DIRECTOR
DR. PASCUAL E. ALFERILLO

ANUARIO

REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA

TOMO 6

2021

INSTITUTO DE LA REGIÓN CUYO
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

EDITORES
FONDO EDITORIAL

ANUARIO DE LA REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA

Dr. Pascual E. Alferillo
Director

Tomo 6 Año 2021

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

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

IJ International Legal Group
Lavalle 1115 - PB, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

ÍNDICE

REVISTA JURÍDICA DE LA REGIÓN CUYO - ARGENTINA - N° 10 – MAYO 2021

EDITORIAL
Dr. Pascual E. Alferillo

LA TUTELA CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.
Dr. Pascual E. Alferillo
I. Introducción
II. La consagración constitucional de la protección del medio ambiente
III. La tutela jurisdiccional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
3.1. Cuestiones procesales
3.1.1. Principios generales del proceso ambiental
3.2. El modelo del juez para la resolución de los temas ambientales

3.2.1. Competencia
3.2.2. Legitimación procesal
3.2.3. Interpretación judicial de la ley ambiental
3.2.4. Ejecución de una sentencia ambiental
3.3. Análisis de casos relevantes
3.3.1. La problemática del Río Matanza-Riachuelo
3.3.2. La problemática de los ríos de montaña
3.3.3. La problemática ambiental por los glaciares
3.3.4. Protección de bosques nativos
IV. A modo de reflexión final

LA FRUSTRACIÓN DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
Abg. Elena de la Torre de Yanzón
I. Introducción
II. Noción de la figura
III. El fin del contrato
IV. El fundamento
V. Antecedentes
VI. Previsión legal
VII. Ámbito de aplicación
VIII. Requisitos

IX. Efectos
X. Diferencia con otras figuras
XI. Conclusiones

DEFINICIONES EN LA LEY DE TRÁNSITO

Dr. Juan Carlos Pandiella Molina

I. Introducción
II. Definiciones
a) Automóvil
Contras de un automóvil eléctrico:
b) Autopista
c) Autoridad jurisdiccional: la del Estado Nacional, Provincial o Municipal
d) Autoridad local: la autoridad inmediata, sea municipal, provincial o de jurisdicción delegada a una de las fuerzas de seguridad
e) Baliza
f) Banquina
g) Bicicleta
h) Calzada
i) Camino
j) Camión
k) Camioneta
l) Carretón
ll) Ciclomotor

ll bis) Ciclovías
m) Concesionario vial
n) Maquinaria especial
ñ) Motocicleta
o) Omnibus
p) Parada
q) Paso a nivel
r) Peso
s) Semiautopista
t) Senda peatonal
u) Servicio de transporte
v) Vehículo detenido
w) Vehículo estacionado
x) Vehículo automotor
y) Vías multicarriles
z) Zona de camino
z´) Zona de seguridad
III. Reflexiones finales

LA SOCIEDAD FARMACÉUTICA

Abg. María Eugenia Riveros
Introducción
I. Tipos societarios
II. Historia legislativa de la regulación jurídica de las sociedades farmacéuticas
III. Tipos sociales de las farmacias

IV. Sobre las consecuencias económicas del tipo social elegido
V. Responsabilidad social del farmacéutico como socio comanditado
VI. Conclusión
Bibliografía

EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

Dr. Humberto G. Vargas Balaguer
I. Introducción
II. Noción
III. El principio de subsidiariedad
IV. El margen de apreciación nacional en el Sistema Europeo de Derechos Humanos
4.1. Margen de apreciación en la jurisprudencia del TEDH
“Lawless c. Irlanda”
“De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica”
“Lingüístico belga”
“Handyside c. Reino Unido”
“Sunday Times c. Reino Unido”
“Fretté c. Francia”
“Leyla Sahin c. Turquía”
“Lautsi c. Italia”

4.2. Precedentes del TEDH según los derechos reconocidos por el CEDH
4.3. Recapitulando
4.4. Criterios utilizados por el TEDH para determinar el alcance del margen de apreciación
V. El margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
5.1. Preliminar
5.2. Margen de apreciación en los precedentes de la Corte IDH
“Opinión Consultiva 4/84”
“Herrera Ulloa vs. Costa Rica”
“Castañeda Gutman vs. México”
“Atala Riffo vs. Chile” (voto disidente juez Pérez Pérez)
“Gelman vs. Uruguay”
“Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina”
5.3. Nuestra opinión
VI. Conclusiones

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: BASES PARA SIMPLIFICAR EL PROCESO PENAL Y LOGRAR RESPUESTAS JURISDICCIONALES SATISFACTORIAS. INSIGNIFICANCIA, SOLUCIÓN DE

CONFLICTO, SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Abg. Mgter. Pablo Guido Peñasco

I. Concepto del principio de oportunidad y régimen legal
II. Fundamentos y razones del principio de oportunidad
III. Naturaleza jurídica del principio de oportunidad
IV. Ventajas
V. Referencia a los criterios de oportunidad de empleo frecuente
Disposiciones del Código Procesal Penal Federal
Nociones generales
VI. Conclusiones
6.1. Afianzamiento del sistema Acusatorio Adversarial al reconocer en el Ministerio Público Fiscal el ejercicio exclusivo de la acción penal pública
6.2. Visión superadora de principios clásicos del Derecho Penal a partir de los efectos sociales en la resolución de casos. Ejercicio de Política Criminal
6.3. Necesidad de participación e intervención de las víctimas:

6.4. Casos que deben llegar a juicio

ALGUNAS CONSIDERACIONES ÉTICAS EN LA LEY Nº 9001 DE MENDOZA

Abg. Jorge Luis Fernández

I. Introducción
II. Art. 2 del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza
III. Art. 22 del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza
IV. El art. 34 del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza
V. Antecedentes
VI. Art. 31 del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza
Antecedentes
Contenido
VII. Conclusiones
Bibliografía

REVISTA JURÍDICA DE LA REGIÓN CUYO – ARGENTINA N° 11 – NOVIEMBRE 2021

EDITORIAL

Dr. Pascual E. Alferillo

APORTES SOBRE EL ROL DEL ASESOR/A DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA E INCAPACES EN LOS PROCESOS PENALES POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR
Nadia A. Tordi
I. Introducción
II. Marco convencional/constitucional y legislativo de las funciones del asesor/a de NNyA y personas con capacidad restringida
III. Intervención del asesor/a de NNyA para lograr el cumplimiento de la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental y su actuación en el proceso penal por el delito de IDAF
IV. Conclusiones

LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA EN LA DOCTRINA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EN LOS TRIBUNALES DE LA REGIÓN DE CUYO. EL CASO “GRIPPO,

GUILLERMO OSCAR”, SU PROSPECTIVA REGIONAL
Pascual E. Alferillo
I. Introducción
II. Criterios materialistas
2.1. En la doctrina de la Suprema Justicia de la Nación
2.1.1. Primeros fundamentos: pregonar el resarcimiento *iure proprio*
3.1.2. El segundo paso: precisar el contenido materialista del resarcimiento
3.1.3. Tercer estadio: consolidación del criterio economicista
3.2. En la doctrina judicial de la Región Cuyo
3.2.1. En Mendoza
3.2.1.1. Legitimación *iure proprio*
3.2.1.2. Los fundamentos de los defensores del criterio economicista
3.2.2. En San Juan
3.2.3. En San Luis
III. El criterio integral para cuantificar
3.1. En la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
3.1.1. Primera época
3.1.2. El regreso del criterio
3.2. En la doctrina judicial de la Región Cuyo

3.2.1. En Mendoza
3.2.2. En San Juan
3.2.3. En San Luis
IV. La vinculación entre el derecho privado y el laboral en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
4.1. Caso “Aquino, Isacio”
4.2. Caso “Arostegui, Pablo Martin”
4.3. El caso “Ontiveros, Stella Maris”
V. La trascendencia jurídica del fallo “Grippo”

FUNCIÓN PREVENTIVA

Juan Carlos Pandiella
I. Introducción
II. Reseña histórica. Antecedentes
III. Reconocimiento en normas supranacionales
IV. Derecho comparado
4.1. Alemania
4.2. Austria
4.3. Bolivia
4.4. Holanda
4.5. Italia
4.6. Perú
4.7. Quebec
4.8. Rumania
“Reparación integral.

4.9. Suiza
V. La tutela preventiva. Breve reseña
VI. Acción preventiva anterior al Código Civil y Comercial
VII. La prevención mirada desde la Constitución
VIII. La función preventiva y las normas procesales
8.1. Acción de tutela preventiva en el Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza
1. Antijuridicidad:
2. Nexo de causalidad adecuado
3. Interés razonable en el peticionante
4. Daño
5. Posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos
IX. Reflexiones finales

EL ADQUIRENTE COMO CONSUMIDOR EN EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO DE CONSTRUCCIÓN
Marcelo Sánchez Rodríguez
I. Introducción
II. Normativa aplicable

III. Encuadre de la relación de consumo
IV. Las posibles intervenciones del consumidor
Fiduciante - Fideicomisario:
Tenedores de certificados de participación en fideicomisos financieros inmobiliarios:
Cesionario:
Comprador por boleto de compraventa:
V. Proveedor
VI. Prácticas abusivas
VII. Deber de información
VIII. Rendición de cuentas
IX. La publicidad ilícita
X. Cláusulas abusivas
XI. Procedencia del daño punitivo
XII. Conclusiones

PERJUICIO PATRIMONIAL EN LA FILTRACIÓN DE DATOS DE TARJETAS DE CRÉDITO

Cecilia S. Arancibia Terzi
Abril V. Villafañe Calvo

I. Introducción
II. Privacidad en la Constitución Nacional Argentina
III. Fuga de datos
IV. Perjuicio patrimonial de la fuga

V. Solución actual del ordenamiento jurídico nacional
VI. Derecho comparado
VII. Conclusión
Bibliografía

VÍCTIMAS DE DELITOS Y SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL

Pablo G. Peñasco

I. Víctimas vulnerables de casos frecuentes
II. Víctimas y Derecho Penal
III. Concepto de Derecho Penal
IV. Breve reseña histórica de la posición de la víctima con el derecho penal
4.1. La venganza
4.2. Ley del Talión
4.3. La expulsión de la paz
4.4. La composición y expropiación del conflicto
V. Reconocimiento del estado de víctimas en el orden internacional y local
VI. Situación de la víctima en el Derecho Penal y Código Penal Argentino
VII. El avance en sus derechos a partir de la Ley Nacional de Víctimas

VIII. Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad y su carácter obligatorio asumido por Acordadas de Tribunales
- 8.1. Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad
- 8.2. Edad
- 8.3. Discapacidad
- 8.4. Pertenencia a comunidades indígenas
- 8.5. Victimización
- 8.6. Migración y desplazamiento interno
- 8.7. Pobreza
- 8.8. Género

IX. Legislación especial en la Provincia de Mendoza
X. Normativa Nacional y Federal
XI. Relación de sistemas de enjuiciamiento penal y posición de víctimas
XII. Sistema acusatorio con litigación adversarial y Juicios por Jurados Populares, participación ciudadana y consideración de víctimas
XIII. Necesidad de implementar medidas concretas – Pensar y desarrollar el proceso con perspectiva humana
XIV. Conclusiones

ARTÍCULO VIRTUDES Y DEFECTOS DEL EXPEDIENTE DIGITAL EN EL FUERO LABORAL
Eugenia Bona

INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA DE UN FEMICIDIO
Johana V. Santarossa
I. Introducción
II. Criminología
III. Funciones de la Criminología
IV. Métodos de la Criminología
V. Concepto de violencia de género
5.1. Delito
5.2. Delincuente/agresor
5.3. Víctima
VI. Categorías de análisis de los femicidios
6.1. Femicidio íntimo
6.2. Femicidio no íntimo
6.3. Femicidios por conexión
VII. Homicidios en los vínculos
VIII. Conclusión

REVISTA JURÍDICA DE LA REGIÓN CUYO - ARGENTINA - N° 10 – MAYO 2021

EDITORIAL

Dr. Pascual E. Alferillo

Sin lugar a hesitación, padecer una pandemia como la que atraviesa la urbe global con el contagio del COVID-19, es una situación sanitaria extraordinaria que ha puesto en crisis las soluciones sociales y económicas que daban respuesta a los intereses sectoriales en la normalidad.

En este sentido, las respuestas medianamente satisfactorias dejaron de serlo y los defectos que existían se profundizaron. Todas las anormalidades y defectos existentes se hicieron evidentes, tangibles a simple vista. Esta situación impone la búsqueda de nuevas soluciones, primero para superar la crisis y, simultáneamente, reflexionar, sensatamente sobre cuáles deben ser los nuevos parámetros para desarrollar la vida en la comunidad post pandemia.

Toda esta argamasa social de dificultades y problemas procuran un reordenamiento a través de normas, algunas extraordinarias que, a su vez, de igual modo, son cuestionadas en su validez constitucional.

En este panorama, el hombre de derecho hace un esfuerzo especial para buscar un poco de claridad con la intención de realizar un aporte para la futura normalidad, la cual podrá superar la situación de pandemia, pero quedan otros problemas que ponen en riesgo la existencia misma del ser humano. Es por ello, que se sostiene que hay que pasar del *pro homine* a la *pro humanite*. De la defensa

del hombre desamparado individualmente, a la tutela de la humanidad entera que es la gran vulnerable.

Este es el desafío y, hoy, las quimeras deben focalizarse en elaborar un nuevo mundo que sin duda debe tener como sentimiento guía el amor al prójimo. Basta pensar cómo sería el mundo si toda la energía que se emplea para consolidar el poder del odio y dominación se transformara en amor con pleno respeto de la libertad y en igualdad. Ello es posible, el hombre solo debe proponérselo y será una realidad.

Y los actores del derecho deben estar en la primera línea.

LA TUTELA CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE EN LA REPÚBLICA ARGENTINA.

Dr. Pascual E. Alferillo

I. Introducción

La tutela del “medio ambiente”, como bien colectivo universal porque supera los estrechos y mezquinos límites de los Estados nacionales, es una preocupación compleja que no se agota en si misma, sino por el contrario, se adicionan temáticas relacionadas con el comportamiento socio-económico de los seres humanos, que agreden el habitad reservado para el desarrollo y evolución de la humanidad, como es el planeta tierra.

Al respecto, el industrialismo exacerbado del siglo XX se transformó en el eje de una espiral viciosa en expansión que pregonaba una producción en gran escala para satisfacer un consumo de bienes y servicios cada vez más creciente, que tenía por lógica y cruel consecuencia el empleo de una mayor cantidad de bienes naturales en la equivocada creencia de su inagotabilidad, cuando en realidad los mismos son finitos y limitados.

La segunda revolución industrial[1] se caracteriza[2], conforme los estudios realizados por Rifkin, del siguiente modo:

> “el petróleo empezó a competir con el carbón mientras que la electricidad fue utilizada por primera vez, creando nuevas fuentes de energía para hacer funcionar los motores, encendía las luces de las ciudades y proporcionaba comunicación instantánea entre las personas. Al igual que lo que ocurrió con la revolución del vapor, el petróleo, la electricidad y los inventos que acompañaron la segunda revolución industrial continuaron transfiriendo el peso de la actividad económica del hombre a la máquina. En la minería, la agricultura, el transporte y la fabricación, las fuentes inanimadas de potencia combinada con máquinas permitían aumentar, amplificar y, finalmente, sustituir cada vez más al hombre y al animal en las tareas propias del proceso económico[3]“.

Por su parte, Toffler, corrobora que:

> “carbón, ferrocarriles, hiladuras, automóviles, caucho, fabricación de máquinas herramientas… éstas fueron las industrias clásicas de la segunda ola. Basadas en principios electromecánicos esenciales sencillos, utilizaban elevadas aportaciones de energía, despedían una cantidad enorme de desperdicios y polución y se caracterizaban por largas series de producción, bajo nivel de especialización de la mano de obra, trabajo repetitivo, productos uniformados y controles fuertemente centralizados[4]“.

En síntesis, enseña Sakaiya, en ámbito de posguerra, gozando de una abundancia de materia prima y productos agrícolas baratos, originó una filosofía de consumismo acorde con la cual era sensato e incluso “refinado” usar muchos productos y recursos cuidando la mano de obra. La generación de la posguerra, engarzando éste ideal de

consumo con los avances técnicos y los nuevos sistemas de gestión necesarios para concretarlo, creó la matriz que permitiría un enorme aumento en la escala de las operaciones económicas y la tasa de crecimiento económico durante un largo período. Como la civilización que logró esto partió de la repentina abundancia del petróleo barato, y se propuso desarrollar modos de explotar este recurso, a partir de aquí llamaré “Cultura petrolera de la posguerra”[5].

Este autor oriental completa su visión agregando que:

> “la ideología de la sociedad industrial sostiene que es de buen gusto consumir recursos en abundancia, y que brindar la oportunidad de lograr ese consumo a todos los pueblos del mundo es hacer justicia. Estos supuestos éticos y estéticos constituyen, en conjunto, lo que denominaré el espíritu básico de la sociedad industrial[6]“.

Por ello, para frenar la espiral viciosa en expansión es menester la tutela del medio ambiente que se opera a través de dos leyes claves, como es una ley general de protección del medio ambiente y, en paralelo, la ley de defensa de los consumidores a quienes se los debe educar primordialmente para formar un consumo responsable. Y con ello, evidentemente, la consecuencia deseada, sería un menor agravio a la naturaleza.

En este esquema adquiere una vital importancia que la ley máxima de cada país recepte normativa de tutela del medio ambiente junto a la protección de los consumidores, por cuanto ello es una guía programática y, hoy también operativa, de cuál es la posición que adopta el país en el tema.

Esta situación jurídica, procurará ser descripta, analizando brevemente la normativa constitucional con la transcripción de la doctrina de la Corte de Justicia de la Nación que interpretó su alcance.

II. La consagración constitucional de la protección del medio ambiente

En uno de las concreciones más relevantes de la Convención Constituyente del año 1994, se introdujo en la Ley Fundamental del Estado Argentino, una ampliación de las “Declaraciones, Derechos y Garantías” con la incorporación del Capítulo Segundo que se denominó “Nuevos Derechos y Garantías” (art. 36 a 43).

De ellos, se trae a colación el contenido del art. 41 cuando indica que:

> “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.
> “Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.
> “Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.
> “Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos”[7].

El primer párrafo es la consagración de idea de comenzar a transitar por un esquema virtuoso donde se debe respetar el derecho de todos los hombres a tener un ambiente sano, para lo cual las actividades productivas deben satisfacer las necesidades del presente sin comprometer el futuro, imponiendo el deber de preservar el habitad de los humanos.

En cumplimiento del mandato dado en el tercer párrafo el gobierno de la Nación sancionó la Ley N° 25.675 de Política Ambiental Nacional, de la cual transcribimos por su importancia, el contenido del art. 4 dedicado a fijar los principios de la política ambiental.

En ese texto se reguló que:

> "la interpretación y aplicación de la presente ley, y de toda otra norma a través de la cual se ejecute la política Ambiental, estarán sujetas al cumplimiento de los siguientes principios:
> "Principio de congruencia: La legislación provincial y municipal referida a lo ambiental deberá ser adecuada a los principios y normas fijadas en la presente ley; en caso de que así no fuere, éste prevalecerá sobre toda otra norma que se le oponga.
> "Principio de prevención: Las causas y las fuentes de los problemas ambientales se atenderán en forma prioritaria e integrada, tratando de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir.
> "Principio precautorio: Cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del medio ambiente. [8]
> "Principio de equidad intergeneracional: Los responsables de la protección ambiental deberán

velar por el uso y goce apropiado del ambiente por parte de las generaciones presentes y futuras.
“Principio de progresividad: Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos.
“Principio de responsabilidad: El generador de efectos degradantes del ambiente, actuales o futuros, es responsable de los costos de las acciones preventivas y correctivas de recomposición, sin perjuicio de la vigencia de los sistemas de responsabilidad ambiental que correspondan.
“Principio de subsidiariedad: El Estado nacional, a través de las distintas instancias de la administración pública, tiene la obligación de colaborar y, de ser necesario, participar en forma complementaria en el accionar de los particulares en la preservación y protección ambientales.
“Principio de sustentabilidad: El desarrollo económico y social y el aprovechamiento de los recursos naturales deberán realizarse a través de una gestión apropiada del ambiente, de manera tal, que no comprometa las posibilidades de las generaciones presentes y futuras.
“Principio de solidaridad: La Nación y los Estados provinciales serán responsables de la prevención y mitigación de los efectos ambientales transfronterizos adversos de su propio accionar, así como de la minimización de los riesgos ambientales sobre los sistemas ecológicos compartidos.
“Principio de cooperación: Los recursos naturales y los sistemas ecológicos compartidos serán utilizados en forma equitativa y racional. El tratamiento y mitigación de las emergencias ambientales de

> efectos transfronterizos serán desarrollados en forma conjunta”[9].

