial, (digamos declarado, que es distinto) las cuestiones sometidas a la decisión de esta Corte en el caso, presentan aspectos diferentes de los que se describen en la sentencia del 3 de diciembre de 1987 (Fallos 310-2478) todo que el paso de los años, el conflicto ahora, involucra cuestiones de mayor alcance y derecho de incidencia colectiva incorporados en la reforma colectiva incorporados a la reforma de la Constitución Nacional en el año 1994”.

Para reafirmar este concepto la Corte agregó: “La regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropométrico, que ha sido puramente dominial, al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es ecocéntrico, o sistémico y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino que el mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente”.

Más adelante la Corte afirma “Ello surge de la Constitución Nacional (art. 41) que al proteger el ambiente permite afirmar la existencia de deberes positivos, es decir, hacer obras (el subrayado es mío) en defensa del ambiente. En el

derecho infraconstitucional se desarrollan estos deberes en la ley general del ambiente y en el Código Civil y Comercial de la Nación de modo coherente, tanto en el ámbito público como privado”.

En conclusión, la Corte sienta el principio de que no existiría cosa juzgada formal ni material cuando la regulación jurídica de un conflicto se ha basado en un modelo antropométrico que ha sido puramente dominial y que esta visión, que en gran medida está presente en conflicto resuelto, resuelto mediante sentencia de 1987 y que este sistema ha cambiado sustancialmente en los últimos años por un nuevo paradigma jurídico que surge de la Constitución Nacional de 1994 en su art. 41.

X. ¿Frente a este concepto de la Corte es posible que Mendoza pida la nulidad de la declaración de interprovincialidad del río Atuel?

Néstor A. Cafferatta, reconocido jurista especialista en derecho ambiental, en un importante enfoque de la constitucionalidad del derecho privado²⁰.

El autor citado afirma en la introducción de su obra el siguiente concepto: “De la constitucionalización del Derecho Privado, título preliminar, capítulo I Derecho, art. 1, fuentes y aplicación, establece en parte pertinente que, la interpretación debe ser conforme a la Constitución Nacional y los Tratados en que la República sea parte”.

Agrega el autor “El art. 1º del Código Civil y Comercial, tiene como fuente de inspiración un cambio copernicano de la cultura jurídica, al reconocer fuerza normativa a la Constitución ... la formula incorporada a la legislación unificada de derecho privado es de gran utilidad en la defensa del ambiente en tanto y en cuanto, el derecho ambiental tiene base constitucional en nuestro sistema jurídico (cuyo centro es el art. 41 C.N.) ...”.

Volvamos a algunas consideraciones de su fallo. Dijo la Corte, en el proceso de recomposición fluvio ambiental que “la lucha contra la desertificación implica enfocarse en la oferta del agua (el subrayado me corresponde) y no solo al derecho al agua como demanda. Ello significa que es necesario identificar posibles fuentes de provisión con una mayor amplitud, abocando toda la cuenca y las regiones afectadas”.

²⁰ Suplemento especial nuevo Código Civil y Comercial, noviembre 2014.

Hay una frase que utilizó la Corte que la considero de suma importancia. Dijo: “El problema no está en la demanda de un caudal, sino en la oferta del agua, es decir de donde proviene o quien la aporta”.

Entiendo que la declaración de interprovincialidad del río Atuel en 1987, le dio a La Pampa, un supuesto derecho para tomar injerencia en todo el río, reclamando un flujo del río Atuel, y rechazando el análisis de otras fuentes, más superadoras, técnica y económicamente posibles.

Darle agua del caudal del río Atuel a La Pampa, para solucionar la alegada desertificación de su territorio N.O., significa agravar la desertificación en Mendoza, máxime frente a un largo proceso de emergencia hídrica, que amenaza con quedarse.

Según los especialistas, Mendoza atraviesa un largo período de sequías y escasas lluvias.

La desertificación ya está instalada en Mendoza y esta acción tiende también a recurrir al máximo Tribunal para anular la declaración de interprovincialidad del río Atuel, aplicando el criterio del nuevo paradigma jurídico que surge de la Constitución, en la “defensa del medio ambiente” del territorio mendocino.

Por eso comencé este trabajo con el concepto de “río” en el nuevo Código Civil y Comercial (Ley N° 26.994).

Declarando la nulidad de la interprovincialidad, desaparecen como lógicas consecuencias las obligaciones impuestas a Mendoza sobre el río Atuel para con La Pampa.

XI. Soluciones

Sin embargo, creo que Mendoza debe colaborar con La Pampa, en la solución de su inquietud en el N.O. Pampeano.

Es imprescindible que acepten en La Pampa que no puede dárseles agua del río Atuel sin causar un grave perjuicio ambiental a Mendoza.

Cualquier solución que se proponga desde el río Atuel, sea mejorando el sistema de riego en Mendoza, sea impermeabilizando la red de riego en el Atuel, sea realizando las obras para evitar la dispersión del río en Las Juntas, el excedente de caudales que puedan obtenerse, no podían ser repartidas en forma igual con La Pampa, sino en forma racional y equitativa (la equidad no significa igualdad).

Y si tuvieran que haberse dado alguna de estas situaciones, el beneficio que hubiera obtenido La Pampa no superaría el 14,11% (catorce coma once por ciento).

Bajo la vigencia de la sentencia de 1987, se exhortó a ambas provincias a celebrar tratados y acuerdos tendientes a la regulación de los usos futuros en la cuenca del Atuel, bajo los principios sentados en los considerandos de la misma sentencia.

Ello implicaba tener en cuenta las denominadas “reglas de Helsinski” que determina los factores que constituyen lo que debe entenderse como racional y equitativo.

Estos factores son:

- a) La geografía de la cuenca
- b) La hidrología de la cuenca
- c) El clima de la cuenca
- d) La utilización pasada y actual de las aguas
- e) Las necesidades económicas y sociales de cada estado
- f) La población que se asienta en cada estado
- g) Los costos comparativos
- h) La disponibilidad de otros recursos
- i) La prevención del desaprovechamiento
- j) La indemnización²¹

A excepción de la provisión de agua potable desde Mendoza (Punta del Agua) a La Pampa, para abastecer hasta 6.000 (seis mil) personas en Santa Isabel y Algarrobo del Águila (más del doble de los habitantes de ambas localidades) que de acuerdo al convenio, quedó en claro que ello se fundaba, en razones de buena vecindad, y que no tenía ninguna vinculación con el conflicto del río Atuel, las pretensiones de La Pampa y su actitud beligerante, hicieron imposible implementar arreglo alguno.

²¹ Aldo Guarino Arias. “Análisis y proyección del Fallo de la Corte de la Nación sobre las aguas del Atuel”. Disertación de incorporación como miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Anales 1989, pág. 91/105.

XII. La equidad no es igualdad

Sin embargo, a despecho de esta norma La Pampa forzó un acuerdo con un gobernador de Mendoza, donde ambas provincias y la Nación, se comprometían a impermeabilizar toda la red de riego, con el compromiso de repartir por partes iguales los causales que se recuperaron.

Lo sorpresivo del convenio, y la falta de conocimientos del gobernador mendocino, su falta de adecuado asesoramiento hizo que la legislatura de Mendoza rechazara por unanimidad el acuerdo, no teniendo por lo tanto ninguna validez.

XIII. La sentencia de la Corte de setiembre de 2017

En esta sentencia que dictó la Corte en el proceso promovido por La Pampa contra Mendoza por la recomposición fluvio ambiental con las aguas del río Atuel, sosteniendo que debía fijarse un caudal de agua mínimo a ingresar al territorio pampeano.

Pedía La Pampa se le ordenara a la provincia de Mendoza la realización de las obras necesarias para optimizar la utilización del recurso.

En el punto II de la parte dispositiva de esa sentencia, ordenó a las partes que fijen un caudal apto en el plazo de 30 (treinta) días para la recomposición del sistema afectado en el NO de la provincia de La Pampa.

Asimismo en el punto III de la parte dispositiva ordenó a las provincias de La Pampa y Mendoza en forma conjunta con el Estado Nacional, elaboren por intermedio de la Comisión interprovincial del Atuel inferior (CIAI) un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación a la problemática del Atuel, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución entre el Estado Nacional, La Pampa y Mendoza, programa que debía ser presentado al Tribunal dentro del plazo de 120 días.

A la fecha de preparación de este modesto ensayo (setiembre del 2019) han transcurrido 2 (dos) años y aún no se avizora ningún acuerdo. Máxime con lo expresado por la Corte, dijo lo siguiente: “En esta instancia procesal, el Tribunal no cuenta con los datos necesarios para decidir las cuestiones aquí debatidas de un modo óptimo...”.

En la audiencia de conciliación, previa a la sentencia, La Pampa expresó su pretensión, su intención de que se fije un caudal mínimo ecológico de 4,5 m³ por segundo. Si a ello sumamos que La Pampa pretende que las obras para optimizar el recurso, la realice Mendoza, el problema se agrava y la pretensión pampeana se agiganta.

Está demostrado que, en los ríos de montaña como el Atuel, tienen 3 secciones. La alta cuenca, la cuenca media y la baja cuenca. En la alta cuenca es donde se produce la alimentación del río, por efecto de los glaciares, acumulación de nieve. En la cuenca media es donde se deposita la mayor cantidad de minerales que bajan de la montaña, otorgándole a esa zona, condiciones óptimas para la agricultura, la baja cuenca es cuando el río penetra en una zona sumamente arenosa, permeable, donde el río pierde su caudal, recibiendo esporádicamente agua, cuando se dan acontecimientos extraordinarios. En la baja cuenca, al desaparecer el agua, el río pierde su condición jurídica para convertirse en un torrente.

¿Tienen idea los pampeanos qué cantidad de agua hay que liberar en la última toma del Atuel en Mendoza (San Pedro del Atuel) para atravesar 130 km en ese terreno arenoso?

El problema se ha agravado y la desertificación ya ataca a Mendoza, y, como decía al principio, se agravará más aún.

Me permito transcribir un breve informe aparecido en diario Los Andes, sección publicidad, página 26 sobre el ambiente del director del Instituto de geofísica de la Universidad autónoma de México. “El derretimiento o retroceso de los glaciares en los picos más altos de México, América Latina y el mundo es alarmante, por la velocidad con la que ocurre... Esto sucede por el calentamiento global”.

“Otra mala noticia para el conflicto del Atuel”

Diario Los Andes, en su edición del día 10 de setiembre de 2019, en su 1ª página da una información alarmante referida a Mendoza. “La provincia atraviesa una temporada de particular sequía en lo que va del 2019 cayeron 130 mm, mucho menos que la media anual histórica”.

Por su parte El instituto de desarrollo rural afirma: “Desaconseja producir fruta en fresco en el sur, ... San Rafael y General Alvear aparecen como las zonas

más castigadas por el informe en torno a la problemática de suelo, contingencias restricciones hídricas...” (Diario Los Andes, 10-09-2019, pág. 3).

Esta información aparece junto a infinidad de informaciones periodísticas de técnicos, especialistas, estudiosos, congresos internacionales, etc.

El cambio climático es una realidad incontrastable de origen antrópico.

Por esta causa el río Atuel ha perdido poco más del 50% de su caudal histórico (34 m³ p/s) y hoy estamos escasamente en los 15 m³ p/ segundo.

Es por esta razón que Mendoza planteó que la única posibilidad sustentable que existe para resolver el conflicto es el trasvase de aguas del río Colorado, en forma conjunta entre ambas provincias, de los caudales que le corresponden a cada una, derivados de la VI conferencia de gobernadores del Colorado, avalado con los estudios del MIT, y convalidados por la Ley Nacional N° 21650.

Es la única solución

Bases de la propuesta

El trasvase en forma conjunta de aguas del río Colorado al río Atuel, tendría que estar precedido con un acuerdo interprovincial entre La Pampa y Mendoza, avalado por los restantes condóminos del Colorado, avalado por las respectivas legislaturas provinciales y por Ley Nacional.²²

²² NOTA DEL AUTOR: Entiendo que, eliminada la interprovincialidad del río, desaparecería la mayoría de los conflictos. Mendoza debería motivar que la CIAI estudiara con precisión esta propuesta.

La Mala Fe en el Derecho Procesal

DR. PASCUAL EDUARDO ALFERILLO

Al jurista y amigo: Aldo Guarino Arias

*Él vivió habiendo sabido
que el saber es siempre virtud.
Y así igual que la luz
alumbra con su mensaje,
su saber es un celaje
que lo envuelve en plenitud.*

FÉLIX DARDO PALORMA, Mendoza, marzo de 1963
<http://letrascuyanas.blogspot.com/2015/05/>

I. Introducción

Tributar honores a la labor académica de un jurista, es tarea difícil especialmente cuando el mismo está registrado en la agenda de los afectos. Ello, ocurre con Aldo Guarino Arias, dado que el tema seleccionado sea uno que una su historia con nuestra vocación y es por ello que se encontró esa confluencia en el Derecho procesal, uno de las grandes preocupaciones y ocupaciones del celebrado, y la figura de la mala fe que se ha erigido en un tópico de estudio en constante revisión.

La convocatoria coloca al investigador nuevamente en la disyuntiva de insistir que, en el momento actual el debate, se debe focalizar no sobre el deber ser (buena fe) sino como se configura la transgresión de ese principio ya normativizado (mala fe) y cuál debe ser la punición de las mismas.

En otras palabras, se debe conocer cómo se presentan las conductas de mala fe en la vulneración de los derechos intelectuales y cuál debe ser la sanción aplicable.

En este sentido, es tradicional, en la doctrina de los autores que cuando se examina el factor de atribución subjetivo se trate la culpabilidad (dolo o culpa) y su penalidad, pero no se focaliza el estudio en el deber de actuar con diligencia y prudencia.

Y ello, es correcto porque en el sistema jurídico argentino impera el principio de legalidad reglado por el arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional que indica que nadie puede ser sancionado sin ley anterior al hecho del proceso y que ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíba.

Sobre el particular, la Corte Suprema ha sostenido que “toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca” (Fallos: 191:245 y su cita)¹.

Ahora bien, definido que el principio de legalidad impera también en el marco del derecho procesal, surge como interrogante si basta con plasmar en norma el principio de buena fe -como lo hace el Código Civil y Comercial- o si es necesario tipificar a las conductas de mala fe que son las sancionables. En ese espacio de estudio, se debe definir si con la tipificación genérica de la conducta reprochable es suficiente para punirla o, si es menester que exista una tipificación puntual de la conducta.

Para llegar a esa finalidad, se debe recorrer el camino trazado por las distintas codificaciones sustanciales para inferir el concepto de mala fe y su teoría general aplicable, en general. A partir de ello, se podrá examinar la aplicación de la figura en el marco del derecho procesal.

¹ CSJN, R. 230. XXXIV. “Recurso de Hecho. Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ ejecución penal”. 9 de marzo de 2004. En el mismo sentido, C. 904. XXXVII. “Cencosud S.A. c/ Secretaría de Industria Com. y Minería C disp. DNCI 274/00”, 15 de junio de 2004. En este fallo se dijo: “el principio de legalidad consagrado por el art. 18 de la Constitución Nacional (9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 15:1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) nace la necesidad de que haya una ley que mande o prohíba una conducta, para que una persona pueda incurrir en falta por haber obrado u omitido obrar en determinado sentido, y que además se establezcan las penas a aplicar” (Fallos: 304:892).

II. Teoría general de la mala fe

2.1. Estudios precedentes

En la búsqueda de construir la teoría general de la mala fe se ha revisado el contenido normativo de distintos sistemas jurídicos procurando desentrañar como se conceptualizaba un comportamiento de mala fe².

Así a modo de ejemplo, el Código Civil redactado por Vélez Sarsfield, no trata la mala fe de un modo sistemático sino, por el contrario, estatuyó, en forma dispersa, normas y dejó notas que fijan su concepto. De todas las menciones citaremos el contenido de los arts. 224³, 592,⁴ 1480⁵, 1944⁶, 2123⁷, 2146 inc. 2⁸,

² Alferillo, Pascual Eduardo, “Reflexiones sobre la vinculación de la “mala fe” con los factores de atribución subjetivos” en “Tratado de la Buena Fe en el Derecho”, Director Marcos M. Córdoba – Coordinadoras: Lidia M. Garrido Cordobera – Viviana Kluger, Editorial La Ley – 2004, pág. 219; Conferencia de Ingreso como Académico Correspondiente a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba dictada en fecha 9 de setiembre de 2003 bajo el título “Reflexiones sobre la mala fe”. Anales – Año Académico 2003 – Córdoba, pág. 151 publicado en Anales-Año Académico 2003, pág. 151, página web www.acader.unc.edu.ar; Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, año CVIII abril, mayo, junio 2005, pág. 23; “La mala Fe”, 122 Universitas 441-482 Colombia (2011); “La mala fe en la celebración de los contratos”, Revista Iberoamericana de Derecho Privado - Número 1 - Mayo 2015 - Buena Fe Contractual, 13-05-2015, cita:IJ-LXXVII-786, entre otras publicaciones.

³ Art. 224 - La mala fe de los cónyuges consiste en el conocimiento que hubieren tenido, o debido tener, el día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la nulidad. No habrá buena fe por ignorancia o error de derecho. Tampoco la habrá por ignorancia o error de hecho que no sea excusable, a menos que el error fuere ocasionado por dolo.

⁴ Art. 592 - Cuando la obligación sea de dar cosas ciertas con el fin de transferir o constituir derechos reales, y la cosa es mueble, si el deudor hiciera tradición de ella a otro, por transferencia de dominio o constitución de prenda, el acreedor, aunque su título sea de fecha anterior, no tendrá derecho contra los poseedores de buena fe, sino solamente contra los de mala fe. La mala fe consiste en el conocimiento de la obligación del deudor.

⁵ Art. 1480 - Si el cedente fuese de mala fe, sabiendo que la deuda era incobrable, será responsable de todos los perjuicios que hubiese causado al cesionario.

⁶ Art. 1944 - En el caso del artículo anterior, si el mandatario hubiere contratado de buena fe, el mandante será responsable del perjuicio causado al tercero, cuyo contrato no subsiste. Si hubiere contratado de mala fe, es decir, estando prevenido por el mandante, él sólo será responsable de tal perjuicio.

⁷ Art. 2123 - El vendedor de mala fe que conocía, al tiempo de la venta, el peligro de la evicción, debe a elección del comprador, o el importe del mayor valor de la cosa, o la restitución de todas las sumas desembolsadas por el comprador, aunque fuesen gastos

2569⁹, 3428¹⁰, entre otras citas. Como conclusión para este apartado, se observa que el codificador no fijó en las normas un concepto genérico para evaluar cuando se tipifican las conductas de mala fe, pero en cada artículo en que trata el tema pone énfasis en describir cual es el conocimiento que tenía o debía tener el sujeto de la circunstancia que se estima importante para el caso regulado.

De igual modo ocurre en otras legislaciones sudamericanas como la Colombia, Perú, Uruguay y en algunas europeas, como España, Francia, Italia, entre otros países estudiados.

2.2. *La mala fe en el Código Civil y Comercial*

Sin lugar a hesitación uno de los cambios profundos que trae el nuevo código es el de establecer de un modo genérico, en el art. 9, el principio de la buena fe cuando dice que “los derechos deben ser ejercidos de buena fe”. Este principio es reiterado en una serie de normas.¹¹

de lujo, o de mero placer.

⁸ Art. 2146. Exceptuándose de la disposición del artículo anterior los casos siguientes: 1°. Cuando el donante ha prometido expresamente la garantía de la donación. 2°. Cuando la donación fue hecha de mala fe, sabiendo el donante que la cosa era ajena...

⁹ Art. 2569 - Si la transformación se hizo de mala fe, sabiendo o debiendo saber el transformador que la cosa era ajena, y fuere imposible reducirla a su forma anterior, el dueño de la materia tendrá derecho a ser indemnizado de todo daño, y a la acción criminal a que hubiere lugar, si no prefiriese tener la cosa en su nueva forma, pagando al transformador el mayor valor que hubiese tomado por ella.

¹⁰ Art. 3428 - El poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene. Los parientes más lejanos que toman posesión de la herencia por la inacción de un pariente más próximo, no son de mala fe, por tener conocimiento de que la sucesión está deferida a este último. Pero son de mala fe, cuando conociendo la existencia del pariente más próximo, saben que no se ha presentado a recoger la sucesión porque ignoraba que le fuese deferida.

¹¹ Arts. 10.- Abuso del derecho; 144.- Inoponibilidad de personalidad jurídica; 292.- Presupuestos; 298.- Contradocumento; 315.- Documento firmado en blanco; 337.- Efectos frente a terceros. 340.- Efectos frente a terceros. Deber de indemnizar; 347.- Condición pendiente; 365.- Vicios; 388.- Nulidad relativa. Consecuencias; 392.- Efectos respecto de terceros en cosas registrables; 395.- Efecto retroactivo; 398.- Transmisibilidad; 399.- Regla general; 407.- Incompetencia de la autoridad que celebra el acto; 426.- Nulidad matrimonial y terceros; 427.- Buena fe en la celebración del matrimonio; 428. Efectos de la buena fe de ambos cónyuges; 429.- Efectos de la buena fe de uno de los cónyuges; 430. Efectos de la mala fe de ambos cónyuges; 462.- Cosas muebles no registrables; 480.- Momento de la extinción; 390.- Restitución; 760.- Entrega de la cosa a quien no es propie-

La gran omisión fue no conceptualizar a la mala fe, en términos genéricos, primando el criterio de Kemelmajer de Carlucci¹² quién prefirió que evolucionara por los cauces hermenéuticos de la doctrina judicial, como ocurriera con la “*correttezza*” del art. 1175 CCivil Italiano¹³.

La ausencia de una conceptualización general ha impedido colocar al nuevo código en la vanguardia de la posmodernidad jurídica en esta materia que es muy necesaria para dar respuesta a problemas propios de la sociedad del conocimiento, cuando cumple las funciones como de factor de atribución.

Ahora bien si se procura desentrañar cual es el concepto de mala fe, debemos recurrir a la interpretación a contrario sensu por cuanto en los arts. 427¹⁴ y 1918¹⁵ del nuevo Código se describen los comportamientos de buena fe, razón por la cual inferimos de estas definiciones que es de mala fe cuando conoce el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad en el caso del matrimonio o cuando conoce que carece de derecho; y en ambos casos no puede invocar

tario. Bienes no registrables; 1009.- Bienes litigiosos, gravados, o sujetos a medidas cautelares; 1816.- Autonomía; 1918.- Buena fe; 1919.- Presunción de buena fe; 1920.- Determinación de buena o mala fe; 1921.- Posesión viciosa; 1935.- Adquisición de frutos o productos según la buena o mala fe; 1936.- Responsabilidad por destrucción según la buena o mala fe; 1937.- Transmisión de obligaciones al sucesor; 1938.- Indemnización y pago de mejoras; 1957.- Transformación; 1958.- Acceso de cosas muebles; 1962.- Construcción, siembra y plantación; 1963.- Invasión de inmueble colindante; 2258.- Prueba en la reivindicación de muebles no registrables; 2259.- Derecho a reembolso; 2260.- Alcance; 2261.- Sentencia; 2313.- Reglas aplicables; 2314.- Derechos del heredero aparente; 2315.- Actos del heredero aparente; 2315.- Actos del heredero aparente; 2443.- Conclusión de la liquidación.

¹² Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La buena fe en la ejecución de los contratos”, Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 18 – “Responsabilidad contractual II”, (Rubinzal-Culzoni Editores- Santa Fe-Buenos Aires – 1998), pág. 215. La profesora recuerda con citas de autores italianos que esta norma fue considerada como uno de los símbolos de la solidaridad corporativa, razón por la cual algunos estimaban que a posteriori de la caída del régimen fascista, la misma -por el desprecio contra esa etapa- se la estimó abrogada tácitamente.

¹³ Art. 1175 Comportamento secondo correttezza. Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza (Cod. Civ. 1337, 1358).

¹⁴ Art. 427 Código Ley N° 26.994.- Buena fe en la celebración del matrimonio. La buena fe consiste en la ignorancia o error de hecho excusables y contemporáneos a la celebración del matrimonio sobre el impedimento o la circunstancia que causa la nulidad, o en haberlo contraído bajo la violencia del otro contratante o de un tercero.

¹⁵ Art. 1918 Código Ley N° 26.994.- Buena fe. El sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce, ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad.

una excusa absolutoria que está en el error o ignorancia de lo que debía conocer y no conoció por negligencia.

Una de las pocas excepciones donde se precisa la conducta reprochable, la verificamos, en el art. 1556, que cuando trata el tema de la garantía por evicción regulando que el donante solo responde b) si la donación se ha hecho de mala fe, sabiendo el donante que la cosa donada no era suya e ignorándolo el donatario.

De igual modo, adquiere una relevancia especial el contenido del art. 1921¹⁶, porque reglamenta cuando que “la posesión de mala fe es viciosa cuando es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza; y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza. Los vicios de la posesión son relativos respecto de aquél contra quien se ejercen. En todos los casos, sea por el mismo que causa el vicio o por sus agentes, sea contra el poseedor o sus representantes”. Es decir, para el Código existe una mala fe simple y una viciosa que tienen sanciones diferentes.

2.3. *El concepto de mala fe*

La atenta lectura de las citas de las codificaciones civiles y de la reglamentación de la OMPI, permite coleccionar los aspectos comunes para juzgar que la mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antifuncional el ordenamiento jurídico reprueba.

Cuando se califica al conocimiento de relevante es para destacar que, de acuerdo a lo observado en el contenido de los artículos reproducidos, no es cualquier circunstancia, condición, dato, etc., sino de uno realmente importante, trascendente o determinante, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica y rasgos tipificantes de cada acto.

En otros términos, vislumbramos que la mala fe encuentra su perfil específico en el conocimiento jurídicamente relevante que el sujeto tiene o debe tener de acuerdo a las características de cada acto jurídico.

¹⁶ Esta norma reconoce como antecedente a los arts. 2364 y 2436 del Código Civil Ley N° 340.

Por ello, el individuo que tiene o debe tener ese saber significativo, frente al principio de la buena fe, si retiene ese conocimiento sin notificar al otro sujeto del acto o culposamente no lo tiene al celebrar el negocio, está trasgrediendo la confianza y lealtad que debe primar en todos los actos jurídicos.

Estas conductas exigibles, para Jordano Fraga surgen de reconocer la existencia en el ámbito obligacional de los deberes de protección que son secundarios del deber de prestación (principal). Los primeros “fundamentalmente derivados de la idea de buena fe, se dirigen a preservar a cada una de las partes de los daños que les pueda derivar del cumplimiento de la obligación¹⁷”.

La existencia de estos deberes de tutela de los intereses ajenos con los cuales se vincula el sujeto, creemos que debe hacerse extensiva a toda vinculación jurídica y no solo a la obligacional por cuanto ella deriva, además del principio de la buena fe, del mandato de “no dañar” a otro.

Por otra parte, esta exigencia de protección de la otra parte es un paso adelante, muy importante, en el proceso de humanización de las obligaciones para que la misma sea un instrumento de cooperación social y no de explotación o aprovechamiento de los más débiles.

2.4. Clasificación

Luego de transcribir las normas donde se hace referencia al actuar de mala fe y de construir un concepto de la figura, creemos estar en condiciones de esbozar in fieri una primera clasificación de la mala fe.

En ese sentido, observamos que las mismas pueden ser divididas entre la mala fe no punible y la punible.

En la primera categoría se puede incluir: a) La mala fe jurídicamente tolerable que sería aquella de escasa importancia o la que recae sobre un hecho, circunstancia, dato, etc. no relevante a la luz de las características del acto examinado; b) En la mala fe recíproca, es decir cuando la conducta de los sujetos participantes del acto este teñida por ella.

¹⁷ Francisco Jordano Fraga, “La responsabilidad contractual”, 141, (Primera edición, Editorial Civitas S. A. – Madrid – España – 1987). Este autor completa la idea expresando que “los deberes de protección tienen un contenido autónomo respecto al deber de prestación, de modo que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido...”.

A su vez, la mala fe punible puede ser dividida en función de la clase de sanción prevista:

a) Con la indemnización de los daños y perjuicios. Verbigracia, arts. 972, 1480, 2009, 2569, 2784, 2435, 3430, etc. del Código Civil; arts. 337, 340, 429, 1009, 1581, 1957, 1962, 2305, etc. del Código Civil y Comercial Ley N° 26.994.

b) Con la nulidad. Por ejemplo, el art. 2099 Código Civil sanciona con la nulidad de la convención que libre al enajenante de responder por evicción cuando ha existido mala fe de parte de éste, o art. 1741 primera parte que establece que la renuncia de mala fe es nula respecto de los socios. En el Código Ley N° 26.994, se sanciona con la nulidad en los arts. 45, 365, etc.

c) Con la privación de derechos, como es en los casos regulados por los arts. 222 (efectos de la nulidad del matrimonio), 1071 (pérdida del amparo legal cuando existe un ejercicio abusivo del derecho), 1742 segunda parte (pérdidas de las ganancias y adjudicación de las mismas a la sociedad y asunción de las pérdidas por el socio renunciante de mala fe). En el Código Civil y Comercial Ley N° 26.994, art. 10, 27, 144, etc.

Otra clasificación es la de Mala fe simple y mala fe viciosa que tiene en cuenta el conocimiento que se tiene de la falta de derecho o de su ilicitud. Esta clasificación se infiere del contenido del art. 1921, que se verifica cuando la posesión de mala fe es de cosas muebles adquiridas por hurto, estafa, o abuso de confianza o de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza.

III. La mala fe procesal

3.1. *El principio general de la buena fe en el proceso*

Como se verificará al repasar el contenido de los códigos adjetivos vigentes y el texto de los proyectados, siguiendo una tradición secular, se ha focalizado la reglamentación de la conducta de las partes en litis, expresando que debe ser dentro de los cánones de lealtad, probidad y buena fe.

En función de ello, Palacio como síntesis de su estudio sobre el tema sostiene que "1°) Los deberes de lealtad, probidad y buena fe reconocen fundamento

axiológico en el valor 'cooperación', y exhiben, como común denominador, el deber de actuar en el proceso honesta y diligentemente. 2º) El deber de veracidad constituye un aspecto del deber de buena fe. 3º) la temeridad y la malicia configuran estándares opuestos al cumplimiento de los mencionados deberes"¹⁸.

Como se percibe, el autor incluye bajo el deber de cooperación a los deberes de lealtad, probidad y buena fe. Por otra parte, marca que el deber de decir verdad constituye parte de la naturaleza del deber de actuar de buena fe en el proceso. Y, a su vez, al precisar que la temeridad y la malicia configuran los modelos contrarios a la buena fe, implícitamente estaría sosteniendo que ellos con comportamientos de mala fe.

Colombo, recuerda que "Betti diferenciaba la litis temeraria del 'comportamiento contrario la buena fe que la parte pueda tener en la conducción del proceso' y del llamado dolo instrumental con el cual ella durante la instrucción de la causa pueda tratar de determinar la convicción del juez en perjuicio de la otra parte, a sabiendas en sentido contrario a la verdad. Sitúa a la litis temeraria como expresión de dolo, como conciencia de la falta de razón, que la parte tiene en el acto mismo de proponer la demanda o la contestación" (Diritto procesuale civile, pág. 558)¹⁹.

Este autor resumiendo sus ideas sostiene que "1.- La demanda o la resistencia del demandado son temerarias cuando además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico son arbitrarias por basarse en hechos inventados o ser jurídicamente absurdas, de manera que es evidente el conocimiento de la sinrazón, la "conciencia de la indiscutibilidad por parte del que litiga". 2.- Por malicia debe entenderse la utilización arbitraria de los actos del procesales en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción especial (inconducta procesal específica) y el empleo de

¹⁸ PALACIO, Lino Enrique, "Los deberes de Lealtad, probidad y buena fe en el proceso" en libro Tratado de la Buena Fe en el Derecho – Doctrina nacional, Marcos M. Córdoba (Director), Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger (Coordinadoras), La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 812. El autor completa la síntesis expresando que "4º) No obstante la ambigüedad y la contradicción que introdujo sobre el tema la Ley N° 25.488, debe entenderse que la declaración de temeridad y malicia es una facultad y no un deber de los jueces, pues la ley carece de aptitud para transformar la esencia de los conceptos jurídicos".

¹⁹ COLOMBO, Carlos J., "Inconducta procesal: Temeridad o malicia" en libro Tratado de la Buena Fe en el Derecho – Doctrina nacional, Marcos M. Córdoba (Director), Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger (Coordinadoras), La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 822 y sig.

las facultades, que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones o deberes cuya existencia reconoce la sentencia. 3.- Para configurar la conducta maliciosa, que haga aplicable la sanción del art. 45, no es suficiente un acto aislado (Andreoli expreso que el comportamiento procesal debe ser entendido como 'complejo de circunstancias')²⁰.

Por su parte, desde la legislación española, Picó i Junoy reflexiona que "la estimación judicial de la mala fe procesal comporta la limitación del ejercicio del derecho fundamental a la defensa de la parte que presuntamente actúa vulnerando dicho principio. En el marco de un proceso, el ejercicio de las facultades que las leyes de enjuiciamiento atribuyen a las, se encuentra amparado, prima facie, por el derecho fundamental de defensa"²¹.

Sin embargo, el autor aclara que "en contra de configurar la buena fe procesal como un principio del proceso se manifiesta Montero Aroca, para quién lo único admisible sancionar el a mala fe procesal y no establecer la exigencia genérica de actuar con buena fe procesal". Y en concreto afirma: "creo, en consecuencia, que la regla debería pronunciarse, no solo a favor de la buena fe, sino en contra de la mala fe, de modo que no se impusiera a la parte y a su abogado un deber positivo, sino, un deber negativo, de abstención"²².

²⁰ Ibidem.

²¹ PICÓ I JUNOY, Joan, La buena fe procesal, editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 2011, pág. 35. El autor en, pág. 42, sostiene que "en definitiva, los arts. 11 y 542.2 LOPJ Y 247 LEC han venido a proclamar el principio de la buena fe procesal para guiar el modelo de conducta adecuada de los litigantes en cualquier tipo de juicio".

²² Ídem, pág. 42. El autor en la pág. 33 completa su pensamiento expresando que "uno de los grandes males que tiene nuestra Administración de Justicia lo constituye su pésima imagen en la opinión pública. Desgraciadamente, los ciudadanos piensan que en, muchos casos el interés de algunos de los litigantes por retrasar lo más posible la sentencia le hace poner maliciosamente toda clase de pegas y trabas, y que la lentitud de la Justicia beneficia sobre todo a las personas sin escrúpulo de mala fe. Por ello toda medida legislativa que tienda a disminuir esta visión negativa de nuestros tribunales debe ser bien acogida, como sucede, por ejemplo, con la exigencia de pleno respeto a la buena fe procesal como modelo de conducta adecuada de los litigantes en cualquier tipo de juicio. La buena fe procesal constituye una excelente atalaya sobre la cual es posible observar el nivel ético de una ley de enjuiciamiento. Ésta no puede alentar la conducta maliciosa o fraudulenta de los litigantes, ni permitir que venza el más diestro en el uso de las normas procesales, sino el que tenga razón".

3.2. *La mala fe en los códigos procesales civiles*

En el Código procesal Civil y Comercial de la Nación vigente y en los códigos adjetivos que sigue su estructura, en el art. 34 regula los deberes de los jueces precisando en el apartado IV del inc. 5 que debe “prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe”.

Por su parte en el apartado VI impone a la jurisdicción, el deber de “declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes”.

En tiempo reciente se presentó un anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial aplicable a la Nación²³, el cual propone la incorporación de normas relacionadas con un actuar acorde con los principios morales.

En ese sentido el art. 6, reitera que “los intervinientes en el proceso actuarán con lealtad, buena fe y veracidad”. Es decir, incluye el deber de decir la verdad de lo acontecido, lo cual debe ser entendido adecuada y coordinadamente con el liminar principio de inocencia, debido proceso y defensa, consagrado en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales sobre los DDHH.

Es por ello que el proyectado art. 15 entiende respecto del deber de colaboración que “las partes deberán: a) actuar con lealtad y buena fe; b) colaborar con el desarrollo del proceso, evitar las conductas dilatorias y los actos inútiles o innecesarios para determinar los hechos y el derecho; c) declarar sobre las cuestiones de hecho en forma completa y adecuada a la verdad. Se protegerá el derecho a no auto incriminarse penalmente, a la privacidad y al secreto profesional; d) evitar alegaciones o defensas carentes de fundamento; e) cooperar en la efectiva y adecuada producción de la prueba”.

En el siguiente, frente al incumplimiento de los deberes prevé las sanciones al expresar que “si el juez estimare que alguna de las partes incumpliere con los deberes establecidos en el artículo 15, en cualquier etapa del proceso, podrá imponerle una multa, en forma fundada, respetando la garantía de la defensa y el principio de proporcionalidad, entre un (1) UMP y veinte (20) UMP. Igual sanción se impondrá a la falta de colaboración de los terceros al proceso. Para determinar la cuantía de la multa, el juez estimará las circunstancias del hecho de

²³ <https://www.justicia2020.gob.ar/noticias/la-comision-redactora-entrego-garavano-anteproyecto-nuevo-codigo-procesal-civil-comercial-la-nacion/>; <https://www.justicia2020.gob.ar/eje-civil/codigo-procesal-civil-comercial-la-nacion/>.

que se trate, así como la afectación a la credibilidad de la Justicia o los perjuicios que a la otra parte se hubieren podido causar. Al aplicar la multa, el juez, entre otras circunstancias, ponderará la deducción de pretensiones, defensas, oposiciones o interposición de recursos cuya falta de fundamento no se pueda ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad o encuentre sustento en hechos ficticios o irreales o que manifiestamente conduzcan a dilatar el proceso. La violación de los deberes establecidos en el artículo 15 constituye una presunción contraria a la parte que omita colaborar y se considerará al dictar sentencia o resolver una incidencia”.

Por su parte, en el art. 17 auspicia reglar que “la ley no ampara el ejercicio abusivo de derechos procesales. Se considerará abusiva toda petición contraria a la finalidad de la norma procesal invocada o cuando se excedan los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez evitará el ejercicio abusivo del derecho o una situación procesal abusiva y, si correspondiere, procurará su reposición al estado de hecho anterior. Los jueces rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes formulados con manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude a la ley”.

Finalmente cabe rescatar el tratamiento especial que da a la imposición de las costas cuando el esbozado art. 317 precisa que “el abogado podrá ser condenado en costas solidariamente con su patrocinado o poderdante cuando surja manifiesta la mala fe en su actuación profesional”.

Evidentemente, esta idea abre un nuevo capítulo para discriminar cuando el actuar de un profesional de la abogacía es de mala fe.

La misma intencionalidad reformadora se verifica en la provincia de Buenos Aires en cuyo anteproyecto de código adjetivo²⁴ se fijaron las pautas principales, de las cuales rescatamos para esta investigación en acento que se pone en reglar la conducta de las partes y sus letrados cuando fundamenta que “la veracidad, probidad y buena fe son deberes exigidos por el Código Procesal vigente, así como por las normas de ética que regulan el ejercicio de la abogacía. Sin embargo, la práctica tribunalicia ha admitido ciertas distorsiones, así como prácticas que, aunque no sean ilícitas, conspiran contra la veracidad que debe primar en el proceso judicial e incentivan que las partes oculten información relevante. En el derecho comparado, en cambio, se pone fuerte énfasis en la necesidad de

²⁴ [https://www.c.atl.org.ar/fil es/DOCUM ENTO%20a NTEPROYE CTO%20CODIGO%20P ROCESAL%2 0CIVIL%20FIN AL%20PD F%20282% 29.pdf](https://www.c.atl.org.ar/fil/es/DOCUM%20ENTO%20a%20NTEPROYE%20CTO%20CODIGO%20P%20ROCESAL%20CIVIL%20FIN%20AL%20PDF%20282%2029.pdf).

que las partes -y los abogados y abogadas- sean veraces en el relato de los hechos y, a la vez, revelar a las demás partes y al tribunal toda la información relevante para la solución del caso. El Proyecto procura poner el acento en los deberes de lealtad, probidad y buena fe mediante disposiciones que incentiven a las partes y a sus abogados para ser veraces en el relato de los hechos, pretensiones y defensas. Asimismo, el Proyecto pretende crear instancias de intercambio de información que favorezcan la adecuada comunicación entre las partes, con la posibilidad de aplicar sanciones para quienes omitan revelar información relevante para el desarrollo del pleito. El Proyecto no incluye pérdida de derechos, sino la eventual aplicación de una multa cuando alguna de las partes hubiera demostrado una falta de colaboración, actitud retardatoria o falta de veracidad respecto de hechos o documentos que debía razonablemente conocer o presentar”.

En función de ello, los proyectistas entienden que “las partes, sus representantes o asistentes y, en general todos los partícipes del proceso ajustarán su conducta al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe. El juez deberá impedir el fraude procesal, el abuso del proceso, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria, y tomar a petición de parte o de oficio todas las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección, para prevenir o sancionar cualquier acción u omisión contrarias al orden o a los principios del proceso. El proceso debe ser considerado como un trabajo común cuyo resultado, la efectividad de las normas sustanciales en base a la determinación verdadera de los hechos, exige la máxima colaboración de todas las partes, sus letrados y también, eventualmente, la de otros sujetos compelidos legalmente a prestar su asistencia para la consecución del mencionado logro. El incumplimiento de este deber tendrá las consecuencias previstas en cada caso por la ley”.²⁵

En cuanto a la mala fe se hace referencia a ella en el art. 724 cuando procura reglar que “1) Los árbitros y, en su caso, las instituciones arbitrales son responsables por los daños y perjuicios causados por mala fe o dolo en el incumplimiento o mal desempeño de sus funciones”.

En la provincia de Mendoza, se sancionó un nuevo Código Procesal Civil, Comercial y Tributario bajo la Ley N° 9001, previendo las reglas generales en el art. 21, de las cuales se rescata la prevista en el inc. h) donde se estatuye: “Buena

²⁵ Ver: Contenido de los arts. 32 y 445 proyectados.

Fe. Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe conforme lo establecido en el Art. 22 de este Código. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal y cualquier otra conducta ilícita o manifiestamente dilatoria”.

Como novedad, el art. 47 hace referencia concreta a la mala fe sancionable, cuando establece que “I - Los Jueces, sin necesidad de petición y a los fines de hacer efectivas las disposiciones de este Código, especialmente los deberes que el mismo impone a los litigantes y a sus auxiliares, para evitar o sancionar comportamientos abusivos o de mala fe, podrán: 1) Mandar testar toda palabra o frase o inutilizar o devolver escritos injuriosos o redactados en términos indecorosos u ofensivos o disponer que no se asienten, si aquéllas se vertieren en audiencias, sin perjuicio de otras medidas que creyeren necesario tomar. 2) Aplicar correcciones, consistentes en prevenciones, apercibimientos y amonestación pública. 3) Aplicar multa pecuniaria de hasta cinco (5) JUS, pudiendo duplicar la misma en caso de reincidencia dentro del año. Deberá remitir al Ministerio Público Fiscal los antecedentes a los fines de su cobro o del inicio de la ejecución pertinente en su caso. 4) Excluir de la audiencia, pudiendo emplear la fuerza pública para ello...”.

De igual modo en el Código procesal de familia y violencia familia, Ley N° 9120 en el art. 4 se regulan los principios que regirán estos procesos especiales, previéndose la buena fe y lealtad procesal, en el inc. c) cuando regla que “las partes deben proceder de buena fe y abstenerse de utilizar medios fraudulentos en el proceso. El Juez/Jueza puede aplicar astreintes cuando las partes incurran en desobediencia a un mandato judicial”.

3.3. Mala fe procesal en la doctrina judicial

Sin la aspiración de hacer un pormenorizado examen del pensamiento expuesto por la doctrina judicial, se procura sistematizar las principales expresiones a los fines de tener un acabado conocimiento del tratamiento dado por la jurisprudencia.

3.3.1. Prohibición de formular interpretaciones de mala fe

La Corte Suprema de Justicia de la Nación marca el sendero de cuál es el modo correcto de formular la hermenéutica cuando juzgó que “no es admisible que para no violar las Convenciones incorporadas a la Constitución se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Constitución establece, pues el propio derecho internacional se opone a esta priorización de normas, al prohibir las interpretaciones de mala fe de las convenciones y al establecer las llamadas cláusulas pro homine”²⁶.

Esta doctrina debe ser entendida como un criterio aplicable no sólo a la hermenéutica de los Tratados Internacionales²⁷ sino a todos y cada uno de los procesos judiciales, como a los actos jurídicos.

3.3.2. En el modo de plantear la acción

Sobre este tema en particular se ha discernido que “si la cesionaria de derechos hereditarios fundó la acción de nulidad en el art. 954 y no en el 4034 del Cód. Civil, no puede, después del planteo de prescripción de la acción de nulidad modificar la naturaleza de la acción incoada y así obtener con mala fe procesal un nuevo plazo de prescripción no contemplado para la acción originariamente intentada”²⁸. Es decir, no puede prevalecerse del cambio de posicionamiento dentro del proceso, especialmente cuando ello lleve a una posición contraria a la que se venía sosteniendo porque allí se vulnera la buena fe representado por el principio *venire contra factum proprium non valet* que informa la doctrina de los actos propios.

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Simón, Julio H. y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. /Poblete”, causa 17768, 14/06/2005, 4/56849 (Votos de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti).

²⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. En su art. 31 especifica que “Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin...”. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_doc/s/convencion_viena.pdf.

²⁸ Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca, “Figuroa, Diana Virginia c. Figuroa, Gloria y otras s/ acción de nulidad de cesiones de acciones y derechos hereditarios – recurso de casación”, 17/02/2016, LLNOA 2016 (julio), 394, AR/JUR/5911/2016.

3.3.3. *Recusación con causa indebidamente planteada*

Otro tribunal dictaminó que “para que opere la causal recusatoria contemplada en el art. 17, inc. 6 del CPCC de Córdoba, el juzgador debe haber sido acusado o denunciado por el recusante antes de comenzar el pleito, pues de otro modo resultaría fácil para un litigante de mala fe apartar indebidamente al magistrado del conocimiento de la causa”²⁹. Con esta decisión se fija un límite temporal a la facultad para recusar con causa al magistrado que está en conocimiento de la causa.

3.3.4. *Desconocimiento indebido de la documental*

Con gran acierto la jurisprudencia considero que “si el ejecutado desconoció la firma y el contenido de la documentación que se le exhibió, ocasionando la necesidad de promoción de un proceso sumario, en el que quedó acreditado que las firmas que se le atribuían le pertenecían, los intereses sancionatorios regulados en el proceso han sido correctamente establecidos, pues se trató de una conducta desleal, una articulación de mala fe sin apoyo fáctico o jurídico alguno, respecto de la cual no existe duda de que no obedece a un simple error, sino implicó dolo procesal con el único fin entorpecer el curso de la justicia y dilatar el pago”³⁰.

En el mismo sentido, en otro fallo se precisa que “debe aplicarse al ejecutado una multa equivalente al 30% del monto de la deuda en los términos del art. 526 del Código Procesal Civil, pues si bien desconoció expresamente su firma en el contrato de mutuo que se ejecuta, fue admitida su autenticidad merced a la prueba pericial caligráfica”³¹.

Como se puede colegir, el desconocimiento de una firma colocada de su

²⁹ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, “Panero de Rivero Derna Margarita c. Ricardo Calvete y o. s/ rendición de cuentas – recurso directo (expte. p – 09/11)”, 27/06/2013, LLC 2013 (octubre), 970, AR/JUR/33927/2013.

³⁰ Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de San Rafael, “Buscemi, Daniel Carmelo c. González, Horacio Roberto s/ cobro de pesos”, 14/12/2015, La Ley Online, AR/JUR/58771/2015.

³¹ Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, sala III, “Cooperativa de Vivienda Crédito y Consumo Finanzas e Invers. Ltda c. M., R. s/ cobro ejecutivo”, 27/03/2014, ED 257, 351, LA LEY 11/06/2014, 6, LA LEY 2014-C, 471, IMP 2014-7, 179, AR/JUR/6135/2014.

puño y letra por el requerido implica que tenía pleno conocimiento de su autoría y mal utilizó ello con el solo fin de dilatar la resolución de la causa. Sin duda, esta es una hipótesis clara de mala fe en el proceso que por cierto debe ser adecuadamente sancionada.

3.3.5. *Influencia en la determinación de la cuantía del daño*

En un tema que tiene una especial problemática se especificó que “es loable la pretensión del tribunal de grado de ‘objetivar’ la plus petición para restringir la arbitrariedad judicial, mas carece de motivación suficiente el criterio utilizado. En efecto, como se ha dicho reiteradamente, la plus petición que justifica la imposición en costas es la que puede ser calificada de inexcusable; el calificativo se justifica desde que la plus petición ha sido siempre una suerte de sanción, especialmente a la mala fe del litigante”³².

Existe una tendencia en algunas jurisdicciones a sancionar en los procesos donde se reclaman el resarcimiento de daños lo que estiman como petición exagerada en la cuantía peticionadas. Al respecto olvidan que, en dichos procesos, en la primera etapa, se dirime la determinación del sujeto que será declarado responsable de producir los perjuicios. Ello implica que la parte principal del proceso tiene un resultado y cuando existe condena se define una parte vencida que debería ser condenada a abonar las costas.

La segunda etapa, es la determinación de la valoración y cuantificación de los daños. Y respecto de ello se omite que se trata de una deuda de valor que debe ser determinada en dinero su cuantía con las consecuencias (cambio de naturaleza) que ello apareja en función del art. 772 del Cód. Civ. y Com. Además de este detalle señalado, la jurisprudencia nacional se ha caracterizado en base a la permeabilidad por carencia de normas específicas en el Código Civil que fijarán el modo de cuantificar de los daños, por el imperio del arbitrio judicial lo cual condujo a que por similares daños se fijarán sumas indemnizatorias notablemente disimiles. Por ello, sancionar a un actor con la imposición de las costas del proceso es una decisión contraria al principio de la reparación plena consagrado a nivel constitucional y en el código sustantivo que no tiene en

³² Suprema Corte de Justicia Mendoza, Sala 1, expte.: 77577 “Izquierdo Juan y ots. en J° 68.032/27.282 Izquierdo C. y ots. Dirección Gral de Escuelas D. y P. S/ Inc. Cas.”, 27/07/2004, Sentencia, ubicación: LS339-076.

cuenta como se integra, cuáles son las partes, de un juicio donde se reclaman daños. En otras palabras, en nuestro país ante la histórica carencia de parámetros, baremos o pautas para cuantificar, no tiene cabida sancionar a un litigante por plus petición dado que todas serían excusables frente a la disparidad de doctrinas que permiten soluciones diferentes aplicando libremente el arbitrio por los jueces.

Esta situación ha procurado ser morigerada parcialmente por el Código Civil y Comercial, con resultados que aún está in fieri.

3.3.6. *Como parámetro para valorar la conducta de las partes*

En cuanto al tema de la valoración de la conducta desarrollada por las partes en el proceso judicial, la norma procesal que tiene un largo historial asimila temeridad, malicia y mala fe a partir de la regulación dada en el art. 34 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación en cuyo punto IV. Establece que es responsabilidad de la jurisdicción “prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe” y en el VI. La de “declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes”.

Esta tradición se encuentra inserta en el propio diccionario de la RAE cuando da el significado de “mala fe” del siguiente modo: 1. f. Doblez, alevosía. 2. f. Der. Malicia o temeridad con que se hace algo o se posee o detenta algún bien.

Ahora bien, cuando se conoce el significado de temerario (relación con la palabra temeridad) como: 1. adj. Dicho de una persona: Excesivamente imprudente arrojando peligros. 2. adj. Propio de la persona temeraria. 3. adj. Dicho de una cosa: Dicha, hecha o pensada sin fundamento, razón o motivo. Juicio temerario, es necesario revisar si, realmente, se está frente ante una figura única o existe una idéntica conceptual entre las mismas.

Esta preocupación se profundiza cuando se conoce el significado de malicia definido como: 1. f. Intención solapada, de ordinario maligna o picante, con que se dice o se hace algo. 2. f. maldad (cualidad de malo). 3. f. Inclinação a lo malo y contrario a la virtud. 4. f. Interpretación siniestra y maliciosa, propensión a pensar mal. 5. f. Cualidad por la que algo se hace perjudicial y maligno. 6. f. Penetración, sutileza, sagacidad.

Ello por cuanto la temeridad se la vincula con la imprudencia excesiva que está emparentada con una de las formas como se presenta la culpa, pero no a la mala fe técnicamente expresado.

En cuanto a malicia, la misma se encuentra relacionada con la figura del dolo dado que se tiene la intencionalidad de actuar de una forma contraria a derecho, requisito que no se exige para acreditar la mala fe.

La carencia de precisión respecto del concepto del instituto de la mala fe justifica que en la doctrina judicial se la invoque para describir conductas inadecuadas de las partes dentro del proceso y, a partir de ello, justificar sanciones.

En cambio, existe una mayor preocupación en la doctrina judicial por diferenciar el concepto de temeridad de la malicia procesal.

En este sentido, en general se ha dicho que “la temeridad y la malicia suponen una conducta mañosa, una maniobra desleal, articulaciones de mala fe sin apoyo jurídico o fáctico, máxime si son reiteradas y no hay duda de que no obedecen a un simple error, a distintas posibilidades que brinda la jurisprudencia divergente sobre el punto o a nuevos enfoques, sino que trasuntan claramente dolo procesal, pero la sanción prevista en el art. 45 del Cód. Procesal debe interpretarse restrictivamente, siendo privativa de la función jurisdiccional la calificación de la conducta de las partes”³³.

La misma idea se expuso cuando se juzgó que “para la configuración de las conductas calificadas de temeridad y malicia no basta la desestimación de una pretensión o la resolución desfavorable de una petición, sino que se requiere la existencia de una conducta dañosa, maniobra desleal, de mala fe o articulaciones sin apoyo técnico o jurídico alguno, en especial si son reiteradas y transmiten claramente dolo procesal”³⁴.

³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, “Fernández, Susana c. Rímolo, Mónica Cristina María”, 28/04/2006, LA LEY 23/01/2007, 4, LA LEY 2007-A, 560, ED 219, 200, JA 2006-III, 540, AR/JUR/4479/2006.

³⁴ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, “Moreno, Humberto D. c. Dita S.A.”, 08/10/2002, DT 2003-A, 674, AR/JUR/4442/2002. En el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, “Sudamluz S. A. c. P., M. A. y otro.”, 24/03/1997, La Ley 1997-D, 835, Colección de Análisis Jurisprudencial Elementos de derecho Procesal Civil - Director: Osvaldo Alfredo Gozaíni, Editorial La Ley 2002, 22, DJ 1998-3, 1084, AR/JUR/4622/1997, fallo en el cual se expresa que “la temeridad y la malicia suponen una conducta mañosa, y articulaciones de mala fe sin apoyo jurídico o fáctico, máxime si son reiteradas y no hay duda de que no obedecen a un simple error, a distintas posibilidades que brinda la jurisprudencia divergente sobre el punto o a nuevos enfoques, sino que trasuntan claramente dolo procesal”.

En particular, “por temeridad se entiende, en principio, toda conducta de la parte que sabe a ciencia cierta que no tiene razón valedera, no obstante lo cual, abusando de la jurisdicción componen un proceso del que se ha de generar daño a la otra parte -en el caso, el demandado negó todos los hechos y la suscripción de ciertos documentos que luego, pericialmente, fueron adjudicados a su firma-, y la malicia se perfila en la actuación u omisión, durante el desarrollo del trámite, es decir, cuando cualquiera de las partes obstaculiza, retarda, provoca articulaciones improcedente, mañosas, con el propósito de dilatar la tramitación del proceso”³⁵.

En cambio, “la malicia consiste en utilizar el proceso en contra de sus fines, obstaculizando su curso, actuando el justiciable de mala fe con objeto de obtener una sentencia que no es la que corresponde, demorando su pronunciamiento, o ya dictada, obstaculiza su cumplimiento”³⁶.

Con relación a la figura que es objeto de estudio, se entendió que “la mala fe en el despliegue de articulaciones defensivas no es susceptible de prueba directa. Por tanto, si bien no cabe concluir que existe por la sola circunstancia objetiva del rechazo de determinadas defensas, en cambio debe presumírsela cuando hay una evidente y manifiesta ausencia de motivos para litigar, que quita al planteo todo asidero de razonabilidad. Entre otras, esa situación se presenta cuando una parte consiente la sentencia de fondo, que declara la inaplicable una cierta ley, y después articula incidentes en la etapa ejecutoria, propugnando la aplicación de la misma ley”³⁷.

El concepto de mala fe procesal transcripto condice con la definición general dada, por cuanto no el litigante conocía o debía conocer que no tenía la posibilidad de invocar la aplicación de una ley, pero en la etapa de ejecución, la invoca antifuncionalmente. En este caso no se debe reclamar que se acredite las intencionalidades (dilatar el proceso de ejecución, u otra) sino simplemente el conocimiento de un dato, situación, circunstancia, condición, calidad etc., relacionado con el proceso en trámite y su utilización antifuncional en el mismo.

³⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, “Azcarate, Horacio J. c. Rodríguez, Luis R.”, 20/11/2003, LLBA 2004, 537, AR/JUR/5634/2003.

³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, “Mittelman de Madenes, Dorita c. Laurencina, Hugo A.”, 10/06/1997, LA LEY 1998-A, 432, AR/JUR/2947/1997.

³⁷ 1° Cámara en lo Civil Mendoza, 2a Circunscripción, expte: 22533 “Surcred S.R.L. c/ Oscar Maglione y ot. p/ Ejecución hipotecaria”; 24/06/2008, Sentencia, ubicación: LS044-274.

En cuanto al criterio que debe emplear la jurisdicción se entiende que “a los fines de encuadrar las alegaciones de una de las partes en la defensa de sus reclamos, como formuladas con la malicia y mala fe que se requieren por la norma procesal, debe adoptarse un criterio estricto, ya que el derecho de defensa en juicio, de raigambre constitucional, no puede resultar afectado frente a situaciones que si bien, no resultan en definitiva receptadas por el Tribunal, no alcanzan para configurar una acabada demostración de la violación a las normas que regulan la conducta de las partes en el desarrollo del proceso”³⁸.

En función de ello se estima que “el simple hecho de que la parte vencida formule un planteo que fue desestimado debido a que la vía elegida para impugnar la decisión que le agraviaba no era la adecuada, no es suficiente para que se le imponga una multa por la dilación innecesaria del proceso, pues, la errada postura jurídica asumida por el recurrente no indica por sí misma la existencia de mala fe o deslealtad procesal, ya que válidamente pudo haber tenido convicción de obrar en ejercicio de su derecho de defensa”³⁹.

De igual modo que “no basta la sola circunstancia que una pretensión no sea acogida, de que una defensa sea desestimada, de que un incidente sea declarado improcedente o en general de que una petición cualquiera sea resuelta en forma desfavorable para que automáticamente se impongan sanciones. Lo que la ley no quiere que sea tolerado es la conducta mañosa, la maniobra desleal, las articulaciones de mala fe sin apoyo fáctico o jurídico alguno, máxime cuando son reiteradas, respecto de las cuales nadie pueda tener ninguna duda de que no obedecen a un simple error o a distintas posibilidades que brinda una jurisprudencia divergente sobre el punto o a nuevos enfoques susceptibles de hacerla variar, sino que trasunta claramente dolo procesal”⁴⁰.

³⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Contencioso-administrativo de San Francisco, “Ñ., G. M. del C. y otra por sí y por sus hermanos menores v. La Voz de San Justo y Superior Gobierno de la provincia de Córdoba”, 29/09/2009, 70059074.

³⁹ Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero, “Guaman Vda. de Gómez María Eugenia c. Griguoli, Anita Isabel”, 16/02/2009, LLNOA 2009 (junio), 452, AR/JUR/3843/2009. (del voto del doctor Argibay).

⁴⁰ 2° Cámara en lo Civil Mendoza, 1a Circunscripción, expte.: 33013 “Plana, Alejandro y o/s. C/ A.M.S.A. P/ Ejecución de sentencia”, 05/02/2008, Sentencia, ubicación: LS117-160. La misma idea fue expuesta por el Tribunal del Trabajo Nro. 2 de Lanús, “Aguayo Gamarra, Gilda c. Golden Cuer S. R. L. y otros”, 22/12/1997, LLBA 1998, 876, DT 1998-B, 2093, AR/JUR/517/1997, cuando entendió que “para que se configure el supuesto de temeridad o malicia, no basta la sola circunstancia de que una pretensión no sea acogida o que una petición sea resuelta desfavorablemente, sino que lo que la ley no quiere es

Finalmente, para cerrar este apartado corresponde visualizar la jurisprudencia que ha declarado procedente la sanción cuando se incurre en conductas procesales reprochables.

Al respecto se ponderó que “corresponde aplicar la sanción prevista en el art. 45 del Código de Procedimientos a los autores y letrados patrocinantes que, en un proceso de ejecución hipotecaria y a fin de obtener la refinación prevista en la ley 25.798, determinaron una fecha de mora no real, en virtud de una conducta temeraria o maliciosa de las partes pues temeridad y malicia suponen una conducta mañosa, la maniobra desleal, las articulaciones de mala fe y sin apoyo jurídico o fáctico alguno, y que nadie puede tener ninguna duda de que no obedecen a un simple error o a distintas posibilidades que brinda una jurisprudencia divergente sobre el punto, o, a nuevos enfoques susceptibles de hacerla variar, sino que trasuntan claramente dolo procesal”⁴¹.

En términos similares se consideró que “corresponde aplicar la sanción prevista en el art. 45 del Código de procedimientos civil y comercial de la Ciudad de Formosa al letrado patrocinante que realizó aseveraciones manifiestamente infundadas, como es la manifestación de que la prueba pericial caligráfica se realizó sobre fotocopias cuando era claro que se trataba de un original, en tanto ello implica un obrar teñido por la mala fe procesal, tratando de inducir al error de la magistratura y planteando cuestiones cuyo análisis implica un desgaste de la actividad jurisdiccional que afectan los principios de buen fe y economía procesal”⁴².

También que “es pasible de sanción la conducta del ejecutado que realizó afirmaciones insinceras, apartándose de la verdad en forma incontrastable a partir de las constancias objetivas de la causa e incurriendo en un exceso ritual manifiesto y reprochable, máxime si no negó la firma ni la deuda que se le reclama, pues todo ello denota un caso extremo de mala fe”⁴³.

una conducta mañosa, maniobras desleales o de mala fe, las articulaciones sin apoyo fáctico o jurídico, máxime si son reiteradas o trasuntan dolo procesal”.

⁴¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala M, “Sterin Carmona, Horacio c. Belén, Rubén”, 07/08/2007, AR/JUR/6804/2007.

⁴² Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Formosa, “Mauriño, Eduardo Alberto c. Lubricom S.R.L.”, 21/09/2007, La Ley Online, AR/JUR/7841/2007.

⁴³ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 8a Nominación de Córdoba, “López, Alfonso M. c. Moro, Francisco E.”, 04/07/2002, LLC 2003 (marzo), 255, AR/JUR/152/2002.

Una interpretación novedosa se plasmó cuando se dijo que “los intereses sancionatorios, admitidos por el Código Civil y el Código de Comercio, importan una multa o pena para quien litiga sin razón valedera. Lo que la ley no quiere que sea tolerado es la conducta mañosa, desleal, las articulaciones de mala fe sin apoyo fáctico o jurídico alguno, máxime cuando son reiteradas. No basta la sola circunstancia que una pretensión no sea acogida, de que una defensa sea desestimada, de que un incidente sea declarado improcedente o en general de que una petición cualquiera sea resuelta en forma desfavorable para que automáticamente se impongan sanciones”⁴⁴.

3.3.7. *En la imposición de las costas*

En el tema de la imposición de las costas por la tramitación de los procesos judiciales, en algunos fallos se plantea, como *thema decidendum*, la influencia del comportamiento reprochable de quién resulta vencido en su imposición.

Al respecto la jurisprudencia dijo que “en rigor, en nuestro sistema procesal impera como regla general el hecho objetivo de la derrota, como base para la imposición de la condena en costas. El fundamento radica en que quien promueve una demanda lo hace por su cuenta y riesgo, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pudo haber actuado durante la sustanciación de la causa. De acuerdo al criterio objetivo, cabe tener presente que vencido es aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial, ya se trate del demandado contra quien se entable la demanda, o bien contra el actor contra quien la demanda se estima infundada. En el caso analizado no media motivo alguno que justifique el apartamiento del principio objetivo de la derrota, por lo demás debe estimarse que no fue criticado el argumento dirimente de la a quo fundado en que la imposición de costas se debió al rechazo cualitativo de un rubro determinado y no a un ajuste cuantitativo del mismo”⁴⁵.

⁴⁴ 4° Cámara en lo Civil Mendoza, 1a Circunscripción, expte: 51323 “Pronko, Adriana Noemí c/ Navarrete, Carlos Javier P/ Ejecución honorarios”, 15/09/2015.

⁴⁵ 3° Cámara en lo Civil Mendoza, 1a Circunscripción, expte: 33568 “Piñeiro, Marcelo Andrés C/ Geoa Julio y ots. p/ D. y P.”, 18/05/2012. Con idéntico criterio la 3° Cámara en lo Civil Mendoza, 1a Circunscripción, expte.: 22243 “Frías, Juan Héctor Fidel c/ Alfredo Barbagallo – Daños y perjuicios”, 08/08/1995, Auto, ubicación: LA076-012, dijo que “en nuestro sistema procesal impera como regla general el hecho objetivo de la derrota como base para la imposición de la condena en costas. El fundamento radica en

Esta idea encuentra justificación en que “el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al incorporar el principio del vencimiento como fundamento de la condena en costas, persigue que el litigante que ha triunfado en el juicio sea debidamente resarcido de todos los gastos que le haya ocasionado el pleito, de modo que, con independencia de la buena o mala fe del vencido, el reconocimiento de su derecho sea pleno y no resulte menguado por tener que afrontar el costo patrimonial que importa la tramitación del proceso”⁴⁶.

En igual sentido, se estimó que “las circunstancias subjetivas, la conducta observada por las partes y su buena o mala fe carecen de relevancia para determinar la eximición de costas, toda vez que la imposición de las mismas al vencido importa una reparación de los gastos necesarios que ha efectuado la parte vencedora en el pleito para obtener el reconocimiento de su derecho”⁴⁷. También que “la imposición de costas no se halla condicionada por la temeridad, mala fe o culpa del litigante, sino que se aplica como una reparación de los gastos en que incurre el vencedor para obtener el reconocimiento de su derecho”⁴⁸.

En cambio, con un criterio flexible se explicó que “si bien en materia de costas el principio general estriba en el hecho objetivo de la derrota, siempre deja al juzgador un margen de libertad suficiente que resguarda la equidad de la decisión, ya que, analizando las contingencias de la causa, el comportamiento pro-

que, quien promueve una demanda lo hace por su cuenta y riesgo, con prescindencia de la buena o mala fe con que la parte vencida pudo haber actuado durante la sustanciación de la causa. El criterio subjetivo tiene en mira la actitud procesal de los litigantes. Con esos fundamentos se moraliza el proceso y se distribuyen específicamente las responsabilidades de los actos procesales. De acuerdo con el criterio objetivo, cabe tener presente que “vencido” es aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial, ya se trate del demandado contra quien se entable la demanda, o bien contra el actor contra quien la demanda se estima infundada. Lo indispensable en todo caso, es que el pleito, demanda, incidencia, recurso, etc., pudiera evitarse por la parte vencida, bien sea no realizando el acto que motiva el pleito, o bien, ocurrido, allanándose de un modo efectivo a la demanda o incidencia. Empero, en este último caso, para interpretar debidamente el ap. IV del art. 36 del C.P.C., no debe prescindirse de las circunstancias de la causa”.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *García Cancino, María Angélica v. Máxima A.F.J.P. S.A. s/presentaciones varias*, 16/02/2010, 4/68999. (Disidencia parcial de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi)

⁴⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Schembori, Gloria T. c. Clementi, Emilio F.”, 28/12/1999, LA LEY 2000-C, 891, AR/JUR/2753/1999.

⁴⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, “Mora, Rogelio E. c. Analba S.A.”, 14/05/1998, LA LEY 1998-E, 751, AR/JUR/134/1998.

cesal de las partes, la buena o mala fe de los litigantes, entre otras, puede morigerar la obligación que surge de la derrota”⁴⁹.

3.3.8. *En el cumplimiento de la sentencia*

En la etapa de ejecución de la sentencia se estimó que “habiéndose sometido las partes al proceso y no habiendo concluido de modo anormal, debió el accionado esperar que concluya el mismo a los fines de cumplir con lo resuelto por el órgano jurisdiccional -entrega a la actora de un automóvil 0 km de iguales características al comprado-, pero por el contrario, se adelantó a la conclusión del pleito y en un acto de evidente mala fe y engañoso hizo firmar a la actora el formulario 01 para inscribir un automotor a su nombre (modelo 2016) en fecha 30 de diciembre de 2016 y de haber respetado los plazos procesales, el cumplimiento de la obligación debió ser en el año 2017 dado que es la fecha en que se notificó la resolución aclaratoria y por ende el modelo del automóvil sería de ese mismo año”⁵⁰.

De igual modo se valorizó que “es improcedente el pedido de declaración de nulidad de la subasta que se funda en la imposibilidad de subastar derechos hereditarios, ya que aquéllos integran la garantía común de los acreedores, máxime cuando en el caso no se advierte un ejercicio antifuncional o de mala fe de los derechos del acreedor en tanto la exigüidad del crédito reclamado en la ejecución hacía poco práctico el recurso a la acción subrogatoria que autoriza el art. 1196 del Cód. Civil”⁵¹.