A partir de esta definición de la política ambiental para la República Argentina, toda la normativa (leyes, decretos, ordenanzas, etc.) que se dictaren por las provincias, municipios o cualquier órgano gubernamental deben seguir los lineamientos por ella fijados.

Esta distribución de competencia legislativa quedó claramente ratificada por la doctrina de la SCJN cuando dijo que “corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del medio ambiente y a las provincias las necesarias para complementarlas sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales (art. 41 de la Constitución Nacional)”[10].

En igual sentido dijo que:

> “corresponde reconocer a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido; tal conclusión se extrae de la Constitución, la que, si bien establece que le cabe a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, reconoce expresamente en su art. 41, anteúltimo párrafo, a las jurisdicciones locales en la materia, que por su condición y raigambre no pueden ser alteradas” [11].

Sin perjuicio de la delimitación de las competencias se consideró que:

> “el ejercicio de las competencias concurrentes que la Constitución Nacional consagra en los arts. 41,

> 43, 75, incs. 17, 18, 19 y 30, y 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, cooperación y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida como es el caso de la protección del medioambiente”[12].

Cierra, la decisión política de la Convención Constituyente para fortalecer un círculo virtuoso, el contenido del art. 42 donde se consagra la tutela de los consumidores y usuarios que fuere reglamentada por la Ley N° 24.240 de protección y defensa de los consumidores[13].

III. La tutela jurisdiccional en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

3.1. Cuestiones procesales

3.1.1. Principios generales del proceso ambiental

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, teniendo como guía la constitución y la ley general de ambiente antes transcriptas, tiene el deber jurisdiccional de ser la última interprete de sus mandatos, constituyendo sus pronunciamientos un faro que ilumina la dirección que deben seguir todos los tribunales nacionales y federales como los perteneciente a la Administración de Justicia de las provincias.

En ese sentido, se advierte que fue uno de los *themas decidemdum* a resolver los límites de la complejidad propia que, por su naturaleza, tienen las acciones en las cuales se reclama la protección del medio ambiente.

Así, se verifica que se plasma la idea de que la trama procesal no puede dilatar la resolución del caso, paradigma

por el cual se rescata la facultad ordenatoria que tiene el tribunal para encauzar razonablemente el pleito, sin vulnerar garantías procesales.[14]

En ese sentido, se determinó que:

> “la Corte Suprema debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el art. 32 de la Ley N° 25.675, pues la circunstancia de que en actuaciones vigentes en el tradicional proceso adversarial civil y, en general, se hayan elastizado las formas rituales, no configura fundamento apto para permitir la introducción de peticiones y planteamientos en apartamiento de reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarían por convertir al proceso judicial en una actuación anárquica en la cual resultaría frustrada la jurisdicción del Tribunal y la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela se procura[15]“.

Dado que:

> “la excepcional naturaleza del proceso tendiente a la tutela del bien colectivo, identificado como la cuenca del río Matanza-Riachuelo -en el que es prioridad absoluta la prevención y recomposición del daño- y la necesidad de encauzar su tramitación mediante un procedimiento útil y eficiente que no frustre ni distorsione los ingentes intereses comprometidos ni el adecuado y oportuno ejercicio por parte de la Corte Suprema de su jurisdicción constitucional, justifican que todo lo concerniente a dicha substanciación, a la citación de los emplazados y a las contestaciones de la demanda que prevén los arts. 338, 339 y 356 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se

encuentre supeditado a diversas reglas que deberán ser observadas por las partes”[16].

3.2. El modelo del juez para la resolución de los temas ambientales

En la normativa contenida en el derogado Código Civil se dejó constancia en la confianza del legislador hacia la *prudentia* de la magistratura. Esta visión fue ratificada por la reforma de la Ley N° 17.711 cuando faculta al arbitrio judicial para dirimir cuestiones por delegación expresa.[17]

Por su parte, la Ley N° 25.675 de Política Ambiental Nacional, potencia el rol de la magistratura en los procesos ambientales, exigiéndole un activismo especial cuando le concede facultades para ordenar y controlar, no sólo el proceso, sino el cumplimiento de la resolución adoptada, particularmente cuando ha precisado la realización de tareas de saneamiento de los daños ecológicos.

En ese sentido, el art. 32 estatuye que:

> “la competencia judicial ambiental será la que corresponda a las reglas ordinarias de la competencia. El acceso a la jurisdicción por cuestiones ambientales no admitirá restricciones de ningún tipo o especie. El juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes.
>
> “En cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la parte contraria,

prestando debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse. El juez podrá, asimismo, disponerlas, sin petición de parte".

Al respecto se juzgó que:

"en asuntos concernientes a la tutela del daño ambiental se presenta una revalorización de las atribuciones del tribunal al contar con poderes que exceden la tradicional versión del juez espectador, pero ello no autoriza a privar al demandado de ejercer apropiadamente su garantía de defensa y, por su intermedio, tutelar derechos amparados por otras cláusulas constitucionales, tan merecedoras de protección como los invocados por el demandante[18]".

En la misma dirección, se consideró que:

"en uso de las facultades ordenatorias e instructorias conferidas por el art. 32 de la Ley N° 25.675, corresponde requerir que -en la audiencia pública que se convoca a ese fin- las empresas demandadas presenten informes respecto del tratamiento de los residuos, y que el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad de Buenos Aires y el Cofema presenten un plan integrado de ordenamiento ambiental; con anterioridad a la audiencia, la actora deberá aportar datos concretos que permitan ilustrar al Tribunal sobre aspectos esenciales de la cuestión". Por ello, "la tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes de los ciudadanos, que son el correlato que tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras. La mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece

> a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales[19]“.

3.2.1. Competencia

La Ley N° 25.675, en su art. 7, regla que la aplicación de la misma:

> “corresponde a los tribunales ordinarios según corresponda por el territorio, la materia, o las personas. En los casos que el acto, omisión o situación generada provoque efectivamente degradación o contaminación en recursos ambientales interjurisdicciónales, la competencia será federal”.

La delimitación de la competencia originaria de la Suprema Corte, los tribunales federales y la que le corresponde a los de las provincias, genero una importante cantidad de pronunciamientos por parte de la CSJN que se transcriben a modo ilustrativo de los criterios sustentados.

Así, cuando aceptó, su competencia originaria justifico su decisorio sosteniendo que:

> “el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la obligación de recomponer el daño ambiental configuran la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente, que frente a la supremacía constitucional y las competencias regladas en el art. 116 de la Ley Fundamental para la jurisdicción federal, sostienen la intervención de este fuero para los asuntos en

> que la afectación se extienda más allá de uno de los estados federados[20]“.

En otras palabras, corresponde la jurisdicción de los tribunales federales cuando el deterioro ambiental afecte a más de una provincia. Y, a la competencia original de la CSJN, cuando esté demandado un Estado provincial.

En cuanto a la jurisdicción en razón de la materia a resolver, la Corte Federal precisó que:

> “la competencia originaria de la Corte en razón de la materia, sólo procede cuando la acción entablada se basa *directa y exclusivamente* en prescripciones constitucionales de carácter nacional, ley del congreso o tratados, que torna predominante en la causa la cuestión federal, pero no cuando se incluyen temas de índole local y de competencia de los poderes locales como los atinentes a la protección ambiental en la provincia afectada”[21].

En función de este criterio, la CSJN en el caso “Mendoza…” retuvo el control de su decisión de exigir la implementación de un plan para el saneamiento del Rio Matanza-Riachuelo, pero remitió a las jurisdicciones locales, los reclamos de indemnización de los daños derivados de la contaminación ambiental.

Ello quedó dicho cuando se resolvió que “el reclamo que tiene por objeto la indemnización de los daños individuales que los demandantes invocaron sufrir en sus derechos patrimoniales y extrapatrimoniales es ajeno a la competencia federal por razón de la materia”[22].

De igual modo, es competencia de los tribunales ordinarios locales porque “son las autoridades administrativas y judiciales de la provincia las encargadas de valorar si la obra proyectada afecta aspectos tan propios del derecho provincial, como lo son los concernientes a la protección del medio ambiente”[23].

Una clara aplicación de este criterio se verifica cuando se dijo, entre otros casos, que:

> “en hipótesis que tienen por fin la recomposición del daño ambiental colectivo, la competencia corresponde a los tribunales de justicia ordinarios, y sólo excepcionalmente a los del fuero federal en aquellos casos en los que se encuentren afectados recursos naturales de distintas jurisdicciones (conf. art. 7°, Ley N° 25.675)”. Es decir, cuando “se ponen en tela de juicio cuestiones concernientes al derecho público local, el litigio no debe ventilarse en la instancia originaria de la Corte, ya que el respeto de las autonomías provinciales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión de las causas que, en lo sustancial, versan sobre aspectos propios del derecho provincial, dictado en uso de facultades reservadas de las provincias (arts. 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional)”[24].

3.2.2. Legitimación procesal

Dentro del marco de las cuestiones procesales trascendente, la CSJN preciso que:

> “si bien las fundaciones actoras estarían legitimadas para iniciar la acción de recomposición del ambiente dañado en los términos de los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional y 30 de la Ley N° 25.675, en tanto de sus estatutos surge que tienen por objeto la protección del medio ambiente y no han ejercido sino el derecho que les asiste de accionar para el cumplimiento de las finalidades de su creación, se verifica la situación prevista en el segundo párrafo del citado art. 30 que establece que: *Deducida demanda de daño ambiental*

> *colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros* si, con fundamento en los mismos hechos que se denuncian la Provincia de Santiago del Estero y el Defensor del Pueblo provincial promovieron acciones contra diversos ingenios ubicados en la Provincia de Tucumán a fin de hacer cesar la contaminación"[25].

En otras palabras, se les reconoce legitimación a las fundaciones ambientalistas, pero con un coto a su actuación simultánea. Ello es razonable para evitar que la trama procesal dilate *sine die* la resolución judicial que tutela el medio ambiente.

También se definió:

> "la legitimación del Defensor del Pueblo se liga a derechos de incidencia colectiva o a aquellos en los cuales prevalecen aspectos ligados a intereses colectivos o grupales. Si bien es posible que involucren también intereses patrimoniales, en tales supuestos cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo, la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados o, en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte y, al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido aquél como el de la sociedad en su conjunto"[26].

3.2.3. Interpretación judicial de la ley ambiental

Otro de los temas importantes estudiado por la CSJN, está relacionado con la interpretación de la ley ambiental

para su correcta aplicación.

En esa dirección marco que:

> “los jueces deben considerar el principio in dubio pro natura que establece que en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos”[27].

En otro pronunciamiento el tribunal precisó que:

> “la especial naturaleza del derecho a un ambiente sano encuentra su fuente en los derechos de incidencia colectiva y si bien es posible que involucren también intereses patrimoniales, en tales supuestos cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo, la salud, o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados o, en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias tales derechos exceden el interés de cada parte y, al mismo tiempo, ponen en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido aquél como el de la sociedad en su conjunto, por lo que los arts. 41, 42 y 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta”[28].

Finalmente destacar que ante un planteo ambiental se consideró que:

> “a los fines de la tutela del bien colectivo, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación, en segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé y, para el supuesto de daños irreversibles, corresponde tratar el resarcimiento”[29].

3.2.4. Ejecución de una sentencia ambiental

El interés de la CSJN y de cualquier tribunal que dicte una sentencia de tutela del medio ambiente no debe agotarse en el dictado de la sentencia, sino que el activismo judicial debe prolongarse a controlar que haya un efectivo cumplimiento del mandato judicial. De este modo se hace efectivo el principio de tutela judicial efectiva del medio ambiente.

Esta idea quedó plasmada cuando se dijo que:

> “dado que es en instancia originaria y en la causa de que se trata , en que el Tribunal debe juzgar si sus decisiones han sido acatadas, o no, y en su caso tomar las decisiones apropiadas para lograr el riguroso cumplimiento de sus fallos, desmantelando las consecuencias derivadas de todo acto por el cual se haya intentado neutralizar, paralizar o desconocer, en todo o en parte, los mandatos contenidos en una o más decisiones dictadas, dicha ponderación y la necesidad de preservar un significativo grado de inmediatez de la magistratura con los sujetos del caso, lleva a atribuir la competencia para la ejecución de la sentencia que fija el plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo a un juzgado federal de

primera instancia con competencia en parte del asiento territorial de la cuenca hídrica”[30].

3.3. Análisis de casos relevantes

3.3.1. La problemática del Río Matanza-Riachuelo

La ejecución del plan de saneamiento de la cuenca del Río La Matanza-Riachuelo ordenada a la autoridad administrativa por la CSJN, tiene pronunciamientos que fijan pautas de control de la sentencia dictada para garantizar la tutela efectiva del medio ambiente.

En función de ello, se destacó que:

> “la excepcional naturaleza del proceso tendiente a la tutela del bien colectivo, identificado como la cuenca del *río Matanza-Riachuelo* -en el que es prioridad absoluta la prevención y recomposición del daño- y la necesidad de encauzar su tramitación mediante un procedimiento útil y eficiente que no frustre ni distorsione los ingentes intereses comprometidos ni el adecuado y oportuno ejercicio por parte de la Corte Suprema de su jurisdicción constitucional, justifican que todo lo concerniente a dicha substanciación, a la citación de los emplazados y a las contestaciones de la demanda que prevén los arts. 338, 339 y 356 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, se encuentre supeditado a diversas reglas que deberán ser observadas por las partes”[31].

Por su parte, se puede transcribir cuando se estableció que:

> “teniendo en cuenta que la Corte sostuvo que los magistrados designados a cargo de la ejecución de la sentencia definitiva en la causa por daños derivados de la contaminación del Río Matanza-Riachuelo deberán hacer especial énfasis en la erradicación y relocalización de barrios de emergencia y asentamientos poblacionales precarios, corresponde remitir las presentaciones del asesor tutelar referidas a la situación de grupos familiares que residen el camino de sirga”[32].

En una *litis* conexa, se dijo que:

> “debe continuar conociendo la justicia federal en el interdicto de recobrar un inmueble ubicado en jurisdicción bonaerense en virtud de una orden de allanamiento y posterior desalojo dispuesto por aquella en el marco de la causa ‘Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo)’ pues el reclamo tendría una relación -directa o indirecta- con el programa integral de saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo, cuyo control se encuentra precisamente a su cargo, ya que involucra la recuperación de un terreno que habría sido despojado con la finalidad de liberar el camino de sirga del Riachuelo”[33].

3.3.2. La problemática de los ríos de montaña

En la región lindera con la Cordillera de los Andes, su vida gira en torno a los ríos de montañas que alimentan su caudal de las precipitaciones níveas y glaciares existentes, lo cual genera problemática vinculada con el calentamiento global que merma la cantidad de agua y con el empleo de la

misma que por construcciones de diques de almacenamiento y producción de energía eléctrica. Estas obras provocan que el curso de los ríos no supere las poblaciones aledañas a la cordillera y, con ello, se priva a los territorios del curso inferior del líquido y vital elemento.

Ello generó el reclamo de la provincia de La Pampa contra la de Mendoza para compartir el caudal.

Al respecto la CSJN, destacó la importancia del tema cuando dijo que “en el campo de los derechos de incidencia colectiva, es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad de resiliencia” [34].

Puntualmente resolvió que:

> “la relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de “compatibilización”, que no es una tarea “natural” (porque ello significaría, “obligar” a la naturaleza a seguir los mandatos del hombre) sino predominantemente “cultural”. En tal orden, es preciso conjugar la territorialidad ambiental, que responde a factores predominantemente naturales (en la especie, como el que demarca la extensión de la cuenca de un río) con la territorialidad federal, que expresa una decisión predominantemente histórica y cultural (aquella que delimita las jurisdicciones espaciales de los sujetos partícipes del federalismo argentino)”[35].

Como se colige, el tema del agua, está relacionado con los derechos humanos fundamentales. Sin ella, el ser humano y la vida natural (animales y plantas), no tienen capacidad para sobrevivir. Por ello, la solución deberá tener en cuenta esta circunstancia junto con la tradición federal en la distribución territorial y el histórico desarrollo socio-económico de los pueblos.

3.3.3. La problemática ambiental por los glaciares

Como se anticipó en el apartado anterior, la protección de los glaciares tiene consagración normativa en la Ley N° 26.639 denominada “Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial”[36], la cual enumera, en el art. 6, una serie de actividades prohibidas que pueden afectar la condición natural de los glaciares.

Ello, sin duda afecta a intereses de sectores mineros que tienen proyectos en pleno desarrollo en la zona cercana a los glaciares que motivó la toma de posición de la CSJN al respecto.

Cuando examinó el tema consideró que:

> “existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente -que involucran en los términos de la Ley de Glaciares, la posibilidad de estar afectando el acceso de grandes grupos de población al recurso estratégico del agua- la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos”.

Ello, por cuanto la caracterización del ambiente como “un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible” cambia sustancialmente el enfoque del problema, que no solo debe atender a las pretensiones de las partes, sino que exige:

> “una consideración de intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la

sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan”[37].

En otros términos:

“los múltiples objetivos que la Ley de Glaciares identifica para establecer la protección de las zonas de glaciares y periglaciares -entre las cuales vale resaltar su función de reserva de agua para el consumo humano y el respeto de la biodiversidad (art. 1°)- dan cuenta del alcance de la novedosa problemática ambiental que sus previsiones procuran afrontar. En efecto, el legislador conectó los efectos de ciertos procesos extractivos -más específicamente, la posible incidencia de la minería a gran escala en ciertas regiones del país- sobre la preservación y conservación de los glaciares como “reservas estratégicas” proveedoras de agua para el planeta. Ante este tipo de mandas legislativas -y en la medida en que los derechos colectivos ambientales han de ser tomados en serio- forzosamente su operatividad abre novedosos ámbitos de deliberación política y responsabilidad jurídica insospechada pocas décadas atrás. De ahí la utilidad del diálogo constructivo al que alude -entre Nación y provincias- el concepto de federalismo concertado acuñado en la cláusula ambiental de la Constitución Nacional” [38].

En función de los criterios expuesto resolvió en primer lugar:

“revocar la medida cautelar dictada por un juez federal a fin de suspender la aplicación de los arts. 2, 3, 5, 6, 7 y 15 de la Ley N° 26.639 -Protección de los glaciares y el ambiente periglacial-, pues los

fundamentos dados por el magistrado que previno para tener por acreditado el requisito de verosimilitud del derecho, resultan dogmáticos y no son suficientes para tornar procedente la medida, ya que, teniendo en cuenta la presunción de legitimidad de que gozan los actos legislativos, no basta para sustentar la verosimilitud del derecho la mera argumentación de que la norma impugnada afectaría los derechos de la actora sin demostrar claramente de qué modo se produciría un gravamen en el caso concreto, siendo insuficiente la mera alegación de un perjuicio cuando todavía no se conoce si la actividad se desarrolla en el ámbito del recurso protegido por la ley”[39].

Y finalmente, en la sentencia definitiva, entendió que:

“es improcedente el planteo solicitando que se declare la inconstitucionalidad de la Ley N° 26.639 que estableció el Régimen de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y el ambiente Periglacial, con base en que al sancionar la ley el Senado -que actuó como cámara de origen- eliminó uno de los arts. del proyecto de ley y aprobó las restantes modificaciones que Diputados había introducido en su calidad de cámara revisora, afectándose el art. 81 de la Constitución, en tanto es dable concluir que la eliminación realizada por dicha Cámara no resulta de entidad tal que implique la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley”[40].

3.3.4. Protección de bosques nativos

Como uno de los fenómenos económicos de las últimas décadas que genera destrucción ambiental, se presenta el cultivo intensivo de la soja, el cual saturó la zona de la pampa humedad (Buenos Aires, Santa Fe, Córdoba, San Luis y La Pampa), para extender su presencia en la zona norte central donde para transformar en cultivables grandes extensiones, deben eliminar la presencia de montes autóctonos.

La protección de esos ecosistemas indujo a la presentación de recursos extraordinarios a los fines de frenar la destrucción de los mismos.

Así la CSJN, analizó y dijo que:

> "si paralelamente a la elaboración del estudio que determine el impacto ambiental de los desmontes y talas de bosques nativos ordenado por la Corte, el Estado provincial en ejercicio de la jurisdicción local en la materia y del dominio originario de sus recursos naturales (arts. 41 y 124 de la Constitución Nacional), ha desarrollado políticas públicas ambientales tendientes a instaurar un régimen tuitivo en lo que concierne a la protección de dichos bosques (Ley N° 7543, decretos 2785/2009 y 2789/2009, creación de la Agencia de Áreas Protegidas y de la Agencia de Bosques Nativos), ello evidencia la voluntad política del Gobierno Provincial de superar el conflicto que dio origen al proceso y demuestra un avance significativo de la legislación provincial en lo que concierne a la protección de los bosques nativos, mediante la utilización de diversos instrumentos de gestión ambiental, por lo que corresponde levantar la suspensión ordenada, al haber desaparecido el peligro de daño irreversible que determinó aquella decisión (art. 203 CPCCN)"[41].

IV. A modo de reflexión final

La Republica Argentina ha concretado las distintas etapas evolutivas exigibles para una adecuada tutela normativa del medio ambiente al transformar a la misma en una política de Estado con la recepción de su protección en la normativa de la Constitución Nacional.

Además de ello, se reguló la Ley de Política Ambiental Nacional que contiene los presupuestos mínimos para una gestión ambiental sustentable en todo el país, dejando a las provincias, el dictado de la normativa regulatoria para cada ámbito donde pudiere afectarse el bien colectivo protegido.

Esta distribución de las incumbencias, entre la nación y las provincias, fue perfectamente delineadas en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En un aspecto que resulta relevante este tribunal fijo algunas pautas para llevar a cabo la interpretación judicial de la normativa tutora del medio ambiente, fijando en su favor un *in dubio pro* que se suma al principio precautorio para realizar una efectiva tutela judicial del habitad donde desarrollan sus actividades los seres humanos.

Las herramientas normativas existen, solo resta desear que los administradores las empleen adecuada y responsablemente para que no se transforme todo en una mera aspiración de deseo que satisface intereses personales o sectoriales, pero no los de la humanidad que reclama un medio ambiente sano y una producción sustentable en todo el orbe. El futuro comienza hoy y es nuestro deber histórico fijar los cimientos de uno venturoso.

LA FRUSTRACIÓN DE LA FINALIDAD DEL CONTRATO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Abg. Elena de la Torre de Yanzón

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación, incorpora, en materia contractual, importantes cambios adecuándose a la realidad de los nuevos tiempos y regula figuras que habían sido admitidas por la jurisprudencia pero que no tenían recepción legislativa, como es la frustración del fin del contrato. Nuestra intención es analizar este instituto, que recobra valor frente a la aparición del COVID-19 que ha producido y que seguramente seguirá generando, desequilibrios contractuales. Previamente, daremos una noción de la figura, expondremos los antecedentes, su fundamento y examinaremos la normativa legal, comparándola con otras. Por último, elaboraremos algunas conclusiones.

II. Noción de la figura

En principio, y en virtud del principio de autonomía de la voluntad, los contratos se celebran para ser cumplidos, aun

cuando por acontecimientos sobrevivientes puedan volverse desfavorables o inconvenientes para alguna de las partes. El ordenamiento jurídico no permite que el deudor se desobligue porque su contrato se ha convertido en un mal negocio[42].

No obstante, cuando las circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato y tenidas en cuenta por las partes en la formación del consentimiento varían y afectan el motivo determinante que las llevó a contratar, es decir, la causa del contrato, éste puede dejar de producir sus efectos, a pedido de la parte perjudicada. Se trata de un supuesto de ineficacia funcional del vínculo contractual[43].

Por lo tanto, podemos decir que la frustración del fin del contrato es una vicisitud sobreviviente a su celebración que supone una variación de las circunstancias existentes al celebrarse aquel, que provoca que una o ambas partes pierdan interés en su cumplimiento, por haber quedado desprovisto del sentido originario[44]. La frustración del fin del contrato, es parte de la patología del acuerdo, de lo anormal y no de lo común y ordinario[45].

III. El fin del contrato

Existe una íntima vinculación entre la frustración del fin del contrato y la causa, como elemento esencial de ese acto jurídico. Cuando se alude al fin del negocio se está refiriendo a la causa fin del acto jurídico. Por ende, expresar que el negocio se frustró es lo mismo que decir que se quedó sin causa. Falta un requisito esencial para seguir existiendo[46].

La causa responde a la pregunta por qué contratar, cuál fue el motivo concreto que se persigue mediante la celebración del contrato, conocido por ambas partes para llevar a cabo ese acto jurídico. Es la razón o motivo

determinante del contrato, que es común a ambos contratantes[47].

Es necesario distinguir la causa de los motivos que han impulsado a las partes a contratar. La primera es el fin inmediato, concreto y directo que ha determinado la celebración del contrato[48]; los segundos, son los móviles remotos o indirectos que no se vinculan necesariamente al acto, que anidan en la psiquis de las partes, jurídicamente irrelevantes.

Ahora bien, puede suceder que el móvil compartido obedezca originariamente al interés preponderante de una de las partes, pero una vez aceptado expresa o implícitamente por la otra, en el caso de que sean esenciales, pasa a ser una finalidad común, y su frustración sobreviviente, permite la extinción del vínculo[49]. Entonces, la causa fin abarca tres posibilidades:

a) fin inmediato determinante de la voluntad;

b) motivos exteriorizados e incorporados expresamente;

c) motivos esenciales para ambas partes, supuesto en el cual, aunque no sean expresos, pueden ser tácitamente deducidos.

Esta noción es receptada por el Código Civil y Comercial en su art. 281.

IV. El fundamento

Lamentablemente, en los Fundamentos del Código no hay mayores presiones sobre esta figura. Solo expresa “que, si bien es un tema relativo a la causa, se lo regula en los contratos porque es un ámbito de aplicación más frecuente”. Hubiera sido deseable, que los autores expusieran los motivos explicativos que los llevaron a incluir a esta vicisitud negocial, e incorporar notas explicativas que fundamenten el texto proyectado[50].

En general, podemos decir que el fundamento del instituto se halla en la teoría de las bases del negocio

jurídico[51]. Esta teoría sostiene que para la celebración de un contrato las partes tienen en cuenta ciertas circunstancias básicas que son propias del negocio jurídico en cuestión. De tal manera que si esas circunstancias no se dan o si ulteriormente resultan modificadas, el acto deviene ineficaz por insubsistencia de las bases que lo sustentan[52].

Por lo tanto, la aparición de circunstancias anormales, razonablemente no esperadas, ajenas a la voluntad de las partes, extrínsecas al acto y de tal gravedad que haga desaparecer la razón de ser y sentido del contrato, gravita en el normal desenvolvimiento ulterior del negocio, al punto que lo justo consiste en readecuarlo o extinguirlo[53].

Esta situación puede ser bastante común en los tiempos actuales, con motivo de la pandemia por el COVID-19 y las disposiciones de emergencia dictadas, especialmente en los contratos de locación o en otras relaciones contractuales. Como señala la doctrina, ejemplos de frustración del fin lo constituyen, entre otros, los contratos celebrados con empresas de limpieza para que realicen ese servicio cuando el comercio está abierto, y el comercio, debido a las normas dictadas por el CORONAVIRUS, deja de funcionar. El convenio de limpieza se puede resolver por frustración del fin.[54]

V. Antecedentes

El origen de esta figura se remonta al derecho anglosajón[55]. Nace en Inglaterra a principios del siglo XX. Son famosos los denominados “Casos de la Coronación”, resueltos por tribunales ingleses donde se hizo aplicación de este instituto. Con motivo del desfile correspondiente a la coronación del rey Eduardo VII, fue alquilado el uso de ventanas con el propósito de poder verlo; el desfile fue cancelado por enfermedad del rey y ello dio lugar a diversos pleitos. Las soluciones tuvieron distintos matices,

pero en los casos “Chander vs. Webter” y Krell v. Henry, fueron importantes para el desarrollo de esta teoría.

En el primero, el locatario había pagado las dos terceras partes del precio cuya restitución reclamaba por falta de “consideration” (causa en el derecho continental). El locador, en cambio exigía el pago del saldo. La Corte de Apelaciones de Londres consideró que “el efecto de la frustración no era declarar la nulidad ‘ab initio’ del contrato, sino solamente relevar a las partes de ulteriores prestaciones”[56].

En el segundo, se había alquilado una ventana sobre Pall Mall. El locatario debía pagar las dos terceras partes del precio el mismo día en que se decretó la suspensión del desfile. Antes, había pagado una seña. El locador pretendía el pago del saldo y el locatario, en cambio, quería la restitución de lo pagado. La Corte de Apelaciones liberó al arrendatario de pagar el precio entendiéndose que el paso del desfile real “fue considerado por ambas partes como fundamento del contrato”[57].

En nuestro derecho, se admitió jurisprudencialmente este instituto, en varias oportunidades, bajo la vigencia del Código Civil, por aplicación del principio de buena fe. Así, por ejemplo, se entendió que se había producido la frustración del fin del contrato en el caso del arrendamiento de un local en una galería o shopping center, desde que se había producido el fracaso de ese emprendimiento[58]; o un contrato de aparcería para realizar una explotación pecuaria que no podía llevarse a cabo por la falta de agua suficiente para el riego.[59]

A su vez, el proyecto de Código Único de 1987, el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, el Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, lo contemplaron. En cambio, no fue tratado en el Anteproyecto Bibiloni ni en el Proyecto de Reforma de 1936[60].

En las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Buenos Aires en el año 1.991, consideraron a

la frustración del contrato como un capítulo inherente a la causa del contrato y propiciaron su recepción legislativa.

VI. Previsión legal

Esta figura está contemplada en el Código, en el Libro III que trata de los derechos personales, Título II, que regula los contratos en general, Capítulo 13, cuando legisla sobre la extinción, modificación y adecuación del contrato.

El art. 1090 dispone: Frustración de la finalidad. “La frustración definitiva de la finalidad del contrato autoriza a la parte perjudicada a declarar su resolución, si tiene su causa en una alteración de carácter extraordinario de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, ajena a las partes y que supera el riesgo asumido por la que es afectada. La resolución es operativa cuando esta parte comunica su declaración extintiva a la otra. Si la frustración de la finalidad es temporaria, hay derecho a resolución sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial”.

VII. Ámbito de aplicación

El Código Civil y Comercial, expresamente, no determina cuál es el ámbito de aplicación, como sí lo hace al receptar la imprevisión[61]. Por la propia naturaleza del instituto, cabe concluir que funciona al igual que la imprevisión en los contratos conmutativos de ejecución diferida o permanente, ya que la idea de frustración del fin no es concebible en los contratos de ejecución inmediata. Por la misma razón, sólo sería aplicable a los contratos bilaterales, que son, por antonomasia, contratos onerosos y de cambio, en cuanto la frustración afecta al sinalagma

funcional.[62] A una de las partes le resulte inútil la prestación aun cuando a la otra le sea provechosa[63].

No obstante, es importante destacar que antes de su recepción legislativa, una postura doctrinaria minoritaria admitía su aplicación a los contratos unilaterales y gratuitos.

Al respecto sostenía:

> "Por ejemplo, si se donan prestaciones periódicas a una persona para paliar una situación de indigencia, y el donatario, posteriormente, obtiene una gran fortuna, el motivo determinante de la donación se ve frustrado porque la finalidad se obtiene por otro medio, por la influencia del azar, o de un tercero, en este caso parece justo liberar del cumplimiento de la prestación al donante"[64].

Seguramente, la doctrina y jurisprudencia ayudarán a dilucidar esta cuestión.

Asimismo, puede aplicarse a los aleatorios, cuando la frustración se produce por una causa extraña al alea del propio contrato.

VIII. Requisitos

Del texto legal podemos inferir que se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

> a)- Alteración extraordinaria de las circunstancias. No es necesario que se traten de acontecimientos imprevisibles, como hubiese preferido parte de la doctrina[65]. Basta con que sean extraordinarios, es decir, extraños al curso normal de los acontecimientos. Lo importante es que las partes no hayan participado en su producción. No interesa la

índole del hecho generador; puede ser humano, natural, económico, político, etc.[66]
b)- Afectación de la finalidad del contrato. Tales acontecimientos deben haber modificado el estado general de cosas cuya existencia o subsistencia era objetivamente necesaria para que la finalidad común del negocio pudiera cumplirse. Como dijimos, el fin con trascendencia jurídica es “el inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad” y le da su fisonomía al acto jurídico. En principio, los móviles, los fines mediatos que impelen a las partes a celebrar el contrato, carecen de gravitación, salvo que los motivos exteriorizados sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa o tácitamente si son esenciales para ambas partes[67]. Al desnaturalizarse las obligaciones, desaparece el sentido funcional del contrato[68]. La finalidad común debe resultar inalcanzable, aun cuando la prestación sea posible.
c) Ajenidad de la frustración con el riesgo asumido por el afectado. La variación de las circunstancias no debe estar comprendida dentro del riesgo asumido en el contrato por la parte que la alega.
d) La parte perjudicada no debe estar en mora. Debe haber cumplido su prestación o estar en situación de cumplir[69].

IX. Efectos

La frustración del fin del contrato puede provocar su resolución, suspensión y pensamos que también su readecuación. El Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, utilizaba el término “rescisión”, que fue, en general, criticado por la doctrina[70]. Fue cambiado por “resolución.”

El Código contempla la frustración definitiva y temporaria. La primera, frustra para siempre la causa fin del contrato y permite su resolución. La segunda, lo hace sólo por un tiempo determinado y en principio sólo puede suspenderse su cumplimiento, salvo que se impida el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

a) Resolución. La frustración del fin del contrato se trata de un supuesto de resolución dispuesta por la ley[71]. La resolución es un modo de extinción de los contratos, por la declaración de una de las partes, que en principio, salvo disposición legal en contrario, tiene efectos retroactivos y no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe.[72]

Las consecuencias de la resolución surgen de la aplicación de las normas sobre "extinción, modificación y adecuación del contrato" previstas en la Sección 5°, Capítulo 13 del Título II., art. 1079,1080 y 1081 del Código Civil y Comercial.

La resolución es operativa y funciona extrajudicialmente, cuando la parte perjudicada comunica su declaración extintiva[73]. No obstante, puede demandarse judicialmente su extinción[74].

Se debe distinguir entre prestaciones cumplidas y pendientes. a) Prestaciones cumplidas. Si alguna prestación fue cumplida antes del quiebre de la base objetiva del contrato por frustración de su causa fin, y su contraprestación no se encuentra cumplida, puede repetirse y deberá devolverse. De la misma manera, si alguna de las partes efectuó algún gasto en cumplimiento del contrato que no podrá cumplirse, deberá restituirse lo gastado.

Las prestaciones recíprocas cumplidas quedan firmes, en cuento resulten equivalentes, si son divisibles y han sido recibidas sin reservas respecto

del efecto cancelatorio de la obligación. Para estimar el valor de las restituciones del acreedor se tomarán en cuenta las ventajas que resulten o puedan resultar de no haber efectuado la propia prestación, su utilidad frustrada y, en su caso, otros daños. b)- Prestaciones pendientes. No deben cumplirse ni pueden reclamarse.

La resolución por frustración de la causa fin del contrato obsta a la pretensión de resarcimiento, por la "ajenidad" del evento frustrante. Aunque no consiste en una causal de exoneración del incumplimiento produce el mismo efecto que el caso fortuito. Por ello, no hay lugar al resarcimiento[75].

b)- Suspensión del cumplimiento del contrato. Sólo si se trata de una frustración temporaria. Consideramos un acierto la diferenciación entre frustración definitiva y temporánea, a los fines de tender a la supervivencia del vínculo contractual.

c)- La readecuación. Siguiendo autorizada doctrina, por la estrecha vinculación con la figura con la buena fe, es posible pensar que no debe descartarse la procedencia de la adecuación como remedio de las situaciones que pueden plantearse.[76] Así parece surgir también del art. 1013 del CCC. La adecuación permite la subsistencia del vínculo contractual. Consiste en reajustar el contenido del contrato de modo que se restablezca una finalidad compatible con la finalidad del contrato original.[77]

X. Diferencia con otras figuras

a) Con la obtención de la finalidad: Se obtiene la finalidad cuando el acreedor queda satisfecho, aunque el deudor no haya cumplido. Se logra la finalidad por un hecho diferente, por ejemplo, un

terremoto destruye la casa que el deudor se había obligado a destruir[78].

b) Con la imposibilidad de cumplimiento: En este caso la prestación no puede cumplirse, porque es materialmente o jurídicamente imposible. Cuando se produce la frustración del fin la prestación es posible, pero resulta inútil; puede ser, pero no merece ser cumplida[79].

c) Con la teoría de la imprevisión: La frustración del contrato puede producirse tanto por la excesiva onerosidad como por la frustración del fin. La frustración del contrato, es el género y la teoría de la imprevisión y la frustración de la finalidad del contrato, sus especies. En ambos casos se produce una imposibilidad relativa, es decir, se puede cumplir, pero con gran dificultad. En el primer caso, a costa de una prestación excesivamente onerosa; en el segundo, a costa de hacerlo sin interés o sin la finalidad prevista[80].

d) Con la nulidad: Si bien la frustración del contrato ataca la causa fin del contrato, que es un elemento esencial de éste, junto con el consentimiento y el objeto, se produce por un acontecimiento sobreviviente y no por vicios originarios como sucede en la nulidad[81].

XI. Conclusiones

1) La frustración del fin del contrato, es una vicisitud sobreviviente a su celebración que supone una variación de las circunstancias existentes al celebrarse aquel, que permite dejar sin efecto al contrato cuando una o ambas partes pierdan interés en su cumplimiento por haber quedado desprovisto de causa fin.

2) Es un acierto su recepción legislativa y su ubicación metodológica en el capítulo que regula las vicisitudes del contrato.
3) Hubiese sido deseable que se especificara el ámbito de actuación de esta figura, para evitar discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales que seguramente va a generar tal indefinición.
4) Es acertado la distinción entre frustración temporaria y definitiva, a los fines de tender a la supervivencia del vínculo contractual.
5) La frustración temporaria, permite, en principio, la suspensión del cumplimiento del contrato. La definitiva, faculta a la parte perjudicada a solicitar su resolución. La resolución del contrato tiene, en principio, efectos retroactivos, debiendo las partes restituirse lo que han recibido en razón del contrato o su valor, de acuerdo a las reglas de las obligaciones de dar para restituir. Puede pensarse que podría admitirse la readecuación del contrato.

DEFINICIONES EN LA LEY DE TRÁNSITO

Dr. Juan Carlos Pandiella Molina

I. Introducción

En muchas oportunidades, por la *vorágine* de nuestra actividad en el ejercicio de la profesión, aplicamos la normativa vigente, pero pocas veces nos enfocamos en realizar un pequeño análisis del contenido de cada una de las leyes como, por ejemplo, la Ley de Tránsito N° 24.449.

En el presente trabajo nos concentraremos en analizar el art. 5 de la citada normativa.

II. Definiciones

Advertidos de lo extenso del art. 5, donde encontramos definiciones importantes para la presente ley y al tránsito en general, los analizaremos a cada uno de los incisos por separados.