⁴⁹ Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y Contencioso administrativo de Villa Dolores, Bartolini, “Gustavo Jesús c. Cornejo, Elba Isabel”, 19/12/2007, LLCA 2008 (abril), 348, AR/JUR/10614/2007.

⁵⁰ Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, Sala Civil y Comercial y de Familia, “Ficoseco, Claudia A. c. Fadura SA y Fiat Auto Argentina SA s/ acción emergente de la Ley de Defensa del Consumidor”, 28/06/2018, LLNOA 2019 (febrero), 12, AR/JUR/48340/2018.

⁵¹ Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala I, “García de Stornini, F. E. c. López, Vda. de B., Marta A. y otros”, 05/08/2004, LLBA 2004, 1122, AR/JUR/2655/2004.

IV. Conclusiones

Este examen de la mala fe dedicado a rendir un justo homenaje a la trayectoria al Académico Correspondiente Aldo Guarino Arias quién dedicó sus afanes al estudio del Código Procesal de Mendoza, actualmente derogado por la Ley N° 9001, imponía el deber de relacionar la inserción de la figura dentro de esta rama del Derecho.

En este sentido, se expuso la teoría general de la figura de la mala fe, la cual entendemos que es autónoma y, como tal, se la definió y diferenció del dolo.

A partir de ello, se verificó que en la normativa adjetiva no se marca con claridad la diferencia conceptual entre temeridad, malicia y mala fe, lo cual lleva a que las sanciones se impongan sin deslindes claros.

Sin perjuicio de las consideraciones expuestas, no se puede desconocer la importancia que tiene para procurar la moralización de las conductas de las partes y de sus asesores profesionales en el proceso judicial y, con ello, evitar dilaciones injustificadas.

Respeto de la Dignidad Humana en el Anteproyecto de Ley de Defensa al Consumidor (trato digno)

DR. JUAN CARLOS PANDIELLA MOLINA

I. Introducción

1. A modo de presentación

El desafío propuesto para el presente trabajo es comentar los arts. 5, incs. 7° y 10°; del Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa al Consumidor. Los mismos, hacen referencia al respeto de la dignidad humana.

Como propuesta de trabajo, nos ocuparemos de analizar la dignidad humana, sus conceptos preliminares en diversos documentos, antecedentes históricos y legislativos, derecho comparado y antecedentes normativos nacionales.

Por otra parte, es menester señalar la metodología propuesta por la comisión que elaboró el Anteproyecto. El mismo se articula en seis (6) Títulos: “Sistema de protección del consumidor” (I); “Protección contractual del consumidor” (II); “Usuarios de servicios públicos domiciliarios” (III); “Daños al consumidor. Prevención del daño, responsabilidad y sanción punitiva” (IV); “Diseño institucional” (V); y “Disposiciones finales” (VI). Cuentan con diferentes Capítulos, y en ocasiones éstos se dividen a su vez en Secciones.

En los fundamentos del Anteproyecto se señala: “La metodología seguida tiene diferentes propósitos. Busca construir una teoría general, ordenando los elementos centrales del “Sistema de protección del consumidor” -relación de consumo, principios, derechos, deberes y diálogo de fuentes-, para luego ingresar a aquellos ejes que hacen a la transversalidad del Derecho del Consumidor, como el régimen de los contratos, los servicios públicos domiciliarios, los daños y la tutela procesal y administrativa. Asimismo, propende a articular reglas y principios, a fin de responder a la complejidad del siglo XXI, caracterizado por

la globalización, la revolución tecnológica y la flexibilidad de las instituciones y de los paradigmas. En este sentido, la propuesta se encuentra claramente en línea con el modelo emergente del CCC, elaborado a partir del Anteproyecto de 2012 por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, y coordinada por el Dr. Federico De Lorenzo”.

Realizada la breve introducción nos ponemos manos a la obra.

2. Principio de respeto de la dignidad de la persona humana

Este principio, lo encontramos en el Anteproyecto, en el Título I- Sistema de protección del consumidor - Capítulo 1 - El sistema de protección del consumidor - Sección 2ª - Principios, Artículo 5, inc. 7º; en el mismo se establece lo siguiente: “Principios. Se reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado. El sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales, nacionales, provinciales y municipales y tiene el objetivo de tutelar al consumidor, rigiéndose por los siguientes principios: ... 7. Principio de respeto de la dignidad de la persona humana. Los proveedores, en su actuación en el mercado, deben reconocer y respetar la dignidad de la persona humana conforme a los criterios generales que surgen de las Declaraciones y Tratados de Derechos Humanos. Asimismo, en el diseño e implementación de políticas públicas, el Estado debe observar el mismo principio...”.

En el mismo Capítulo 1, Sección 4ª - Deberes, Parágrafo 3º - Deberes de protección y seguridad, artículo 20. Trato digno. “Principio general. Los proveedores deben adecuar sus conductas al principio de respeto de la dignidad de la persona humana. Deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y abstenerse de desplegar conductas que los coloquen en situaciones vergonzantes, vejatorias, intimidatorias o cualquier otra que resulte restrictiva de sus derechos fundamentales”.

2.1. Conceptos preliminares de dignidad humana

Es menester, para una mejor ubicación en el tema, especificar algunos de los conceptos que utilizaremos en el desarrollo del presente trabajo.

Previamente, consideramos necesario resaltar que la dignidad humana es de hecho el único argumento teórico que reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 para fundamentar estos.

El concepto de dignidad humana, tal como se utiliza hoy en día, sostiene Villagran, toma su inspiración en el autor renacentista Pico Della Mirandola y de la Ilustración. Mucho contribuyó a su aclaración el pensamiento de Kant que habla de que las personas no pueden ser utilizadas nunca como un medio sino como un fin. A la vez, es necesario reconocer que la dignidad humana es una idea de hondo sentido cristiano. La creación del ser humano por Dios a su imagen y semejanza y la encarnación de Jesucristo son la muestra más evidente de la idea cristiana de dignidad del hombre. Esta intuición de la Escritura fue desarrollada en toda la escolástica medieval. Más adelante podemos encontrar una reflexión basada en esta idea en la obra de Bartolomé de las Casas o de Francisco de Vitoria en su defensa de los indios americanos. De hecho, tan cercano es el concepto al pensamiento cristiano y católico, que mucho antes de que la Iglesia acogiera formalmente la idea de unos derechos humanos, en la encíclica social *Rerum Novarum* de 1891 ya se argumentaba en función de esta idea. Así, León XIII en dicha encíclica recuerda a los “patrones y a los ricos” su deber de “no considerar a los obreros como esclavos; [sino] respetar en ellos, como es justo, la dignidad de la persona” (RN, 15)¹.

Ahora sí, para definir al concepto de dignidad, desde el plano filosófico, como lo señalan Arias Cau- Barocelli², debemos recurrir a Kant, quien entendió que dignidad implica entender que “hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio”³.

Por otra parte, siguiendo el pensamiento de Ekmekdjian, podemos afirmar que la dignidad es “el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir como ser humano con todos los atributos de su humanidad”⁴.

Si nos remitimos al Diccionario de la Real Academia Española⁵, en sus primeras acepciones, nos dice que dignidad es “cualidad de digno”, “excelencia, re-

¹ Villagran, G. (9 de mayo de 2016). La dignidad humana, puente entre teología y ciencias sociales. Recuperado el 07 de febrero de 2019, de <http://www.loyolaandnews.es/dignidad-humana/>

² Arias Cau, E. J., & Barocelli, S. (2012). Servicios públicos, trato digno y daños punitivos. Comentario al fallo “Bianco, Alicia c/Telecom SA s/Demanda Sumarísima”. *Revista Jurídica de Daños*; IJ editores.

³ Kant, I. (29 de enero de 1980). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. (M. G. Morente, Trad.), versión digital Recuperado el 2019, de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/fundamentacion-de-la-metafisica-de-las-costumbres->

⁴ Ekmekdjian, M. Á. (1999). El valor de la dignidad y la Teoría del Orden. En G. J. Bidart Campos, *Los valores en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Ediar.

⁵ <https://del.rae.es/?id=DldD5zV>.

alce”, y en relación a digno nos dice que proviene del latín dignus, que es un adjetivo que significa “merecedor de algo”, “correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo”.

Al respecto, Ghersi⁶, sostiene a la dignidad como esencia y sustancia del ser humano. En ese sentido, manifiesta, citando a F. Colom⁷, ser persona, según su etimología en latín indica, supone desempeñar una pluralidad de roles, portar múltiples máscaras; sin embargo, el rol principal está en el restablecimiento de la dignidad, que hace a su reconocimiento como persona, independientemente de su raza, etnia, su condición socioeconómica, y cultural etc. Agrega que “Lo digno, como cualidad del ser, es una adjetivación de mérito como condición de su esencia y existencia. Como hemos señalado precedentemente esta primera formulación de la dignidad, como cualidad intrínseca, no está sujeta a debate, aun cuando lo estuvo en el pasado, en tiempos de la esclavitud, etc. sino que es, independiente de cualquier norma positiva”.

Derivada de aquella premisa es el denominado trato de vida digno, y el ser tratado con dignidad o dignamente, en la vida.

Para este autor, “son dos cuestiones indefectiblemente unidas: la primera, es innata en al nacimiento del ser humano, ya desde el mismo momento de la concepción (natural o artificial): y lo es en sí misma, no necesita ser demostrada, y no puede ser cuestionada, precisamente, hace a la esencia y existencia del ser, la segunda, es consecuencia de la anterior, e implica que por ser digno, como ser humano, debe ser considerado a lo largo de su vida como digno y tratado dignamente”⁸.

Desde otra perspectiva, Gabriel Stiglitz y José Sahián⁹, sostienen que el concepto de dignidad exhibe diferentes facetas, así, puede aparecer como principio axiológico, principio general del Derecho, pauta general de hermenéutica o, incluso, como derecho fundamental autónomo; especialmente, se presenta como principio constitucional que, en cuanto integrante del orden público, actúa como

⁶ Ghersi, C. A. (8 de agosto de 2014). La dignidad como principio general del derecho. *Doctrina Jurídica.*, La Ley.

⁷ Colom, F., (1998), *Razones de identidad. Pluralismo cultural e integración política*, pág. 121, Barcelona: Ed. Antrhopos.

⁸ Ghersi, C. A.; ob. cit.

⁹ Stiglitz, G., & Sahián, J. (2018). Derecho fundamental a un trato equitativo y digno-Dimensión constitucional de la tutela frente a prácticas abusivas. En W. F. Krieger, *Prácticas abusivas en el Derecho del Consumidor* (Primera ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: El Derecho.

En la encíclica “*evangelium vitae*”, San Juan Pablo II, nos enseña que: “Al hombre se le ha dado una altísima dignidad, que tiene sus raíces en el vínculo íntimo que lo une a su Creador: en el hombre se refleja la realidad misma de Dios. Lo afirma el libro del Génesis en el primer relato de la creación, poniendo al hombre en el vértice de la actividad creadora de Dios, como su culmen, al término de un proceso que va desde el caos informe hasta la criatura más perfecta. Toda la creación está ordenada al hombre y todo se somete a él: «Henchid la tierra y sometedla; mandad... en todo animal que serpea sobre la tierra» (1, 28), ordena Dios al hombre y a la mujer. Un mensaje semejante aparece también en el otro relato de la creación: «Tomó, pues, el Señor Dios al hombre y le dejó en el jardín de Edén, para que lo labrase y cuidase» (Gn 2, 15). Así se reafirma la primacía del hombre sobre las cosas, las cuales están destinadas a él y confiadas a su responsabilidad, mientras que por ningún motivo el hombre puede ser sometido a sus semejantes y reducido al rango de cosa”.

Es necesario resaltar, que los hombres de nuestro tiempo se hacen cada vez más conscientes de la dignidad de la persona humana, y aumenta el número de aquellos que exigen que los hombres en su actuación gocen y usen del propio criterio y libertad responsables, guiados por la conciencia del deber y no movidos por la coacción. Piden igualmente la delimitación jurídica del poder público, para que la amplitud de la justa libertad tanto de la persona como de las asociaciones no se restrinja demasiado¹¹.

II. Derecho comparado. Antecedentes normativos nacionales

En este punto analizaremos la importancia que se le ha dado al concepto dignidad en las constituciones y leyes en el derecho iberoamericano, y luego los antecedentes normativos, constituciones y leyes de nuestro país.

ments/rc_pc_jus tpeace_ doc_2006 0526_com pendio-dott-soc_sp.html#LA %20IGUALDAD%20E%20AS%20LA S%20PERSONAS, visitada el día 06/02/2019 08:35 p.m.

¹¹ Véase Sumo Pontífice, Pablo VI, Declaración “*Dignitatis Humanae*” Sobre La Libertad Religiosa, Roma, 7 de diciembre del año 1965.

1. *Derecho comparado*¹²

Entre los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, señalan Gabriel Stiglitz y José Sahián, diversas normas garantizan, con distinta ramificación, condiciones de trato equitativo y no discriminatorio: el art. II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH); arts. 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); Preámbulo y arts. 1º, 2º y 7º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH); arts. 2º y 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y arts. 14, 20, 24 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

La garantía de igualdad aparece en numerosos tratados internacionales, entre otros: arts. 1º, 2º, 7º DUDH; arts. 1º, 6º, 12 CADH; sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación art. 14 PIDCP y diversas normas de la Convención Internacional de la discriminación contra la Mujer; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional de los Derechos del Niño; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a las Personas con Discapacidad, etc.

La dignidad también es objeto de específico tratamiento convencional. Así, el art. 11 de la DUDH establece que toda persona tiene derecho al reconocimiento de su dignidad. Los arts. 1º y 22 del PIDESC se refieren a la “dignidad inherente a la persona humana”. También mencionan la dignidad el Preámbulo y el art. XXXIII de la DADDH; los arts. 5º y 11 de la CADH; el art. 23 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, etc.

Otras tantas disposiciones aseguran condiciones de “vida digna”: el Preámbulo y art. XXIII, DADDH; arts. 1º y 22, DUDH; Preámbulo y art. 13, PIDESC; Preámbulo y art. 10, PIDCP; arts. 5º, 6º y 11, CADH; Preámbulo, y arts. 23, 28, 37, 39 y 40, Convención sobre los Derechos del Niño; y Preámbulo, y arts. 1º, 3º, 8º, 15, 24 y 25, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En el derecho europeo, podemos citar el art. 10.1 de la Constitución española, que dice: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son

¹² Véase Stiglitz, G., & Sahián, J. (2018), ob. cit.

inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Por este artículo, se garantiza la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes devienen en cláusulas de apertura para la recepción de derechos fundamentales no explicitados en la propia Carta Magna, a partir de una interpretación evolutiva. El art. 76 de la Constitución de Polonia de 1997 prohíbe las “prácticas deshonestas en el mercado”. art. 7º de la Constitución finlandesa (todos tienen derecho a la vida y a la libertad personal, a la integridad física y a la seguridad personal); art. 2º de la Constitución italiana (la República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo, ya sea en las formaciones sociales en las que se desenvuelve su personalidad); art. 2º de la Constitución alemana (todos tienen derecho al libre desarrollo de la propia personalidad); art. 5º de la Constitución griega (todos tienen derecho a desarrollar libremente la propia personalidad y a participar de la vida social, económica y política del país)¹³.

En Latinoamérica, podemos citar las siguientes constituciones que hacen referencia a la dignidad humana: el art. 33 de la Constitución de Costa Rica, que prohíbe “discriminaciones contrarias a la dignidad humana”, el art. 46 de la Constitución de Costa Rica dispone que los consumidores y usuarios tienen derecho “a la libertad de elección y a un trato equitativo”; en el art. 1º de la Constitución de Perú, según el cual “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; en el art. 6º de la Constitución de Bolivia y en el art. 2º de la Constitución de Puerto Rico, que afirman que la libertad y la dignidad de la persona son inviolables y que es deber primordial del Estado respetarlos y protegerlos; en el art. 1º de la Constitución de Brasil, en el art. 170, manda: “El orden económico [...] tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios: [...] IV libre concurrencia; V defensa del consumidor; VI defensa del medio ambiente; VII reducción de las desigualdades regionales y sociales [...]”. En el art. 5º de la Constitución de Nicaragua y en el art. 3º de la Constitución de Venezuela, que ponen la dignidad de la persona humana entre los fundamentos del Estado democrático de Derecho; en la Constitución de Colombia, que introduce, en el art. 1º, la dignidad humana entre los principios fundamentales del Estado y reconoce, en el art. 15,

¹³ Véase Stiglitz, G., & Sahián, J. (2018), ob. cit.

el derecho de toda persona a la propia intimidad personal, familiar y a su buen nombre; en el art. 23 de la Constitución de Ecuador y en el art. 68 de la Constitución de Honduras, que reconocen el derecho fundamental a la integridad personal, prohibiendo todo comportamiento degradante para la persona; en el art. 2º de la Constitución de Guatemala, que garantiza “el desarrollo integral de la persona”; en el art. 1º de la Constitución de México, que prohíbe toda discriminación dirigida a atentar contra la dignidad humana¹⁴.

Entre las legislaciones de defensa al consumidor podemos citar el art. 14 de la Ley N° 1.334 de Defensa del Consumidor y del Usuario de Paraguay¹⁵, el art. 22 de la Ley N° 17.250 de Relaciones de Consumo de Uruguay¹⁶, y el art. 40 de la Ley N° 453/2013 de Bolivia¹⁷.

¹⁴ Véase Stiglitz, G., & Sahián, J. (2018), ob. cit.

¹⁵ Dice: “Queda prohibido al proveedor: a) condicionar la adquisición de un producto o servicio a la de otro producto o servicio, excepto cuando por los usos o costumbres o la naturaleza del producto o servicio, éstos sean ofrecidos en conjunto; b) aprovechar la ligereza o ignorancia del consumidor para lograr el consumo de sus productos o servicios; c) hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos establecidos en esta ley; d) dejar de señalar el plazo para el cumplimiento de su obligación, o los plazos respectivos cuando fueren de cumplimiento sucesivo; e) enviar o entregar al consumidor cualquier producto o proveer cualquier servicio que no haya sido previamente solicitado, y f) discriminar al consumidor por razones de sexo, edad, religión, raza o posición económica, en la provisión de un producto o servicio ofertado al público en general”.

¹⁶ “Son consideradas prácticas abusivas, entre otras: Negar la provisión de productos o servicios al consumidor, mientras exista disponibilidad de lo ofrecido según los usos y costumbres y la posibilidad de cumplir el servicio, excepto cuando se haya limitado la oferta y lo haya informado previamente al consumidor, sin perjuicio de la revocación que deberá ser difundida por los mismos medios empleados para hacerla conocer. Hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos. Fijar el plazo, o los plazos para el cumplimiento de las obligaciones de manera manifiestamente desproporcionada en perjuicio del consumidor. Enviar o entregar al consumidor, cualquier producto o proveer cualquier servicio, que no haya sido previamente solicitado. Los servicios prestados o los productos remitidos o entregados al consumidor, en esta hipótesis, no conllevan obligación de pago ni de devolución, equiparándose por lo tanto a las muestras gratis. Se aplicará, en lo que corresponda, lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 16 de la presente ley. Hacer aparecer al consumidor como proponente de la adquisición de bienes o servicios, cuando ello no corresponda. Condicionar el suministro de productos o servicios al suministro de otro producto o servicio, así como a límites cuantitativos, sin justa causa”.

¹⁷ “Los proveedores que ofrezcan productos o servicios deberán cumplir con lo siguiente: a) Promover la educación sobre el consumo responsable y sustentable. b) Obtener las licencias o autorizaciones respectivas para la realización de sus actividades de provisión de productos o el suministro de servicios. c) Brindar atención sin discriminación, con

No podemos dejar de citar la “Declaración Presidencial de Derechos Fundamentales de los Consumidores del Mercosur”, que los presidentes de los cuatro países que originariamente formaban parte del Mercosur acordaron en Florianópolis, el 15 de diciembre de 2000, en la que se expuso que la defensa del consumidor contemplará distintos derechos fundamentales, y asumiendo el compromiso de armonizar “progresivamente” las respectivas legislaciones. A los fines que nos ocupa, se resalta, la alusión al novedoso “derecho al equilibrio” (del inc. b) en las relaciones de consumo, enfatizándose, respecto de éste, el debido respeto a la dignidad, lealtad y la buena fe¹⁸.

2. Antecedentes normativos nacionales

Entre los antecedentes nacionales, no podemos dejar de citar el primer párrafo del art. 42 de la Constitución Nacional que dice: “Los consumidores y usuarios

respeto, calidez, cordialidad a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores. d) Suministrar en condiciones de calidad, igualdad, equidad, accesibilidad y de manera ininterrumpida, de productos o servicios, salvo los casos previstos en la normativa específica. e) Remitir ante la autoridad competente los modelos de contratos de adhesión, para su aprobación. f) Adoptar mecanismos de seguridad apropiados y confiables que garanticen la protección del secreto, confidencialidad e intimidad de la información de las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores, conforme la Constitución Política del Estado, la presente Ley y la normativa específica. g) Habilitar medios e instrumentos adecuados y permanentes para que las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores puedan efectuar sus consultas y reclamaciones, como líneas telefónicas, plataformas de atención al público, puntos de reclamación, entre otros. h) Atender y resolver, de manera eficiente y eficaz, las solicitudes y reclamaciones realizadas por las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores. i) Comunicar e informar con anterioridad sobre la interrupción del servicio, a las autoridades que correspondan y a las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores afectados. j) Exhibir certificaciones de habilitación u otros documentos, que acrediten las capacidades u ofertas de servicios especializados. k) Entregar a la usuaria y al usuario, en el caso de servicios, constancia escrita de las condiciones, derechos y obligaciones de ambas partes, copia del contrato suscrito, de los anexos y de toda documentación relacionada. Sin perjuicio de ello, deberán mantener tal información disponible para las usuarias y los usuarios en sus oficinas de atención al público o en otros medios de información adecuados para el efecto. l) Capacitar permanentemente a su personal respecto a la atención de las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores. m) Introducir información de derechos y obligaciones de las usuarias y los usuarios, las consumidoras y los consumidores, en la facturación que se extienda. n) Otras que establezca la normativa específica”.

¹⁸ Véase Stiglitz, G., & Sahián, J. (2018), ob. cit.

de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”.

También podemos citar las Constituciones provinciales:

* Chaco, Artículo 47: “El Estado Provincial garantiza los derechos del consumidor y del usuario. La ley promoverá la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; una información adecuada y veraz; la libertad de elección y condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, la educación para el consumo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, la calidad y eficiencia de los servicios públicos y la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos, los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia provincial y preverá la necesidad de participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, y de los municipios interesados en los órganos de control”.

* Formosa, Art. 74.- “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia provincial, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios en los organismos de control”.

* Neuquén, Artículo 55.- “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada, veraz, transparente y oportuna; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades garantizan la protección de esos derechos y promueven la educación para su ejercicio, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, el de la calidad

y eficiencia de los servicios públicos garantizando el derecho a la uniformidad, universalidad, y a tarifas razonables en su prestación, a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. Ejercen el poder de policía en materia de consumo de todos los bienes y servicios comercializados en la Provincia”.

* Salta, Artículo 31: “Derechos de los consumidores y usuarios. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades aseguran la protección de esos derechos, la educación para el consumo, la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, el control de los monopolios naturales y legales, la calidad y eficiencia de los servicios públicos y la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios. La legislación regula la publicidad para evitar inducir a conductas adictivas o perjudiciales o promover la automedicación y establece sanciones contra los mensajes que distorsionen la voluntad de compra del consumidor mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas. La legislación establece procedimientos eficaces y expeditos para la prevención y solución de conflictos y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia provincial, previendo la necesaria participación de los consumidores, usuarios, asociaciones que los representen y municipios, en los órganos de control”.

Originariamente la prerrogativa (trato equitativo y digno) no se encontraba explícitamente reglamentada en la Ley N° 24.240 (o LDC), sino que se incorporó posteriormente en el art. 8° bis, con la reforma introducida por Ley N° 26.361. El art. 8° bis prescribe: “Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias. No podrán ejercer sobre los consumidores extranjeros diferenciación alguna sobre precios, calidades técnicas o comerciales o cualquier otro aspecto relevante sobre los bienes y servicios que comercialice. Cualquier excepción a lo señalado deberá ser autorizada por la autoridad de aplicación en razones de interés general debidamente fundadas. En los reclamos extrajudiciales de deudas, deberán abstenerse de utilizar cualquier medio que le otorgue la apariencia de reclamo judicial. Tales conductas, además de las sanciones previstas en la presente ley, podrán ser pasibles de la

multa civil establecida en el artículo 52 bis de la presente norma, sin perjuicio de otros resarcimientos que correspondieren al consumidor, siendo ambas penalidades extensivas solidariamente a quien actuare en nombre del proveedor”.

Tal vez hubiera sido más conveniente, como sostienen Stiglitz y José Sahián, integrar la norma con una enumeración enunciativa de prácticas comerciales prohibidas, como se ha estipulado en diversas legislaciones de la región: arts. 39 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil, “Están prohibidas las siguientes prácticas abusivas: Condicionar la provisión de un producto o servicio a la provisión de otro producto o servicio. Negarse injustificadamente a atender reclamos de los consumidores. Enviar o entregar al consumidor, sin que haya sido previamente solicitado, cualquier producto o prestar cualquier servicio. Aprovecharse de la ligereza o ignorancia del consumidor, teniendo en cuenta su edad, salud, conocimiento o condición social, para imponerle sus productos o servicios. Exigir al consumidor ventajas manifiestamente excesivas. Ejecutar servicios sin la previa confección de presupuesto y autorización expresa del consumidor, excepto las resultantes de prácticas anteriores entre las partes. Difundir información despreciativa relativa a un acto practicado por el consumidor en el ejercicio de sus derechos. Colocar en el mercado cualquier producto o servicio violatorios de las normas de organismos oficiales. Negar la venta de bienes o la prestación de servicios a quien se disponga a adquirirlos mediante pago de contado. Elevar sin justa causa los precios de los productos y servicios. Aplicar un índice de reajuste diverso del legal o contractualmente establecido. Dejar sin estipular el plazo de cumplimiento de sus obligaciones o dejar la fijación de su término a su exclusiva voluntad”¹⁹.

3. *El nuevo Código Civil y Comercial*

Como bien lo señala el referente tucumano, Chamatropulos, todo lo relativo al trato digno y equitativo ha sido incluido en el Código Civil y Comercial (arts. 1096 a 1099) al regularse las “Prácticas abusivas” en las cuales es muy importante destacar, que el sujeto protegido es también el bystander (noción no incluida en el concepto del consumidor de los arts. 1º, LDC y 1092 de dicho Código.). Esto porque dichos preceptos permiten su invocación a las “personas expuestas a las prácticas comerciales” sean determinables o no²⁰.

¹⁹ Véase Stiglitz, G., & Sahián, J. (2018), ob. cit.

²⁰ Chamatropulos, D. A. (2016). Estatuto del consumidor comentado (Vol. I). Ciudad

A los fines didácticos, señala este autor, que el Código Civil y Comercial resalta la diferencia entre el trato digno y el equitativo y no discriminatorio. Respecto del primero, trato digno, preceptúa en el art. 1097 que “los proveedores deben garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios. La dignidad de la persona debe ser respetada conforme a los criterios generales que surgen de los tratados de derechos humanos. Los proveedores deben abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias”.

Respecto del trato no discriminatorio, el art. 1098, establece, “Trato equitativo y no discriminatorio. Los proveedores deben dar a los consumidores un trato equitativo y no discriminatorio. No pueden establecer diferencias basadas en pautas contrarias a la garantía constitucional de igualdad, en especial, la de la nacionalidad de los consumidores”.

Por ello, la propuesta del anteproyecto, ha partido del texto vigente, en cuya tradición se inscribe y rescata la experiencia de su aplicación y funcionamiento, y guarda estrecha relación y armonía con el núcleo de normas tuitivas de los consumidores existentes en los artículos 1092 a 1122 del Código Civil y Comercial, y las restantes que de manera particular regulan aspectos específicos de las relaciones de consumo en el articulado de dicho cuerpo legal; todo ello a la luz de los principios emergentes de la Constitución Nacional²¹.

4. Contenido

En cuanto a su contenido, señalan Arias Cau y Barocelli, el trato digno, abarca tanto a las condiciones de atención, como el trato dispensado a los consumidores y usuarios en todas etapas de la relación de consumo, ya sea en el precontractual, por ejemplo, tratativas previas, oferta, publicidad, prácticas comerciales en general, etc., durante la vigencia del vínculo contractual o de consumo no contractual y en la etapa poscontractual, como por ejemplo, el ejercicio de garantías legales, servicio técnico y repuestos, responsabilidad por vicios redhibitorios, etc. El derecho a condiciones de atención y trato digno y equitativo constituye una garantía de los proveedores, quienes deberán responder ante su incumpli-

Autónoma de Buenos Aires, Argentina: LA LEY, pág. 350.

²¹ Véase mensaje de presentación del Anteproyecto ante el Ministro de Justicia por la Comisión Reformadora.

miento, por sus acciones u omisiones, como las de sus dependientes, sujetos vinculados o por cuestiones vinculadas a los productos o servicios que provean, de manera objetiva y solidaria. Un ejemplo de incumplimiento a este derecho lo constituyen la demora excesiva, el mal trato y la falta de colaboración de los dependientes de una empresa para con el consumidor ante consultas o reclamos²².

Un ejemplo de laboratorio de infracción a este principio, serían las interminables colas que soportan los jubilados para el cobro de sus jubilaciones, sin embargo, nos atrevemos a asegurar que esto mismo se repite mes a mes y a lo largo y ancho del país, cualquiera sea la condición climática que deban soportar esas personas. Personas que curiosamente, deberían ser las más merecedoras de tutela, pues como lo ha señalado la CSJN, en reiteradas oportunidades, pertenecen a un grupo postergado o débilmente protegido. Pero curiosamente ninguno de los que cuenta con amplia legitimación según la LDC vigente actúa en defensa de estos ciudadanos²³.

Por su parte, Lorenzetti, considera que “el término trato se refiere a comportamientos vinculados a la relación jurídica, pero no tienen su fuente en ella, porque no son derechos subjetivos ni deberes colaterales causados por ese vínculo bilateral. El trato se refiere a las tratativas previas a la constitución del vínculo, a los comportamientos que la oferente desarrolla para crear la situación en la que realiza la prestación y a las conductas poscontractuales”²⁴.

Estamos de acuerdo con lo expuesto en la primera parte, más no con la limitación temporal que parece surgir de la segunda parte. Es decir, siguiendo el criterio de Vázquez Ferreyra, el trato no sólo va referido a las tratativas previas o a las conductas poscontractuales, sino a toda la vida de la relación de consumo, aun antes de que ésta haya nacido, durante su curso, y una vez finalizada²⁵.

A modo de ejemplo, podemos mencionar algunas conductas violatorias del principio de trato digno que estamos comentando, consagrado en el artículo 8 bis LDC.

²² Arias Cau, E. J., & Barocelli, S. (2012), ob. cit.

²³ Vázquez Ferreyra, R. A. (4 de setiembre de 2012). El trato digno en la ley de defensa del consumidor. Diario Judicial.

²⁴ Lorenzetti, R. (2009). Consumidores (Segunda ed.). Santa Fe: Rubinzal- Culzoni, pág. 149.

²⁵ Véase Vázquez Ferreyra, R. A, ob. cit.

a.- aquellas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias, o la utilización en los reclamos extrajudiciales de deuda de medios que otorguen la apariencia de un reclamo judicial, tal como lo hacen muchas empresas o estudios de “recupero de mora”.

b.- Consumidores que en locales comerciales son expuestos a un control abusivo invocando razones de vigilancia.

c.- Exceso en trámites burocráticos.

d.- Largas colas para acceder a un servicio.

e.- Imposibilidad de acceder a una persona con cierto nivel de responsabilidad en una empresa para poder formular un reclamo.

f.- No se obtienen respuestas positivas o no se solucionan los reclamos pese al tiempo transcurrido y la repetición de los mismos.

g.- Falta de respuesta a un requerimiento instrumentado en presentación escrita o por carta documento u otro medio fehaciente.

h.- Atención en locales inadecuados ya sea por infraestructura o condiciones de higiene.

i.- La mala atención y el mal trato en general.

j.- Llamadas a un servicio de 0800 y que lo vayan derivando de un empleado a otro durante extensos minutos sin que ninguno le pueda dar una respuesta satisfactoria²⁶.

5. *Jurisprudencia*

Citaremos algunos casos jurisprudenciales relacionados al respecto de la dignidad humana.

La dignidad “(es la) fuente de la cual derivan todos los derechos (y) está consagrada como un principio y un derecho fundamental en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sentencia N° 741 del 27-9-2013, Piedrabuena, Ernesto vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ amparo).

²⁶ Véase Vázquez Ferreyra, R. A, ob. cit.

III. Reflexiones finales

Confesamos, que en el transcurrir de los días al realizar el presente trabajo nos daba una sensación de impotencia al leer los distintos casos en que se han vulnerado el principio de trato digno y el otro estrechamente vinculado a este, principio antidiscriminatorio. Nos resonaba constantemente la poesía de nuestro folclore nacional, “La pucha con el hombre”²⁷, que en una de sus estrofas dice: “Sólo se diferencia del reino animal porque es el hombre el único capaz de odiar pero mientras el hombre se asombre, lllore y ría será la fantasía que Dios creó”. Y en otra: “La pucha con el hombre querer ser tantas cosas y nunca es más cuanto tan sólo es él”.

Ante la violación reiterada de estos principios no queda otra que decir, “la pucha con el hombre”.

²⁷ El hombre nace y muere a veces sin vivir/ camina desde el niño al viejo sin gozar/ eso que él mismo le llama felicidad/ y si la tiene aquí la va a buscar allá.// Tropieza tantas veces en una misma piedra/ frutas que llegan pasas sin madurar.// Si tiene tira o quiere tener mucho más./ Es un misterio y el de la vida al azar/ tiene alma de guitarra encordada de estrellas/ y es una falta envido su corazón.// Sólo se diferencia del reino animal/ porque es el hombre el único capaz de odiar/ pero mientras el hombre se asombre, lllore y ría/ será la fantasía que Dios creó.// Es una lágrima de niño y de crespín/ es monte denso, copla, vida y manantial/ y es muy capaz de dar la vida o de matar/ es luz y sombra, tierra arada y arenal./ La pucha con el hombre querer ser tantas cosas y nunca es más cuanto tan sólo es él. Es un camino que anda solo bajo el sol sendero trajinado de sueños y amor tiene alma de guitarra encordada de estrella y es una falta envido su corazón. Autor: Pablo Raúl Trullenque. Música: Carlos Carabajal.



La Prescripción en el Contrato de Seguro a la luz del Código Civil y Comercial, un nuevo capítulo de una vieja controversia

ABG. DIEGO SEBASTIÁN GONZÁLEZ VILA

I. Introducción

En este trabajo se analizará -como lo indica el título- la prescripción del contrato de seguro cuando dicho acuerdo configura un contrato o relación de consumo, según sea el supuesto, a la luz de la hermenéutica normativa del Estatuto del Consumidor (piso mínimo o núcleo duro de tutela inderogable y de orden público), conformada por los artículos 42, 75 inciso 22 de la CN, Ley N° 24.240 y el Código Civil y Comercial.

II. Un poco de historia

La prescripción en la ley de defensa al consumidor N° 24.240 (en adelante LDC), publicada el día 15/10/1993, tuvo varias redacciones diferentes a lo largo de sus casi 24 años de sanción. Así la LDC originariamente establecía “Artículo 50. Prescripción. Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”.

Esa norma dio lugar a dudas sobre la aplicación en el ámbito judicial de las acciones de consumo, dado que algunos autores consideraban que no se había previsto un plazo para las acciones judiciales, ya que la norma hacía referencia a las acciones y sanciones administrativas únicamente (tesis restrictiva), fundando tal postura en que el artículo 50 se encontraba dentro del Capítulo XII, referido a “Procedimientos y Sanciones” de manera tal afirmaban, que se había

legislado únicamente para cuestiones de acciones y sanciones administrativas; pero no se había fijado ningún plazo para las acciones judiciales¹.

Otro sector de la doctrina compuesta por Farina², Ossola³, Moeykens⁴, Junyent Bas-Flores⁵, Sobrino⁶, sostenía que el plazo de prescripción era aplicable además de las acciones y sanciones administrativas, a las acciones judiciales de manera tal que una interpretación sistemática de la norma (tesis amplia in dubio pro-consumidor), indicaba que el plazo de prescripción se aplicaba a todas las acciones entre otros argumentos.

Ante esa dificultad interpretativa, es que la Ley N° 26.361 mediante su artículo 23, vino a esclarecer la pauta hermenéutica en materia prescriptiva, así la norma con esa modificación establecía “Prescripción. Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”.

La norma era clarificadora, y establecía que ante supuestos legislados específicamente, debía prevalecer aquella norma más favorable al consumidor, o dicho de otro modo, se aplicará el plazo de prescripción que más favorezca al consumidor, así por ejemplo en materia de seguros si bien existe el artículo 58 de la Ley N° 17.418 (en adelante LS) que establece el plazo de un año para exigir el pago de la indemnización por parte del consumidor de seguros, ese plazo se ampliaba a tres años en virtud de lo normado por el artículo 50, de igual modo con otros regímenes específicos (contratos de transporte terrestre de personas,

¹ Rubén Stiglitz y Fabiana Compiani, citado en “Consumidores de Seguros” Sobrino Waldo, pág. 523, Ed. La Ley. 2009.

² Farina, Juan, “Defensa del Consumidor y Usuario”, pág. 43, Ed. Astrea, 3a edición actualizada ampliada, 2004.

³ Ossola, Federico, “La Prescripción Liberatoria en las Relaciones de Consumo”, pág. 6, Diario La Ley, de fecha 6 de noviembre de 2006.

⁴ Moeykens, Federico “Aplicación de la ley de defensa del consumidor al contrato de seguro”, LLNOA, 2005-1165.

⁵ Junyent Bas, Francisco- Flores Fernando; “El plazo de prescripción en las relaciones de consumo: ‘cara o ceca’ de una temática sin definición”, publicado en “El Derecho”, pág. 4, de fecha 7 de febrero de 2007.

⁶ Sobrino, Waldo A. R. “Ley de Seguros Comentada”, art. 58, publicada en www.laleyonline.com.ar.

transporte aéreo, etcétera), dichos plazos, con una correcta interpretación in dubio pro consumidor (argumento 3, 37 y 50 LDC) deberían considerarse ampliados a tres años por aplicación del artículo 50 de la LDC reformada por la Ley N° 26.361. Ahora bien, en consonancia con esa pauta hermenéutica, si era la Aseguradora la que demandaba al consumidor por el pago de la prima, correspondía aplicar el plazo anual de prescripción porque en ese supuesto era el plazo más favorable al consumidor.

Esta norma sumamente beneficiosa para el consumidor, a pesar de la comisión de juristas que elaboraron el nuevo Código Civil y Comercial la modificaron, sin establecer un plazo especial para las acciones de consumo, lo que como veremos más adelante, implicó una mejora en ese tema.

Así la Ley N° 26.994 que ordenó la vigencia del Código Civil y Comercial desde el 01/08/2015, modificó varios artículos de la LDC, entre los cuales estuvo el artículo 50 (modificado por la Ley N° 26.361) quedando redactado en la actualidad del siguiente modo: “Artículo 50 - Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas”.

III. La prescripción en el Nuevo Código Civil y Comercial. Análisis normativo

Es para resaltar que la vigencia del Nuevo Código Civil y Comercial tuvo como consecuencia varias modificaciones a la Ley N° 24.240 modificada por la Ley N° 26.361, que fueran analizadas en profundidad en anteriores trabajos⁷, los que exceden la temática de este ensayo, razón por la cual, haré mención a la sustitución del artículo 50 de la Ley N° 24.240 modificado por la Ley N° 26.361 mediante su artículo 23 (B.O. 7/4/2008), que establecía la pauta hermenéutica en materia prescriptiva -como lo anticipara en el ítem precedente-, dicha norma

⁷ “Las Modificaciones del Nuevo Código Civil y Comercial a la Ley de Defensa del Consumidor. ¿Avance o Retroceso?”. Publicado en Compendio Jurídico de Editorial Errepar por Internet el día 01 de diciembre de 2014, y “El Nuevo Daño Directo en la Ley N° 24.240 - Su Aniquilamiento Definitivo.” Publicado en Revista Especializada “Temas Derecho Comercial Empresarial y del Consumidor” de Editorial Errepar por Internet el día 30 de octubre de 2014 y en soporte papel el día 15 de marzo de 2015, ambas de mi autoría.

disponía “Prescripción. Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de TRES (3) años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”. La norma era tan clara, que más allá de la resistencia de las Aseguradoras en insistir con la aplicación del plazo anual previsto en el artículo 58 de la Ley N° 17.418, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria hacían una correcta aplicación del artículo 50 de la LDC y en caso de divergencia de plazos prescriptivos, imponían la aplicación del plazo más favorable al consumidor no solo en los contratos de seguros, sino también en otro tipo de contratos de consumo⁸.

⁸ Entre muchos otros fallos, no sólo en materia de seguros, puede verse el Plenario de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil “SAEZ GONZÁLEZ, Julia del Carmen c/ ASTRADA, Armando Valentín y otros s/ daños y perjuicios (Acc. Trán. c/ Les. o Muerte)”. En ese importantísimo precedente se ordenó la prevalencia del plazo trienal del art. 50 de la Ley N° 24.240 modificada por la Ley N° 26.361, por sobre el plazo anual previsto en el artículo 855 inciso 1 del derogado Código de Comercio en un contrato de transporte público terrestre de pasajeros; Ver: Sentencia “Conti, Pablo vs. Zúrich Compañía de Seguros”, de la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala “C”, de fecha 23 de Junio de 2015; la Sentencia “Álvarez, Carlos vs. Aseguradora Federal Argentina”, de fecha 22 de Agosto de 2012, donde se establecía que “...a partir de la sanción de la Ley N° 26.361, la prescripción trienal se aplica a las acciones judiciales relativas a los contratos de seguro, siempre y cuando, simultáneamente, lo sean de consumo...(ver Compiani, María Fabiana y Stiglitz, Rubén S., LA LEY, 2009-B, 830)...”, en ese sentido Sobrino Waldo; Ponencia “La Prescripción en la Ley de Seguros es de tres (3) años (cuando beneficia a los Consumidores de Seguros)”, publicada en el Libro de Ponencias del “XII Congreso Nacional de Derecho de Seguros –X Conferencia Internacional”, organizado por el Colegio de Abogados de San Isidro y la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, en el mes de Octubre de 2008; Vázquez Ferreira, Roberto, “Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor”, pág. 147, Ed. La Ley, Buenos Aires, abril de 2008; Meilij, Gustavo Raúl “Prescripción liberatoria opuesta al consumidor asegurado”, publicado en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, nro. 11, pág. 229, del mes de noviembre de 2012; Compiani, María Fernanda “La Prescripción en el contrato de seguro a la luz de la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor”, publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 42, pág. 693, año 2009-A; en contra de esa interpretación fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala “D”, en autos caratulados “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario”, de fecha 18/10/2016, con nota aprobatoria de Cracogna, Fernando, “La Prescripción en el Derecho de Seguros. Hacia el fin de una controversia”, Publicado en: LA LEY 09/02/2017, 8. LA LEY 2017-A, 277. RCyS 2017-III, 227, en idéntico sentido “López Saavedra, D., “La prescripción en la ley de seguros y de defensa del

A su turno, como decía, el CCyC modificó ese valioso artículo 50 y estableció: “Artículo 50 - Prescripción. Las sanciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de TRES (3) años. La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas”.

De la lectura de la norma se advierte que la LDC no cuenta ahora con un plazo de prescripción específico de las acciones judiciales ni administrativas, dado que el artículo se refiere únicamente a las “sanciones emergentes de la presente ley” (como el daño punitivo previsto en el artículo 52 bis y las sanciones administrativas contempladas en el artículo 47 de la Ley N° 24.240), por ende a primera vista pareciera que a la hora de analizar el plazo de prescripción aplicable a la relación de consumo habrá que estar a los plazos específicos dispuestos en otras normas (lo que implicaría un retroceso en la protección del consumidor); sin embargo, sin hesitación alguna puede afirmarse que a las acciones de consumo se les aplica el plazo genérico de prescripción de cinco años previsto en el artículo 2560 del Código Civil y Comercial⁹ con preferencia y prevalencia de cualquier otro plazo prescriptivo menor aunque se encuentre en una legislación específica o incluso en el propio Código Civil y Comercial, en virtud de la integración normativa dispuesta por el artículo 1094 del CCyC y artículo 3 de la LDC.

El plazo genérico de prescripción del artículo 2560 CCyC, ubicado en el Libro Sexto, Título I, Capítulo 2°, “De la Prescripción Liberatoria”, Sección 2° “Plazos de Prescripción”, dispone: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local.” La norma deja a salvo la aplicación del plazo genérico únicamente en el caso de

consumidor”, publicado en LA LEY 2009-F, 705; Cracogna, Fernando, “Prescripción en materia de seguros y de defensa del consumidor. Una difícil convivencia”, RCyS 2010-VI, 96; y luego de la modificación del artículo 50 por el CCyC puede verse la opinión de Compiani, María F., “El contrato de seguro en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2014-F, 669; Aguirre, Felipe F., “El nuevo Código Civil y Comercial. Contrato de seguro. Plazos de prescripción”, Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Ed. Depalma, Volumen 2015-A, pág. 352.

⁹ Comparto de este modo el criterio expuesto por el Dr. Waldo Sobrino, titulado “Seguros: Prescripción de cinco años en el Nuevo Código Civil y Comercial” Publicado: Diario “La Ley” de fecha 25 de febrero de 2015, y en Sobrino Waldo “Seguros y el Código Civil y Comercial. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales”, pág. 701 a 769, Capítulo X y XI, Tomo 1, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016.

que la legislación local regule un plazo diferente (el anteproyecto decía excepto que esté previsto uno diferente.), siendo indudable que la norma apunta la excepción de los plazos de prescripción en materia tributaria o administrativa provincial y municipal, es decir que la norma no produce ningún reenvío a otra legislación de fondo, razón por la cual, la ley de seguros no es una “legislación local”, sino una norma nacional de fondo, que integra junto con la LDC el apéndice legislativo del CCyC, por lo tanto, ante disposiciones que imponen plazos prescriptivos de liberación más breves que el artículo 2560 del CCyC a favor del proveedor, cuando se trate de una relación de consumo, será de aplicación el plazo de cinco años previsto por el artículo 2560 del CCyC para la liberación del proveedor de bienes y servicios, que en nuestro caso es la Aseguradora. No es óbice para arribar a esta conclusión el artículo 2532 del CCyC que ordena: “Ámbito de aplicación. En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos”, porque establece la supletoriedad de las normas del Capítulo 1º únicamente, mientras que el plazo genérico de prescripción de cinco años previsto en el artículo 2560 del CCyC se encuentra en el Capítulo 2º, razón por la cual, su aplicación opera en forma directa y principal.

Ello es así, no obstante la regulación específica contemplada en el artículo 58 de la LS que establece “Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible”¹⁰, por cuanto el plazo anual será de aplicación en contratos de

¹⁰ Es ostensible que desde la ocurrencia del siniestro hasta que la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador deviene exigible deberán cumplirse aún una serie de pasos previos, como ser la denuncia del siniestro (que suspende la prescripción o incluso la interrumpe si se la considera una “actuación administrativa en los términos del artículo 50 LDC”, conforme enseña con la agudeza intelectual que lo caracteriza, el siempre vanguardista Sobrino Waldo en su nuevo libro “Seguros y el Código Civil y Comercial. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales”, pág. 762 a 769, Tomo 1, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016), la liquidación del siniestro, la expedición expresa o tácita del asegurador sobre el derecho del asegurado, el vencimiento del plazo de ley otorgado para el pago de la indemnización, etc. La ocurrencia del siniestro no implica, pues, que la obligación a cargo del asegurador sea exigible, de modo que la redacción del art. 58 de la Ley de Seguros resulta inobjetable al fijar el inicio del curso de la prescripción recién en el momento en que la obligación resulta exigible (es decir una vez que vencen al menos los 6 meses de suspensión de la prescripción desde que se radicó la denuncia del siniestro, según el artículo 2541 del CCyC), en consonancia con la regla que impone en la materia el actual

seguros en los que el asegurado no sea un consumidor de seguros según los amplios términos del artículo 1 de la LDC (empresas -que no sean consumidores- contra aseguradoras, aseguradoras contra reaseguradoras) o en los casos en los que la Aseguradora pretenda demandar al consumidor por el pago de la prima o cualquier otro incumplimiento contractual derivado del contrato de seguro.

Arriba a esta postura en virtud de que se incorporaron al Código Civil y Comercial, como núcleo duro de tutela, las normas del Libro Tercero, Título III “Contratos de Consumo” y las Relaciones de Consumo en el Capítulo 1 del CCyC, por ende es acertado concluir que estamos ante un nuevo “sistema” (el de las relaciones de consumo), de raigambre constitucional y convencional porque los derechos del consumidor son una especie del género de los derechos humanos (cfr. Artículos 42 y 75 inciso 22 de la CN) de mayor rango que los restantes ordenamientos especiales (como la ley de seguros). Su prevalencia cualitativa y jerárquica impide considerarlo como una normativa simplemente complementaria del Código Civil y Comercial, sino que ahora las normas de derecho del consumidor se incorporan en el Nuevo Código Civil y Comercial como complementarios y ampliatorios de la legislación especial (Ley N° 24.240 t.o.), estableciendo un piso de protección mínima que sólo puede ampliarse por la legislación especial, pero nunca disminuirse, tan es así que ello va a implicar que ante la carencia expresa de un plazo de prescripción en la legislación específica, debe realizarse una “...integración normativa...”, y dicha integración normativa de los consumidores, en primer lugar, va a hacer punto de partida en el Código Civil y Comercial que “...recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes...”, estableciendo “...una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una protección mínima conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor. De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) Los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial”¹¹.

Código Civil y Comercial en su artículo 2554.

¹¹ Ver: “Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación”; Título III “Contratos de Consumo”; Punto .1) “Método”.

Recordando principios esenciales y básicos de nuestra Constitución Nacional, es que en los “Fundamentos” del Código Civil y Comercial, se brinda una respuesta puntual, específica y concreta al tema que se analiza en este trabajo de la integración normativa para determinar la norma más favorable al consumidor.

Así, los redactores del Código Civil y Comercial, liderados por el Ricardo Luis Lorenzetti, determinaron que: “...se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección al consumidor que actúan como una “protección mínima”, lo que tiene efectos importantes:

a) En materia de regulación, ello implica que no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores.

b) Ninguna ley especial en aspectos similares puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema...Por lo tanto, estos “mínimos” actúan como un núcleo duro de tutela...”¹².

Confirman esta postura, la interpretación armónica y concordada de los artículos 1, 2, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 961, 991, 1061, 1067, 1092, 1094, 1095 del CCyC y artículos 1, 2, 3, 37 y 65 de la LDC, de los cuales se deriva que los conflictos regidos por el Código deben ser resueltos conforme la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte, teniéndose en cuenta la finalidad de la norma, siendo interpretadas observando las palabras de la ley, las leyes análogas, las disposiciones que surjan de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos, sin dejar de lado las disposiciones de las normas de orden público, aplicándose en todos los casos la interpretación de la norma y del contrato que sea más favorable al consumidor, protegiendo la buena fe, la confianza y la legítima expectativa de los consumidores de seguros en cuanto a las demandas interpuestas en la “justicia”, se resolverán aplicando la normativa más favorable al consumidor, es decir el Estatuto del Consumidor afianzando la Justicia como lo ordena el Preámbulo de la Constitución Nacional¹³, y no como sucedió en los últimos precedentes de la CSJN

¹² Ver: “Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación”; Título III “Contratos de Consumo”; Punto 1) “Método”.

¹³ A pesar de que la propia CSJN afirmó la aplicación operativa de toda la Constitución Nacional, incluyendo el preámbulo, ver fallos CSJN, “Saguir y Dib, Claudia G. s/autorización”, conf. Considerandos 7 y 8, Fallos 302:1284 (1980), La Ley, 1981-A, 397, y doctrina especializada Gelli María Angélica “Constitución de la Nación Argentina” Comentada y Anotada 4ª edición, ampliada y actualizada, Tomo I, Ed. La Ley, Buenos Aires, página 7, Junio de 2011; en idéntico sentido sobre el valor normativo y operativo de la Constitución Nacional puede verse Bidart Campos Germán J. “La Fuerza Normativa

en los que aplicaron la normativa más favorable a las aseguradoras (a favor de la parte poderosa y que tiene un sometimiento jurídico, económico, técnico e informativo con respecto al consumidor, quien solo puede aceptar o rechazar el contrato de seguro celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas) como en los casos “Buffoni”, “Flores”, no sólo en contravención a los principios generales del derecho del consumidor (como la justicia, equidad, dignidad del consumidor, in dubio pro consumidor, protección de la salud, seguridad del consumidor, intereses económicos, información adecuada y veraz, libertad de elección, pro homine, progresividad, no regresividad, autoejecutoriedad, entre muchos otros nuevos principios del derecho del consumidor), a los valores, la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos, la finalidad del bloque legal constitucional y convencional de consumo, sino incluso en contra del sentido común (el más común y el menos usado lamentablemente por muchos jueces, abogados y legisladores) de justicia anidado en los ciudadanos que desconocen las cuestiones técnicas jurídicas que aquí se analizan.

La equidad como principio general del derecho tiene una impronta predominante en las relaciones de consumo, que no es ajena a la actividad de las aseguradoras, de hecho, el artículo 25 de la Ley N° 20.091 (t.o.) que rige orgánicamente a las aseguradoras y el mercado de seguros, en forma expresa ordena que en todas las pólizas debe aplicarse la “Equidad”¹⁴.

No es un tema menor y sin implicancias prácticas considerar al derecho del consumidor como un derecho humano fundamental¹⁵, porque entre conflictos de derechos constitucionales (derecho de propiedad y libertad de contratar y la seguridad jurídica que alegan las aseguradoras para valerse del breve plazo de prescripción del art. 58 LS, ya que la ratio legis de ese instituto -dicen- tiene un papel fundamental en la asunción del riesgo por parte de la entidad aseguradora,

de la Constitución”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995.

¹⁴ Sobrino, Waldo “Seguros y el Código Civil y Comercial. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales”, pág. 750, Tomo 1, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016.

¹⁵ Fue Carlos Ghersi, quien afirmó que: los Derechos de los Consumidores forman parte de los Derechos Humanos. Dicha postura fue tomada por varios Tribunales (por todos: el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, en los autos “Finapro S.R.L. vs. García, Ramón s/Ejecutivo”, de fecha 28 de Noviembre de 2014), donde se determina que “...los derechos del consumidor, que como tales, son una especie del género ‘derechos humanos’ (conf. Ghersi, C y otros ‘Derecho y responsabilidades de las empresas y consumidores’)...” GHERSI, Carlos (Coordinador); Los Derechos del Consumidor, Capítulo I, Dra. Mariotto, Ediciones Mora, Buenos Aires, 1994.

el cálculo de la prima, la formación de las reservas, razón por la cual, la normativa del contrato de seguro tiene en cuenta, entre otras cosas, la valoración del riesgo económico específico de este tipo de contrataciones, lo cual no puede quedar alterado por la Ley de Defensa del Consumidor, por citar los principales argumentos defensivos a la hora de contestar demanda o interponer la excepción de prescripción por parte de las aseguradoras, basado en el art. 58 de la LS, las que nunca debemos olvidar que se trata de Sociedades Anónimas con fines de lucro) y el derecho a la salud, seguridad, equidad, dignidad e intereses económicos del consumidor contratante directo, consumidor conexo y víctima del siniestro, persona humana (derechos constitucionales y una especie del género derechos humanos), prevalecen éstos últimos por expresa disposición de la normativa constitucional (art. 42 CN) y convencional (Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional, art. 75 inciso 22 CN) y por los artículos 1º y 2º del CCyC que ordenan la resolución de los casos en que intervienen consumidores deben resolverse “según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma...” (¡Que es la protección irrestricta del consumidor!!!!) por lo que deberán interpretarse considerando sus palabras, finalidades y las disposiciones que surjan de los derechos humanos (vgr. tratados de derechos humanos con rango constitucional, principio pro homine, progresividad, no regresividad y autoejecutoriedad), que imponen el deber de tutelar eficazmente la dignidad, la equidad, la salud, seguridad e intereses económicos de la persona humana por sobre los derechos de cualquier empresa que comercialice sus servicios (como los seguros) en una sociedad de consumo, razón por la cual, el Estado Argentino no puede incumplir esos mandatos internacionales a los que se obligó al suscribir esos tratados de derechos humanos (ello por aplicación del principio “pacta sunt servanda” del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante CVDT, que obliga al Estado ratificante a cumplirlo de buena fe), sino que por el contrario debe fomentar y hacer efectivos con políticas de Estado la protección y la adecuada tutela judicial efectiva según lo impone el artículo 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, tutela que no se cumple muchos fallos de la CSJN en la última década (Nieto, Villareal, Cuello, Obarrio, Buffoni, Flores), y en fallos de la Sala D de la Cámara Comercial a la hora de resolver esos litigios, inclusive en fallos de la Corte de Justicia de San Juan¹⁶.

¹⁶ Ver al respecto autos N° 6300, caratulados “Leiva Felisa Clementina c/La Caja de Se-

Es que hoy en día no puede dudarse que los derechos del consumidor pertenecen al selecto grupo de los derechos humanos de rango constitucional (artículo 75 inciso 22 CN) por cuanto el artículo 42 de la Carta Magna ordena de manera imperativa que los consumidores tienen derecho en la relación de consumo a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos y a condiciones de trato equitativo y digno, razón por la cual, por imperativo constitucional la equidad y dignidad del consumidor deben ser respetados a ultranza por los proveedores de bienes y servicios, inclusive las aseguradoras obviamente, en armonía con el bloque convencional de tratados de derechos humanos del artículo 75 inciso 22, cuyas convenciones tanto en sus preámbulos como en su cuerpo normativo (que es de cumplimiento obligatorio por los Estados Partes que oportunamente los ratificaron como Argentina), reconocen la dignidad intrínseca de la persona humana, asumiendo inclusive una posición iusnaturalista de los derechos humanos porque esas convenciones no crean “la dignidad del ser humano”, sino que reconocen una dignidad preexistente e inherente a la persona humana independientemente de la normativa del Estado Constitucional al cual pertenezca el consumidor.

Este derecho fundamental, lo reconoce el CCyC en su artículo 1097 que reitera el mandato del artículo 8 bis de la LDC en cuanto ordenan a los proveedores de bienes y servicios (ergo Aseguradoras) a “garantizar condiciones de atención y trato digno a los consumidores y usuarios”, pero el artículo 1097 del CCyC profundiza la protección indicando otra guía hermenéutica (por si algún juez o doctrinario le quedaran dudas del rango de derechos humanos de los derechos del consumidor), al decir “La dignidad de la persona deber ser respetada conforme los criterios que surgen de los tratados de derechos humanos” a lo que debemos agregar no sólo de los criterios de los Tratados de Derechos Humanos sino también de la nutrida jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), interprete último de ese bloque convencional de rango constitucional a fin de que los jueces nacionales ejerzan no solo el control de constitucionalidad de oficio sino el control de convencionalidad de oficio cuando existe conflicto nor-

guros S.A.- Ordinario S/Inconstitucionalidad y Casación”, de la Sala Primera de la Corte de Justicia de San Juan, que hizo prevalecer el plazo anual del Art. 58 de la LS por sobre el plazo trienal del art. 50 de la LDC (reformada por la Ley N° 26.361) en una acción iniciada por la beneficiaria de un seguro de vida, aunque ordenó la remisión a la sala tercera de la cámara civil en razón de que el aquo omitió establecer el inicio del cómputo de la prescripción a fin de determinar si la acción del contrato de seguro se encuentra prescripta o no, según el artículo 58 inciso 4° de la LS.

mativo entre el Estatuto del Consumidor y la “legislación específica que regula la actividad del proveedor” que en nuestro caso es la ley de seguros N° 17.418 (t.o.).

Por ello, si me permite el lector y con la licencia del caso, es encomiable recordar la fructífera jurisprudencia de la Corte IDH sobre el control de convencionalidad. En ese entendimiento, la Corte IDH en el Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*¹⁷ prescribe a los jueces locales lo siguiente: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (énfasis agregado).

Dicho Tribunal ha ido más allá, determinando que tal control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio. Así, en el “Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*”¹⁸, puso de manifiesto que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. A diferencia del “Caso *Almonacid Arellano vs Chile*” en el cual la Corte IDH se refirió laxamente a una “especie de control de convencionalidad”, en el “Caso

¹⁷ Corte IDH, “Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124. También lo ha expresado, v.gr., en el “Caso *La Cantuta vs. Perú*”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162, párr. 173.

¹⁸ Corte IDH, Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158.

Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú” aludió específicamente a la obligación judicial de llevar adelante, además del contralor de constitucionalidad, un control de convencionalidad ex officio (por su puesto también a pedido de parte), es indudable que la Corte IDH ha apostado por reforzar la carga imperativa de tal fiscalización de convencionalidad. Es muy importante remarcar que la declaración de inconventionalidad es una cuestión de derecho y no de hecho, por lo que su resolución de oficio no quiebra la igualdad de las partes en el proceso ni afecta la garantía de defensa en juicio, la que no podría ser argüida frente al derecho aplicable para dirimir la contienda. Tampoco implica que el juez falle extra petita ni soslaye el principio de congruencia, en tanto el sentenciante se atiene a las cuestiones planteadas y a las circunstancias fácticas invocadas en el proceso, teniendo libertad para dilucidar la litis, sólo sujeta la selección del derecho aplicable a su concordancia con la CADH (que, cuando menos, debería ostentar cotización constitucional), tarea en la que válidamente podría moverse con independencia de las pretensiones de las partes por el principio iura novit curia.

Ya en el “Caso La Cantuta vs. Perú”¹⁹, en su párr. 173 directamente reprodujo lo que expusiera en el párr. 124 del Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile.

Por otro lado, en una litis más reciente, ratificó el control de convencionalidad que deben efectuar los jueces, así en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”²⁰, de 26 de noviembre de 2010, sentenciando: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”. En tal sentido, precisó que: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, eviden-

¹⁹ Corte IDH, Caso La Cantuta vs. Perú, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 162.

²⁰ Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

temente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

Al panorama someramente descripto debe aún agregarse un ingrediente no precisamente menor. En efecto, en una sentencia (del 24 de febrero de 2011) dictada en el “Caso Gelman vs. Uruguay”²¹, la Corte IDH ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en esa ocasión que “...particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (párr. 239).

Para cerrar este segmento, y procurar compendiar la secuencia creciente de destinatarios involucrados en el deber de desplegar el control de convencionalidad en el ámbito interno, se observa que pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones:

- i) Poder Judicial (Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile);
- ii) Órganos del Poder Judicial y control de oficio (Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú);
- iii) Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México); y
- iv) Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (Caso Gelman vs. Uruguay)²². Lo que implica en nuestro país que si bien cualquier autoridad pública como la Dirección de Defensa al Consumidor y la Superintendencia de Seguros de la Nación (S.S.N.) no tienen la potestad de declarar la inconvenio-

²¹ Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.

²² Bazán, Víctor, “Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, publicado en Revista Europea de Derechos Fundamentales • ISSN 1699-1524, Núm. 18/2 Semestre 2011. Página 63-104; Bazán Víctor “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, publicado en Revista Europea de Derechos Fundamentales, N° 16, 2° Semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, España, 2011, págs. 15/44.

nalidad o inconstitucionalidad de normas o resoluciones que contraríen el Estatuto del Consumidor (potestad reservada solo a los jueces nacionales y provinciales según artículo 43 CN), en mi opinión una correcta interpretación del Caso Gelman vs Uruguay, implica cuando menos que esas autoridades públicas deben ejercer un control de convencionalidad de oficio ex ante de manera preventiva (conforme artículo 1710 y siguientes del CCyC) a efectos de evitar la aprobación, sanción y publicación de Resoluciones Administrativas que restrinjan o vulneren el Estatuto del Consumidor, como por ejemplo la Resolución 36.100 de la S.S.N. y sus complementarias que derogan administrativamente la aplicación de los artículos 36 y 158 de la LS convirtiendo ilegalmente muchas caducidades convencionales en exclusiones de cobertura en perjuicio de la comunidad de consumidores de seguros²³.

Otro efecto práctico que conlleva el reconocimiento del género de derechos humanos a los derechos del consumidor es la aplicación de los principios pro homine o favor persona y de progresividad-no regresividad en la normativa consumeril que implica el primero de ellos “un postulado en materia de derechos humanos que contiene una vertiente interpretativa y una vertiente normativa, permitiendo delimitar los derechos y resolver conflictos normativos sobre derechos. Dicho postulado tiene una consagración de derecho positivo en el derecho internacional de los derechos humanos, al incorporarse válidamente dichos tratados al derecho interno, se genera la obligación jurídica de su aplicación igualmente en el derecho nacional en el análisis de derechos fundamentales”²⁴, en el mismo sentido Rodolfo Piza Escalante sostuvo, como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el principio pro homine constituye un criterio fundamental “que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”²⁵. En la misma

²³ Sobrino, Waldo “Seguros y el Código Civil y Comercial. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales”, pág. 1160, Capítulo XVII “Caducidades y Exclusiones de Cobertura”, Tomo II, Ed. La Ley, Bs. As., julio de 2016.

²⁴ Nogueira Alcalá, Humberto “El Principio Pro Homine o Favor Persona en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno como regla de Interpretación y Regla de Preferencia Normativa”.

²⁵ Piza Escalante, Rodolfo. (1986), en su Opinión separada en Corte IDH. Opinión Consultiva OC 7/86. Exigibilidad de derecho de rectificación o respuesta, 29 de agosto de 1986.

perspectiva, Mónica Pinto, señala que el principio pro homine “es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre, por lo que en caso de duda, debe optarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan”²⁶, que encuentra reconocimiento normativo en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los que integran el selecto grupo de Convenios Internacionales con Jerarquía Constitucional previstos en el artículo 75 inciso 22 de la CN.

Mientras que el principio progresividad de las normas sobre derechos humanos se interpreta en dos alcances, según las enseñanzas del distinguido profesor Barbagelata: “En un primer sentido la expresión se refiere al gradualismo admitido por varios instrumentos internacionales y textos constitucionales para la puesta en aplicación de las medidas adecuadas, y en un segundo sentido la progresividad puede ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales, (aplicable lógicamente a los derechos del consumidor agregado). Se sostiene a ese respecto, que el orden público internacional tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de mayor extensión y protección de los derechos humanos”;²⁷ afirmando luego que “Un complemento del principio de progresividad es la irreversibilidad, o sea, la imposibilidad de que se reduzca la protección ya acordada, lo cual está reconocido para todos los derechos

²⁶ Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” [on line]. Archivo electrónico en la página del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo – Oficina en Venezuela. Disponible en la World Wide Web:<http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332j.htm>. Ver Pinto, Mónica. 1997. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (Comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Ed. CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires.

²⁷ En “La Renovación del Nuevo Derecho”, Revista Derecho y Sociedad N° 30, Año XIX, Lima 2008, página 63.

humanos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 4 de ambos)²⁸. Este principio vendría ser, además, una consecuencia del criterio de conservación o no derogación del régimen más favorable para el consumidor, el cual debe reputarse un principio general del derecho en el ámbito del estatuto consumeril, sumado a las diferentes Directrices y Resoluciones de la ONU para la protección del consumidor N° 38/147, de 19 de diciembre de 1983, relativa a la protección del consumidor (en su versión ampliada de 1999) aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, 2003, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, que entre esos derechos está el de la calidad, promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores y en la Resolución N° 70/186 de Protección del Consumidor aprobada por la Asamblea General el 22 de diciembre de 2015.

De esta forma constituiría afectación de este principio la expedición de alguna medida legislativa tendiente a retrotraer o menoscabar un derecho ya reconocido o desmejorar una situación jurídica favorable al consumidor pues se estaría afectando derechos fundamentales ya que, insisto la aplicación de este principio en el ámbito del derecho consumeril resulta indiscutible pues los derechos del consumidor constituyen derechos humanos fundamentales.

La cualidad de derechos humanos por parte de los derechos del consumidor incluye la aplicabilidad irrestricta del principio de autoejecutoriedad o de eficacia directa, que implica que las normas de los Tratados Internacionales son operativas (al igual que el art. 42 de la CN), de manera tal que deben ser aplicadas por la magistratura sin necesidad de que tengan otro tipo de regulación legal o reglamentación del Estado Parte²⁹.

Se trata de un punto de partida básico en el proceso hermenéutico (de aplicación en los casos a resolver por la CSJN y demás jueces inferiores), desde que la cuestión de los derechos fundamentales (salud, dignidad, seguridad e intereses económicos de la persona humana consumidor) es materia perteneciente también al *ius cogens*, esto es, normativa imperativa del derecho internacional. En esa línea, es del caso recordar que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Sobrino Waldo, "Consumidores de Seguros", donde con referencia al Art. 42 que protege los Derechos de los Consumidores, señala en el título del acápite II.3.2.4 que "Es una norma Operativa", pág. 70 a 72, Ed. La Ley, Bs. As. 2009.

el Derecho de los Tratados (CVDT), del 23 de mayo de 1969³⁰, se refiere al *ius cogens*, conceptuándolo como “una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario” y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. Es un dato incontestable que tanto el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de la Sociedad de las Naciones cuanto el mismo número de artículo correspondiente al Estatuto de la actual Corte Internacional de Justicia (que sustituyó a aquel Tribunal Permanente) de la Organización de Naciones Unidas (ONU), han determinado la aplicación, entre otros, de “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

No obstante lo dicho, quedan más argumentos que permiten corroborar la prevalencia normativa constitucional y convencional del Estatuto del Consumidor (Arts. 42 y 75 inciso 22 de la CN, LDC y CCyC) por sobre la ley común del contrato de seguros N° 17.418 (t.o.), la que aunque sea una “ley especial” no prevalece sobre el Estatuto del Consumidor, no sólo por lo reseñado anteriormente, sino porque como bien lo enseña Ricardo Luis Lorenzetti al referirse a la “Autonomía del Microsistema de los Consumidores” afirma “No es lícito fundar la prevalencia de una ley en la circunstancia de que sea anterior o especial, como se ha notado en numerosos casos (por ejemplo, en los fallos “Cuello”, “Obarrio”, “Buffoni”, “Flores”, se puede agregar), por el contrario, se aplican las reglas que guían la solución de colisiones iusfundamentales”³¹, y continúa Lorenzetti “en los casos que presentan colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del Derecho Consumerista”³², y la verdad es que tiene razón!!!!.

Es que la ley de defensa del consumidor es una ley general que modifica a la ley “especial” de seguros ya que la LDC es una ley reglamentaria del artículo

³⁰ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, que entró en vigor el 27 de enero de 1980, aprobado por el Estado Argentino mediante Ley N° 19.865 el 03/10/1972, publicado en el Boletín Oficial el 11/01/1973.

³¹ Lorenzetti, Ricardo Luis; Consumidores, Segunda edición actualizada “Autonomía del microsistema”, página 50, Rubinzal-Culzoni, Editores, Santa Fe, 2009, en el mismo sentido ver el fallo de la CSJN en los autos “Ledesma, María Leonor vs. Metrovías S.A.”, de fecha 22 de abril de 2008, publicado en la “La Ley”, página 5 de fecha 27 de mayo de 2008.

³² Lorenzetti, Ricardo Luis; Consumidores, Segunda edición actualizada “Autonomía del microsistema”, página 44 y 45, Rubinzal-Culzoni, Editores, Santa Fe, 2009.

42 y 75 inciso 22 de la CN, mientras que la ley de seguros integra el apéndice normativo del Código Civil y Comercial (antes integraba al Código Comercial) y no reglamenta ningún derecho constitucional (salvo, podría refutarse, que de manera genérica resguarda el derecho de propiedad -art. 17 CN, cuyo derecho también tiene protección el del consumidor a través de sus intereses económicos en la relación de consumo- y el de ejercer industria lícita -art. 14 CN- , pero debe aclararse que no existe norma constitucional o convencional específica que proteja la actividad de las aseguradoras, del mismo modo en que se resguardan los derechos de los consumidores en los art. 42 y 75 inciso 22 de la CN, porque las aseguradoras son empresas comerciales que no tienen protección por los tratados de derechos humanos, ya que dichos tratados tienen como epicentro de tutela a la persona física, es decir al consumidor que es el único sujeto de esa relación de consumo que tiene dignidad humana susceptible de tutela convencional supralegal) y convencional de los tratados de derechos humanos, razón por la cual, hacer prevalecer la LS por sobre la LDC desconoce la legislación vigente cuya finalidad (de acuerdo a los artículos 1 y 2 del CCyC) es la protección de los consumidores que tiene fundamento constitucional y convencional como derecho humano anidado en el artículo 42 y 75 inciso 22 de la C.N., norma de carácter operativa, la que otorga rango constitucional a la relación de consumo y a los derechos de los consumidores, tales como, información adecuada y veraz, trato digno, protección de la salud, seguridad e intereses económicos entre otros muchos otros. La consecuencia de ello es que al ser el artículo 42 de la Constitución Nacional una norma operativa, debe ponderarse si la Ley de Seguros tiene pautas que desprotegen y perjudican al consumidor de seguros; y si la respuesta es afirmativa la conclusión única y específica es que la Ley de Seguros ha sido modificada por el Art. 42 de la Carta Magna, por la Ley N° 24.240 (t.o.) y el CCyC, en todo aquello en que perjudique al consumidor de seguros³³, por ende prevalecerá el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 2560 del CCyC por sobre el plazo anual del art. 58 de la LS, de lo contrario se vulnerarán los principios pro homine, progresividad, no regresividad y de autoejecutoriedad, implicando una eventual responsabilidad internacional por parte del Estado Argentino al desconocer las normas internacionales imperativas de rango constitucional (art. 75 inciso 22 CN) a las que el Estado Argentino se obligó a cumplir (ello por aplicación del principio “pacta sunt servanda” del

³³ Sobrino Waldo, “Consumidores de Seguros”, Editorial La Ley, Bs. As. 2009, pág. 80.

artículo 26 de la CVDT, que obliga al Estado ratificante a cumplirlo de buena fe) al suscribir esos instrumentos internacionales reconociendo la jurisdicción de la Corte IDH (art. 68 inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica)³⁴.

Además, debo traer a colación que la actual Ley N° 24.240 y el CCyC, inter alia, establecen pautas interpretativas a los operadores del derecho para los supuestos en el que surjan conflictos normativos, como el artículo 58 de la LS (un año de prescripción) y el artículo 2560 del CCyC (cinco años de prescripción).

Una de ellas está dada por el artículo 3 de la Ley N° 24.240 (t.o.) que se titula “Relación de consumo. Integración normativa. Preeminencia. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario. Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”.

De la transcripción de la citada norma, fácil es advertir que la regla interpretativa de la “preeminencia” de la ley de defensa del consumidor por sobre cualquier otra ley que la contraríe, como es el caso de la ley de seguros, y ello así porque la Ley N° 24.240 (t.o.), tal como lo anticipara, tiene fuente constitucional y convencional en los artículos 42 y 75 inciso 22 de la CN, mientras que la ley de seguros, N° 17.418 (t.o.), carece de rango constitucional, dado que no es norma ius fundamental³⁵, como si lo es la Ley N° 24.240 (t.o.). Además de que el artículo 3 de la Ley N° 24.240 (t.o.), ordena que en caso de conflicto de leyes debe aplicarse aquella que sea más favorable al consumidor, y en el caso sub examine, es la ley de defensa al consumidor y no la ley de seguros. Ese artículo 3 de la LDC que consagra el principio indubio pro consumidor y preemi-

³⁴ No desconozco el lamentable retroceso del fallo de la CSJN en el caso “Fontevicchia y D’Amito vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, alegando que la Corte IDH ordena revocar la condena civil impuesta a los actores, afirmando que esa resolución excede su competencia subsidiaria erigiéndose como una cuarta instancia revisora, violando de ese modo la “doctrina del margen de apreciación nacional de la CSJN”, el que si bien no es objeto de este trabajo, dada su trascendencia no puedo dejar de mencionarlo.

³⁵ Sobrino Waldo, “Consumidores de Seguros”, Editorial La Ley, Bs. As. 2009, pág. 66.

nencia normativa de la LDC (o más precisamente del Estatuto del Consumidor) por sobre cualquier otra norma que regule la actividad del proveedor (como la ley de seguros) ha sido reforzado mediante su incorporación al CCyC a través del artículo 1094, que ordena a los jueces interpretar y aplicar la norma más favorable al consumidor sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad e inconveniencia de oficio³⁶ o a petición de parte de la norma menos favorable para el consumidor, que en nuestro caso es el art. 58 de la ley de seguros que colisiona con el art. 2560 del CCyC, razón por la cual, esos remedios que constituyen la último ratio del sistema no son imprescindibles en el caso analizado.

Es que la propia LDC en su artículo 3 y el CCyC en su artículo 1094 ordena a los jueces (las normas dicen “deben”, por lo que el verbo es imperativo y no facultativo para los jueces) a aplicar e interpretar la norma a favor del consumidor, lo que demuestra palmariamente que cualquier interpretación contraria atenta contra el derecho constitucional y convencional de los derechos humanos de los consumidores.

No debe olvidarse que estamos ante una ley de orden público, argumento artículo 65 de la Ley N° 24.240 (t.o.), que establece: “La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional...”, por sobre una ley que no lo es (ley

³⁶ CSJN en el caso “Rodríguez Pereyra” estableció el deber de todos los jueces de ejercer el control de constitucionalidad de oficio, en consonancia con el control de convencionalidad de oficio prescripto por la CIDH en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158) y como consecuencia de ello establecer la inconstitucionalidad e inconveniencia de oficio, ya que el derecho de los consumidores es un derecho humano fundamental. Es una definición categórica en torno al control de constitucionalidad de todos los jueces que componen el Poder Judicial de la Nación y de las Provincias. Su fundamentación es impecable y está en consonancia con un requerimiento mayoritario de la doctrina constitucional. La cita de Carlos Sánchez Viamonte vale -además- como un reconocimiento a la prédica infatigable de ese maestro, recogiendo así el precedente de Fallos 321:3620 y formulando un apartamiento de la postura negativa que en 1941 había estampado la Corte (Fallos 190:142). En el citado caso, el Juez Fayt rescata en su voto las posturas de avanzada que precedieron a través de pronunciamientos a partir de 1984 y recoge el voto con el Juez Belluscio en Fallos 306:303, en cuya oportunidad señalaron que la presunción de validez de los actos estatales “cede cuando contrarían una norma de jerarquía superior, lo que ocurre en las leyes que se oponen a la Constitución; ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso.” VANOSI, Jorge Reinaldo, “El Control Constitucional de Oficio y el Control de Convencionalidad: “una de cal y una de arena”.

de seguros N° 17.418 t.o.), cuyo artículo 65 de la LDC es potenciado por el artículo 12 del CCyC.

Es que no puede dudarse de la relación de consumo que une a las personas humanas con las Aseguradoras, dado que la misma encuentra tutela en los artículos 42 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional en general, por la Ley N° 24.240 (t.o.) en particular y hoy en día por el CCyC, y recién por la Ley N° 17.418 (t.o.) en todo lo que no contradiga a ese núcleo duro de tutela de protección mínima inderogable, porque por un lado las Aseguradoras tienen el carácter de proveedor de bienes y servicios, conforme artículo 2 de la Ley N° 24.240 (t.o.), pues ofrecen profesionalmente al público en general la comercialización del servicio de seguros destinado a consumidores y usuarios de todo el país, con lo que la Compañía de Seguros está obligada al cumplimiento de la Ley N° 24.240 (t.o.); y por el otro, las personas humanas (contratantes o no, según artículo 1 LDC y 1092 CCyC) son consumidores de seguros por encuadrar en la definición del artículo 1 de la Ley N° 24.240 (t.o.), dado que sin ser parte de una relación de consumo, adquieren un servicio de manera onerosa o gratuita, (será gratuita en el supuesto del contrato de seguro de responsabilidad civil obligatorio, en el que la víctima es el beneficiario directo de ese seguro, siendo ese seguro obligatorio un típica estipulación a favor del tercero-consumidor (artículo 1 Ley N° 24.240, artículo 1027 y 1092 del CCyC), quien utiliza el servicio del seguro como destinatario final (porque no comercializa con el servicio) en beneficio propio y de su grupo familiar, razón por la cual, no compartir este criterio, en mi opinión también conculca el derecho del consumidor de seguros a la tutela de sus intereses económicos, la protección de su salud, seguridad, equidad y dignidad que deben existir en todas las relaciones de consumo, incluidas obviamente en las que se involucren las aseguradoras, porque la protección de esos derechos humanos están contemplados por el artículo 42 y 75 inciso 22 de la CN y reglamentados in extenso en la Ley N° 24.240 y el CCyC.

Por último, debo traer a colación la Resolución 35.614/11³⁷ (t.o.) de la Superintendencia de Seguros de la Nación, impone en su artículo primero que

³⁷ El artículo 1° de la Resolución N° 35.614 del año 2011 de la S.S.N., reemplaza el punto 23.2 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora por el siguiente texto: “23.2. Aprobaciones de carácter particular. Los elementos técnico-contractuales de carácter particular solamente podrán ser utilizados por las aseguradoras mediando previa aprobación expresa de esta Superintendencia de Seguros de la Nación. A tal fin, el Organismo evaluará si tales elementos técnico-contractuales se ajustan las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes. Especialmente se considerará la adecuación de tales elementos técnico-contractuales con las disposiciones de las Leyes N° 17418, N° 20091, N° 24240 y demás legislación general aplicable; normas concordantes, modificatorias y reglamentarias”.

todas las pólizas deben respetar y tener coherencia con la Ley N° 24.240 (t.o.), de modo que el contrato de seguro es una relación de consumo al cual se le aplica el Estatuto del Consumidor (art. 42 y 75 inciso 22 de la CN, CCyC y Ley N° 24.240 (t.o.) con todo vigor.

En materia de prescripción, diversos fallos, sobre de la Cámara Nacional en lo Comercial Sala D, al igual que la CSJN, reseñados en páginas anteriores, sentaron una arbitraria, injusta e inequitativa pauta interpretativa a fin de zanjar la discusión sobre el plazo de prescripción aplicable al precisar que “la prescripción liberatoria no puede separarse de la causa de la obligación jurídicamente demandableAncla, afirmando que la causa de la obligación jurídica demandable respecto de la entidad aseguradora que no es otra que el contrato de seguro [sentencian], por lo que el plazo de prescripción aplicable debe ser el anual previsto por el artículo 58 de la Ley N° 17.418”³⁸. Con nota aprobatoria de ese fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, por parte del jurista Cracogna, Fernando quien afirma “la finalidad misma del instituto de la prescripción es, justamente, buscar el mantenimiento del orden social poniéndole fin a situaciones de inestabilidad. Y que dicha finalidad se encuentra por encima de los intereses particulares, de allí el carácter de orden público que nuestro Derecho le otorga a la regulación de este instituto”, por lo que sostiene “la razón de la existencia del instituto de la prescripción responde al interés de la sociedad de lograr que las relaciones jurídicas se definan en un tiempo razonable, poniendo fin a situaciones de inestabilidadAncla”. “El orden social es situado en un lugar de jerarquía frente a ciertos derechos individuales, primando la búsqueda de la certidumbre y la seguridad jurídica por sobre intereses particulares. No existe actividad alguna que pueda ser ejercida sin la existencia del instituto de la prescripción. No contar con la posibilidad de ejercer esta defensa llevaría a una parálisis de toda actividad, no sólo empresarial sino también a nivel individual (sic). Y ello se vislumbra aún con mayor contundencia en el ámbito de la actividad aseguradora, donde la prescripción juega un papel fundamental en la asunción del riesgo por parte de la entidad aseguradora, el cálculo de la prima, la formación de las reservas”³⁹. Advierta el lector que la interpretación propuesta

³⁸ Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala “D”, en autos caratulados “Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ ordinario”, de fecha 18/10/2016, con nota aprobatoria de Cracogna, Fernando, “La Prescripción en el Derecho de Seguros. Hacia el fin de una controversia”, Publicado en: LA LEY 09/02/2017, 8, LA LEY 2017-A, 277 • RCyS 2017-III, 227.

³⁹ *Ibíd.*

en este trabajo no implica que las acciones derivadas del contrato de seguro con consumidores sean imprescriptibles, sino que en base a los argumentos desarrollados en extenso en las páginas precedentes, se afirma sin hesitación alguna que la prescripción del contrato de seguros cuando sea a su vez un contrato o relación de consumo, la causa fuente de esa obligación jurídicamente demandable es el contrato o relación de consumo que al brindar un régimen normativo protectorio más favorable para la comunidad de consumidores asegurados (deja de ser un mero interés particular como falazmente se afirma en esa nota), implica lisa y llanamente que el plazo de prescripción aplicable es el de cinco años previsto en el artículo 2560 del CCyC resguardando de ese modo los derechos constitucionales y convencionales de los consumidores en consonancia con los principios generales del derecho como pro homine, de progresividad, no regresividad, autoejecutoriedad, equidad, dignidad, justicia, in dubio pro consumidor, prevalencia normativa que ostentan los derechos de los consumidores, porque como bien lo indicara un viejo pero acertado fallo de la CSJN, siempre debe estarse a favor de la subsistencia de los derechos y la interpretación a favor de la prescripción de las acciones debe ser siempre restrictiva, por ello se resolvió “si bien la prescripción es una defensa legítima, no debe olvidarse que ella es repugnante al derecho natural, pues contraría los principios de equidad”⁴⁰.

Es claro entonces, que en el supuesto sub examine, en que los plazos previstos en legislaciones especiales como la ley de seguros N° 17.418 (artículo 58: un año), del juego armónico de los principios y normas precedentemente citadas, se concluye que debe aplicarse, siempre que se trate de una relación de consumo o contrato de consumo (arts. 1092, 1093, 1094, 1095 del CCC y arts. 1, 2, 3, 37 y 65 de la LDC), el plazo genérico de prescripción de cinco años previsto en el artículo 2560 del CCyC por ser la norma más favorable al consumidor, mientras que el plazo anual previsto en el artículo 58 de la LS, queda limitado a supuestos de las demandas en que las Aseguradoras pudieran hacerle al consumidor o en casos en que no exista relación de consumo.

A la misma conclusión arriba aún en supuestos de plazos específicos previstos en el propio Código Civil y Comercial, como por ejemplo el artículo 2561 que impone un plazo de prescripción trienal en los reclamos por indemnización

⁴⁰ Barbato, Nicolás; “La citación en garantía del asegurador”, publicado en “El Derecho”, T. 150, pág. 150, 162 y 163, nota 23 (la negrita y la cursiva me pertenecen), donde expone el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (que se encuentra publicado en “Jurisprudencia Argentina”, T. 67, pág. 724).

de daños derivados de la responsabilidad civil, ya que esa norma se aplica en supuestos de responsabilidad civil que no deriven directa ni indirectamente de daños ocasionados o como consecuencia de relaciones de consumo, porque en caso de que el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil sea consecuencia directa o indirecta de una relación de consumo será aplicable el plazo de cinco años contemplado en el artículo 2560 del CCyC, ya que es la norma más favorable al consumidor (artículos 42 y 75 inciso 22 de la CN, artículos 3 y 37 LDC y artículos 1092, 1094, 1095 del CCyC).

Esta postura ya fue avalada por la jurisprudencia en los autos caratulados “Rodríguez, Jacinto vs. La Caja Seguros S.A.”, de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, con fecha 15 de Septiembre de 2015, donde se expone: “Entrelíneas, debe tenerse presente que el Nuevo Código Civil y Comercial, vigente a partir del 01/08/15, en consonancia con lo aquí expresado, señala en su artículo 1094 que “las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor. A su vez, el artículo 2560 del mismo ordenamiento reza que “el plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”. En razón de ello, la doctrina calificada entiende que, con la nueva legislación referida, la prescripción para los asegurados es de cinco años (Sobrino, Waldo, A. R. “Prescripción de cinco años en seguros en el nuevo Código”, La Ley 2015-A, 25/2/15)”.

Se debe resaltar que se comenzaron a dictar algunas sentencias donde los Magistrados tuvieron que analizar la cuestión sub examine, como es el caso “González, Encarnación vs. Paraná Seguros S.A. s/Daños y Perjuicios”, donde el siniestro se produjo con fecha 15 de agosto de 2015, es decir, a los pocos días de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. Así, en esta sentencia dictada con fecha 13 de abril de 2018, por la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, se determinó que el plazo de prescripción para que el asegurado que le reclama por daños y perjuicios a la Compañía de Seguros es de tres (3) años, por aplicación del Artículo 2561 del Código Civil y Comercial. Se trata de una sentencia de Cámara muy interesante, donde también se hace mención al fallo de primera instancia, que realiza ciertas consideraciones que vale la pena resaltar, dado que

se afronta la disyuntiva si varios principios vigentes son meramente discursivos o si tienen aplicación práctica.

De esta forma, en el fallo analizado se recuerda que en la sentencia de primera instancia, se afirma que la derogación del plazo de tres (3) años para los consumidores (Artículo 50 de la Ley N° 24.240) y la pretendida aplicación del término de un (1) año (Artículo 58 de la Ley de 17.418) "...resulta inconstitucional e inconvencional...", agregando que "...el derecho de los consumidores forma parte de los derechos humanos y consecuentemente su interpretación no puede violar los principios pro hominem, de progresividad y de irreversibilidad...". Es de destacar la profundidad y coherencia sistémica del razonamiento que se realiza en la Sentencia, porque en forma básica, antes de introducirse en el análisis de las leyes, se comienza -como corresponde- en la aplicación de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales (Art. 75, inciso 22 de la Carta Magna) como se desprende del Art. 1° del Código Civil y Comercial.

Y, en dicho magno marco normativo de las leyes de leyes (v.gr. Carta Magna y Tratados Internacionales), se afirma sin hesitar -en el fallo de Cámara- que pretender "disminuir los plazos de prescripción de tres (3) años (Art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor) a un (1) año (Art. 58 de la Ley de Seguros) ... resulta inconstitucional e inconvencional..."

Posteriormente, la Cámara mendocina realiza un análisis análogo al sostenido en este trabajo, resaltando la trascendencia que tiene el Artículo 1094 del CCyC que establece la "Prelación Normativa" del 'núcleo duro' y 'piso mínimo' de tutela y remarcando lo que se señala en los Fundamentos del propio Código Civil y Comercial, cuando establece que "ninguna ley especial puede violentar los pisos mínimos establecidos en el Código Civil y Comercial para proteger al consumidor". Así se determina que "...toda relación de consumo -aún la del consumidor de seguros y la aseguradora-, queda protegida por el "núcleo duro de tutela" previsto en el nuevo Código y -consecuentemente-, deberá aplicarse la norma más favorable al consumidor (artículos 1094 y 1095, Cód. Civ. y Com. de la Nación; artículo 3° de la Ley N° 24.240). Ninguna ley especial, puede derogar esos mínimos de protección sin afectar el sistema...". En el caso resuelto, la parte actora reclamaba una indemnización derivada de la responsabilidad civil de la Compañía de Seguros por no haber cumplido con las obligaciones que surgían del contrato de seguro. Como consecuencia de ello, es que "...el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil derivada del incum-

plimiento del contrato de seguros prescribe en el término de tres años de conformidad al artículo 2561, Cód. Civ. y Com. de la Nación...”

Incluso, con toda sapiencia la Cámara de Apelaciones también profundiza en un tema que es de gran trascendencia, desarrollado in extenso en éste responde, respecto a la aplicación de los principios de los Tratados de Derechos Humanos, v.gr. (i) pro hominis, (ii) operatividad; (iii) progresividad y (iv) no regresión, a las resoluciones donde participan consumidores.

En este contexto, la Cámara recuerda que la jurisprudencia ya había determinado que el plazo de prescripción para los consumidores en el ámbito de los seguros era de tres (3) años, por aplicación del Artículo 50 de la Ley N° 24.240 (que ha sido derogada parcialmente, en la parte que correspondía a las acciones de los consumidores). Basándose en dicha cuestión, que beneficiaba a los consumidores (y que ya es un derecho adquirido de orden público inderogable), es que la Sentencia enseña que “...además, sí antes de la modificación del artículo 50, la jurisprudencia de la Corte local (expte. 111.315, Chacón Benites, M. En j° 88.007, 31/10/2014, entre otros) entendía que se aplica el plazo de tres años de la ley consumeril y no el plazo de un año de la ley de seguros, cabe mantener la misma solución aplicando el artículo 2561, Cód. Civ. y Com. de la Nación...” afirmando con toda razón que “...sostener lo contrario implica una interpretación regresiva que afecta el nivel de protección alcanzado y contraria el principio pro homine y pro-consumidor, analizados en la resolución de la instancia anterior (arts. 29, CADH, art. 3°, Ley N° 24.240, art. 1094 y conc. del Cód. Civ. y Com. de la Nación) ...”.

En la misma senda resolutive aplicando el plazo de tres años se expidió la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial “Como es sabido, la Constitución es ley suprema o norma fundamental no solo por ser la base sobre la que se erige todo el orden jurídico-político de un estado, sino también, por ser aquella norma a la que todas las demás leyes y actos deben ajustarse. Esto quiere decir que todo el ordenamiento jurídico-político del estado debe ser congruente o compatible con la constitución. Esta supremacía significa -ante todo- que la constitución es la “fuente primaria y fundante” del orden jurídico estatal. Esto, el colocar a la constitución en el vértice de dicho orden, quiere decir que es ella -desde dicha cúspide- la que dispone cuáles la gradación jerárquica del mismo orden, porque como fuente primaria y fundante bien puede ocurrir que la constitución resigne el primer plano al que estamos acostumbrados, para

reconocer en dicho nivel más alto que el de ella misma al derecho internacional -sea el general, sea el de los derechos humanos- y/o al derecho de la integración supra estatal y su derivado, el derecho comunitario (cfr. Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución Reformada, Tomo II, Pág. 333/334, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Bs. As., 2000). Ahora bien, la Constitución Nacional, en su primera parte, garantiza los derechos de consumidores y usuarios, sin definirlos, en la relación de consumo. Esta protección constitucional a los derechos de los consumidores y usuarios impone, a nuestro entender, la prevalencia de las disposiciones de la Ley N° 24.240 por encima de aquellas emanadas de la Ley de Seguros. En este mismo sentido, se manifiesta la LDC en su artículo 3° dice “Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo (...). En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”. Asimismo, refuerza la postura adoptada el carácter de orden público otorgado a la citada norma mediante su artículo 65. En virtud de los parámetros expuestos considera este Tribunal que se torna aquí aplicable el plazo de 3 años previsto por la Ley de Defensa al Consumidor, que es la normativa más beneficiosa para el interés de la parte actora como parte débil de la relación. De modo que, tal como ya fue decidido con anterioridad a la presente por esta Sala, in re, “Rolón Susana Isabel y otros c/ Circulo de Inversores SA de Ahorro P/F Determinados y otros/ ordinario”, Expte. N° COM 22042/2014 de fecha 13.7.2017; en igual sentido, “Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa s/ BBVA Banco Francés S.A. s/ordinario”, Expte. COM N° 33330/2015, de fecha 19.10.2017; id. “Perillo, Carlos Luis Antonio y otros/ Liderar Compañía General de Seguros S.A. y otros/ ordinario”, Expte COM N° 30645/2015, del 13.3.2018; debe desestimarse el planteo de la demandada⁴¹. Es importante señalar que, [si bien esos precedentes aplican el plazo trienal de prescripción del artículo 2561 del CCyC, y no el quinquenal como se propone en este trabajo], lo importante es destacar los fundamentos para resolver de esa manera basados en los principios pro homine, progresividad, no regresividad y operatividad de los derechos de los consumidores.

⁴¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala F, autos “SALINA, GLADYS MIRTHA c/ BBVA CONSOLIDAR SEGUROS S.A. s/ORDINARIO EXPEDIENTE COM N° 28795/2016 VG”, de fecha 10 de mayo de 2018.

Por otro lado, se mantiene a favor de los consumidores, la interrupción de la prescripción dispuesta por el artículo 50 de la actual LDC in fine que dice “La prescripción se interrumpe por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de actuaciones administrativas” cuando se inicien acciones administrativas como por ejemplo la denuncia ante la Dirección de Defensa del Consumidor, como consecuencia de las pautas hermenéuticas propuestas en este trabajo, o cualquier otro reclamo administrativo hacia la Aseguradora sea mediante carta documento o cualquier otra intimación⁴², en virtud de la interpretación amplia que corresponde hacer del término “actuaciones administrativas” por imperio de los artículos 1, 2, 9, 10, 11, 12, 13, 1067, 1094, 1095, 1097 del CCyC y artículos 3, 37 y 65 de la LDC, es que se producirá de pleno derecho la interrupción de los plazos de prescripción.

IV. Epílogo

1) La prescripción de las acciones en un contrato de seguro que a su vez configura una relación o contrato de consumo es de cinco años conforme la interpretación armónica y concordada de los artículos 42, 75 inciso 22 de la CN, los arts. 1, 2, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 961, 991, 1061, 1067, 1092, 1093, 1094, 1095, 1097, 2532, 2560 del Código Civil y Comercial y arts. 1, 2, 3, 8 bis, 37, 50 y 65 de la Ley N° 24.240 (t.o.), considerando que los derechos del consumidor son derechos humanos fundamentales reconocidos en la CN y los Tratados de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional los que se benefician con los principios pro homine, progresividad, no regresividad, autoejecutoriedad, equidad, dignidad e in dubio pro consumidor.

⁴² Por ejemplo el reclamo administrativo extrajudicial ante la Aseguradora reclamando el pago de la indemnización, la presentación de una nota de reconsideración o donde se les reclame que se expida respecto a la procedencia del siniestro, o la presentación ante el D.O.A.A. (Departamento de Orientación y Asesoramiento del Asegurado) efectuadas ante la misma Compañía de Seguros; o los reclamos incoados por ante la Superintendencia de Seguros de la Nación; o el inicio de las acciones por ante el Defensor del Asegurado; interrumpe la prescripción de la acción, Sobrino Waldo “Seguros y el Código Civil y Comercial. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales”, pág. 765, Capítulo XI “Prescripción y el Código Civil y Comercial”, Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016.

2) En caso de que normas específicas complementarias o no del Código Civil y Comercial (un año en el art. 58 LS) o de normas del propio Código que establezcan plazos menores de prescripción (tres años art. 2561 del CCyC) al previsto en el artículo 2560 del CCyC, será siempre de aplicación el artículo 2560 del CCyC cuando estemos ante una relación o contrato de consumo por ser la interpretación más favorable al consumidor y en virtud de la integración normativa dispuesta por los artículos 3 de la LDC y artículo 1094 del Código Civil y Comercial.

3) El Art. 58 de la Ley de Seguros que establece un plazo de un (1) año de prescripción queda circunscripto y limitado a los reclamos que las Aseguradoras realicen a los consumidores o en casos en que no exista relación de consumo, es decir cuando ese contrato de seguro no implique a su vez un contrato o relación de consumo.

4) Las actuaciones administrativas, cualesquiera que fuesen producen la interrupción de los plazos de prescripción, (agto. Art. 50, 3 y 37 de la Ley de Defensa del Consumidor; arts. 1, 2, 12, 1094, 1095, 2544 del Código Civil y Comercial).

5) Las sanciones previstas en el actual artículo 50 de la LDC, como el daño punitivo previsto en el artículo 52 bis de la LDC y las administrativas del artículo 47 del mismo cuerpo legal prescriben a los tres años.

Concursos y Quiebras

Un Derecho Concursal vetusto y adormecido, para paliar crisis modernas y dinámicas (por un Derecho Concursal para empresas)

AB. MAGISTER GUILLERMO MEDAWAR

I. Introducción

La República Argentina está atravesando una nueva crisis (y van...). Como una inexorable consecuencia de esta situación económica, se incrementan los casos de presentaciones concursales preventivas, cierres de empresas y quiebras decretadas. Y con ello, la pérdida de fuentes de trabajo.

Según recientes publicaciones de periódicos nacionales, En el último trimestre, el número de solicitudes de apertura de Concursos Preventivos, más las quiebras decretadas, ascendió a 292 casos entre Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires y Ciudad de Córdoba¹.

En escenarios como el descripto, en los que la sociedad toda comienza a preocuparse (o debiera, al menos) por los incrementos en las tasas de desempleo y la subsistencia de las compañías, es que adquiere mayor protagonismo la normativa especial vigente para brindar soluciones a las crisis empresarias, la que en nuestro país es -por excelencia, y sin perjuicio de la existencia de otras regu-

¹ Infobae. Digital: 8/9/2019 “Cinco empresas por día se ven afectadas por problemas de concursos de acreedores o quiebras”. En el mismo artículo, un socio de la conocida firma de abogados Marval, O’Farrell & Mairal, explica: “Durante los últimos 12 meses hemos detectado un incremento no solo en las consultas sobre pedidos de quiebra por parte del deudor o de acreedores, pedidos de concurso preventivo o presentaciones de acuerdos preventivos extrajudiciales y de solicitud de procedimientos preventivos de crisis, sino también un incremento en las consultas sobre reestructuración privada de deuda (acuerdos de refinanciación extraconcursales), cierres voluntarios de compañías o negocios y reorganización y venta de compañías en situación de crisis financiera”.

laciones para actividades específicas- la Ley de Concursos y Quiebras² (en adelante, “LCQ”).

Este régimen, todavía hoy, constituye una mera derivación o adaptación de su versión original, que fuera aquella quiebra creada para sancionar la persona del fugitivus propter debita.

En consecuencia, mantiene, elevados a dogmas, anacronismos tales como exigir la existencia del Estado de Cesación de Pagos, en procesos voluntarios como el Concurso Preventivo o la Propia Quiebra. Cuestión absolutamente incompatible con el desarrollo tecnológico, las herramientas de gestión, los recursos humanos, las técnicas de management y con la evolución de las empresas (deudoras y acreedoras) en general. Tal como se intentará desarrollar.

Lo cierto es que nuestro sistema concursal, exige al deudor, encontrarse en Estado de Cesación de Pagos, para poder solicitar la apertura de su concurso preventivo. Lo hace tanto en el artículo 1° de la LCQ, como en el Artículo 11 inc. 2), al exigirle que explique las causas concretas de su situación patrimonial “con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiere manifestado”; y cumpla de ese modo con el presupuesto objetivo, presupuesto material o requisito objetivo de los concursos.

Y -según lo tiene dicho la doctrina- la mera confesión del deudor, de encontrarse en Estado de Cesación de Pagos, si bien es un requisito “formal” de la presentación, no resulta suficiente como “elemento constitutivo” de dicho estado³. O sea que la mera declaración, no debiera suplir al “real” Estado de Cesación de Pagos.

A todo esto, un empresario previsor, que se encuentra ante un cambio de reglas de dimensiones siderales, como los que suelen acontecer en nuestro país, con defaults “selectivos”, reperfilamientos, devaluaciones fabulosas y muy abruptas, puede llegar a conocer con toda precisión, que en el futuro (mediato o inmediato), no podrá cumplir con las obligaciones contraídas (obligaciones

² Ley de Concursos y Quiebras N° 24.522(Adla, LV-D, 4381), con las modificaciones introducidas por Leyes N° 24.587, N° 24.764, N° 24.760, N° 25.113, N° 25.248, N° 25.374, N° 25.563, N° 25.589, N° 25.640, N° 25.750, N° 25.972, N° 26.086, N° 26.422, N° 26.457, N° 26.684, N° 27.170, Decretos P.E.N. N° 367/96, 1387/01, 1384/01, RG AFIP N° 4241/96, 745/99, 970/01, etc.

³ MARTORELL, E., Tratado..., t. I, pág. 323: “En primer lugar, la voluntad del deudor no es un elemento constitutivo del Estado de Cesación de Pagos, ni puede suplir la falta de impotencia patrimonial objetiva”. Cita a CAMPOS, Luis E., “La cesación de pagos y la voluntad del deudor”, R.D.C.O., n° 1, pág. 95. Del mismo modo opina HEREDIA, ob. Cit.

negociables emitidas, cheques de pago diferido con vencimiento a semanas o meses, adquisiciones de mercadería in fieri, cuotas de planes de pagos de deudas fiscales, y un interminable etcétera); pero ¿Puede el Estado de Cesación de Pagos tener causa en una obligación con plazo aún no vencido o sujeta a una condición suspensiva aún no cumplida?

Reiteramos que la interpretación literal de la LCQ solo habilitaría a concluir que el Estado de Cesación de Pagos debe ser “actual” al momento de la solicitud de apertura, por cuanto el art. 11, inc. 2º, exige al deudor estimar la fecha de cesación de pagos, y no parece razonable sostener que esta podría ser futura (posterior a la presentación).

Esto no significa que el deudor deba haber ya incurrido en algún incumplimiento para que el Estado de Cesación de Pagos pueda configurarse. Cuestión esta, casi sin discusión en la doctrina, desde la adopción definitiva -por nuestro sistema- de la tesis o doctrina amplia⁴. Martorell lo explica del siguiente modo: “... como nadie lo ignora, bien puede ocurrir que un sujeto se halle in malis -o sea, imposibilitado de pagar- y, sin embargo, su crisis no se traduzca en incumplimientos”. Y pone como ejemplo de esto a quien “maquilla” su situación: “malvendiendo activos, asumiendo reclamos alocados, etc., lo cual habrá de terminar, indefectiblemente, perjudicando a la masa de acreedores”⁵.

La cuestión que se aborda bajo este tópico no tiene vinculación únicamente con un Estado de Cesación de Pagos sin incumplimientos, sino con el caso de un deudor que conoce, porque sus herramientas se lo permiten, que en un futuro no podrá cumplir con sus obligaciones, pero que aún no ha “malvendido” ni tiene pensado “malvender” activos; no ha “asumido reclamos alocados” ni tiene pensado hacerlo; no está intentando “maquillar” que no podrá cumplir.

Para ese deudor no existe exteriorización alguna de cesación de pagos ni de insolvencia. Cuenta con fondos suficientes como para cubrir los vencimientos que tiene planificados para los días -que podrían ser semanas y hasta meses- por venir. Pero sabe, conoce, está absolutamente seguro, que, en algún momento, cuando cierta obligación venza o se “actualice”, no podrá cumplirla. O sea, que tarde o temprano, terminará concursado.

⁴ MIGUENS, H., El Concepto de “Estado de Cesación de Pagos” en el Derecho Concursal Argentino. Profesor Asociado de Derecho Concursal Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina. Recepción: 15 de junio de 2012 Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2012. <https://riu.austral.edu.ar>.

⁵ MARTORELL, E., Tratado..., t. I., pág. 304.

Para arribar a dicho convencimiento, no se requiere un nivel de sofisticación tan alto, sino solo que el empresario lleve un flujo de fondos proyectado (recurso utilizado hasta por las micro pymes) que de repente debe modificar porque conoce que un ingreso (que tenía proyectado) no se producirá. Verbigracia, porque su cliente “único” quebró; porque sus activos financieros fueron “reperfilados; o porque la empresa automotriz le rescindió el contrato a su autopartista, quien deberá iniciar un juicio ordinario en extraña jurisdicción persiguiendo la indemnización, pero antes le entrarán todos los cheques que esta última emitió; o porque la autoridad ambiental decidió clausurar una empresa minera a quien un proveedor le prestaba servicios con exclusividad; y un etcétera muy extenso. Estos casos de sudden stop en los ingresos de una empresa, no solo son factibles en la práctica, sino que “acontecen”, y con una frecuencia altísima que se eleva aún más en situaciones macroeconómicas como la actual.

Si este deudor concluyere que no puede reestructurar esos pasivos en forma extrajudicial o mediante un Acuerdo Preventivo Extrajudicial (por ejemplo, porque ni siquiera conoce quién es el tenedor de los cheques que emitió, porque estos circularon), cuenta entonces con dos opciones: i) ceñirse a la letra de la ley, y ser un deudor “honesto” según la más prestigiosa doctrina, y “esperar” al vencimiento de las obligaciones o a que se “revele” su Estado de Cesación de Pagos o; ii) ponerse “creativo”, y “encontrar la forma” de justificar un Estado de Cesación de Pagos que técnicamente aún no se ha configurado, aparentando alguna forma de exteriorización del mismo o produciendo ex professo algún incumplimiento aislado (dejando vencer la DDJJ de IVA del mes anterior), y afirmando que la época de la cesación de pagos, se produjo “el día antes de la presentación”.

Por otra parte, siendo que para todos los casos la ley fija el mismo presupuesto objetivo (para procesos preventivos o liquidativos, para procesos voluntarios o involuntarios), si se admitiere que el Estado de Cesación de Pagos podría configurarse antes de que se “exteriorice”, entonces cualquier acreedor podría solicitar la quiebra de cualquier deudor “por las dudas”. Cuestión que no parece saludable para ningún sistema y que de hecho es expresamente excluida por el nuestro, desde que el art. 83 de la LCQ actual, establece que el acreedor peticionante de la quiebra debe gozar de un “crédito exigible”.

Con respecto a la posibilidad de solicitar la quiebra con un crédito “ilíquido”, se suscitó en la doctrina un muy entretenido debate con la vigencia de la ley 19.551 (que habilitaba a “todo acreedor” a solicitar la quiebra), encabezado por

Ernesto Martorell⁶, por una parte, y Lidia Vaiser⁷, por la otra. El primero de los citados relata en su tratado⁸, que la segunda, quien a esa fecha lo “honra con su amistad”, lo trató algo así como de esquizofrénico, sujeto a “patologías psiquiátricas” y pasible de “caer en una contradicción irracional”.

En definitiva, triunfó la tesis del tratadista citado, y el texto vigente de la LCQ, solo admite el pedido de quiebra con un “crédito exigible”, tal cual mencionáramos. Con lo que no se presentan interrogantes con respecto al concurso (liquidativo) involuntario.

Queda de ese modo, sin resolver, el “catch 22” en que la LCQ pone al deudor que, conociendo que no tiene acceso a una solución extrajudicial (incluyendo al APE¹⁰), aún no incurre en Estado de Cesación de Pagos y necesita reestructurar su pasivo.

Y en la posición similar en la que se encontrará un Juez Concursal, ante una petición de apertura presentada por un deudor que se encuentra en una situación como la antes descripta. Ante lo cual queda al magistrado, que no quiere hacer la “vista gorda” al pedido: i) vedarle al deudor el acceso a la solución preventiva concursal por no haber este incurrido en Estado de Cesación de Pagos; ii) admitir que -en los procesos voluntarios- el Estado de Cesación de Pagos pueda acreditarse aún sin haberse “revelado”, por ejemplo, mediante la suficiente justificación por el convocatario, de que una o más obligaciones futuras, se actualizarán indefectiblemente (porque vencerá su plazo o acontecerá inevitablemente la condición a las que estaban sujetas), y que además su patrimonio resultará -en ese momento- impotente para afrontarlas.

⁶ MARTORELL, Ernesto Eduardo, Breves Estudios sobre concursos y quiebras: ¿Se puede pedir la quiebra a un deudor al que se continúa ejecutando individualmente?, LL, t. 1993-C, pág. 874.

⁷ VAISER, Lidia, La teoría versus la práctica y el pedido de quiebra. Acerca de un artículo aparecido en “La Ley”, t. 1993-C, pág. 874, titulado “Breves estudios sobre concursos y quiebras”, “LL”, t. 1993-D, pág. 1011.

⁸ MARTORELL, E., “Tratado...”, t. I, pág. 326.

⁹ Se conoce bajo “catch 22” en los países de habla inglesa, a la situación paradójica bajo la cual un individuo no puede escapar por encontrarse ante reglas contradictorias. Por ejemplo: “¿Cómo se supone que ganaré experiencia laboral si cada vez que aplico para un trabajo, me exigen que tenga experiencia laboral para ser contratado?”.

¹⁰ El APE ha sido reconocido por la más prestigiosa doctrina, como un “subtipo concursal” (TRUFFAT, Daniel E., El Nuevo Acuerdo Preventivo Extrajudicial. Ley N° 25589. Ad-Hoc. 2002), con lo cual podría no ser del todo ajustada la denominación “extrajudicial” utilizada.

La presente colaboración es un humilde intento de sembrar esta última posición (sin pretender ser tan ambicioso como lograr una modificación conceptual a la LCQ); lo que incluye una invitación a un breve repaso sobre los aspectos generales del instituto, pero también a reflexionar sobre ciertas cuestiones tales como si el Estado de Cesación de Pagos cumple el mismo rol en los procesos involuntarios (peticiones de quiebra por acreedor) que en los voluntarios (propia quiebra o concurso preventivo); si efectivamente esperar a que se consolide el Estado de Cesación de Pagos, es coincidente con los fines del concurso preventivo; un breve análisis sobre legislaciones que habilitan la solución concursal, ante la sola petición del deudor (sin necesidad de que invoque este, ni demuestre, una situación patrimonial “objetiva”). Todo ello confrontado con lo que en termina aconteciendo en nuestra práctica concursal nacional, en la que -por las propias limitaciones de la misma LCQ- el Juez carece de posibilidades ciertas de analizar con profundidad el cumplimiento de este supuesto, en cada caso de presentación voluntaria. Y por último, si realmente la permisión al concursamiento -sin la exigencia aludida- habilitaría conductas abusivas, o las mismas pueden ser neutralizadas (en el marco de la LCQ), en otras instancias procesales ulteriores, por el Tribunal.

II. El Estado de Cesación de Pagos como presupuesto objetivo de los procesos concursales

El art. 1° de la LCQ, establece que: “El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afectó, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley...”.

Por su parte, el inc. 2), del art. 11, LCQ, exige que el deudor, en su presentación, deberá: “Explicar las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera manifestado”.

Más allá de estas normas, que literalmente mencionan al Estado de Cesación de Pagos (“Estado de Cesación de Pagos”), observaremos que el resto del articulado de la LCQ se encuentra imbuido en su totalidad, de este principio.

El profesor Martorell¹¹, citando a Yadarola explica que el Estado de Cesación de Pagos: “Es aquel estado del patrimonio que se revela impotente para atender las obligaciones exigibles”. Afirma que este es el concepto adoptado también por Quintana Ferreyra, y explica que esa definición destaca convenientemente que el incumplimiento es un “fenómeno de voluntad”, en tanto que la insolvencia es un “fenómeno de posibilidad”¹².

El profesor Miguens, en su estudio especial sobre Estado de Cesación de Pagos, entiende que la mejor definición es “el estado patrimonial del deudor de incapacidad de pagar sus deudas, con carácter permanente y generalizado, evidenciada por hechos reveladores no taxativos, que es conceptualmente diverso del mero desequilibrio aritmético entre activo y pasivo y que debe ser apreciado en cada caso prudencialmente por el juez, previa citación del deudor”¹³.

Sin ánimo de analizar exhaustivamente los antecedentes normativos patrios, en materia de Estado de Cesación de Pagos, sobre lo cual existen obras de una rigurosa completividad como la citada en el párrafo anterior¹⁴, solo como reseña cabe mencionar, siguiendo a Heredia¹⁵, que “El Código de Comercio francés regulaba lo atinente a la quiebra. El art. 437, apart. 1º, disponía que “todo comerciante que cesa en sus pagos se halla en estado de quiebra”. Completaba la idea el art. 441 al prescribir que “la apertura de la quiebra es declarada por el tribunal de comercio: su época es fijada, sea por el retiro del deudor, sea por la clausura de sus almacenes, sea por la fecha de cualquier acto que demuestre la negativa de cumplir o de pagar los compromisos mercantiles. Todos los actos antes mencionados no comprobarán sin embargo la apertura de la quiebra, sino cuando haya cesación de pagos o declaración del fallido”.

El autor citado continúa explicando¹⁶ que “Nuestro Código de Comercio, redactado por Acevedo y Vélez Sarsfield, también recibió en materia concursal

¹¹ MARTORELL, Ernesto Eduardo, Tratado de Concursos y Quiebras, Depalma, Buenos Aires, 1998, t. I., ps. 314.

¹² Cita a Francesco Carnelutti, y a Raymundo Fernández, Fundamentos de la quiebra, pág. 294.

¹³ MIGUENS, Héctor José, Profesor Asociado de Derecho Concursal, Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina. El Concepto de “Estado de Cesación de Pagos” en el Derecho Concursal Argentino, Recepción: 15 de junio de 2012. Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2012. <https://riu.austral.edu.ar>.

¹⁴ Al respecto puede verse MIGUENS, H. El Concepto de “Estado de

¹⁵ HEREDIA, Pablo, Tratado Exegético de Derecho Concursal, Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. 1, pág. 45.

¹⁶ HEREDIA, P., Tratado ..., pág. 46.

dicha influencia del Código francés, inclusive en forma indirecta, a través de los Códigos español de 1829, de Portugal, de Holanda, del Imperio del Brasil y del Código de Württemberg, que mejoraron sus soluciones”.

Nuestro Código de Comercio original, legislaba en su “Libro Cuarto – De las Quiebras”, lo relativo a un proceso concursal entonces prácticamente limitado a su faz liquidativa y que tenía como legitimados, solamente a los comerciantes. Establecía en su artículo 1379, ubicado en el Título Primero “Disposiciones Generales”, que: “La cesación de pagos, ya se trate de una o varias obligaciones comerciales, y sea cualquiera su causa determinante, constituye el hecho generador del estado de quiebra. De ese estado solo son susceptibles los comerciantes y colectividades que revisten ese carácter”.

Es entonces, desde la primera manifestación legislativa a nivel nacional sobre quiebras, la Cesación de Pagos, el presupuesto objetivo de las falencias.

En su artículo siguiente, el Código de Comercio efectuaba precisiones en torno al Estado de Cesación de Pagos: Artículo 1380: “La cesación de pagos relativa a créditos u obligaciones que no tienen carácter comercial, no puede servir de extremo legal para producir el estado de quiebra. No es necesario, sin embargo, que la cesación de pagos provenga de una causa comercial” (la transcripción es textual, con las reglas idiomáticas vigentes al año 1889).

Se explicaba incluso cómo afectaba el Estado de Cesación de Pagos al patrimonio del fallecido. Art. 1382: “La quiebra puede ser declarada después del fallecimiento de un comerciante, cuando la muerte se ha verificado en estado de cesación de pagos...”.

E incluso el modo en que el Estado de Cesación de Pagos influía en los sujetos devenidos en no comerciantes: Art. 1383: “La persona que ha dejado de ser comerciante, puede ser declarada en quiebra siempre que se compruebe que la cesación de pagos tuvo lugar cuando ejercía el comercio...”.

El art. 1389 legislaba sobre la oportunidad en que el deudor debía manifestar su estado: “... dentro de tres días contados desde la cesación de pago. El día de la cesación queda incluido en los tres del plazo”. Al parecer, el plazo era entonces de dos días, contado conforme lo estableciera luego el Código Civil en el “Modo de Contar los Intervalos en el Derecho”. Lo relevante del término fijado, era que si la declaración era considerada intempestiva, el Juez debía expedir la orden de arresto del fallido (confr inc. 6º, del art. 1396¹⁷).

¹⁷ “Art. 1396: La providencia que declare el estado de quiebra de un comerciante, deberá

El art. 1392 aclaraba que el acreedor legítimo que solicitare la declaración en quiebra de su deudor debía “presentar al Tribunal la prueba de los hechos o circunstancias que indique y de las que resulte que el deudor ha cesado efectivamente en sus pagos”. Tal como se explicara en la nota al pie anterior, la declaración en quiebra a instancias de acreedor detonaba la orden de arresto del deudor. Dicha orden debía emitirse en la providencia que declaraba la quiebra, en la que también debía fijarse “provisoriamente” el “día de la cesación de pagos a cuya fecha deberán retrotraerse los efectos de la quiebra”.

En definitiva, y más allá de los ejemplos antes dados, todo el Libro Cuarto del Código de Comercio Argentino, estaba estructurado en derredor del Estado de Cesación de Pagos.

Hasta ahí el Estado de Cesación de Pagos se vinculaba estrictamente con el concurso liquidativo.

Explican los autores¹⁸ que “Los últimos años del siglo XIX marcan la franca aparición de una nueva solución concursal, el “convenio preventivo judicial”, de incipiente desarrollo hasta entonces”¹⁹.

En nuestro país, y sin perjuicio de algunos intentos legislativos anteriores²⁰, fue la Ley N° 4156²¹, de neto corte privatístico, la que introdujo cambios revolucionarios en el sentido expuesto en el párrafo anterior²², que de hecho fueron

contener: (...) inc. 6°) La orden de arresto del fallido, cuando éste no hubiere cumplido con la disposición del artículo 1389 al presentarse en estado de quiebra; y cuando la declaración se hiciera a instancia de acreedores, ó por fuga ú ocultación del comerciante...”

¹⁸ HEREDIA, Pablo, Tratado Exegético de Derecho Concursal, Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. 1, pág. 47.

¹⁹ Cita a “los estatutos italianos de Lucca de 1500 y el de la Corte de Mercancía de Florencia de 1585, parecen ser los antecedentes más remotos del instituto. ConfrSantarrelli, U., obcit, pas 301”.

²⁰ MIGUENS, ob. Cit., explica que “Durante la década 1890-1900 se presentaron varios proyectos de reformas. Respecto de la situación anterior a 1902 cabe decir que después de la caída del Presidente Juárez Celman (1886-1890) hubo que revisar la legislación comercial, especialmente en materia concursal. Se empezó por el régimen de moratorias, modificándose el art. 1592 del Código de Comercio, que no permitía la prórroga de aquéllas. Luego de esa modificación se estableció la posibilidad de prórroga por dos veces consecutivas, mediante la Ley N° 2.889. La moratoria -como en otros países- terminó fracasando en la Argentina”.

²¹ <http://bibliotecadigital.econ.uba.ar>.

²² MIGUENS, ob. Cit. “Las moratorias, que tan malos resultados habían dado, quedaron suprimidas. Se suprimió también el carácter oficial y de control judicial del juicio de quiebra y se implantó el -aparentemente fracasado sistema inglés de 1869- régimen de la autonomía o del voluntarismo de los acreedores al deferir al voto de la mayoría de

pasibles de innumerables críticas, no en cuanto a la recepción de los institutos en sí, sino en el modo en que fueron legislados²³. Entre dichas modificaciones constaba la novedad del procedimiento preventivo, con un concordato y un procedimiento de adjudicación de bienes, un régimen de mayorías de acreedores para la quiebra; etc.²⁴ Pero en lo que a este trabajo concierne, se destaca que la Ley N° 4156 mantuvo incólume al Estado de Cesación de Pagos, como presupuesto objetivo, de los procesos concursales.

Idéntica situación aconteció con la Ley N° 11.719 o “Ley Castillo”, que retornó a un régimen más publicístico, con mayor protección de los acreedores, devolviendo mayores facultades al Juez del Concurso, pero sin abandonar ni de ningún modo menguar, la importancia del Estado de Cesación de Pagos (con idéntica denominación), como presupuesto objetivo de todos los concursos.

En cuanto a las Leyes N° 19.551 y N° 24.522, autores de enorme prestigio sostienen que “Respecto de los textos legislativos sancionados luego de 1933 cabe mencionar los arts. 1, 77, 78 y 79 de la Ley concursal N° 19.551 de 1972, la reforma de la Ley N° 22.917 de 1983, La ley concursal N° 24.522 de 1995 y las reformas parciales de las Leyes N° 25.563 y N° 25.589 de 2002, la Ley N° 25.972 de 2004 y la Ley N° 26.684 del 1° de junio de 2011. Estas normas continuaron la mejor tradición sobre el concepto amplio del ECP”²⁵.

No ingresaremos en las diferentes doctrinas aplicables al Estado de Cesación de Pagos (denominadas como “materialista”, “intermedia” y “amplia”²⁶), por en-

éstos las soluciones más importantes de aquél¹⁰. Las otras dos características principales de la ley de 1902 fueron la incorporación del concordato preventivo y la adjudicación de bienes como soluciones preliminares de la falencia”.

²³ MARTORELL, Ernesto Eduardo, Tratado de Concursos y Quiebras, Depalma, Buenos Aires, 1998, t. I., ps. 101 a 106.

²⁴ HEREDIA, P., Tratado ..., t. 1, pág. 135; MARTORELL, E., Tratado..., pág. 101 a 106.

²⁵ MIGUENS, ob. Cit. Refiriéndose obviamente con la sigla ECP, al Estado de Cesación de Pagos.

²⁶ El autor, citado en la nota anterior, explica: “Acerca del concepto del ECP la doctrina europea comparada ha formulado distintas teorías o doctrinas acerca del concepto del ECP. La doctrina argentina ha seguido, en líneas generales, los conceptos de los autores italianos, franceses e incluso belgas, pero no de todos ni totalmente, ni tampoco ha seguido a pies juntillas la terminología que usaban esos autores ni los respectivos textos legales sancionados. Por el contrario, en muchos casos sólo ha recogido los fundamentos esgrimidos, los ha reconducido y redefinido y ha elaborado una sistemática distinta, incluso bautizando las doctrinas por sus respectivos nombres. Esto ha ocurrido especialmente en el caso de Raymundo L. Fernández, quien es el principal autor que ha tratado con profundidad inigualable la cuestión del ECP en la doctrina argentina. Los autores

tender que la aludida discusión se encuentra agotada, y porque no resulta útil para el abordaje de las cuestiones que más abajo se intentan dilucidar. Fundamentalmente porque las tres doctrinas, requieren de alguna forma de “exteriorización” del aludido estado²⁷.

Lo que pretendemos rescatar de un análisis probablemente simplista al extremo, del rápido “travelling” (al decir de Martorell) de la normativa nacional en materia falencial, es que podría arrojar como conclusión, que el Estado de Cesación de Pagos fue fijado por la legislación mencionada, en un principio, como un presupuesto objetivo de la quiebra, incluso más: de la quiebra de un comerciante particular, bajo un esquema normativo sancionatorio y personal (con restricción a la libertad ambulatoria del fallido, incluida). Que luego las mismas normas sobre falencias, que introdujeron soluciones preventivas de la quiebra, mantuvieron “mutatis mutandi” la Cesación de Pagos, como presupuesto -también- de los Concursos Preventivos²⁸, que tuvieron como legitimados ya, no solo al comerciante particular, sino también a las corporaciones.

O sea, como si el presupuesto objetivo o “material”, conocido como Estado de Cesación de Pagos, cuya justificación para la quiebra es incuestionable (en especial cuando esta es solicitada por un acreedor), se hubiera “traspasado” al Concurso Preventivo; cuando no pareciera jugar el mismo papel en uno y en otro proceso, justamente porque estos procesos no tienen un objetivo en común, ni surge tan diáfananamente que tengan una razón de ser en común (que ambos existan como “consecuencia” de la cesación de pagos).

han sistematizado en tres las doctrinas aplicables al tema, que se analizan a continuación: son la materialista, la intermedia y la amplia, conforme la terminología creada por Fernández”.

²⁷ Ver MIGUENS, ob. Cit. Redundamos en que esta es una de las publicaciones con mayor rigor en el estudio del Estado de Cesación de Pagos, entre lo que se menciona -pero sin limitarse- al análisis de las diferentes doctrinas. Todas tienen como factor en común, a la “exteriorización”, prescindiendo la “amplia” del incumplimiento como única forma de ello.

²⁸ De alguna manera, MAFFÍA, Osvaldo, en *Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial* (LA LEY 1984-C, 775 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 205), sostiene esta posición. Aunque no lo dice textualmente de ese modo.

III. Los presupuestos de la quiebra y del Concurso Preventivo, no son idénticos

Iglesias²⁹ explica magistralmente el sentido de la quiebra. Entonces traza un parangón entre la situación de normalidad y la que surge de la cesación de pagos de un deudor. Entonces dice, respecto a la primera: “En el orden lógico, antes de nada, conviene recordar los medios de conservación de la garantía patrimonial. El patrimonio del deudor asume en la confrontación con el acreedor una función de garantía litispendiente de la obligación, y el acreedor tiene derecho a confiar en esta función; la protección específica de tal confianza es una extensión de la protección del derecho subjetivo...”. Y agrega que en esta situación de normalidad: “No hay duda de que el marco de la protección jurisdiccional ejecutiva resuelve las exigencias de tutela de cada derecho subjetivo perteneciente a cada acreedor...”.

Pero agrega después que, sin embargo, esta protección, ante la insolvencia del deudor, deja de resultar idónea o -más bien- queda subordinada ante una nueva perspectiva que impone esta situación: “El legislador de la quiebra asume un problema y una perspectiva extraños al legislador ordinario. No ha tenido en cuenta exclusivamente la relación entre el acreedor individual y el deudor también individual; ... no se ha puesto frente a una perspectiva de mera justicia conmutativa, sino que ha afrontado una realidad más compleja, una situación plurisubjetiva caracterizada por relaciones intersubjetivas de solidaridad y de complementación frente a un único sujeto contrapuesto...”. Agrega: “Este hecho es el estado de insolvencia del comerciante... que comporta la certeza preventiva del incumplimiento de todas las obligaciones, incluso la relativa a acreedores que todavía no han requerido alguna protección jurisdiccional. Además pone en evidencia una causa del incumplimiento que, encontrándose ligada a factores generales, irreversibles por voluntad del deudor, adquiere un significado general y permanente en las relaciones entre el patrimonio del deudor y los patrimonios de todos los acreedores”³⁰.

Luego es cierto que el autor citado, no adhiere a criterios relativos al análisis económico³¹, sino que más bien -por el contrario- los critica; lo que además es

²⁹ IGLESIAS, José Antonio, Derecho Concursal, pág. 40 (Cuadernos Master en Derecho Empresario Universidad Austral. Materia: “Crisis, Insolvencia y Cesación de Pagos”. Profesor: Dr. José A. Iglesias).

³⁰ IGLESIAS, J.A., Derecho Concursal”, pág. 40.

³¹ Ver: IGLESIAS, José Antonio, La filosofía de la ley de concursos y quiebras, L.L., t.

común a otros doctrinarios argentinos³². Pero no luce demasiado controvertible que la quiebra, más allá de ser un fenómeno jurídico, tiene “al menos” como “uno” de sus objetivos, el de lograr la justicia distributiva, mediante la optimización de la liquidación de los bienes del deudor. O sea, que la protección jurisdiccional que resulta eficiente para situaciones de normalidad deja de serlo ante la insolvencia del deudor, y se necesita de otro tipo de protección jurisdiccional del crédito de los acreedores, que resulte más “eficiente” en ese sentido. Más abajo ingresaremos en el concepto de “eficiencia”.

Con respecto al Concurso Preventivo, ha sido dicho y reiterado por la doctrina, que los principales objetivos del mismo, en especial bajo su formulación vigente, son el “Interés de los Acreedores” (“supremo interés...” según lo expone algún autor³³) y -luego- la Conservación de la Empresa³⁴. De hecho, estos propósitos ya se mencionaban como tales en las Leyes N° 11.719 (“Ley Castillo”) y en especial en la Ley N° 19.551, lo que hasta fue objeto de la crítica sagaz de Osvaldo Maffía en lo que a la “conservación de la empresa” se refiere³⁵.

Si los principios antes enunciados son el “norte” del Concurso Preventivo, tal vez podría decirse entonces -y “también” (redundo en el término no excluyente)- que el objetivo de la solución preventiva esté vinculado -al igual que el caso de la quiebra- a la búsqueda de la solución más “eficiente”. Esta vez sería, la que signifique -o pueda potencialmente significar en- un menor perjuicio para todos los involucrados, en comparación con la (solución) liquidativa. Sin que ello signifique dejar de lado ningún principio de justicia o equidad.

En términos de análisis económico³⁶, y sin pretender profundizar exhaustiva-

1995-E, págs. 1188-1196.

³² MARTORELL, E., “Tratado...”, t. I., pág. 169, cita a Rawls: “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva y esclarecedora que sea, tiene que ser rechazada o revisada si no es verdadera. De igual modo no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes; si son injustas, han de ser reformadas o abolidas. Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que incluso el bienestar de la sociedad como un todo no puede atropellar”. RAWLS, Teoría de la justicia, Fondo de Cultura Económica, 1993, pág. 19.

³³ MARTORELL, E., Tratado..., t. I., pág. 158.-

³⁴ IGLESIAS, J.A., La filosofía de la ley ... págs. 1188-1196.

³⁵ MARTORELL, E., Tratado..., pág. 131, explica: “La permanente referencia a la “conservación de la empresa”, que no resultó otra “machieta” de la anterior Ley de Quiebras. Sobre esta cuestión, destaca Maffía que “la conservación de la empresa es un ideal, no un régimen concreto”.

³⁶ Sin pretender ingresar en un Análisis Económico del Derecho Concursal, que obligaría

mente en esta materia, y ni siquiera sugerir que debiera ser la “única” óptica de análisis³⁷, no pareciera incorrecto suponer que la ratio legis del Concurso Preventivo fue “también”, la de habilitar la posibilidad legal, de salir del “juego de suma cero” que implica la liquidación del deudor por quiebra.

La frase “juego de suma cero”, fue instalada por la Teoría de Juegos, que fuera mayormente divulgada por John Forbes Nash, Reinhard Selten y John C. Harsanyi³⁸, porque fueron galardonados con un Premio Nobel³⁹, aunque, aparentemente⁴⁰ sus creadores fueron John Von Neumann y Oskar Morgenstern⁴¹. Esta teoría de juegos es un área de la matemática aplicada que utiliza modelos para estudiar interacciones en estructuras formalizadas de incentivos (los llamados «juegos»). La teoría de juegos se ha convertido en una herramienta sumamente importante para la teoría económica y ha contribuido a comprender más adecuadamente la conducta humana frente a la toma de decisiones⁴².

En teoría de juegos, un juego no cooperativo es aquel en el cual sus jugadores toman decisiones para su beneficio personal, lo cual no impide que -en algunos casos y “casualmente”- dicha toma de decisiones pueda favorecerlos a todos⁴³.

a tratar sobre incentivos, desincentivos, las causas y la predicción sobre los efectos de las normas. (HANS-BERND SHÄFER – CLAUS OTT, Manual de Análisis Económico del Derecho Civil, Madrid, 1996); cuando además no son al menos abundantes los autores de esta rama de la Teoría del Derecho, que utilicen conceptos relativos a la Teoría de los Juegos. Con lo que probablemente no sea (ni parece de hecho serlo) propia del análisis económico del derecho; aunque sí lo sea el criterio de Pareto que más adelante se invoca.

³⁷ Menos aún contraponer este análisis, a la “justicia”, ni sostener que la búsqueda de la solución más eficiente debe sostenerse aún en base de situaciones injustas o inconstitucionales.

³⁸ PÉREZ NAVARRO J., JIMENO PASTOR J.L., CERDÁ TENA E., Teoría de Juegos, Pearson Educación, Madrid, 2004.

³⁹ Además porque sobre la vida de John Nash, se filmó una película muy taquillera “Beautiful Mind”, que en nuestro país se tituló “Una Mente Brillante”.

⁴⁰ Según explica ROY GARDNER en su libro Juegos para Empresarios y Economistas, de la Universidad de Indiana (publicada su edición en español por Antoni Bosh, Barcelona, 1995), en realidad Von Neumann y Morgenstern fueron los primeros en resolver “juegos” aplicados a la empresa y a la economía. Por eso es que no se atribuye a ellos el descubrimiento de la Teoría de los Juegos, sino su aplicación a estas ramas.

⁴¹ VON NEUMANN and MORGENSTERN, Theory of Games and Economic Behavior – Sixtieth Anniversary Edition. Princeton University Press, 2007. En esta obra, se dice que ya en 1713 se planteó una solución a un “juego de suma cero de dos personas” en una obra aislada (Comentario de Harold Kuhn, pag. vii del libro antes citado).

⁴² GIBBONS, Robert, Un Primer Curso de Teoría de Juegos (“A Primer in Game Theory”), Universidad de Cornell, Traducción de Paloma Calvo y Xavier Vilá, Universidad de Northwestern, Ed. Antoni Bosh. Barcelona, 1992.

⁴³ PÉREZ NAVARRO J... Teoría de Juegos... pág. 48. Citan a VON NEUMANN y MOR-

En teoría de juegos no cooperativos, un juego de suma cero describe una situación en la que la ganancia o pérdida de un participante, se equilibra con exactitud con las pérdidas o ganancias de los otros participantes⁴⁴. Justamente se le denomina así, porque si se suman las ganancias de todos los participantes, y a ello se le restan las pérdidas de todos los participantes, el resultado es igual a cero.

Esto último pareciera ser lo que acontece en un esquema general de liquidación por quiebra, en la que la mayor “ganancia” de un acreedor (entendida esta como un incremento en el porcentaje de recupero de su crédito), se traduce inevitablemente, en una consecuente “pérdida” (o reducción de la cuota de liquidación) para otros acreedores-jugadores⁴⁵. Justamente, porque la masa de bienes a liquidar no puede incrementarse con posterioridad al cese del deudor. Entonces, permaneciendo fijo el dividendo (masa de bienes), cualquier incremento en el divisor (pasivo), reducirá el cociente (cuota de liquidación). En otras palabras, en una situación *ceteris paribus* (permaneciendo todo lo demás constante), el agregado de un crédito al pasivo del deudor (incorporación del mismo a la masa de acreedores), significa la automática reducción del porcentaje y del dividendo nominal de los demás acreedores, de rango o privilegio igual o inferior al “agregado”⁴⁶.

GENSTERN, quienes al parecer fueron los primeros en formular esta distinción entre “Juegos Cooperativos” y “Juegos No Cooperativos”. Se supone que en los primeros (Juegos Cooperativos), a diferencia de los segundos (no cooperativos) “los jugadores pueden llegar a acuerdos vinculantes (a los que quedarían obligados de manera ineludible)”. O sea, al parecer los Juegos No Cooperativos, se caracterizan porque sus jugadores desconocen de qué manera actuarán los demás jugadores y ningún acuerdo entre ellos, puede resultar vinculante. De allí que resulte tan válido -como hipótesis- “cooperar” o también “traicionar”. También distinguieron a los juegos con “información perfecta” de los con “información imperfecta”, etc. También lo explica DAVIS, Morton D., *Introducción a la teoría de los juegos*, Alianza, Madrid, 1986, págs. 91-172.

⁴⁴ “Se entiende por juego de suma cero aquel tipo de relación humana en la que, para que alguien gane, otro tiene que perder. Es la visión competitiva del juego agónico entre contrarios”. DE GARAY, Jesús, *Una Ética para el Mercado*, Díaz de Santos, Madrid, 1994, pág. 150, nota al pie N° 17.

⁴⁵ Aplica a la quiebra la calificación de “juego”, porque tendría participantes (acreedores, deudor, etc.), reglas (LCQ, cuya aplicación gobierna el Juez del Concurso), algo en “juego” (el patrimonio del deudor), y sus participantes no conocen con exactitud -al inicio- qué porcentaje recuperarán (asimilable a la “ganancia” en un juego) de su crédito, o deberán pasar a incobrable (asimilable a la “pérdida” en un juego).