El art. 5, establece que: “A los efectos de esta ley se entiende por:

> a) Automóvil: el automotor para el transporte de personas de hasta ocho plazas (excluido conductor) con cuatro o más ruedas, y los de tres ruedas que exceda los mil kg. de peso;

b) Autopista: una vía multicarril sin cruces a nivel con otra calle o ferrocarril, con calzadas separadas físicamente y con limitación de ingreso directo desde los predios frentistas lindantes;
c) Autoridad jurisdiccional: la del Estado Nacional, Provincial o Municipal;
d) Autoridad local: la autoridad inmediata, sea municipal, provincial o de jurisdicción delegada a una de las fuerzas de seguridad;
e) Baliza: la señal fija o móvil con luz propia o retrorreflectora de luz, que se pone como marca de advertencia;
f) Banquina: la zona de la vía contigua a una calzada pavimentada, de un ancho de hasta tres metros, si no está delimitada;
g) Bicicleta: vehículo de dos ruedas que es propulsado por mecanismos con el esfuerzo de quien lo utiliza, pudiendo ser múltiple de hasta cuatro ruedas alineadas;
h) Calzada: la zona de la vía destinada sólo a la circulación de vehículos;
i) Camino: una vía rural de circulación;
j) Camión: vehículo automotor para transporte de carga de más de 3500 kilogramos de peso total;
k) Camioneta: el automotor para transporte de carga de hasta 3.500 kg. De peso total;
l) Carretón: el vehículo especial, cuya capacidad de carga, tanto en peso como en dimensiones, supera la de los vehículos convencionales;
ll) Ciclomotor: una motocicleta de hasta 50 centímetros cúbicos de cilindrada y que no puede exceder los 50 kilómetros por hora de velocidad;
ll bis) Ciclovías: Carriles diferenciados para el desplazamiento de bicicletas o vehículo similar no motorizado, físicamente separados de los otros carriles de circulación, mediante construcciones permanentes;

m) Concesionario vial; el que tiene atribuido por la autoridad estatal la construcción y/o el mantenimiento y/o explotación, la custodia, la administración y recuperación económica de la vía mediante el régimen de pago de peaje u otro sistema de prestación; n) Maquinaria especial: todo artefacto esencialmente construido para otros fines y capaz de transitar;
ñ) Motocicleta: todo vehículo de dos ruedas con motor a tracción propia de más de 50 cc. de cilindrada y que puede desarrollar velocidades superiores a 50 km/h;
o) Ómnibus: vehículo automotor para transporte de pasajeros de capacidad mayor de ocho personas y el conductor;
p) Parada: el lugar señalado para el ascenso y descenso de pasajeros del servicio pertinente;
q) Paso a nivel: el cruce de una vía de circulación con el ferrocarril;
r) Peso: el total del vehículo más su carga y ocupantes;
s) Semiautopista: un camino similar a la autopista, pero con cruces a nivel con otra calle o ferrocarril;
t) Senda peatonal: el sector de la calzada destinado al cruce de ella por peatones y demás usuarios de la acera. Si no está delimitada es la prolongación longitudinal de ésta;
u) Servicio de transporte: el traslado de personas o cosas realizado con un fin económico directo (producción, guarda o comercialización) o mediando contrato de transporte;
v) Vehículo detenido: el que detiene la marcha por circunstancias de la circulación (señalización, embotellamiento) o para ascenso o descenso de pasajeros o carga, sin que deje el conductor su puesto;

w) Vehículo estacionado: el que permanece detenido por más tiempo del necesario para el ascenso o descenso de pasajeros o carga, o del impuesto por circunstancias de la circulación o cuando tenga al conductor fuera de su puesto;
x) Vehículo automotor: todo vehículo de más de dos ruedas que tiene motor y tracción propia;
y) Vías multicarriles: son aquellas que disponen de dos o más carriles por manos;
z) Zona de camino: todo espacio afectado a la vía de circulación y sus instalaciones anexas, comprendido entre las propiedades frentistas;
z') Zona de seguridad: área comprendida dentro de la zona de camino definida por el organismo competente.

a) Automóvil

Se lo define como "*el automotor para el transporte de personas de hasta ocho plazas (excluido conductor) con cuatro o más ruedas, y los de tres ruedas que exceda los mil kg de peso".*

Según la Real Academia Española, en su primera acepción lo define de la siguiente manera: "que se mueve por si mismo. Dicho principalmente de los vehículos que pueden ser guiados para marchar por una vía ordinaria sin necesidad de carriles y llevan un motor, generalmente de combustión interna o eléctrico que los propulsa".[82]

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [83], dice que: "Automóvil: es el automotor para el transporte de personas de hasta ocho plazas (excluido conductor) con cuatro o más ruedas, y los de tres ruedas que exceda los mil kg de peso."

En el Código de Tránsito de Colombia en su art. 2, no da una sola definición de automóvil sino hace una distinción entre automóvil clásico y antiguo diciendo lo siguiente:

> “Automóvil antiguo: Automotor que haya cumplido 35 años y que conserve sus especificaciones y características originales de fábrica, presentación y funcionamiento.
> Automóvil clásico: Automotor que haya cumplido 50 años y que además de conservar sus especificaciones y características originales de fábrica, presentación y funcionamiento, corresponda a marcas, series y modelos catalogados internacionalmente como tales.”[84]

Un automóvil, al poder desplazarse por sí mismos o por una fuerza externa, los automóviles quedan sometidos a las disposiciones de las cosas muebles en general conforme lo dispuesto por el art. 227 del C.C. y C.[85]

Y en relación a la naturaleza jurídica, es doctrina unánime que los automotores son cosas muebles indivisibles, principales, no consumibles de conformidad a lo dispuesto por los arts. 227, 228. 229 y 231 del C.C. y C., y son objeto de derechos reales sobre cosas registrables[86].

Si bien, como lo señala Zelaya[87], dos automóviles de la misma marca, año y color puedan parecer similares entre si dentro de la misma especie, no pueden considerarse fungibles en los términos del art. 232 C.C. y C., porque cada individuo posee elementos de identificación que lo convierten en único en su especie desde que el mismo sale de la fábrica. Esto es así, porque la terminal automotriz se identifica automóvil con códigos alfanuméricos tanto en el motor, que es la máquina alimentada por combustibles (naftas, gasoil, fueloil, gas natural comprimido o licuado a presión) que genera la energía para que la cosa mueble se ponga en movimiento, como en el chasis o bastidor, ambos componentes que están en todos los automóviles, se graban o se adhieren a ellos chapas en el cuerpo de ambos o que se vuelcan en el certificado de fabricación, si es de producción nacional, o en el certificado de aduana en el

caso del automóvil importado, y esto, permite distinguirlo de cualquier otro de la misma especie, no obstante su identidad física exterior. Esta identificación se mantiene inalterable durante la vida útil del automotor, y su deterioro o adulteración puede constituir el delito de falsifación de marcas tipificado en el art. 289 del Código Penal.

En síntesis, antes de la inscripción inicial en el Registro de la Propiedad del Automotor, el automóvil posee un motor y un chasis que han sido individualizados por el fabricante, y este asunto de la identificación se completa con la inscripción en el registro mencionado, donde se le otorga un código alfanumérico, comúnmente conocido como patente, que se publicita en la chapa que se colocan en un lugar visible tanto en el frente como en la parte posterior del vehículo.

Atento a que estos bienes tienen un alto valor económico y un vertiginoso tráfico comercial, fue menester asegurar los derechos transmitidos en relación a sus titulares y de los terceros interesados, se reguló especialmente esta categoría de bienes muebles registrables mediante el decreto 6582/58, vigente al día de la fecha con una gran cantidad de modificaciones. Por la complejidad del marco regulatorio de los automotores, este decreto fue complementado, integrado y modificado por distintas disposiciones técnico registrales, y por el Digesto de Normas Técnico- Registrales del Automotor (DNTRA), aprobado mediante la disposición 36/96 de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y Créditos Prendarios, publicado en el B.O. el día 26/4/1996.

En este decreto no se da ninguna definición de automotor, pero en su art. 5 enumera una serie de vehículos a los que se considerará como tales para la aplicación del citado decreto. Textualmente el citado art. dice:

> “A los efectos del presente Registro serán considerados automotores los siguientes vehículos: automóviles, camiones, inclusive los llamados tractores para semirremolque, camionetas, rurales, jeeps, furgones de reparto, ómnibus, micrómnibus y colectivos, sus respectivos remolques y acoplados, todos ellos aun cuando no estuvieran carrozados, las maquinarias agrícolas incluidas tractores, cosechadoras, grúas, maquinarias viales y todas aquellas que se auto-propulsen. El Poder Ejecutivo podrá disponer, por vía de reglamentación, la inclusión de otros vehículos automotores en el régimen establecido”.

Por otra parte, tenemos que tener en cuenta una nueva situación que se nos presenta con los avances tecnológicos y el cuidado del medio ambiente, se están poniendo de moda, sobre todo en los países avanzados, los automóviles con motores eléctricos. Ahora bien, en nuestros países en vías de desarrollo, resulta menester realizarse la siguiente pregunta ¿vale la pena un automóvil eléctrico?

Ante ese cuestionamiento, debemos tener en cuenta que, hoy en día la tecnología se encuentra en pleno apogeo, gracias a ella, podemos realizar muchas cosas que anteriormente creíamos que eran imposible, muchos sectores han venido evolucionado en cuanto a la tecnología que usan en sus productos y el sector automotriz no es la excepción. Es un sector que ha venido evolucionado constantemente desde la invención del carro, entre estos grandes avances podemos destacar la posibilidad de contar con carros eléctricos e incluso motocicletas y otro tipo de vehículos.

¿Pero, sabemos cuáles son las diferencias entre un automóvil eléctrico y uno convencional? ¿realmente vale la pena invertir dinero en un automóvil eléctrico?, pues estas incógnitas se las dejaremos a criterio de cada uno de los

lectores, a continuación, les mostraremos las ventajas y contras de un automóvil eléctrico.

Ventajas de un automóvil eléctrico:

1. Ahorro en combustible: Sin duda alguna el ahorro en combustible es la más destacada ventaja que podemos encontrar en un automóvil eléctrico, pues a diferencia de la gasolina y el diesel; la energía eléctrica resulta mucho más económica.
2. Poco mantenimiento: Por estar dotado con un motor más actualizado y más fidedigno a la hora de presentar problemas se reducen gastos en mantenimientos, pues este tipo de motores es muy poco probable que se presenten averías, lo cual conlleva a un ahorro significativo a diferencia de los automóviles convencionales, los cuales si presentan gran variedad de problemas técnicos.
3. Muy cómodos: Una característica innata en un automóvil eléctrico, es la comodidad y espacio que presentan, esto gracias a su diseño compacto y ligero, pues al llevar un motor más pequeño y menos componentes que un vehículo tradicional presentan espacios más cómodos y disponibles para el usuario.
4. Ecológicos: Por ser vehículos que funcionan con un motor eléctrico no generan emisiones de gases contaminantes, aportando así a la preservación del medio ambiente.
5. Silenciosos: Un automóvil eléctrico produce muy poco ruido en su motor, casi que imperceptible, generando así un ambiente relajado y propicio para las conversaciones al interior de él.
6. Beneficios del gobierno: Muchos piases han implementado beneficios y descuentos para las personas que adquieran este tipo de vehículos, como por ejemplo en el caso de Colombia, se obtienen beneficios como: Exención de restricción

de la movilidad como el pico y placa, descuentos en impuesto de vehículo, SOAT y tecnomecánica.

Contras de un automóvil eléctrico:

1. Muy costosos: La principal contra que tienen los automóviles eléctricos, es el elevado precio que tienen actualmente en los mercados, y esto se debe al elevado costo de la batería, pues, estos vehículos están dotados de baterías de gran capacidad y especializadas, adicionalmente a ello la poca oferta y demanda de este tipo de vehículos.
2. Autonomía: Otro aspecto en contra de un automóvil eléctrico es la autonomía de la batería, pues en promedio un vehículo de estos recorre 200 kilómetros antes de requerir una nueva carga, sin embargo, este kilometraje puede ser más o menos según la marca y tipo de batería del vehículo.
3. Poco respaldo en talleres: Por tratarse de un sector "nuevo" aún se cuentan con muy pocos talleres especializados para este tipo de vehículos, sin embargo, si usted adquiere un automóvil eléctrico serán muy pocas las veces que requiera de un taller.

b) Autopista

Se la define como "una vía multicarril sin cruces a nivel con otra calle o ferrocarril, con calzadas separadas físicamente y con limitación de ingreso directo desde los predios frentistas lindantes".

Según el diccionario de la Real Academia Española, autopista es: "Carretera con calzadas separadas para los

dos sentidos de la circulación, cada una de ellas condos o más carriles, sin cruces a nivel."[88]

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [89], dice: "Autopista: vía multicarril sin cruces a nivel con otra arteria o ferrocarril, con calzadas separadas físicamente y con limitación de ingreso directo desde los predios frentistas lindantes."

En el Código de Tránsito de Colombia, se la define como:

> "Vía de calzadas separadas, cada una con dos (2) o más carriles, control total de acceso y salida, con intersecciones en desnivel o mediante entradas y salidas directas a otras carreteras y con control de velocidades mínimas y máximas por carril."[90]

La circulación en las autopistas se encuentra vedada:

- Para los peatones, aun por las banquinas.
- Para los vehículos propulsados por el conductor -por sus músculos-, casos de las bicicletas, triciclos y similares.
- Para los vehículos de tracción a sangre, tirados por animales, como caballos, mulas, bueyes, etc.
- Para los ciclomotores, es decir, motocicletas de hasta 50 cc de cilindrada y que no pueden exceder los 50km/h de velocidad.
- Para la "maquinaria especial", todo artefacto esencialmente construido para otros fines y capaz de transitar.

Señala, Mosset Iturraspe, que esta enumeración es exhaustiva, no ejemplificativa; por ello los no comprendidos pueden transitar, salvo una analogía evidente.[91]

c) Autoridad jurisdiccional: la del Estado Nacional, Provincial o Municipal

En otros países de la región, como por ejemplo Colombia, en el art. 3, de su Código Nacional De Tránsito de Colombia, Ley N° 769-2002, establece, que:

> “Para los efectos de la presente ley entiéndase que son autoridades de tránsito, en su orden, las siguientes:
> El Ministro de Transporte.
> Los Gobernadores y los alcaldes.
> Los organismos de tránsito de carácter departamental, municipal o Distrital.
> La Policía Nacional a través de la Dirección de Tránsito y Transporte.
> Los Inspectores de Policía, los Inspectores de Tránsito, Corregidores o quien haga sus veces en cada ente territorial.
> La Superintendencia General de Puertos y Transporte.
> Las Fuerzas Militares para cumplir exclusivamente lo dispuesto en el parágrafo 5o de este art.
> Los Agentes de Tránsito y Transporte.
> PARÁGRAFO 1o. Las entidades públicas o privadas a las que mediante delegación o convenio les sean asignadas determinadas funciones de tránsito, constituirán organismos de apoyo a las autoridades de tránsito.
> PARÁGRAFO 2o. El Gobierno Nacional podrá delegar en los organismos de tránsito las funciones que por ley le corresponden al Ministerio de Transporte.
> PARÁGRAFO 3o. Las Autoridades, los organismos de tránsito, las entidades públicas o privadas que constituyan organismos de apoyo serán vigiladas y

> controladas por la Superintendencia de Puertos y Transporte.
> PARÁGRAFO 4o. La facultad de Autoridad de Tránsito otorgada a los cuerpos especializados de la Policía Nacional se ejercerá como una competencia a prevención.
> PARÁGRAFO 5o. Las Fuerzas Militares podrán ejecutar la labor de regulación del tránsito, en aquellas áreas donde no haya presencia de Autoridad de Tránsito."

Pedimos disculpas a nuestros lectores, pero entendemos necesario, ir a las fuentes del derecho constitucional para dar un breve comentario a estos incisos.

Este inciso, entendemos, está en consonancia con los dispuesto por el art. 1 de la Constitución Nacional que establece: "La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución", y luego en su art. 5 sostiene:

> "Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones."

Al comentar el art. 1 de la Constitución Nacional, Ekdejkdjian, adptar la forma de gobierno el sistema federal, significa que además de la división orgánica o funcional, las funciones del poder están distribuidas territorialmente en órganos regionales, los cuales ejercen un poder parcelado sobre una porción del territorio nacional. A estas entidades asi formadas se las denomina

provincias en nuestra Constitución. Coexisten junto con el Estado federal en un plexo de relaciones de diverso tipo.[92]

Este mismo autor, señala algunas notas características del sistema Federal.[93]

La *primera nota* del federalismo es la existencia de dos órdenes de gobierno. Prefiere sostener, este autor, que existen dos sistemas normativos de distinto nivel en el cual uno de ellos (el provincial o estadual) está subordinado -en principio- al otro (el federal).

La *segunda nota* es que la Constitución (nacional) es una ley de participación. La norma constitucional federal es la que distribuye las competencias entre ambos sistemas y establece los límites de los respectivos ámbitos de cada uno.

La *tercera nota* es la descentralización del poder político. Esto es consecuencia de lo expresado en las dos anteriores. En otras palabras, el sistema normativo federal tiene validez en todo el territorio del Estado, los sistemas normativos provinciales, en cambio, sólo en una porción de éste, la que corresponde a la respectiva provincia.

La *cuarta nota* distintiva consiste en que el juego de ambos sistemas normativos es un medio de cohesión de diversas zonas geográficas con distintas particularidades. En efecto, la existencia misma de esos dos niveles de sistemas normativos permite un margen amplio para superar los conflictos que normalmente aparecen entre el gobierno central y los provinciales. El permanente juego de las fuerzas centrípetas y centrífugas existentes entre ambos, brinda una solución mucho más flexible y sencilla (a veces) que en los sistemas unitarios.

La *quinta nota,* y quizá la más importante, es la necesidad de permanentes garantías de respeto recíproco de cada sistema a las atribuciones propias del otro. En efecto, si se produce un avance significativo del sistema federal sobre los sistemas provinciales (que es lo más frecuente), o a la inversa, se rompe el equilibrio y puede producirse, o bien la ruptura del Estado federal, o bien su

trasformación en - Estado unitario, o ambas cosas (parcialmente) al mismo tiempo. Las relaciones entre ambos sistemas son esencialmente dinámicas y resultantes e las fuerzas centrípeta y centrífuga, que son magnitudes vectoriales de sentido contrario y tienden a anularse recíprocamente.

Por otra parte, otro gran constitucionalista como Sagües[94], sobre el régimen federal sostiene que se debe partir del supuesto de que "las constituciones deben ser adecuadas al país que las recibe", Alberdi propuso en su proyecto de constitución un *sistema mixto (inevitable,* añadía) que "abrace y concilie las libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la Nación" *(Bases,* cap. XVII). La tesis de la *fusión* entre las formas *de unidad y federación (Bases,* caps. XXI y XXII) perfila el régimen que la Constitución nacional llama "federal" en su art. 1°. En concreto, la Constitución diseña un Estado *intermedio* (como también lo rotuló Alberdi) entre una federación y un país unitario, con un "Gobierno federal" (así lo llama, p.ej., en los arts. 2° y 4°), Y "gobiernos de provincia" (como los denomina en el Título Segundo de la Segunda Parte). El Gobierno federal y los de provincias forman en su conjunto las "autoridades de la Nación", según la terminología empleada como título de la Segunda Parte de la Constitución nacional. Por esa estructura *semifederal,* o *mixta,* las provincias son *autónomas,* en el sentido de que eligen sus propias autoridades (art. 122), dictan sus constituciones locales, bajo ciertos recaudos (art. 6°), y cuentan con una Cámara en el Congreso nacional (el Senado), formado por los senadores de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires (art. 54). Esto último importa, teóricamente, la participación de la *voluntad provincial* en la elaboración del derecho nacional, en la designación de algunas autoridades federales, como jueces, militares superiores y embajadores (art. 99, incs. 4°, 7° Y 13) Y en la adopción de ciertas decisiones políticas (p.ej., en la declaración del estado de sitio por ataque exterior, que

pronuncia el presidente con acuerdo del Senado -art. 99, inc. 16, Const. nacional-).

Agrega, este autor, las ecuaciones de poder entre el Gobierno federal y los provinciales se concretan, además, con un reparto de competencias: poderes *exclusivos de la Nación, exclusivos de las provincias,* poderes *concurrentes,* poderes *prohibidos para la Nación* y *prohibidos para las provincias.* Los poderes no otorgados por la Constitución de la Nación, pertenecen a las provincias (art. 121). La Corte Suprema ha calificado a la federación argentina como una "unión indestructible de provincias indestructibles" ("Bressani", *Fallos,* 178:9), tesis que, sin embargo, no es absoluta. También ha dicho que la Constitución abraza el ideal federalista con idéntico fervor que el republicano ("Montes de Oca", *Fallos,* 315:2780) y que, por ende, este último, es de "unidad en la diversidad".[95]

Siguiendo el pensamiento de Badeni, la característica básica del Estado federal consiste en presuponer la preexistencia de organizaciones globales con poder soberano que, en virtud del acuerdo documentado en la Constitución que se sanciona, transfieren ese poder a la nueva estructura política creada por ellas. Aquellas organizaciones globales, quedan desprovistas de su poder soberano y conservan, solamente, las atribuciones propias de las entidades autónomas.[96]

d) Autoridad local: la autoridad inmediata, sea municipal, provincial o de jurisdicción delegada a una de las fuerzas de seguridad

Con el comentario del inciso anterior y del presente, se advierte, como lo señala Piedecasas[97], hay una denominada "dimensión normativa" del sistema, en tanto en cuanto el mismo está conformado por leyes nacionales, provinciales, ordenanzas municipales y resoluciones de

organismos administrativos. Cuestión que se encuentra directamente vinculada con la dimensión territorial del tránsito, que atendiendo a su especial movilidad atraviesa territorios nacionales, provinciales y municipales, y en cada uno de ellos puede existir una normativa diferente, ya que se trata de materias no delegadas y donde las provincias y municipalidades respectivamente pueden regular el tránsito, de acuerdo a sus propios principios y reglas.

El autor citado, señala también, que el sistema legal del tránsito reconoce, en principio, tres ámbitos normativos: a) Nacional, b) Provincial y c) Municipal. Tres ámbitos normativos que conciernen con tres dimensiones territoriales. Esta diversidad de ámbitos a traído diversas cuestiones problemáticas entre las autoridades nacionales, provinciales y municipales.