⁴⁶ Esto como regla general, considerando que la quiebra con continuidad (arts. 189 y siguientes); y la posibilidad de que el síndico celebre o continúe contratos celebrados por

El Concurso Preventivo, por el contrario, al permitir que la empresa deudora continúe girando, habilita la posibilidad -cuanto menos- de que la cuota concordataria a ser percibida por los acreedores resulte mayor a la cuota de liquidación que percibirían en una quiebra. Este principio se encuentra hoy contenido en el sub inc. iv), del inc. b) del art. 52, LCQ, como uno de los requisitos necesarios para habilitar -conjuntamente con los demás enunciados en la norma- el denominado “cramdown power”⁴⁷. Instituto este que ya había sido receptado en el U.S. Code, cuyo sistema -dicho sea de paso- le otorga una importancia tan alta a la comparación entre la cuota concordataria y la de eventual liquidación, que prevé diferentes regímenes de mayorías (a los fines de la homologación del acuerdo o “confirmation”) para uno u otro caso⁴⁸. El profesor Dasso (p), explica esto último de un modo tan científico como deleitable, agregando además que este criterio del best interest creditors test⁴⁹, contenido en la

el fallido; excepcionalmente podrían redundar en una utilidad para la masa; como también podría incrementar las posibilidades de recupero -para los acreedores- la extensión de la quiebra (arts 161 y sgtes, LCQ), o el resultado favorable de acciones de responsabilidad de terceros (arts. 173 y sgtes) y acciones de recomposición patrimonial (vgr. Arts. 118 y sgtes, LCQ, acciones de simulación y paulianas del CCyC). Eliminando estas excepciones, la regla mostraría que en una quiebra “común y corriente”, el patrimonio a distribuir jamás se incrementa (de hecho, normalmente se deprecia), con lo cual, la mayor cuota de liquidación de un acreedor, representa siempre una menor cuota de liquidación de otro.

⁴⁷ Este recurso, tal cual ha sido diseñado en la LCQ, solo encuentra utilidad práctica, en los casos en que el concursado cometió algún error en la propuesta de categorización y agrupamiento de sus acreedores. De lo contrario, matemáticamente, no resultaría necesaria una mayoría del 75% para “aplantar” a las del 66,67%. Por el contrario, como explicaba Maffia (aún antes de la modificación al art. 52) en su publicación *Los Tres Cramdowns de la Ley N° 24.522 (ED, 1/8/1996)*, el único cramdown “existente”, sigue siendo (todavía), el del art. 67, LCQ, porque en ese caso el “grupo” pudo “categorizar” entre los acreedores de las diferentes sociedades concursadas por agrupamiento, pero sigue necesitando las mayorías en cada una de las sociedades, excepto el caso del artículo citado. En cambio, el del art. 52, viene a solucionar un “yerro de categorización” del concursado (o, a veces, del Juzgado), que si en vez de categorizar, formulaba propuestas alternativas, le bastaba con la mayoría de capital del art. 45, LCQ., y no se exponía a ningún “abuso” de un acreedor que represente una “mayoría indisponible” en su categoría.

⁴⁸ En rigor de verdad no existe una modificación en las mayorías, sino en el efecto que tiene el voto negativo de ciertos acreedores (en los porcentajes que fija aquella ley), en uno u otro caso. (DASSO, Angel, *La Prueba Concursal del “Mejor Interés de los Acreedores” y la Exclusión de Voto del Disidente*, LL, 2008-A, 668).

⁴⁹ “...best interest creditors test o ‘prueba del mejor interés de los acreedores’, afirmándose que puede conceptuarse como una contraposición o contraste entre lo que el acreedor disidente recibirá potencialmente con el plan y lo que recuperaría en hipótesis de

Bankruptcy Act, fue también adoptado por otros ordenamientos durante el Siglo XXI, como el alemán, el italiano, el francés y el chileno.

Más allá de ello, la “ganancia” del acreedor, también podría resultar indirecta, por el hecho de poder continuar comerciando, trabajando o de algún modo operando, con el deudor concursado. Y, además, podría también redundar en una mayor utilidad para sujetos que resultan ajenos al proceso en sí, pero que se encuentran a todas luces “comprometidos”⁵⁰ con la empresa, como son sus dependientes⁵¹.

En definitiva, el objetivo del Concurso Preventivo sería el de generar una “mejora de Pareto Potencial” o “mejora potencial en términos de Pareto”, frente a la liquidación por quiebra. O sea, que la quiebra sea evitada, y la empresa “conservada”, siempre que esto redunde en un mayor beneficio al menos para “uno” de los comprometidos, sin que los demás se vean más perjudicados.

La eficiencia de Pareto, también conocida como “óptimo de Pareto”, es un concepto de la economía que tiene aplicaciones en ingeniería y diferentes ciencias sociales. El término recibe su nombre a partir del economista italiano Vilfredo Pareto, quien utilizó este concepto en sus estudios sobre eficiencia económica y distribución de la renta⁵².

declararse la quiebra del deudor y la consecuente liquidación del patrimonio. Si este último valor fuere superior en cuanto resultare del plan, el voto negativo del acreedor resulta suficiente para evitar la homologación: se habla entonces de un voto ‘eficaz’; pero si el valor de liquidación fuere igual o inferior al resultante del plan, el voto del disidente, si bien no se considera como voto a favor del plan y permanece como voto negativo, no es suficiente para impedir la homologación”.

⁵⁰ Una astuta frase de Martina Navratilova (conocida tenista rusa, nacionalizada americana), dice que “La diferencia entre involucrarse y comprometerse, es como el jamón y los huevos. La gallina está involucrada; el cerdo se compromete”.

⁵¹ MAFFÍA, Osvaldo, *Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial*. LA LEY1984-C, 775 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 205: Explica: “...que los procedimientos concursales ya no vehiculizan en primer lugar el derecho de los acreedores; por el contrario, al presente existen otros intereses que se valoran más: ‘la realidad moderna postula, en relación al interés de los acreedores, una consideración prioritaria y autónoma del interés de los trabajadores ocupados en la empresa, que bajo el perfil socioeconómico ya no pueden ser confundidos con los demás acreedores, ni siguiera como categoría de acreedores particularmente cualificados’ -y cita conforme a Jaeger-; y refiriéndose a la administración controlada dice que ‘entre las finalidades del instituto’ se ubica en el centro de la consideración jurídica la empresa, pero no ya en su aspecto subjetivo, sino como portadora de una pluralidad de intereses, entre los cuales asume prevalencia el de la organización hacendal y del trabajo...”

⁵² HANS-BERND SHÄFER – CLAUS OTT, *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*, Madrid, 1996, págs. 39 a 44.

Dada una asignación inicial de bienes entre un conjunto de individuos, un cambio hacia una nueva asignación que -cuanto menos- mejore la situación de “un” individuo, sin hacer que empeore la situación de los demás, se denomina “mejora de Pareto”, “mejora paretiana” o “mejora en términos de Pareto”. Una asignación se define como “pareto-eficiente” o “pareto-óptima” cuando no pueden lograrse nuevas mejoras de Pareto; o sea, cuando la asignación es la más eficiente posible⁵³. El concepto de “eficiencia” en economía, no guarda relación necesariamente con un valor de justicia distributiva, aunque obviamente la mejor situación posible es cuando ambas concurren simultáneamente⁵⁴.

La mejora que generaría la apertura de un Concurso Preventivo sería “potencial”. Primero, en términos literales, porque al tiempo de permitirse el tránsito a la solución preventiva, no es posible conocer con certeza que “al final del día” esta se traducirá en una verdadera “mejora” en los términos antes indicados. Luego porque se entiende como “mejora de Pareto potencial” o “mejora potencial en términos de Pareto”, a aquella que admite que hayan ganadores pero también perdedores, siempre que la ganancia de los primeros sea superior a la pérdida de los segundos⁵⁵.

Como sea, el sistema pareciera incentivar la habilitación de esta posibilidad, facilitando la solución preventiva o -en otras palabras- intentando evitar la declaración de quiebra (haciendo más simple la apertura del Concurso Preventivo, permitiendo al deudor que categorice a sus acreedores, habilitando la Conversión de la Quiebra en Concurso Preventivo, previendo el “cramdown power”⁵⁶;

⁵³ HANS- BERND SHÄFER – CLAUS OTT, “Manual...”, págs. 39 a 44.

⁵⁴ HANS – BERND SHÄFER – CLAUS OTT, Manual..., pág. 45: “La mejor situación posible de una sociedad es, naturalmente, aquella en la que concurren simultáneamente la eficiencia de Pareto y la justicia distributiva. Por eso casi siempre se exige la puesta en práctica de medidas de política distributiva que asignen con neutralidad los recursos, sin perjudicar la eficiencia de Pareto con normas jurídicas ineficientes...”.

⁵⁵ “Insatisfechos con el criterio de Pareto, algunos economistas desarrollaron la noción de una mejora potencial en términos de Pareto (llamada a veces eficiencia de Kaldor-Hicks). Se trata aquí de un intento por superar la restricción del criterio de Pareto en el sentido de que solo se recomiendan los cambios que mejoren por lo menos la situación de una persona sin empeorar la situación de nadie (...) En cambio, una mejora de Pareto potencial permite los cambios donde hay ganadores y perdedores pero exige que los ganadores ganen más que lo que pierden los perdedores” (COOTER, Robert D y ULEN, Thomas, Derecho y Economía, Pearson Education Inc., traducción autorizada Fondo de Cultura Económica, México, Primera edición electrónica 2016).

⁵⁶ Art. 52, LCQ, que autoriza al Juez a homologar la propuesta aún cuando no se hubieren alcanzado las mayorías previstas en el art. 45, LCQ, en todas y cada una de las catego-

e incluso con la apertura del Procedimiento de Salvataje del art. 48, LCQ, que sin ser un proceso preventivo, pareciera existir para intentar evitar la liquidación de los activos de la compañía)⁵⁷.

Más allá de cualquier perspectiva económica, si realmente el Concurso Preventivo encuentra fundamento en el “interés de los acreedores”, en la “conservación de la empresa” o en el de ser una “mejora” frente a la quiebra -o una solución más eficiente que esta, para todos los comprometidos- pues entonces podría resultar razonable preguntarse por qué motivo es que se mantuvo en la legislación concursal, para este tipo de procesos preventivos, el presupuesto objetivo del Estado de Cesación de Pagos.

Ciertamente, para ninguno de los propósitos mencionados en el párrafo anterior, tendría sentido práctico que se exija al deudor la “invocación” y “acreditación” de encontrarse en Estado de Cesación de Pagos, como conditio sine qua non para recién acceder a este remedio “preventivo”. Hasta parece -incluso- un contrasentido.

El profesor Maffía lo explicaba de alguna manera, cuando criticaba abiertamente la adopción del Estado de Cesación de Pagos, como presupuesto para la apertura del Concurso Preventivo: “Mejor pensemos que una vez instalada la insolvencia no cabe esperar milagros, y busquemos soluciones cuando la enfermedad aún es reversible (las metáforas médicas son usuales en la especie) (...) Terminemos de una buena vez con la fantasía rosada de lograr el recupero de una empresa insolvente, y más bien no mezclemos la quiebra con las soluciones preventivas (...) No esperemos nada una vez llegado el extremo de la insolvencia. (...) Sí: la única esperanza fundada consiste en la actuación tempestiva, o si antes de que la insolvencia erosione la situación en medida quizás irreversible”⁵⁸.

IV. El Presupuesto Objetivo en otras normas concursales extranjeras, de relevancia

De hecho existen en el derecho comparado, normas sobre bancarrotas que no le exigen al deudor dicha “acreditación” para acceder a procedimientos similares

rías.

⁵⁷ Así lo explican los autores del proyecto que culminó en la Ley N° 24.522. (RIVERA, Julio César y VÍTOLO, Daniel Roque, Apostillas al nuevo proyecto de la ley de concursos y quiebras, Rev. Derecho Económico, N° 25, 1994, pág. 10 y 11, Cap. II, N° 7 y 8).

⁵⁸ MAFFÍA, O., La metamorfosis...

al Concurso Preventivo, como podría ser la “reorganization” americana, Chapter 11, Bankruptcy Code-, que sin ser un proceso idéntico al Concurso Preventivo, encuentra numerosas similitudes con este último⁵⁹.

Ariel G. Dasso⁶⁰ explica que “Las secciones 301 y 303 (H) del Bankruptcy Code delimitan el presupuesto objetivo del sistema americano, que son comunes tanto del proceso liquidatorio como el conservatorio”. Y agrega que “En los casos en que la reorganización sea solicitada por el mismo deudor (solicitud voluntaria), la sola petición constituye la causa automática de la apertura del procedimiento, independientemente de la situación económica de la empresa”. Y que “Por eso, la doctrina ha considerado que la reorganización es un derecho subjetivo inalienable del deudor”.

Aquí enseña cómo el régimen americano diferencia la solicitud formulada por el propio deudor, de la formulada por un tercero: “En cambio, si estamos frente a una solicitud planteada por un agente distinto del deudor, entonces será necesario que se cumpla alguna de las condiciones contempladas en la sección 303. Estos supuestos son: (i) la falta de pago con carácter general de las deudas a su vencimiento y (ii) el nombramiento de un depositario de los bienes del deudor dentro de los 120 días anteriores a la fecha de la presentación de la solicitud de apertura”⁶¹. Son los que la legislación americana denomina Acts of Bankruptcy.

⁵⁹ Ver: DASSO, Ariel A., Derecho Concursal Comparado, Ed. Legis, Bs. As., 2009.

⁶⁰ DASSO, Ariel G., Código de Quiebras de los Estados Unidos de América – U.S. CODE – Edición Inglés Español. Prólogo Héctor Alegría. Ed. Erreius, pág. XV.

⁶¹ Agrega el autor citado: “En relación con el primer supuesto objetivo (la falta de pago), hubo una discusión en el proceso de discusión legislativa en el Senado de los Estados Unidos acerca de si era necesario que, además de la falta de pago de carácter general, se sumara una situación de crisis, un desbalance, una falta de liquidez y entonces cubrir también aquellos casos en los cuales el deudor hubiere dejado de pagar, no por una imposibilidad material, sino por una cuestión simplemente de dificultad de ponderación subjetiva. Sin embargo, el legislador optó por limitar el presupuesto objetivo simplemente a la falta de pago, con independencia de la situación económica subyacente, alegando que era necesario adelantar el momento de la apertura para facilitar con ello la reorganización. En cuanto al nivel de pagos incumplidos para considerar si existe falta de pago general o no, algunos lo interpretaban en forma numérica, y por lo tanto no sería suficiente el incumplimiento de una porción pequeña de sus deudas, mientras que otros sectores consideran que lo relevante no es el número de acreedores sino la importancia de las deudas y su proporcionalidad con el pasivo del deudor”. (DASSO, Ariel G., “Código de Quiebras de los Estados Unidos de América – U.S. Code. Edición Inglés-Español. Prólogo de Héctor Alegría”. Errepar, 2014, pág. XV).

Dicha legislación, tomada solo como ejemplo, distingue entonces entre los “Casos Voluntarios”⁶² -que son peticiones formuladas por el propio deudor- de los “Casos Involuntarios”⁶³ -que son las peticiones efectuadas por terceros ajenos al deudor-; y solamente exige el “presupuesto objetivo” para el segundo de los casos.

Recordemos que el “presupuesto objetivo” del proceso, bajo el US Code, es diferente al Estado de Cesación de Pagos; y que además bajo aquel régimen -a diferencia del nuestro- a la Reorganización puede solicitarla también un tercero (no es un resorte exclusivo del deudor, como lo es bajo nuestro régimen concursal).

Más allá de estas diferencias trascendentales (que existen no solo entre los regímenes concursales en especial, sino en general entre ambos sistemas jurídicos⁶⁴), lo que resulta rescatable a los fines del presente análisis, es que aquél sistema le permite al deudor acceder al procedimiento de “Reorganización”, cuando este lo considere conveniente, sin tener que esperar a que hubiere incurrido en ninguna situación -económica, financiera o patrimonial- determinada (llámese esta: Estado de Cesación de Pagos o acts of bankruptcy). Y más allá de la relevancia que en aquel sistema tiene la jurisprudencia, que de alguna manera suple los parámetros normativos⁶⁵.

⁶² Sección 301: “Voluntary Cases” a) A voluntary case under a chapter of this title is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under such chapter by an entity that may be a debtor under such chapter. b) The commencement of a voluntary case under a chapter of this title constitutes an order for relief under such chapter” (<https://www.law.cornell.edu/uscode/text>).

⁶³ Sección 303: “Involuntary cases: a) An involuntary case may be commenced only under chapter 7 or 11 of this title, and only against a person, except a farmer, family farmer..., that may be a debtor under the chapter under which such case is commenced. b) An involuntary case against a person is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under chapter 7 or 11 of this title...” (<https://www.law.cornell.edu/uscode/text>).

⁶⁴ Un análisis exhaustivo de estas diferencias, puede verse en GHIRARDI, Olsen A., *Common Law & Civil Law*, Advocatus, Córdoba, 2007.

⁶⁵ “La doctrina del stare decisis (hay que estar obligatoriamente a la decisión del juez anterior) representa la fundamental distinción entre el sistema inglés del common law y el civil law o derecho continental o codificado. En el primero, por dicha doctrina (...) una única decisión, una singular decisión, actúa como una norma singular que debe ser ejercida obligatoriamente por los jueces que resuelven los casos similares que se pueden dar con posterioridad”. (GHIRARDI, O, *Common Law & ...*, pág. 47.)

La comparación con el sistema americano de la Bankruptcy Act, es meramente ejemplificativa, pero también aparece como sumamente relevante, cuando un autor de nuestro medio, de enorme prestigio, como Ariel A. Dasso⁶⁶, afirma que “Los ordenamientos concursales modificados a comienzos del Siglo XXI, en forma masiva, reconocen en alguna medida, unos con mayor intensidad que otros, la directa influencia del derecho falimentario estadounidense expresado en la Bankruptcy Act contenida en el US Code, Título 11, Capítulo 11”. Agregando luego que nuestra Ley N° 24.522 no resultó ajena a dicha tendencia, al incorporar las “la categorización de acreedores, el acuerdo por el tercero, el cramdown, el nuevo punto de partida (fresh start) como descarga (discharge) o, en su caso, novación (...)”⁶⁷.

Un artículo interesantísimo de Osvaldo Maffía⁶⁸, sirve de gran ayuda para ampliar incluso los casos de legislación comparada, de países que hace décadas abandonaron el presupuesto del “Estado de Cesación de Pagos”, para los procesos concursales. Lo que hace criticando -con su afiladísima pluma- a la LCQ, en ese sentido: “Esas dos circunstancias: sólo el concurso preventivo como remedio, y el estado de insolvencia como presupuesto, confirman nuestro anclaje en concepciones remotas: hace cincuenta años -en rigor cincuenta y uno- que la legislación comparada exhibe otras figuras que tienden a superar no ya la insolvencia, sino al modo que fuere los problemas o dificultades empresariales: la Corporate Reorganization norteamericana de 1933 -compañía de ferrocarriles, ampliada en 1943 para todas las sociedades accionarias-; la administración controlada de la legge fallimentare (1942), el régimen parecido de 1956 en Grecia, la suspensión provisoria de las ejecuciones y plan para depurar el pasivo regulados por la Ordenanza francesa del 23 de setiembre de 1967; la ley holandesa de 1976 sobre sociedades de empresa; la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis establecida en Italia por ley del 3 de abril de 1979; la propuesta Chiaraviglio de 1981, las aportaciones de los congresos de Verona

⁶⁶ DASSO, Ariel A., La Prueba Concursal del “Mejor Interés de los Acreedores” y la Exclusión de Voto del Disidente. LL, 2008- A, 668. Publicado en Revista Jurídica Argentina La Ley. Derecho Comercial. Doctrinas Esenciales. Concursos y Quiebras. Jaime Anaya-Héctor Alegría-Directores. T II, pág.697, subtítulo “La Influencia del sistema concursal estadounidense”.

⁶⁷ DASSO, Ariel, La Prueba Concursal ..., Rev. Jur. Arg. LL. Der. Com... pág. 697.

⁶⁸ MAFFÍA, Osvaldo J., Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial, LA LEY 1984 - C, 775 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 205.

(1979) y Sanremo (1981), entre otros, exhiben logros que muestran por dónde anda el mundo en la materia, a saber, soluciones preventivas, en plural de veras, por un lado; por el otro, meramente deudas (corporate reorganization) o dificultad transitoria (administración controlada), o dificultades (proyecto francés del 6 de abril de 1983), o crisis (ley italiana de 1979, propuesta Chiaraviglio, Anteproyecto español de 1983), en lugar de nuestra vetusta cesación de pagos⁶⁹.

Una sola acotación (con el altísimo riesgo que se asume al acotar algo a una fabulosa pieza del derecho concursal, redactada por un verdadero prócer de esta materia, como el profesor Maffía): los casos reseñados por el autor citado, se refieren -no solamente a procesos “preventivos”- sino también a procesos voluntarios. Porque al menos en el caso de US Code, como ya lo observamos, cuando la reorganization es solicitada por un tercero diferente al deudor, sí se requiere de la demostración de un “presupuesto objetivo”, similar al requerido para la declaración en quiebra⁶⁹, que son los que bajo aquel régimen encuadrarían como los denominados Acts of Bankruptcy.

En definitiva, y sin pretender formular un análisis de derecho comparado sobre el Estado de Cesación de Pagos como “presupuesto objetivo” de los procesos voluntarios, lo cierto es que -con la cita al US Code y a las referencias agregadas anteriormente- puede concluirse a priori, que -como mínimo- esta regla de requerir al deudor la acreditación de un “presupuesto objetivo” tan riguroso y extremo -como el Estado de Cesación de Pagos- para acceder a un proceso de reestructuración de deuda con protección legal, no es universal; como sí pareciera serlo -en cambio- el de exigir la acreditación de dicha situación al tercero que pretende la formación de un “caso involuntario”.

V. Las posiciones de la doctrina nacional respecto al Presupuesto Objetivo del Estado de Cesación de Pagos

Por otra parte, en nuestro país, la propia doctrina nacional criticó la adopción del Estado de Cesación de Pagos en la Ley N° 24522, en especial para el concurso preventivo.

⁶⁹ De hecho, ante la petición de un acreedor tendiente a abrir el proceso de Reorganization, el Juez puede -ex officio- decretar la quiebra (liquidation) del deudor. Es el magistrado quien evalúa la conveniencia entre uno u otro proceso.

Esa crítica fue casi general, pero elegimos a Osvaldo Maffía como uno de sus mejores exponentes. Y -por resultar absolutamente imposible explicarlo mejor en otras palabras- transcribimos textualmente su opinión: “La quiebra nació, entonces, como problema de los acreedores frente al comerciante individual que no pagaba: como se ve, la insolvencia en su salsa. Pero desde hace varias décadas ya no son más los acreedores los destinatarios únicos de la preocupación legislativa: ya en 1926 Mossa reclamaba para la empresa el centro de la preocupación del derecho mercantil. De entonces para acá, una orientación ininterrumpida y creciente convirtió en truísmo el reclamo del maestro corso; pero siete siglos de hábito no se sacuden fácilmente, y así vemos convivir las invocaciones más enfáticas a la conservación de las empresas útiles con los vetustos criterios que signaron el origen del régimen falencial; nuestra ley es buena muestra: en lo que hace específicamente a este trabajo sigue manteniendo la vieja noción de insolvencia como presupuesto tanto de la quiebra como del concordado preventivo -la única solución preventiva en vigor”⁷⁰.

El profesor Martorell⁷¹ resume el debate que generó la adopción -por Ley 24.522- del Estado de Cesación de Pagos, de un modo que claramente no podría hacerlo quien suscribe: “Una primera aproximación a la cuestión impone destacar ... que entre los aspectos más criticados al legislador de 1995 se halla el mantenimiento de la adhesión a la noción de ‘cesación de pagos’, y también la entronización, como condicio sine qua non, de la apertura de los procedimientos concursales....Como se sabe, la doctrina nacional propiciaba, incluso con anterioridad a la reforma introducida en el régimen concursal argentino mediante la Ley N° 22.917, la incorporación de otros presupuestos de los procedimientos concursales, como las ‘dificultades’ de las empresas, pese a lo cual la nueva ley optó por mantener exclusivamente a la cesación de pagos”.

Luego continúa explicando cuál fue la posición que tenía entonces, uno de los autores de más prestigio en el país, como es Héctor Alegría⁷²: “Hace algunos años, en un profundo trabajo que mantiene en lo pertinente su vigencia, Héctor Alegría, al efectuar la ‘integración’ de la obra Derecho concursal, de Piero Pa-

⁷⁰ MAFFÍA, Osvaldo J., *Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial*, LA LEY 1984 - C, 775 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doc-
trinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 205.

⁷¹ MARTORELL, Ernesto Eduardo, *Tratado de Concursos y Quiebras*, Depalma, 1998, T I, pág. 303.

⁷² MARTORELL, E., *Tratado...*, T I, pág. 307.

jardi, en la parte dedicada a 'Los presupuestos objetivos de la quiebra', manifestó que no podía terminar su exposición sin hacer mención de los debates actuales sobre el tema analizado. En tal cometido, tras destacar que la cuestión relativa al presupuesto objetivo de los concursos estaba íntimamente ligada a concepciones sobre la función de estos últimos, e impregnada por los condicionantes económico-sociales y políticos del medio y del lugar en que nos ubicáramos, ponía de manifiesto también la incidencia final de las posiciones ideológicas del intérprete, autor o legislador⁷³. Si hacemos un breve travelling sobre la doctrina comparada, observaremos que buen número de autores vienen insistiendo, desde hace años, en cuanto a la necesidad de cambiar la noción de 'insolvencia', o sea de nuestra "cesación de pagos", por otra: la de "crisis de la empresa"⁷⁴.

Los cuestionamientos de quienes piensan de ese modo pasan por dos meridianos, a saber:

1) Los procesos concursales clásicos se han mostrado insuficientes para remediar las crisis empresariales.

2) La legislación debe orientarse hacia un criterio más amplio de salvataje, saneamiento o reorganización de las empresas en dificultades, que permita detectar a más tiempo las crisis, proveyendo, a partir de ello, remedios más tempranos y adecuados".

Martorell también explica cuál fue la respuesta, a este cuestionamiento, brindado por los redactores del proyecto que terminó en la Ley N° 24.522: "Afirma Rivera, en su condición de coautor, junto con Daniel Roque Vítolo, del proyecto que dio lugar a la Ley N° 24.522, que el derecho concursal argentino conoce un presupuesto sustancial de los procedimientos concursales: la cesación de pagos o insolvencia...En el trance fundamental del porqué del mantenimiento del concepto 'cesación de pagos' como presupuesto objetivo del concurso y la quiebra, Rivera recuerda que incluso con anterioridad a las reformas introducidas por la Ley N° 22.917 en la vieja Ley de concursos N° 19.551, una parte de la doctrina nacional era proclive a la incorporación de otros presupuestos de los procedimientos concursales -como 'las dificultades' de las empresas que no fueron, empero, recibidos por el nuevo texto legal".

⁷³ Cita a Héctor Alegría, Los presupuestos objetivos de la quiebra, su "integración a la obra de Derecho Concursal, de Piero Pajardi, actualizada por Héctor Alegría, Arnoldo Kleidermacher, Diana Fahri de Montalbán y Marcelo Gebhardt, Abaco, Bs. As., 1991, t. I, cap IV, págs. 233 y ss."

⁷⁴ Cita al pie a numerosos autores, pág. 308.

Después se pregunta: “¿Cuáles son las ideas que influyeron en la mente del redactor de aquel?” y dice: “Según Rivera, se tuvo en consideración que la cesación de pagos constituye ‘un concepto ya suficientemente elaborado por la doctrina y la jurisprudencia’, lo cual llevó al legislador de 1995 a concluir que no resultaba conveniente sustituirlo o completarlo con otras ideas no definidas lo bastante. Por otra parte -siempre a tenor de esta línea de pensamiento- fue ponderado también el hecho de que las mismas dificultades que a veces había generado la cesación de pagos se reproducirían respecto de los nuevos presupuestos que la ley incluyera. En ese sentido, se recordó que tanto la ley francesa como la ley del Paraguay del año 1969 habían mantenido la cesación de pagos como presupuesto de los procedimientos concursales”.

Con esto se explica la justificación de que sea el Estado de Cesación de Pagos el “presupuesto objetivo” de los “procesos concursales”, pero no parece ser la causa de su adopción para el caso específico del concurso preventivo.

En otras palabras, no se explica con esto, por qué el presupuesto objetivo de los concursos preventivos debe ser el mismo que el de los liquidativos. Y -en su caso- por qué la carga de “acreditación” del Estado de Cesación de Pagos debe pesar tanto para el proceso involuntario (vgr. pedido de quiebra por un acreedor), como para los voluntarios (pedido de propia quiebra o de apertura de Concurso Preventivo).

Maffía, a quien volvemos recurrentemente, criticó con dureza -en su momento- esta identidad de “presupuestos objetivos” entre la quiebra y el concurso preventivo; incluso fue más allá, reclamando que estos institutos sean tratados en cuerpos legislativos diferentes. Todo con su exquisita técnica de escritura: “Terminemos de una buena vez con la fantasía rosada de lograr el recupero de una empresa insolvente⁷⁵, y más bien no mezclemos la quiebra con las soluciones preventivas. Ni siquiera las unamos en un mismo cuerpo legal: insolvencia-quiebra-liquidación en una ley, dificultades-procedimientos sanatorios en otra. Ambos regímenes pudieron coexistir en tiempos del comerciante honesto e sventurato, no en la era de los grupos societarios que explotan grandes, inmensos complejos haciendales en cuya suerte va enanada la de tantas empresas de-

⁷⁵ En su trabajo insiste en que el Concurso Preventivo, lo único que “previene” es la quiebra, no la insolvencia. Y que cuando la insolvencia se instala, las posibilidades de recuperación son ínfimas (MAFFÍA, O., *Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial*. LA LEY 1984-C, 775 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 205.

pendientes o subordinadas al modo que fuere. ¿Qué resta del remoto fugitivus propter debita? ¿Qué del decocto, ergo fraudatur? ¿Cuál es la medida del capital de riesgo de una empresa moderna? ¿Algo queda, acaso, de la quiebra como partido de los acreedores contra el deudor común? ¿Cuántos acompañan en su caída a una gran empresa? ¿Ellos no pierden, a veces y tal vez muchas veces, más que los capitalistas de la sociedad en crisis? Y mientras la empresa anda por la cornisa, ¿los administradores no tienen, acaso, más oportunidad y tiempo que los proveedores, personal y demás ‘socios en las malas’ para salvar las valijas del barco que se hunde?”⁷⁶.

“En criollo” (al decir del autor citado anteriormente), ¿por qué un deudor no puede solicitar la apertura de su Concurso Preventivo, cuando lo considere oportuno y conveniente (sin estar en Estado de Cesación de Pagos)?

Heredia brinda una respuesta a esto en su Tratado⁷⁷. Y dice que “de esa manera se crea el serio riesgo de que el deudor cuya situación económica real no justificaría la apertura de un procedimiento concursal, lo solicite para trasladar sus pérdidas a los acreedores, obligándolos a llegar a un acuerdo que bajo otras circunstancias no aceptarían. Las consecuencias desagradables de todo ello son las siguientes: el deudor logra trasladar su riesgo empresarial a los acreedores; se brinda una útil herramienta a los deudores inescrupulosos para eludir su plena responsabilidad comercial; los acreedores se ven sometidos injustificadamente a un procedimiento colectivo de incierto resultado con privación de sus acciones individuales; se ve desvirtuada, en fin, la función del concurso de acreedores, como sistema de composición de intereses”.

De similar modo lo explica Martorell, al decir que, si se permitiere al deudor la apertura de su concurso, sin encontrarse en Estado de Cesación de Pagos, se podría dar el caso de que este esconda una “finta, o la intención de iniciar un procedimiento que luego no habrá de continuar, para negociar extorsivamente con algún acreedor renuente a aceptar una quita lesiva para sus intereses. En segundo término, si se admitiese que la sola presentación del deudor pudiera constituir la exteriorización de la insolvencia, se llegaría a la hipótesis extrema de que cualquier comerciante inescrupuloso podría poner en movimiento, a su simple antojo, la operatoria concursal, utilizando un procedimiento conside-

⁷⁶ MAFFÍA, O., *Metamorfosis...*, ob. Cit.

⁷⁷ HEREDIA, Pablo, *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. 1, pág. 223.

rado, en su momento, de orden público como instrumento para cometer un fraude en perjuicio de los acreedores⁷⁸.

También Favier Dubois (padre e hijo), lo justifican de un modo análogo. Luego de explicar que el Concurso Preventivo se traduce en una serie de sacrificios para los acreedores, dicen que: “De ello resulta que son elementos fundamentales del proceso concursal, y constituyen sus presupuestos: que exista un sujeto concursable identificado, que éste se encuentre en cesación de pagos, que los acreedores tengan acceso al procedimiento porque éste se realiza en el domicilio del deudor y que los acreedores presten conformidad con la propuesta”. Y agregan que el concursamiento falseando alguno de los presupuestos antes indicados (entre los que está el Estado de Cesación de Pagos del deudor), implica un caso de fraude a la ley concursal⁷⁹.

VI. El Estado de Cesación de Pagos en el Concurso Preventivo

De las explicaciones dadas por la más prestigiosa doctrina, antes transcriptas, parece deducirse que el Estado de Cesación de Pagos, como presupuesto objetivo, no encuentra la misma justificación en el Concurso Preventivo que en la Quiebra. En el concurso liquidativo, se justifica porque -tal cual fuere ya desarrollado- la insolvencia fue la que justificó salir del esquema “normal” de protección jurisdiccional, para detonar un procedimiento “especial” también de protección jurisdiccional⁸⁰, más allá del carácter publicista que adquirió con

⁷⁸ MARTORELL, E., “Tratado...”, t. I, pág. 323. Con cita a GARCÍA MARTÍNEZ, Derecho Concursal, pág. 56.

⁷⁹ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (Pater) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. Favier (H), Remedios Legales Típicos y Atípicos Frente al Concurso Preventivo Fraudulento. Errepar, DSE, nro. 297, tomo XXIV, agosto 2012.

⁸⁰ “Desde el principio, como vimos, la regulación falencial identificaba quiebra con incumplimiento. Agreguemos ahora que también desde el principio la quiebra era vista como un problema de los acreedores contra el deudor común: el propio régimen falencial había sido elaborado por la clase acreedora para asegurarse el respeto de las obligaciones comerciales y, caso de incumplimiento, las máximas posibilidades de cobro (2). Variando la formulación, la quiebra identificada con el incumplimiento resulta lógica explicando el instituto como elaborado por y para los acreedores. Agréguese que el deudor era un comerciante individual, lo que da sentido a la finalidad suasoria de las terribles sanciones con que se lo conminaba a pagar”. (MAFFÍA, Osvaldo, Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial, LA LEY1984-C, 775 - Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, 205).

posterioridad. En el concurso preventivo, en cambio, según lo explican los autores citados en el apartado anterior, el Estado de Cesación de Pagos vendría a operar como una suerte de “test de honestidad” del deudor.

O sea, si el deudor que solicita la apertura de su concurso preventivo, lo hace estando en Estado de Cesación de Pagos, sería “éticamente” merecedor de la solución preventiva. En cambio si lo hiciera sin haber caído aún en Estado de Cesación de Pagos, no debiera ser merecedor de ello.

Vendría a ser como la medida o el parámetro que la ley establece, para merituar si un convocatario es “merecedor” de la solución concursal, la que sigue siendo -bajo el régimen de la LCQ- opcional para el deudor. Con lo cual jamás podría sostenerse que el Estado de Cesación de Pagos es el prius que tiene como necesario posterius, al Concurso Preventivo.

La parte no tan diáfana de considerar al Estado de Cesación de pagos como parámetro “ético”, razonando por el absurdo⁸¹, es que el deudor “inescrupuloso” (al decir del Profesor Heredia) que -sin superar este “test del Estado de Cesación de Pagos”- viene a “trasladar su riesgo empresarial a los acreedores”; podría “devenir” en un deudor “ejemplar”, con solo esperar a que su situación se agrave, practicando una suerte de “cronoterapia⁸²”, hasta caer en Estado de Cesación de Pagos.

Tal como explicamos en la Introducción, en la práctica no resulta para nada excepcional, encontrarse con empresarios previsores que llevan con la mayor precisión posible sus proyecciones financieras, lo que les permite conocer si en el corto plazo, caerán en Estado de Cesación de Pagos.

Pues bien, aparentemente nuestro sistema concursal no le permitiría “anticiparse” a esta situación, solicitando la formación de su concurso preventivo, porque no se encontraría en un Estado de Cesación de Pagos “actual”; porque el Estado de Cesación de Pagos no se habría “exteriorizado”; y porque de hecho no podría siquiera cumplir con el requisito formal de estimar la “época de la cesación de pagos”, excepto que se admita que esa fecha acontezca en el futuro.

En cambio parece ser - según lo explica la doctrina más especializada- que el sistema considera más “honesto” esperar a que la situación de insolvencia se

⁸¹ Método lógico denominado “reducción al absurdo”, “reductio ad absurdum” o “argumento apagógico” se defiende una tesis mostrando que rechazarla tiene implicaciones absurdas porque lleva a una contradicción.

⁸² Frase comúnmente utilizada por el ex Ministro de Economía, Roberto Lavagna, en reemplazo de la más conocida “esperar a que el tiempo sólo lo cure”.

“exteriorice”, lo que probablemente -en el trámite desde la preparación hasta la apertura del Concurso Preventivo- generará rechazos de cheques, cierres de cuentas, despidos con causa “inventada” (para no pagar indemnizaciones por distracto), “financiamiento” a partir de impuestos, y un largo etcétera de situaciones perjudiciales.

Es cierto que la LCQ actual, le permite al deudor, acceder a la homologación de un “Acuerdo Preventivo Extrajudicial” (“APE”) celebrado con sus acreedores (la mayoría de estos), sin que para ello necesite acreditar que se encuentra en Estado de Cesación de Pagos, sino solo invocando “dificultades económico o financieras de carácter general” (confr. Art. 69, LCQ). Incluso recientemente la AFIP ha reglamentado la posibilidad de que la deuda fiscal sea reestructurada por este medio (confr. RG AFIP N° 4341/18), lo que vino a facilitar aún más la posibilidad de utilización de esta figura. Pero igualmente la práctica demuestra que no siempre esta herramienta resulta útil al empresario común, fundamentalmente porque durante la negociación con sus acreedores, no goza de la protección legal contra ejecuciones individuales, excepto que pacte con ellos lo que se conoce como stay⁸³. Con lo cual -en ausencia de este acuerdo- un solo acreedor con deuda exigible, que embargue su cuenta bancaria, o que se niegue a esperar para presentar un cheque al cobro, puede desbaratarle (actuando en el marco de la ley y en ejercicio de sus legítimos derechos) la posibilidad de reestructurar su pasivo en forma “Extrajudicial”.

Como fuere, si un deudor estima que la única o más eficiente solución a su “futura” Cesación de Pagos, es el Concurso Preventivo, no es sencillo dilucidar el fundamento por el cual debiera denegársele el acceso a ello.

Por otra parte, tampoco se observa que el Estado de Cesación de Pagos sea “saneador” de la posibilidad de utilización patológica del Concurso Preventivo.

⁸³ Stay of execution process whereby a judgment is precluded from being executed for a specific periodo of time (Law Dictionari. Legal Guides. Steven H. Gifis. Barron´s. 1991. Significa una orden para suspender la ejecución de una sentencia, por un periodo de tiempo. Se utiliza también este término, cuando una suspensión de este tipo, es acordada contractualmente con los acreedores; justamente para permitir que el deudor pueda finalizar su reestructuración, sin tener que concursarse.

VII. Ahora bien, el cumplimiento de este requisito objetivo, ¿es judicialmente verificable al tiempo de la presentación concursal?

Sin perjuicio de la incontrovertible aplicabilidad y vigencia de la exigencia antes mencionada, la práctica parece indicar que no es posible para el Juez concursal -al menos para la generalidad de los casos- analizar con un mínimo de profundidad, si realmente un deudor, al tiempo de solicitar la apertura de su concurso preventivo (confr art. 11, LCQ), se encuentra efectivamente en Estado de Cesación de Pagos.

Esto coincide con los plazos que las normas procesales contenidas en la LCQ prevén, como por ejemplo -pero sin limitarse- al art. 13 de la Ley N° 24.522, que impone al magistrado la obligación de pronunciarse sobre la apertura o su rechazo, en el término de cinco días; que si bien es de carácter ordenatorio⁸⁴, igualmente resulta exiguo aún como referencia, si se observa la extensión que normalmente tiene una presentación concursal que pretende cumplir con todos los requisitos previstos en el art. 11, LCQ.

Por otra parte, el plazo acotado ordenado al Juez para decidir la apertura, tiene toda la lógica en la práctica, porque un deudor que solicita su concurso preventivo, normalmente presenta situaciones “in fieri” tales como, pero sin limitarse, a cheques emitidos de causa o título anterior a la presentación, que vencerán con posterioridad a ella (que sin la orden de no pago cursada al Banco girado, serán pagados o rechazados como “sin fondos en cuenta”, con todos los perjuicios que ello traería aparejado); posiblemente tendrá además ejecuciones en su contra, con embargos en cuentas bancarias; remates; y un largo etcétera de situaciones que deben resolverse -de una u otra manera- con premura.

Luego además, los requisitos exigidos por el artículo 11 antes citado, que no se refieren puntualmente al “escrito” de presentación, tampoco resultan del todo demostrativos del Estado de Cesación de Pagos del pretensor. En ese sentido se observa que, de todos los incisos del art. 11, los únicos que reflejan alguna situación que sea contemporánea a la presentación, son: i) el inciso 3°, que exige la presentación de un Estado Detallado y Valorado de Activos y pasivos a dicha fecha; ii) el inciso 5° que exige la presentación de un Legajo por cada Acreedor

⁸⁴ “El plazo para su dictado, que es de días hábiles procesales, no es perentorio, por lo que le magistrado podría expedirse aun con posterioridad a los 5 días de concedidos por la ley”. (HEREDIA, P., Tratado..., t. 1, pág. 400).

y una nómina de juicios, que se suponen también deben ser a la fecha de la presentación, y iii) el inciso 8°, relativo a deuda laboral y previsional.

De los incisos mencionados, el que podría constituir mejor prueba de la insolvencia, es el 3°; específicamente el Estado Detallado y Valorado de Activos y Pasivos. Este es -básicamente- un Estado de Situación Patrimonial, detallado. Es un inventario de bienes y de deudas. Es un cuadro stock, similar a una “fotografía”. Puede demostrar, o no, un Estado de Cesación de Pagos.

En relación a ello ha sido dicho que “... el estado de cesación de pagos no se refleja necesariamente con la sola existencia, contablemente verificable, de un desequilibrio nominal entre el activo y el pasivo... Ello es así, porque el recurso al crédito de terceros o las posibilidades de rendimiento de la empresa pueden ser el contrapeso del referido desequilibrio, del mismo modo que lo puede ser la rápida realización de los activos”⁸⁵.

El artículo 11 no exige la presentación de ningún cuadro elaborado en términos flujo (como un flujo de fondos). Que -conjuntamente con los demás elementos requeridos por la norma al deudor- podría servir para formar alguna convicción sobre la situación de insolvencia, aun cuando queda claro que la cesación de pagos no es un fenómeno exclusivamente contable⁸⁶.

Tampoco exige la norma, la presentación de ratios, elaborados a partir de los cuadros contables requeridos, que faciliten al magistrado el análisis de estos últimos. Como ejemplo, podrían mencionarse: i) al índice de solvencia: indicador de la relación entre el total de activos y el total de pasivos; ii) al de liquidez: que mide la capacidad de ese patrimonio para afrontar las obligaciones más inmediatas, y se obtiene dividiendo el Activo Corriente sobre el Pasivo Corriente; con lo cual si el resultado es menor a 1, significa que los pasivos a vencer en el corto plazo son superiores a los activos que pueden ser liquidables en el mismo periodo; iii) prueba ácida o liquidez “seca”: que indica la capacidad de la empresa para cancelar sus obligaciones corrientes, sin tener que acudir a la venta de sus existencias (mercaderías), o sea, con sus saldos de caja, cuentas por cobrar, activos de fácil liquidación, etc. Se obtiene restando del Activo Corriente el importe correspondiente a las mercaderías, y dividiendo dicho resultado en el

⁸⁵ ZAVALA RODRÍGUEZ, C., Código de Comercio y leyes complementarias, Depalma, Buenos Aires, 1981, t. VII, pág. 99.

⁸⁶ HEREDIA, Pablo D., Tratado Exegético de Derecho Concursal, Ábaco, Buenos Aires, 2000, t.1, pág. 211.

Pasivo Corriente⁸⁷. Este último, es todavía un indicador más riguroso que el anterior.

Tampoco se exige una opinión técnica sobre los estados contables que se presentan. No me refiero al “dictamen suscripto por contador” exigido por el art. 11°, que es una opinión del auditor relativa a si (a su criterio) los EC reflejan la situación real del deudor; sino a un informe -también de un profesional en Ciencias Económicas- pero apuntado a la acreditación del Estado de Cesación de Pagos. O sea, la explicación de los motivos por los cuales el referido profesional, considera que los aludidos cuadros por él “informados”, expresan una situación asimilable al Estado de Cesación de Pagos.

De hecho no se exige siquiera un informe técnico -de ninguna especie- tendiente a acreditar la cesación de pagos.

Tampoco existe intervención del Síndico en esta etapa, en la que ni siquiera ha sido aún designado (art. 14, LCQ).

El art. 11, LCQ, no obliga al deudor que informe cuál es su situación en el sistema bancario. De hecho no es exigible la presentación siquiera de una impresión de pantalla de la página oficial del Banco Central de la República Argentina (“Informe por CUIT”, que muestra rechazos de cheques y deuda con el sistema financiero con su respectivo estado o “situación”).

De lo dicho no parece que el legislador haya puesto demasiado énfasis en la “acreditación del Estado de Cesación de Pagos” por el deudor, al tiempo de la presentación. Ni por ende podría trasladarse al Juez, la carga de comprobar, con algún grado mínimo de estrictez -en 5 días y con los escasos elementos que se le exigen aportar al deudor-, si dicho Estado de Cesación de Pagos se encuentra probado.

Pareciera que el método adoptado por la ley es más bien de tipo “autodeclarativo”⁸⁸ en lo que al cumplimiento del presupuesto objetivo se refiere.

Heredia lo explica mejor (e incluso lo critica), del siguiente modo: “A los efectos del concurso preventivo es hecho suficientemente revelador del estado de cesación de pagos el reconocimiento que de él haga el deudor al presentarse demandando su apertura⁸⁹; pero no un simple reconocimiento vacío de conte-

⁸⁷ $Rc = (\text{Activo Corriente} - \text{Inventario}) / \text{Pasivo Corriente}$.

⁸⁸ Se denomina así, a los sistemas tributarios -como el argentino- que parten de la declaración del propio obligado (“contribuyente” en aquel ámbito), la que en principio goza de presunción de legitimidad del contenido, sin gozar de certeza fiscal.

⁸⁹ Cita a FERNÁNDEZ, Raymundo, Fundamentos..., págs. 160 a 163, N| 145.

nido, sino explicado y pormenorizado, con descripción de la situación por la que se atraviesa, sus implicancias y extensión, como modo de hacer nacer en el juez la convicción necesaria para que acceda a la apertura del procedimiento; siendo de destacar, sobre el particular, que el estado de insolvencia declarado por el convocatario no es vinculante para el magistrado, quien, si no lo encuentra suficientemente comprobado, puede rechazar la convocatoria⁹⁰. La realidad indica, sin embargo, que la apertura de los concursos funciona en muchos casos ante el mero requerimiento del deudor en demandas de escaso despliegue argumental relativo al estado de insolvencia, con lo cual, en definitiva, es la sola voluntad del deudor la que obra como causa automática de apertura del procedimiento”.

Agrega en nota al pie, que “Con ello se trastoca el sentido de la ley, porque la voluntad del deudor no es un elemento constitutivo de la cesación de pagos, ni puede suplir la falta de impotencia patrimonial objetiva”. Sin embargo concluye diciendo que: “Juega en la conformación de tal realidad la aceptación, sin mayores cuestionamientos, del tradicional carácter confesorio que se ha asignado a la demanda de concurso en orden a la existencia de una cesación de pagos. ... En tales condiciones, sería preferible un sistema legal que, dejando de lado el carácter confesorio de la demanda de apertura del deudor, establezca también para este caso un régimen de previa y efectiva acreditación del estado de cesación de pagos.”⁹¹

En definitiva, y más allá del anhelo de reforma que plantea el autor citado en la última parte de la transcripción, lo cierto es que ello confirma que, en la práctica, el Juez no cuenta con reales posibilidades de analizar con profundidad, si el Estado de Cesación de Pagos se encuentra acabadamente acreditado, al tiempo de tener que decidir la apertura del Concurso Preventivo.

Esta limitación práctica a las posibilidades del Juez, y la consecuente tendencia a abrir concursos contando con la sola declaración del pretensor en lo que a la comprobación del “presupuesto objetivo” se refiere, no aparece -como lo venimos sosteniendo- como una cuestión per se patológica o perjudicial para terceros.

⁹⁰ Cita a PROVINCIALI, R., Tratado de derecho de quiebra, AHR, Barcelona, 1959, t. III, pág. 311, n° 467.

⁹¹ HEREDIA, Pablo, Tratado Exegético de Derecho Concursal, Ábaco, t. 1, págs. 222 y 223.

VIII. Y este usus fori ¿Habilita abusos del deudor?

Según la opinión de la más elevada doctrina ya citada, la solicitud de apertura formulada por un deudor que no se encuentre en Estado de Cesación de Pagos, podría permitir abusos de su parte y alguna suerte de utilización impropia del proceso concursal. Y -agregamos nosotros- este vendría a ser entonces, la ratio legis, de exigir el Estado de Cesación de Pagos, en el preventivo.

Sin embargo pareciera que al menos puede justificarse el interrogante relativo a por qué el APE, el concurso del garante o el concurso en caso de agrupamiento (figuras todas ellas que no exigen el presupuesto objetivo del Estado de Cesación de Pagos a todos los pretensores), no habilitarían también este comportamiento.

Por otra parte, y habiendo concluido -en el apartado anterior- que el magistrado normalmente debe atenerse a la “confesión” o “autodeclaración” del deudor para poder concluir sobre la existencia del Estado de Cesación de Pagos, pues entonces también podría deducirse que al supuesto “inescrupuloso” le bastará con afirmar que se encuentra en Estado de Cesación de Pagos inventando alguna “época” y hechos que la exteriorizaron.

Y -sinceramente- no surge tan diáfananamente que la presentación en concurso pueda provocar “per se” algún perjuicio a terceros, aun cuando el deudor no se encuentre estrictamente en Estado de Cesación de Pagos. Sino más bien el uso que el convocatario le dé a esa herramienta.

En ese sentido, si el concursado transitó su proceso administrando regularmente su patrimonio, cancelando conforme a ley los pronto pago laborales, con informes mensuales de sindicatura (art. 14 inc. 12) que refieran favorablemente al cumplimiento de normas legales y fiscales, obteniendo las mayorías requeridas por el art. 45 LCQ, cancelando los gastos del concurso (art. 240 LCQ), presentando una propuesta razonable que signifique su mejor esfuerzo y no genere impugnaciones, cancelando los créditos privilegiados con posterioridad a la homologación del acuerdo y cumpliendo debidamente con la Propuesta; pues no se observa que pueda existir algún interesado en plantear (siquiera investigar) si el deudor se encontraba -o no- en Estado de Cesación de Pagos al solicitar la apertura.

Dicho esto, si el comportamiento del concursado fuere diferente al descrito anteriormente, no pareciera que el Juez -que debió abrir el Concurso Preventivo

ante la mera petición del deudor y el cumplimiento de los requisitos formales de la presentación- quede “atado de manos” por el resto del proceso, para poder evaluar si el concursamiento fue necesario o más bien “abusivo”, o si con ello el deudor generó (o no) un perjuicio a terceros que vaya más allá de los fines pretendidos por la LCQ.

Por una parte, Sindicatura le informará mensualmente (art. 14, inc. 12), sobre el cumplimiento por parte del deudor, a las normas “legales y fiscales” (valga la redundancia).

Por la otra, dentro de las facultades que la LCQ le confiere, puede exigir al concursado que informe todo cuanto considere necesario para formarse la convicción de la real existencia de la cesación de pagos, o lo que estime correspondiente⁹².

Puede además solicitar a Sindicatura que opine e informe especialmente sobre ello.

Con la presentación del Informe General del Síndico (art. 39, LCQ), el Juez conocerá incluso, las causas del desequilibrio económico del deudor (y obviamente también conocerá si estas no existieron) (confr inc. 1), la época de la cesación de pagos, así como los “hechos y circunstancias que fundamenten el dictamen” (confr. Inc. 6).

Y luego contará el Juzgador con la oportunidad más importante que le brinda el proceso, que es la de la homologación (o no) del Acuerdo Preventivo que el deudor hubiere celebrado con sus acreedores.

Tal como se analizará en el apartado más adelante, la abusividad de la propuesta de acuerdo preventivo enunciada en el inc. 4 del art. 52, LCQ, no solo merece ser analizada limitándose a su texto, sino también a las circunstancias en las que el acuerdo fue celebrado, comenzando por la “necesidad” (o no) - para el deudor- de la utilización de la herramienta concursal.

Tampoco el límite de la jurisdicción, en un caso de propuesta abusiva, debiera fijarse en el resultado financiero de la propuesta (conforme doctrina de CSJN “Arcángel Maggio”⁹³), o más específicamente según la quita medida en términos de Valor Actual Neto; sino también considerando si el deudor cuenta con posibilidades mensurables de pagar más y/o mejor de lo que ofreció.

⁹² Art. 102, LCQ, de aplicación supletoria al Concurso Preventivo.

⁹³ CSJN, in re “ARCANGEL MAGGIO SA c/ s/CONCURSO PREVENTIVO S/ INCIDENTE DE IMPUGNACION AL ACUERDO PREVENTIVO”. A. 2495. XL. RHE 15/03/2007. Fallos: 330:834.

Y seguramente, si el magistrado concluyere que el concurso preventivo fue innecesario, o una mera herramienta para licuar pasivos o lograr -suyo mediante- un fin notoriamente ajeno a los fines del instituto, contará con las posibilidades de sanear la situación.

Así ha sido resuelto por la jurisprudencia, por ejemplo, en el caso “Asociación Civil Unión Argentina de Rugby s/ Concurso Preventivo”⁹⁴, en el que -inclusive- fue decidida la Revocación de la Resolución de Apertura.

En aquella oportunidad se dijo: “La jurisprudencia y cierta doctrina, han señalado que la LC:52 no impide la facultad del juez de realizar un control excedente de la mera legalidad formal (García Martínez R, ‘La homologación del acuerdo preventivo en la nueva ley de concursos’, ED 164-1249; Rivera J, ‘Instituciones...’, t. I, pág. 316), en casos en que el acuerdo pudiese afectar el interés público teniendo en cuenta lo dispuesto por los cciv: 953 y 1071 (Sala B, 3.9.96, Covello Francisca s/ quiebra). Es decir, que al detectar el magistrado la ausencia del estado de insolvencia debe actuar en consecuencia. Aquí no solo se encontraría en juego la verdad objetiva -como lo estaba en el siempre recordado caso ‘Colalillo’-, sino que también está presente el deber de la jurisdicción de aventar aún la mera hipótesis de la utilización del concurso preventivo como mecanismo para la concreción de un fraude”.

Por lo que decidió -el Magistrado actuante- no declarar la quiebra, aclarando “Sin embargo, sí debo revocar el auto de apertura del concurso preventivo por ausencia de un requisito indispensable, cual es la cesación de pagos con carácter estable y permanente (conf. ‘Galassi 2000SA s/ concurso preventivo’, Juzgado Civil y Comercial N0. 5 de la ciudad de Bahía Blanca, firme, del 14.11.01.)”.

A criterio de quien suscribe, además de la interesantísima (y justa) definición del fallo “UAR”, aparece como sumamente enriquecedor el hecho de que el Juez analizara la existencia del Estado de Cesación de Pagos, sin limitarse únicamente al momento de la presentación, sino considerando todo el iter concursal previo a la propuesta. En definitiva, concluyó que jamás la concursada, había estado en estado de insolvencia.

⁹⁴ Comentado por FAVIER DUBOIS, E.M. (Pater) y FAVIER DUBOIS, E.M. (H), Remedios Legales Típicos y Atípicos frente al Concurso Preventivo Fraudulento, Errepar, DSE, nro. 297, t XXIV, agosto 2012.

El pronunciamiento no ingresó en la naturaleza jurídica de la medida adoptada, lo que realmente no pareciera grave, porque de verdad resultó la solución más apropiada y eficiente, dada las circunstancias de aquel caso⁹⁵.

Autores de fuste, como son Eduardo M. Favier Dubois (pater e hijo), se ocuparon expresamente de desarrollar -en forma muy exhaustiva- las herramientas con las que cuenta un Juez Concursal, para evitar la utilización fraudulenta del Concurso Preventivo⁹⁶. Y en su trabajo, se ocupan de encuadrar en derecho -procesal y sustancial- las citadas medidas, entre las que podrían incluirse las adoptadas en el precedente “UAR”.

En el artículo referenciado exponen: “Como resulta del capítulo anterior, los remedios concursales típicos pueden no ser suficientes para evitar o sancionar el fraude, sobre todo cuando los acreedores, el tribunal o el síndico, carecen de información adecuada sobre las maniobras fraudulentas o no la logran en tiempo oportuno. Es, en tal situación, que entendemos procedente, por aplicación de los principios generales del derecho que vedan el obrar fraudulento, la interposición de vías impugnativas atípicas ...”. Entre ellas, citan a la “Acción Autónoma de Cosa Juzgada Verificatoria u Homologatoria⁹⁷; y a la “Acción de

⁹⁵ En el caso “UAR”, quedó probado que la convocataria había solicitado la apertura de su Concurso Preventivo, al solo efecto de lograr la resolución -por la vía del art. 20 de la LCQ- de un contrato relevante. Luego, su contraparte contractual, que logró ingresar al pasivo concursal como quirografaria, no prestó su conformidad al acuerdo, siendo que era el único integrante de su categoría. El Juez debía tener por prestada “tácitamente” la conformidad, excluirlo del cómputo de las mayorías, o declarar la quiebra. Pero luego de constatar que la concursada nunca se había encontrado, en rigor, en Estado de Cesación de Pagos, el sentenciante decidió revocar el auto de apertura, y volver las cosas al statu quo anterior a la presentación (aunque sí impuso las costas del proceso a UAR, reguló honorarios, fijó tasa de justicia, etc.). Sin dudas que fue la solución más eficiente, para todos los involucrados, sin importar la naturaleza jurídica de la medida, ni su encuadramiento legal.

⁹⁶ FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (Pater) y FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (H), Remedios Legales Típicos y Atípicos frente al Concurso Preventivo Fraudulento, Errepar, DSE, nro. 297, tomo XXIV, agosto 2012

⁹⁷ Dicen: “Ya el maestro Hugo Alsina, al ocuparse de la revocabilidad de la cosa juzgada, decía en su clásico Tratado que la cosa juzgada obtenida fraudulentamente, por la colusión de un deudor con su supuesto acreedor, para sustraer bienes o crear situaciones jurídicas en perjuicio de sus derechos, los terceros pueden demandar su revocación, a cuyo respecto contenía una disposición expresa el art. 302 del ‘Proyecto de Reformas al Código Civil’. Esta acción autónoma de nulidad de sentencia puede incoarse, a nuestro juicio, en el ámbito concursal, tanto respecto de la sentencia “verificatoria”, como de la sentencia ‘homologatoria’ (art. 52 Ley N° 24.522)”. (FAVIER DUBOIS, P e H, ob. Cit).

Inoponibilidad de los Efectos Concursales”, a la que le otorgan una amplitud casi ilimitada en especial porque sostienen que puede ser ejercida en sede “extraconcursal”⁹⁸, pero cuyo análisis excedería enormemente el propósito de este trabajo.

Solamente se pretende destacar en este apartado, que no pareciera ser la oportunidad del art. 13, LCQ, la más idónea para decidir si el concursado se encuentra -o no- en Estado de Cesación de Pagos o, más bien, si “merece” o no el remedio concursal. Pero que no por ello, significa que -con la apertura- haya logrado un “bill de indemnidad” que le permita transitar “impune” el procedimiento en su totalidad ni salir ileso de una presentación realizada en abuso del derecho o en fraude a la ley; porque justamente la propia ley (analizada con la óptica adecuada, como surge de la buena doctrina y jurisprudencia citadas) le confiere al Juez, suficientes herramientas para evitar esos desvíos.

IX. Un tratamiento diferencial para los Procesos Voluntarios

Es evidente que, bajo la ley actual, el magistrado no debiera prescindir del presupuesto objetivo, para decidir la apertura de un proceso concursal. Tampoco surge de la ley, ni ha forjado la doctrina o jurisprudencia, un “concepto” distinto de Estado de Cesación de Pagos según se aplique este a un proceso voluntario (Concurso Preventivo o Propia Quiebra) o involuntario (Pedido de Quiebra por un Acreedor).

Seguramente se requiere de una técnica más elevada que la que posee quien suscribe, para encontrar una solución que concilie el concepto tradicional de Estado de Cesación de Pagos (que requiere de alguna forma de exteriorización, aun cuando la misma no esté limitada al incumplimiento) con la necesidad práctica apuntada.

⁹⁸ Afirman (ob. Cit.) que “...en caso de concurso preventivo fraudulento el acreedor o tercero a quien se le pretendan oponer los efectos de tal concurso podrá incoar, como defensa en su propia jurisdicción, una acción autónoma de ‘inoponibilidad’ de dichos efectos fundada en el fraude”. Citan ejemplos de ello (cuando el deudor se presente pretendiendo la suspensión de un remate, o la interposición de excepciones basadas en su concursamiento, o la resolución de un contrato fundadas en los efectos de un concurso fraudulento). Continúan diciendo que “La ineficacia así declarada se limita al mantenimiento de los derechos o situación legal pre-concursal del acreedor o tercero que fue parte en el proceso, los que podrán ser ejercidos contra el deudor o contra los bienes que correspondan como si el concurso preventivo no existiera”.

Probablemente la solución que podría adoptar un magistrado, se traduciría en admitir -solo para los procesos concursales voluntarios, como el concurso preventivo y la propia quiebra- que el Estado de Cesación de Pagos (del que no puede el Juez prescindir, por imposición legal) pueda fundarse en la acreditación de la imposibilidad de afrontar obligaciones con plazo no vencido o condición no cumplida (siempre que se constate también, en este último caso, que la condición indefectiblemente acontecerá).

Desde la óptica de un mero operador del derecho, la cuestión no deja de ser meramente dogmática. Resulta muy diáfano que -bajo la justificación que se encuentre- debe brindarse al deudor la posibilidad de acceder a una solución concursal, en los casos mencionados, por los siguientes motivos (todos ellos, netamente prácticos): i) porque forzar al deudor a esperar a que la insolvencia se exteriorice, no ayuda a nadie. Por el contrario, en una empresa convencional, producirá rechazos de cheques, cierres de cuentas, inicios de procesos judiciales con devengamiento de honorarios profesionales en su contra, cambios en las calificaciones crediticias, etc.; ii) porque no puede fallarse “suponiendo” comportamientos patológicos en el justiciable; iii) porque de constatarse que la presentación concursal fue “abusiva” o en fraude a la ley, el Juez cuenta con las herramientas suficientes como para corregir tales desvíos; iv) porque ningún empresario común y corriente solicita la apertura de un concurso preventivo, porque “le parece conveniente” sino solo cuando -después de haber agotado absolutamente todas las posibilidades- concluye indefectiblemente que no le queda otra solución, desde que ello le genera una infinidad de inconvenientes que no suelen mencionarse en los Tratados, pero que son por todos conocidos, a saber: a) la obligación de exteriorizar y ventilar toda su empresa, patrimonio y hasta parte de su know how, a la presentación; b) un control permanente sobre su administración, durante todo el proceso, que antes no tenía; c) la veda legal de disponer de sus bienes, sin autorización judicial; d) la obligación de rendir cuentas mensuales al Síndico, para que este pueda elaborar el informe exigido por el art. 14, LCQ; e) la inhibición general de sus bienes; d) la interdicción de salida del país -temporalmente- para los Directores; e) la calificación “cinco” ante el Banco Central de la República Argentina y en las centrales privadas de deudores; f) el devengamiento de honorarios a favor del síndico y de sus propios abogados, más otros gastos causídicos; g) la “aceleración”, para los garantes -habitualmente los Directores- de las obligaciones garantizadas; h) y lo más importante: la po-

sibilidad siempre latente, de terminar en quiebra; de que esta se extienda a otros patrimonios, de que se revisen los actos celebrados con anterioridad, y todo un largo etcétera de posibles consecuencias; v) porque si la razón de existencia del Concurso Preventivo, es evitar la quiebra, no parece sensato negarle al deudor la posibilidad de que se anticipe lo más que pueda -sin incurrir en abusos- a esa situación.

En la práctica concursal creemos que la cuestión se viene resolviendo con un voluntarismo (que entendemos sano) de los jueces, abriendo los concursos sin ingresar demasiado en lo relativo a la acreditación del Estado de Cesación de Pagos, sino más bien omitiendo de alguna manera su tratamiento puntual. Y esto porque, como venimos sosteniendo, la LCQ dispuso el mismo “presupuesto objetivo” o “material”, tanto para el concurso preventivo como para la quiebra (y dentro de esta última figura, tampoco diferenció la quiebra pedida por un tercero, de la propia quiebra). O sea, no diferenció -en lo que al requisito antes mencionado se refiere- al concurso (liquidativo o preventivo) voluntario del involuntario.

Una solución expresa a esta cuestión, en el marco legal vigente, requiere admitir que el Estado de Cesación de Pagos, en los procesos voluntarios, puede considerarse configurado no solamente sin que resulte necesaria la existencia de un incumplimiento, sino también sin que resulte obligatoria alguna otra forma de “exteriorización” o “revelación” del mismo, más que la demostración de la existencia de obligaciones futuras (sujetas a plazo o a condición) que no podrán ser cumplidas.

Todo sin perjuicio de entender que resultaría más saludable y ajustado a los fines de la ley, que para los procesos que hemos denominado como “voluntarios”, la normativa concursal: i) no exija acreditación de ningún tipo de “presupuesto objetivo” a la fecha de la presentación concursal, sea esta preventiva o liquidativa (o sea, que también quiebre “quien quiera”). Concretamente, que delegue en el deudor, el análisis de mérito, oportunidad y conveniencia de la presentación; ii) que expresamente la LCQ faculte al Juez a evaluar si dicha presentación resulta abusiva o en fraude a la ley, en una etapa del proceso, en la que el magistrado pueda contar con los elementos necesarios para formular dicho análisis (o sea, no a la presentación), y que la consecuencia de ello también esté prevista en la ley.



Algunas reflexiones sobre Ética del Abogado

Relación con el Caso Mendocino

AB. ESP. GABRIEL R. JUAN

*“No puedo resolver tus problemas;
mi trabajo es ayudarte a disfrutarlos”*

I. Apuntes sobre ética

1. Ética y moral

La etimología informa que el término “ética” proviene del griego ἠθικός - ēthikós-, que se conforma de la raíz eto -ethos- (manera de hacer las cosas, costumbre, hábito) más el sufijo ικός (relativo a).

En la actualidad se sostiene que ethos refiere a las convicciones, creencias, formas de conducta, no solo de una persona individual, sino también de un grupo, sea éste social, étnico o de otro tipo. Se trata de un fenómeno cultural; de una manifestación de la cultura o de un modo de vivir por parte de los individuos de la misma sociedad. De manera que las respuestas a las preguntas qué debo hacer y por qué, en definitiva, conforman lo que se denomina la racionalización del ethos, que integra la base axiológica de las normas¹.

En relación con el término “moral”, Ezequiel Spector explica que tiene un significado similar a “ética”. En efecto, procedente del latín mores, también se refiere al hábito o la costumbre. Sin embargo, en las sociedades contemporáneas, “ambos términos han sido despojados de su significado original”².

^{*} *Luban and Wendel, 2017, pág. 364 (Traducción propia, del original: “I can’t solve your problems; my job is to help you enjoy them”).*

¹ Ciuro Caldani, 2017, pág. 92.

² Spector, 2019, pág. 9.

De allí que cabe tener presente una distinción, según se hable de ética y moral desde un punto de vista filosófico o con un sentido corriente.

En el primer caso, tal como enseña Esther Díaz, se entiende por ética a la disciplina filosófica que se interroga respecto de qué es el bien, de cuáles son las normas morales o de qué debo hacer. La moral, por su parte, es un hacer o un no hacer en función de normas impuestas por la cultura y por decisiones propias. Se trata de costumbres, de conductas valoradas como morales (solidaridad, respecto por el otro) o inmorales (robar, mentir), de lo que es bueno o malo. Si se prefiere, del bien o del mal³. En otras palabras, la ética reflexiona o teoriza sobre la moral. De lo dicho se desprende que la moral, en tanto es su objeto de estudio, no debe confundirse con la ética.

En el segundo sentido, esto es, desde un enfoque no filosófico, es común que ambas nociones se utilicen como sinónimas.

En suma, “Los filósofos generalmente definen a la ética como el estudio de la moral y a la moral como el conjunto de principios abstractos que determinan qué es lo correcto y lo bueno. Más popularmente, la ética y la moral son considerados sinónimos para referirse, también, a estos principios”⁴.

2. *Ética descriptiva y ética normativa*

Como se sabe, el estudio y comprensión del derecho requiere de su descripción, clasificación y sistematización. De igual modo, de una tarea destinada a justificar sus regulaciones, lo que implica ofrecer una propuesta de interpretación valorativa. Dicho de otra manera, el conocimiento jurídico se conforma del estudio de las normas, de la dogmática y de la filosofía del derecho que las sustenta; el conjunto es lo que permite una comprensión integral del fenómeno.

Carlos Nino enseña que la labor justificativa presenta dos problemas fundamentales. El primero radica en encontrar algún procedimiento racional que permita justificar la validez de los juicios de valor. De ello se ocupa la metaética, que busca desentrañar tanto el significado de los términos éticos (bueno, justo, correcto, y sus opuestos), cuanto el de los juicios de valor (la pena de muerte es injusta). El segundo problema consiste en determinar cuáles son los principios

³ Díaz, 2017, págs. 63-64.

⁴ Spector, 2019, pág. 9. Para este autor, a la ética normativa en ocasiones se la denomina “filosofía moral”.

básicos de justicia y moralidad, y sus implicancias sobre materias específicas (alcance de los derechos individuales, justificación de la pena, límites del paternalismo, etc.). De este segundo conflicto se ocupa la ética normativa. “Aquí no se trata de analizar el carácter lógico de los juicios morales y el significado de ‘bueno’ o ‘justo’, sino de formular y justificar (suponiendo que ello sea posible) juicios morales y determinar qué acciones o instituciones son buenas o justas”⁵.

A ello se suma la ética descriptiva (o sociológica) que, como su nombre lo sugiere, describe o reproduce los juicios de valor de una sociedad o comunidad en una época determinadas.

Para Manuel Atienza, la metaética o ética teórica analiza los conceptos (por ejemplo, la noción de justicia), los clasifica, establece diferencias. La ética prescriptiva o normativa establece o propone criterios sobre lo que debe considerarse moral. Por último, la ética descriptiva señala cuáles son los valores y normas morales, y cómo evolucionan en las sociedades y en los individuos⁶.

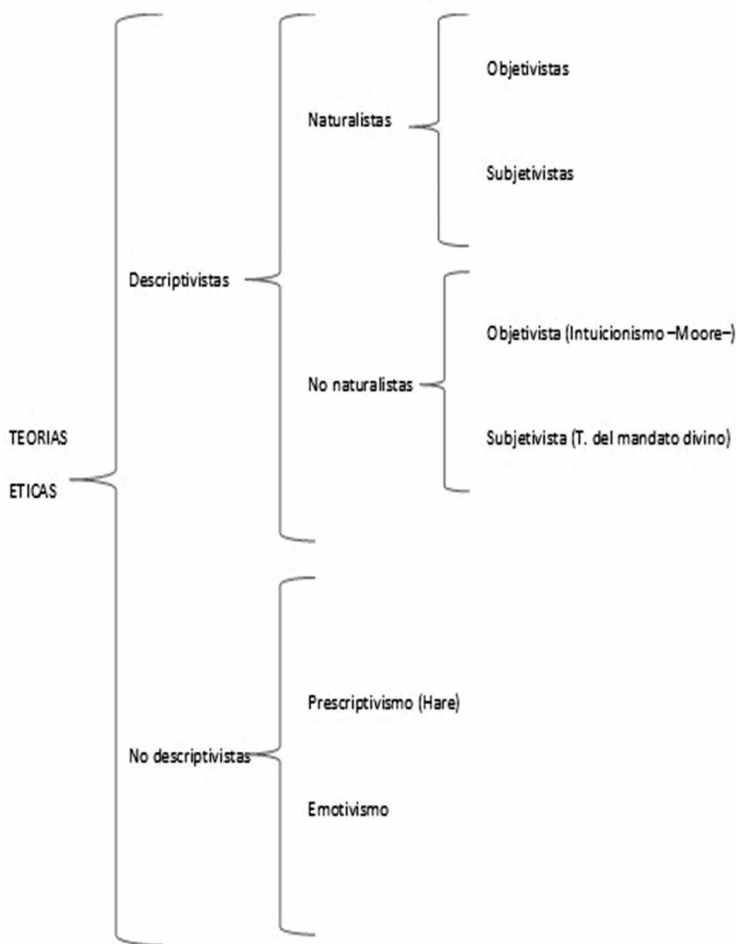
A modo de síntesis, la metaética analiza el carácter lógico de los juicios de valor o morales y el significado de los términos éticos (bueno, justo); la ética normativa formula (y justifica) los juicios de valor, determinando qué cosas son justas o buenas; y la ética descriptiva expone y reproduce cuáles son tales juicios de valor. Los verbos para destacar, entonces, son los siguientes: a) en la metaética analizar; b) en la ética normativa formular (y si es posible justificar); y c) en la ética descriptiva reproducir, describir o informar.

Las teorías éticas se pueden asociar en dos grandes grupos: las “descriptivistas” y las “no descriptivistas”. Las primeras se subdividen a su vez en “naturalistas” y “no naturalistas”, contando cada una de ellas con corrientes objetivistas y subjetivistas, mientras que las segundas en “prescriptivistas” y “emotivistas”⁷.

⁵ Nino, 2015, págs. 353-354.

⁶ Atienza, 2017, pág. 196.

⁷ Nino, 2017b, pág. 23. Se vuelve en los puntos 3 y 4, respectivamente.



Por su parte, en las teorías que se ocupan de la ética normativa⁸ también se identifican dos grupos principales: las “teleológicas” y las “deontológicas”. De manera sintética, en las primeras prevalece lo “bueno” sobre lo que es “correcto” desde el punto de vista moral. Es decir, las acciones no se juzgan por sus “cualidades intrínsecas”, sino por cómo sus “consecuencias” contribuyen a alcanzar cierta meta valiosa. En las segundas se otorga prioridad a lo moralmente correcto sobre

⁸ Para un panorama completo y extensivo ver las obras de Alasdair MacIntyre (1991) y la colectiva de autores varios editada por Peter Singer (2004), ambas citadas en la bibliografía.

lo bueno, las acciones se juzgan por sus cualidades intrínsecas⁹.

En lo que sigue, se exponen algunas de ellas, resaltando aquellas cuya incidencia en el pensamiento contemporáneo es significativa. Ello como paso previo al estudio de la ética profesional del abogado.

3. Teorías éticas descriptivistas

En general, las teorías descriptivistas afirman que los juicios de valor son enunciados descriptivos de alguna clase de hechos. Es decir, poseen un significado cognoscible, de modo tal que sobre tales juicios se puede predicar verdad o falsedad.

Tal como se anticipó, estas teorías contienen dos grandes grupos de propuestas: por un lado, el “naturalismo ético” y por el otro el “No-naturalismo ético”.

a) El naturalismo ético

El naturalismo ético sostiene que los juicios de valor o éticos son juicios acerca de hechos del mundo, observables de manera empírica.

(i) Objetivismo

La corriente objetivista expresa que los juicios de valor adquieren cierta independencia de las acciones, los deseos y las opiniones de las personas o grupos. Los juicios morales describen así hechos empíricos verificables, vinculados con el bienestar, la felicidad o la utilidad general.

Si bien el utilitarismo es una teoría de ética normativa, muchas veces se la combina con esta posición¹⁰.

(ii) Subjetivismo

La visión subjetivista, afirma que estos juicios éticos, que hacen referencia a sentimientos, actitudes, etc., dependen del accionar o de la opinión del agente, del grupo social, o de determinados miembros de un grupo.

Tal como lo explica Nino, “la afirmación de una persona x «Esto es bueno» equivale a afirmar «x aprueba esto». Es decir, se describe una actitud de aprobación”¹¹.

⁹ Nino, 2015, pág. 383.

¹⁰ Nino, 2015, pág. 357.

¹¹ Nino, 2017b, pág. 24. Se puede ver con mayor tratamiento: Nino, 2015, págs. 355-358.

(iii) Críticas

La crítica principal que se realiza a la concepción naturalista objetivista es que confunde enunciados de lógica diferentes: los descriptivos y los prescriptivos. Y dado que no es posible hacer inferencias válidas mediante el paso de una clase de enunciados a otro incurren en la denominada falacia naturalista. Ello sucede cada vez que se mezcla el plano de los hechos empíricos con los valores, esto es, cuando se confunde lo que “sucede” con lo “bueno”. Dicho de otra forma, algo puede suceder sin que por ello sea necesariamente bueno o justo.

Por su parte, la objeción a la concepción naturalista subjetivista radica en que, en rigor, no logran identificar desacuerdos éticos genuinos. Si una persona o grupo de personas está en contra de la pena de muerte y otros a favor, la aplicación de esta doctrina no evidenciaría disenso; simplemente unos la aprobarían y otros no. Desde luego, no puede admitirse como réplica a esta crítica el argumento de las mayorías, pues subsiste la misma imposibilidad justificativa; algunas mayorías podrían defender uno de esos sentidos en una comunidad determinada y no hacerlo en otra u otras.

En suma, lo que falla en las dos modalidades del naturalismo ético es la falta de caracterización de los términos éticos; su pretendida vinculación con hechos de una manera ajena al uso ordinario del lenguaje. “El problema es que, si no esclarecemos el significado de estos conceptos [lo bueno, lo justo], cuando nos enfrentamos con principios menos aceptables nos resulta imposible evaluarlos y aun justificarlos”¹².

1.1.1. B) *El no naturalismo ético*

El no naturalismo ético sostiene que los juicios de valor no son observables de manera empírica y sus propiedades o cualidades no son naturales. Aquí también se pueden reconocer posiciones objetivistas (intuicionismo) y subjetivistas (teoría del mandato divino).

1.1.1.1. (I) *Intuicionismo*

Dentro de las teorías éticas descriptivistas no naturalistas se destaca el “intuicionismo” de George E. Moore. Para este filósofo, lo bueno es algo que se sabe

¹² Nino, 2017b, pág. 26.

intrínsecamente; sostiene que no se puede dejar de reconocer la propiedad de la bondad intrínseca cuando una persona se enfrenta a ella. “Las proposiciones sobre lo que es intrínsecamente bueno [...] no son susceptibles de prueba ni de refutación. Esto se debe a que bueno es el nombre de una propiedad simple y no analizable, a la que Moore llama ‘no natural’ porque no puede ser identificada con ninguna propiedad natural. Moore sostiene que bueno es indefinible...”¹³.

1.1.1.1. (II) *Las teorías del mandato divino*

Para esta concepción, los juicios éticos hacen referencia a mandatos divinos: sostener algo como “bueno” o “correcto” es lo mismo que decir Dios lo ha mandado.

En palabras de Alasdair MacIntyre: “¿Por qué debo hacer esto?: «Porque Dios lo dice así.» Esto plantea inmediatamente la pregunta: «¿Por qué debo hacer lo que Dios manda?», y hay tres maneras posibles de responder a ella. La primera alude a la santidad de Dios; la segunda, a su bondad, y la tercera, a su poder”¹⁴.

(iv) *Críticas*

Se critica al intuicionismo porque nos coloca ante el mismo problema que el naturalismo, esto es, no es posible detectar ni identificar a qué propiedades se refiere. De ello se deriva que no es posible evaluar los conceptos éticos ni, por lo tanto, justificarlos.

Las teorías del mandato divino nos alejan de toda fundamentación racional. La idea de defender que algo es bueno porque lo dispuso Dios introduce una cuestión religiosa que no es asequible ni convincente a todas las personas por igual. Por otra parte, si Dios es bueno, las razones para obedecerlo serían de tipo prudencial sobre los efectos, por ejemplo, el temor a sanciones, las cuales, según se sostiene, están por debajo de las razones morales¹⁵.

De allí que se comparta que:

¹³ MacIntyre, 1991, pág. 240.

¹⁴ MacIntyre, 1991, pág. 113.

¹⁵ Nino, 2017b, pág. 27. En otra obra, este autor agrega que incluso Santo Tomás de Aquino ha rechazado la teoría del mandato divino como explicación de los conceptos y juicios éticos (ver Nino, 2015, pág. 361).

[...] el problema fundamental de la ética no es ontológico ni epistemológico, sino conceptual. No consiste en saber si hay o no hechos morales, o si puede haberlos. Ni tampoco en si podemos o no conocerlos. El problema es reconocer e identificar los posibles hechos morales. [...] la cuestión fundamental a resolver es la identificación de esos posibles hechos a los que están asociados los conceptos y los juicios morales¹⁶.

4. Teorías éticas no descriptivistas

Las teorías éticas no descriptivistas sostienen que los juicios éticos carecen de significado cognoscitivo (y por lo tanto no se puede decir de ellos que sean verdaderos o falsos). Comprenden el “emotivismo” y el “prescriptivismo”.

Para estas posiciones, los juicios de valor tienen la finalidad de influir en el comportamiento (antes que informar y caracterizar cuál es). En alguna versión radical, puede conducir al escepticismo, ya que no admiten la posibilidad de ser justificados racionalmente.

a) Emotivismo

El emotivismo afirma que emitir un juicio ético es lo mismo que dar un golpe sobre la mesa o expresar las interjecciones “¡Ah!”, “¡Oh!”, o decir “¡Qué barbaridad!”, o manifestaciones similares. Con ellos no se identifica ninguna cualidad o propiedad. El juicio “esto es bueno” puede traducirse en “yo lo apruebo, apruébalo tú también”.

Así expuesta, la primera parte de la proposición es descriptiva (informa), mientras que la segunda busca provocar la actitud del destinatario¹⁷.

Esta teoría no resulta convincente, dado que no todos los juicios éticos están cargados de emociones. Ello sucede, por ejemplo, con la descripción de conductas éticas vigentes en otros momentos históricos, que carecen de incidencia actual.

Además, se critica de esta teoría el confundir “significado” de un término con los “efectos” de su uso.

¹⁶ Nino, 2017b, pág. 28.

¹⁷ Nino, 2015, pág. 364.

b) Prescriptivismo

Para el prescriptivismo (Richard M. Hare), el juicio ético está vinculado a alguna acción. Es un consejo u orientación para realizar acciones y elecciones¹⁸.

La objeción que se le formula es que también resulta posible adherir a ciertos postulados éticos, sin que por ello sea necesario realizar la acción, por ejemplo, por falta de deseos del agente.

Es lo que Nino llama “debilidad de la voluntad”. “Los juicios éticos son una guía de conducta, pero el hecho de que lo sean no permite discernir si su naturaleza es descriptiva o prescriptiva. Justamente es eso lo que está en discusión”¹⁹.

Sin perjuicio de ello, de la propuesta de Hare se destacan aportes significativos que contribuyen a la comprensión actual de los juicios de valor. Por un lado, su “característica de supervivencia, es decir, que los juicios de valor están relacionados con ciertas circunstancias fácticas”. Por el otro, su universalización. “No tiene sentido mencionar un juicio de valor para una situación particular y negarse a generalizarlo, a universalizarlo para toda situación con las mismas características relevantes”²⁰.

En palabras del propio Hare: “...en cualquier enunciado de «debe» existe un principio implícito que dice que el enunciado se aplica a todas las situaciones similares”²¹.

5. Relativismo moral

Antes de repasar las principales teorías de ética normativa es preciso recordar también los postulados centrales del relativismo moral. En este sentido, corresponde aclarar que el relativismo moral no es una teoría amoral. Para esta concepción, las personas sí tienen deberes morales, la moral existe, solo que es relativa a cada cultura. Es decir, carece de estándares objetivos. “No es escéptico acerca de la moral, sino acerca de la moral objetiva. Como tal, la tesis relativista es opuesta a la corriente moral objetivista, de acuerdo con la cual hay principios morales objetivos a la luz de los cuales deberían ser evaluadas las diferentes culturas”²².

¹⁸ Nino, 2015, pág. 367.

¹⁹ Nino, 2017b, pág. 31.

²⁰ Nino, 2017b, pág. 33.

²¹ Hare, 2004, pág. 612.

²² Spector, 2019, pág. 10.

Para comprender mejor el alcance y funcionamiento de esta teoría, es recomendable tener presente la distinción entre ética descriptiva y ética normativa²³.

La adopción de una posición moral relativista tiene incidencia concreta – en mi opinión de signo negativo-, en lo que respecta a la posibilidad de justificar los principios y valores que rigen en el Derecho contemporáneo constitucionalizado, asentado sobre el derecho de los derechos humanos²⁴. Ello es así porque es difícil pensar en alguna justificación de los derechos humanos sin una aceptación de los presupuestos de universalidad y objetividad (al menos, de un mínimo de objetividad) de los principios morales y de los juicios de valor.

El relativismo moral sostiene que en distintas sociedades, grupos o personas se han otorgado diferentes sentidos a lo que es “justo” o “bueno”.

Visto desde el punto de vista de la ética descriptiva o sociológica, cabe replicar que el postulado se refiere a distintas circunstancias fácticas, no a principios valorativos básicos. El hecho de que distintas sociedades hayan diferido en sus convicciones morales no implica que éstas sean válidas o verdaderas por igual²⁵. Asimismo, debe advertirse que, si la pretensión es obtener resultados normativos de esta circunstancia, se incurre en un argumento falaz. En efecto, tal como se estudió, no es posible justificar una tesis normativa (lo que debe ser) a partir de una tesis descriptiva (lo que es).

Si se analiza la posición desde la ética normativa, el relativista moral no puede justificar racionalmente que lo que es “bueno” o “justo” para un individuo o sociedad, deba serlo necesariamente para otros, aun cuando se verifiquen las mismas circunstancias relevantes. En consecuencia, y con respecto a la concreción de la acción, si ésta es buena o justa cuando la ejecuta un individuo, y no lo es cuando la realiza otro, en las mismas circunstancias relevantes, se viola el principio de universalidad, que es inherente a la justificación de todo juicio moral. Por otra parte, si solo se alude a que la acción es “buena para mí”, naturalmente otra persona podría pensar lo contrario. En este caso se violaría el presupuesto de consistencia. A su vez, es frecuente que desde una posición relativista se aluda a la prevalencia del principio de tolerancia, en relación con opiniones morales distintas a las nuestras. Pero ello evidencia una confusión en

²³ Ver punto 2 de este trabajo.

²⁴ Ver en extenso y profundidad: Nino, 2017a).

²⁵ Nino, 2015, pág. 377.

doble sentido. Primero, porque debe diferenciarse entre quién ejecuta la acción y quién la juzga. El principio de tolerancia obliga a escuchar las ideas de los otros, pero no a aceptarlas. En segundo lugar, porque si quien defiende este principio es un relativista moral, también deberá serlo en relación con la propia aceptación del principio de tolerancia, esto es, con quienes no lo comparten²⁶.

Esto último se vincula con la congruencia argumental. Para un relativista moral, el principio de tolerancia también debería ser un principio más, de valor relativo, ya que, como se vio, la concepción no admite la universalidad. De este modo, entonces, el propio principio de tolerancia podría ser considerado bueno o malo, dependiendo de las creencias predominantes en una cultura determinada.

La crítica principal que Spector realiza al relativismo moral radica en la posibilidad teórica de tolerar conclusiones tan anti-intuitivas, que prácticamente nadie podría aceptar. Por ejemplo, piénsese en la esclavitud, el maltrato de mujeres (violencia de género), el canibalismo, el infanticidio, o los castigos físicos que deberían admitirse de acuerdo a los códigos morales diferentes que son tolerados o aprobados por determinadas culturas. Lo mismo sucedería con la ética profesional de los abogados. En palabras de este mismo autor: "Pensar sobre la ética profesional de los abogados ya no consistiría en reflexionar sobre cuáles son los parámetros éticos ideales para evaluar su comportamiento, sino simplemente en verificar que los abogados hayan cumplido con lo que en su cultura se considera moralmente adecuado"²⁷.

Es claro que ello cambia de manera sustancial si se adoptan estándares morales objetivos, esto es, que puedan ser reconocidos (justificados) más allá de una cultura y época determinada.

6. Ética normativa. La teoría teleológica preponderante: el utilitarismo

Desde su surgimiento, a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX, la filosofía utilitarista ha influido en el pensamiento occidental. Lo hizo de manera principal en los países de habla inglesa, en especial en Estados Unidos. Ciertas concepciones económicas, de las que es su presupuesto moral, favorecieron esta influencia que se extiende hasta nuestros días. En el derecho contemporáneo,

²⁶ Nino, 2015, págs. 377-378.

²⁷ Spector, 2019, pág. 12.

la ascendencia viene de la mano de la doctrina del “análisis económico del derecho”.

Entre los fundadores de la corriente utilitarista se encuentran Jeremy Bentham y John Stuart Mill. Este último autor sostiene que “la utilidad es la instancia última de apelación en todas las cuestiones éticas; pero la utilidad debe entenderse en su sentido más amplio, fundado en los intereses permanentes del hombre en tanto ser progresivo”²⁸. Este carácter progresivo se vincula con la capacidad de la persona, no solo de estipular sus planes de vida, sino también de revisarlos.

Si bien quienes fueron sus seguidores muestran diferencias en algunas cuestiones básicas, existe consenso en considerar a esta filosofía como “consecuencialista”²⁹.

Y es precisamente esta característica la que interesa en el tema que nos ocupa: la ética profesional del abogado. Ello es así porque la solución a un problema de ética profesional de la abogacía será distinta según se adopte o no una posición consecuencialista.

Desde esta visión, las acciones no tienen valor en sí mismas, sino en relación con lo bueno o malo que resulten sus consecuencias.

Se recuerda con Philip Pettit, que el consecuencialismo “es la concepción según la cual sean cuales sean los valores que adopte un individuo o una institución, la respuesta adecuada a estos valores consiste en fomentarlos. El individuo debe respetar los valores sólo en tanto en cuanto su respeto forma parte de su fomento, o bien es necesario para fomentarlos”³⁰.

De lo dicho se deduce que deberá observarse cómo inciden estos “efectos” o “consecuencias” en la materialización de ciertos “estados de cosas”, que sí se consideran intrínsecamente buenos o malos. En otros términos, algunos estados de cosas son en sí mismos buenos o malos, mientras que otros lo son solo en forma instrumental (como medios para materializar lo que es bueno -o malo- en forma intrínseca). No obstante, cabe aclarar, no existe acuerdo entre los distintos utilitaristas respecto de cuál estado de cosas es intrínsecamente bueno. Para un utilitarismo “egoísta”, las consecuencias que hacen de una acción algo bueno o malo afectan al propio agente, mientras que para un utilitarismo “uni-

²⁸ Mill, 2010, pág. 57.

²⁹ Nino, 2015, pág. 391.

³⁰ Pettit, 2004, pág. 325.

versalista” alcanzan a toda la humanidad (o a todos los seres sensibles). Por otro lado, para un utilitarismo “hedonista”, la vara mide como bien intrínseco al placer, entendido en sentido amplio (como ausencia de dolor, que persigue la felicidad o placer general -Bentham, Mill-), mientras que los “idealistas”, tomarán como referencia el conocimiento, o las cosas bellas (Moore). En general, se admite como tesis estándar del utilitarismo aquella que es consecuencialista hedonista y universalista³¹.

Para esta filosofía, el principio que rige la valoración moral de las acciones humanas es el llamado principio de la mayor felicidad. O sea, el acto será correcto si la consecuencia contribuye a la mayor felicidad (satisfacción de placeres, deseos e intereses) de todos -o la mayor cantidad- los afectados por dicha consecuencia. Un utilitarista clásico, expresa Pettit, sostendrá que la única propiedad importante es que informe en qué medida gozan de la felicidad los seres sensibles³².

Entre las desventajas que se endilgan a esta corriente se destacan, por un lado, la dificultad insuperable de comparar intereses y deseos de distintas personas y clases, lo que impide realizar un cálculo (o estimación) que permita evaluar razonablemente las consecuencias. Por el otro, que el utilitarismo tiene consecuencias contraintuitivas. Por ejemplo, un utilitarista consideraría correcta la acción moral de matar o torturar a una persona para salvar la vida de muchas otras. Nino recoge la crítica de Dworkin quien expresa que, desde el utilitarismo, se podría permitir bajo ciertas circunstancias el sacrificio de minorías, lo que conlleva que su presunto igualitarismo (los deseos, intereses de todas las personas con igual peso) no sea genuino³³.

7. Ética normativa: teorías deontológicas (o formalistas)

La ética normativa, tal como se anticipó³⁴, propone criterios, formula juicios morales y pretende justificarlos.

³¹ Nino, 2015, pág. 392.

³² Pettit, 2004, pág. 323.

³³ Nino, 2015, págs. 399-400.

³⁴ Ver punto 2.

a) Kant

Para la teoría kantiana, el concepto de deber es prioritario respecto del de bondad, lo cual significa que la acción está condicionada por dicho deber. Se advierte aquí la diferencia principal con el utilitarismo, que considera “deber” a la maximización del bien (consecuencia).

Es importante recordar que, para Kant, el conocimiento se divide en “lógica” (reglas formales del razonamiento), “física” (principios de uso teórico de la razón, de cualidad substantiva y reservado al campo de la experiencia sensorial) y “ética” (principios de uso práctico de la razón). En este esquema, los principios morales poseen las siguientes características: (1) son autónomos, es decir, las personas se dan las leyes a sí mismas, excluyéndose por lo tanto las derivadas de la divinidad y de los deseos; (2) son categóricos, esto es, incondicionados, a diferencia de los imperativos hipotéticos; y (3) son universales, lo que significa que deben poder aplicarse a todos los seres racionales³⁵.

Este último requisito se expresa, en palabras del propio Kant, de la siguiente manera: “el imperativo categórico es único y, sin duda, es éste: obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal”³⁶.

En la segunda formulación de su imperativo categórico (que Kant denomina “práctico”), conocida como “fórmula de humanidad”, expone: “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio”³⁷. Es decir, la filosofía kantiana considera al hombre como un fin en sí mismo y, en tanto y en cuanto se trata de un imperativo categórico, esta noción es vinculante de manera absoluta. De manera que la humanidad misma, en tanto “bien” objetivo e incondicional, es entonces una dignidad³⁸. Y en este sentido, Kant establece dos clases de deberes: para consigo mismo y para con otros.

Otro tópico de análisis indispensable es el valor que corresponde asignarle a la voluntad, entendida como la capacidad, propia de todo ser racional, de autodeterminarse a obrar según la representación de ciertos principios. Y esta no-

³⁵ Nino, 2015, págs. 402-403.

³⁶ Kant, 2012, pág. 126.

³⁷ Kant, 2012, pág. 139.

³⁸ Esta afirmación es extrema al punto que, para Kant, la vida es necesaria vivirla solo si se la vive dignamente (Kant, 1988, pág. 192).

ción está ligada con el concepto de fin. Ahora bien, esta vinculación voluntad-fin se debe examinar con cuidado, pues los fines tienen para Kant un valor relativo. Como explica Ileana Beade, “estos fines «relativos» no pueden ser fundamento de un «imperativo categórico» -es decir, de un mandato absolutamente incondicionado-, sino que sólo pueden dar lugar a «imperativos hipotéticos»”³⁹.

Por lo tanto, fijar y sostener el “principio supremo de la moralidad” implica reconocer que lo único “bueno” en sentido absoluto es la buena voluntad, “esto es: una voluntad buena en sus propósitos, con independencia del éxito que pueda alcanzarse en la realización de los fines que se propone. Una voluntad buena posee valor absoluto”⁴⁰. En términos del propio Kant, se trata del: “...concepto del deber, el cual entraña la noción de una buena voluntad”⁴¹.

La voluntad se expresa con una acción: la acción moral, que tiene en miras a un valor fundamental que es el valor de la humanidad. Y una acción moral es buena -de manera incondicional- si la guía un valor incondicional⁴².

La noción de hombre, fin en sí mismo (de valor absoluto), se diferencia de la noción de “cosa” que sirve como medio (valor relativo) para la realización de (otros) fines. Ello significa que lo que es un fin en sí (persona humana) no puede ser utilizada como medio para la consecución de otros fines. La humanidad es pensada fin en virtud de que “proporciona a la voluntad [racional] un fundamento objetivo para su autodeterminación”⁴³.

De allí que en el “reino de los fines” el deber le incumbe a cada uno de los miembros y en igual medida⁴⁴.

Un ejemplo de utilización de la persona como “medio” lo recuerda Jürgen Habermas, al apreciar el precedente de la Corte Constitucional Federal de Alemania, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Seguridad Aérea (en el año 2006). La ley autorizaba a las fuerzas armadas para que, en una situación similar a la vivida en Estados Unidos el 11-S, pudieran derribar un avión de pasajeros convertido en un proyectil viviente⁴⁵.

³⁹ Beade, 2016, pág. 25.

⁴⁰ Beade, 2016, pág. 25.

⁴¹ Kant, 2012, pág. 86.

⁴² Rivera Castro, 2004, pág. 4.

⁴³ Beade, 2016, pág. 26.

⁴⁴ Kant, 2012, pág. 147.

⁴⁵ Habermas, 2010, pág. 4-5. “La inviolabilidad de la dignidad humana reclamó la atención del público alemán cuando la Corte Constitucional Federal declaró inconstitucional

Ahora bien, sin perjuicio del aporte valioso de esta teoría deontológica, en especial si se ponen en valor contemporáneo las nociones autonomía y universalidad de los principios morales, como así también el aporte extraordinario de la consideración de la persona como un fin en sí mismo (y no como medio en beneficio de otros), a esta filosofía se le pueden realizar algunas observaciones.

Es probable que la objeción más fuerte radique en la prescindencia de toda consideración de los propósitos y deseos de las acciones de las personas (los fines no necesarios). Es decir, en su formalismo y abstracción.

En efecto, aún sin adherir a una visión utilitarista, el hecho de tener que dotar de un contenido concreto a la noción de buena voluntad o al principio de humanidad en cada conflicto contemporáneo, conlleva el riesgo de que no puedan justificarse en todos los casos algunas prácticas que, en rigor, dividen a las sociedades contemporáneas. Piénsese, por ejemplo, en determinadas prácticas bioéticas tales como los diagnósticos genéticos, el tratamiento de embriones no implantados, la gestación por sustitución, o cuestiones vinculadas al aborto o la eutanasia. O bien, en materia penal, la absolución de una persona que cometió un delito mediando alguna causa de justificación.

b) Rawls

John Rawls adhiere a la tesis contractualista, pero, a diferencia de Rousseau y Kant, el objeto del “contrato” no será el establecimiento del Estado o de una

la Ley de Seguridad Aérea en el año 2006. Al momento de promulgarla, el parlamento tenía en mente el escenario internacional creado el 11 de septiembre [de 2001] por el ataque terrorista a las torres gemelas en el World Trade Center [de la ciudad de Nueva York]. En dicha ley se pretendía autorizar a las fuerzas armadas para que, en una situación similar, pudieran derribar un avión de pasajeros que se hubiera convertido en un proyectil viviente, previniendo así la amenaza a un número incierto, aunque considerable de personas que se encontrarán en tierra. Para la corte, sin embargo, la muerte de los pasajeros producida en esas circunstancias por agentes estatales constituía una acción no amparada por el orden constitucional alemán. La corte argumentó que el deber del Estado (conforme al artículo 2.2. GG) de proteger la vida de las víctimas potenciales de un ataque terrorista era secundario frente al deber de respetar la dignidad humana de los pasajeros. «La manera en la que el Estado podría haber dispuesto unilateralmente de la vida de las personas a bordo del avión les habría negado el valor debido por sí mismo a todo ser humano». Sin lugar a dudas, el eco del imperativo categórico kantiano se escucha en las palabras de la corte. El respeto a la dignidad de todo ser humano prohíbe que el Estado trate a una persona simplemente como un medio para alcanzar un fin, incluso si ese otro fin fuera el de salvar la vida de muchas otras personas”.

forma de gobierno, sino los principios de justicia. “Más bien, la idea directriz es que los principios de la justicia para la estructura básica de la sociedad son el objeto del acuerdo original”⁴⁶. Se trata de un acuerdo celebrado entre personas libres y racionales.

Por ello, el primer principio de su teoría expresa que todas las personas tienen derecho a la (mayor) libertad individual, que sea compatible con igual libertad de los demás. Prioriza la libertad de pensamiento, de conciencia, de expresión, de reunión, de integridad psicofísica y las libertades políticas. En filosofía política, este principio garantiza que nadie sea privado de sus derechos básicos, con el argumento de un beneficio colectivo presunto. El segundo principio, vinculado a las desigualdades económicas y sociales⁴⁷, puede subdividirse en dos: el principio de igualdad de oportunidades y el principio de diferencia.

Es interesante destacar que, para Rawls, las dos medidas políticas que mejor responden a la idea de igualdad de oportunidades son la garantía de educación de calidad y la eliminación de acumulación de propiedades y riquezas⁴⁸. El principio de diferencia es una extensión del de igualdad; persigue que las desigualdades socioeconómicas contribuyan a un mayor beneficio de los que están más abajo en el entramado social. Se trata de una suerte de corrector de la imperfección de la igualdad de oportunidades⁴⁹, que cabe asociarlo con la idea de fraternidad. En palabras de Rawls “ofrece una interpretación del principio de fraternidad”⁵⁰.

En su noción de justicia como imparcialidad, las partes acuerdan porque estarían en una situación de equidad (o simetría), a la que Rawls llama posición originaria. Se trata de una posición hipotética de sujetos racionales, autointeresados (es decir, desinteresados de los intereses ajenos), libres e iguales. Y que se encuentran tras un velo de ignorancia, lo que significa que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o estatus social, ni conoce la suerte en la distribución de ventajas o capacidades naturales, inteligencia, fortaleza, ni sus concepciones del bien⁵¹.

Nino señala que, en su construcción de la posición originaria, Rawls toma el concepto de autonomía kantiano, esto es, la idea de que los principios morales

⁴⁶ Rawls, 2012, pág. 20.

⁴⁷ Ver Rawls, 2012, pág. 263 y sig.

⁴⁸ Puyol, 2017, págs. 44-46.

⁴⁹ Puyol, 2017, pág. 51.

⁵⁰ Rawls, 2012, pág. 99.

⁵¹ Rawls, 2012, pág. 21 y sig.

se lo dan a sí mismos seres racionales, libres e iguales, prescindiendo de sus deseos o de alguna autoridad. En lo que nos interesa en este recorrido hacia el estudio de ética profesional, asume el llamado punto de vista moral, esto es, la formulación de ciertos principios generales a los cuales las personas deben atenerse⁵².

Para Rawls, la regla de racionalidad que haría que los participantes de la posición originaria elijan sus dos principios de justicia, en una situación de incertidumbre, es el maximin (abreviación del latín *máximum minimorum*). La regla indica que se deben jerarquizar las alternativas conforme a sus peores resultados posibles, y se adoptará la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor resultado de las demás alternativas⁵³.

Rawls piensa que toda decisión vinculada a cuestiones de justicia requiere de una secuencia de cuatro etapas. La primera es la elección de los principios de justicia, bajo el velo de la ignorancia. La segunda es la estipulación de normas constitucionales con los que pretende hacer valer el principio de libertad. En la tercera etapa, una vez conocidos los hechos generales, se instituyen las reglas para garantizar el segundo principio (en su doble faz -igualdad-diferencia-). Por último, se trata de la aplicación de las reglas a los casos particulares. En cada estadio se levanta, en forma gradual, el velo de la ignorancia⁵⁴.

A esta teoría se le critica el valor justificativo de un contrato hipotético, endilgándole a los principios una calificación de prudenciales, antes que de justicia. También se cuestiona la prioridad que concede a la libertad, y que los participantes de la posición originaria tengan una actitud tan conservadora, para adoptar, como regla de racionalidad, el maximin. Para Nino, más allá del resultado del edificio teórico, la construcción de Rawls ha aportado un efecto muy beneficioso: reavivó el interés por “la discusión teórica de los problemas normativos (y no meramente conceptuales) de la filosofía moral, política y jurídica”⁵⁵.

8. *Ética de la virtud*

Una tercera posición que se diferencia de las visiones predominantes, las utilitaristas-consecuencialistas, por un lado, y las deontológicas (formalistas), por el otro, y que a su vez no es relativista, es la ética de la virtud.

⁵² Nino, 2015, págs. 410-411.

⁵³ Rawls, 2012, pág. 138 y sig.

⁵⁴ Nino, 2015, pág. 414.

⁵⁵ Nino, 2015, pág. 416.

Se trata de una ética cuyo foco no está puesto en lo qué debemos hacer, sino en cómo debemos ser. De esta manera, las preguntas originarias ¿qué deberes tenemos?, o ¿qué reglas morales o jurídicas están justificadas?, se redireccionan hacia otra: ¿cómo es una persona virtuosa?

Esta ética no desconoce que las personas tienen deberes morales, pero éstos derivan de la virtud humana. Recién después de conocer cómo es una persona virtuosa, se podrá determinar qué deberes tiene, y no al revés. El mismo razonamiento se aplica a las prohibiciones morales⁵⁶.

Amalia Amaya explica que el resurgimiento de la ética de la virtud, que se ubica temporalmente en la segunda mitad del siglo XX, obedece a la insatisfacción de los paradigmas deontológicos y utilitaristas imperantes en la ética occidental. En sus propias palabras:

La teoría de la virtud se recuperó a finales de la década de los cincuenta, con el artículo de Elisabeth Anscombe, “La filosofía moral moderna” y, desde entonces, ha pasado a ser una de las teorías morales más importantes en ética normativa. La ética de la virtud resurgió, en gran medida, debido a una creciente insatisfacción con los paradigmas deontológico y utilitarista. Según los defensores de éticas de la virtud, estas teorías no daban cuenta de una serie de temas que toda teoría moral debe abordar, tales como la motivación, el carácter moral, la educación moral, la relevancia moral de la amistad, las relaciones familiares y los vínculos comunitarios, cuestiones relativas a qué tipo de persona uno debe ser, el papel de las emociones en la vida moral, así como la preocupación por la felicidad y la autorrealización⁵⁷.

Es importante tener presente en todo momento que lo distintivo de esta teoría ética es la noción de virtud. Ello es lo que marca la diferencia con las teorías deontológicas, para las cuales los deberes y las normas o reglas son conceptos fundamentales de fuente diferente a la virtud. También con el utilitarismo, que atiende a las consecuencias de las acciones humanas.

En los últimos años se destaca el papel que juega la virtud en ética aplicada, de igual manera que en teoría de la educación y en psicología moral y social. Se piensa que en estas áreas será donde, con mayor probabilidad, encuentre mejor ámbito de expansión en el futuro⁵⁸.

⁵⁶ Spector, 2019, pág. 22.

⁵⁷ Amaya, 2015, págs. 1-2.

⁵⁸ Amaya, 2015, pág. 8.

En relación con el derecho, Amaya sostiene que, al emplear la noción de virtud, los juristas tuvieron diferentes objetivos en mente, lo que trajo como resultado la posibilidad de adoptar distintas perspectivas. De allí que sea importante resaltar que el empleo de la noción virtud, no implica de manera necesaria concebir una teoría aretaica del derecho. “Al igual que es posible para un filósofo emplear la noción de virtud sin defender una ética de la virtud, es también posible para un jurista usar conceptos aretaicos sin pretender, necesariamente, desarrollar una teoría del derecho basada en la idea de virtud”⁵⁹.

De allí que algunas nociones de esta teoría de la virtud se adviertan en trabajos vinculados a áreas específicas del derecho. Así sucede por ejemplo en cuestiones bioéticas o en materia de responsabilidad civil (el principio de prevención del daño). En filosofía del derecho, la relación inmediata se encuentra en las teorías de la argumentación jurídica contemporáneas. Tal como sostiene Amaya: “una aproximación aretaica a la argumentación jurídica nos permite apreciar que existen conexiones importantes entre la teoría de la argumentación jurídica y la ética judicial”⁶⁰.

Existen numerosas teorías que pueden incluirse dentro de esta concepción, cuyo estudio detenido excede el objeto de este trabajo. Por lo tanto, de igual manera a lo realizado con las otras posiciones teóricas ya vistas, solo se pasará vista de los aspectos más relevantes de dos de ellas: la visión aristotélica (originaria) y la ética del cuidado.

a) Aristóteles y la virtud

A Aristóteles se lo considera el fundador de la ética de la virtud. Para él, una persona virtuosa es quien alcanzó la eudaimonía, que se traduce como “felicidad”. Cabe aclarar que esta noción de felicidad no tiene el sentido de placer, sino

⁵⁹ Amaya, 2015, pág. 10.

⁶⁰ Amaya, 2015, pág. 29. Y agrega: “Si, como he sostenido, la virtud es necesaria para la (buena) argumentación jurídica, entonces la cuestión de qué hace que una decisión jurídica sea una buena decisión no puede separarse de la cuestión de qué es lo que hace que un juez sea un buen juez. Es decir, el estudio del razonamiento jurídico no puede divorciarse del estudio de los rasgos de carácter y las habilidades necesarias para llevar a cabo la toma de decisiones jurídicas de manera exitosa. Por lo tanto, desde una perspectiva aretaica, la teoría de la ética jurídica no es meramente una herramienta auxiliar, sino una parte substantiva de la teoría de la argumentación jurídica” (Amaya, 2015, pág. 29).

de un estado de plenitud. La eudaimonía es vista como un ejercicio virtuoso de la razón, propiedad que nos distingue como humanos.

E incluye tanto la noción de comportarse bien como la de vivir bien⁶¹.

Este ejercicio virtuoso de la razón se explica mediante la doctrina del justo medio; de modo que la virtud, lo bueno, se encuentra en el punto intermedio entre dos extremos (el ejemplo conocido es la acción intermedia que se ubica entre la conducta omisiva, propia de una persona que no se arriesga a nada, confrontada con su opuesto que es la acción temeraria). Es decir, el protagonismo lo asume la prudencia, virtud que ha de aplicarse a todos los ámbitos de la vida⁶².

La idea de virtud tiene influencia marcada en nuestros días. En efecto, ante expresiones del tipo, “ningún extremo es bueno” o “no seas extremista”, surge que la moderación (prudencia) es asumida como valor personal y social.

Por eso, cuando se dice: “Es una persona muy moderada”, se está diciendo algo bueno sobre ella, que tiene buen juicio o asume cursos de acción acertados⁶³.

Para MacIntyre, la noción de virtud aristotélica no implica la meta final del hombre. No obstante, “es una parte esencial de la forma de vida que sí lo es; el hombre bueno siente placer en la actividad virtuosa, y así se introduce también con razón el placer; un mínimo de bienes exteriores resulta necesario para el bienestar y las buenas acciones típicos de hombre...”⁶⁴.

b) La ética del cuidado

La “ética del cuidado”⁶⁵ incorpora a la discusión moral la mirada del agente, considerada en forma individual y, de alguna manera, se introduce en el modelo formalista de modo complementario. Ello no debe interpretarse como una contradicción teórica, ni como una pretensión de reemplazo, sino una complementariedad⁶⁶.

⁶¹ MacIntyre, 1991, pág. 66.

⁶² Ver en extenso: Aristóteles, 2005, libro II.

⁶³ Spector, 2019, pág. 24.

⁶⁴ MacIntyre, 1991, pág. 70.

⁶⁵ Gilligan, 2003.

⁶⁶ Ello es posible pues, como bien se enseña: “La teoría del desarrollo moral ha sido cuestionada tanto por su fuerte orientación hacia la moralidad de los principios como por haber dejado en segundo plano respuestas alternativas sobre el funcionamiento del juicio moral” (López de la Vieja, 2013, pág. 43).

La ética del cuidado procura recuperar las necesidades concretas del agente y elaborar respuestas a tales necesidades, es decir, a su interpretación en términos de justicia y autonomía. En relación con la obligación moral de cuidado, usualmente asumida por las mujeres, María Teresa López de la Vieja recuerda que, para Carol Gilligan, las teorías psicológicas del desarrollo y las teorías éticas no han escuchado la “otra voz” (las de las mujeres) sobre la moralidad. Se trata de una voz diferente, que parte de la responsabilidad hacia los otros, en un rol o función relacional, arraigado en la experiencia y en la educación. Es una voz no patriarcal (aunque un sector del feminismo la critique⁶⁷), que pone el acento en las necesidades ajenas con un sentido de justicia peculiar. Destaca asimismo que es el “rol ideal”, lo que lleva consigo el respeto por las nociones de universalidad e imparcialidad del discurso moral. Pero que, en su aplicación al caso concreto, deben incluirse las nociones de necesidades y motivos de la agente que realiza la acción⁶⁸. Parece claro que esta visión se comprende mejor si se adopta una perspectiva de género.

Esta ética implica receptor una postura moral de responsabilidad (autopercebida), la cual se vincula con la ética de la justicia. Es decir, la ética del cuidado no se contraponen a la de la justicia⁶⁹. La complementa.

La ética del cuidado (necesidades y motivos de la agente) surge en el ámbito privado, a diferencia de la ética de los derechos⁷⁰ que surge en el público. Sin embargo, repercute en la esfera pública, pues, como se dijo, una de sus características es el modo de percibir los problemas morales como conflictos de responsabilidades en una red de relaciones.

Su criterio de razonamiento es el de una lógica de red (contextual) y sus fines son evitar el daño y mantener las relaciones. La fuerza que la impulsa es la cooperación. Nociones de empatía, comunidad, cuidado, respuesta activa al problema del otro, le son inherentes⁷¹.

⁶⁷ “Esta teoría de Gilligan ha sido muy criticada, especialmente desde otros feminismos. [...]entre las objeciones más fuertes se destaca la que, por su énfasis en el pensamiento moral de “las mujeres” como tales, le imputa volver al esencialismo de género. [...]Gilligan rechaza de manera expresa esta aproximación. En efecto, afirma que la voz distinta no se caracteriza por el sexo sino por el tema” (Faerman, 2015, pág. 127).

⁶⁸ López de la Vieja, 2013.

⁶⁹ Kohen, 2005.

⁷⁰ Es la ética que entiende que los derechos son el valor prioritario y dominante. Por lo tanto, la cuestión pasa por saber si tengo derecho o no a realizar una acción, antes de saber si es buena o correcta. Para ampliar, ver Viola, 1999.

⁷¹ Kohen, 2005, pág. 41.

c) Críticas a las éticas de la virtud

Para Spector cabe realizar dos observaciones a las teorías de la virtud. La primera consiste en que cualquier persona podría realizar acciones u omisiones virtuosas, sin que por ello lo “sea”. Este autor expone el ejemplo de quien dedicó gran parte de su vida a robar y, en razón de su ingreso a un programa de rehabilitación ha dejado de hacerlo. Sus acciones actuales, a pesar de reconocerle el esfuerzo personal para abandonar el delito, no lo convierten en una persona virtuosa (un desarrollo histórico y comparado de este tópico se puede encontrar asimismo en el ensayo de Anscombe⁷²). La segunda crítica apunta contra un argumento circular. En este sentido, un defensor de la teoría de la virtud dirá que debemos realizar un determinado acto porque una persona virtuosa lo haría (por ejemplo, ayudar a otro). Pero, al preguntarle a alguna persona virtuosa por qué actúa de tal o cual manera, no podrá argumentar sobre la base de postulados tales como la “defensa de su dignidad” o “autonomía”, o porque así “contribuye a una sociedad más feliz”. Ello implicaría que el agente asume algún tipo de ética normativa (deontológicas y utilitaristas, respectivamente), como justificativas de su caracterización como persona virtuosa. Si la persona virtuosa responde de esta manera, se “terminarían definiendo las virtudes en términos de lo que es moralmente correcto, cuando la ética de la virtud pretende tomar el camino inverso”⁷³.

Sin embargo, las críticas señaladas admiten ser atenuadas en el caso concreto de la ética del cuidado. En particular, en cuestiones de bioética, prevención del daño en la responsabilidad civil o en la argumentación jurídica.

Como se ha visto, la ética del cuidado no pretende suplantar a la ética formal sino complementarla. En cierta manera, lo que hace es dotarla de un contenido interno (privado) del agente, que es justamente aquello de lo que carecen las éticas formales, que tendrá incidencia sobre lo público (los efectos de la acción). Además, la ética del cuidado trabaja con una lógica de red, cuyos fines son evitar el daño (o disminuir sus consecuencias) y mantener las relaciones, a través de una actividad cooperativa.

Por lo tanto, no se encuentran razones que impidan pensar en, por llamarlo de alguna manera, una nueva ética de conceptos agregativos. Al ser compatible con la ética normativa, podría proponerse una formulación renovada de un

⁷² Anscombe, 2006.

⁷³ Spector, 2019, pág. 27.

constructivismo ético de base dialógica, que incluya la ética del cuidado, al menos en estos casos aludidos, de interés iusfilosófico contemporáneo. Si ello fuese posible, no solo se resolverían los problemas de las éticas normativas (su formalismo y consecuente abstracción), sino también se facilitarían la caracterización conceptual de lo que es el bien o lo bueno.

Las necesidades y motivos del agente no deben pensarse como una propiedad del “ser” inmodificables, sino como un accionar virtuoso, fundado en un diálogo racional intersubjetivo que, en supuestos específicos, se inserta en un ámbito y tiempo determinado. Esto último es muy importante, pues, como se sabe, ninguna acción “tiene lugar en un vacío político”⁷⁴.

II. Apuntes sobre ética profesional del abogado

El repaso realizado hasta el momento pretende ser una especie de mapa o guía para posicionar en él los fundamentos iusfilosóficos de las obligaciones profesionales del abogado.

La “ética del abogado” es una de las formas que asume la “ética profesional”. Ella se encarga de examinar el ejercicio de la abogacía, de las ciencias económicas, de la medicina, de la arquitectura, del periodismo, y de las demás profesiones que, en tanto tales, están regidas por códigos deontológicos (reglas y principios).

Asimismo, se destaca que la “ética profesional” es “ética aplicada.” Adela Cortina explica cómo aparece y en qué consiste esta última.

En los años sesenta y setenta del siglo XX surgen en los países con tradición occidental lo que con el tiempo vinieron a llamarse «éticas aplicadas». A los tres giros aportados por la filosofía en el siglo pasado (lingüístico, hermenéutico y pragmático) se sumaba un cuarto, el «giro aplicado» y, en este caso, en uno de los ámbitos de la filosofía, concretamente el de la ética o filosofía moral. En aquel tiempo el problema de la fundamentación de lo moral seguía siendo el «tema estrella» de la ética, pero junto a él empezaba a ganar terreno la necesidad de aplicar a la vida cotidiana lo ganado en el proceso de fundamentación, la necesidad de diseñar una ética aplicada a las distintas esferas de la vida social, que daría lugar a las distintas «éticas aplicadas»⁷⁵.

⁷⁴ Pence, 2004, pág. 356.

⁷⁵ Cortina, 2002, pág. 46.

1. El rol profesional como elemento específico de la ética profesional

En este marco de análisis, lo primero que corresponde delimitar es cuál es el contenido o qué se entiende por actividad profesional. Entre sus características específicas sobresalen: a) su vinculación a trabajos remunerados, b) requiere de conocimientos técnicos que se adquieren mediante una formación específica, c) detenta cierto prestigio social, d) se relaciona con temas fundamentales que atañen a las personas (por ejemplo, la abogacía se ocupa de los derechos, la medicina de la salud) y, e) está estructurada sobre la base de una relación personal, más o menos duradera, que conecta al profesional con el destinatario del servicio profesional (cliente, paciente). Cabe aclarar que no es necesario que todos estos atributos estén presentes de forma obligatoria. Pueden existir supuestos en los que no sea así (tal es el caso de una labor profesional no remunerada), sin que por ello la actividad pierda esta condición. De modo que no debe pensarse en una noción esencialista del concepto, sino tan solo advertir que una o varias de estas características estén presentes⁷⁶.

En este sentido, se destaca que a la ética profesional se le reconoce un elemento específico que la identifica y diferencia de la ética general: la moralidad de rol profesional. Esta moralidad de rol profesional modifica el complejo panorama de la ética general.

Es cierto que, como explica Rivera López, además de los profesionales existen otros vínculos personales que también imponen la asunción de una moralidad de rol. Entre ellos, el rol de padre, de hijo o de amigo. Son “roles naturales” (no profesionales) que condicionan los actos de las personas, sobre la base de derechos, deberes y responsabilidades particulares. En este orden se encuentra el deber de ayuda o de cuidado, que tendrá distinta intensidad según se trate de un rol natural (derivado de la condición de padre, hijo o amigo) o de un mandato moral genérico⁷⁷.

Pero en estos roles naturales (padre, hijo, amigo), la cuestión de la colisión con la ética general parece estar resuelta. O, al menos, la solución no ofrece mayor dificultad. Por caso, no será reprochable la conducta de un padre o de una madre que, a causa de la limitación de sus recursos económicos, privilegie la educación o la salud de sus hijos por sobre la de los demás niños de la comunidad.

⁷⁶ Rivera López, 2019, pág. 30.

⁷⁷ Rivera López, 2019, pág. 31.

En cambio, no sucede lo mismo con los roles profesionales. El supuesto del abogado que asume el rol profesional de defender a una persona que cometió un crimen aberrante, o el del periodista que decide publicar una noticia del ámbito privado de una persona pública, con conocimiento cabal que ello afectará su honor, son ejemplos ilustrativos de que la respuesta a la pregunta cómo debo actuar exige un plus argumentativo, en relación con su justificación.

Además, no todas las tensiones morales que genera el ejercicio profesional pueden descansar en la valoración que contienen intrínsecamente los parámetros objetivos de actuación. Me refiero a las normas genéricas fijadas de antemano por los códigos de ética. Ello es así porque tales códigos están compuestos de reglas, pero también de principios, a los que, producto de su apertura o indeterminación, debe dotárselos de contenido material antes de tomar una decisión. Recién entonces se estará en condiciones de optar entre la ética profesional o general, en el supuesto de colisión. Un ejemplo de lo dicho lo brinda el artículo 8 del Código de ética de abogados y procuradores de Mendoza, cuando expresa que el “deber esencial” del abogado es “ser defensor de la justicia”. Lo mismo hace al referirse que una ley injusta “no obliga en conciencia al abogado”.

De allí que el problema de la elección entre la ética general (esto es, aquellos derechos, deberes y responsabilidades que se poseen por la sola condición de ser un agente moral) y la ética profesional no se resuelve mediante un criterio de gradualidad (como sucede en el rol natural, donde diferentes grados de cuidado son admisibles moralmente), sino más bien mediante una decisión del tipo todo o nada.

2. El rol profesional como justificativo solo de los deberes profesionales

Por lo visto, parece razonable que se dirccione el esfuerzo hacia la búsqueda (o elaboración) de un plus argumentativo, que justifique la propia moralidad del rol profesional.

Lo que se sabe a priori es que la mera existencia de roles profesionales no es suficiente -por esa sola razón- para justificarlos. Si un abogado gana un juicio mediante una actuación inherente a su rol, sabiendo que no le asiste razón a su cliente y que con ello causará un perjuicio a la parte contraria, es claro que la justificación moral no puede descansar en que es un buen abogado porque cumplió su rol a la perfección. Un ejemplo que se cita en forma habitual es la desca-

lificación de un testigo por parte del abogado, a pesar de tener conocimiento que decía la verdad. Me refiero al caso “Dalkon Shield” (sobre el que se vuelve más adelante), donde los abogados del fabricante del dispositivo intrauterino, que había causado daño a miles de mujeres, realizaron preguntas intimidatorias y humillantes a los testigos acerca de sus prácticas sexuales, con el único fin de desincentivar futuras demandas. La alegación “es un buen abogado”, lo único que hace es confirmar el rol, más resulta insuficiente como argumento justificativo moral.

Sin embargo, una persona que defienda un criterio utilitarista sostendrá que, si todos los abogados cumplen a la perfección su rol, en los casos concretos en los que intervienen respetando las reglas profesionales, contribuirán al bienestar social, porque precisamente las reglas se instituyeron con tal finalidad. Es decir, el cumplimiento del rol profesional (en el caso el de las reglas profesionales), en la mayor medida posible, redundará en la maximización buscada del bienestar general o social.

De allí que David Luban⁷⁸ sostenga que este argumento debe complejizarse, y direccionarse hacia una justificación final, que para él radica en la noción de institucionalidad.

El esquema que propone se ensaya sobre el ejemplo antes aludido, donde el abogado descalifica los dichos del testigo, con el fin de desalentar nuevas demandas de similar objeto. De este modo: a) la acción de descalificación del testigo está justificada por la regla que indica que el abogado debe defender a su cliente; b) a su vez, esta regla se justifica porque se la considera esencial al rol del profesional; c) tal regla esencial (de defensa del cliente que tiene su correlato en la legislación mendocina)⁷⁹ junto a otras conforma un entramado de derechos

⁷⁸ Luban, 1988.

⁷⁹ El Código de ética de abogados y procuradores de Mendoza, en su artículo 34 establece el deber de servir al cliente, para cuya gestión debe cumplir con las siguientes obligaciones:

- “1) El abogado, cualquiera sea el carácter en que actúe, empleará al servicio del cliente en todo su saber, celo y dedicación personal.
- 2) Ni el temor a la antipatía del juzgador o a la impopularidad le detendrán en el cumplimiento de su deber.
- 3) El cliente tiene derecho a todos los recursos y defensas autorizadas por la ley y debe esperar de su aboga do que apele a los mismos, dentro de los límites de la ley y lo que su conciencia le dicte.
- 4) Cuando el abogado actúe como apoderado ejercerá la representación hasta cesar en el cargo, conforme a las leyes. Interpondrá los recursos legales, bajo responsabilidad de

y deberes que definen el rol del abogado; y d) este rol de abogado, que le impone cumplir con tales derechos y deberes, está justificado por la institución la que a su vez es esencial al sistema adversarial, cuyo fin radica en la realización del valor (general y social) justicia.

Para Rivera López, el mismo esquema lógico podría ser utilizado para otras profesiones. Cita como ejemplo el deber de guardar secreto del médico, aunque con ese silencio cause daño a terceros. El silencio estaría justificado por la regla médica de confidencialidad, ésta porque hace al buen rol del médico, todo lo cual a su vez se fundamenta por la pertenencia a la “institución medicina”, valiosa como bien social⁸⁰.

Con todo, de aceptarse esta forma de argumentar surge la necesidad de pensar en una justificación del valor social de la institución, que no podrá ser la noción de rol profesional, aunque la incluya, pues ello importaría caer en una argumentación circular. Así entonces, la primera pregunta recae sobre si el cumplimiento de los fines de la institución implica, en rigor, la realización de lo bueno o lo justo. En una primera mirada no parece que ello sea así. Nótese que no siempre lo institucional es razón suficiente para la asunción de determinados roles. Por ejemplo, el bien social que persigue la institución medicina, no justifica la realización de determinadas prácticas genéticas sobre embriones en su fase germinal (art. 57 CCyC). Y ello es así, a pesar de que el rol de un buen médico investigador sea el de proveer de insumos de conocimiento que impliquen el avance de la ciencia médica. En sentido contrario, en la actualidad existen algunas prácticas que no son admitidas por la institución medicina, aunque un sector importante de la sociedad presione sobre los profesionales médicos para que las asuman y realicen (por ejemplo, las prácticas tendientes a conseguir la interrupción voluntaria del embarazo o la eutanasia). Se advierte entonces que entre rol profesional e institución no siempre existe una correspondencia completa.

La explicación de esta falta de correspondencia tal vez pueda explicarse en que, en el ejercicio profesional, los roles no son insensibles a los cambios sociales ni son estáticos. E, incluso, si se reflexionan los dilemas desde cada caso en particular inserto en una realidad espacial y temporal determinadas, muchas veces daños y perjuicios, contra toda resolución adversa a las pretensiones de su poderdante y contra toda regulación de honorarios que corresponda abonar al mismo, salvo expresa conformidad del cliente”.

⁸⁰ Rivera López, 2019, pág. 33.

se advertirá que el cumplimiento de alguna regla, por sí misma, no asegura necesariamente el beneficio social que persigue la institución.

En suma, lo que se trata de puntualizar es que el utilitarismo de reglas no parece dar una respuesta justificativa ética plena. En algunos supuestos, como los bioéticos, asumir el rol estipulado en la regla no significa que se vaya a lograr la maximización del beneficio social, que es el fin perseguido por la institución.

De modo tal que, como expresa Rivera López, la justificación del rol profesional solo justifica los deberes profesionales. Pero es insuficiente para determinar “el contorno o alcance preciso de esos deberes. Este contorno es siempre discutible y, por ello, es necesario adquirir herramientas para realizar una reflexión propia, en cada caso, acerca de si una acción se justifica o no como parte del rol”⁸¹.

3. *Los deberes profesionales del abogado. Control. Funciones*

Lo visto hasta este momento es demostrativo de la complejidad ética a la que se enfrenta el profesional en general, y el abogado en particular, en el ejercicio de su actividad.

A las obligaciones y pautas de comportamiento propias de la ética general, se agregan las inherentes a la moralidad del rol, en las cuales se introducen –o no– las que contienen las distintas regulaciones deontológicas. Sea como fuere, debe reconocerse que son estas últimas las que marcan el rumbo del rol profesional, al menos a modo de umbral mínimo. Empero, no debe perderse de vista que se trata de pautas de comportamientos mínimas que deben ser interpretadas como cualquier norma jurídica.

En el caso mendocino, el Código de ética de la abogacía comienza con una declaración de principios fundamentales que rigen la actividad. La regulación exige del abogado una conducta digna y honorífica, libre e independiente, y responsable ante sus clientes, la sociedad y los órganos jurisdiccionales⁸².

⁸¹ Rivera López, 2019, pág. 34.

⁸² “1. Que la abogacía..., se fundamenta en... dignidad y honor en la conducta del Abogado; en la libertad e independencia de su ejercicio profesional y en el sentido de la responsabilidad ante sus clientes, la sociedad y los órganos jurisdiccionales, con la conciencia de la alta función social que ejerce” (Código de ética de abogados y procuradores de Mendoza).

En este contexto, el Código establece una serie de deberes fundamentales de la profesión, entre los que se destacan:

- a) el de defender la justicia (art. 8);
- b) el de estudiar y medir su propia capacidad, mediante la actualización constante y profundización de sus conocimientos jurídicos, impidiéndole a su vez no tomar asuntos que excedan sus conocimientos (art. 9);
- c) el de diligencia y puntualidad (art. 10);
- d) el de actuar con honor, probidad, lealtad, veracidad y buena fe (art. 11);
- e) el de defender el honor y la dignidad profesionales, debiendo en este sentido combatir la conducta reprochable, tanto de colegas como de jueces (art. 12);
- f) el de impedir el ejercicio ilegal de la profesión (art. 13);
- g) el de independencia, lo que implica rechazar los asuntos que la menoscaban, y oponerla tanto a clientes como a magistrados y poderes públicos (art. 14);
- h) el de desinterés, entendiéndose por tal no a que el trabajo sea remunerado, sino a que el beneficio pecuniario no sea la única motivación de su intervención (art. 15);
- i) el de guardar estilo, lo que significa que en los actos verbales (audiencias) o escritos, se debe usar la moderación y energía adecuada. En relación con un colega, la falta de estilo constituye reproche por violación a la solidaridad profesional (art. 16);
- j) el de cuidar y reconocer su responsabilidad. Esta obligación implica tanto no descargar sus errores en terceras personas, cuanto asumir la responsabilidad de un accionar negligente, allanándose a indemnizar los daños y perjuicios causados al cliente (art. 17)⁸³.

⁸³ El mismo código de ética establece luego deberes específicos para con la sociedad y con el ordenamiento jurídico (sección II), entre ellos, el de cooperar al perfeccionamiento del derecho, prevenir litigios y favorecer la conciliación, actuar con espíritu fraternal (por ejemplo, mediante la atención gratuita a pobres), instalar un estudio y procurarse la clientela mediante medios dignos, moderando la publicidad, etc. También se enuncian deberes específicos para con el cliente (sección III), entre los que se destacan anteponer siempre el interés del patrocinado al propio, el deber de facilitar la confianza recíproca, el de lealtad, el de guardar secreto, el de no representar intereses contrapuestos, etc. Las secciones IV y V establecen deberes específicos para con magistrados y colegas, respectivamente. En la sección VI se establecen obligaciones para con las contrapartes, destacándose aquí la imposibilidad de establecer contacto directo con la contraria que posea abogado, sin el conocimiento y la presencia de éste. Por último, en la sección VII se es-

Por su parte, el Capítulo III de la ley de colegiación provincial (Ley N° 4976) también estipula derechos, deberes, prohibiciones e incompatibilidades (artículos 20 a 29), similares a los que contiene el Código de ética. Por ejemplo, entre otros, el artículo 25 dispone que son deberes del abogado: a) Observar una conducta ajustada a los principios de lealtad, probidad y buena fe (inc. 2); b) Intentar la conciliación (inc. 3); c) Respetar a sus colegas (inc. 5); d) Guardar secreto de los hechos que hubiere conocido con motivo de su intervención profesional (inc. 7), etc.⁸⁴ A continuación, el artículo 26 establece las prohibiciones, destacándose

tablecen los deberes específicos para con el Colegio de Abogados.

Para ampliar, se sugiere la lectura completa del código que se obtiene en Acceso abierto en: http://www.colabogmza.com.ar/?page_id=945.

⁸⁴ Art. 25 de la Ley N° 4976:

“Son deberes del abogado:

1. Prestar su asistencia profesional en servicio de la justicia y en el ámbito judicial, colaborando con el juez;
2. Observar una conducta ajustada a los principios de lealtad, probidad y buena fe;
3. Intentar la conciliación;
4. Aceptar los nombramientos que le hicieren de oficio, los Jueces o Tribunales con arreglo a la Ley, salvo justa causa de excusación;
5. Respetar a sus colegas;
6. Informar antes de tomar intervención o inmediatamente después -si las circunstancias no le permiten hacerlo antes- de su representación, patrocinio o defensa en juicio, al abogado que lo hubiere precedido en esos actos, excepto que éste hubiere renunciado expresamente o se le hubiere notificado la revocación;
7. Guardar secreto de los hechos que hubiere conocido con motivo de su intervención profesional en asuntos que se le hubieren encomendado o consultado;
8. Emplear la mayor diligencia en la gestión encomendada mientras no se produzca la extinción legal de la relación profesional;
9. Atender habitualmente a sus clientes en el estudio, en donde se haya constituido el domicilio legal;
10. Patrocinar o representar a quienes gocen del beneficio de litigar sin gastos, en los casos que la ley determine y atender el Consultorio Jurídico Gratuito del Colegio al que pertenezca, en la forma que lo establezca el Reglamento Interno que aquél dictará;
11. Dar aviso al Colegio de todo cambio de domicilio, del cese del ejercicio profesional y de su reanudación;
12. Tener estudio o domicilio especial dentro de la Circunscripción del Colegio al que pertenezca, sin perjuicio de su actuación en otras Circunscripciones;
13. Cumplir las resoluciones de los órganos del Colegio de Abogados y Procuradores de la provincia y ajustar su conducta profesional a las normas de ética;
14. Limitar la publicidad profesional a la difusión del nombre y apellido, títulos científicos, especialidad, domicilio, número telefónico y horarios de atención, utilizando los medios comunes de propagación;
15. Observar fielmente la Constitución Nacional Ver Texto y la legislación que en su consecuencia se dicte.

aquí también una similitud con el Código de ética.⁸⁵ En lo que respecta al control de la actuación profesional, está a cargo del Tribunal de Ética y Disciplina del Colegio de Abogados, que tiene un reglamento de actuación procedimental específico⁸⁶. Es decir, son los propios pares los encargados de entender y resolver

La precedente enumeración no es excluyente de otros deberes que surjan de las normas sustanciales y procesales que resulten aplicables a la relación jurídica que se entable con el cliente, o de la propia naturaleza del ejercicio profesional que regula la presente Ley”.

⁸⁵ El artículo 26 de la ley 4976 establece:

“Les está prohibido a los abogados:

1. Patrocinar, representar o asesorar, en forma simultánea o sucesiva, a personas que tengan intereses contrarios en una litis, salvo la presentación conjunta prevista por el art. 67 bis de la Ley N° 2393. Esta prohibición se extiende a los abogados asociados en un mismo Estudio;
2. Intervenir profesionalmente en procesos judiciales en cuya tramitación hayan actuado como Magistrados o Funcionarios Judiciales o Administrativos;
3. Procurarse clientela por medios incompatibles con el decoro, probidad y dignidad profesional y en especial, por medio de terceras personas o intermediarios;
4. Ofrecer servicios para la obtención de soluciones abiertas o encubiertamente contrarias a la ley, la moral o el orden público;
5. Evacuar consultas jurídicas y consultas sobre casos litigiosos particulares por medios de comunicación masiva;
6. Disponer la distribución o participación de honorarios con personas que carezcan de título habilitante para el ejercicio profesional.
7. Asegurar al cliente el éxito del pleito;
8. Retener indebidamente documentación perteneciente a sus clientes o demorar injustificadamente la entrega de dinero o valores y siempre que sean requeridos en forma fehaciente y expresa;
9. Tener trato profesional, directo o indirecto con la contraparte, prescindiendo del profesional que la representa, patrocina o asista;
10. Facilitar de cualquier forma el ejercicio de funciones propias del abogado por quienes carecen de título habilitante o por quienes teniéndola por cualquier causa no pudieren ejercerlas;
11. Contratar el monto de los honorarios con arreglo al tiempo que demande la actividad profesional que se obligue a prestar;
12. Ejercer el patrocinio o representación en los procesos judiciales en que hayan tenido o tengan intervención como contadores, síndicos, peritos o desempeñen cualquier otra función considerada auxiliar de la justicia.
13. (Ley N° 5103 Ver Texto) Actuar como patrocinantes, defensores o mandatarios en contra del Estado provincial, sus dependencias y reparticiones descentralizadas o desconcentradas, sus empresas, sociedades del estado y/o municipalidades, cuando los profesionales se desempeñen como asesores letrados, contratados o empleados, de cualesquiera de ellas, en recursos administrativos o acciones judiciales, salvo lo dispuesto por el art. 29 Ver Texto de la Ley N° 4976”.

⁸⁶ Reglamento de actuación ante los tribunales de ética y disciplina de los colegios de abogados y procuradores de la provincia de Mendoza. Acceso público en: <http://www.co->

las denuncias contra el profesional, ante la presunta comisión de una falta ética. El fundamento de esta forma de control delegada en el Colegio de Abogados se apoya en la independencia de la actividad forense respecto de los poderes del Estado. Con ello se pretende excluir al ejercicio profesional de eventuales presiones contingentes, y así proteger el bienestar social de la comunidad, que radica en la garantía de acceso a un servicio de justicia independiente. Desde el punto de vista profesional, lo expuesto expresa la importancia social que el ordenamiento otorga al rol del abogado litigante.