Se han dado situaciones particulares, que han llegado al ámbito de la Corte Suprema de Justicia Nacional, en especial aquellas situaciones en las que actuaba Gendarmería Nacional, pero en ámbitos provinciales, como es habitual en nuestras rutas. La presente ley que comentamos, posibilita esta actuación coordinada, siempre y cuando exista un convenio que así lo exprese, o una autorización expresa de las provincias para realizar actuaciones de gendarmería sobre esos espacios, como por ejemplo, lo que sucedió en la Provincia de San Juan que celebró un convenio con Gendarmería Nacional, para que esta actuara en la ruta Provincial N°14, conocida como Av. de Circunvalación Federico Cantoni, que forma un anillo que une y posibilita un rápido acceso a los municipios que conforman lo denominado el “Gran San Juan”.

e) Baliza

Se la define como: “la señal fija o móvil con luz propia o retrorreflectora de luz, que se pone como marca de advertencia”.

Es semejante a la definición que nos da el diccionario de la Real Academia Española que en su primera acepción nos dice que baliza es: “Señal fija o móvil que se pone de marca para indicar lugares peligrosos o para orientación del tráfico marítimo, aéreo y terrestre.”

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [98], dice que:

> “Baliza es:
> a) Dispositivo fijo o móvil con luz propia o reflector de luz, que se usa como marca de advertencia en la vía pública.
> b) Dispositivo fijo con luz propia usado como señal de advertencia e identificación por los vehículos de emergencia.
> c) Luces intermitentes de emergencia de los vehículos en general.”

Bajo el régimen de la antigua ley de tránsito ya se sostenía que: “La Ley N° 13.893 (ADLA, IX-A, 411), no permite de ningún modo el estacionamiento sobre la faja pavimentada y menos aún su ocupación casi total con un camión cruzado sobre ella ; para el caso de extrema necesidad, en que el vehículo no pueda retirarse de la faja pavimentada, se impone la obligación de balizar debidamente con señales luminosas adecuadas que pongan en antecedentes a los otros conductores de que se aproximan a una situación de peligro.” (Cámara de Apelaciones en lo Penal de Santa Fe, sala II, 15/08/1980, Partes: O., H. N. - Cita Online: AR/JUR/7191/1980)

f) Banquina

Se la define como: “la zona de la vía contigua a una calzada pavimentada, de un ancho de hasta tres metros, si no está delimitada.”

Según el diccionario de la Real Academia Española, lo define como “margen a los lados de la calzada”, su sinónimo es arcén, deriva del italiano banchina, y señala que es un regionalismo utilizado en Argentina, Paraguay y Uruguay.

En palabras simples, es la franja o margen a la orilla de una carretera, no destinada para la circulación habitual de vehículos.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [99], dice que: “Banquinas: es la zona de la vía contigua a una calzada pavimentada, de un ancho de hasta tres metros, si no está delimitada.”

Las banquinas se destinan para el estacionamiento provisorio y momentáneo de los vehículos. Además, ejercen funciones de contención lateral de la calzada, evitándose de esta manera su deterioro.

g) Bicicleta

Se la define como: “vehículo de dos ruedas que es propulsado por mecanismos con el esfuerzo de quien lo utiliza, pudiendo ser múltiple de hasta cuatro ruedas alineadas.”

Según el art. 5 inc. g, del decreto reglamentario 779/1995, queda comprendida dentro de la definición de bicicleta aquella con pedaleo asistido, entendiéndose por tal al vehículo propulsado en forma principal por mecanismos con el esfuerzo de quien lo utiliza, y como propulsión auxiliar, está equipado con un motor eléctrico. En ningún caso, deberán superar como potencia máxima continua nominal los cero coma cinco kilowatts (0,5 kW), ni desarrollar una velocidad superior a los veinticinco kilómetros por hora (25 km/h), conforme lo determinado para la categoría L de vehículos.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [100], dice lo siguiente: “Bicicleta: (velocípedo, cicla, bici, chiva) vehículo de dos ruedas que es propulsado con el esfuerzo de quien lo utiliza, pudiendo ser múltiple, de hasta cuatro ruedas alineadas.”

Por otra parte, en el diccionario de la Real Academia Española se la define como: “Vehículo de dos ruedas, normalmente de igual tamaño, cuyos pedales transmiten el movimiento a la rueda trasera por medio de un plato, un piñón y una cadena.”[101]

En similar sentido, en Colombia se lo define como: “Bicicleta: Vehículo no motorizado de dos (2) o más ruedas en línea, el cual se desplaza por el esfuerzo de su conductor accionando por medio de pedales.”[102]

h) Calzada

Se la define como: “Es la zona de la vía destinada sólo a la circulación de vehículos.”

Según el art. 5 inc. h, del decreto reglamentario 779/1995, quedan comprendidos en la definición de calzada aquellas áreas de terrenos públicos delimitadas y autorizadas especialmente por Autoridad competente para la circulación de determinados vehículos de categorías L6(a), L6G(b), L7(a) y L7G(b), conforme los criterios mínimos de seguridad vial que establezca la Agencia Nacional De Seguridad Vial.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [103], dice que “Calzada: es la zona de la vía destinada sólo a la circulación de vehículos”.[104]

Según el diccionario de la Real Academia Española, en nuestro idioma tiene tres acepciones a saber:

1. f. Parte de la calle comprendida entre dos aceras.

2. f. En las carreteras, parte central dispuesta para la circulación de vehículos. 3. f. Camino pavimentado que

unía poblaciones.[105]

i) Camino

Se la define como: “Una vía rural de circulación”.

Definición que se repite en el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [106].

Para el diccionario de la Real Academia Española[107], tiene ocho acepciones, que solo citaremos dos de ellas, que entendemos se encuentran vinculados al tema que nos ocupa, son las siguientes: 1. m. Tierra hollada por donde se transita habitualmente. 2. m. Vía que se construye para transitar.

j) Camión

Se la define como: “Vehículo automotor para transporte de carga de más de 3500 kilogramos de peso total”.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [108], se hace una distinción entre camión chasis y camión tractor, diciendo que:

Camión chasis: vehículo destinado a transporte de carga de más de tres mil quinientos (3500) kilogramos de peso total. A diferencia del camión tractor, la caja de carga está adherida al tractor.

Camión tractor: vehículo diseñado y fabricado para arrastrar un acoplado o un semirremolque destinado para el transporte de cargas.

Según el diccionario de la Real Academia Española[109], es “Vehículo de cuatro o más ruedas que se usa para transportar grandes cargas.”

k) Camioneta

Se la define como: “el automotor para transporte de carga de hasta 3.500 kg. de peso total”.

Según el diccionario de la Real Academia Española[110], es “Vehículo automóvil, normalmente con caja abierta, menor que el camión y que sirve para el transporte de mercancías.” Deriva del francés camionette, y es diminutivo de camión.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [111], dice: “Camioneta: (furgoneta) vehículo con capacidad para transportar cargas de hasta tres mil quinientos (3500) kilogramos de peso total, con cabina simple, extendida, o doble y con caja cubierta o descubierta”.

l) Carretón

Se lo define como: “el vehículo especial, cuya capacidad de carga, tanto en peso como en dimensiones, supera la de los vehículos convencionales”.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [112], se repite la misma definición.

Según el diccionario de la Real Academia Española[113], “Carro pequeños a modo de un cajón abierto, con dos o cuatro ruedas que puede ser arrastrado por una caballería”.

ll) Ciclomotor

Se la define como: “una motocicleta de hasta 50 centímetros cúbicos de cilindrada y que no puede exceder los 50 kilómetros por hora de velocidad”.

Según el art. 5 inc. ll, del decreto reglamentario 779/1995, queda comprendida la motocicleta de dos (2) o

tres (3) ruedas de hasta cincuenta centímetros cúbicos (50 c.c.) de cilindrada o con un motor eléctrico cuya potencia máxima continua nominal no supere los cuatro kilowatts (4 kw.), que no excedan, en ambos supuestos, los cincuenta kilómetros por hora (50 km/h) de velocidad; y en el inc. ñ, agrega que quedan comprendidos en la definición los vehículos automotores de dos (2) o tres (3) ruedas asimétricas (motocicleta con sidecar) con un motor de combustión interna de más de cincuenta centímetros cúbicos (50 c.c.) de cilindrada o con un motor eléctrico de potencia máxima continua nominal superior a cuatro kilowatts (4 kw), que pueda desarrollar, en ambos casos, velocidades superiores a cincuenta kilómetros por hora (50 km/h).

Según el diccionario de la Real Academia Española[114], es “Bicicleta con motor de pequeña cilindrada, que no puede alcanzar mucha velocidad”.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [115], dice:

> “Ciclomotor: vehículo de dos ruedas con hasta cincuenta (50) centímetros cúbicos de cilindrada o hasta mil (1000) *Watts* de potencia y con capacidad para desarrollar no más de cincuenta (50) kilómetros por hora de velocidad. Deben poseer una distancia mínima entre ejes de novecientos cincuenta (950) milímetros y el asiento debe estar a una altura mínima de seiscientos (600) milímetros.”

ll bis) Ciclovías

Se la define como: Carriles diferenciados para el desplazamiento de bicicletas o vehículo similar no motorizado, físicamente separados de los otros carriles de circulación, mediante construcciones permanentes.

Según el diccionario de la Real Academia Española[116] es una palabra que se usa principalmente en países latinoamericanos (Bolivia, Chile, Colombia, C. Rica, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay) en el siguiente sentido, “En una vía pública, carril destinado exclusivamente a la circulación de bicicletas”.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [117], dice: Ciclovía: carril separado físicamente mediante construcciones permanentes, sobre la calzada, destinados de forma exclusiva para la circulación de bicicletas u otro vehículo de movilidad personal.

m) Concesionario vial

Se la define como: “El que tiene atribuido por la autoridad estatal la construcción y/o el mantenimiento y/o explotación, la custodia, la administración y recuperación económica de la vía mediante el régimen de pago de peaje u otro sistema de prestación”.

Según el diccionario de la Real Academia Española[118], concesionario es un adjetivo y significa “Dicho de una persona o de una entidad: A la que se hace o transfiere una concesión”; y concesión en su tercera y cuarta acepción hace referencia al derecho y significa: “3. f. Der. Negocio jurídicopor el cualla Administración cedeuna persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o lagestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones.

4. f. Der. Otorgamiento que una empresa hace a otra, o a un particular, de vender y administrar sus productos en una localidad o país distinto.”[119]

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [120], dice al respecto que: “Concesionario vial: tiene atribuida por la autoridad estatal la explotación, construcción, mantenimiento, custodia, administración o

recuperación económica de la vía concesionada, mediante el régimen de pago de peaje u otro sistema de prestación.”

n) Maquinaria especial

Se la define como: “Todo artefacto esencialmente construido para otros fines y capaz de transitar.”

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [121], dice: Maquinaria especial: todo artefacto esencialmente construido para otros fines y capaz de transitar. Ejemplo: maquinaria agrícola, topadoras, grúas móviles.

ñ) Motocicleta

Se la define como: “Todo vehículo de dos ruedas con motor a tracción propia de más de 50 cc. de cilindrada y que puede desarrollar velocidades superiores a 50 km/h.”

Según el art. 5 inc. ñ, del decreto reglamentario 779/1995, Quedan comprendidos en la definición los vehículos automotores de dos (2) o tres (3) ruedas asimétricas (motocicleta con sidecar) con un motor de combustión interna de más de cincuenta centímetros cúbicos (50 c.c.) de cilindrada o con un motor eléctrico de potencia máxima continua nominal superior a cuatro kilowatts (4 kw), que pueda desarrollar, en ambos casos, velocidades superiores a cincuenta kilómetros por hora (50 km/h).

Según el diccionario de la Real Academia Española[122], motocicleta es “Vehículo automóvil de dos ruedas, con uno o dos sillines y, a veces, con sidecar.” Deriva del francés motocyclette.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [123], dice que Motocicleta es: todo vehículo

de dos ruedas con lugar para el conductor y a lo sumo un pasajero, con motor a tracción propia de más de 50 cc. de cilindrada y que puede desarrollar velocidades superiores a 50 km/h. con motor térmico de una cilindrada superior a cincuenta centímetros cúbicos (50 cc) o con motor eléctrico cuya potencia continua nominal sea superior a cuatro kilowatts (4 kW), y que puede desarrollar una velocidad de diseño (proyecto) superior a cincuenta kilómetros por hora (50 km/h).

o) Omnibus

Se la define como: “Vehículo automotor para transporte de pasajeros de capacidad mayor de ocho personas y el conductor”.

Según el diccionario de la Real Academia Española[124], es “Vehículo de transporte colectivo para trasladar personas, generalmente dentro de las poblaciones.” Deriva del latín ómnibus, que significa para todos.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [125], define como: “vehículo para transporte de pasajeros de capacidad mayor de ocho personas y el conductor. También se lo puede denominar como autobús.”

En este mismo glosario luego hace la siguiente clasificación de ómnibus:

Ómnibus articulado: transporte de pasajeros urbano de dos o más secciones con una de ellas motora y la otra remolcada.

Ómnibus con doble piso: transporte de pasajeros de larga distancia que posee dos niveles para el transporte de pasajeros.

Ómnibus larga distancia: según su servicio interurbano, circulando sobre zona rural, ingresando a las zonas urbanas para ascenso y descenso de pasajeros. Sus paradas y recorridos se encuentran definidos previamente. Ómnibus urbano: según su tipo de servicio, se desplaza por zonas

pobladas, sobre calles y avenidas con recorrido y paradas definidas.

Microómnibus: (Van) Posee un piso. Cantidad de asientos menor o igual a quince (15).

Minibús: Cantidad de asientos entre quince (15) a diecinueve (19).

p) Parada

Se la define como que “el lugar señalado para el ascenso y descenso de pasajeros del servicio pertinente”.

Según el diccionario de la Real Academia Española, en la novena acepción la define como “Lugar en que se detienen los vehículos destinados a transportes públicos y donde esperan los pasajeros”.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [126], señala que, Parada de transporte, es el lugar señalado para el ascenso y descenso de pasajeros del servicio pertinente.

q) Paso a nivel

Se la define como: “el cruce de una vía de circulación con el ferrocarril”.

Según el diccionario de la Real Academia Española, es “Sitio en que un ferrocarril se cruza con otro camino del mismo nivel”.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [127], se señala que “Paso a nivel: es el cruce o la intersección al mismo nivel entre una vía férrea y una ruta o carretera, camino o cualquier vía de circulación. En ellos los trenes tienen siempre prioridad debido a que su inercia les impide detenerse con facilidad.”

r) Peso

Para la presente ley, se entiende como: “el total del vehículo más su carga y ocupantes”.

En el diccionario de la Real Academia Española[128] tiene veintiún acepciones, de las cuales solo citaremos las primeras cuatros porque entendemos que están vinculadas al tema que estamos analizando.

1. m. Fuerza con que la Tierra atrae a un cuerpo.
2. m. Fuerza de gravitación universal que ejerce un cuerpo celeste sobre una masa.
3. m. Medida del peso.
4. m. peso que por ley o convenio debe tener algo.

s) Semiautopista

Se la define como: “Un camino similar a la autopista, pero con cruces a nivel con otra calle o ferrocarril”.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [129], dice que, Semiautopista/autovía, es la vía multicarril con calzadas separadas con cruces a nivel con otra arteria o ferrocarril y sin limitación de ingresos directos desde los predios frentistas lindantes.

Como se puede observar las principales diferencias con las autopistas, es que en este caso las semiautopistas tienen cruces a nivel con otra arteria o ferrocarril y los predios frentistas lindantes tienen ingresos directos a la misma, cosa que no se da en las autopistas.

t) Senda peatonal

Se la define como: “El sector de la calzada destinado al cruce de ella por peatones y demás usuarios de la acera. Si no está delimitada es la prolongación longitudinal de ésta”.

Según el diccionario de la Real Academia Española[130], es: “Camino más estrecho que la vereda, abierto principalmente por el tránsito de peatones y del ganado menor.” [131]

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [132], dice: Senda peatonal: es el sector de la calzada destinado al cruce de ella por peatones y demás usuarios de la acera. Si no está delimitada es la prolongación longitudinal de ésta.

u) Servicio de transporte

Se la define como: “El traslado de personas o cosas realizado con un fin económico directo (producción, guarda o comercialización) o mediando contrato de transporte”.

Esta definición se repite en el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [133].

v) Vehículo detenido

Se lo define como: “El que detiene la marcha por circunstancias de la circulación (señalización, embotellamiento) o para ascenso o descenso de pasajeros o carga, sin que deje el conductor su puesto”.

w) Vehículo estacionado

Se la define como que es “el que permanece detenido por más tiempo del necesario para el ascenso o descenso de pasajeros o carga, o del impuesto por circunstancias de

la circulación o cuando tenga al conductor fuera de su puesto".

x) Vehículo automotor

Se la define como: "todo vehículo de más de dos ruedas que tiene motor y tracción propia".

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [134], se repite la definición.

Según el art. 5 inc. x, del decreto reglamentario 779/1995, Quedan comprendidos en la definición de vehículo automotor, aquellos automotores antiguos de colección y además los fabricados artesanales o en bajas series para uso particular definidos en la Ley Nº 26.938 complementaria de la Ley Nº 24.449, entendiéndose por tales a todo vehículo automotor que tenga más de treinta (30) años desde su fabricación y se encuentre en estado original. Quedan asimismo comprendidos los cuatriciclos, entendiéndose por tales a los vehículos automotores de cuatro (4) ruedas, con un motor cuya potencia máxima neta para motores a combustión o potencia máxima continua nominal para motores eléctricos, sea inferior o igual a quince kilowatts (15 kw) y cuya masa en vacío sea inferior o igual a cuatrocientos kilogramos (400 kg) con la posibilidad de que, si se trata de vehículos destinados al transporte de mercancías, alcance sin superar los quinientos cincuenta kilogramos (550 kg). Dicha masa máxima no incluye la masa de las baterías, para los vehículos con motorización eléctrica. En ambos tipos de motorización los vehículos pueden ser provistos con cabina (cabinados). Estos vehículos deben cumplir con los requisitos aplicables a los vehículos de tres (3) ruedas (ANEXO del presente régimen -Categoría L7 IF-2018-00849518-APN-SECGT#MTR). Inclúyense dentro de la calificación de cuatriciclo a los cuatriciclos livianos, entendiéndose por tales a los vehículos automotores de

cuatro (4) ruedas, que desarrollen velocidades inferiores o iguales a cincuenta kilómetros por hora (50 Km/h), con una cilindrada inferior o igual a cincuenta centímetros cúbicos (50 c.c.) para motores de combustión interna o, en el caso de motores eléctricos, con una potencia máxima continua nominal inferior o igual a cuatro kilowatts (4 kw.) y cuya masa en vacío sea inferior o igual a trescientos cincuenta kilogramos (350 kg). Dicha masa máxima no incluye la masa de las baterías en los vehículos con motorización eléctrica. En ambos tipos de motorización los vehículos pueden ser provistos con cabinas (cabinados). Estos vehículos deben cumplir con los requisitos aplicables a los vehículos de tres (3) ruedas (ANEXO A del presente régimen- Categoría L6).

Quedan asimismo comprendidos en la presente definición los triciclos, entendiéndose por tales a los vehículos automotores de tres (3) ruedas simétricas respecto del eje longitudinal, cabinados o no, que puedan desarrollar una velocidad superior a cincuenta kilómetros por hora (50 km/h) y posean una cilindrada superior a cincuenta centímetros cúbicos (50 c.c.) para motores de combustión interna o cuya potencia máxima continua nominal sea superior a cuatro kilowatts (4 kW) en el caso de motores eléctricos.

y) Vías multicarriles

Se la define como: “son aquellas que disponen de dos o más carriles por manos”.

En el Manual de Conocimientos Básicos para Conductores[135], se señala que, en las vías con más de dos carriles por mano, sin contar el ocupado por estacionamiento, el tránsito debe ajustarse a lo siguiente:

*Se puede circular por carriles intermedios cuando no haya a la derecha otro igualmente disponible;

*Se debe circular permaneciendo en un mismo carril y por el centro de éste;

*Se debe advertir anticipadamente con la luz de giro correspondiente, la intención de cambiar de carril;

*La advertencia sobre cambio de carril, mediante la luz de giro, se realizará con una antelación mínima de cinco segundos;

*Los vehículos de pasajeros y de carga, deben circular únicamente por el carril derecho, utilizando el carril inmediato de su izquierda para sobrepasos;

*Los vehículos de tracción a sangre, cuando les está permitido circular y no tuvieren carril exclusivo, deben hacerlo por la derecha únicamente;

*Todo vehículo que le haya advertido al que lo sigue su intención de sobrepaso, se debe desplazar hacia el carril inmediato a la derecha.

z) Zona de camino

Se la define como: “Todo espacio afectado a la vía de circulación y sus instalaciones anexas, comprendido entre las propiedades frentistas”.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [136], se repite la definición.

Según el art. 5 inc. z, del decreto reglamentario 779/1995, Quedan comprendidos en la definición de zona de caminos los Corredores de Circulación Segura dentro de la vía pública aptos para la circulación de personas, animales y/o vehículos establecidos por la autoridad jurisdiccional competente conforme los criterios mínimos de seguridad vial que defina la Dirección Nacional de Vialidad o la Agencia Nacional de Seguridad Vial, según corresponda en cada caso de conformidad con sus competencias específicas.

z´) Zona de seguridad

Se la define como: “área comprendida dentro de la zona de camino definida por el organismo competente”.

En el Glosario de Términos y Definiciones Relativas a la Seguridad Vial [137], se repite la definición.

III. Reflexiones finales

Esperamos haber contribuido con los colegas del derecho en haberles hecho recordar algunos términos que muchos de ellos, usamos habitualmente y no sabemos el verdadero significado de los mismos.

Deseamos que Dios los proteja de esta pandemia de COVID que nos esta afectando a toda la humanidad.

LA SOCIEDAD FARMACÉUTICA

Abg. María Eugenia Riveros

Introducción

El presente trabajo consistirá en analizar la emblemática cuestión relativa a qué: ¿tipo de sociedad comercial es la que encuadra mejor para el negocio con fines de venta y despacho de medicamentos?

La pregunta antes formulada constituye uno de los interrogantes básicos e indispensables que toda persona, que pretende desarrollar la actividad farmacéutica, se platea al momento de querer darle forma jurídica a la estructura societaria que se constituye a tal fin.

Es preciso recordar que, el art. 1 de la Ley N° 19.550 hoy llamada Ley General de Sociedades (según Ley N° 26.994), define a las sociedades comerciales de la siguiente manera:

> “Habrá sociedad si una o más personas en forma organizada conforme a uno de los tipos previstos en esta ley, se obligan a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios, participando de los beneficios y soportando las pérdidas. La sociedad unipersonal sólo se podrá constituir como sociedad anónima. La sociedad unipersonal no por una sociedad unipersonal.”

Del concepto antes dado, se desprenden varios elementos que deberán ser analizados al momento de la constitución societaria. También se desprende que estamos ante un contrato, que, en la mayoría de los casos, es plurilateral de organización, en el cual establecer la calidad que cada socio ocupará en la sociedad no será tarea fácil, mucho menos cuando para explotar la actividad farmacéutica se requiere que al menos uno de los socios revista el carácter de tal con un específico título universitario habilitante.

Sabido es que, la elección del tipo social es de suma importancia, pues de él dependerá la organización societaria, y por ende las obligaciones y derechos de la sociedad y de sus socios con relación a terceros, entre sí, y con la persona jurídica que integran; tener en claro la implicancia de cada uno de los socios se torna de fundamental importancia y trascendencia.

La Ley N° 19.550 de Sociedades establece los distintos tipos de sociedades por las que las personas interesadas en llevar a cabo actividades comerciales pueden optar y, en consecuencia, sanciona privando de efectos propios a las sociedades que no cuenten con un tipo societario establecido en la ley (Art. 17 Ley N° 19.550, modificado por Ley N° 26.994)

Ahora bien, ¿qué sucede con aquellas sociedades que optan por un tipo social distinto a los determinados por la ley de Sociedades Comerciales?, en este sentido, la ley considera sociedad irregular a aquella que no opto por ningún tipo societario legalmente regulado.

Por lo cual, pese a que el concepto de sociedades comerciales pareciera claro y sencillo, se presentan múltiples alternativas en los negocios destinados a la venta y despacho de medicamentos; problemas que a continuación expondremos.

I. Tipos societarios

Ya con una idea clara de qué es lo que la ley entiende por sociedades y la importancia que le da a los tipos societario, podemos empezar a ahondar en el tema que en este trabajo nos ocupa.

De manera expresa se fijan, a través de la Ley N° 19.550, distintos tipos de sociedades, los cuales se pueden agrupar de la siguiente manera:

•Sociedades de personas o interés: Los que se tienen en mira, al momento de su constitución, la persona del socio. Ello se debe a que ésta es de suma importancia por la responsabilidad social que de dicha constitución se deriva. Dentro de este tipo de sociedades encontramos las sociedades colectivas y las en comanditas simples; ambas se caracterizan porque la responsabilidad será ilimitada, subsidiaria y solidaria.

•Sociedades mixtas: Tiene en cuenta tanto a la persona del socio como el capital que aporta, aquí encontramos a las S.R.L cuyo número de socios no puede superar una cantidad determinada, limitando cada socio su responsabilidad al capital aportado.

•Sociedades de capital: En este tipo social la persona del socio queda totalmente de lado, importando tan solo el capital que puede llegar a aportar el mismo, el socio limita su responsabilidad al capital suscripto. Forman parte de este grupo de sociedades las sociedades anónimas y las en comandita por acción.

II. Historia legislativa de la regulación jurídica de las sociedades farmacéuticas

La Ley N° 17.565 sancionada el 05 de diciembre de 1967 en Buenos Aires (B.O. 12/12/67) (Adla, XXVII-C, 2859) con su decreto reglamentario, derogó a la primera, esta es la

Ley N° 4687 -cuya finalidad era la regulación jurídica en nuestro país del ejercicio de la actividad farmacéutica-.

Cabe aclarar que, en el año 1967 el Congreso Nacional estaba disuelto, existía un gobierno de facto, encabezado por el General Juan C. Onganía, con una fuerte presencia del Ministro de Economía Adalbert Krieger Vasena; por lo cual pese a que se la llama Ley N° 17.565, la misma constituye un decreto- ley.

El régimen de farmacias instituido originalmente por la Ley N° 17.565 estableció un régimen para la explotación de las farmacias que puede calificarse como de orden público.

Esto trae como novedad:

a) que la propiedad de la farmacia es exclusiva del farmacéutico, convirtiéndose la existencia del socio farmacéutico en un requisito ineludible,
b) A su vez, establece que toda farmacia necesitará ser habilitada por autoridad sanitaria competente, quedando la fiscalización y control en manos de la mencionada autoridad.

En este sentido, la ley le otorga a la autoridad sanitara amplias facultades y poderes, tales como:

a) autorizar a titulo precario en las localidades donde no haya farmacéuticos el establecimiento de botiquines de farmacia a personas que acrediten idoneidad, fijando las condiciones higiénico-sanitaria que estos botiquines deberán reunir,
b) fijar los medicamentos o especialidades medicinales que por su acción terapéutica pueden ser requeridos en caso de urgencia y deban conservarse en las farmacias al alcance inmediato del público.

Asimismo, si bien la ley vino a establecer como requisito fundamental que al menos un socio debía ser farmacéutico

también, trae como novedad, permitir la incorporación de personas no farmacéuticas al mercado de los medicamentos; lo que produjo grandes problemas, tales como: el quiebre en la unidad farmacéutico-farmacia, farmacéuticos-droguerías, entre otros. Generándose así, la lucha entre farmacéuticos y los comerciantes no farmacéuticos.

III. Tipos sociales de las farmacias

El art. 14 de la ley de farmacia establece que:

> “Podrá autorizarse la instalación de farmacias cuando su propiedad sea:
> a) de profesionales habilitados para el ejercicio de la farmacia, de conformidad con las normas de esta ley;
> b) de Sociedades de Responsabilidad Limitada o Sociedades Colectivas integradas totalmente por profesionales habilitados para el ejercicio de la farmacia;
> c) de Sociedades en Comandita simple formadas entre profesionales habilitados para el ejercicio de la farmacia y terceros no farmacéuticos, actuando estos últimos como comanditarios, no pudiendo tener injerencia en la dirección técnica de la farmacia ni en ninguna tarea vinculada al ejercicio profesional. Este tipo de sociedades sólo podrá autorizarse, en cada caso, para la explotación de una farmacia y la comandita deberá estar integrada por personas físicas, quienes, a los fines de la salud pública, deberán individualizarse ante la autoridad sanitaria. Queda prohibida, para estas sociedades, toda clase de comandita por acciones;
> d) de entidades de bien público sin fines de lucro, de cooperativas de consumo, de mutualidades, de

> Obras Sociales o de Sindicatos, siempre que sus estatutos lo autoricen expresamente”.

IV. Sobre las consecuencias económicas del tipo social elegido

Pese a mencionar el art. anterior diversos tipos sociales en los cuales correspondería encasillar a la sociedad con fines de despacho y venta de medicamentos, llevar este modelo a la práctica resulta difícil.

Plantear en la vida real el supuesto de que varios farmacéuticos profesionales deseen aglomerarse con el fin de constituir una sociedad colectiva o una S.R.L que tenga como objeto social el despacho y venta de medicamentos es improbable, lo cual es lógico, ya que se torna poco rentable si se piensa en ganancias y beneficios que cualquier profesional desea obtener; más aún, desde un punto de vista netamente empresarial la existencia de varios farmacéuticos no tiene sentido, ya que la misma sociedad puede prosperar con la mera existencia de uno sólo.

Resulta más ventajoso desde el punto de vista empresarial, optar por la opción c), en la cual encontramos dos tipos de socios:

> 1) los socios comanditados, con responsabilidad personal, solidaria e ilimitada y,
> 2) los socios comanditarios con responsabilidad limitada al capital aportado o que se obligaron a aportar.

Sin embargo, y pese a que la cuestión pareciera resuelta, surgen un sinfín de problemas para el profesional de la salud, pues el farmacéutico en pocos casos aporta capital suficiente como para poder tener injerencia en la efectiva administración de la sociedad -aunque formalmente él es el

administrador-, se convierte en un mero socio empleado de farmacia, cuyo rol principal es la venta de medicamentos y atención al público; quedando en mano de los socios no farmacéuticos, que aportaron mayor capital y que limitaron su responsabilidad, la administración y dirección de la sociedad.

Planteada de esta manera la figura societaria, queda claro que las farmacias dejan de ser un modelo sanitario, para pasar a ser un modelo de mercado.

La desigualdad que se produce entre el aporte del capitalista y del farmacéutico, que coloca en situación de inferioridad "empresarial" al farmacéutico, carece de justificación; tampoco tiene explicación desde el punto de vista de los riesgos económicos-financieros que cada uno asume-según se analizará en los puntos siguientes. Aquella persona que estudio para participar en la elaboración y asesoramiento de medicamentos con miras a poder constituir una farmacia propia en un futuro, se ve totalmente frustrada si no cuenta con el dinero suficiente para afrontar las erogaciones que el comercio de despacho y venta de medicamentos requiere.

V. Responsabilidad social del farmacéutico como socio comanditado

Nos concentráremos en el tipo social que, a nuestro criterio, resulta el más conveniente al momento de elegir algunas de las formas determinadas por la ley de farmacia para la formación de la misma; es decir, la Sociedad en Comandita Simple.

Antes de abordar este tema que en este punto nos ocupa, es preciso tener clara la respuesta a la siguiente pregunta: ¿corresponde otorgarle al socio comanditado farmacéutico, por prestar una actividad en forma personal y habitual en

la farmacia, el carácter de socio-empleado previsto en el art. 27 de la ley de Contrato de Trabajo?

Respondiendo la pregunta antes formulada, si el socio comanditado (es decir) solidario inviste los poderes de dirección de la sociedad en comandita simple, resulta inaplicables las directivas del art. 27 de la Ley de Contrato de Trabajo, pues la actividad que presta no podría estar sujeta a las instrucciones o directivas de otra persona, y esta tesitura es compartida por numerosa jurisprudencia que ha puesto de resalto que la condición del titular de la dirección y administración que tiene el socio comanditado lo inviste de las potestades indispensables para llevar adelante la actividad empresaria que realiza la sociedad, y tal situación determina que no le sea aplicable la figura del socio empleado (CNTrab., sala VII, sent. Del 26/3/90, “Obra Social del Personal de Farmacias c. Farmacia Nazca 1954”, TSS, 1990-823; CNFed Seg. Social, sala I, sent. 44.581, del 10/8/93, “Farmacia Tiendmann c Casfec”; la misma sala sent. 51.177, del 29/11/93, “Roca Farmacéutica SCS c D.G.I”) ya que aun cuando el aporte de la socia comanditada sea mínimo con respecto al capital social, si a su cargo se encontraba la dirección y administración de la sociedad no puede, en principio, considerársela trabajadora dependiente, salvo que se acredite la existencia de una sociedad simulada con el fin de eludir los derechos laborales y de la seguridad social (CNTrab, sala VI, sent. Del 8/7/93 “Obra Social del Personal de Farmacia c. Alesson SCS”, CNFed. Seg. Social, sala II, sent. 68.858, del 25/8/95, “Farmacia Americana SCS s. Casfec” de la misma sala, sent. 68.877, del 8/9/95, “Farmacia Bolívar SCS c D.G.I”)

De ello que, con un mínimo aporte que el farmacéutico realice al capital social, y demostrando que el mismo está a cargo de la administración y dirección de la sociedad; ya queda acreditada su calidad de socio comanditado, excluyéndolo de la condición de trabajador dependiente de la farmacia.

Con la idea clara de que el farmacéutico no es un empleado, ni un socio empleado de la sociedad en la que aporto capital inicial, y la dirección técnica y la administración dependen de él, podemos empezar a analizar la responsabilidad social del farmacéutico como socio comanditado de la sociedad en comandita simple.

Conforme lo establece el art. 2 de la Ley N° 19.550, las sociedades comerciales son sujetos de derecho, lo que implica que son capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, debiendo responder por esas obligaciones contraídas.

Cada socio tendrá la responsabilidad que le corresponda conforme al tipo social y a la categoría de socio que integre; así, por ejemplo, el socio comanditado -farmacéutico en su carácter de director técnico de la farmacia- de una sociedad en comandita simple deberá responder en forma solidaria e ilimitada.

Es preciso partir de la base que, el tipo social analizado en el presente punto está integrado por dos clases de socios:

*Socios Comanditados: “El o los socios comanditados responden por las obligaciones sociales como los socios de la sociedad colectiva…” (Conf. Art. 134 de la Ley N° 19.550), además participan en la gestión de la sociedad. Solo ellos, o las personas por ellos designadas, podrán ejercer la administración y representación de la sociedad. Si actúan bajo razón social, solo sus nombres podrán ser usados en la misma.

*Socios Comanditarios: En relación a cómo responden los socios ante la responsabilidad originada en las deudas sociales “…el o los socios comanditarios solo con el capital que se obliguen a aportar” (Conf. Art. 134 de la Ley N° 19.550)- corresponde aclarar que el capital que se obligan a aportar consisten en obligaciones de dar- y en caso

> de inmiscuirse en ellas serán responsable solidaria y colectivamente. Además, no tienen participación alguna en la gestión, sin embargo, la ley de sociedades en su art. 137 expresa que no están comprendidos en los actos de administración, los de vigilancia, consejos, examen, inspección y verificación. Sin embargo, la ley establece una excepción a las restricciones establecidas para este tipo de socio, en este sentido el art. 140 manifiesta que: “No obstante lo dispuesto en los arts. 136 y 137, en caso de quiebra, concurso, muerte, incapacidad o inhabilitación de todos los socios comanditados, puede el socio comanditario realizar los actos urgentes que requiera la gestión de los negocios sociales mientras se regulariza la situación creada, sin incurrir en las responsabilidades de los arts. 136 y 137.

Comúnmente, los farmacéuticos son socios comanditados, quedando a su cargo la dirección técnica y administración de la farmacia. Debe dejarse en claro que la administración de la sociedad en comandita simple puede recaer sobre el farmacéutico o en un tercero designado a tal efecto.

Como ya se dijo con anterioridad, este tipo social, permite la participación de socios capitalistas no farmacéuticos, quienes se encontrarán en la categoría de socios comanditarios.

No puede dejarse de mencionar el supuesto de responsabilidad que se le atribuye al profesional de la salud en caso de quiebra social; supuesto este que persiste aun cuando el farmacéutico es en realidad un socio aparente de la farmacia.

En este sentido el socio comanditado no está exento de la declaración de quiebra; extendiéndose la declaración de falencia en forma lineal, automáticamente y al mismo tiempo que la declaración de quiebra social. Otaegui ha

caracterizado a esta situación como subquiebra del socio conegociante

Cabe traer a colación el caso “Mejlman de Guerchicoff, Irene s/inc. de desvinculación en: Farmacia Dietrich S.C.S. s/quiebra”, en el cual la actora (farmacéutica) pretende demostrar mediante la exhibición del contradocumento, su calidad de socia aparente. La finalidad de la firma del contradocumento fue la de aparentar el cumplimiento del requisito de la existencia del farmacéutico en la sociedad impuesto por la Ley N° 17.565; sin embargo, y conforme lo manifestara el Fiscal en el dictamen del caso, el art. 960 del Cód. Civil impide conocer del contradocumento que implica una violación a la ley al facilitar mediante el acto simulado la autorización de la actividad farmacéutica a personas que de otro modo no la hubieran obtenido (del dictamen del Fiscal que la Cámara hace suyo). Por ello el Juez de primera instancia, teniendo en cuenta lo establecido por el art. 134 de la Ley N° 19.550, y que la administración y representación de la sociedad son conferidas exclusivamente a los socios comanditados o a los terceros que se designen, que la extensión de la quiebra a este tipo de socios tiene como base la responsabilidad previamente asumida por el socio al formalizar el contrato social y que se trata de una responsabilidad *“iuris et de iure”* por la ley de Sociedades y Concursal rechazo la pretensión de la actora, resolución que fue confirmada por la Cámara.

En este marco conceptual, el juzgador señaló que si bien la conducta desplegada por los comanditarios en orden a lograr la baja de la farmacia del registro de tipo administrativo importaría infracción a la regla del art. 136 de la Ley N° 19.550, lo cierto era que la transgresión de los límites a la intervención en la administración de la sociedad no cambia su naturaleza, ni la responsabilidad del comanditado, ni la del vínculo del socio incurso en infracción y que la ley agrava su responsabilidad frente a los terceros, más en las relaciones internas sigue siendo

socio comanditario, sin perjuicio de su responsabilidad hacia los consocios, de su pasibilidad de exclusión de la sociedad y del eventual proceso de extensión de quiebra, a tramitar de acuerdo con lo establecido en el art. 164 de la Ley N° 19.551.

VI. Conclusión

Si tenemos en cuenta que la actividad desarrollada por la farmacia es un servicio de utilidad pública y, por lo tanto, tiene el monopolio de la venta de medicamentos, (siendo estos últimos bienes sociales por estar vinculados a la salud pública) y el importante rol que recae sobre la persona del farmacéutico; la regulación jurídica de las farmacias resulta completamente desequilibrada, generando así desigualdad legal e inestabilidad laboral para el profesional de la salud.

Como ya se adelantara a lo largo del presente trabajo, entendemos que el farmacéutico asume múltiples obligaciones y responsabilidades, responde tanto por profesional en el ejercicio de sus funciones como por ser socio comanditado de la sociedad que tiene como objetivo la venta y despacho de medicamentos.

Si a lo manifestado en el párrafo anterior, le sumamos que, por lo general, el farmacéutico solo tiene una participación mínima en la constitución del capital social y que la ley de farmacia le otorga una responsabilidad ilimitada y solidaria, existe claramente una desproporción entre la importancia y cuidado brindado al mero socio que solo aporta capital (socio comanditario) y al socio comanditado que tiene a su cargo la dirección técnica y administrativa.

Más aún, los tipos legales predeterminado por ley para la constitución de farmacias son totalmente obsoletos, por cuanto los farmacéuticos mas allá de su profesionalismo también tienen en cuenta el lucro que obtendrán del

ejercicio de su profesión; por ello resulta impensable y desventajoso, optar en forma voluntaria por la figura social establecida en el art. 14 de la Ley N° 17.565, quedando el libre albedrio de los farmacéuticos limitado a algunas figuras sociales.

Siendo que el farmacéutico tiene a su cargo la dirección técnica de la farmacia, las críticas hasta acá formuladas se ven acrecentadas; pues ¿qué pasa cuando el interés social supera al interés público del arte de curar?, ¿cuándo el interés comercial se sobrepone por ante el interés del farmacéutico? El problema que se plantea en este sentido es complejo, pues ¿de qué herramientas puede valerse un farmacéutico que no coincida con la decisión adoptada por la mayoría social?, es que muchas veces el juicio comercial se impone al juicio profesional.