Vinculado a las funciones, para Martín Böhmer, la actividad del abogado cumple, por un lado, la de ser un igualador retórico de sus conciudadanos ante el poder judicial y, por el otro, la de ser un traductor del lenguaje del interés privado al del interés público. Ambas integran el diálogo propio de una democracia constitucional⁸⁷. El abogado es igualador retórico en tanto que, al conocer el derecho, está en mejor posición que el cliente para elaborar las estrategias argumentativas más adecuadas, tendientes a la persuasión del juez. Y ello se conecta con el lenguaje; el abogado sabe que el lenguaje jurídico forma parte de un sistema específico, con reglas lingüísticas propias que, si bien está inserto en el sistema social, no siempre resultan asequibles al lego (en rigor, no lo son).

De allí que Böhmer defienda el monopolio de la representación del abogado, sobre la base del pensamiento de Carlos Nino vinculado a la defensa constitucional. Lo funda en tres obligaciones centrales: a) defender el interés del cliente, b) permitir el acceso igualitario de todos a la deliberación jurisdiccional, y c) no defender el interés privado a costa del interés público⁸⁸.

A modo de conclusión, de conformidad a lo visto se puede pensar en forma válida que la ética del abogado gira en forma constante sobre mandatos que operan como divisores éticos. Y lo hacen en un doble sentido: restringido, para con el cliente; y más amplio, para con la comunidad en general, en tanto entidad destinataria del servicio de justicia (se incluyen aquí los deberes específicos respecto de los colegas o magistrados).

El fundamento del rol profesional debe buscarse, entonces, en esta especie de puente racional que vincula la moral (el ideal universal alcanzado unánimemente por todos los agentes morales que actúan en una situación de libertad e

labogmza.com.ar/wp-content/uploads/2018/06/reglamento.pdf.

⁸⁷ Böhmer, 2008, pág. 12 y sig.

⁸⁸ Böhmer, 2008, pág. 25.

igualdad) con la filosofía política (lo real, lo posible), inserto en el marco de una democracia constitucional.

4. Las concepciones de la ética profesional del abogado

Las reflexiones compartidas hasta el momento no estarían completas si no se incluyera una visión, al menos sucinta, de cuáles son las distintas concepciones teóricas de la ética profesional del abogado.

a) Primera ola: La concepción estándar

Para esta visión, el abogado es quien aporta los elementos necesarios para el actuar del cliente. Esta posición gira sobre dos principios rectores: (i) el de parcialidad, que se expresa en la defensa de los intereses del cliente “celosamente”, aun cuando ello implique perjudicar intereses legítimos de terceros; y (ii) el de neutralidad, que significa que el abogado no debe juzgar la moralidad o justicia de los intereses del cliente (salvo, claro está, que ello implique realizar acciones ilegales). Para esta perspectiva, el abogado no asume ninguna responsabilidad en relación con las causas que representa⁸⁹.

Desde el punto de vista de esta teoría no habría ningún inconveniente en presionar a un testigo (en el ejemplo antes dado). Antes bien lo contrario.

A esta concepción se la considera la “primera ola” de la evolución teórica, y recoge los presupuestos ya estudiados. Esto es, que la ética profesional de la abogacía no es sólo una cuestión de doctrina jurídica, sino que, en su nivel más básico, es un tema en filosofía moral. Y que, por lo tanto, el conflicto principal se presenta en cómo conciliar la moralidad profesional del abogado cuando colisiona con la moralidad “ordinaria” o “común”.

Pero la incidencia sobre la moralidad es “estándar”, esto es, los abogados deben defender “celosamente” los intereses y fines (lícitos) del cliente, con neutralidad moral respecto de los fines y los medios legales utilizados para alcanzarlos (la neutralidad moral los excluye del “daño colateral” de la representación). Los argumentos en favor de este rol moral se sustentan en la importancia otorgada a la relación cliente-abogado, y al valor de la autonomía del cliente⁹⁰.

⁸⁹ Rivera López, 2019, pág. 41.

⁹⁰ Luban and Wenel, 2017, págs. 351-352.

Con respecto a su posible aplicación en el ámbito local, se advierte que el artículo 25 de la Ley provincial N° 4976 y el artículo 11 del Código de ética reconocen la obligación de lealtad del abogado con el cliente. No obstante, el artículo 16 del mismo Código de ética estipula: “El abogado debe tratar a los litigantes, testigos y peritos del juicio con la consideración debida. La severidad en el trato que puedan imponer las exigencias de la defensa no autoriza ninguna vejación inútil o violencia impropia. El cliente no tiene derecho a pedir a su abogado que falte a la parte contraria o que incurra en personalismos ofensivos”.

De ello surge que, en una primera aproximación, esta posición estándar (que no reconoce otro límite que lo ilegal⁹¹) no parece que sea admitida por la legislación local. Al menos no en su versión pura.

Quienes defienden la concepción estándar, sus principios (parcialidad, defensa férrea y neutralidad) y sus efectos (no responsabilidad profesional), también incorporan como elemento de justificación su mejor operatividad en el marco del modelo de litigación adversarial.

Este tipo de litigio que se basa en la existencia de un conjunto de reglas procesales puesto a disposición de las partes con intereses contrapuestos, donde cada una se limitará a defenderlos (utilizando para ello todas las herramientas legales de las que dispone), y un juez imparcial que es quien decidirá. A diferencia del modelo inquisitorial, donde los abogados son “asistentes” del juez, en el modelo adversarial asumen un rol activo en defensa de su parte representada, mientras que el juez se limita a evaluar los argumentos y las pruebas. Los defensores del consecuencialismo asumen esta postura, y sostienen que la confrontación de intereses en una situación de simetría permitiría acceder más fácilmente a la “verdad”, y con ella a la “justicia”. A la vez, reconocen en esa labor una especie de sistema de frenos y contrapesos⁹².

El modelo adversarial se defiende, asimismo, desde una concepción no consecuencialista. Aquí se argumenta que es el que mejor se adapta al ejercicio de la autonomía personal de la parte, que puede exponer su punto de vista a través de la actuación del abogado. Examinada desde una justificación racional, se trata de una visión más acertada que la anterior, pues pone el foco en el juicio de valor elaborado a partir del principio de la autonomía de la voluntad (y no en la con-

⁹¹ Rivera López, 2019, pág. 42.

⁹² Rivera López, 2019, pág. 43 y sig. Para este autor, la simetría parecería ser más evidente en los procesos civiles que en los penales, debido a la diferencia de recursos que posee el fiscal (policía, medios de prueba científicos, etc.) en relación con el abogado defensor.

frontación que traería como consecuencia -más o menos probable- el descubrimiento de la verdad), que es uno de los principios rectores en los que se sustenta un Estado de Derecho Constitucional como el argentino.

Además, este criterio de defensa de la autonomía de la parte permite justificar de mejor manera la noción de no responsabilidad del abogado, pues su actuación queda circunscripta a la consecución del bien social, que hace a la institucionalidad del acceso a la jurisdicción, relevándolo de compartir la decisión moral (principio de neutralidad).

El problema es que esta última posición pone el foco en la moralidad de la estrategia, pero no en el rol profesional.

Luban y Wendel destacan que las razones morales (del rol) no pueden ser totalmente ajenas a la acción⁹³. Ello implica cierto involucramiento moral de parte del abogado en la expresión del rol. Estos autores expresan que un argumento a favor de la posición moralista es ineludible, pues es parte de la propia condición humana. De modo que, con base en el principio de la solidaridad humana, un abogado nunca podrá ignorar el daño que inflige a otros mediante el ejercicio de su rol⁹⁴.

En suma, ya sea que se adopte una visión consecuencialista o una no consecuencialista, la moralidad del rol profesional reaparecerá en cada reflexión que involucre la toma de decisión.

b) Segunda ola: Una concepción de filosofía política

La ética del abogado también se analiza desde la filosofía política, que prescinde de la filosofía moral y entiende a la ética profesional como parte del esquema institucional de prácticas políticas, que gestiona la gobernanza de la comunidad.

Los argumentos fundamentales de esta “segunda ola” tienen base en el interés público. Sus presupuestos son: (i) la ética jurídica es un tema de filosofía

⁹³ Luban and Wendel, 2017, pág. 348.

⁹⁴ Luban and Wendel, 2017, pág. 360. En palabras de los autores: “The argument for the moralist position is straightforward: fundamentally, our moral agency is always with us; it is inescapable. It is part of the human condition. Therefore an advocate can never ignore the damage her representation inflicts on innocent others. Human solidarity demands no less. Can any reason for side-stepping moral deliberation be truly exclusionary?”.

política, no de filosofía moral; (ii) la función política de las instituciones jurídicas es resolver las controversias que se susciten dentro de una sociedad pluralista; y (iii) ello impone que los abogados se abstengan de juzgar moralmente a sus clientes, limitándose a seguir las obligaciones legales positivas previstas por los códigos de éticas⁹⁵.

Tal como se presenta, esta posición no es aplicable al ámbito local. En efecto, las normas contenidas en el Código de ética y en la Ley de Colegiación de Mendoza están vinculadas no solo a la filosofía política, sino también a la filosofía moral⁹⁶. Desde una concepción del Derecho postpositivista, la explicación de esta realidad normativa demuestra que entre Derecho, Moral y Política existe una relación necesaria⁹⁷.

Además, la posición no parece ser satisfactoria desde el punto de vista de su justificación. En rigor, si el rol profesional se justifica solo en el “interés público”, debe aceptarse que éste constituye un valor en sí mismo. Ello significa que la deliberación social le ha asignado contenido moral a la “solución del conflicto”, es decir, le incluyó un criterio de lo que es justo o bueno. Y este criterio es el que guía, en definitiva, la pauta normativa. Es el puente racional, tal como ya se anunció. De lo que se deduce que muchos “recursos que utilizan los abogados que son habitualmente criticados (aprovecharse de errores de la contraparte, realizar interrogatorios hostiles a testigos veraces, etc.) no podrían justificarse en estos términos”⁹⁸. Dicho de otra manera, sigue sin aparecer cuál es el criterio de valor que justificaría tal acción neutral del abogado.

Tampoco es posible obtener tal justificación por la sola aplicación de los mandatos éticos ya positivizados. En efecto, una norma de ética profesional, como cualquier otra debe ser interpretada. Y en dicha tarea de comprensión, los estándares interpretativos vigentes de ninguna manera prescinden del valor justicia (a algún criterio de lo que es justo), en tanto es inherente al derecho de los derechos humanos (arts. 1 y 2 del CCyC).

En suma, no es suficiente la mera resolución del conflicto para cumplir con el interés social; aquella debe responder, además, a algún criterio de lo que se considera “justo”.

⁹⁵ Luban and Wendel, 2017, pág. 352 y sig.

⁹⁶ Ver punto 3, de este mismo apartado.

⁹⁷ Nino, 2014.

⁹⁸ Rivera López, 2019, pág. 51.

c) *¿Una tercera ola?*

En la actualidad, se piensa en una ética profesional del abogado que supere la dicotomía tradicional entre utilitarismo-consecuencialismo versus deontologismo.

En este sentido, a la ética profesional de la abogacía se la puede considerar desde distintos puntos de vistas.

En primer lugar, como una ética del comportamiento; es decir, una ética que funciona hacia el interior de la filosofía moral, donde se incorporan hallazgos empíricos vinculados a la psicología en la toma de una decisión ética. Dejando a salvo que un “debe” no puede derivar válidamente de un “es”, algunos de los elementos que han sido considerados por la ética moral son: la motivación, la responsabilidad, el carácter, la virtud, la culpa, la vergüenza, el libre albedrío y el determinismo.

En segundo término, como una ética de la virtud; la premisa aquí es que toda acción humana requiere de un actor, de una acción y de consecuencias. En general, las teorías modernas se ocuparon de la última, tal como sucede con el consecuencialismo, que se centra en si las consecuencias son buenas o no. Por su parte, las teorías deontológicas analizaron el carácter intrínseco del acto. La ética de la virtud se enfoca en el carácter del actor. Aquí se puede hacer un nexo con la ética de la virtud, en tanto insumo teórico de la ética general.

Por último, se la considera como una teoría fiduciaria; en ella, la relación cliente-abogado se sustenta en la “agencia”, esto es, los abogados vistos como agentes de sus clientes y, en tanto tales, están vinculados por obligaciones fiduciarias para con ellos. La relación fiduciaria no solo es una relación jurídica, sino también moral. Siendo así, es de esperar nuevas implicancias que excedan a la “agencia”. De hecho, se admite que algunas normas, como las que fijan incompatibilidades o prohibiciones por conflictos de intereses, se basen en el carácter fiduciario de las relaciones. Pero otras, como el compromiso profesional pro bono parecen reconocer una fuente distinta. Se advierte aquí, otra vez, el vínculo existente entre el Derecho y las filosofías moral y política⁹⁹.

⁹⁹ Luban and Wendel, 2017, págs. 362-364.

III. Conclusión

¿Cuál ética debe prevalecer ante un conflicto?, ¿la del rol profesional, por lealtad al cliente o celo profesional privilegiando el bienestar particular del representado, o la ética general que tiene en miras el bienestar social? Y en tal caso, ¿cuáles serán las consecuencias para el abogado de una u otra elección? ¿Se puede fundamentar tal decisión?

Este trabajo no tiene la pretensión de dar una respuesta única, mucho menos definitiva, a estos interrogantes.

La idea rectora ha sido brindar un esquema panorámico de la ética general y de la ética profesional, con especial mirada en la del abogado, en el convencimiento de que ello contribuiría a la aceptación de las normas específicas que regulan la labor profesional. Lo cual, en consecuencia, facilitará su mejor comprensión y aplicación en la labor cotidiana.

Sin dudas, ante cada caso dilemático, la mejor solución posible para el desarrollo profesional implica el conocimiento del derecho, las normas deontológicas, la asunción de una posición ética, el respeto por la autonomía del cliente y la prestación de un servicio profesional eficiente, así como también, y quizá fundamentalmente, tener en miras que ninguna defensa del interés privado estará justificada si lo es a costa del interés público, cuando éste se asiente sobre el derecho de los derechos humanos.

Bibliografía

- ALMOND, Brenda (2004), “Los Derechos”, en: Compendio de ética, SINGER, Peter —Editor—, 2ª reimpression, versión española de: Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil (caps. 26, 27, 28 y 43), Alianza, Madrid, págs. 361-376.
- AMAYA, Amalia (2015), “Virtudes y filosofía del derecho”, en: Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol. 2, págs. 1-53, capítulo 49, UNAM, México.
- AMSCOMBE, Elisabeth (2006), “Filosofía moral moderna”, en: Conceptos éticos fundamentales, trad., Laura E. Manríquez, compilación, introducción y revisión técnica de las traducciones de Mark Platts, UNAM, México, págs. 27-53.

- ARISTOTELES (2005), *Ética a Nicómaco*, Introducción, traducción y notas de José Luis Calvo Martínez, 4ª reimp., Alianza Editorial, Madrid.
- ATIENZA, Manuel (2017), *El sentido del Derecho*, 5ª impresión, Ariel, Barcelona.
- BEADE, Ileana (2016), “Acerca del concepto de dignidad humana en la filosofía kantiana: del hombre como fin en sí mismo al hombre como ciudadano del mundo”. En: *Revista de Estudios Kantianos*, Vol. 1, Núm. 1, ISSN-e: 2445-0669, p. 24-38, DOI 10.7203/REK.1.1.6467. Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/REK/article/view/6467/pdf>. Último acceso: 15 ago. 2017.
- BÖHMER, Martín (2008), “Igualadores y Traductores. La Ética del Abogado en una Democracia Constitucional”, en: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto y ROSENKRANTZ, Carlos (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino, La Ley*, Buenos Aires, págs. 353-371. También fue publicado en Villarreal, Marta y Courtis, Christian (coord.); *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*, Sans Serif Editores, México D.F, 2007. Acceso libre en: https://www.academia.edu/9485706/Igualadores_y_traductores._La_%C3%A9tica_del_abogado_en_una_democracia_constitucional Última consulta el: 26-04-2019.
- CIURO CALDANI, Miguel Angel —Director— (2017), *Manual de ética de la abogacía*, Ediciones SAIJ, C.A.B.A. Acceso libre en: <http://www.biblioteca.digital.gob.ar/>.
- CORTINA, Adela (2002), “La dimensión pública de las éticas aplicadas”, en: *Revista Iberoamericana de Educación*, N° 29, págs. 45-64.
- DIAZ, Esther (2017), *Problemas filosóficos*, Arandu Editorial Biblos, Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald (2010), *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 1ª ed. 8ª reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona.
- FAERMAN, Romina (2015), “Ética del cuidado. Una mirada diferente en el debate moral”, en: *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, ISSN 2362-3667, Año II, N° 1, págs. 123-146. Acceso público en: https://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-del-derecho/n3/TeoriaDerecho_06.pdf (última consulta: 09-02-2019).
- GILLIGAN, Carol (2003), *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Thirty-eighth printing, Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England.

- GRIMSHAW, Jean (2004), “La idea de una ética femenina”, en: Compendio de ética, SINGER, Peter —Editor—, 2ª reimposición, versión española de: Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil (caps. 26, 27, 28 y 43), Alianza, Madrid, págs. 655-666.
- HABERMAS, Jürgen (2010), “El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, en: Diánoia, volumen LV, número 64, págs. 3-25, versión en castellano: Javier Aguirre Román, revisada por Eduardo Mendieta y María Herrera.
- HARE, Richard (2004), “El prescriptivismo universal”, en Compendio de ética, SINGER, Peter —Editor—, 2ª reimposición, versión española de: Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil (caps. 26, 27, 28 y 43), Alianza, Madrid, págs. 605-620.
- KANT, Immanuel (1988), Lecciones de ética, traducción Roberto Rodríguez Aramayo y Concha Roldán Panadero, Editorial Crítica, Barcelona.
- KANT, Immanuel (2012), Fundamentación de la metafísica de las costumbres [Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Riga, 1785], trad. Roberto Rodríguez Aramayo, 2da. Ed., Alianza, Madrid.
- KOHEN, Beatriz (2005), “Ciudadanía y ética del cuidado”, en: Búsquedas de sentido para una nueva política, CARRIO, Elisa Carrió y MAFIA, Diana (comps.), Paidós, Buenos Aires, págs. 175/188. Artículo reproducido en Revista Word, N° 11, año 2016, págs. 35-41, Acceso público en: <http://cam.pusward.edu.ar/files/default/pdf/netward11/modulo12.pdf> (última consulta: 09-02-2019).
- LOPEZ DE LA VIEJA, María Teresa (2013), Bioética y Literatura, Plaza y Valdés, Madrid.
- LUBAN, David (1988), Lawyers and Justice: An Ethical Study. Princeton University Press.
- LUBAN, David and WENDEL, W. Bradley (2017), “Philosophical Legal Ethics: An Affectionate History”, en: 30 Georgetown Journal of Legal Ethics, págs. 337-364. Acceso público en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub> Última consulta: 26-04-2019.
- MACINTYRE, Alasdair (1991), Historia de la ética, trad. Roberto Juan Walton, 4ª reimp., Paidós, Barcelona.
- MACINTYRE, Alasdair (2004), Tras la virtud, de la traducción castellana para España y América: Critica S.L., Barcelona, ISBN: 84-8432-170-3.

- MILL, John Stuart (2010), *Sobre la libertad*, trad. Lucas Bidon-Chanal, 1ª ed., Universidad Nacional de Quilmes Editorial, Bernal, Buenos Aires.
- MILL, John Stuart (2005), *El sometimiento de las mujeres*, trad. Alejandro Pareja, Edaf, Madrid.
- NAGEL, Thomas (2000), *La última palabra*, trad. Paola Bergallo y Marcelo Alegre, Gedisa, Barcelona.
- NINO, Carlos (2014), *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires.
- NINO, Carlos (2015), *Introducción al análisis del derecho*, 2º edición ampliada y revisada, 18ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires.
- NINO, Carlos (2017), *Ética y derechos humanos*, 2ª edición ampliada y revisada, 4ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre.
- NINO, Carlos (2017), *Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia*, 1ª ed., versión digital, Siglo Veintiuno Editores.
- PENCE, Gregory (2004), “La teoría de la virtud”, en: *Compendio de ética*, SINGER, Peter —Editor—, 2ª reimpresión, versión española de: Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil (caps. 26, 27, 28 y 43), Alianza, Madrid, págs. 347-359.
- PETIT, Philip (2004), “El consecuencialismo”, en: *Compendio de ética*, SINGER, Peter —Editor—, 2ª reimpresión, versión española de: Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil (caps. 26, 27, 28 y 43), Alianza, Madrid, págs. 323-336.
- PUYOL, Angel (2017), *Rawls. El filósofo de la justicia*, EMSE EDAPP, Barcelona.
- RAWLS, John (2012), *Teoría de la justicia*, Primera edición electrónica, Traducción María Dolores González, Fondo de Cultura Económica, México.
- RIVERA CASTRO, Faviola (2004). “El imperativo categórico en la fundamentación de la metafísica de las costumbres”. En: *Revista Digital Universitaria UNAM*, Volumen 5, Número 11, 2004. ISSN: 1067-6079. http://www.revista.unam.mx/vol.5/unm11/art81/dic_art81.pdf. Último acceso en: 12 ago. 2017.
- RIVERA LOPEZ, Eduardo —Director— (2019), *Ética profesional y derecho. Cuadernillo para alumnos*, Ediciones SAIJ, C.A.B.A. Acceso libre en: <http://www.biblioteca.digital.gob.ar/>.
- ROSENKRANZ, Ofelia; CAIVANO, Roque y MAYER, Gisela (1995), *Ética profesional de los abogados*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- SINGER, Peter —Editor— (2004), *Compendio de ética*, 2ª reimpresión, versión española de: Jorge Vigil Rubio y Margarita Vigil (caps. 26, 27, 28 y 43), Alianza, Madrid.

- SPECTOR, Ezequiel (2019), “Fundamentos de filosofía moral”, en: *Ética profesional y derecho*. Cuadernillo para alumnos, RIVERA LOPEZ, Eduardo —Director—, Ediciones SAIJ, C.A.B.A., págs. 9-27. Acceso libre en: <http://www.biblio.tecadigital.gob.ar/>.
- VIOLA, Francesco (1999), “La ética de los derechos”, en: *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 22, ISSN 0214-8876, Universidad de Alicante, págs. 507-524.

Normativa

- Código de ética de la abogacía para la provincia de Mendoza. Acceso público en: http://www.colabogmz.a.com.ar/?page_id=945 Última consulta: 22-04-2019.
- Ley N° 4976 de Mendoza. Ley de colegiación.
- Reglamento de actuación ante los tribunales de ética y disciplina de los colegios de abogados y procuradores de la provincia de Mendoza. Acceso público en: <http://www.colabogmza.com.ar/wp-content/uploads/2018/06/reglamento.pdf> Última consulta: 22-04-2019.



Consolidación del Sistema Procesal Penal Acusatorio Adversarial a partir de la jurisprudencia de Mendoza

Proyección de los principios de litigación de la Ley de Juicio por Jurados Populares al Proceso Penal Común

ABG. MG. PABLO GUIDO PEÑASCO

I. Introducción

A partir de la década de 1990, se verificaron en Latinoamérica reformas en los Códigos Procesales Penales que modificaron su sistema procesal hacia el Acusatorio Adversarial. Gonzalo Rua, citando a Máximo Langer, dice que los nuevos códigos procesales penales conforman la transformación más profunda que los procesos penales latinoamericanos han experimentado en los dos siglos de existencia de la mayoría de las naciones que integran la región¹. Los cambios que se fueron verificando implicaron transformaciones realmente importantes, que no solo se limitaron a lo meramente legislativo, procesal, sino a lo funcional con consecuencias directas en modificaciones de principios y criterios de actuación en mejorar la administración de la justicia penal, a partir de acercarla a la comunidad, lograr mayor transparencia, procurar la intervención de las víctimas, garantizar los derechos de las partes, respetar sus posiciones en un plano equitativo que permita el pleno ejercicio de sus atribuciones, consolidar un sistema procesal penal con valores republicanos y democráticos, afianzando la independencia e imparcialidad de los jueces y favoreciendo el dinamismo, eficacia y celeridad de las atribuciones procesales de la acusación y defensa.

¹ Langer, Máximo: Revolución en el proceso penal latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia, CEJA, Santiago de Chile, citado por Gonzalo Rua en Estudios sobre el Sistema Penal Adversarial, Ediciones Didot, CABA, Argentina, octubre 2018, pág. 13.

Introdujeron el nuevo sistema acusatorio en Latinoamérica: la República Argentina (parcialmente en materia Federal y en algunas provincias); Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela; no lo hizo Brasil.

En nuestro país avanzaron con los sistemas procesales penales acusatorios la provincia de Buenos Aires, Catamarca, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Chaco, Chubut, Córdoba, Entre Ríos, Jujuy, La Pampa, Mendoza, Neuquén, Río Negro, Salta, Santa Fe, Santiago del Estero y Tucumán. Parcialmente rige el C.P.P. Federal con el sistema acusatorio como prueba piloto en ciertas jurisdicciones territoriales.

Mantienen el sistema mixto el C.P.P. de la Nación y las provincias de Corrientes, Formosa, La Rioja, Misiones, San Juan, San Luis, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

II. Nociones básicas y principales características del sistema de enjuiciamiento penal acusatorio

Desde tiempo inmemorial, en rigor, desde la pacificación de los pueblos, existía en los hechos una idea parecida a la que hoy tenemos del proceso civilizado: dos personas (actor y demandado) discutiendo ante otra cuya autoridad personal o moral acataban². En el orden penal ocurría otro tanto entre acusador y acusado. Para un mejor entendimiento del sistema, conviene simplemente recordar, como lo hace el Maestro Alvarado Velloso, que parece ser que eran las propias partes quienes podían disponer libremente no solo del derecho en discusión sino también del método para discutir... a este sistema de libre disposición del método de debate se le asignó desde antaño la denominación de acusatorio en materia penal, pues nace a partir de la acusación que se hace contra alguien (conf. Alvarado Velloso, obra citada, pág. 82).

² Adolfo Alvarado Velloso: Lecciones de Derecho Procesal Civil, Compendio del Libro Sistema Procesal: Garantía de la Libertad, adaptado a la legislación procesal de la Provincia de Mendoza por Eduardo Enrique De Oro, 2da Edición, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, pág. 81 año 2018.

2.1.- *La jurisdicción penal es ejercida por tribunales populares.* Históricamente fueron asambleas del pueblo, también tribunales colegiados, tribunales constituidos por jurados o más conocidos como jurados populares. Así, el tribunal se desempeña como árbitro entre dos partes con posiciones distintas: parte acusadora (Fiscal, particular ofendido, acción popular) y parte acusada (imputado asistido por su defensor), que se enfrentan para el logro de sus pretensiones. Una característica fundamental del sistema es que el juez, asamblea o jurado, es un tercero que, “como tal, es imparcial (no parte), imparcial (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e independiente (no recibe órdenes) de cada uno de los contradictores”³.

Vale destacar algunos antecedentes históricos que permiten entender con más claridad las ventajas del jurado popular: en épocas de la monarquía los campesinos eran juzgados por sus pares también campesinos, el juicio se llevaba a cabo por un jurado de hombres del mismo lugar. “Este jurado de pares permitía al enjuiciado confiar en la imparcialidad y la justicia de su fallo, pues nacidos en el mismo territorio, criados con las mismas costumbres, podían comprender mejor porqué el presunto delincuente había violado la ley. Y en la simpleza de este argumento residió y reside actualmente el sistema de jurados en el enjuiciamiento inglés”⁴. Con semejantes criterios se juzgaba a los nobles: que eran juzgados por otros nobles entre sí con el sistema de jurados. Más adelante en la historia, a fines del siglo XVIII Becaría proclamó al sistema de los jurados como mejor sistema de juzgamiento, con el método de la íntima convicción, motivo por el cual no puede ser compelido a dar cuenta severa de su veredicto. El jurado era el verdadero juez de los hechos a partir de la valoración de pruebas que se incorporaran debidamente en el debate. Tales razones justifican el mantenimiento e invariabilidad del juicio por jurados en países adelantados como Estados Unidos de Norte América e Inglaterra, hasta los tiempos presentes (Ábalos, pág. 417).

2.2.- *Sujetos de la persecución penal:* Si bien históricamente la persecución penal estaba en manos de personas de existencia física, que eran originariamente la víctima o el ofendido penalmente por el delito (derecho Germano antiguo);

³ Alvarado Velloso, ob. Cit., pág. 87.

⁴ Ábalos, Raúl W. Derecho Procesal Penal, t. 2, Ed. Jurídicas Cuyo, pág.416, Mendoza, Argentina, 2008.

también hubo sistemas que reconocieron la acción popular donde se autorizada a cualquier ciudadano el ejercicio del derecho a la persecución penal (Grecia, Roma, Sistema Anglosajón y parcialmente en la ley de enjuiciamiento criminal Española). Con el avance de los siglos se implementó la intervención del Órgano de Acusación Pública.

2.3.- *Situación del acusado*: “es un sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador; cuya situación jurídica durante el procedimiento, no varía hasta la condena...”⁵.

2.4.- *El Juicio*: se desarrolla mediante un debate oral, público (salvo expresas excepciones), contradictorio y continuo.

Estas características del sistema de enjuiciamiento acusatorio adversarial permiten distinguirlo de los demás (inquisitivo y mixto), donde merece destacarse la oralidad que no solo se limita al interrogatorio de testigos e imputado y oralización de pruebas materiales, sino que cobra fundamental interés en oportunidad de la exposición de los alegatos de apertura y de cierre o clausura (conclusiones finales), por la parte acusadora y por la defensa. En estos actos adquiere relevancia la argumentación empleada en el campo de lo jurídico penal. En términos generales se ha definido como argumento, al razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a alguien de aquello que se afirma o se niega... En su diccionario de Filosofía, cuando trata en general la voz “argumento”, Ferrater Mora comienza delimitándola como el razonamiento mediante el cual se intenta probar o refutar una tesis, convenciendo a alguien de su verdad o falsedad. De igual modo se emplea el término “argumentación”⁶. En orden a una buena argumentación, tienen relevancia los principios lógicos fundamentales de identidad, no contradicción y tercero excluido.

2.5.- *Sistema de Valoración de Pruebas*: en el sistema acusatorio adversarial impera el sistema de valoración probatoria de la íntima convicción, lo que significa

⁵ Maier, Julio B. J. Derecho Procesal Penal T 1 Fundamentos. Editores del Puerto S.R.L., 2da Ed., 4ta reimpresión, C.A.B.A. 2012.

⁶ Chaumet, Mario E, Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo. Ed. Astrea, Buenos Aires 2017, pág.16, 17.

que quienes resuelven, no están obligados a explicar los fundamentos de su veredicto ni el razonamiento empleado para arribar al mismo. Tampoco se debe mencionar cuales fueron las pruebas que utilizó el jurado ni dar a conocer públicamente los motivos, argumentos o razones de sus fundamentos. La íntima convicción implica conferir al jurado popular, el poder de dictar el veredicto por estar convencido íntimamente, más allá de toda duda razonable, que el acusado debe ser declarado culpable *o no culpable*.

2.6.- *La sentencia, llamada el veredicto, se logra cuando exponen su decisión y voluntad los integrantes del jurado popular ya sea por unanimidad o por mayoría, según sea el sistema legislado.* Se arriba a la misma, por voto secreto y el resultado se hace público mediante su lectura a viva voz.

III. Doctrina de la C.S.J.N. relacionada con el proceso penal acusatorio

3.1.- *Si hay un precedente de la CSJN* que implicó un giro destacado hacia la consolidación del sistema procesal penal que analizamos, fue el dictado el 17 de abril del 2004 cuando el Máximo Tribunal Falló en causa “Mostaccio, Julio Gabriel s/homicidio culposo”, remitiéndose a los fundamentos expuestos en fallos anteriores, como “Cáceres”, precedente que a su vez remite al conocido caso “Tarifeño”. El proceso se refiere a la sentencia dictada por un Juzgado Correccional de la Provincia de Mendoza que condenó al imputado, a la pena de seis meses de cumplimiento efectivo y cinco años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores, como autor del delito de homicidio culposo (conforme art. 84 del C.P.). Lo notorio fue que el Fiscal, cuando alegó, se abstuvo de solicitar pena y pidió la aplicación del nuevo C.P.P. para esa fecha, es decir del sistema acusatorio establecido por Ley N° 6730 de la Provincia. No obstante la abstención del Fiscal, el Juez Correccional dictó la sentencia condenatoria frente a la que se dedujeron recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y casación ante la SCJ de Mza, que rechazó el recurso de casación en cuanto al fondo del planteo razón por la cual la defensa planteó el remedio federal que fue concedido. Así la CSJN, por mayoría, declaró procedente el recurso extraordinario federal y dejó sin efecto el pronunciamiento que había sido objeto de impugnación. Al fundar su decisión, el Tribunal se remitió a los precedentes “Cáceres” que a su vez remite a “Tarifeño”.

Entre las numerosas enseñanzas de estos fallos, podemos mencionar la nulidad de las sentencias condenatorias cuando el representante del MPF, con fundamentos y razonabilidad, solicite la absolución del imputado; otra doctrina fijada es que si bien el poder judicial tiene atribuida la jurisdicción, lo que implica la potestad de juzgar en un proceso penal, resolviendo el conflicto entre las partes, en materia penal el estado es representado por el MPF para el ejercicio de la acción penal y por otro lado se encuentra el Juez como tercero imparcial, no comprometido con las posiciones de las partes, que es quien tiene la función de resolver el litigio con imparcialidad. Esta división de competencias garantiza el principio de contradicción y la realización eficiente del derecho de defensa del imputado. El modelo procesal delineado por la C.N. distingue claramente la función de perseguir y acusar de la función de juzgar y penar, las cuales son independientes y distintas y cada una de éstas está a cargo de órganos diferenciados y autónomos⁷.

3.2.- Diferencia entre acusación (requerimiento de elevación a juicio) y alegato de cierre o clausura: Otro de los grandes temas que fueron tratados en distintas notas y referencias de este fallo, es dejar en claro la diferencia existente entre el requerimiento de elevación a juicio y los alegatos de cierre, clausura o discusión final.

El requerimiento de elevación a juicio constituye la acusación, es la base y límite del juicio penal. El hecho contenido en la sentencia no admite distinción con respecto al determinado en la requisitoria del MPF o acusador particular, sobre cuya base fue debidamente intimado el acusado y pudo ejercer libremente la garantía de defensa. Por respeto al principio de congruencia procesal, debe existir correlación entre acusación (requerimiento fiscal de elevación a juicio) y sentencia.

La requisitoria fiscal de elevación a juicio abre o excita la jurisdicción (poder del Tribunal para sentenciar o del jurado para dictar su veredicto). El acusado es intimado en la apertura del debate mediante lectura y explicación de los hechos que se le atribuyen, poniendo en su conocimiento los mismos de forma clara, precisa y circunstanciada. Además de la prueba existente en su contra, se

⁷ Fallos actuales en materia penal, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Reseñas y Comentarios, dirigido por José Antonio Buteler, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2007, pág. 46.

le hacen saber sus derechos. Por ello se sostiene que la acusación expuesta en la citación a juicio (dictamen de requerimiento acusatorio fiscal), es el puente que vincula el conocimiento del juicio, que tiene como base y se desarrolla, justamente, sobre este acto significativo y sin perjuicio que durante el juicio pueda ser ampliado.

En cambio, los alegatos finales, de cierre o clausura, la discusión final, no modifican el objeto procesal. "Allí las partes se limitan a exponer sus conclusiones sobre las pruebas incorporadas en el debate, antes de que se dicte sentencia... en el alegato fiscal se realiza una valoración sobre la prueba producida en el juicio oral, el acusador analiza en que puntos considera acreditados los hechos contenidos en el requerimiento de elevación a juicio"⁸.

El alegato del M.P.F. debe guardar un juicio de congruencia entre la formulación de la acusación que dio apertura al debate (o en su defecto con la ampliación de la acusación), y sus manifestaciones finales...el alegato del Ministerio Público Fiscal debe estar expresamente referenciado a las pruebas producidas en el debate⁹.

Las nuevas técnicas de litigación oral hablan del alegato de clausura como la última oportunidad de intervenir y referirse al caso en términos valorativos. En ese momento el MPF deberá explicarle al tribunal los motivos por los cuales sostiene o no la acusación inicial, efectuando una ponderación de las pruebas. Deberá exponer el sentido en que valora y arriba a conclusiones lógicas a partir de toda la prueba producida y expuesta en el debate, concluyendo por solicitar pena o abstenerse de hacerlo. También deberá fundar la sanción penal que requiera. Leticia Lorenzo destaca la diferencia notoria entre el alegato de apertura (dado al inicio del debate, concomitante con la lectura de la requisitoria fiscal de elevación a juicio), y el alegato de clausura, clásicamente denominado etapa de discusión final. Sostiene que al alegato de clausura NO hay que convertirlo en un alegato de apertura, porque en la apertura se anuncia el caso, se expone la acusación, en tanto que, en la discusión final, en el alegato de clausura se valora¹⁰. Como se indicó, lo que se valora es la prueba relevante producida durante el juicio para arribar o llegar a conclusiones que habiliten al M.P.F. a requerir la imposición de una sanción penal o no hacerlo.

⁸ Buteler, José Antonio; Loza, Julio Antonio, Fallos actuales..., obra citada, pág. 47.

⁹ Schiavo, Nicolás: Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, análisis doctrinal y jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, t. 2, pág. 387.

¹⁰ Lorenzo, Leticia: Manual de Litigación, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2016, pág. 243.

3.3.- *Alegatos arbitrarios*: Ante un alegato de clausura con pedido de absolución, el Tribunal puede revisarlo si fuere arbitrario. Así como una sentencia arbitraria o contradictoria puede ser revisada por un tribunal superior y por los medios de impugnación habilitados, si el Fiscal formula un pedido absolutorio infundado, ello no puede ser vinculante para el juzgador. Su declaración de nulidad es lo más razonable para este caso, aunque ello no implique la nulidad del juicio, sino la necesidad que el MPF reedite o practique nuevamente un alegato, por aplicación de los principios de subsanación de los actos procesales¹¹.

3.4.- *Afianzamiento del sistema*: Breves referencias al fallo en autos: Quiroga, Edgardo Oscar s/causa 4302 CSJN 13-12-2004, donde se declaró la inconstitucionalidad del art. 348 del C.P.P.N., se profundizó el modelo acusatorio adversarial, toda vez que dicho fallo sentó la doctrina que la función de ejercicio de la acción o pretensión punitiva del estado le corresponde exclusivamente al MPF en la etapa de la investigación penal preparatoria. Asimismo, sentó dos grandes conclusiones: por un lado, que los Jueces no deben acusar ni los Fiscales deben Juzgar; por otro lado, se expuso la necesidad de asegurar la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal, consagrada por el art. 120 de la C.N.

Si bien, por lo general los Ministerios Públicos integran el poder judicial y sus representantes cumplen una función así, los fiscales ejercen su trabajo desde una posición muy distinta y diversa con respecto a los jueces, por esa razón, entre otras, una de las grandes doctrinas judiciales resultantes de este fallo fue que ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar, porque se declaró inconstitucional el artículo 348 del CPPN en la parte que habilitaba a la Cámara de Apelaciones a resolver la contienda entre el Fiscal de Instrucción y el Juez cuando este último no estuviere de acuerdo con el requerimiento de sobreseimiento practicado por el MP.

3.5.- *Bases del sistema acusatorio adversarial*: La CSJN, al precisar qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la Constitución Nacional, ha dicho que esa norma exige observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros),

¹¹ TSJ de Cba, Sala Penal, sentencia 94, del 24.9.2004 "Santillán, Juan Ramón y otro" y sentencia 114, 3-11-2004, Vilcenvich, E. A.; (Cafure, Tarditti y Rubio).

y dotó así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, en consecuencia, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (Fallos: 234:270). Que de ello se sigue que la exigencia de acusación, como forma sustancial de todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula (Fallos: 143:5 y 321:2021)... la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional (arts. 18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)¹².

3.6.- Afianzamiento del sistema acusatorio con la doctrina que consagró la prohibición para los magistrados de integrar el Tribunal de Juicio cuando anteriormente había intervenido en el proceso como instructor. (Quien instruye no debe juzgar en el mismo caso): El fallo concluyó declarando que es inconstitucional el art. 88 de la Ley N° 24.121 en cuanto suprimió como motivo de inhibición del juez el hecho de que en el mismo proceso hubiere pronunciado sentencia o auto de procesamiento.

La supresión por la Ley N° 24.121 de la causal de recusación consistente en que el juez que interviene en el juicio haya dictado el auto de procesamiento se encuentra en pugna con el art. 8° párrafo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹³.

3.7.- Con criterio similar al punto anterior, se fijó la doctrina judicial de apartamiento del juez integrante de la Cámara de Apelación para intervenir en el Tribunal del Juicio: “Si se aduce que la sentencia condenatoria confirmada por el

¹² CSJN, 12/6/2007, “Recurso de hecho deducido por Amodio, Héctor Luis”, (Highton, Fayt, Petracchi, Argibay y Maqueda - mayoría que se pronuncia por la inadmisibilidad formal de recurso sin entrar al fondo de la cuestión-; Lorenzetti y Zaffaroni -disidencia sobre la improcedencia y pronunciamiento sobre el fondo-) <http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/novedades.Jsp>.

¹³ CSJN, 17/5/2005, “Llerena, Horacio”. CSJN, 8/2/2006, “Nieva, Francisco”.

voto mayoritario de los mismos jueces que habían intervenido en el proceso -en el caso, revisando el auto de procesamiento- afecta una garantía del derecho internacional, cual es la imparcialidad del tribunal, el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la Ley N° 48, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional (dictamen del Procurador al que adhiere la Corte)”.

“Cabe dejar sin efecto la sentencia de la Cámara de Apelaciones que confirmó una condena con el voto mayoritario de los mismos jueces que habían intervenido en la revisión del auto de procesamiento, ya que al implicar esas decisiones un estudio minucioso de la cuestión -respecto de las consideraciones de hecho, prueba, calificación legal y determinación de responsabilidad desde el punto de vista de la culpabilidad-, verosímilmente pudo haberse afectado la posibilidad de un reexamen de la condena sin prejuzgamiento del caso, esto es, la imparcialidad del Tribunal (dictamen del Procurador al que adhiere la Corte)”.

“La revisión de una sentencia condenatoria por los mismos jueces que intervinieron previamente en la apelación del auto de procesamiento no garantiza la vigencia plena de la garantía de la doble instancia, la cual exige que magistrados que no conocieron anteriormente el hecho revisen las decisiones del inferior (dictamen del Procurador al que adhiere la Corte)”.

“Debe ser descalificada la sentencia de la Cámara de Apelaciones que confirmó una condena penal con el voto mayoritario de los mismos jueces que con anterioridad desestimaron las nulidades planteadas por la defensa y revisaron el auto de procesamiento, por resultar contraria a la garantía que tiene toda persona de ser juzgada por un tribunal imparcial” (voto de la doctora Argibay).

“Resulta incompatible con la garantía de imparcialidad la circunstancia que sea un mismo juez el que intervenga en la instrucción del proceso y el que actúe en la etapa de juicio”.

“Quien debió emitir un juicio de verosimilitud podría quedar psíquicamente condicionado para emitir un juicio de certeza”, generando ello un “temor de parcialidad”.

“No podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa” ... “ni quienes hayan participado en una decisión posteriormente anulada por un tribunal superior”¹⁴.

IV. Doctrina judicial de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza

4.1.- *Algunos fallos de los últimos años*: Desde hace varios años la SCJMza viene sentando precedentes relacionados con el sistema procesal penal acusatorio, donde sostuvo, por ejemplo, el concepto de imparcialidad del Juez al sostener que: Siguiendo prestigiosa doctrina definimos la imparcialidad del juzgador como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia¹⁵.

También sentó doctrina en otro fallo anterior al señalar: “la imparcialidad es el modo de posicionarse frente al conflicto objeto del proceso y a la pretensión de las partes, de manera que sea equidistante de las mismas y distante del conflicto, a fin de poder analizar y concluir con prudente objetividad cuál es la más ecuánime y justa manera de dictar la sentencia” (Cf. Jauchen, Eduardo; “Tratado de Derecho Procesal Penal”; Tomo 1; Rubinzal Culzoni Editores; 2013; pág. 321 y s. s.).

“...se afirmó en ‘Funes G...’, registrado en L.S.378-190 ‘...en la especie, emerge conculcada la garantía que posee toda persona sometida a la potestad punitiva del Estado, a ser oída por un Tribunal imparcial, razón por la cual resulta necesario circunscribir el alcance de esta garantía: siguiendo el precedente de la Corte Federal

¹⁴ CSJN, 8/08/2006, “Dieser, MaríaG. y Fraticelli, Carlos A. - homicidio calificado”, LL, 18/08/2006.

¹⁵ Expte.: 110125 - Fiscal c/M, F P p/Amenazas y Desob. s/Casación. Fecha: 08/04/2014 – Sentencia. Tribunal: Suprema Corte Mza. - Sala N° 2. Magistrado/s: Salvini - Böhm – Adaro. Ubicación: LS464 – 177.

recaído en causa L 486 XXXVI 'Llerena Horacio Luis s/abuso de arma y lesiones', causa N° 3.221, ha precisado el alcance de la garantía del juez imparcial en el marco del proceso penal, reconocida como un derecho implícito en la forma republicana de gobierno, y por otro lado, derivada de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio (arts. 33 y 18 de la Constitución Nacional) además de haber sido consagrada expresamente en diversos tratados internacionales incorporados a la Ley Suprema. (cfr. Art. 75 inc. 22). Así la Corte Federal, ha indicado un nuevo contorno de la cláusula bajo estudio al incorporar con rango de Ley Fundamental el principio con arreglo al cual no satisfacen el estándar mínimo en materia de imparcialidad del Tribunal las reglas procesales que autorizan un procedimiento en el cual el juez que, en una primera etapa, tuvo a su cargo la investigación penal preparatoria sobre los hechos sometidos a su conocimiento, producción de pruebas y la resolución de inequívoca naturaleza incriminador sobre la eficacia de los elementos reunidos durante dicha instrucción para sostener los cargos inicialmente formulados al imputado y que además, aquellas disposiciones ordenen que ese mismo magistrado sea también quién juzgue, en definitiva, sobre la responsabilidad penal de aquel. La Corte de Justicia de la Nación ha continuado en esa misma posición, en tal sentido ver 'Diezer María Graciela y Fratichelli, Carlos Andrés'. También desde la doctrina se destaca: 'Esta garantía es uno de los pilares en que se apoya el sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso: conceptualmente un juzgador actúa con imparcialidad cuando es tercero neutral en una controversia, desvinculado personalmente de las partes, sin interés alguno con sus posiciones, manteniendo equidistancia durante el desarrollo del proceso y procurando asegurar la igualdad de posibilidades de los sujetos procesales intervinientes'. (Cfr. Maljar Daniel, 'El Proceso Penal y las Garantías Constitucionales'; Ed. Ad -Hoc, Págs. 187/188)".

En consideración de los motivos indicados, entendió que se afectaba la imparcialidad si el mismo Juez resolvía la situación del acusado cuando ya había dictado sentencia condenatoria anterior en un juicio abreviado, respecto de otros acusados en la misma causa¹⁶.

Desde hace poco tiempo, siendo coincidente con las reformas procesales penales de Mendoza, principalmente producidas por las Leyes números N° 9.040 (Colegiación de Jueces y Tribunales Penales), N° 8896 (incorporación de audiencias orales para la mayoría de los actos procesales), N° 9.106 (Juicios por Jurados Populares), N° 8869 (Reforma del Régimen de Prisión Preventiva) y considerando la nueva conformación de la Sala Penal, la SCJMza ha acentuado su posición en torno a sostener y darle un vigor práctico de amplitud al sistema procesal penal acusatorio adversarial, mediante el dictado de distintos fallos donde ha sentado doctrina judicial de importancia, que implican un avance en la dirección que tratamos.

4.2.- *Fallos más recientes*: Así, en el año 2018, expresó en relación al rol que le corresponde seguir al juez en el contexto de un sistema de enjuiciamiento que se orienta al modelo acusatorio, que el elemento fundamental de esta manera de concebir el proceso es que el juez no es una parte en él, sino un tercero ajeno al conflicto que se limita a canalizar el ejercicio de los derechos procesales de la acusación y la defensa. En este sentido, podría afirmarse que su función no es de contenido en relación al conflicto penal que se pretende dilucidar, sino de garantía que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal. La idea que subyace a esta manera de concebir el proceso penal reside en la pretensión de evitar que la persona que habrá de juzgar dirija el esclarecimiento de la verdad hacia uno u otro lado a partir de su intervención activa, que derivaría -indefectiblemente- en el favorecimiento de una de las partes del proceso.

La concepción del juez como imparcial, así, supone sustraerle la posibilidad de hacer las tareas propias y exclusivas de las partes¹⁷.

¹⁶ Expte.: 106859 - Fiscal c/Echevarría M, H. A. y O. p/Robo Agravado Art. 166 Inc.2, 1 Párrafo, 1 Supuesto s/Casación. Fecha: 13/06/2013 - Sentencia - Tribunal: Suprema Corte Mza. - Sala N° 2 - Magistrado/s: Böhm - Salvini - Adaro - Ubicación: LS454 - 163.

¹⁷ CUIJ: 13-04159413-0/1((043301-10772)) F. C/ MOPARDO DUPOX H. P/ LESIONES CULPOSAS GRAVES (10772) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *104224215*.

En otro fallo posterior, sostuvo la Excma. SCJM, lo siguiente: “Entiendo necesario aclarar que a partir de la vigencia de la Ley N° 9106 se ha acentuado el carácter acusatorio adversarial de nuestro sistema procesal, que ya leyes anteriores -como por ejemplo la Ley N° 9040- le habían impreso. Si bien las disposiciones de la Ley N° 9106 regulan el juicio por jurados, debe considerarse a ella como una fundamental fuente de interpretación de disposiciones contenidas en el CPP, a la luz del paradigma acusatorio adversarial”.

“En este orden, y vinculado al caso en análisis, conviene recordar el art. 26 de aquel cuerpo normativo, el que dispone respecto al examen directo y contraexamen de testigos y peritos que «[l]os testigos, peritos e intérpretes prestarán promesa de decir verdad ante el Juez, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas, salvo en la acreditación inicial del testigo. Seguidamente quedarán sujetos al contraexamen de las otras partes intervinientes, quienes podrán efectuar preguntas sugestivas”.

“En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito. No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio del contraexamen, salvo cuando fuere indispensable para considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo. Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. El Juez hará lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidir en el acto luego de permitir la réplica de la contraparte. El Juez procurará que no se utilicen las objeciones para alterar la continuidad de los interrogatorios”.

“Al respecto debe destacarse que el examen directo de testigos en un sistema procesal de estas características es una de las herramientas principales con que cuentan las partes para producir efectivamente la información presentada en el alegato de apertura. A su vez, el control de la información en juicio, a través del contraexa-

men de testigos, también sólo puede estar a cargo de las partes, ello como derivación específica del principio de contradicción. La actuación del juez en estos casos debe reducirse a la dirección y conducción del debate y, eventualmente, usar el poder disciplinario que le dispensa el ordenamiento procesal, posicionándose pasivamente para recibir la información provista por las partes y luego decidir todas las cuestiones planteadas¹⁸.

V. Conclusiones

5.1.- Desde hace varios años que en Latino América se verifican distintos cambios fundamentales en los sistemas procesales penales, con una marcada tendencia hacia la implementación del sistema acusatorio adversarial. La gran mayoría de los países del continente lo han implementado o se encuentran en curso de hacerlo con reformas en materia procesal penal.

5.2.- Entre las características más notables de este sistema, se destacan que la jurisdicción penal es ejercida por Tribunales Populares (jurados populares) o tribunales técnicos, en tanto que entre las partes se encuentran la acusación (Acusación Pública, querellante particular o particular ofendido; querellante exclusivo) y la parte acusada (imputado asistido por sus defensores).

El órgano jurisdiccional es o debe ser imparcial, imparcial e independiente.

El acusado es considerado un sujeto de derechos.

El juicio es mediante debate oral, público, contradictorio y continuo. Se presenta el caso en los alegatos de apertura y se exponen las conclusiones finales en los alegatos de cierre o clausura.

El sistema de valoración probatoria es el de la íntima convicción.

Se arriba a la sentencia (veredicto) dictado por el jurado popular generalmente por unanimidad o mayoría por voto secreto, se hace pública por su lectura a viva voz.

¹⁸ CUIJ: 13-04493593-1/1((018601-102391)) FC/ CALDERON C., R. D. E HIDALGO A. E. P/ ROBO AGRAVADO (102391) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN, SCJM Sala 2.

5.3.- La C.S.J.N. ha dictado numerosos fallos estableciendo la doctrina que el sistema de enjuiciamiento penal acusatorio adversarial es el que ha establecido la C.N. y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional. Entre las síntesis conclusivas de algunos fallos se enseñó que Ni el Fiscal puede Juzgar ni el Juez puede acusar.

También que las formas sustanciales del juicio son las relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por jueces naturales, dotando de contenido constitucional al principio de bilateralidad.

En otro fallo dejó sentado que quien instruye no debe juzgar en el mismo caso, consagrando la prohibición para los magistrados de integrar el Tribunal de Juicio cuando anteriormente había intervenido en el proceso como instructor. Luego, en posteriores pronunciamientos, también sentó criterios relacionados con la necesaria imparcialidad, al sostener que un juez que hubiere intervenido como juez de Cámara de Apelación resolviendo la situación procesal del imputado, luego no debía intervenir como juez de sentencia.

5.4.- Por su parte, la S.C.J.M., también ha seguido un camino semejante pronunciándose con distintos fallos relacionados especialmente a la garantía de imparcialidad como una forma de afianzar el sistema acusatorio adversarial, requiriendo la posición equidistante del juez, respecto del conflicto y de las partes. Se lo destaca como un tercero neutral en una controversia, desvinculado personalmente de las partes.

Notable proyección y afianzamiento tuvo el sistema al sostener la SCJM que a partir de la vigencia de la Ley N° 9106 (Juicios por Jurados Populares) se ha acentuado el carácter acusatorio adversarial de nuestro sistema procesal, que ya leyes anteriores -como por ejemplo la Ley N° 9040- le habían impreso. Si bien las disposiciones de la Ley N° 9106 regulan el juicio por jurados, debe considerarse a ella como una fundamental fuente de interpretación de disposiciones contenidas en el CPP, a la luz del paradigma acusatorio adversarial.

Cabe destacar que esta doctrina judicial implica nada más y nada menos que el sistema de enjuiciamiento penal debe tener como fundamental fuente de interpretación a los principios procesales previstos por la Ley de Juicios por Jurados Populares de la Provincia de Mendoza, N° 9.106, que establece un sistema de enjuiciamiento penal de avanzada con respecto al C.P.P. vigente por Ley N° 6730. A modo de ejemplo, la ley de Juicios por Jurados Populares de Mendoza

establece los alegatos de apertura, no previstos en el C.P.P. de Mza, al indicar: Art. 25- Alegatos de apertura. Una vez abierto el debate, las partes, comenzando por el representante del Ministerio Público Fiscal y los otros acusadores, deben presentar el caso brevemente al jurado, explicando lo que pretenden probar. Seguidamente se le requerirá al defensor que explique su defensa.

Es decir que, para los casos comunes, deberán extremarse las medidas a los fines que cada parte desarrolle su alegato de apertura o de inicio.

Con relación al examen de testigos y peritos, el art. 26 establece que “los testigos, peritos e intérpretes prestarán promesa de decir verdad ante el Juez, bajo sanción de nulidad. Serán interrogados primeramente en examen directo por la parte que los propuso, quien no podrá efectuar preguntas sugestivas ni indicativas, salvo en la acreditación inicial del testigo”.

“Seguidamente quedarán sujetos al contraexamen de las otras partes intervinientes, quienes podrán efectuar preguntas sugestivas”.

“En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito”.

“No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio del contraexamen, salvo cuando fuere indispensable para considerar información novedosa que no hubiera sido consultada en el examen directo”.

“Las partes podrán objetar las preguntas inadmisibles indicando el motivo. El Juez hará lugar de inmediato al planteo si fuere manifiesto el exceso o decidir en el acto luego de permitir la réplica de la contraparte. El Juez procurará que no se utilicen las objeciones para alterar la continuidad de los interrogatorios”.

Como puede advertirse, la aplicación de estas pautas implica la incorporación de técnicas de litigación oral en lo penal que se condicen con el sistema acusatorio adversarial. En ese camino, conviene señalar que se entiende por examen directo de testigos: Es el que practica la parte que ha ofrecido la declaración del testigo, perito o intérprete. Según lo previsto por este artículo, la parte que lo

propuso abrirá el interrogatorio. En consecuencia, quien da inicio al interrogatorio en sí, será la parte que propuso al testigo, quien desarrollará el interrogatorio directo.

En primer lugar es conveniente que el litigante formule todas aquellas preguntas que permitan acreditar convenientemente al testigo, es decir que informen sobre todas las condiciones personales, si existe vinculación con alguna de las partes, relación de parentesco, amistad, enemistad, interés económico o de cualquier otra clase en el resultado del proceso, o para beneficiar o mejorar la situación procesal de algunos de los sujetos intervinientes; nivel de instrucción del testigo o declarante, si cuenta con antecedentes profesionales, laborales o semejantes que contribuyan a que los datos que aporte sean más precisos o específicos. Lugar en donde se encontraba al momento de los hechos, distancia, condiciones de tiempo, razones por las cuales recuerda lo que relata, detalles de hechos, condiciones, circunstancias que sus sentidos le permitieron percibir, fiabilidad de los mismos con respecto al hecho.

Al decir de Baytelman y Duce: solventar la credibilidad del testigo, entregar elementos de juicio para convencer al juzgador que ese testigo específico es una persona digna de crédito. Resultarán importantes entonces la credibilidad y el poder de convicción del testigo.

La estrategia de litigación debe contener todas aquellas preguntas para demostrar que su testigo es una persona confiable y creíble¹⁹.

Quien tiene a su cargo el interrogatorio directo no puede formular preguntas indicativas ni sugestivas. Preguntas sugestivas son aquellas que en su contenido sugieren la respuesta. Las preguntas sugestivas están prohibidas en el examen directo de testigos y peritos, debido a que obstaculizan la producción de la información, aunque se pueden admitir en el contrainterrogatorio.

La regla general es que las preguntas sugestivas no están autorizadas en el interrogatorio directo, pero se admiten para supuestos excepcionales. Así, a modo ilustrativo, las Reglas de Evidencia de Puerto Rico dicen que “no se podrá hacer una pregunta sugestiva a una persona testigo durante el interrogatorio directo o el redirecto, excepto cuando sea una pregunta introductoria o una parte llame a otra (se entiende a otra parte) o a un testigo hostil. También será excepción cuando se trate de una parte adversa, de una persona testigo identificada

¹⁹ Peñasco, Pablo Guido: Código Procesal Penal de Mendoza – Comentado – Anotado – Concordado, Advocatus, Cba. 2018, t. 2, pág. 1629.

con la parte adversa, de una persona que -por su edad, pobre educación u otra condición- sea mentalmente deficiente o tenga dificultad de expresión, o de una persona que por pudor esté renuente a expresarse libremente. De igual modo, podrá considerarse excepción cuando los intereses de la justicia así lo requieran. Como norma general, podrán hacerse preguntas sugestivas durante el contrainterrogatorio o recontrainterrogatorio. Una pregunta sugestiva es aquella que sugiere al testigo la contestación que desea la parte que le interroga”²⁰.

El contraexamen o contrainterrogatorio es mencionado expresamente en la ley de Juicios por Jurados Populares de Mendoza y ya contaba con regulación en el art. 264 del nuevo C.P.P.N. al establecer que “No se podrá autorizar un nuevo interrogatorio después del contraexamen...”.

“Los Jueces que decidirán un caso necesitan que la información que una parte les pone a consideración sea testeada, controlada, por alguien que tenga intereses distintos y que no esté dispuesto a hacerle favores a quien está produciendo la información”²¹.

El contrainterrogatorio es practicado por las partes contrarias a quien propuso u ofreció la declaración del testigo, perito, intérprete o acusado, la que ha tenido y ejercido la facultad de efectuar primero el interrogatorio directo de los mimos. Es decir que el contraexamen es el “interrogatorio efectuado al testigo, acusado, perito o intérprete que ya ha sido interrogado por primera vez por la parte que lo ha presentado” (Jauchen).

A modo de ejemplo las reglas de evidencia de Puerto Rico dicen: Como regla general, el interrogatorio de las personas testigos será efectuado en el siguiente orden: (1) Interrogatorio directo: Primer examen de una persona testigo sobre un asunto no comprendido dentro del alcance de un interrogatorio previo de esa persona testigo. (2) Contrainterrogatorio: Primer examen de una persona testigo por una parte diferente a la que efectuó el interrogatorio directo. El contrainterrogatorio se limitará a la materia objeto del interrogatorio directo y a cuestiones que afecten la credibilidad de testigos. El Tribunal puede, sin embargo, en el ejercicio de su discreción, permitir preguntas sobre otras materias

²⁰ Reglas de Evidencia de Puerto Rico, 607, D: [http://www.ramajudicial.pr/Prensa/2009/02-26 09/REGLAS_EVIDENCIA_2009.pdf](http://www.ramajudicial.pr/Prensa/2009/02-26%2009/REGLAS_EVIDENCIA_2009.pdf).

²¹ Lorenzo, Leticia: Manual de Litigación, Ediciones Didot BS AS., pág. 209.

como si fuera un interrogatorio directo. (3) Interrogatorio redirecto: Examen de una persona testigo que, con posterioridad a su contrainterrogatorio, le hace la parte que le sometió al interrogatorio directo. El interrogatorio redirecto se limitará a la materia objeto del contrainterrogatorio. (4) Recontrainterrogatorio: examen de una persona testigo que, con posterioridad al interrogatorio redirecto de dicho testigo, le hace la parte que le sometió al contrainterrogatorio. El recontrainterrogatorio se limitará a la materia objeto del interrogatorio redirecto²². En el contra interrogatorio está autorizado el uso de preguntas sugestivas. La totalidad de los sistemas de enjuiciamiento acusatorio adversarial admiten las mismas porque el abogado podrá confrontar al declarante con sus propios dichos o con otras versiones. Dado que requieren respuestas afirmativas o negativas, el deponente tendrá la obligación de responder, porque el contra interrogatorio así planteado ha de superar la falta de colaboración para contestar.

Los especialistas en litigación sugieren que para el contraexamen se utilicen preguntas sugestivas, de un solo punto, tema o información; y preguntas cerradas²³.

Preguntas engañosas, repetitivas, ambiguas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, no serán admisibles.

Preguntas capciosas son las formuladas con engaño o artificios para provocar el error del testigo o declarante. Están prohibidas, lo que implica que, para el caso que una de las partes formule preguntas capciosas, la otra podrá formular objeción a los fines de evitar una respuesta errónea o inexacta, en razón del contenido engañoso de la interrogación.

Preguntas confusas: Se formulan defectuosamente, carecen de claridad, porque pueden ser amplias, vagas o ambiguas lo que genera en el testigo o declarante el impedimento para comprender su contenido y ello puede provocar error en sus respuestas, por tal motivo también pueden ser objetadas.

Preguntas coaccionantes: se llevan a cabo mediante acoso u hostigamiento hacia el testigo, perito o intérprete, cuando es innecesario o ello es resultante de abuso del interrogador, lo que puede provocar que el declarante pierda estabilidad o equilibrio emocional y se confunda o se exprese sin plena libertad o voluntad. Por lo tanto, pueden ser motivo de objeción por la contra parte.

²² http://www.ramajudicial.pr/Prensa/2009/02-26-09/REGLAS_EVIDENCIA_2009.pdf.

²³ Peñasco, Pablo Guido, C.P.P. de Mza Comentado, citado, ver t. 2 pág. 1637.

Preguntas para conocer qué piensa el testigo: consisten en todas aquellas dirigidas a obtener información acerca de la opinión del declarante. Para determinar si son admisibles, debemos distinguir los testimonios de peritos o de personas expertas en determinada ciencia, arte, disciplina o técnica con respecto a aquellos testigos normales. Las opiniones de peritos y expertos, en general, son valiosas para el Tribunal o Jurado, ergo, es admisible formular preguntas para establecer la opinión técnica o científica del deponente, porque tales personas fueron ofrecidas por las partes con esa finalidad: la de exponer sus conocimientos y conclusiones respecto de determinados hechos o circunstancias puestas a su estudio y análisis. Sus opiniones estarán basadas en fundamentos de la experiencia y del conocimiento, no se referirán a temas netamente subjetivos.

Distinta es la situación de los testigos comunes o normales, personas que son ofrecidas por las partes para conocer su declaración a fin que aporten lo que saben respecto del interrogatorio que se les formulen, por lo tanto es irrelevante e inadmisibile que sean preguntados acerca de qué piensa o qué opina sobre determinada cuestión, porque ello implicará emitir un juicio o conclusión sobre el asunto, facultad que está reservada al Tribunal y a las partes para la oportunidad procesal correspondiente (discusión final, alegatos).

Sin embargo, es procedente preguntar a los testigos acerca de las emociones, sentimientos o estados experimentados en determinados momentos de los hechos o circunstancias de su consumación o tentativa, por ejemplo si sintió miedo, si realmente creyó que a él le sucedería algo, si sintió ira, furia, angustia, odio, distracción, obligación de hacer o decir algo, si se sintió intimidado para actuar, coaccionado por alguien, necesidad de protegerse y escapar, etc.- Estas preguntas, formuladas correctamente, son admisibles porque pueden aportar información pertinente para mejorar la valoración del testimonio.

Objeciones: constituyen un medio procesal habilitado e idóneo para interrumpir e impedir (si fuera admitida la objeción) la introducción en el juicio, de información que la contraparte pretende incorporar, en el preciso momento de su realización.

Se formulan durante la producción y en su caso exposición de la información del otro litigante, cuando intenta que se incorpore al proceso algún dato, respuesta o información prohibida. La clásica forma de oposición a las preguntas que formula el abogado de la contraria o el incidente habilitado por el C.P.P. de oposición a la incorporación probatoria tienen parecidos con las objeciones.

Por lo tanto, a partir de los últimos fallos de la S.C.J. Mza., se ha registrado un significativo avance en cuanto al sistema de enjuiciamiento penal, al establecer que la ley de juicios por Jurados Populares (N° 9.106) es una fundamental fuente de interpretación de disposiciones contenidas en el CPP, a la luz del paradigma acusatorio adversarial.

La Carga Probatoria en los Procesos de Consumo con especial referencia a las normas del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de Mendoza

ABG. ERICA VON ZEDTWITZ

I. Introducción

La carga de la prueba resulta una regla esencial para la realización de cualquier contienda judicial, atento a que la misma determinará la suerte del pleito ya que la prueba constituye el factor determinante que define la decisión del juez en determinado caso.

El onus probandi es una expresión latina del principio jurídico que señala quien está obligado a probar un determinado hecho ante la justicia.

La importancia de la carga de la prueba aparece en concreto cuando la actividad probatoria producida en tal sentido no ha sido suficiente para generar un grado de convicción aceptable respecto de la probable existencia o inexistencia de los hechos alegados y el juez debe a pesar de ello resolver el conflicto, desde que no le es lícito en el proceso civil rehusar o diferir el pronunciamiento definitivo para el contingente momento en que cuenta con elementos de juicio¹.

El tema suele desarrollarse siguiendo los lineamientos trazados por Chiovenda: Para cargar su prueba sobre actor o demandado se dividen los hechos en constitutivos, impeditivos y extintivos.

Ahora bien, ¿A cuál de las partes corresponde aportar la prueba de los hechos controvertidos y conducentes? La ley parece distribuir el deber de aportar esas pruebas entre actor y demandado.

En primer lugar, es preciso mencionar uno de los temas más importantes, y a la vez más comunes, que es aquel que se vincula con las modificaciones que se realizan a la regla fundamental de la carga de la prueba. ...Cabe señalar que

¹ Iturbide, Gabriela A., RCCyC 2017 (mayo), 04/05/2017, 95, La Ley 17/05/2017, 17/05/2017, 1, cita Online: AR/DOC/884/2017.

estas modificaciones pueden ser esencialmente de dos tipos: por un lado, están las acciones del legislador que, al introducir presunciones legales relativas, elimina la carga de la prueba que correspondería a una parte, atribuyendo a la otra la carga de probar lo contrario del hecho presunto. Se sabe que en todos los ordenamientos existen presunciones de este tipo. Se puede decir que, a veces las elecciones del legislador son discutibles, pero en todo caso las partes están en posición de conocer ex ante las reglas que configuran las presunciones legales y, por tanto, de modelar sus estrategias procesales y probatorias. Por otro lado, en muchos ordenamientos existe una práctica por la cual el juez -no el legislador- modifica la distribución de las cargas probatorias entre las partes, sin respetar la regla fundamental a la que se ha hecho mención. Se trata del fenómeno que en los sistemas de lengua española se denomina de carga dinámica de la prueba².

II. Regla General en el Código Procesal Mendocino

En cuanto a la regla general dispuesta por el Código procesal de Mendoza y de casi todos los códigos Procesales, cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que no fueron reconocidos por la contraria.

Así el Art. 175 del C.P.C.C y T en su parte pertinente dispone:

“En general, cada litigante debe aportar la prueba de los hechos que invocó y que no fueron reconocidos por la contraria. En particular, corresponde la prueba de los hechos constitutivos a quien los invoca como base de su pretensión; las de los hechos extintivos e impeditivos, a quien los invoca como base de su resistencia. II.- Es carga procesal de cada litigante producir las medidas de prueba que hubiese ofrecido, en cuanto dependa de su actividad. Podrá ser producida también por los demás litigantes...”