Otra pregunta a formularse es la siguiente: ¿basta realmente con un sólo farmacéutico a cargo de una farmacia en la que se preparen recetas magistrales y además vende medicamentos ya elaborados?; la respuesta es clara, resulta imposible pensar que una persona pueda llevar el control simultaneo del laboratorio en el que se preparan las recetas magistrales y el mostrador en el que se venden los medicamentos de droguerías; mucho menos si tenemos presentes las imponentes farmacias que existen en la actualidad, en las cuales se encuentra la más amplia variedad de medicamentos, y que cuentan inclusive con venta de productos de perfumería, sector este último en el que encontramos también productos que deberán ser controlados por el farmacéutico; esto se debe a que ciertos productos de perfumería devienen de laboratorios y demandan igual tratamiento que los medicamentos, tal es el caso de los productos de marca RochPosey.

Finalmente, queda claro que la legislación vigente hasta el momento fue creada hace muchos años y que reclama ser modificada, se trata de una regulación jurídica que resultaría apropiada si las farmacias seguirían siendo como las de aquellos tiempos, es decir, una farmacia a cargo de

un profesional que se recibió y constituye una pequeña botica; pero que deviene en obsoleta en la realidad de nuestros tiempos.

Antes de finalizar, corresponde hacer una aclaración, las grandes cadenas nacionales de farmacia suelen no tener los inconvenientes desarrollados a lo largo del presente trabajo, ello se debe a que no cuentan muchas veces con servicios adicionales, como ser preparaciones magistrales, centro de salud, toma de presión arterial, colocación de inyecciones, entre otros.

Bibliografía

- Ley N° 17.565
- Ley General de Sociedades N° 19.550-Según modificación Ley N° 26.994
- Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744
- CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Los derechos de los pacientes como parte de la nueva rama jurídica derecho de la salud”, en línea, 16 de noviembre de 2011, Microjuris, Doctrina, MJD5608.
- LORENZETTI, Ricardo, “La Empresa Médica”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1998.
- MADIES, Claudia V., “El farmacéutico y los medicamentos”, AA. VV. Responsabilidad profesional de los médicos, La Ley, 2002.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, “Bertolini, Jeanette c/ Farmacia Varela S.A. s/ Daños y perjuicios”, 31/10/2012, La Ley Online AR/JUR/59089/2012.
- FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., “Tratado Práctico del Derecho del Trabajo”, T.I
- OTAEGUI, op. cit., págs. 41 y 47. La Cámara Comercial de la Capital Federal ha señalado que “la quiebra del socio comanditado es consecuencia o resulta dependiente de la quiebra de la sociedad en comandita por acciones”

(CNCom., sala B, noviembre 26-979, Gyusta Milano, Soc. en Com. por Accs. y otros, La Ley, 1980-A, 216).

- Cámara Federal de Apelaciones de la seguridad Social, sala I -1995/10/10- Farmacia Palasciano S. C.S c Dirección General Impositiva, La Ley Online AR/DOC/225/2003
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, Obra Social del Personal de farmacia c Alesson S.C.S, La Ley Online AR/JUR/1035/1993

Página Web:

- http://www.colfarmalp.org.ar/compri/?p=2351

EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

Dr. Humberto G. Vargas Balaguer

I. Introducción

El “margen de apreciación nacional” es una doctrina de importancia en materia de derechos humanos, pues se refiere al espacio de maniobra de los Estados en la interpretación y aplicación de las normas convencionales.

Encuentra su origen en el Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH). No está incluido en forma expresa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), sino que es una creación pretoriana del SEDH a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)[138], como último intérprete del CEDH. En el sistema europeo ha alcanzado un gran desarrollo, a diferencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

En el SEDH el término “margen de apreciación nacional” o “margen de discrecionalidad estatal” se refiere al espacio de maniobra que los organismos de Estrasburgo están dispuestos a reconocer a las autoridades nacionales -ya sean administrativas, legislativas o judiciales-, al momento de cumplir sus obligaciones contempladas en el CEDH[139]. Es la línea en la cual la supervisión internacional debe ceder el paso a la discrecionalidad estatal para la sanción o control de cumplimiento de normas[140].

Sin duda se trata una figura compleja y controvertida, cuyos contenidos son difusos y su aplicación impredecible dado la alta dosis de discrecionalidad con que ha sido -y es- utilizada por los tribunales, por lo que la jurisprudencia es imprecisa y, a menudo, contradictoria, en desmedro de la seguridad jurídica. Sumado a ello, y a la falta de regulación expresa, tenemos que en la doctrina tampoco existe un consenso general sobre sus alcances e intensidad.

II. Noción

El margen de apreciación nacional puede ser definido como el campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, dejado a las autoridades soberanas del Estado y a los jueces internacionales. Este campo no es ilimitado, sino que se encuentra ubicado por el campo de protección del derecho limitado[141].

> “Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional” (Considerando 18). Voto en disidencia del Dr. Fayt en el caso “Arancibia Clavel”[142].

García Roca, refiriéndose al sistema europeo, expresa que el margen de apreciación “consiste en un espacio de maniobra que las instituciones de Estrasburgo están dispuestas a conceder a las autoridades internas en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Convenio Europeo” [143].

El autor citado, señala que no es fácil encontrar en la jurisprudencia una caracterización precisa del objeto y de los contenidos de este fenómeno jurídico. Dice que:

> “la idea básica es que los Estados partes -del CEDH- tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos […] En definitiva, el margen de apreciación nacional entraña tanto una cierta discrecionalidad de los Estados como una regla de no decisión, una suerte de deferencia europea hacia la decisión interna. El Tribunal de Estrasburgo puede en ciertos casos no enjuiciar plenamente el asunto y ratificar la decisión nacional”[144].

Núñez Poblete expone que esta doctrina es tributaria de las sentencias del TEDH, en su tarea de intérprete último del CEDH, hallando su justificación en logar equilibrios institucionales y garantías para la legitimidad de cada uno de los órganos y ordenamientos jurídicos comprometidos[145].

Rosatti caracteriza al margen de apreciación nacional como:

> “la potestad inherente a la soberanía de los Estados Nacionales, ejercida en concordancia con el orden público internacional, para evaluar si una norma, decisión o interpretación internacional emitida en ejercicio de una competencia i) derivada del orden internacional, ii) disputada entre dicho ámbito y el nacional, iii) insuficientemente regulada, o iv) aquejada de polisemia, y destinada a ser aplicada en su territorio, lesiona normas, principios o valores de la Constitución Nacional”[146].

A la pregunta de qué es lo que se aprecia, el autor mencionado responde:

> “Se ‘aprecia’ si las consecuencias -sea que involucren normas sustantivas como adjetivas o procesales- derivadas del ejercicio de una competencia -ya sea proveniente del orden internacional, o disputada entre éste y el orden nacional, o insuficientemente regulada por aquél, o que ofrece múltiples interpretaciones, incluso contradictorias o inconsistentes- y destinadas a regir en el ámbito nacional, respetan (o lesionan) normas, principios o valores de la Constitución Nacional”.

Respecto a la pregunta de quién aprecia, distingue si el margen de apreciación se concibe como *deferencia*, como *sustitución* o como *potestad*. En opinión del Rosatti, el margen de apreciación nacional:

> “es una *potestad* de aquellos Estados que han optado por una forma de vinculación entre el orden jurídico nacional y el orden jurídico internacional, en función del cual el primero no queda diluido en el segundo sino que éste es atraído por aquél conforme a pautas que no importan una renuncia incondicional y definitiva de la soberanía nacional”[147].

III. El principio de subsidiariedad

El principio de subsidiariedad es una de los pilares fundamentales sobre el que se asienta el sistema internacional de protección de derechos humanos.

Supone que, no obstante la existencia de normas y procedimientos internacionales para la protección de los derechos humanos o precisamente, en virtud de ellos, es a los Estados a los que corresponde en primera instancia respetar y hacer respetar tales derechos en el ámbito de su

jurisdicción y sólo cuando éstos no han brindado una protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional puede y debe ejercer su competencia[148]. De allí la exigencia del agotamiento previo de los recursos judiciales internos antes de acudir a los órganos internacionales. En virtud de este principio también, y es la otra cara de la misma moneda, los tribunales regionales no deben sustituir las decisiones nacionales siempre que puedan acantonarse en un interés preferentemente doméstico[149]. Dicha regla es, a su vez, una manifestación de un principio básico del derecho internacional general: el de no intervención o no injerencia en los asuntos internos de los Estados (art. 2.7 de la Carta de la ONU y resoluciones 2131 (XX) de 1965 y 2625 (XXV) de 1970 de la AG); también entra en juego en este punto el concepto de soberanía de los Estados[150].

Este principio está contemplado en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que establece que la protección internacional es "*de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*". Y así lo ha ratificado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)[151]. Por su parte, el CEDH lo enuncia en el art. 35, y lo sostiene el TEDH en sus pronunciamientos[152].

La doctrina del margen de apreciación nacional se encuentra ínsita en el principio de subsidiariedad. La subsidiariedad es precisamente el sustento del margen de apreciación en el plano jurídico internacional general y, como lo ha sostenido Carozza, en el particular de los derechos humanos[153].

IV. El margen de apreciación nacional en el Sistema Europeo de Derechos Humanos

4.1. Margen de apreciación en la jurisprudencia del TEDH

A continuación, pasaremos revista de ciertos fallos pioneros o emblemáticos emitidos sobre el tema por el TEDH.

"Lawless c. Irlanda"

Este fue el primer fallo del TEDH (1961)[154]. El caso fue presentado por Gerard Richard Lawless, quien había sido miembro del IRA. Fue arrestado cuando estaba por viajar desde Irlanda a Gran Bretaña, y posteriormente detenido sin juicio previo ni intervención judicial. En el caso se trataba de la aplicación del art. 15 del CEDH. El TEDH, sin aludir expresamente al margen, estimó que la medida adoptada por Irlanda fue razonable dada la interpretación que ese país hizo del art. 15.1 del CEDH en cuanto habilita a los Estados parte a derogar parcialmente las obligaciones previstas en dicho instrumento cuando exista una "emergencia pública que amenace la vida de la nación", ya que consideró que las medidas fueron "las estrictamente requeridas por las exigencias de la situación". Por ello, declaró que la detención de Lawless se hallaba fundamentada en el derecho de derogación debidamente ejercitado por el gobierno irlandés, y que, en consecuencia, no le correspondía una compensación por la detención padecida.

"De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica"

En esta causa (1971)[155], el TEDH se aproximó más a la doctrina del margen de apreciación, pero no usando expresamente ese término sino el de "poder de

apreciación". Versó sobre la detención de personas que se encontraban en situación de "vagabundos". En tal oportunidad, la Corte en plenario determinó que las autoridades nacionales no habían traspasado los límites del poder de apreciación (*power of appreciation*) que el art. 8.2 del CEDH le confiere a los Estados contratantes.

"Lingüístico belga"

A partir de este caso (1968)[156], el TEDH comenzó a aplicar la doctrina fuera de las situaciones de emergencia del art. 15 del CEDH. Un grupo de padres -en representación de sus hijos- reclamó que la legislación lingüística belga sobre la educación infringía sus derechos contemplados en el Convenio; puntualmente, el art. 8 (vida familiar), en conjunto con el art. 14 (prohibición de discriminación) y con el art. 2 del Protocolo del Convenio (derecho a la educación) de marzo de 1952. El TEDH decidió que la prohibición de que los niños -con el solo fundamento de residencia de sus padres- no pudiesen acceder a escuelas ubicadas en la periferia de Bruselas resultaba discriminatoria. Sin embargo, estimó que no había ninguna otra violación al Convenio ni a su Protocolo. Al analizar el alcance de sus facultades jurisdiccionales, el TEDH reconoció un amplio margen de apreciación nacional.

"Handyside c. Reino Unido"

En esta causa (1976)[157], el TEDH en plenario mencionó explícitamente la doctrina del margen de apreciación nacional, y comenzó a delinear sus características y alcances. El caso involucraba la publicación del libro "El libro rojo del cole" (*The Little Red Schoolbook*), escrito por

dos docentes daneses para jóvenes estudiantes de colegio. Dicha obra -partiendo de un paradigma marxista- incentivaba a los jóvenes a cuestionar normas sociales y el funcionamiento de lugares educativos, mientras que se refería al consumo de drogas -desalentándolo, pero afirmando que era una decisión personal- y a comportamientos sexuales en forma explícita. Generó una controversia tan grande que fue prohibido en varios países. Richard Handyside, propietario de una editorial, preparó una publicación para el Reino Unido; algunos ejemplares fueron secuestrados y otros escaparon a las actuaciones policiales; fue multado y su recurso rechazado. Handyside llevó su caso al TEDH, quien determinó que el Reino Unido no había violado el art. 10.2 del CEDH (libertad de expresión), y perfiló dos criterios fundamentales, que reiteraría en fallos subsiguientes: el del *consenso europeo* y el de la *mejor ubicación o situación* de los jueces nacionales.

“Sunday Times c. Reino Unido”

Este caso (1976)[158], se originó a raíz de que una sociedad farmacéutica británica comenzó a comercializar un medicamento que contenía talidomida, prescripto especialmente para mujeres embarazadas; éstas dieron a luz niños que sufrían malformaciones. Los padres de los niños denunciaron a la sociedad. Mientras estas acciones estaban en litigio, el periódico Sunday Times publicó un art. que examinaba el problema, y en especial las propuestas de acuerdo a que habían arribado algunos padres con la farmacéutica, calificándolas de desproporcionadas en relación con los perjuicios causados. El art. terminaba anunciando la publicación de otro nuevo. La farmacéutica presentó una demanda contra el Sunday Times, por el art. publicado alegando que incurría en “*contempt of court*”, ya que trataba un caso que todavía

estaba “sub judice”. La judicatura inglesa decidió prohibir la publicación, señalando que impedía una “administración imparcial de justicia”, ya que podía influir en las partes en litigio al estar sometidas a presiones como consecuencia de su publicación.

Ante tal situación, el Sunday Times presentó demanda alegando la violación del art. 10 del CEDH (libertad de expresión), como asimismo de los arts. 14 y 18. El TEDH decidió (por once votos contra nueve), que hubo violación del art. 10. Y por unanimidad, que no hubo violación del art. 14 y que no era necesario examinar la cuestión del art. 18 del Convenio. En este fallo se sostiene que el sistema de protección establecido por el Convenio es *subsidiario* de los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos.

“Fretté c. Francia”

En esta causa (2002)[159], pese a decretar que no hubo violación al derecho a la no discriminación y vida privada familiar al ser denegada una solicitud de adopción por parte de una pareja del mismo sexo por cuatro votos contra tres, el TEDH introdujo tres cuestiones importantes:

> “1) que los Estados contratantes gozan de un cierto margen de apreciación para evaluar si y en qué medida las *diferencias en situaciones similares justifican un tratamiento diferente* en la ley; 2) el alcance del margen de apreciación *variará según las circunstancias, el objeto y el contexto* y, 3) en este sentido, uno de los factores relevantes puede ser la existencia o no de una *base común entre las legislaciones de los Estados contratantes*”.

“Leyla Sahin c. Turquía”

En este caso (2005)[160], el TEDH continuó robusteciendo los fundamentos de su doctrina. Leyla Sahin, estudiante de Medicina de la Universidad de Estambul, procedente de una familia tradicional musulmana, considera que llevar el velo islámico es su deber. Cuando estaba cursando el quinto curso de carrera, el Vicerrector de la Universidad aprobó una circular en la que se establecía que los estudiantes que llevasen barba o velo islámico no serían admitidos en clase, seminarios o tutorías. En aplicación de esta normativa, la demandante no pudo participar en gran parte de la actividad académica de la Universidad, como, por ejemplo, exámenes, conferencias o cursos. La Universidad la sancionó por persistir en el incumplimiento de la normativa. La demandante, al no tener éxito en las instancias internas, acude al TEDH alegando que la prohibición de llevar el velo islámico en los establecimientos de enseñanza superior constituye una violación de los arts. 9 (libertad de pensamiento, conciencia y religión), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 10 (libertad de expresión), 14 (prohibición de discriminación) del CEDH y art. 2 del Protocolo Nº1.

El TEDH, teniendo en cuenta los argumentos desarrollados en su sentencia, y principalmente el margen de apreciación de que gozan los Estados contratantes, consideró que la reglamentación de la Universidad de Estambul que somete el uso del velo islámico a restricciones, y las medidas correspondientes a ellas, están justificadas en su principio y son proporcionadas a los fines perseguidos, y pueden por lo tanto ser consideradas “necesarias en una sociedad democrática”. Concluyendo así que no se violaron las normas invocadas.

“Lautsi c. Italia”

Este polémico caso (2011), se origina con motivo de que la Sra. Lautsi -nacional de Italia con origen finlandés-, madre de dos alumnos de una escuela pública italiana, solicitó a la dirección del centro el retiro de los crucifijos de las aulas en donde estudiaban sus hijos por considerar que la presencia de estos símbolos vulneraba los principios laicistas en los que se encuentra fundamentada la Constitución italiana. La dirección de la escuela, se negó a satisfacer la petición de la Sra. Lautsi y ésta decidió recurrir a los tribunales italianos. Tanto el tribunal administrativo de la Región de Véneto como el *Consiglio di Stato* italiano consideraron que el crucifijo, además de tener una significación religiosa, constituía un símbolo de la historia y de la cultura italiana, y que se encontraba vinculado, por ello, a la más elemental identidad del país. Siendo esto así, su presencia en las paredes de las aulas no conculcaba ninguno de los principios constitucionales alegados por la demandante.

Una vez agotados los recursos internos, la Sra. Lautsi acudió al TEDH aduciendo que el mantenimiento -y no retiro- de los crucifijos en las escuelas italianas suponía una violación del art. 2 del Protocolo Nº 1 (derecho a la instrucción) y del art. 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) del CEDH. Mediante sentencia de la Sala del 03/11/2009, el TEDH dio la razón a la Sra. Lautsi.

El Gobierno italiano interpuso recurso ante la Gran Sala del TEDH. La Gran Sala, revirtió el criterio adoptado en la sentencia anterior por la Sala. En sustancia, el TEDH consideró que la decisión de las autoridades italianas de mantener los crucifijos en las escuelas públicas no viola el derecho de los padres a asegurar la instrucción de sus hijos según sus convicciones religiosas y filosóficas. Una de los fundamentos centrales de la decisión del TEDH es que no le corresponde establecer qué constituye un símbolo nacional o un símbolo religioso en un Estado como Italia. Esta determinación entra dentro del margen de apreciación

de los propios Estados (apartados 68 y 69). Es decir, sostuvo que correspondía al Estado, como parte de sus funciones en relación con la educación y la enseñanza, decidir si debía o no haber crucifijos en las escuelas. Agregó que, en principio, tal decisión forma parte del margen de apreciación del Estado y que no hay un "consenso europeo" sobre símbolos religiosos en las escuelas públicas. Como se advierte, el TEDH realizó un escrutinio leve del accionar del Estado.

4.2. Precedentes del TEDH según los derechos reconocidos por el CEDH

a) *Derecho a la vida (art. 2) y prohibición de malos tratos (art. 3)*: Aquí no suele dejarse margen nacional alguno y la revisión es intensa, puesto que se trata de derechos que el TEDH considera *absolutos* en el sentido de inderogables o no susceptibles de suspensión y, por ende, difícilmente limitables[161]. Al respecto, sobresalen los casos "Ramírez Sánchez c. Francia"[162] y "Kalashnikov c. Rusia"[163], donde se debatió las deficientes condiciones de las cárceles para el cumplimiento de las penas por los condenados, lo que configura un trato prohibido por el CEDH.

b) *Derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6)*: Acá el TEDH utiliza un enfoque pragmático y según cada caso en concreto, que comenzó a utilizar a partir del caso "Hauschidlt c. Dinamarca"[164]. Ello es criticado por García Roca al afirmar que genera una gran inseguridad jurídica, siendo que lo que debe hacer un tribunal es establecer estándares generales[165].

c) *Derecho a la vida privada y familiar (art. 8)*: En el caso "Ebru y Tayfun Engin Colak c. Turquía"[166], el TEDH reconoció el margen de apreciación de Turquía y admitió que es compatible con el CEDH que los Estados no prevean medios de obligar a los supuestos padres naturales

demandados a someterse a pruebas de ADN. Sin embargo, dijo el Tribunal que las regulaciones domésticas deben ordenar un justo equilibrio de interés con los derechos de quienes ejercen la acción de filiación, y extraer consecuencias del rechazo y de otras pruebas sin mantener a los actores en una prolongada situación de incertidumbre.

d) *Libertad religiosa (art. 9)*: En el caso "Leyla Sahin c. Turquía"[167], analizado precedentemente, el TEDH, con apoyo en el margen de apreciación nacional, expresó que era legítima la reglamentación de la vestimenta -uso del velo islámico- por parte de la Universidad de Estambul, considerando que era una medida proporcionada a los fines perseguidos y "necesarias en una sociedad democrática".

e) *Libertad de comunicación -información y expresión- (art. 10)*: Por su importancia en las sociedades abiertas, no admite límites más allá del prohibido discurso del odio y la incitación a la violencia o al odio entre comunidades. A ese respecto, el TEDH mantiene una doctrina consolidada por la cual hay poco espacio -bajo el art. 10.2 del CEDH- para las restricciones al discurso político y al ejercicio de las libertades de expresión e información. No obstante, en la tipificación de delitos, que es el terreno más abierto a la libre configuración normativa del legislador nacional, el TEDH, en el caso "Azevedo c. Portugal"[168], sostuvo la posibilidad de una revisión europea del legislador penal cuando su tipificación pugna con las libertades en la comunicación social.

f) *Límites a la libertad de asociación (art. 11)*: En el caso "Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía"[169], el TEDH dijo que, respecto de la disolución de los partidos políticos, "los Estados contratantes no disponen más que de un margen de apreciación nacional reducido", y es necesario un control europeo riguroso. A juicio del tribunal europeo, la democracia es un elemento del orden público europeo y las libertades de asociación y de expresión en su ejercicio colectivo a través de los partidos políticos son

indefectibles para que ese régimen exista[170]. Aquí el margen de apreciación cede frente a una valoración fuerte que hace el TEDH sobre el sistema democrático y sus elementos característicos. En igual sentido se pronunció en el caso "Partido Comunista (NEPECERESTI) y Ungureanu c. Rumania"[171].