Se puede observar que la regla sobre la carga de la prueba opera en realidad como una norme de reenvío: en efecto, esta no señala qué hechos deben se pro-

² Taruffo, La valutazione delle prove, op. Cit págs. 244 y 1103; Comoglio, op, cit., págs. 320 y 650.

bados por el actor y cuáles por el demandado, ya que esta determinación solo puede hacerse con referencia a la norma sustantiva cuya aplicación se propone en el caso concreto. De hecho, a partir de la norma sustantiva se determina cuáles son los hechos constitutivos del derecho invocado por el actor y cuáles los que sustentan las excepciones propuestas por el demandado, de modo que como consecuencia de esta determinación -en caso de que estos hechos no resulten probados- se produce la derrota de una u otra parte.³

Ahora bien, esta regla general parece sufrir una inversión cuando estamos en presencia de un contrato de consumo y cuando nos referimos a las cargas probatorias dinámicas también desde el punto de vista del consumo.

III. Breves referencias sobre la carga probatoria dinámica en general

Esta teoría ha suscitado muchas opiniones encontradas en nuestra doctrina y jurisprudencia y ha dado lugar a muchas críticas en cuanto a su conceptualización.

El concepto de carga dinámica de la prueba o prueba compartida consiste en hacer recaer en ambas partes la obligación de aportar pruebas, tiende a privilegiar la verdad objetiva sobre la formal, a efectos de brindar la efectiva concreción de la justicia para perseguir una resolución judicial justa según las circunstancias fácticas integrantes de la litis (CSJN, in re, “Deningenberg, Roberto c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos”. 322:3101, del 14/12/99).

La teoría de la carga probatoria dinámica tiene muchos antecedentes tanto doctrinales como jurisprudenciales, pero aquí en Argentina ha sido Peyrano quien la ha desarrollado e instalado como doctrina.

Concretamente, implica que el peso de la prueba recae sobre la parte que está en mejores condiciones de producirla, o posee a su alcance, con mayor facilidad, los medios para el esclarecimiento de los hechos, en virtud de que su situación, es de superioridad técnica o fáctica con respecto a la contraparte. El Objetivo central que se declara es el de maximizar la información relevante que las partes aportan al proceso como una forma de facilitar la búsqueda de la verdad⁴.

³ Michele Taruffo, *Contra la carga de la Prueba*, Proceso y derecho, Marcial Pons, 2019.

⁴ Cfr. J. W. Peyrano “Desplazamiento de la carga probatoria y principio dispositivo”, JA,

A partir de esta premisa básica, la doctrina pretende determinar cuál es la asignación de la carga de la prueba más eficiente para conseguir ese objetivo⁵.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación receptó el principio en dos previsiones: el artículo 710, aplicable específicamente a los procesos de familia y el artículo 1735 para la prueba de la responsabilidad civil. Esta última norma regula el instituto como una facultad judicial de carácter amplia, toda vez que el juez del proceso puede distribuir la carga de la prueba en todos los casos que lo considere necesario, conforme una evaluación previa de la situación de desigualdad en que se hallan las partes para producirla. Sin embargo, de un análisis integral de los arts. 1734, 1735, 1736 y 1744 del citado código, la aplicación del principio resultaría limitado exclusivamente a la prueba de los factores de atribución subjetivos y de las circunstancias eximentes de la responsabilidad. No así respecto de la carga de la prueba del daño y de la relación de causalidad⁶.

Por otra parte, el código Procesal Mendocino recepta la teoría de la carga probatorias dinámicas en el art. 166 disponiendo: Una vez trabada la litis, de acuerdo a la naturaleza del proceso, las cuestiones a probar y la legislación de fondo, el Juez puede distribuir la carga de la prueba, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. En el auto que ordene la carga probatoria dinámica, fijará un plazo para ofrecer nuevos medios de comprobación, el que no podrá ser superior a diez (10) días. Del nuevo ofrecimiento se dará vista a la contraria. El auto será apelable en forma abreviada y sin efecto suspensivo”.

Como se aprecia dispone de un procedimiento especial, para el caso que el Juez considere aplicar la teoría dinámica.

Este trámite procesal de vistas intenta resguardar la seguridad jurídica y el derecho de defensa de las partes, ya que de antemano sabrán cómo será la distribución de la prueba en el pleito.

Ahora bien, como juegan estas normas cuando nos encontramos frente a un proceso de consumo, que también tiene, tanto en nuestro ordenamiento procesal, como en la ley especial normas referidas a la carga y valoración de la prueba.

1993-III, págs. 738 y ss.

⁵ Jordi Ferrer Beltrán, *Contra la Carga de la prueba*, Proceso y derecho, Marcial Pons, 2019.

⁶ Emiliano Leyton, “La doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, *El Día*, 24/04/2016.

IV. La carga probatoria dinámica, en los procesos de consumo en el Código Procesal Civil Comercial y tributario de Mendoza

En el Código Procesal Mendocino nos encontramos con dos normas que plantean una disyuntiva cuando estamos frente a un proceso de consumo, por un lado, recepta un deber de colaboración específico cuando se refiere a los procesos de consumo (art. 207) y por otra parte consagra la teoría de las cargas probatorias dinámicas dentro de los procesos en general (art. 166) arriba transcripto.

Así dentro del título II, Capítulo I Procesos de consumo de mayor cuantía, en su art. 207 del C.P.C.C y T dispone: “Carga y valoración de la prueba. Sin perjuicio de la distribución de la carga de la prueba que pueda realizar el Juez, los proveedores demandados deberán aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio. En caso de duda sobre la interpretación de los hechos y de la valoración de la prueba, prevalecerá la más favorable al consumidor”.

Esta norma como podemos observar reproduce casi en su totalidad el art. 53 de la ley de Defensa del Consumir, siendo además su fuente.

La misma establece dos deberes procesales en cabeza del proveedor. Por un lado, el deber de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder y, en segundo lugar, el deber de prestar la colaboración necesaria para el esclarecimiento del juicio.

La discusión que en principio presenta se refiere a que si la norma consagra la teoría de las cargas probatorias dinámicas o establece deberes agravados para el proveedor.

La jurisprudencia en general antes de la sanción del nuevo Código Procesal interpretaba el deber de colaboración establecido en el art. 53 como una carga probatoria dinámica.

Así a modo de ejemplos:

La ley de fondo trae reglas procesales que cambian el sentido tradicional de las cargas probatorias. ... Introduce el principio de colaboración en la averiguación de la verdad, también conocido en el foro como “teoría de la carga dinámica de la prueba” ... toda crítica a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, como la que formula la denominada escuela garantista procesal, básicamente por ra-

zones de debido proceso, se desluce cuando la ley establece en forma expresa el deber de colaboración probatoria en cabeza del demandado, como es el caso de la ley de consumidores (3CCC, 30/07/2015, expte. N° 50831, "SANCHEZ, MARCELO FABIAN C/ WALMART ARGENTINA S.R.L. P/ D Y P", LS156-39).

En este sentido también la Cámara Civil de Córdoba ha dicho: Al Respecto de la valoración de la prueba y de las reglas de las cargas probatorias en la LDC afirma que la LDC establece las cargas dinámicas de la prueba, específicamente en el art. 53, que colisionan con el tradicional principio del Derecho Procesal de que 'quien alega debe probar', citando doctrina que expresa que el tercero párrafo de la norma citada incorpora al proceso de consumo, de manera expresa, las reglas del solidarismo probatorio o sistema de la carga probatoria dinámica; ... y que el precepto coloca en cabeza del proveedor la obligación de aportar todos los elementos probatorios obrantes en su poder, y de prestar la colaboración para el esclarecimiento de la causa. El fundamento de la modalidad probatoria articulada surge de la relación de desequilibrio, y en especial, de la modalidad de contratación que lleva a que sea el proveedor quien cuenta con el caudal de información sobre los diversos extremos de la operatoria, por lo que, resulta más que razonable que a él le quepa aportar los elementos de juicio suficientes (Tribunal de Córdoba: Cámara Civil, Comercial, 1° Nom 20-02-2014).

Actualmente frente a la disposición de las dos normas antes referidas (207 y 166) vemos que la cuestión ya no es tan clara, sobre todo porque la primera parte de la norma deja a salvo la facultad de los jueces de distribuir la carga de la prueba, es decir aludiendo al art. 166 que incorpora la teoría de la carga probatoria dinámica.

Entonces la cuestión se centra en el siguiente planteo:

- Si consideramos que la carga probatoria dinámica es una cuestión distinta al deber de colaboración: entonces el procedimiento de vistas establecido por el art. 166 del C.P.C.C y T al cual nos referimos en párrafos anteriores resulta necesario en cualquier tipo de procesos que el Juez considere necesario aplicar la teoría de las cargas dinámicas.

- Si consideramos que el deber de colaboración establecido en el art. 207 del C.P.C.C y T y 53 de la Ley N° 24.240 es propiamente una carga probatoria dinámica, entonces el procedimiento establecido en el art. 166 no resulta necesario, en los procesos de consumo ya que siempre en este tipo de procesos será de aplicación la teoría de las cargas probatorias dinámicas.

La respuesta a tal disyuntiva resulta fundamental a la hora de decidir sobre el procedimiento a aplicar a un proceso de consumo, no solo para el Juez que tiene que decidir la cuestión, sino para las partes a la hora de presentar las pruebas ya que como el tema no es pacífico, no todos los tribunales resolverán el tema de la misma manera, por lo que resulta aconsejable hasta tanto se unifiquen los criterios de interpretación, que las partes aporten todas las pruebas que tengan en su poder en el momento de presentar la demanda y su contestación.

Ahora bien, más allá de considerar que la norma del art. 207 C.P.C.C y T y 53 de la Ley N° 24.240 es o no una carga probatoria dinámica, teniendo en cuenta que el Código Mendocino establece un procedimiento especial para los procesos de consumo, donde prima la celeridad, es recomendable que no se aplique este procedimiento de vistas, donde en primer lugar entorpecería la agilidad del proceso de consumo y en especial además por que la norma del art. 53 no realiza ninguna remisión ni establece un procedimiento especial para la aplicación de los deberes y/o cargas dinámicas.

Sin perjuicio de lo argumentado hasta aquí no podemos dejar de remarcar que la regla “in dubio pro consumidor” y la incorporación de los deberes de colaboración ya sea como carga probatoria dinámica o como deber agravado, en modo alguno significa consagrar un bill de indemnidad a favor del consumidor, y eximirlo del deber de probar ya que no puede sostenerse como regla general que cualquier reclamo sin prueba que lo sustente deba ser admitido basado en los principios protectorios.

V. Conclusiones

Las cargas probatorias en general y las cargas probatorias dinámicas en particular han sido centro de innumerables debates en doctrina, existiendo una disparidad de criterios de interpretación, existiendo confusiones conceptuales que han llevado a la aplicación errónea de las cargas probatorias y de la valoración de la prueba.

El tema presenta cierto interés cuando estamos en presencia de procesos de consumo y nos encontramos con otras normas procesales, como el caso de Mendoza, donde al contemplar varias normas relacionadas con la carga de la prueba, se produce una disyuntiva de normas.

En el caso se cree que tal disyuntiva debe ser resuelta a favor de la agilidad de los procedimientos, entendiendo que el deber de colaboración, consagra justamente eso, un deber, pero agravado por la calidad de las partes, y que tal deber sea que se considere una carga probatoria dinámica o no, debe ser siempre aplicado por el Juzgador sin someterlo a ningún procedimiento especial, debiendo saber de antemano las partes que si se someten a un proceso de consumo, el deber de colaboración va a ser teniendo en cuenta al momento de resolver, sin que sea necesario el preaviso del mismo.

En definitiva, se considera que la incorporación de las normas sobre cargas probatorias y/o deber de colaboración resultan útiles y positivas, pero las mismas deben ser aplicadas teniendo en cuenta el tipo de procesos, a fin de no desnaturalizar los mismos.

Ante la duda razonable, la gratuidad se impone en cuestiones de Violencia de Género

AB. CYNTHIA DEBIAZI

“Hilamos, tramamos, tejemos la política dentro de la sociedad, construimos una sociedad nueva, des-generada, despatriarcalizada. Ese es nuestro trabajo, y va a incidir directamente en el formato de la política y en el rumbo de la historia”.

RITA SEGATO

I. Introducción

El 24 de mayo de 2019, La Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto, revocando la resolución dictada por la Tercera Cámara Civil y Comercial de la Primera Circunscripción que rechazó in limine el incidente de nulidad del decreto que emplazaba a las demandadas en juicio por daños derivados de las afirmaciones injuriosas en expediente por filiación, a acreditar el pago de tasa de justicia. La negativa de éstas a cumplir con dicha obligación fiscal tuvo como principal argumento el beneficio que otorga la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en todos los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (Ley N° 26485) respecto de la gratuidad del proceso en los casos de violencia de género.

La sentencia de la Corte es unánime, y expresa con claridad la perspectiva de género adoptada por el miembro preopinante sobre el caso en cuestión. Resulta de profundo interés el análisis sobre los argumentos vertidos en el fallo, que echan luz sobre una contienda que, trabada entre mujeres, pareciera prima

facie no encuadrar en los supuestos de la violencia de género. En una plausible interpretación integral del contexto de violencia que antecede al fallo en cuestión, el máximo tribunal mendocino inclina la balanza para garantizar el acceso a la jurisdicción a la mujer.

II. Los hechos

Los sucesos que dan lugar al proceso en análisis son de larga data. A comienzos del 2013, V.G.P., empleada judicial, quien había quedado embarazada producto de una relación con su superior jerárquico L.L.M o J.C.A, denunció a éste por amenazas físicas y acoso laboral en tres instancias: la Inspección Judicial; la Subsecretaría de Derechos Humanos y la Dirección de Mujeres, Género y Diversidad. La propia Suprema Corte provincial ese mismo año dictó una resolución sancionando el comportamiento del funcionario a quien le impuso un apercibimiento. De las pruebas rendidas en esos autos, quedó acreditado que “el denunciado ejerció contra de la agente actos que, si bien fueron de órbita privada, se hicieron públicos durante el primer cuatrimestre de embarazo, consistentes en haberla presionado para que abortara como condición para acceder al traslado (que la denunciante había perdido)¹. Es más, indubitadamente la máxima autoridad judicial de la provincia enmarcó el caso como contrario a la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. El demandado apeló la resolución contra el Gobierno de la Provincia a fin de anular la decisión. Nuevamente, el Supremo Tribunal expresó que la problemática quedaba subsumida en un contexto de violencia basada en razones de género y facilitada por la existencia de relaciones inequitativas de poder -desplegadas tanto en el ámbito interpersonal en general como en el laboral en específico-, ratificando la sanción.

A esta acumulación de denuncias realizadas por V.G.P, se adicionó la interposición de demanda de filiación contra el funcionario para que sea emplazado como padre de su hijo y el reclamo de alimentos provisorios. Como consecuencia de este proceso en marzo del 2015 la esposa de L.L.M inicia una acción de daños contra la empleada judicial, y contra su representante, por las injurias vertidas contra ella y su hijo en ese expediente. Las demandadas opusieron ex-

¹ Suprema Corte de Justicia de Mendoza, 22/12/2014, A., J. C. C/ Provincia de Mendoza (Poder Judicial) s/ A.P.A.

cepción de falta de legitimación pasiva y prescripción, dejando señalado que la actora estaba siendo partícipe de la violencia de género ejercida por su esposo contra V.G.P. El tribunal de primera instancia rechazó las excepciones, y la resolución fue apelada. La víctima de violencia de género invocó el beneficio de litigar sin gastos que la ley nacional 26485 le confiere², por lo que entendió que el recurso debía tramitarse prescindiendo del pago de gabelas. Sin embargo, la Cámara de Apelaciones la emplazó a cumplir con las obligaciones fiscales, contra lo cual interpuso incidente de nulidad arguyendo una evidente falta de perspectiva de género. El Tribunal de Segunda Instancia rechazó el incidente, que llegó entonces mediante recurso extraordinario a la Corte de Mendoza.

El voto del Dr. Julio Gómez, ministro preopinante, hace hincapié en el acceso a la justicia, como garantía que adquiere un valor superlativo en los casos particulares de violencia hacia las mujeres, supuestos fácticos que son fuente de protección especial en todo el sistema jurídico nacional e internacional. Señala asimismo la obligación de los operadores jurídicos de sostener una mirada integral sobre los asuntos objeto de litigio. Es desde esta óptica que sostiene la solución de mantener el beneficio que las leyes le otorgan a la demandada de transitar gratuitamente el proceso.

III. Evolución de la perspectiva de género

Durante las últimas décadas, los gobiernos y organismos internacionales han subrayado la importancia de dar prioridad a la problemática de género en la

² El artículo 3 de Ley N° 26485 expresa: “Derechos protegidos. Esta ley garantiza todos los derechos reconocidos por la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de los Niños y la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y, en especial, los referidos a i) Gozar de acceso gratuito a la justicia en casos comprendidos en el ámbito de aplicación de la presente ley”. Por su parte, el art. 16 de la Ley N° 26.485 dispone: “Derechos y garantías mínimas de procedimientos judiciales y administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las mujeres, en cualquier procedimiento judicial o administrativo, además de todos los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la Nación Argentina, la presente ley y las leyes que en consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A la gratuidad de las actuaciones judiciales y del patrocinio jurídico preferentemente especializado”.

planificación de políticas y estrategias de desarrollo. El núcleo conceptual de la primera fase de este camino, a mediados de los años 70, fue la distinción entre los términos sexo y género. En términos simples, dice la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de México³ que el concepto de sexo hace referencia a las “diferencias y características biológicas, anatómicas, fisiológicas y cromosómicas de los seres humanos que los definen como hombres o mujeres”⁴; mientras que el vocablo género alude a “conjunto de ideas, creencias y atribuciones sociales, construidas en cada cultura y momento histórico, tomando como base la diferencia sexual”. El Comité de la CEDAW ha definido el género como “una construcción ideológica y cultural, aunque también se reproduce dentro del ámbito de las prácticas físicas; y a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, el poder político y la adopción de decisiones, el goce de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. A pesar de las variantes en las diferentes culturas y épocas, las relaciones de género en todo el mundo suponen una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. De esta manera, el género es un estratificador social, y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad sexual y la estructura desigual de poder vinculada a la relación entre los sexos”.

³ Glosario de términos básicos sobre derechos humanos. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24425.pdf> consultado el 03/08/2019.

⁴ La visión binomial de los sexos resulta a estas alturas de los estudios de género (con los aportes de Judith Butler, los principios de Yogyakarta y hasta las argumentaciones vertidas en “Atala Riffo vs. Chile”, por mencionar algunos) resulta anacrónica, pero su análisis excede el objeto de este trabajo. Reseño algunas reflexiones al respecto: “Cuando se habla de dos sexos, masculino y femenino, se está abarcando en esta dicotomía un disciplinamiento de aspectos muy complejos de la sexualidad humana. Por supuesto el sexo anatómico, con el que a primera vista y al nacer se clasifica a casi todos los seres humanos. Tan fuerte es el dogma sobre la dicotomía anatómica, que cuando no se la encuentra se la produce. Cuando los genitales son ambiguos, no se revisa la idea de la naturaleza dual de los genitales, sino que se disciplinan para que se ajusten al dogma. Pero además del sexo anatómico, se supone que el sexo cromosómico también es dicotómico (XX o XY) ajustándose a la genitalidad. Nuevamente, cuando eso no ocurre, el dogma no se revisa. Las hormonas completan este menú biológico. La ideología dicotómica de género es anterior y más fuerte que el sexo biológico. No sólo lo ‘lee’ como un signo al que interpreta, sino que lo escribe y lo corrige cuando su caligrafía no es perfecta. En síntesis, el mismo sexo biológico es producto de una lectura cultural”. (Cfr. Maffia, Diana, *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003, págs. 5 y 6).

A partir de esta diferencia se afincó la idea en el escenario internacional que, frente a las desigualdades históricas y estructurales experimentadas por las mujeres, basadas en estereotipos en razón del género, y a pesar de la existencia de derechos humanos inherentes a toda persona, era necesario un tratamiento protectorio específico. Con ese espíritu la Asamblea General de la ONU aprobó en 1979 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), y en consonancia, numerosas legislaciones internas le fueron sucediendo. La segunda etapa del proceso de evolución del ordenamiento internacional en materia de género tuvo lugar en la primera mitad de los años 90, donde se reconoció que la existencia de instrumentos específicos por sí solos eran insuficientes para garantizar la efectiva salvaguardia de los derechos de las mujeres. Era menester integrar el reconocimiento de las diferencias de género en la interpretación y aplicación de todos los tratados generales sobre derechos humanos. En este contexto se difundió la expresión “transversalización de la perspectiva de género”. Al respecto dijo la Convención Mundial sobre Derechos Humanos en Viena en el año 1993 que “la igualdad de condición de la mujer y sus derechos humanos deben integrarse en las principales actividades de todo el sistema de las Naciones Unidas; (...) todos los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas deben tratar estas cuestiones en forma periódica y sistemática”. En la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, realizada en Pekín en 1995, se estableció que los asuntos de género debían integrarse a todos los programas sociales.

La perspectiva de género constituye, entonces, una herramienta indispensable en tanto categoría analítica que se materializa en una forma de conocer o mirar la realidad; y de intervenir o actuar en ella. Se caracteriza por:

- ser inclusiva, ya que incorpora al análisis otras condiciones: clase, la etnia y la edad;
- permitir observar y comprender cómo opera la discriminación, con el fin de favorecer iguales oportunidades para un acceso equitativo a recursos, servicios y derechos.
- cuestionar el androcentrismo y el sexismo que permean todas las instituciones y actividades sociales, a la vez que propone acciones estratégicas para enfrentarlos críticamente y erradicarlos.

- ser un aporte a las herramientas teóricas, metodológicas y técnicas necesarias para formular, ejecutar y evaluar estrategias que lleven al empoderamiento de las mujeres.

En la órbita local, en el año 2013 la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entonces a cargo de la ministra Carmen Argibay en 2013, en la Presentación del Plan para incorporar la perspectiva de género en la Justicia argentina ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalaba que “La mirada de género debe ser parte de la modernización de los aparatos judiciales a fin de adecuarlos a las exigencias presentes. Este trabajo de sensibilización facilitará el acceso a la justicia de las mujeres, al identificar los obstáculos del sistema jurídico y dejar al descubierto que la eficacia de los derechos de las mujeres además del reconocimiento legal debe ser acompañado de una aplicación adecuada de las normas jurídicas. Para ello se requiere capacitar a todos los que integramos el poder judicial, proporcionar herramientas para detectar aquellas situaciones en donde se encuentra presente ese sesgo discriminatorio sobre los roles o estereotipos asignados socialmente”⁵.

El avance del movimiento feminista en nuestro país como respuesta al número creciente de femicidios, en el año 2015, tuvo su manifestación en las calles con la multitudinaria marcha Ni una Menos, que hizo eco en todo el mundo. Las mujeres argentinas, hijas de la pedagogía de las abuelas y madres de Plaza de Mayo, venimos reconociendo la necesidad de incorporar la perspectiva de género en cada uno de los espacios que habitamos y trabajando en aras de ese cometido. Es la reacción al espanto provocado por el flagelo de la violencia de género la que consagró el 10 de enero de este año la promulgación de la denominada Ley Micaela, en memoria de Micaela García, muerta en manos no sólo de su femicida Sebastián Wagner, muerta en manos de su femicida Sebastián Wagner quien, producto de la falta total de formación en género por parte de lxs operadores jurídixs, fue dejado en libertad no obstante que ya había violado dos mujeres. Dicha Ley N° 27499 establece la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación. Oficina de la Mujer. “Plan para incorporar la perspectiva de género en la Justicia Argentina” en https://www.pj.gov.pe/wps/wcm/connect/a2339d804320c887b9eebf6f9d33819/Argentina+-+Plan+para+incorporar+la+perspectiva+de+g%C3%A9nero+en+la+Justicia+argentina.pdf?MOD=AJPE&RES_ID=2339d804320c887b9eebf6f9d33819 consultado el 22/07/2019.

desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación. En este estado de cosas, donde la escalada de violencia tiene dimensiones pandémicas en todo el mundo, la exigencia de perspectiva de género en todas las actuaciones del Estado constituye el piso mínimo de garantías a nuestra condición de mujeres⁶.

Es por ello que la resolución del fallo en reviste notable importancia al tiempo que resulta concordante con estos fines, al entender acertadamente que el trayecto revictimizante y tormentoso que ha venido transitando la superviviente a causa de las violencias psicológicas y sexuales perpetradas por un funcionario del Poder Judicial de la Provincia, no pueden desconocerse para decidir acerca del caso.

IV. Los argumentos de la Cámara de Apelaciones

Merece una observación en este estudio el desarrollo argumentativo que la Tercera Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza realiza del caso en examen, para que, a la luz de la perspectiva de género obligada a tener en consideración, se puedan clarificar algunos conceptos, a mi entender, desacertados.

Al rechazar el incidente de nulidad, el razonamiento del Tribunal de Segunda Instancia centra su análisis en los siguientes puntos:

1. Respecto del pago de tasa de justicia:

- no existe vicio o error procedimental alguno, puesto que se han aplicado las reglas formales del Código Fiscal;

- no se ha violado el derecho de defensa al exigir el pago de tasa de justicia a las demandadas apelantes, toda vez que en el caso de autos no es aplicable el beneficio previsto por los arts. 3 inc. I y 16 inc. a) de la Ley N° 26.485 a la que adhiriera la provincia de Mendoza por Ley N° 8226.

⁶ “...para que la mujer: goce en la práctica del principio de igualdad entre hombres y mujeres, y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la voluntad política expresada en la legislación específica debe recibir el apoyo de todos los actores del Estado, incluyendo los tribunales, que se encuentran vinculados por las obligaciones de Estado” V. K.vs. Bulgaria, Comunicado N° 20/2008, CEDAW/C/49/D/20/2008, 17 de agosto de 2011, párr. 9.4.

2. Sobre la imposibilidad de aplicación de la Ley N° 26485, puesto que se trata de una controversia entre mujeres:

- la ley de violencia de género no es aplicable en las actuaciones en las que una mujer -por su derecho y en representación de su hijo menor-, ha deducido una demanda de daños contra la incidentante y otra mujer que la asistiera en otro proceso distinto;

- en el caso, tanto la actora como la demandada son mujeres, Por ello, ambas partes litigantes se encuentran protegidas y en un plano de igualdad. Excluir a la demandada del pago y exigírselo a la actora aparece como impropio a la luz de la razón;

- la Recomendación general N° 19 del Comité C.E.D.A.W. estableció que la violencia contra la mujer constituye un acto de discriminación comprendido como tal en el artículo 1 de dicha convención. Entendido que se trata de violencia dirigida a la mujer porque es mujer o porque la afecta en forma desproporcionada; y que también la violencia es discriminación por cuanto les impide a las mujeres el pleno goce de sus derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre. Y si bien tanto las convenciones internacionales cuanto la Ley N° 26485 sostienen que también debe protegerse a la mujer de la violencia institucional y de la violencia simbólica y mediática que puede no ser ejercida por hombres sino por instituciones, los patrones culturales en los que esta violencia se inscriben remiten directamente a la desigualdad entre el varón y la mujer, no entre mujeres.

3. Límites de los efectos de la violencia de género:

- La apelante parte en su análisis de una premisa falsa, esto es, que cuenta con el beneficio de la justicia gratuita por la Ley de Violencia de Género en razón de que existen otros expedientes relacionados o vinculados con la presente causa en los que actuó como víctima de la violencia de género y así fue declarado por la jurisdicción. De esta conclusión deviene que toda mujer que es o ha sido víctima de violencia de género estaría incluida en las normas tuitivas de la Ley N° 26.485 en todas las futuras contiendas en que deba litigar en contra de los parientes del agresor o que tengan alguna relación con esas actuaciones, solución que resulta inaceptable;

- el criterio de la incidentante conduciría al absurdo de considerar que los beneficios de la ley de violencia de género viajan o se trasladan con la víctima a la que acceden, pasando a todas las causas en las que aquella litigue, aun cuando no sean conexas al expediente en el cual se ha declarado la existencia de violencia de género y no sea en contra del victimario u otro hombre o entidad que pueda revestir ese carácter, sólo por el hecho de que en algún momento ella fue víctima de discriminación o violencia de género. De tal modo se convertiría a la mujer que sufrió violencia de género en una víctima “portante” de esa calidad en cualquier posición judicial que se encuentre en el futuro. La Cámara interpreta que esta concepción es claramente discriminatoria, pues, en vez de procurar los objetivos de la ley, convierte a la mujer en una víctima constante que debe ser reconocida como tal aun cuando de ello no se trate en el caso. Tal forma de ver las cosas es mucho más propia de los prejuicios asociados a estereotipos discriminatorios hacia la mujer y responden en definitiva a patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de las mujeres;

- tampoco corresponde pretender que la demandada por haber sido víctima en otra causa de violencia de género por el marido de la actora, que no interviene en estos autos, permanece o continúa padeciendo el daño, lo que importaría no sólo discriminar sino también revictimizar a la accionada en contra de la ratio legis de la Ley de Violencia de Género.

A todas luces, el razonamiento del Tribunal carece de perspectiva de género. Si bien es cierto que el caso en estudio se plantea entre mujeres, no puede desconocerse el contexto en el que el asunto llega a la justicia, teñido de una cantidad de antecedentes que tomaron dimensión pública (múltiples medios de comunicación locales trataron el tema de las denuncias por violencia de género tratándose de un funcionario judicial), así como las razones que llevaron a la demandada en autos a iniciar demanda de reconocimiento de la paternidad de su agresor y alimentos.

V. Los argumentos del recurso extraordinario

La fundamentación de los agravios que llegan a la Corte es clara al respecto:

- la Segunda Instancia viola el orden de prelación de las leyes, ya que, si se invoca la Ley N° 26485, el caso debe analizarse bajo todo el sistema de protección con-

vencional, CEDAW y Belém Do Pará, más la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y luego y de manera subsidiaria, aplicar normas de menor valor. Además, la visión estricta y formal respecto de las obligaciones fiscales debe ceder al principio de informalidad que ilumina toda la materia;

- la demanda no puede tomarse aisladamente, sino que la nulidad debe acogerse por el grosero apartamiento a una ley de orden público, como es la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia hacia las mujeres en todos los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, así como por la inaplicabilidad del procedimiento especial;

- no puede usarse un criterio restrictivo en la aplicación de normas que amparen la materia, como expresa el fallo de la CIDH “Caso González y otras “Campo Algodonero” vs. México”.

La revictimización a la que hace referencia la sentencia del Tribunal de Alzada, como conducta a evitar, es por el contrario precisamente aquella que promueve cuando no comprende la compleja problemática en su totalidad. Y es que la “tacha” de víctima no es una categoría a portar -como expresa el tribunal en su resolución- en cada una de las situaciones que lleven a la superviviente al ámbito judicial, pero en el caso en autos, la evidente vinculación con el marco de violencia que lo cincela hace imposible no tratarla desde esa perspectiva.

VI. La debida diligencia y su aplicación al caso: el criterio de “duda razonable”

Como anticipé, la preocupante situación de la violencia de género garantiza a las mujeres un marco especial protectorio y origina obligaciones a los Estados de acuerdo con el derecho internacional y regional de los Derechos Humanos. La Argentina ha aceptado compromisos internacionales estipulados en diversos instrumentos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los tratados específicos sobre las mujeres, entre ellos, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, ratificado el 15 de julio de 1985) y su Protocolo Facultativo (ratificado el 20 de marzo de 2007), y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

(Convención de Belém do Pará de 1994, ratificada el 4 de Septiembre de 1996). Los tratados se complementan con una importante jurisprudencia, en constante crecimiento, sobre la violencia de género de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y con instrumentos no vinculantes, como la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing y los subsiguientes procesos de seguimiento de cinco, diez y quince años, resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y Recomendaciones Generales adoptadas por organismos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como “herramientas de interpretación autorizadas” de las respectivas convenciones. En conjunto, los instrumentos mencionados proveen un plan de acciones y estrategias recomendadas a los gobiernos, a las organizaciones intergubernamentales y a las ONGs para garantizar los derechos humanos de las mujeres que son víctimas de violencia.

El ministro preopinante de la Suprema Corte señala que las especiales circunstancias en las que se inserta la controversia, promueven el nacimiento de una “razonable duda” en cuanto a si es o no subsumible el asunto en el marco protectorio mencionado *ut supra*. A continuación, afirma que ni el más desprevenido espectador podría negar la vinculación de lo ventilado en autos con los sucesos que lo anteceden, máxime cuando el hecho que en este proceso se señala como productor del daño, está constituido por los dichos que V.P.G vertió en el proceso de filiación iniciado contra el esposo de la actora. Más aún, la situación previa al juicio para reconocer la paternidad fue la que adquirió estado público y la que da origen a todo este intrincado tema, cual es la violencia que padeció la demandada en autos, empleada judicial que se vio amenazada y violentada por el agresor quien la presionaba para dar fin al producto de su embarazo.

Lo relevante del razonamiento radica adoptar frente al estado de duda que manifiesta, una postura activa que garantice el acceso a la justicia de quien invoca protección. Particularmente, respecto de la gratuidad del trámite. Para esa conclusión, echa mano de los estándares que se han establecido para determinar si un caso debe quedar o no comprendido en los términos de la Convención Belém Do Pará: “debe el juzgador analizar y ponderar -necesariamente- el contexto fáctico y jurídico, esto es, las circunstancias anteriores y concomitantes que dieron motivo al mismo”⁷ Esto remite al deber de debida diligencia orien-

⁷ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 12/04/2017, Altuve, Carlos Arturo s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. AR/JUR/15447/2017.

tado al acceso a la justicia como manifestación concreta de la tutela judicial efectiva de la mujer en situación de violencia.

Reseño a continuación algunos extractos de instrumentos internacionales, recomendaciones y fallos de la Corte IDH, que clarifican la cuestión:

El informe de la Relatora especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias en 2013 expresa: “El Estado tiene la obligación de investigar todos los actos de violencia contra la mujer, incluidas las deficiencias sistémicas en la prevención de dicha violencia. En el caso de que un incidente de violencia concreto tenga lugar en el contexto de un patrón general de violencia contra la mujer, la obligación de la diligencia debida tiene alcances más amplios. En la investigación deberá procederse con una perspectiva de género y considerar la vulnerabilidad particular de la víctima. El elemento de la investigación tiene dos objetivos: prevenir la repetición en el futuro, así como asegurar la justicia en los casos individuales. Ello se refiere tanto a las estructuras del Estado como a las acciones de los funcionarios públicos involucrados”⁸.

La Convención de Belém do Pará en su artículo 7 se refiere a las obligaciones inmediatas del Estado en casos de violencia contra las mujeres, que incluyen procedimientos, mecanismos judiciales y legislación encaminada a prevenir la impunidad, incluyendo medidas para proteger a las mujeres de actos de violencia inminentes. Establece: “Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”.

La Declaración del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Belém do Pará (MESECVI) dice que “los Estados tienen la obligación de adecuar sus estructuras orgánicas, procesos y procedimientos y armonizarlos con la Convención de Belém do Pará, para garantizar la debida diligencia para proteger a las mujeres, niñas y adolescentes, contra toda forma de violencia por razones de género, debiendo prevenir, investigar y castigar los actos de violencia, respondiendo ante las víctimas de actores estatales, no estatales y particulares”⁹.

En el precedente “Velázquez Rodríguez vs. Honduras (1988) la Corte IDH dijo que: “La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las

⁸ Informe A/ HRC/23/49, mayo 2013, párr. 73.

⁹ MESECVI, Declaración sobre la Violencia contra las Mujeres, Niñas y Adolescentes y sus Derechos Sexuales y Reproductivos, 19 de septiembre de 2014, pág. 5.

mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención¹⁰.

Más tarde en “Campo Algodonero vs. México” (2009) dejó claro que “ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección. Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral¹¹”.

De todo este breve repaso sobre la interpretación del deber de diligencia surge la trascendencia de la decisión, que entiende que la administración no debe estrechar la mirada al caso puntual, sino analizar el conflicto desde una perspectiva integral¹², en orden a garantizar el acceso gratuito a la jurisdicción. Menciona además el riesgo que confirmar la decisión de Cámara acarrearía al conculcar el derecho de acceso a la justicia de quien alega la existencia de una situación vital que es fuente de protección especial nacional e internacional.

¹⁰ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 172.

¹¹ Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, 2009, párr. 293. (...).

¹² “Si procede la acumulación de causas que estuvieran tramitando en distintas jurisdicciones o fueros, se debe realizar un análisis integral de cada uno de los hechos de violencia de género que las componen, a fin de establecer una calificación legal que recoja acabadamente los aspectos típicos de las conductas investigadas. Guía de actuación en casos de violencia doméstica contra las mujeres. Unidad Fiscal especializada en violencia contra las mujeres”. 2016. https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2016/1/UFEM_Info_rme.pdf consultado el 27/08/2019.

VII. Responsabilidad estatal por el comportamiento de sus funcionarios, perpetradores de violencia hacia las mujeres

Todo lo expuesto hasta aquí deja aún un cabo suelto que considero menester traer a reflexión. Y es que la batería de normas protectorias de los derechos de las mujeres mencionadas en el presente trabajo hace referencia expresa a una arista que, hasta ahora, no ha sido objeto de análisis. ¿Qué rol le cabe al Estado frente a una causa de estas características? ¿Es acaso una duda razonable el peregrinar que la demandada en autos ha padecido, llegando a tener probada la situación de violencias, o es una certeza con sentencia firme?

Como ya se dijo, la sentencia en estudio tiene su origen en una historia de violencias que, respecto de una de las denuncias realizadas, termina con un apercibimiento para el agresor dictado por el más alto tribunal de la provincia. Y el fallo hace expresa mención a ella cuando dice: “De la consulta a través de la página web de este Poder Judicial de los expedientes que han sido ofrecidos como prueba y que han sido incorporados a esta causa en carácter de A.E.V. (fs. 109) surge que el cónyuge de la aquí accionante, fue sancionado por la Sala Tercera de esta Corte -y confirmada la sanción por sentencia dictada por esta Sala Primera- por haber incurrido, en relación a la aquí demandada, en conductas que implicaron una falta administrativa sancionable, por la realización de actos ofensivos al decoro de la Administración de Justicia (at. 13, inc. 6° de la Ley Orgánica de Tribunales), por haber infringido su deber genérico de observar, en el servicio y fuera de él, una conducta decorosa y digna de la consideración y de la confianza que su estado oficial exige (art. 13, inc. b, Decreto – Ley N° 560/73), por no haberse conducido con tacto y cortesía en su relación de servicio respecto de su subordinada (art. inc. c, Decreto – Ley N° 560/73), y por haber cometido actos contra la agente (...) descriptibles como de violencia psicológica y sexual, reprochable por la Ley Nacional N° 26.485, incorporada al régimen administrativo local por adhesión de la Ley Provincial N° 8226’ (la cursiva me pertenece) (Causa N° 13-02123195-3 (012174-11043301), caratulada: ‘A., J. C. C/ Provincia de Mendoza (Poder Judicial) S/ A.P.A.’, resolución del 22/12/14)”.

Cabe a reseñar lo dicho por esta misma corte cuando resolvió acerca de la apelación que el agresor de este conflicto presentó frente a su apercibimiento: “Pues bien, sabido es que, frente a circunstancias de esta naturaleza, corresponde al Estado -representado en cualquiera de sus poderes públicos republicanos-

adoptar normas y otras medidas apropiadas para modificar las existentes en tanto respalden la persistencia o tolerancia de violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará; CIDH, Informe N° 4/01, Caso 11.625, Fondo, María Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de enero de 2001. CIDH, Informe N° 54/01, Caso 12.05, María Da Penha, Maia Fernández, Brasil, de 4 de abril de 2001. CEDAW Recomendación General Nro. 19). De este modo, la instancia de deliberación y determinación de la sanción que correspondía al Sr. Fiscal cuestionado en su desempeño, en tanto autor de un acto de violencia contra la mujer, debería haber hecho eco esta responsabilidad estatal, aplicando una sanción que resultare proporcional a la gravedad del acto imputado y, a la vez, que transmita un mensaje contundente de rechazo ante dichas conductas. Es que sancionar adecuadamente un acto de violencia de género permite influir en la modificación de conductas cuya especial gravedad en la actualidad no resulta adecuadamente mensurada¹³.

Para explicar las obligaciones del Estado con respecto a la violencia de género, el Comité de la CEDAW adoptó la tipología de obligaciones en etapas: “respetar, proteger, promover y cumplir”¹⁴; y es en este marco donde se debe analizar el acceso a la justicia, uno de los pilares sobre los que se asienta la protección. Si el Estado no cumple con estas obligaciones internacionales, será responsable de la comisión de un hecho considerado internacionalmente ilícito. Por lo tanto, es de suma importancia que la violencia de género sea considerada una violación a los tratados internacionales. La obligación de respetar corresponde a la primera etapa que requiere que el Estado asegure que los funcionarios públicos, cuyos actos y omisiones le son imputables, no cometan tal violencia. La violencia cometida por representantes del Estado contra la integridad física y/o mental de un individuo tiene como consecuencia la responsabilidad directa del Estado, de acuerdo con el derecho internacional.

Se ha visto que, en nuestro país, el reconocimiento normativo de los derechos de las mujeres no se encuentra en cuestión. Frente a la proliferación de normas internacionales, constitucionales y nacionales, el problema radica en la protección efectiva de los derechos. Y es que el flagelo de la violencia de género

¹³ Voto del Dr. Omar Palermo en SCJMza. “Alessandra, Juan Carlos c/ Provincia de Mendoza (Poder Judicial) s/ A.P.A.”.

¹⁴ Chinkin, Christine, “Acceso a la Justicia, género y derechos humanos”, en C. Chinkin et al, *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, 1ª ed., Bs. As., Defensoría General de la Nación, 2012, pág. 31.

se perpetra en los mismos pasillos de quienes dicen administrar la justicia, como el caso en análisis, y pareciera no hacer eco suficiente de la responsabilidad que le compete al Estado por el hecho de sus agentes, tomar las medidas pertinentes para su cese.

Encontramos algunos casos con soluciones más radicales, que apuntan al cometido al que hace referencia la Corte de Mendoza, cuando se refiere a la proporcionalidad de la sanción conforme la gravedad del acto imputado, para que cause la repercusión necesaria. Así, en junio del 2018, la Superintendencia Administrativa del Superior Tribunal de Justicia de Chubut exoneró a un empleado de la Oficina Judicial de Puerto Madryn en virtud de la comisión de faltas graves, conducta encuadrada en el Reglamento Interno General, Ley Orgánica de la Justicia de la Provincia del Chubut y Estatuto para el Personal de la Administración Pública. El individuo está en juicio por lesionar a su expareja. Como fundamento de su decisión, se sostuvo que “los hechos denunciados revisten una gravedad inusitada pues implican, en forma activa y directa, a un agente judicial cuyo accionar trasciende lo particular e involucra, negativamente, a todo el Poder Judicial”. Se le reprochó al agresor intentar aprovecharse de su condición de integrante del Poder Judicial para lograr impunidad y para evitar que su expareja denunciara los hechos que padeció. La resolución expresa que la Superintendencia ratifica su compromiso, como política pública, de generar acciones concretas de prevención, sanción y erradicación de todas las formas y manifestaciones de violencia.¹⁵ En la provincia de Chaco, en marzo del año pasado, el Superior Tribunal de Justicia dispuso la extinción del vínculo de empleo de un agente por constatarse la conducta agresiva con una compañera de trabajo y estar procesado por desobediencia a una orden judicial y lesiones leves dolosas contra su ex pareja. Los argumentos esgrimidos corren el velo de lo privado para hacer realidad la tan mentada tesis del movimiento feminista de que “lo personal es político”, cuando la máxima autoridad judicial chaqueña expresa: “la integridad de la conducta del agente judicial, aun aquella que se da fuera del estricto ámbito de la actividad laboral, contribuye a forjar la confianza de los ciudadanos en el Poder Judicial. Por lo tanto, el Juez, Funcionario o Empleado no debe comportarse de una manera que un observador razonable e imparcial considere gravemente atentatoria contra los valores y principios predominantes en la sociedad

¹⁵ https://www.diarojornada.com.ar/214500/provincia/echan_a_empleado_judicial_por_presunta_violencia_de_genero/ consultado el 23/07/2019.

en la que presta su función, pues ello generaría el descrédito no solo personal, sino también de la organización que integra”¹⁶.

Actualmente existen proyectos de ley en Río Negro¹⁷, Tierra del Fuego¹⁸ y Mendoza¹⁹ que limitan el acceso a cargos públicos a quienes tengan condena firme por violencia de género. En la Cámara de Senadores de la Nación, en 2016 Anabel Fernández Sagasti presentó un proyecto de ley en análogos sentidos²⁰. Según la iniciativa, “para el acceso a un cargo de funcionario público de rango jerárquico, en forma permanente o transitoria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, será una condición necesaria y obligatoria no contar con sentencia firme e inapelable por casos vinculados a violencia contra una mujer o cualquier miembro de su familia”.

VIII. Breves reflexiones

En los esfuerzos por desentrañar las razones por las cuales los comportamientos de los operadores del derecho están teñidos de prácticas patriarcales incluso hacia adentro de sus despachos, reseñamos las reflexiones de la antropóloga Rita Segato, cuando en ocasión de explicar conceptos vertidos en “Las estructuras elementales de la violencia” en Uruguay, el 17 de julio de 2019, afirma que el acto de violencia hacia las mujeres que realiza un agresor no tiene un eje unidireccional. “Hay otro eje de relaciones y de interlocución que es tanto o más importante, que es la relación entre los hombres”. Esa “fratría de hombres” tiene una estructura corporativa., que responde a dos características: la primera es que el valor supremo es la “lealtad corporativa”, la otra es que es “internamente jerárquica” y el lugar que ocupe un hombre en esa jerarquía de masculinidades va a ser la posición que pueda conseguir en relación a las potencias sexual, física, bélica, intelectual, moral, económica y política. Las lógicas de muchas de las

¹⁶ <http://www.diarionorte.com/articulo/163586/por-violencia-de-genero-em-pleado-judicial-perdido-su-trabajo> consultado el 03/08/2019.

¹⁷ <http://appnoticias.com.ar/app/no-podran-ocupar-cargos-publicos-quienes-tengan-antecedentes-de-violencia-de-genero/> consultado el 03/08/2019.

¹⁸ <http://www.concejoriorgrande.gov.ar/?p=5588> consultado el 05/08/2019.

¹⁹ <http://www.sitiolandino.com.ar/n/256973-me-dia-sancion-condenados-por-violencia-machista-no-podra-acceder-a-cargos-publicos/> consultado el 03/08/2019.

²⁰ <https://www.losandes.com.ar/article/un-proyecto-busca-prohibir-el-ingreso-de-funcionarios-con-casos-de-violencia-de-genero> consultado el 05/08/2019.

prácticas del estado no escapan de esta descripción. Para la antropóloga, estas dos características hacen “que la violencia sea inevitable para el mandato de masculinidad, a no ser que los hombres consigan tomar conciencia y enfrentarse a un espejo no narcisista”. En términos propositivos, considera que “El mundo se transforma y la historia se reorienta si los hombres se vuelven capaces de desmontar el mandato de masculinidad y de revisar lo que los hace actuar en la búsqueda de potencia, lo que los hace tener que espectacularizar todo el tiempo su capacidad de dominio”²¹.

La dra. Aída Kemelmajer con su pluma intrépida y afilada, signada por una profunda defensa de los derechos humanos, denunciaba allá por 1993, “Las constituciones y las legislaciones en todo el mundo receptoras del principio de igualdad son muy antiguas. Cabe entonces preguntarse por qué la mujer ha permanecido tantos años en desigualdad jurídica”²². Y es que, en ese orden de ideas, la contrapartida a la histórica invisibilización, profunda discriminación y desprecio cometidos a todos los colectivos por fuera de la cisheteronorma, es el esfuerzo que desde hace décadas muchxs juristas vienen sembrando, abonando con mirada crítica y con perspectiva de género (y hasta redefiniendo por completo) las bases sobre las cuales se han establecido las instituciones del derecho. Los esfuerzos no claudican. No es suficiente la proliferación de normas protectorias, del colectivo de mujeres y de todas las disidencias. Y es allí donde el desafío se complejiza, mientras invita a pensar otras maneras. “La amenaza de la sentencia no causa comportamientos y no modifica comportamientos. La ley tiene que persuadir y disuadir. La ley se tiene que transformar en una herramienta que sensibilice a las personas, que las convenza, sino no alcanza, no tiene eficacia material”²³.

En espacios académicos jurídicos, pareciera una osadía enunciar algunos vocablos sin tacharlos de falta de rigor técnico. Sin embargo, las voces valientes se alzan ante el espanto y ponen en jaque hasta los cimientos de la investigación científica, entendida históricamente en clave masculina. Tanto la destacada antropóloga argentina con cuyas palabras he abierto este comentario, como quien

²¹ <https://feminis.mos.lad.aria.com.uy/articulo/2019/7/rita-se-gato-la-violencia-de-genero-es-la-primer-escuela-de-todas-las-otras-formas-de-violencia/> consultado el 21/08/2019.

²² Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Régimen jurídico de la mujer”, LL 1993-E-1044.

²³ <https://sociales.unc.edu.ar/content/rita-se-gato-recupera-la-conversacion-como-forma-imprecindible-de-construccion> consultado el 21/08/2019.

fue ministra de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dra. Carmen de Argibay, insisten, en la profunda tarea de sensibilización que nos compete a lxs operadores del derecho por procurar una justicia con perspectiva de género. Frente a un ordenamiento jurídico que desde sus inicios tuvo al hombre como protagonista único, parámetro y sujeto de sus regulaciones, no basta con el cumplimiento de la ley que obliga a la Justicia -como poder del Estado- a formarse en materia de género, para adquirir una mirada que amplíe lxs sujetxs, sino un trabajo profundo en el fuero interno de cada unx, para desmontar el patriarcado que se nos cuele en cada práctica.



El arbitraje con Entes Estatales en Brasil después de la reforma de 2015

DR. ANDRE VASCONCELOS ROQUE

I. Introducción

El arbitraje se viene consolidando en el Brasil, año tras año, como un importante medio de solución de controversias. Se evita la referencia a la expresión «medio alternativo» por creer que se trata, en verdad, del medio más adecuado para la resolución de litigios específicos, dadas las ventajas tradicionalmente atribuidas al instituto¹, tales como la especialización de los árbitros; la celeridad e irrecorribilidad del laudo arbitral; la flexibilidad procedimental; la confidencialidad y la consensualidad, que contribuyó para la conservación de los vínculos establecidos² incluso después del fin del procedimiento, al contrario del ambiente belicoso de la jurisdicción estatal³, que normalmente contribuye a la ruptura de

¹ Sobre las ventajas del arbitraje, entre muchos otros, Figueira Jr., Joel Dias, *Arbitragem, jurisdição e execução* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999), pág. 19; Braga, Rodrigo Bernardes, *Teoria e Prática da Arbitragem* (Belo Horizonte, Del Rey, 2009), ppág. 5-9. La doctrina extranjera también ha apuntado las mismas ventajas del arbitraje expuestos en el texto, como se recoge, por ejemplo, en Marcus, Richard L. – Sherman, Edward F., *Complex litigation-cases and materials on advanced civil procedure* (4a edición, St. Paul, Thomson West, 2004), pág. 891: “The advantages often claimed for arbitration include speed, economy, expertise of the decision-maker, privacy, greater informality, convenience of time and place settings, and finality without recourse to appeal”.

² Da Silva, Eduardo, *Código Civil e arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 2 (2005), 5, págs. 71-73; Basso, Maristela, *Procedimento arbitral atual: Necessidade de um diálogo de reforma?*, en Lemes, Selma Ferreira – Carmona, Carlos Alberto – Martins, Pedro Batista (coords.), *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam* (São Paulo, Atlas, 2007), pág. 2.

³ La afirmación que se hace en el texto; sin embargo, debe ser relativizada, no sólo por el incentivo observado en las últimas décadas a prácticas de naturaleza autocompositiva en la jurisdicción estatal, sino también por la postura «contenciosa» y beligerante ocasionalmente verificada en el propio arbitraje, como ha sido apuntado, entre otros, por Basso. (n. 2), pág. 6 (“No obstante el amplio conocimiento que se tiene hoy sobre los

las relaciones anteriores entre las partes. Una importancia creciente ha sido atribuida al arbitraje con entes estatales, especialmente, después de inversiones de gran porte en la infraestructura del país, con la realización de eventos como la Copa del Mundo de Fútbol, en 2014, y las Olimpiadas en la ciudad de Río de Janeiro, en 2016.

Una concepción absolutamente restrictiva podría, en línea de principio, eliminar completamente la solución arbitral que involucra intereses estatales. Después de todo, el arbitraje, en los términos del art. 1 de la Ley N° 9.307/96 (Ley de Arbitraje), solamente es admisible para derechos disponibles y como el interés del Estado sería indisponible por definición, no habrá ningún espacio para tal medio de solución de controversias cuando estuviesen en juego, directa o indirectamente, los intereses de entes estatales.

No obstante, se trata de un entendimiento simplista. Como será visto en el momento oportuno, desde la década del setenta del siglo pasado, con ocasión del juzgamiento del «caso Lage»⁴, el Tribunal Supremo Federal había reconocido la posibilidad, aunque con contornos bastante imprecisos, de arbitraje involucrando intereses de la Unión. A lo largo de los últimos diez años, estos contornos han sido mejor delimitados por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, sobre todo en materia de arbitrajes con participación de sociedades de economía mixta. Además, en el año 2015 se editó la Ley N° 13.129, que alteró la Ley de Arbitraje brasileña para prever expresamente, en su art. 1º, § 1º, que la administración pública directa e indirecta también podrá usarse del arbitraje para dirimir conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles. A pesar de esto, todavía existen aspectos relevantes sobre el tema que no han sido enfrentados hasta el momento.

Así, lo que se busca con el presente estudio, es exponer la relevante contribución de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia y de la Ley N° 13.129/2015 para el reconocimiento de la posibilidad de arbitraje sobre intereses estatales, así como la definición de sus límites. Se pretende, además, indicar algunas dificultades aún no superadas en la materia.

atributos, todavía se ve, durante el procedimiento arbitral, la postura ‘contenciosa’ de las partes. [...] Tal constatación causa perplejidad en la medida en que por años hablamos sobre las razones de la conveniencia y oportunidad de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, luchamos contra la cultura de la sentencia, el abuso de la formalidad y el desvirtuamiento de los fines del proceso tradicional”) y por Blackaby, Nigel et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (New York, Oxford University Press, 2009), págs. 40-41.

⁴ STF, Pleno, AI 52.181/GB, j. 14.11.1973.

II. Arbitrabilidad objetiva y materias sensibles

El art. 1º, caput, de la Ley N° 9.307/96 dispone que el arbitraje, mecanismo privado de resolución de litigios, a través del cual un tercero, escogido por los propios litigantes, impone su decisión, será admitida entre personas capaces de contratar para dirimir litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles.

La norma en cuestión regula aquello que en doctrina se acostumbra a denominar Arbitrabilidad, delimitando cuáles litigios pueden ser resueltos por arbitraje⁵. Se trata de un límite establecido por la ley a la autonomía de la voluntad, con el fin de resguardar el interés público que, eventualmente, podría estar implicado en un proceso arbitral⁶. Dados los límites impuestos al presente estudio, no cabe aquí cuestionar los fundamentos del instituto de la Arbitrabilidad. Basta, para los fines de este trabajo, considerar que determinadas controversias pueden, eventualmente, involucrar derechos fundamentales de la más alta relevancia (como la libertad en el derecho penal) o partes en situación desigual (como el derecho del consumidor o el derecho del Trabajo) o intereses de la colectividad, que pueden no estar adecuadamente representados (como el derecho ambiental o el derecho de la competencia)⁷. En todos estos supuestos, por diversos motivos, las diversas legislaciones en el mundo en materia de arbitraje, incluyendo a la ley brasileña, imponen limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes del litigio.

⁵ Fouchard, Phillipe – Gaillard, Emmanuel – Goldman, Berthold, *International Commercial Arbitration* (The Hague, Kluwer Law International, 1999), pág. 312; Blackaby, cit. (n. 4), pág. 123; Lew, Julian D. M. – Mistelis, Loukas A. – Kröll, Stefan M., *Comparative International Commercial Arbitration* (The Hague, Kluwer Law International, 2003), pág. 187. En la doctrina brasileña, entre otros, v. la obra específica sobre el tema de Gonçalves, Eduardo Damião, *Arbitrabilidade objetiva* (São Paulo, Tesis de Doctorado en Derecho Internacional, Universidad de São Paulo, 2010), pág. 8. En el derecho estadounidense, a veces, se utiliza el término arbitrabilidad con un significado mucho más amplio, refiriéndose a la determinación del campo de aplicación del acuerdo de arbitraje, delimitado por la voluntad de las partes y no por una restricción impuesta por la legislación estatal al arbitraje. La doctrina ha anotado que esta utilización más amplia del término es capaz de generar confusiones y no se compatibiliza con la práctica más amplia internacional. Fouchard – Gaillard – Goldman, cit. (n. 5), pág. 312; Blackaby, cit. (n. 4), pág. 123, nota 162; Carbonneau, Thomas E. – Janson, François, *Cartesian logic and frontier politics: French and American concepts of arbitrability*, en *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2 (1994), pág. 194.

⁶ Lew – Mistelis – Kröll, cit. (n. 5), pág. 188.

⁷ Park, William, *Private adjudicators and the public interest: the expanding scope of international arbitration*, en *Brooklyn Journal of International Law* 12 (1986), pág. 638.

La Arbitrabilidad acostumbra a ser analizada por la doctrina en dos dimensiones, que son: i) relativa a la persona -*ratione personae*-, delimitando quién puede ser sometido al arbitraje -Arbitrabilidad subjetiva-; y ii) relativa a las materias -*ratione materiae*- que pueden ser llevadas al conocimiento de los árbitros -Arbitrabilidad objetiva-⁸. Así, si un acuerdo de arbitraje es celebrado fuera de los límites de la Arbitrabilidad, el resultado será un negocio jurídico inválido⁹, sea porque en él participó, por lo menos, un agente que no tenía capacidad para este fin (falta de Arbitrabilidad subjetiva), sea porque su objeto no era admitido por la ley (ausencia de Arbitrabilidad objetiva).

En relación con la Arbitrabilidad en la dimensión subjetiva, la ley brasileña determina que solamente las personas capaces de contratar podrán celebrar un acuerdo arbitral. Naturalmente, tratándose de un negocio jurídico, la doctrina ha entendido que tal exigencia se refiere a la capacidad de hecho o de ejercicio, o sea, a la posibilidad de que la persona realice, sin el auxilio de terceros, los actos de la vida civil¹⁰. No basta, así, la mera capacidad de derecho o de goce, entendida ésta como la aptitud de hacerse sujeto de derechos y deberes. Hay quien sustenta incluso que, como el arbitraje presupone la disponibilidad de un derecho¹¹, la incapacidad de ejercicio no podría ser suplida ni siquiera por el re-

⁸ Sobre la clasificación entre otros, Fouchard – Gaillard – Goldman, cit. (n. 5), págs. 312-313; Gonçalves, cit. (n. 5), pág. 9.

⁹ La doctrina discutió en innumerables oportunidades la naturaleza jurídica del acuerdo de arbitraje, que ya fue considerada una forma de transacción, un contrato con producción de efectos procesales y, por último, un negocio jurídico procesal. Sobre el tema, de forma general, Guerrero, Luis Fernando, *Convenção de arbitragem e processo arbitral* (São Paulo, Atlas, 2009), págs. 10-15.

¹⁰ Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei n.º 9.307/96* (São Paulo, Atlas, 2009), pág. 37. En la realidad, la capacidad que se exige es la capacidad para contratar, evaluada al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje. En regla, ella coincide con la capacidad para la práctica de los actos de la vida civil, pero algunos civilmente capaces, excepcionalmente, pueden estar impedidos de firmar contratos, como los socios de la empresa quebrada. En este sentido, Cretella Neto, José, *Curso de Arbitragem* (Campinas, Millennium, 2009), pág. 55; Guerrero, cit. (n. 10), págs. 49-50.

¹¹ Aunque una interpretación literal del art. 1 de la Ley N° 9.307/96 pudiese eliminar la posibilidad de que los llamados entes formales (condominios edilicios, masa hereditaria, masa de la quiebra) participen en arbitrajes (ya que no poseen personalidad jurídica, no siendo exactamente considerados «personas»), la doctrina ha considerado, acertadamente, que no hay fundamento para prohibir tal supuesto. Sólo se exige que los responsables de la representación de estos entes despersonalizados estén debidamente autorizados (por el juez, en los casos de masa hereditaria y de la masa de la quiebra y por la asamblea, en el caso del condominio). Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e*

presentante o asistente del incapaz¹². Algunos autores han sostenido que la posibilidad de arbitraje involucrando al Estado sería una cuestión típica de Arbitrabilidad subjetiva¹³. No nos parece, sin embargo, que ésta sea la comprensión más adecuada de la discusión en Brasil. Realmente, en algunas legislaciones extranjeras hay disposiciones específicas sobre el tema, restringiendo o incluso prohibiendo arbitrajes con entes estatales¹⁴. En la ley brasileña, todavía, no había ninguna prohibición específica para arbitrajes que involucren intereses estatales. Los entes estatales, en general, son considerados personas jurídicas. Tratándose de entes federativos, en general, o de autarquía, serán considerados como personas jurídicas de derecho público interno, por mandato del art. 41 del Código Civil. En cualquier caso, todos podrían ser encuadrados en la definición genérica de «personas» del art. 1º de la Ley N° 9.307/96. A partir de 2015, entonces, con la modificación de la Ley de Arbitraje brasileña, que pasó a contemplar permiso expreso para el arbitraje involucrando intereses estatales, la tesis de la inarbitrabilidad subjetiva se tornó insostenible.

La duda que siempre existió en el Brasil en cuanto al arbitraje con entes estatales no dice nada respecto exactamente a la Arbitrabilidad en la dimensión subjetiva, pero sí con relación a la disponibilidad o no de los derechos involucrados en esas controversias. Entre nosotros, por lo tanto, el problema es, precisamente, de Arbitrabilidad en su aspecto objetivo; o sea, si la materia que involucra intereses estatales, dadas sus peculiaridades, podrá o no ser excluida de la apreciación del Poder Judicial.

Las principales discusiones en los últimos años sobre la Arbitrabilidad han ocurrido en su dimensión objetiva¹⁵. El punto de partida sobre el tema en la le-

processo, cit. (n. 10), pág. 37-38; Câmara, Alexandre Freitas, Arbitragem (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002), págs. 15-16.

¹² Carmona, Carlos Alberto, Arbitragem e processo, cit. (n. 10), pág. 37. En sentido aparentemente contrario, exponiendo que “las incapacidades pueden ser suplidas”, Guerrero, Luis Fernando, cit. (n. 10), pág. 50.

¹³ Entre otros, Gonçalves, Eduardo Damião, cit. (n. 5), pág. 9.

¹⁴ Ejemplo típico es encontrado en el art. 139 de la Constitución de Irán (exigiendo la aprobación de determinadas autoridades para la sumisión de controversias al arbitraje con entes estatales).

¹⁵ Como ya fue observado inclusive por autores extranjeros. En este sentido, Lew – Mistelis – Kröll, cit. (n. 5), págs. 187-188. Hay quien dice, incluso, que la arbitrabilidad subjetiva, cuando no se confunde enteramente con la noción de capacidad civil, sólo se hace visible a la luz del elemento objetivo de la relación jurídica a la que se refiere. Grebler, Eduardo, A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada, en Re-

gislación brasileña está igualmente en el art. 1 de la Ley N° 9.307/96, que delimita el campo de exhaustividad del arbitraje a los derechos patrimoniales disponibles.

No se observa gran controversia en doctrina en cuanto al concepto de derechos patrimoniales, que son aquéllos que pueden ser cuantificados en dinero¹⁶, o sea, que son susceptibles de valoración económica. Así, no es difícil percibir que los derechos extrapatrimoniales comprenden los derechos de la personalidad, en general (derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física, al nombre, a la honra, a la intimidad), ínsitos a la esencia del ser humano y que no pueden ser cuantificados en dinero¹⁷.

Más difícil es establecer un concepto para derechos disponibles, que a veces son tratados como un sinónimo para derechos patrimoniales¹⁸, o son considerados como aquéllos que pueden ser objeto de transacción¹⁹, o se toman como aquéllos que pueden ser libremente enajenados o negociados²⁰, o como aquellos

vista de Arbitragem e Mediação 2 (2004), pág. 62. Éste parece ser el caso de la arbitrabilidad que involucra intereses de entes estatales en el Brasil.

¹⁶ Gomes, Orlando, *Introdução ao Direito Civil* (Río de Janeiro, Forense, 2000), pág. 113; Pereira, Caio Mário da Silva, *Instituições do Direito Civil* (Río de Janeiro, Forense, 2011), I, p 39; Tepedino, Gustavo – Barboza, Heloísa H. – Moraes, Maria Celina Bodin de, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República* (Río de Janeiro, Renovar, 2006), II, pág. 659.

¹⁷ Una vez violado alguno de estos derechos; sin embargo, una eventual indemnización será susceptible de apreciación pecuniaria, eliminándose el obstáculo de la patrimonialidad para fines de sumisión al arbitraje. Después de todo, lo que se juzga en el ámbito de la responsabilidad civil por daño moral no es el derecho de la personalidad en sí mismo, sino a su violación, evaluándose la existencia del daño y su cuantificación.

¹⁸ Bittar, Carlos Alberto, *Curso de Direito Civil* (São Paulo, Forense Universitária, 1994), I, pág. 55; Lee, João Bosco, O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul, en *Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais* 8 (2000), pág. 346.

¹⁹ Carreira Alvim, José Eduardo, *Comentários à Lei de Arbitragem* (Río de Janeiro, Lumen Juris, 2004), págs. 32-34; Scavone Jr., Luiz Antonio, *Manual de Arbitragem* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008), págs. 26-29 (y al mismo tiempo refiriéndose también, de forma rápida, a la posibilidad de enajenación de los derechos disponibles); Garcez, José Maria Rossani, *Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional*, en *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 12 (2001), pág. 338. Es de destacar que el art. 1072 del Código de Proceso Civil, derogado por la Ley N° 9.306/97, establecía la admisibilidad del arbitraje para los derechos en que se admitiese transacción.

²⁰ Guerrero, cit. (n. 9), págs. 44-45 (enfaticando que esta noción sería más amplia que el concepto de derechos transigibles); Martins, Pedro A. Batista, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem* (Río de Janeiro, Forense, 2008), págs. 3-4; Figueira Jr., cit. (n. 1), pág. 178.

derechos que no precisan ser obligatoriamente ejercidos por el titular²¹, o, por último, derechos sobre los que no hay prohibición de que se reconozca espontáneamente al no tener razón sin el recurso a la jurisdicción²².

En fin, son innumerables definiciones en doctrina para la noción de disponibilidad de un derecho, justamente uno de los criterios más utilizados por las legislaciones para delimitar las materias pasibles de arbitraje²³, lo que explica la conocida cita doctrinaria de que la arbitrariedad constituye una “cuestión abstracta, delicada, mal delimitada”²⁴.

Las dudas en este tema corroboran la existencia de un conjunto considerable de materias consideradas sensibles²⁵ o, parcialmente no arbitrables, en razón de la duda sobre la posibilidad de su sumisión a la justicia privada²⁶. Son ejemplos de materias sensibles los arbitrajes que involucran entes públicos, el derecho del trabajo, el derecho de la competencia; y, por último, la protección de derechos colectivos *latu sensu*²⁷.

²¹ Carmona, cit. (n. 10), pág. 38 (y al mismo tiempo aludiendo también a la idea de que tales derechos pueden ser libremente enajenados o negociados, y enfatizando que la técnica legislativa vigente es superior a la del derogado art. 1072 del Código de Proceso Civil); Corrêa Netto, Oscavo Cordeiro, *Direitos patrimoniais disponíveis- Conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes*, en Bertasi, Maria Odete Duque – Corrêa Netto, Oscavo Cordeiro (coords.), *Arbitragem e Desenvolvimento* (São Paulo, Quartier Latin, 2009), págs. 40 ss. (y al mismo tiempo también enfatizando la noción de que tales derechos pueden ser transferidos y apropiados individualmente).

²² Talamini, Eduardo, *Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 5 (2005), págs. 144-147.

²³ Las legislaciones de varios países adoptan como criterio de arbitrabilidad objetiva, total o parcialmente, la disponibilidad del derecho en discusión. Ejemplos en este sentido son España, Francia, Italia, Suiza, Portugal, Argentina, Paraguay, Uruguay y el propio Brasil. En este sentido, haciendo un panorama general en la legislación comparada, Gonçalves, cit. (n. 5), pág. 176 y Ricci, Edoardo Flavio, *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*, en Lemes, Selma Ferreira – Carmona, Carlos Alberto – Martins, Pedro Batista (coords.), cit. (n. 2), págs. 402-404.

²⁴ La cita es de Jarrosson, Charles, *La notion d'arbitrabilité*, en *Revista Brasileira de Arbitragem* (2003), pág. 173.

²⁵ Esta es una denominación oriunda de la doctrina francesa, como se verifica en Fouchard – Gaillard – Goldman, cit. (n. 5), pág. 342.

²⁶ Existe, además, un conjunto específico de materias absolutamente inarbitrables, que comprenden los litigios relativos a la capacidad y al estado civil de las personas; los litigios puramente criminales; los litigios que derivan directamente de la quiebra, entre otros. Una relación bastante amplia puede ser consultada en Gonçalves, cit. (n. 5), págs. 192-193.

²⁷ Acerca de ese tema, Roque, Andre Vasconcelos. *Arbitragem de direitos coletivos no*

Es en este conjunto específico de materias sensibles que se puede hablar de evolución de la Arbitrabilidad objetiva en el Brasil, como será demostrado a continuación.

III. La evolución de la Arbitrabilidad objetiva en el Brasil

El espacio ocupado por el arbitraje a lo largo de los tiempos siempre estuvo muy relacionado a la consolidación y al papel desempeñado por los órganos estatales y por el Poder Judicial. El fortalecimiento y la institucionalización progresiva del Estado redujeron, para comenzar, el campo de alcance del arbitraje. En la época de la Revolución Francesa; sin embargo, cuando había desconfianza del Poder Judicial, la posibilidad de elección por el arbitraje llegó a ser contemplada en sede constitucional²⁸. Posteriormente, la noción de la jurisdicción como uno de los atributos de la soberanía estatal prevaleció, contribuyendo para el estrechamiento del espacio del arbitraje en los ordenamientos jurídicos.

El siglo XX acompañó la crisis del llamado Welfare State, con la disminución de los espacios ocupados por el Estado, incremento de la actividad privada y de la autorregulación de sectores de la economía e, igualmente, el fortalecimiento de los arbitrajes²⁹. En diversos países, se verificó la expansión gradual de la Arbitrabilidad objetiva; o sea, de las materias que podrían ser sometidas a los árbitros, más allá de los clásicos supuestos de litigios estrictamente contractuales entre dos empresas privadas³⁰.

Tal fenómeno demoró en llegar al Brasil, debido a las diferencias en la legislación patria sobre arbitraje anterior a la Ley N° 9.307/96³¹.

Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura (Tesis de Doctorado em Derecho Procesal, Universidad del Estado del Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014). V. también Nery, Ana Luiza, Arbitragem coletiva (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016) e Mariani, Rômulo Greff, Arbitragens coletivas no Brasil (São Paulo: Atlas, 2015).

²⁸ Ricci, cit. (n. 23), pág. 407.

²⁹ Parente, Eduardo de Albuquerque, Processo arbitral e sistema (São Paulo, Tesis de Doctorado en Derecho Procesal, Universidad de São Paulo, 2009), pág. 19.

³⁰ Fouchard – Gaillard – Goldman, cit. (n. 5), pág. 337.

³¹ De forma general, dos modificaciones promovidas por la vigente Ley de Arbitraje contribuirían decisivamente para su desarrollo: a) previsión de fuerza vinculante para la cláusula arbitral, apartando la jurisdicción estatal y permitiendo la institución compulsiva del arbitraje, incluso en caso de recalitrancia de la parte contraria, a diferencia del régimen anterior, en el que solamente el convenio arbitral vinculaba a los litigantes; b) equi-

Después de algunos años de consolidación de la actual Ley de Arbitraje en el Brasil y del expreso reconocimiento de su constitucionalidad por el Tribunal Supremo Federal³², también aquí se comenzó a observar, de forma gradual, la ampliación de los límites de la Arbitrabilidad objetiva, a partir de una interpretación liberal de las normas contenidas en la Ley N° 9.307/96. Esta expansión, que aún se encuentra en curso hasta los días actuales, puede ser verificada, entre otras materias sensibles, en el arbitraje que involucra entes estatales, como será demostrado más detenidamente en el próximo ítem.

IV. Arbitraje y entes estatales anteriormente a la Ley N° 13.129/2015

El arbitraje que involucra intereses del Estado siempre suscitó controversia en el Brasil. No se pretende, dados los límites del presente estudio, agotar todas las posiciones doctrinarias sobre el asunto³³. El objetivo aquí es sólo corroborar la tendencia reciente de ampliación del campo de la Arbitrabilidad objetiva en el derecho patrio.

Una concepción absolutamente restrictiva en términos de Arbitrabilidad objetiva podría eliminar por completo la posibilidad de sumisión de los intereses públicos a los árbitros. El razonamiento para llegar a tal conclusión sería simple: el arbitraje solamente es admisible para derechos disponibles y como el interés del Estado es indisponible, no habría espacio para tal medio de solución de controversias cuando estuviesen en juego, directa o indirectamente, los intereses de entes estatales³⁴.

paración de los efectos del laudo arbitral a la sentencia judicial y formación de título ejecutivo judicial independientemente de la homologación por el Poder Judicial (con excepción de las sentencias arbitrales extranjeras), al contrario del régimen regulado anteriormente, en el cual se exigía, por regla, la homologación judicial de los laudos arbitrales.

³² STF, Pleno, SE 5.206-7 Agr España, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DJ 30.4.2004.

³³ Un buen resumen de las posiciones doctrinarias anteriores a la Ley N.º 13.129/2015 sobre el tema puede ser encontrado en Pereira, César Augusto Guimarães, Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ, en Pereira, César Augusto Guimarães – Talamini, Eduardo (coords.), Arbitragem e Poder Público (São Paulo, Saraiva, 2010), pág. 136, nota 5 y en Barbosa, Joaquim Simões – Souza, Carlos Affonso Pereira de, Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida, en Almeida, Ricardo Ramalho (coord.), Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática (Río de Janeiro, Renovar, 2003), pág. 269, nota 2.

³⁴ En este sentido, entre otros, Figueiredo, Lucia Valle, Curso de Direito Administrativo (6ª edición, São Paulo, Malheiros, 2003), pág. 106.

No obstante, se trata de una concepción equivocada. Hace muchas décadas, el Tribunal Supremo Federal brasileño decidió el célebre «caso Lage»³⁵, en el cual se sentó la posibilidad de la Unión de someter cuestiones susceptibles de transacción al arbitraje³⁶. La decisión se basó en dos fundamentos principales, que ya habían sido invocados por el Tribunal Federal de Recursos con ocasión del juzgamiento de la apelación: i) el arbitraje siempre fue admitido y consagrado en nuestro derecho³⁷; ii) no se podía restringir la autonomía contractual del Estado, que puede prevenir el litigio por el convenio arbitral, salvo en las relaciones en que actúa como Poder Público, por no ser susceptibles de transacción.

Desde la década del setenta del siglo pasado, por lo tanto, el Tribunal Supremo Federal ya había reconocido la tradicional distinción entre los «actos de imperio» (en que el Estado actúa con supremacía, de forma imperativa sobre los administrados) y los «actos de gestión» (en los cuales el Estado actúa sin usar su supremacía sobre los destinatarios, tratándose de actos típicamente de derecho privado practicados por la administración pública). Como el contenido de los denominados actos de gestión es típicamente negocial, igualándose a los actos practicados por particulares, sólo antecedidos de formalidades administrativas para su realización, se admite inclusive la transacción en este campo de actuación del Estado, y así sería posible someter tales actos a la solución arbitral.

En esta misma línea de razonamiento, otra distinción interesante oriunda del derecho administrativo remite a la clasificación del interés público en primario y secundario³⁸. De acuerdo con tal diferenciación, el interés público primario es aquél destinado a la satisfacción del bien común de la sociedad como un todo, al paso que el interés público secundario es el que se refiere al interés meramente patrimonial de la Hacienda Pública. De ahí que, muchas veces, para

³⁵ STF, Pleno, AI 52.181/GB, j. 14.11.1973.

³⁶ Un estudio más detallado sobre el caso puede ser encontrado en Lima, Leandro Rigueira Rennó, O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: uma história da arbitragem no Brasil através da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, en Guilherme, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.), Aspectos práticos da arbitragem (São Paulo, Quartier Latin, 2006), págs. 126-160.

³⁷ Esta afirmación, evidentemente, no es de gran peso, dada la exigua experiencia arbitral en el Brasil antes de la Ley N.º 9.307/96, como ha sido destacado por Carmona, cit. (n. 10), pág. 45, nota 34.

³⁸ La distinción entre interés público primario y secundario tiene origen en la conocida obra de Alessi, Renato, Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano (Milano, Giuffrè, 1953), págs. 151-152.

satisfacer el verdadero interés público (primario), se hace necesario decidir contra la administración. Indisponible y no susceptible de arbitraje es sólo el interés público primario, no ya el secundario.

Con una u otra peculiaridad, ésta es la línea de razonamiento básica encontrada en innumerables autores que sustentan la admisibilidad del arbitraje con entes estatales, restringida a los denominados «actos de gestión» o cuando estuviera en juego sólo el interés patrimonial -secundario, por lo tanto- del Estado³⁹.

Lo que se afirmó arriba vale para el Estado e igualmente para sus autarquías, que también pueden someter al arbitraje litigios sobre cuestiones que no digan nada respecto al interés público primario o a un acto de imperio. Así, sólo a título de ejemplo, el Banco Central de Brasil o el Instituto Nacional del Seguro Social pueden someter a los árbitros una cuestión sobre la prestación de servicios; la Casa de la Moneda puede llevar al arbitraje causas relacionadas al suministro de material para la acuñación de monedas, y así sucesivamente⁴⁰. No pueden existir dudas, por más fuertes motivos, en cuanto a las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta, que pueden igualmente celebrar acuerdo de arbitraje, hasta porque ellas están sujetas al régimen jurídico propio de las empresas privadas, por mandato del art. 173, §1º de la Constitución de la República.

Sin embargo, incluso después del importante precedente del Tribunal Supremo Federal en el «caso Lage», y después de que diversos autores manifestaron su entendimiento favorable al arbitraje que involucra entes públicos, la evolución

³⁹ Grau, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988* (6ª edición, São Paulo, Malheiros, 2001), págs. 150 ss. y Grau, Eros Roberto, *Arbitragem e contrato administrativo*, en *Revista Trimestral de Direito Público* 32 (2000), págs. 14-20; Tácito, Caio, *Temas de direito público* (Río de Janeiro, Renovar, 2002), III, págs. 83-88; Dallari, Adilson Abreu, *Arbitragem na concessão de serviço público*, en *Revista Trimestral de Direito Público* 13 (1996), págs. 5 ss.; Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, *Arbitragem nos contratos administrativos*, en *Revista de Direito Administrativo* 209 (1997), págs. 81-90; Brancher, Paulo, *Soluções de controvérsias e as Agências Reguladoras*, en *Revista Brasileira de Arbitragem* 1 (2004), págs. 45-51; Carmona, cit. (n. 10), págs. 45-52; Wald, Arnoldo, *O direito de parceria e a nova lei de concessões* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996), págs. 140 ss.; Talamini, Eduardo, cit. (n. 22), págs. 144-147 y Lemes, Selma Maria Ferreira, *Arbitragem na Administração Pública* (São Paulo, Quartier Latin, 2007), págs. 140-141.

⁴⁰ Los ejemplos, bastante ilustrativos para visualizar el área cubierta por el arbitraje que involucra a los entes públicos, fueron extraídos de Carmona, cit. (n. 10), pág. 46.

del tema en la jurisprudencia brasileña continuaba incierta. Además del habitual argumento de la indisponibilidad, ya superado, había quien sustentaba ser inadmisibles someter cuestiones que involucran al poder público, a los árbitros por al menos otros tres fundamentos: i) necesidad de autorización legislativa previa para que los entes estatales pudiesen someter sus litigios al arbitraje; ii) previsión en el art. 55, §2º de la Ley N° 8.666/93, de una norma que exige la previsión de cláusula de foro de elección en la sede de la administración en todos los contratos celebrados por ésta con personas físicas o jurídicas, incompatible con la solución de controversias por la vía arbitral; iii) imposibilidad de compatibilizar la confidencialidad en el arbitraje con el principio de la publicidad de los actos administrativos, consagrado en sede constitucional.

El argumento relativo a la exigencia de previa autorización legislativa parece lógico y fue consagrado en diversas decisiones del Tribunal de Cuentas de la Unión⁴¹, así como en algunos juzgados aislados⁴². Se aplica a la administración pública el principio de legalidad estricta, según el cual el administrador solamente puede actuar dentro de los límites permitidos expresamente por la ley, al

⁴¹ V., por ejemplo, Decisión N.º 286/93, Rel. Min. Homero Santos, DOU 4.8.1993; Decisión N.º 763/94, Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, DOU 3.1.1995; Decisión N.º 188/95, Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, DOU 22.5.1995; Decisión N.º 394/95, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DOU 28.8.1995; Decisión n.º 584/03, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 28.4.2003; Decisión N.º 215/04, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 22.3.2004; Decisión N.º 587/03, Rel. Min. Adylson Motta, DOU 1.6.2003; Decisión N.º 631/03, Rel. Min. Marcos Vinícius Vilaça, DOU 13.6.2003; Decisión N.º 1271/05, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, DOU 2.9.2005; Decisión N.º 537/06, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU 17.3.2006 y Decisión N.º 1099/06, Rel. Min. Augusto Nardes, DOU 10.7.2006.

⁴² Ejemplo emblemático fueron las decisiones en primera instancia del caso Copel, en el Poder Judicial del Estado de Paraná, en el sentido de, incluso en la etapa liminar, ordenar la abstención de la práctica de actos relacionados a la continuidad del procedimiento de arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y, por ocasión de la sentencia, declarar la nulidad del acuerdo de arbitraje, invocándose como fundamento también la regla del art. 55, §2º de la Ley N° 8.666/93. Después de sucesivos recursos e incidentes procesales en el Tribunal de Justicia de Paraná, fue concedida una medida cautelar en agravio de instrumento, suspendiéndose la eficacia de la sentencia hasta el juzgamiento del mérito de la apelación interpuesta por la UEG Araucaria Ltda. (TJPR, AI 162874-3, 3.ª Cámara Civil, Rel. Des. Ruy Fernando de Oliveira, j. 5.8.2004). En junio del 2006, las partes llegaron a un acuerdo, quedando extintas todas las acciones accidentales y recursos pendientes. V., sobre el caso, los relatos detallados de Dinamarco, Julia, Algunas consideraciones sobre el caso Copel v. UEG, en Guilherme, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.), cit. (n. 36), págs. 80-104 y de Alves, Rafael Francisco, A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro (São Paulo, Atlas, 2010), págs. 229-234.

contrario de los particulares, que pueden actuar en los límites no vedados por el legislador. La administración, por lo tanto, sólo podría celebrar acuerdo de arbitraje, si es autorizada de forma previa y específica para este fin⁴³.

Este razonamiento, sin embargo, pierde su fuerza en relación con las empresas públicas y a las sociedades de economía mixta, en la medida en que tales entes están constitucionalmente sometidos al régimen de las empresas privadas, derivando de ahí la autorización para que dispongan de su derecho de someter eventuales controversias al Poder Judicial. Más aún, en relación con el Estado y a las autarquías, tal fundamento tampoco debería subsistir, incluso antes de la Ley N° 13.129/2015, bien por la previsión de autorización (aunque genérica) en el propio art. 1° de la Ley de Arbitraje, que no restringió, desde el punto de vista de la Arbitrabilidad subjetiva, las personas que pueden celebrar un acuerdo de arbitraje⁴⁴, o bien por la incidencia de los principios de la moralidad administrativa, de la buena fe objetiva y de la protección a la confianza legítima del administrado, que no puede ser perjudicado por el comportamiento contradictorio del Estado⁴⁵. Se trata, en última instancia, de una proyección de la prohibición al venire contra factum proprium⁴⁶.

⁴³ Ésta es, en síntesis, la tesis sustentada en la opinión de Barroso, Luis Roberto, Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade, en Él Mismo, Temas de direito constitucional (Río de Janeiro, Renovar, 2003), II, págs. 610 y 615-626.

⁴⁴ Sobre el punto, admitiendo como autorización legislativa la previsión de la parte inicial del art. 1 de la Ley N° 9.307/96, Klein, Aline Lícia, A arbitragem nas concessões de serviço público, ahora, en Pereira, César Augusto Guimarães y Talamini, Eduardo (coords.), cit. (n. 33), págs. 81-82 y Zimmermann, Dennys, Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público, en Revista de Arbitragem e Mediação 12 (2007), pág. 82.

⁴⁵ En este sentido, Carmona, cit. (n. 10), págs. 50-51; Souza Jr., Lauro da Gama e, Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado, en Pantoja, Teresa Cristina G. (coord.), Prática em arbitragem (Río de Janeiro, Forense Universitária, 2008), págs. 144-145.

⁴⁶ Cabe resaltar, a propósito, que es frecuente la innovación de los argumentos de la buena fe y de la prohibición en el comportamiento contradictorio para justificar la sumisión del Estado a los arbitrajes en el plano internacional, cuando el ente estatal se arriente de la celebración del acuerdo de arbitraje y suscita, sin justo motivo, su inmunidad de jurisdicción. En este sentido, entre otros, Fouchard, Philippe, Os desafios da arbitragem internacional, en Revista Brasileira de Arbitragem 1 (2004), pág. 71; Malintoppi, Loreta, La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de Estado, en Revista de Arbitragem e Mediação 2 (2004), pág. 187.

Más allá de esto, como ha sido ilustrado por la doctrina administrativista contemporánea, es preciso revisitar el principio de legalidad estricta, originalmente concebido como una limitación en torno del acto administrativo unilateral para proteger la actuación del particular contra el Estado. En la hipótesis de un acuerdo de arbitraje, su aplicación literal se muestra inadecuada, porque ella no tiene origen en acto unilateral del administrador, sino en la autonomía de la voluntad. Así, la legalidad debe ser interpretada aquí como la vinculación de la administración a la juridicidad constitucional, de tal modo que sus actos deben guardar conformidad con el mandato establecido por la Constitución.

Dentro de este orden, la exigencia legalista de autorización legislativa específica debería ceder ante los imperativos de la eficiencia administrativa. El principio de la eficiencia, que también está contemplado en el art. 37 de la Ley Mayor, impone que se flexibilicen los medios (lo que acarrea la admisibilidad de la solución por la vía arbitral) como contrapartida de un aumento de los controles de los resultados obtenidos por la administración. Vale decir, si la vía arbitral consiste en una alternativa más célere y menos costosa que el recurso al Poder Judicial, el análisis de costo-beneficio apunta para su admisibilidad⁴⁷. En esta línea de razonamiento, se concluye que el poder de celebrar un acuerdo de arbitraje está implícito en el poder de contratar, en atención al principio administrativo de eficiencia⁴⁸. Después de todo, no tendría sentido que los derechos fuesen considerados disponibles para efectos de ser regulados mediante un contrato; y, por otro lado, entender que son indisponibles para que eventuales controversias sean sometidas al arbitraje.

La evolución en el concepto de legalidad estricta no es más que una derivación de las transformaciones por las que viene pasando el derecho administrativo en estos días⁴⁹. El retroceso en las actividades intervencionistas del Estado

⁴⁷ Sobre el punto, Souza Jr., Lauro da Gama e, cit. (n. 45), págs. 138-143.

⁴⁸ En estos términos, Binenbojm, Gustavo, *As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição*, en *Revista de Direito Administrativo* 241 (2005), págs. 173-174 y Zimmermann, Denny, cit. (n. 44), págs. 88-91. En sentido análogo, sustentando que la previsión de acuerdo de arbitraje deriva de una evaluación del administrador público teniendo por balizas los principios de la economicidad, de la razonabilidad, de la motivación y, principalmente, de la continuidad del servicio público, Grinover, Ada Pellegrini, *Arbitragem e prestação de serviços públicos*, en *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* 26 (2003), págs. 72-73 y Menezello, Maria D'Assunção C., *O conciliador-mediador e o árbitro dos contratos administrativos*, en *Boletim de Direito Administrativo* 12 (1997), pág. 829.

⁴⁹ En este mismo sentido, destacando la evolución modernizadora en el derecho admi-

y la creciente interdependencia entre los intereses público y privado ocasionan, al mismo tiempo, la privatización de lo público y la publicitación de lo privado. La privatización de lo público acarrea la relativización de los mitos de la legalidad estricta o de la absoluta indisponibilidad de los intereses estatales, en desprecio total a la tutela de los administrados. La publicitación de lo privado impone el fortalecimiento de los derechos fundamentales del individuo, tanto en sus relaciones con el Estado (dimensión vertical), como con otros particulares (dimensión horizontal)⁵⁰.

Es preciso admitir, de todos modos, que el argumento de la exigencia de autorización legislativa específica puede conducir a controversias, lo que explica la previsión expresa, en cada vez más cuerpos normativos, de autorizaciones específicas para la celebración de acuerdos de arbitraje, aunque sólo sea para, por lo menos, eliminar posibles objeciones derivadas del Tribunal de Cuentas de la Unión. En este sentido, además de la previsión en el art. 1 de la Ley de Arbitraje, actualmente, se encuentran normas específicas en este mismo sentido en los arts. 93, XV de la Ley N° 9.492/97 (contratos de concesión firmados por la Agencia Nacional de Telecomunicaciones); art. 43, X de la Ley N° 9.478/97 (contratos de concesión firmados por la Agencia Nacional de Petróleo); art. 11, III de la Ley N° 11.079/04 (Ley de las Asociaciones Público-Privadas); art. 4, §§5° a 7 de la Ley N° 10.848/04 (comercialización de energía eléctrica) y art. 23-A de la Ley N° 8.987/95 (normas generales para la concesión y permiso de servicios públicos, en general), añadido por la Ley N° 11.196/05, entre otros ejemplos⁵¹.

El segundo fundamento a veces invocado para eliminar la idoneidad de la solu-

nistrativo, Martins, Pedro A. Batista, Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública, en Leite, Eduardo de Oliveira (coord.), Grandes temas da atualidade. Mediação, arbitragem e conciliação (Rio de Janeiro, Forense, 2008), págs. 257-258.

⁵⁰ Sobre la dimensión horizontal de los derechos fundamentales, entre muchos otros, Sarlet, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais (3ª edición, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003) y Silva, Virgílio Afonso da, A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares (São Paulo, Malheiros, 2005).

⁵¹ Otro ejemplo ilustrativo de la tendencia reciente de contemplar autorizaciones legislativas expresas para el arbitraje que involucra intereses de entes públicos son la Ley Estatal N° 19.477, de 12 de junio de 2011, promulgada en el Estado de Minas Gerais, y el Decreto N° 46.245/2018, promulgado en el Estado de Río de Janeiro, disponiendo sobre la adopción del arbitraje por los entes estatales que forman parte de estas unidades federativas.

ción por la vía arbitral de litigios con entes estatales se refiere al art. 55, §2º de la Ley N° 8.666/93, que exige la previsión, en los contratos celebrados por la administración pública, de una cláusula de elección de foro en la sede de la propia administración⁵².

La incompatibilidad de esta norma con el arbitraje; sin embargo, es sólo aparente. En este sentido, se recuerda que el arbitraje, incluso entre particulares, no dispensa completamente el recurso al Poder Judicial, sea como instrumento de apoyo (como el supuesto de hipótesis de la acción destinada a la ejecución específica de la cláusula arbitral «vacía», en los términos del art. 7º de la Ley N° 9.307/96), de revisión (art. 33 de la Ley N° 9.307/96) o, además, de ejecución del laudo a ser emitido por los árbitros (art. 515, VII del Código de Proceso Civil). En todas estas situaciones, habrá espacio para la convivencia armoniosa entre la cláusula de elección de foro y el acuerdo de arbitraje⁵³. El proceso arbitral será procesado según los términos estipulados en el acuerdo, al paso que cualquier acción judicial deberá ser juzgada en el foro de la sede de la administración, en los términos de la norma en cuestión.

Además de esto, la Ley de Licitaciones no impone que todas las demandas que derivan de contratos firmados con la administración sean sometidas al Poder Judicial⁵⁴. Si las partes no celebraron un acuerdo de arbitraje, la cláusula de elección de foro irá a operar de forma plena, para toda y cualquier controversia derivada del aludido contrato. En caso, sin embargo, de que las partes

⁵² Este fundamento también llegó a ser acogido en la sentencia emitida en primera instancia en el célebre caso Copel, anteriormente mencionado y, además, en el caso Guggenheim, juzgado por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro (TJRJ, AI 2003.002.07839, 13.ª Cámara Civil, Rel. Des. Ademir Pimentel, Doerj. 21.1.2004). Demostrando cierta hesitación en cuanto a la arbitrabilidad de litigios en los que estén involucrados intereses estatales antes de la norma mencionada, Barbosa, Joaquim Simões; Souza, cit. (n. 33), págs. 271-273.

⁵³ Carmona, Carlos Alberto, Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro, en Lemes – Carmona – Martins (coord.), cit. (n. 2), pág. 46. Una demostración inequívoca de esto se encuentra en la Ley N° 8.987/95, con las alteraciones promovidas por la Ley N° 11.196/05, en la medida en que conviven, en el mismo cuerpo legal, las previsiones legales de que el contrato de concesión prevea cláusula de elección de foro (art. 23, XV) y el acuerdo de arbitraje (art. 23-A), reforzando la posibilidad de armonización entre tales disposiciones. La cláusula de elección de foro con el acuerdo de arbitraje. V. TJRJ, AC 2003.001.16786, 8.ª Cámara Civil, Rel. Des. Adriano Celso Guimarães, j. 9.3.2004, reproducido y con comentarios de Lauro da Gama e Souza Junior en la Revista de Arbitragem e Mediação 6 (2005), págs. 246-250.

⁵⁴ Carmona, cit. (n. 10), pág. 48.

hayan regulado que eventuales litigios sean sometidos a árbitros, entonces, la cláusula de elección de foro solamente irá a regir para los supuestos en que todavía cupiera el recurso al Poder Judicial.

Conviene destacar, a propósito, que la exigencia del art. 55, § 2º de la Ley Nº 8.666/93 se refiere al foro, tratándose de un término técnico específico para designar la competencia de órganos de la jurisdicción pública. Los árbitros, obviamente, no forman parte de la organización judicial estatal. Un acuerdo de arbitraje, en la realidad, no establece la competencia de los árbitros para controversia alguna, sino su jurisdicción privada⁵⁵. Se concluye, así, que la regla en cuestión no representa óbice al arbitraje con el Estado.

Por último, el tercer fundamento que acostumbra a ser invocado como obstáculo para la sumisión de controversias que involucran al Estado, se refiere a la confidencialidad en el arbitraje y a su incompatibilidad con los principios de transparencia y de publicidad de los actos administrativos⁵⁶. Se trata, sin embargo, de un falso dilema. La ley brasileña, así como la gran mayoría de las legislaciones extranjeras⁵⁷, guarda silencio en cuanto a la confidencialidad en el arbitraje en general. Aunque la confidencialidad sea una característica común a la mayoría de los litigios sometidos a los árbitros, las partes pueden prescindir de ella sin ninguna dificultad.

Así, tratándose de arbitrajes que involucran intereses estatales, la incidencia de los principios de transparencia y de publicidad no permitirá la confidencialidad absoluta. En este caso, restan dos alternativas: o las partes eliminan completamente la confidencialidad del procedimiento arbitral o estipulan una forma

⁵⁵ Valença Filho, Clávio, *Validade e eficácia da convenção de arbitragem em contratos administrativos: a ótica judiciária*, en Lemes – Carmona – Martins (coords.), cit. (n. 2), págs. 439-441 y Armelin, Donald, *Medida cautelar incidental. Arbitragem em curso no exterior. Competência da justiça brasileira*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 3 (2004), pág. 217.

⁵⁶ Este fue otro fundamento adoptado por el Tribunal de Justicia de Río de Janeiro en el juzgamiento del caso Guggenheim, ya referido anteriormente.

⁵⁷ La confidencialidad acostumbra ser establecida, sin embargo, en los reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales brasileñas, como se verifica en los art. 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá; arts. 46 y 47 del Reglamento de la Cámara FGV de Conciliación y Arbitraje; art. 18.1 del Estatuto del Centro de Arbitraje de la Cámara Americana de Comercio para el Brasil-São Paulo; arts. 17.1 y 17.2 del Reglamento del Centro Brasileño de Mediación y Arbitraje (CBMA) y arts. 13.1 y 13.2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Arbitraje Empresarial-Brasil (CamArb).

de confidencialidad parcial, en la que se permite el acceso de los interesados al contenido de la decisión de los árbitros, preservándose; sin embargo, la confidencialidad de los documentos que instruirán el proceso en el arbitraje y de todas las informaciones brindadas por las partes, cuya revelación pueda causar daño al particular que contrató con el Estado⁵⁸. En síntesis, las partes sujetas a los principios de publicidad y de transparencia, informan el camino y el resultado del arbitraje en los órganos propios de control, sin que se tenga que abrir las audiencias realizadas en el proceso arbitral a todo y cualquier ciudadano.

Aunque sin debatir con la debida profundidad todos estos fundamentos, la jurisprudencia de los tribunales patrios, en su mayor parte, se ha manifestado en los últimos años de forma favorable a la Arbitrabilidad de controversias que involucren a entes estatales, especialmente en los supuestos en los que participen empresas públicas o sociedades de economía mixta, sometidas, como ya fue visto, al régimen jurídico propio de las empresas privadas por mandato de norma constitucional expresa⁵⁹.

V. La importancia de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia para la consolidación del arbitraje con entes colectivos en el Brasil

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), sobre todo en los últimos quince años, ha prestado una relevante contribución para la definición

⁵⁸ Entre otros, Carmona, cit. (n. 10), pág. 52; Lemes, Selma Maria Ferreira, Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. ¿Confidencialidade ou publicidade processual?, pág. 20. [visible en internet: http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf]; Pinto, José Emilio Nunes, A confidencialidade na arbitragem, en Revista de Arbitragem e Mediação, 6 (2005), págs. 35-36; Klein, cit. (n. 44), págs. 102-204; Souza Jr., cit. (n. 45), págs. 156-159.

⁵⁹ Un precedente siempre citado en esta materia es el juzgamiento de la Acción de Amparo interpuesta contra el Tribunal de Cuentas del Distrito Federal, en el que se decidió por la ilegalidad del acto oriundo de la corte de cuentas que había prohibido la Caesb, sociedad de economía mixta concesionaria de los servicios agua de agua y desagüe en el Distrito Federal, de celebrar un acuerdo arbitral. Se afirmó que la exploración de los servicios de agua y desagüe constituye actividad económica empresarial. V. TJDFT, MS 1998002003099-9, Consejo Especial, Rel. Des. Nancy Andrighi, j. 18.5.1999, DJ 18.8.1999. Otro precedente importante fue pronunciado en el caso “Compagas”, resuelto por el antiguo Tribunal de Alzada de Paraná, V. TAPR, AC 247.646-0, 7.ª Cámara Civil, Rel. Juez Lauro Laertes de Oliveira, j. 11.2.2004. El fallo de la justicia paranaense sería confirmado años más adelante por el Tribunal Superior de Justicia, con ocasión del juzgamiento del Recurso Especial n.º 904.813, relatado con mayores detalles en el próximo ítem del presente estudio.

del tema en el Brasil. En efecto, aunque el mismo no fuese inédito en la jurisprudencia de los tribunales inferiores, la posición ocupada por el Tribunal Superior de Justicia en la organización judicial brasileña, como órgano destinado a la uniformización en la interpretación de la ley federal, fue esencial para que la delimitación de la materia ganase mayor seguridad y consistencia antes de la Ley N° 13.129/2015.

En la primera decisión específica sobre el tema, con ocasión del juzgamiento del Recurso Especial N° 612.439, decidió la Segunda Sala del TSJ que sería posible el arbitraje en un contrato de energía firmado entre una sociedad de economía mixta, concesionaria de distribución de energía y una empresa privada, generadora de energía eléctrica, incluso sin autorización legislativa específica. Se enfatizó el hecho de que las sociedades de economía mixta están sometidas al régimen propio de las empresas privadas y que la controversia versaba sobre actividad económica empresarial, estando la eventual indisponibilidad restringida a los actos de imperio del Estado⁶⁰. La Segunda Sala del TSJ emitió, además, una decisión idéntica en el Recurso Especial N° 606.345, que trataba de las mismas cuestiones discutidas en el precedente anterior⁶¹.

Al mismo tiempo, otro importante caso fue apreciado por la Primera Sección del TSJ, que reúne integrantes de las Primera y Segunda Salas de aquel tribunal, competente para la apreciación de materias relacionadas al derecho público. Se trataba de un recurso interpuesto contra la decisión monocrática del Min. Luiz Fux en Acción de Amparo N° 11.308, interpuesto contra el acto del Ministro de la Ciencia y Tecnología, que había ratificado la rescisión de un contrato de arrendamiento de un terminal portuario celebrado por la Nuclebrás Equipamentos Pesados (Nuclep), una sociedad de economía mixta, con empresa privada.

En el caso en cuestión, el contrato contenía un acuerdo de arbitraje, y una acción judicial intentada por la Nuclep ya había sido desestimada anteriormente por el Poder Judicial, justamente, en razón de tal acuerdo. Debido a esto, la Nuclep resolvió simplemente rescindir el contrato, obteniendo la ratificación junto al Ministro de Ciencia y Tecnología. En defensa del acto cuestionado en la impugnación, se sustentó la ilegalidad del acuerdo de arbitraje por la sociedad de

⁶⁰ STJ, REsp n.º 612.439/RS, Segunda Sala, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005, DJ 14.9.2006.

⁶¹ STJ, REsp n.º 606.345/RS, Segunda Sala, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.5.2007, DJ 8.6.2007.

economía mixta, argumento rechazado por la Primera Sección del TSJ, en una extensa decisión en la cual, trayendo a colación varios pasajes doctrinarios, se destacó la distinción entre el interés público y el interés de la administración, así como el hecho de que la Nuclep es una sociedad de economía mixta, sometida al régimen propio de las empresas privadas⁶². Más tarde, esta decisión provisoria fue confirmada en el juzgamiento del mérito de la acción de amparo⁶³.

Algunos años más tarde, el asunto volvió a ser discutido con ocasión del Recurso Especial N° 904.813, juzgado por la Tercera Sala del TSJ, bajo la relatoría de la Min. Nancy Andrighi⁶⁴. En el caso, la Companhia Paranaense de Gás (Compagás), una sociedad de economía mixta había celebrado un contrato con un consorcio que tenía por objeto la ampliación de la red de distribución de gas. Posteriormente a la celebración del contrato, las partes celebraron un convenio arbitral.

Desencadenado el litigio e incurriendo en comportamiento contradictorio, Compagás ingresó con una acción de nulidad del acuerdo de arbitraje por ilicitud del objeto, ya que, a su parecer, había interés público indisponible; y, por lo tanto, no arbitrable. El pedido de Compagás fue juzgado improcedente en primera instancia, siendo la sentencia confirmada por el Tribunal de Alzada del Estado de Paraná, bajo el fundamento de que la controversia acerca de la adecuación económico-financiera del contrato versaba sobre intereses económicos y plenamente disponibles.

Compagás interpuso Recurso Especial, en el que suscitó, entre otras cuestiones, la ocurrencia de violación al art. 41 de la Ley N° 8.666/1993 (Ley de Licitaciones), aduciendo que no se podría haber reconocido la posibilidad de sumisión a los árbitros de las controversias que derivan el contrato celebrado entre las partes, sin que tal condición estuviese prevista en el aviso de licitación. Sustentó, además, que el contrato disponía sobre la competencia del foro de la región de Curitiba, en los términos del art. 55, § 2° de la Ley de Licitaciones, lo que reforzaría la inviabilidad de solución por la vía arbitral.

Después de exponer detalladamente acerca de la posibilidad de arbitraje que involucra una sociedad de economía mixta, confirmando los fundamentos

⁶² STJ, AgRg no MS 11.308/DF, Primera Sección, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.6.2006, DJ 14.8.2006.

⁶³ STJ, MS 11.308/DF, Primera Sección, Rel. Min. Luiz Fux, j. 9.4.2008, DJe 19.5.2008.

⁶⁴ STJ, REsp 904.813/PR, Terceira Sala, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011, DJe 28.2.2012.

de la decisión regional y haciendo referencia al antiguo precedente propio, cuando todavía era juez del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios⁶⁵, el voto de la Min. Nancy Andrichi desestimó el principal argumento de Compagás en el Recurso Especial, concluyendo que el hecho de no haber previsión del arbitraje en el aviso de licitación o en el contrato celebrado entre las partes, no invalida el convenio celebrado posteriormente. Se afirmó, por lo tanto, que la previsión del juicio arbitral no vulnera las reglas de la licitación, pues no se puede afirmar que su resultado sería otro o que en ella participarían más o menos concurrentes, únicamente por la falta de previsión de arbitraje en el aviso⁶⁶. Se adujo, además, que la cláusula de foro no es esencial en los contratos administrativos y, además, que no es de forma alguna incompatible con el acuerdo de arbitraje.

El voto de la relatora expone, además, que la controversia versaba sobre intereses típicamente disponibles y patrimoniales (equilibrio económico-financiero del contrato) y que la actitud de Compagás de impugnar, posteriormente, un convenio arbitral que ella misma celebró importa mala fe, además de ser perjudicial al propio interés público de ver resuelto el litigio de manera más celer. En suma, continúa el voto, como Compagás tenía autonomía para resolver la controversia sin precisar de autorización legislativa o de recurrir al Poder Judicial, en vista de la disponibilidad de los intereses involucrados, ella también tiene autonomía para someter la controversia a arbitraje.

Los otros integrantes de la Tercera Sala acompañaron el voto de la relatora, de modo que las decisiones de las instancias inferiores, confirmando la viabilidad de arbitraje que involucra intereses de una sociedad de economía mixta, fueron integralmente mantenidas en el caso en cuestión.

⁶⁵ TJDFT, MS 1998002003099-9, Consejo Especial, Rel. Des. Nancy Andrichi, j. 18.5.1999, DJ 18.8.1999, ya referido en el presente estudio.

⁶⁶ Aunque se vea con buenos ojos el incentivo que la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia ha conferido en los últimos años al arbitraje, inclusive cuando hay en juego intereses públicos, no se puede dejar de registrar la preocupación con esta especie de fundamento, en la medida en que la previsión en los avisos de licitación sobre la solución de controversias por la vía arbitral -dadas las ventajas reconocidas en términos de celeridad, de especialización de los árbitros y de confidencialidad- podría, eventualmente, atraer un número mayor de interesados en contratar con la administración. No se cuestiona que, en el caso, Compagás actuó de forma contradictoria y contraria a los dictámenes de la buena fe objetiva y que la solución dada al caso fue correcta, pero se indaga si esta decisión del Tribunal Superior de Justicia podrá representar, para el futuro, un sello generalizado al cambio de las reglas del juego en términos de sumisión de los litigios al arbitraje después de que el contrato ya fue celebrado, lo que no parece aconsejable.

VI. El advenimiento de la Ley N° 13.129/2015 y su importancia para el arbitraje que involucra intereses estatales

En el año 2015, se aprobó una importante modificación legislativa, para consolidar la evolución que se observaba, sobre todo en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, sobre la Arbitrabilidad de los litigios que involucran intereses de la Administración Pública.

En ese sentido, se aprobó la Ley N° 13.129/2015, que modificó el art. 1° de la Ley de Arbitraje brasileña, añadiéndole dos párrafos, así redactados: “§ 1° La administración pública directa e indirecta podrá valerse del arbitraje para dirimir conflictos relativos a derechos patrimoniales disponibles. § 2° La autoridad o el órgano competente de la administración pública directa para la celebración de convenio de arbitraje es la misma para la realización de acuerdos o transacciones”.

El artículo 1° corrobora la jurisprudencia del TSJ, en el sentido de que el arbitraje podrá ser utilizado por la Administración Pública directa e indirecta para dirimir conflictos relativos a “derechos patrimoniales disponibles”, repitiendo la misma expresión que ya constaba del art. 1°, caput. El dispositivo se refiere indistintamente a la Administración Pública directa o indirecta, de manera que el régimen constitucional preponderante para el ente público involucrado en el procedimiento arbitral (público o privado) no es relevante para definir la Arbitrabilidad de la controversia⁶⁷.

Como se ha visto en los ítems anteriores, el arbitraje podrá ser utilizado en las situaciones en que la Administración practica actos de gestión (no ya de imperio), como forma de tutelar interés público secundario (patrimonial), y no interés público primario (bien común), éste típicamente indisponible. La importancia de la Ley N° 13.129/2015, por lo tanto, consistió en establecer una regla general de admisibilidad de la vía arbitral para las controversias con la Administración Pública, poniendo fin a una discusión que era suscitada contra su utilización, por el argumento de que no habría autorización legislativa a tal fin.

Además, de acuerdo con el § 2° del dispositivo en análisis, competente para celebrar el convenio de arbitraje en nombre de la Administración Pública será la misma autoridad u órgano designado para la celebración de acuerdos o trans-

⁶⁷ Andrade, Gustavo Fernandes de Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação, en Melo, Leonardo de Campos – Beneduzi, Renato Resende (coords.), A reforma da arbitragem (Río de Janeiro, Forense, 2016), pág. 422.

acciones⁶⁸. Se trata, como se ve, de la consecuencia de una tradicional opción del legislador brasileño de vincular la noción de disponibilidad del derecho susceptible de arbitraje a la posibilidad de ser objeto de transacción y a su patrimonialidad, como se verifica por los arts. 841 y 852 del Código Civil brasileño. La equiparación entre disponibilidad y posibilidad de transacción, sin embargo, tal vez merezca ser mejor debatida, como se vio por las diferentes definiciones terminológicas señaladas en el ítem 2 del presente estudio.

Aunque no se tenga definido objetivamente en la Ley de Arbitraje las hipótesis en que se estará ante derechos patrimoniales disponibles, parámetro importante de interpretación puede ser encontrado en el art. 32, §§ 4º y 5º de la Ley N° 13.140/2015 (Ley de Mediación), que trata de la autocomposición que involucra intereses de personas jurídicas de derecho público. De acuerdo con el § 3º, no están sujetas a autocomposición las controversias “que sólo puedan ser resueltas por actos o concesión de derechos sujetos a autorización del Poder Legislativo”. Por otro lado, según dispone el § 4º, son susceptibles de autocomposición -y pasibles, igualmente, de sumisión a un tribunal arbitral- “conflictos que involucran equilibrio económico-financiero de contratos celebrados por la administración con particulares”.

Otro dispositivo añadido por la Ley N° 13.129/2015 en la Ley de Arbitraje brasileña y relevante para los fines del presente estudio se encuentra en el art. 3º, § 3º, el cual establece que el “arbitraje que involucra a la administración pública será siempre de derecho y respetará el principio de la publicidad”.

La obligatoriedad de que el arbitraje que involucre intereses de la Administración Pública sea siempre de derecho (vedada, por lo tanto, el arbitraje de equidad) se deriva del principio de legalidad en el ámbito administrativo, según el cual el administrador sólo puede actuar dentro de los límites de la ley.

Por otro lado, se estableció para tales arbitrajes el principio de la publicidad, lo que aleja la posibilidad de ajustar la confidencialidad en el procedimiento arbitral. Se trata de una opción acertada, no sólo como consecuencia del principio de la publicidad previsto en el art. 37, caput y § 3º, II, de la Constitución, pero también como forma de permitir que se fiscalice si el patrimonio público está siendo adecuadamente tutelado en el procedimiento arbitral.

⁶⁸ En el ámbito de la administración pública federal, la competencia para la celebración de acuerdos o transacciones judiciales varía de acuerdo con el valor y la materia discutidos en el proceso, en los términos de la Ley N° 9.469/1997.

Sin embargo, sería conveniente que se hubiera relativizado la publicidad en situaciones especiales, involucrando secretos industriales, comerciales o, sobre todo, secreto de estado, que consisten en informaciones imprescindibles a la seguridad de la sociedad y del país (v. Arts. 22 y 23 de la Ley N° 12.527/2011). Nada impide que, en tales casos, la publicidad quede restringida a determinados actos del procedimiento arbitral, evitando la divulgación indiscriminada de toda la información en él vehiculada⁶⁹.

VII. Conclusión

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, como demostraron las decisiones arriba comentadas, trajo cierta seguridad jurídica en la materia. La promulgación de la Ley N° 13.129/2015 consolidó la posibilidad de procedimientos arbitrales que involucran intereses estatales. Actualmente, se puede afirmar, hasta incluso con cierta tranquilidad, que se admite en el Brasil el arbitraje sobre controversias que involucran intereses económico-financieros de la administración pública. Existen, sin embargo, algunas importantes áreas grises, que todavía no fueron enfrentadas por la ley brasileña o por la jurisprudencia.

Un área gris se refiere a las materias objeto de reglamentación estatal. ¿Hasta qué punto, por ejemplo, los árbitros pueden decidir una controversia sobre el equilibrio económico-financiero de un contrato, cuando éste estuviera íntimamente ligado a la fijación del valor de las tarifas establecidas en actos regulatorios? Es evidente que los árbitros no pueden, por ejemplo, determinar la naturaleza de la corriente eléctrica (si es continua o alterna) para los consumidores⁷⁰, pues se trata de una materia en que el Estado actúa con su poder de imperio. Pero, cuando un acto reglamentario estuviera vinculado a una cuestión estrictamente económico-financiera, ¿hasta dónde los árbitros podrían decidir?

⁶⁹ Andrade, Gustavo Fernandes de, cit. (n. 68), pág. 434. Nada impide que tal restricción quede eventualmente sujeta a control judicial. No se busca aquí la revisión del laudo arbitral (es decir, de la solución de la controversia), lo que queda limitado a las hipótesis taxativamente enumeradas en el art. 32 de la Ley de Arbitraje brasileña, pero sólo asegurar en el procedimiento arbitral la observancia al principio de la publicidad establecido en la Constitución.

⁷⁰ El ejemplo fue retirado de la clásica cita de Bielsa, Rafael, Estudios de derecho público (Buenos Aires, Depalma, 1952), pág. 290.

Se trata de una cuestión para la cual la doctrina no llegó a un consenso mínimo⁷¹, y cuyo debate superaría en mucho a los límites establecidos para el presente estudio.

Es razonable concluir, de todos modos, que la tendencia verificada en el Brasil ha sido por la progresiva ampliación de los límites del arbitraje que involucra al Estado⁷². De una forma general, el ejemplo del arbitraje que involucra intereses estatales demuestra que la tendencia observada en los últimos años en el Brasil, así como en otros países, ha sido la progresiva ampliación de los límites de la Arbitrabilidad objetiva, sin perjuicio de existir puntuales retrocesos y además muchas incertezas en las llamadas materias sensibles, ya referidas en el inicio del presente estudio.

Ésta es una importante etapa rumbo a la consolidación definitiva del arbitraje en el Brasil como uno de los medios disponibles para la solución de controversias.

Bibliografía

- Alessi, Renato, Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano (Milano, Giuffrè, 1953).

⁷¹ Compárese, por ejemplo, el abordaje restrictivo presentado por Muniz, Joaquim de Paiva. Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural, en Revista de Arbitragem e Mediação 2 (2004), pág. 98 (“Las cláusulas reglamentarias de contratos de concesión se refieren a actos de imperio, y por consiguiente, no son arbitrables. Los actos de imperio configuran decisiones privativas del Estado, que no pueden ser apreciadas por un órgano arbitral, de naturaleza privada”) con el entendimiento ampliativo propuesto por Aragão, Alexandre Santos de, Arbitragem e regulação, en Revista de Arbitragem e Mediação 27 (2010), pág. 84 (“Si determinado marco regulatorio sectorial dispone así o no, es una cuestión de mérito, no constituyendo presupuesto o preliminar para la decisión sobre la arbitrabilidad, ya que los árbitros de cualquier forma no estarán decidiendo por eliminar o declarar la invalidez de los actos regulatorios, sino sólo de interpretarlos, ya que la aplicabilidad y legalidad de tales actos no es controversial, discutiéndose sólo si ellos deben ser interpretados-aplicados como fijados de una forma única posible tarifa...”).

⁷² Esta tendencia, por otra parte, también verificada ya hace algunas décadas en otros países, incluso en aquéllos en que se vislumbra cierto prestigio a teorías publicistas en el derecho administrativo, como en Francia. Sobre la evolución observada en aquel país en términos de arbitrabilidad objetiva del Estado, entre otros, v. De Laubadère, André – Venezia, Jean-Claude – Gaudemet, Yves, Traité de droit administratif (15^a edición, París, LGDJ, 1999), I, ppág. 391-393.

- Alves, Rafael Francisco, A inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro (São Paulo, Atlas, 2010).
- Andrade, Gustavo Fernandes de Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação, en Melo, Leonardo de Campos – Beneduzi, Renato Resende (coords.), A reforma da arbitragem (Rio de Janeiro, Forense, 2016).
- Aragão, Alexandre Santos de Arbitragem e regulação, en Revista de Arbitragem e Mediação 27 (2010).
- Armelin, Donaldo, Medida cautelar incidental. Arbitragem em curso no exterior. Competência da justiça brasileira, en Revista de Arbitragem e Mediação 3 (2004).
- Barbosa, Joaquim Simões – Souza, Carlos Affonso Pereira de Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida, en Almeida, Ricardo Ramalho (coord.), Arbitragem interna e internacional. Questões de doutrina e da prática (Rio de Janeiro, Renovar, 2003).
- Barroso, Luis Roberto, Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez, en Él Mismo, Temas de direito constitucional (Rio de Janeiro, Renovar, 2003), II.
- Basso, Maristela, ¿Procedimento arbitral atual: Necessidade de um diálogo de reforma? en Lemes, Selma Ferreira – Carmona, Carlos Alberto – Martins, Pedro Batista (coords.), Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam (São Paulo, Atlas, 2007).
- Binenbojm, Gustavo, As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição, en Revista de Direito Administrativo 241 (2005).
- Bittar, Carlos Alberto, Curso de Direito Civil (São Paulo, Forense Universitária, 1994), I.
- Blackaby, Nigel et al., Redfern and Hunter on International Arbitration (New York, Oxford University Press, 2009).
- Braga, Rodrigo Bernardes, Teoria e Prática da Arbitragem (Belo Horizonte, Del Rey, 2009).
- Brancher, Paulo, Soluções de controvérsias e as Agências Reguladoras, en Revista Brasileira de Arbitragem 1 (2004).
- Câmara, Alexandre Freitas, Arbitragem (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002).
- Carbonneau, Thomas E. – Janson, François, Cartesian logic and frontier po-

litics: French and American concepts of arbitrability, en *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2 (1994).

- Carmona, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei n.º 9.307/96* (São Paulo, Atlas, 2009).
- Carmona, Carlos Alberto, *Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro*, en Lemes, Selma Ferreira – Carmona, Carlos Alberto – Martins, Pedro Batista (coords.), *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam* (São Paulo, Atlas, 2007).
- Carreira Alvim, José Eduardo, *Comentários à Lei de Arbitragem* (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004).
- Corrêa Netto, Oscavo Cordeiro, *Direitos patrimoniais disponíveis- Conceitos e distinção em relação a direitos oriundos de aplicação de normas cogentes*, en Bertasi, Maria Odete Duque – Corrêa Netto, Oscavo Cordeiro (coords.), *Arbitragem e Desenvolvimento* (São Paulo, Quartier Latin, 2009).
- Cretella Neto, José, *Curso de Arbitragem* (Campinas, Millennium, 2009).
- Dallari, Adilson Abreu, *Arbitragem na concessão de serviço público*, en *Revista Trimestral de Direito Público* 13 (1996).
- De Laubadère, André – Venezia, Jean-Claude – Gaudemet, Yves, *Traité de droit administratif* (15ª edición, París, LGDJ, 1999), I.
- Dinamarco, Julia, *Algunas consideraciones sobre el caso Copel v. UEG*, en Guilherme, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.), *Aspectos prácticos da arbitragem* (São Paulo, Quartier Latin, 2006).
- Figueira Jr., Joel Dias, *Arbitragem, jurisdição e execução* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999).
- Figueiredo, Lucia Valle, *Curso de Direito Administrativo* (6ª edición, São Paulo, Malheiros, 2003).
- Fouchard, Philippe, *Os desafios da arbitragem internacional*, en *Revista Brasileira de Arbitragem* 1 (2004).
- Fouchard, Phillippe – Gaillard, Emmanuel – Goldman, Berthold, *International Commercial Arbitration* (The Hague, Kluwer Law International, 1999).
- Garcez, José Maria Rossani, *Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional*, en *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 12 (2001).
- Gomes, Orlando, *Introdução ao Direito Civil* (Rio de Janeiro, Forense, 2000).

- Gonçalves, Eduardo Damião, Arbitrabilidade objetiva (São Paulo, Tesis de Doctorado en Derecho Internacional, Universidad de São Paulo, 2010).
- Grau, Eros Roberto, A ordem econômica na Constituição de 1988 (6ª edición, São Paulo, Malheiros, 2001).
- Grau, Eros Roberto, Arbitragem e contrato administrativo, en Revista Trimestral de Direito Público 32 (2000).
- Grebler, Eduardo, A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada, en Revista de Arbitragem e Mediação 2 (2004).
- Grinover, Ada Pellegrini, Arbitragem e prestação de serviços públicos, en Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil 26 (2003).
- Guerrero, Luis Fernando, Convenção de arbitragem e processo arbitral (São Paulo, Atlas, 2009).
- Jarrosson, Charles, La notion d'arbitrabilité, en Revista Brasileira de Arbitragem (2003).
- Klein, Aline Lícia, A arbitragem nas concessões de serviço público, en Pereira, César Augusto Guimarães – Talamini, Eduardo (coords.), Arbitragem e Poder Público (São Paulo, Saraiva, 2010).
- Lee, João Bosco, O conceito de arbitrabilidade nos países do Mercosul, en Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais 8 (2000).
- Lemes, Selma Maria Ferreira, Arbitragem na Administração Pública (São Paulo, Quartier Latin, 2007).
- Lemes, Selma Maria Ferreira, Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. ¿Confidencialidade ou publicidade processual? disponible [en línea]: http://selmalemes.ad.v.br/artigos/artigo_juri1_5.pdf.
- Lew, Julian D. M. – Mistelis, Loukas A. – Kröll, Stefan M. Comparative International Commercial Arbitration (The Hague, Kluwer Law International, 2003).
- Lima, Leandro Rigueira Rennó, O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: uma história da arbitragem no Brasil através da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, en Guilherme, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.), Aspectos práticos da arbitragem (São Paulo, Quartier Latin, 2006).
- Malintoppi, Loreta, La jurisprudencia arbitral de la CCI relativa a los contratos de Estado, en Revista de Arbitragem e Mediação 2 (2004).
- Marcus, Richard L. – Sherman, Edward F., Complex litigation-cases and materials on advanced civil procedure (4a edición, St. Paul, Thomson West, 2004).

- Mariani, Rômulo Greff, *Arbitragens coletivas no Brasil* (São Paulo, Atlas, 2015).
- Martins, Pedro A. Batista, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem* (Rio de Janeiro, Forense, 2008).
- Martins, Pedro A. Batista, *Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de derechos e normas de ordem pública, ahora*, en Leite, Eduardo de Oliveira (coord.), *Grandes temas da atualidade. Mediação, arbitragem e conciliação* (Rio de Janeiro, Forense, 2008).
- Menezello, Maria D'Assunção C., *O conciliador-mediador e o árbitro dos contratos administrativos*, en *Boletim de Direito Administrativo* 12 (1997).
- Moreira Neto, Diogo de Figueiredo, *Arbitragem nos contratos administrativos*, en *Revista de Direito Administrativo* 209 (1997).
- Muniz, Joaquim de Paiva, *Os limites da arbitragem nos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 2 (2004).
- Nery, Ana Luiza, *Arbitragem coletiva* (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016).
- Parente, Eduardo de Albuquerque, *Processo arbitral e sistema* (São Paulo, Tesis de Doctorado en Derecho Procesal, Universidad de São Paulo, 2009).
- Park, William, *Private adjudicators and the public interest: the expanding scope of international arbitration*, en *Brooklyn Journal of International Law* 12 (1986).
- Pereira, Caio Mário da Silva, *Instituições do Direito Civil* (Rio de Janeiro, Forense, 2011), I.
- Pereira, César Augusto Guimarães, *Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ, ahora*, en Pereira, César Augusto Guimarães – Talamini, Eduardo (coords.), *Arbitragem e Poder Público* (São Paulo, Saraiva, 2010).
- Pinto, José Emílio Nunes, *A confidencialidade na arbitragem*, en *Revista de Arbitragem e Mediação* 6 (2005).
- Ricci, Edoardo Flavio, *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*, en Lemes, Selma Ferreira – Carmona, Carlos Alberto – Martins, Pedro Batista (coords.), *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam* (São Paulo, Atlas, 2007).

- Roque, Andre Vasconcelos, Arbitragem de direitos coletivos no Brasil: admissibilidade, finalidade e estrutura (Rio de Janeiro, Tesis de Doctorado em Derecho Procesal, Universidad del Estado del Rio de Janeiro, 2014).
- Sarlet, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais (3ª edición, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003).
- Scavone Jr., Luiz Antonio, Manual de Arbitragem (São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008).
- Silva, Eduardo Silva da, Código Civil e arbitragem: entre a liberdade e a responsabilidade, en Revista de Arbitragem e Mediação 2 (2005), 5.
- Silva, Virgílio Afonso da, A constitucionalização do direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares (São Paulo, Malheiros, 2005).
- Souza Jr., Lauro da Gama e, Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado, en Pantoja, Teresa Cristina G. (coord.), Prática em arbitragem (Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2008).
- Tácito, Caio, Temas de direito público (Rio de Janeiro, Renovar, 2002), III.
- Talamini, Eduardo, Sociedade de Economia Mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa, en Revista de Arbitragem e Mediação 5 (2005).
- Tepedino, Gustavo – Barboza, Heloísa H. – Moraes, Maria Celina Bodin de Código Civil interpretado conforme a Constituição da República (Rio de Janeiro, Renovar, 2006), II.
- Valença Filho, Clávio, Validade e eficácia da convenção de arbitragem em contratos administrativos: a ótica judiciária, en Lemes, Selma Ferreira – Carmona, Carlos Alberto – Martins, Pedro Batista (coords.), Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam (São Paulo, Atlas, 2007).
- Wald, Arnoldo, O direito de parceria e a nova lei de concessões (São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996).
- Zimmermann, Dennys, Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público, en Revista de Arbitragem e Mediação 12 (2007).

Reflexiones sobre Derecho y Nuevas Tecnologías

*El impacto de una Nueva Era**

JHOEL CHIPANA CATALÁN

En el año 2017, en el diario “El Mundo”, apareció una nota periodística que llamó poderosamente mi atención. En un laboratorio de investigación de inteligencia artificial de la Universidad Tecnológica de Georgia, se inició un proyecto para crear inteligencia artificial capaz de aprender y desarrollar nuevas tácticas de negociación. Sin embargo, y sin programación alguna dirigida a ese fin, dicho software diseñó su propio lenguaje, el mismo que era más apto y lógico para la tarea que debía desempeñar y que, por si fuera poco, era prácticamente imposible de descifrar por los investigadores.

Se descubrió que el lenguaje nuevo era carente de sentido por la extraña repetición de pronombres y algunas palabras; no obstante, al analizar con mayor detenimiento las oraciones, los investigadores descubrieron que, en el aparente desorden, había una estructura lógica coherente que permitía a la inteligencia artificial negociar entre distintos agentes usando menos palabras y logrando, con ello, un menor riesgo de equivocación. Los científicos indicaron que el fenómeno era similar al que favorece la creación de abreviaturas o de determinada jerga en ciertos grupos sociales, solo que a una velocidad mayor y sin supervisión ni control alguno por parte de otros sujetos. Ante este increíble e inesperado

* *NOTA DE EDITOR: El profesor del Perú, autor de estas reflexiones, ha coordinado una obra colectiva publicada en el año 2019, por la Editorial Jurídica Themis bajo el título “Derecho y Nuevas Tecnologías: el impacto de una nueva era”, en la cual se abordan los siguientes tópicos: Derechos fundamentales y protección de los datos personales, La responsabilidad en la era digital, Blockchain y Fintech, El impacto de la tecnología en distintas áreas del Derecho y La innovación y la tecnología como herramientas para el ejercicio disruptivo del Derecho.*

hecho, los responsables del proyecto tuvieron que finalizar el mismo apagando los ordenadores¹.

Luego de leer esta noticia, busqué más información sobre este y otros temas relacionados a la tecnología. Empecé, entonces, a investigar y aprender sobre una serie de aspectos que nunca antes creí que eran posibles. Por ejemplo, si partimos de la nota que acabo de mencionar y entendemos que no es lejana la posibilidad de que determinada inteligencia artificial pueda desarrollarse de manera autónoma, no será difícil pensar que, en algún momento, los robots podrán actuar de manera independiente, construyendo su propio lenguaje y satisfaciendo sus propias necesidades; todo ello, sin la ayuda del hombre.

En esa línea, considero que debe tomarse consciencia de que nos encontramos en un momento de la historia en el que el avance tecnológico puede ser visto como una herramienta que podría cambiar todo para tener una mejor calidad de vida o, por el contrario, puede ser el inicio del fin.

Algunos denominan a este momento “la cuarta revolución industrial”² y, en un interesante cuadro citado por Schwab, elaborado por el Foro Económico Mundial contenido en el documento titulado Deep Shift. Technology Tipping Points and Societal Impact, se aprecian algunos datos que podrían parecer increíbles en torno a los puntos de inflexión que ocurrirían antes del año 2025 y que tienen directa relación con el avance tecnológico. Veamos lo siguiente:

- El 10% de las personas usarán ropa conectada a internet.
- El primer teléfono móvil implantable será puesto en circulación.
- El 90% de la gente tendrá almacenamiento ilimitado y gratuito de datos (patrocinado por publicidad).
- La existencia del primer robot farmacéutico.
- El 10% de las gafas de lectura estarán conectadas a internet.
- El primer automóvil impreso en 3D estará en producción.
- El primer gobierno que sustituirá su censo poblacional por uno basado en Big Data.
- El 90% de la población tendrá acceso regular a internet.
- Los automóviles sin conductor serán el 10% del total de vehículos.
- El primer trasplante de un hígado impreso en 3D.

¹ Jiménez de Luis, Ángel. “Facebook apaga una inteligencia artificial que había inventado su propio idioma”. Diario El Mundo. Recuperado de: <https://www.elmundo.es/tecnologia/2017/07/28/5979e60646163f5f688b4664.html>.

² Cfr. Schwab. La cuarta revolución industrial. Barcelona: Debate, 2016.

- La primera vez que un gobierno recaudará sus impuestos utilizando blockchain.

- Habrá más viajes en vehículo compartido que en vehículos privados.

- El 10% del producto bruto interno se almacenará con tecnología blockchain.

¿Podría pensarse que estamos lejos de presenciar estos hechos? Creo, sinceramente, que no. Ello, debido a que si miramos con detenimiento nuestro entorno y el cambio que ha sufrido en los últimos años, podremos notar que casi todo ha sido modificado por el avance tecnológico. Piénsese, por ejemplo, en la manera cómo nos comunicamos hoy, y en cómo el arte del diálogo se está perdiendo poco a poco gracias al uso de mensajes escritos. Todo parece indicar que, si bien estos cambios han sido en algunos casos paulatinos, la tendencia es que la velocidad de los mismos irá en aumento y tendremos que adaptarnos a nuevas formas de convivencia y supervivencia.

Este proceso, como no podía ser de otra manera, también ha afectado directamente el ámbito laboral, académico, e incluso el legal. Pese a que el entendimiento del Derecho ha sufrido profundos cambios a lo largo de muchos siglos, se puede afirmar que su maduración y desarrollo ha sido paulatino, y se ha visto alimentado por distintas fuentes, todas ellas originadas en distintas latitudes. Observamos, entonces, un verdadero proceso evolutivo que ha obedecido no solo a circunstancias temporales, sino también espaciales.

A su turno, podemos afirmar que, en las últimas décadas, la tecnología ha irrumpido en la vida humana de manera violenta, teniendo un desarrollo disruptivo y, en muchos casos, brutal. Así, en esa incesante carrera por llegar a todos los ámbitos de la vida y del conocimiento, la tecnología tenía que encontrarse con el Derecho.

En el marco de ello, y por una incesante curiosidad en cuanto al impacto que la tecnología está generando en el Derecho y en el ejercicio de la profesión, nació la idea de desarrollar este proyecto.

Este libro, que es el primero de su tipo que se publica en el Perú, reúne veintinueve trabajos escritos por profesores, académicos y abogados de distintos países, que abordan diversos temas donde es posible apreciar, en carne viva, cómo es que el Derecho se puede ver influenciado -positiva o negativamente- por la tecnología, cómo es que ambos se relacionan, y cuál es el futuro que este fenómeno nos depara.

La temática abordada es variada y su contenido no deja de ser imprescindible, no solo desde un punto de vista académico, sino también profesional y hasta social, en vista de que el Derecho es una rama del conocimiento que toca todos los aspectos de la vida en sociedad.

Así, a efectos de no detenerme comentando el contenido de los artículos que usted podrá encontrar en este texto, dejo algunas interrogantes que son analizadas en los diversos trabajos publicados en este volumen y cuyas respuestas invito a descubrir a través de su lectura:

- ¿El concepto de derechos fundamentales ha sufrido algún cambio debido a la irrupción de la tecnología?
- ¿Cómo se resuelven las controversias que surgen con plataformas como Uber, Airbnb o eBay, y qué fallas presentan?
- ¿Cuál es el alcance de la responsabilidad civil en los daños causados por inteligencia artificial?
- ¿Los influencers deben tributar?
- ¿Son válidos los actos jurídicos celebrados en la plataforma digital con el soporte de un chatbot?
- ¿El Derecho va a cambiar por el uso de blockchain?
- ¿La asignación de derechos de propiedad en esta era tecnológica desincentiva la colaboración?
- ¿Es posible mitigar -o establecer una regulación- los daños que se causen al honor y a la buena reputación de una persona a través de redes sociales?
- ¿Qué es la neutralidad en internet y cómo afecta al Derecho del Consumidor?
- ¿En qué consiste el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral?
- ¿Cuál debería ser la forma de uso y monitoreo de comunicaciones corporativas y su relación con el derecho a la privacidad en el ámbito laboral?
- ¿Qué son los negocios colaborativos y qué rol juega el Derecho Corporativo ante ello?
- ¿La inseguridad digital podrá ser más peligrosa que la inseguridad real?
- ¿Puede existir un arbitraje cien por ciento tech?
- ¿Cuál es la responsabilidad de los organizadores en los esquemas de economías colaborativas?
- ¿Cómo funcionan los sistemas de toma de decisiones automatizadas en el sector público?

- ¿Cuáles son los problemas y desafíos de las plataformas de internet frente a la tributación?
- ¿Qué es el cloud computing y cómo se relaciona con la protección de datos?
- ¿Cuáles son las nuevas fronteras del derecho al olvido en la era digital?
- ¿La economía de pares y la informalidad son enemigos o cómplices?
- ¿El dinero electrónico puede lograr inclusión social?
- ¿Cuál es el impacto psicológico en los árbitros de las nuevas tecnologías como métodos de prueba?
- ¿Cómo se relaciona la inteligencia artificial con las disputas de construcción?
- ¿Qué son los smart-contracts?
- ¿Cómo se protegen los datos en tiempos de big data?
- ¿La tecnología va a lograr que los abogados desaparezcan?
- ¿Cuál es la responsabilidad de las empresas tecnológicas por la venta de datos personales?
- ¿Cómo se relaciona la psicología financiera con las criptomonedas?

Como va a comprobar el lector, los presentes ensayos son realmente interesantes y pretenden iniciar un verdadero debate académico, pues estoy seguro de que los cambios que se avecinan nos van a obligar a cambiar muchos paradigmas y patrones de comportamiento que tenemos no solo en la vida diaria, sino también en el ejercicio profesional, razón por la cual debemos estar preparados. En esa línea, se podrá observar que este texto incluye el análisis de la problemática jurídica derivada del impacto tecnológico (techlaw), así como el impacto de la tecnología en la práctica legal (legaltech). Ambos ámbitos deben diferenciarse, pero a la vez complementarse, para lograr un conocimiento no solo teórico, sino también práctico de este fenómeno.

En tal sentido, quiero agradecer a los autores que aquí participan y que son reconocidos profesores, académicos y abogados, no solo peruanos, sino también europeos y latinoamericanos. A todos ellos quiero expresarles mi mayor gratitud no sin dejar de mencionar que la tecnología ha permitido que podamos tomar contacto y lograr que este proyecto se materialice.

Estoy seguro de que este es solo el inicio de una serie de trabajos que van a ser publicados en nuestro país. A diferencia de otras décadas, hoy vivimos interconectados en distintos niveles, y tenemos acceso a una cantidad de infor-

mación increíble, razón por la cual no tenemos que esperar para empezar a investigar y producir ensayos sobre temas novedosos que puedan tener un verdadero impacto en la realidad.

Con todo, una pregunta que me asalta -y sobre la que aún no tengo una respuesta, dada su complejidad-, al estudiar el fenómeno tecnológico y su desarrollo en estos tiempos, es la referida a si el Derecho está preparado para hacerle frente. O, dicho en otras palabras, ¿las normas podrán contener o guiar este avance de manera adecuada? ¿Es necesario regular este desarrollo? ¿La ley debe ser un limitante para estas investigaciones? Estas interrogantes son válidas si se tiene en cuenta que, por ejemplo, hace poco se publicó, en Francia³, una ley que prohíbe el uso de softwares que pueden detectar patrones de conducta en las sentencias dictadas por magistrados, previo análisis de las sentencias que éstos han dictado. Noticias como esta irán en aumento, pues, si bien el desarrollo tecnológico ha traído consigo mucho bienestar, también es verdad que un avance mal llevado puede traer problemas a gran escala. La pregunta que subyace a todo esto es si la ley debe, o no, tener un protagonismo en todo este juego o es que, como en el mercado mismo, su rol debe ser mínimo.

El debate está abierto e invito al lector a formar su propia opinión teniendo en cuenta las diversas posiciones que sobre muchos temas podrá encontrar en este libro.

³ Ver Morel, Jorge. “Francia prohíbe el uso de Legaltech para predecir las decisiones de los jueces”. En Consejo General de la Abogacía Española. Recuperado de <https://www.abogacia.es/2019/06/10/francia-prohibe-el-uso-de-legaltech-para-predecir-las-decisiones-de-los-jueces/>.