Ahora bien, cuando el ideario o el programa del partido podría incitar al odio religioso entre comunidades o las ideas de cierto fundamentalismo islámico, poniendo en riesgo la supervivencia de la democracia, el TEDH ha rechazado que la disolución lesione al CEDH, confirmando la decisión nacional, como ocurrió en el caso "Partido de la Prosperidad y otros c. Turquía"[172].

g) *Derecho a contraer matrimonio -y al divorcio- (art. 12)*: Destaca García Roca que el TEDH no se atrevió en los años ochenta a reconocer el derecho al divorcio en países en los que no estaba admitido. Y así aplicó la doctrina del margen en el caso "Johnston c. Irlanda", manifestando que el art. 12 incluye las relaciones maritales, pero no su disolución; ahora bien, es una sentencia de 1986 y en ese momento Irlanda la legislación de Irlanda impedía la disolución del matrimonio, lo que luego fue reformado[173].

Por su parte, el TEDH ha reconocido el derecho a contraer matrimonio de los transexuales[174]. Asimismo, en el caso "Goodewin e I. c. Reino Unido"[175], el TEDH afirmó que la inhabilidad de una pareja para concebir o engendrar un niño no puede ser vista como algo que elimine el derecho a disfrutar del derecho a contraer matrimonio.

h) *Derecho de propiedad (art. 1, Protocolo n° 1)*: La jurisprudencia del TEDH ha interpretado que el art. comprende tres reglas: 1) derecho al respeto o goce pacífico de los bienes de las personas; 2) garantía frente a privaciones ilegítimas: solo puede expropiarse o privarse de la propiedad en casos de utilidad pública y con las condiciones previstas por la ley; 3) posibilidad de los Estados de establecer restricciones "de acuerdo con el interés general". En principio, el TEDH ha reconocido que

las autoridades nacionales están mejor situadas que el juez internacional para apreciar cuál es ese "interés general" de una comunidad. Sobresalen en este campo los casos "Kjartan Asmundsson c. Islandia"[176] (legislación social-pensión) y "Back c. Finlandia"[177] (utilidad pública en las expropiaciones).

i) *Derecho de sufragio en las elecciones libres (art. 3, Protocolo n° 1)*: Al tratarse de un derecho democrático, en teoría el margen de apreciación nacional debería reducido. Sin embargo, hay casos de excepción en los que el TEDH no ejerce un control riguroso y deja margen a los Estados. En el caso "Hirst c. Reino Unido"[178], donde se analizaba el derecho al sufragio activo de los presos, el TEDH, pese a reconocer que hay un amplio margen de apreciación nacional, concluyó que se violó este derecho entendiendo que privar de sufragio a cualesquiera condenado es un atavismo.

4.3. Recapitulando

Del análisis de la jurisprudencia del TEDH en relación a los derechos afectados del CEDH, se desprende lo siguiente:

a) *Margen de apreciación restringido*: Respecto de los derechos que el TEDH considera "absolutos", el margen de apreciación nacional es restringido o nulo y, por ende, el control del tribunal europeo es intenso y riguroso. Ello sucede, por ejemplo, con el derecho a la vida (art. 2), prohibición de la tortura, tratos inhumanos o degradantes (art. 3), prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajos forzados (art. 4), principio de legalidad penal (art. 7), libertad de comunicación (art. 10), libertad de asociación (art. 11).

b) *Margen de apreciación amplio*: En los derechos que pueden ser limitados -siempre que esas limitaciones estén establecidas por ley-, el TEDH reconoce un amplio margen de apreciación nacional a los Estados. Ello ocurre, por ejemplo, con el derecho a la vida privada y familiar (art. 8), libertad religiosa (art. 9), derecho a contraer matrimonio (art. 12), derecho de propiedad (art. 1, Protocolo n° 1).
c) *Zonas fronterizas*: Existen zonas grises respecto a derechos en los que el TEDH no ha seguido un criterio lineal, sino que ejerce mayor o menor intensidad en el control de acuerdo a cada caso y a las circunstancias del mismo. Por ejemplo, derecho a un tribunal independiente e imparcial (art. 6), derecho de sufragio en elecciones libres (art. 3, Protocolo N° l), entre otros.

4.4. Criterios utilizados por el TEDH para determinar el alcance del margen de apreciación

En este apartado, se enuncian alguno de los principales criterios empleados por el TEDH para determinar el alcance del margen de apreciación en los casos sometidos a estudio.

Cabe aclarar que la clasificación que aquí se formula, no es una regla invariable o uniforme, sino que se basa en el estudio de la jurisprudencia del TEDH y en opiniones de la doctrina[179].

El TEDH siempre ha aplicado con amplia discrecionalidad la doctrina, dependiendo del caso en concreto, con un usual enfoque pragmático y, a veces, elusivo o ambiguo. Al respecto, Díaz Solimine y Díaz Solimine, sostienen que el TEDH pondera en cada caso los distintos criterios y decide discrecionalmente cuál

prevalece en el caso concreto; empero, no hay reglas fijas, y el TEDH puede inclinarse por un criterio, en un caso, y descartarlo en otros supuestos[180].

1) *Consenso europeo en la cuestión debatida*: El argumento del *consenso europeo* consiste en identificar un mínimo denominador común de la institución controvertida en su regulación por los Estados miembros, y, de advertirse un consenso legislativo, el sólido basamento que entraña la similitud de los contenidos permitiría extender la solución al resto de los países, obligándoles a adoptar, en sus líneas principales, la regulación compartida por la mayoría[181].
Probablemente, sea el criterio más relevante utilizado por el TEDH al momento de decidir sobre el alcance del margen que le reconoce a los Estados miembros.
Arai-Takahashi señala que si el consenso europeo no existe, el Tribunal de Estrasburgo puede inclinarse a respetar un margen más amplio; pero, en sentido contrario, la existencia de unos estándares europeos comunes tiende a reforzar la aplicación de una interpretación evolutiva y a restringir el margen[182]. En otras palabras, para el tribunal europeo, existiendo un “consenso europeo” se limita el margen de apreciación del Estado. Cuando no existe ese consenso, puede darse mayor espacio de margen o de discrecionalidad al Estado.
Ahora bien, como advierte Díaz Solimine y Díaz Solimine, la mera existencia de gran consenso -al igual que con los otros criterios- no necesariamente es percibida como vinculante por el TEDH para disminuir el margen y fallar conforme dicho consenso. De tal modo, puede haber un amplio consenso europeo en una determinada materia, pero el TEDH podría considerar, por ejemplo, que la

materia implica una arraigada valoración moral o que la restricción al derecho no es sustancial, y podría convalidar la decisión nacional[183].

2) *Naturaleza del derecho*: Este es otro de los criterios centrales empleados por el TEDH para determinar el alcance del margen de los Estados.

Como vimos anteriormente, el TEDH considera que existen derechos "absolutos" cuyo control es riguroso o estricto, siendo, en consecuencia, estrecho el margen de apreciación nacional. En cambio, para otros derechos reconoce un margen de apreciación amplio (ver *supra*, punto 3).

3) *Seriedad de la restricción del derecho*: Este criterio está relacionado con el anterior. Al ponderar la naturaleza del derecho, por un lado, con la importancia de la restricción o la injerencia, por el otro, el TEDH ejerce un control de razonabilidad, test que resulta inexorable en cualquier tribunal que decida en materia de derechos fundamentales. La pauta utilizada por el tribunal puede formularse en los siguientes términos: a mayor injerencia del derecho, más estricta será la supervisión. En cambio, a menor injerencia de un derecho en la vida privada de un individuo, el margen de apreciación será más amplio[184].

4) *Las circunstancias particulares del caso*: El TEDH en forma frecuente aplica el argumento de "las circunstancias del caso" para establecer el mayor o menor margen de apreciación de los Estados miembros; ello, principalmente teniendo en cuenta las distintas realidades y legislaciones europeas.

5) *Autoridad nacional mejor posicionada*: Según esta pauta, en determinadas circunstancias las autoridades nacionales, por estar en contacto directo y continuo con la realidad de cada país, se encuentran en mejor posición para ponderar los

> intereses en conflicto. El estándar cobra especial relevancia cuando la ponderación de intereses es en concreto y no en abstracto como es frecuente, por ejemplo, en el control de constitucionalidad concentrado, típico del sistema europeo continental[185].

V. El margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

5.1. Preliminar

Al igual que sucede en Europa, la doctrina del margen de apreciación nacional no está expresamente contemplada en los instrumentos del SIDH.

Si bien la CADH es más precisa que el CEDH en cuanto a la enunciación de las obligaciones de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción; como asimismo, a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (arts. 1.1 y 2, respectivamente), lo cierto es que esta figura no está incluida expresamente en la CADH.

Se debate en doctrina si el instituto es o no receptado en el SIDH.

Para Faúndez Ledesma:

> “la idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la Convención Americana, y tiene que ser vista, si no con recelo, por lo menos con mucha precaución; sin

> embargo, es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el Sistema Interamericano, y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones”[186].

En igual sentido Núñez Poblete[187].

Por el contrario, para Cançado Trindade -ex presidente y juez de la Corte IDH- “afortunadamente tal doctrina no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”[188]. Esta posición es compartida por Nash Rojas[189].

En nuestra opinión, la doctrina del margen de apreciación nacional es de aplicación en el sistema interamericano, además de ser necesaria.

5.2. Margen de apreciación en los precedentes de la Corte IDH

La Corte IDH tiene dos funciones principales: 1) *Contenciosa*: Dentro de esta función, determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de alguno de los derechos consagrados en la CADH o en otros tratados de derechos humanos aplicables al SIDH. Asimismo, a través de esta vía, la Corte realiza la supervisión de cumplimiento de sentencias. 2) *Consultiva*: Por este medio la Corte responde consultas que formulan los Estados miembros de la OEA o los órganos de la misma acerca de: *a)* la compatibilidad de las normas internas con la Convención; y *b)* la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

A continuación, revistaremos casos en que la Corte IDH trató o se refirió a la doctrina del margen de apreciación, tanto en el ámbito consultivo como en la jurisdicción contenciosa.

“Opinión Consultiva 4/84”

De acuerdo con el art. 64.2 de la CADH, el Gobierno de Costa Rica solicitó a la Corte IDH opinión consultiva[190] respecto de la compatibilidad entre ciertas reformas propuestas a la Constitución (entre otras, condiciones de preferencia para obtener la nacionalización costarricense por naturalización en favor de centroamericanos, iberoamericanos y españoles) con varias disposiciones de la CADH (en particular, garantías de igualdad y no discriminación).

Al tratar las cuestiones relativas a la discriminación, respondió la Corte IDH:

> “Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados…” (párr. 62).

“Herrera Ulloa vs. Costa Rica”

En este caso (2004)[191], se sometió a decisión de la Corte IDH si Costa Rica había violado el art. 13 (libertad de pensamiento y de expresión) del CADH, en perjuicio de los señores Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser, por cuanto el Estado emitió una sentencia penal condenatoria, en la que declaró al señor Herrera Ulloa autor responsable de cuatro delitos de publicación de

ofensas en la modalidad de difamación, con todos los efectos derivados de la misma, entre ellos la sanción civil.

La Corte IDH, en lo que aquí interesa, reconoció el margen de apreciación de los Estados para configurar el derecho al recurso contra las resoluciones judiciales; sin embargo, señaló que aquellos no pueden establecer restricciones al derecho de recurrir un fallo.

“Castañeda Gutman vs. México”

En el caso (2008)[192], junto con el reconocimiento de la inexistencia de un modelo único electoral, la Corte IDH reconoció el margen de apreciación de los Estados para articular los requisitos y restricciones para ejercer los derechos políticos, dentro de la obligación de respetar el principio de proporcionalidad[193].

Expresó la Corte que:

> “Siempre que no sean desproporcionadas o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos” (párr. 155).

“Atala Riffo vs. Chile” (voto disidente juez Pérez Pérez)

Los hechos del presente caso (2012)[194] inician en el año 2002 cuando la jueza chilena Karen Atala Riffo decidió finalizar su matrimonio con el abogado López Allendes, con quien tenía tres hijas. Como parte de la separación de hecho, establecieron por mutuo acuerdo que la Sra. Atala

Riffo mantendría la tuición y cuidado de las tres niñas en la ciudad de Villarrica. En noviembre de 2002 la Sra. Emma de Ramón, compañera sentimental de la señora Atala Riffo, comenzó a convivir en la misma casa con ella y sus tres hijas. En enero de 2003 el padre de las tres niñas interpuso una demanda de tuición o custodia ante el Juzgado de Menores de Villarrica, por considerar -entre otras cuestiones- que se encontraba en riesgo la integridad psicológica de las menores. En octubre de 2003, el Juzgado de Menores de Villarrica rechazó la demanda de tuición, y en marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia. En mayo de 2004 la Corte Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja presentado por López Allendes y le concedió la tuición definitiva. Atala Riffo llevo el caso ante la Corte IDH, la cual declaró que Chile violó el derecho a la igualdad y a la no discriminación de los arts. 1°, inc. 1, y 24 de la CADH, así como el derecho a la vida privada del art. 11, inc. 2, en relación con Atala Riffo.

En el voto parcialmente disidente del juez Pérez Pérez, se reconoce que los Estados tienen un margen de apreciación para definir el concepto de familia[195].

“Gelman vs. Uruguay”

El este caso (2011)[196], la Corte IDH declaró la responsabilidad de Uruguay por la desaparición forzada de María Claudia García y por la sustracción, supresión y sustitución de la identidad de María Macarena Gelman -su hija nacida en cautiverio-, y su entrega a terceros, en el marco de la denominada “Operación Cóndor”. Asimismo, la responsabilidad internacional se derivó de la falta de investigación de los hechos, y por el incumplimiento de la obligación de adecuar su derecho interno a la CADH y a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como consecuencia de la interpretación y

aplicación que se le había dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley N° 15.848).

La Suprema Corte de Justicia de Uruguay, por sentencia del 22/02/2013, declaró que lo dispuesto por la Corte IDH en esta causa, y en general en los demás pronunciamientos, no son vinculantes para quienes no han sido parte de ese proceso judicial, invocando la doctrina del margen de apreciación. En otras palabras, el máximo tribunal uruguayo desconoció el criterio y lo dispuesto por la Corte IDH.

Ante tal incumplimiento, la Corte IDH, por resolución de cumplimiento de su sentencia (2013)[197], indirectamente negó en forma terminante la aplicación del margen de apreciación nación. Entre otros argumentos, sostuvo "… por lo cual [el Estado de Uruguay] no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la Sentencia" (párr. 102).

"Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina"

Este es un caso polémico y cuyas implicancias lo trascienden. Sus antecedentes son los siguientes: El 25/09/2001 la CSJN confirmó la sentencia de la Sala H de la Cámara de Apelaciones en lo Civil que había hecho lugar a la demanda de daños promovida por el ex presidente Carlos Saúl Menen contra la Editorial Perfil S.A. y sus directivos Jorge Fontevecchia y Héctor D´Amico (causa "Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios", Fallos, 324:2895). La CSJN entendió que la difusión de ciertas notas periodísticas en la revista Noticias, vinculadas con un hijo no reconocido de Menen, habían lesionado su derecho a la intimidad (art. 19, CN y art. 11, CADH).

Fontevecchia, D'Amico y Vertbisky (éste último en representación de la Asociación Periodistas) sometieron el

caso al sistema interamericano de protección de derechos humanos. El 29/11/2011 la Corte IDH declaró que Argentina había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (art. 13, CADH), y dispuso que el Estado debía:

> a) dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias;
> b) publicar un resumen oficial de la sentencia en el Diario Oficial y en uno de amplia circulación nacional, por una sola vez, así como publicar la sentencia completa en la página del CIJ de la CSJN y,
> c) reintegrar a las víctimas las sumas pagadas por los montos de condena fijados por la CSJN, como los admitidos en concepto de reparaciones[198].

Frente a la falta de acatamiento de algunas de las mandas impuestas por la Corte IDH, ésta emitió dos resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia, de fechas 01/09/2015 y 02/11/2016, respectivamente.

A raíz de una presentación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto -oficio por el cual se acompañó la sentencia de la Corte IDH y una solicitud del Secretario de Derechos Humanos de la Nación para que se cumpla ese fallo-, la CSJN, en la causa "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" (Fallos, 340:47), en fecha 14/02/2017 resolvió: en cuanto al punto "b" de las medidas ordenadas por la Corte IDH, ya se había cumplido; en relación al punto "c", se encontraba fuera de su alcance; y respecto al punto "a" -este es el punto de la discordia-, no puede dejar sin efecto la condena civil impuesta, por lo que "no corresponde hacer lugar a los solicitado".

El voto de la mayoría[199] expresó, entre otros fundamentos, que:

(i) uno de los principios estructurales del sistema interamericano de protección de derechos humanos es el de la subsidiariedad; la Corte IDH no constituye una "cuarta instancia" que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales, por el contrario, su jurisdicción es subsidiaria, coadyuvante y complementaria (Considerando 8°);
(ii) "…dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa 'Menem' en virtud de la orden de la Corte Interamericana […] -lo cual es sinónimo de "revocar"…-, implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una 'cuarta instancia' revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema (Considerando 11);
(iii) "…la Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional (Considerando 12);
(iv) "Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional" (Considerando 17).

El voto concordante del juez Rosatti se pliega a los argumentos de la mayoría, y agrega fundamentos propios; entre ellos:

(i) "El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por 'los principios

> de derecho público establecidos en la Constitución Nacional', a los cuales los tratados internacionales [...] deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional" (Considerando 5°); (ii) "...en un contexto de 'diálogo jurisprudencial' que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la Corte IDH como último intérprete de la CADH [...] y a la CSJN como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina [...], cabe concluir que la reparación ordenada en la sentencia de la Corte Interamericana encuentra adecuada satisfacción [...], no siendo posible concretar la revocación formal del decisorio nacional -si es ello lo que se pretende- sin violentar lo dispuesto por los arts. 27 y 75 inc. 22) de la Constitución Nacional Argentina..." (Considerando 8°).

Por su parte, el juez Maqueda en su voto minoritario consideró que correspondía cumplir íntegramente el fallo de la Corte IDH.

Ese decisorio de la CSJN originó una dura réplica por parte de la Corte IDH en la resolución de supervisión de cumplimiento de fecha 18/10/2017[200], rebatiendo los argumento del máximo tribunal argentino.

Posteriormente, por resolución 4015/07 del 05/12/2017, la CSJN resolvió que la interpretación de la Corte IDH era consistente con su sentencia del 14/02/2017, ya que una medida como la sugerida -mantener la publicación de la sentencia de la CSJN en su página web pero realizando "algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la CADH" (párr. 21)- no vulnera los

principios de derecho público establecidos por la Constitución de Argentina (art. 27), y ordenó que se asiente junto a la decisión registrada en Fallos 324:2895 (causa "Menem") la siguiente leyenda: "Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia de 29 de noviembre de 2011)"[201].

Finalmente, por resolución de supervisión de cumplimiento de fecha 11/03/2020[202], la Corte IDH consideró que la anotación hecha en la sentencia por la CSJN era suficiente para declarar el cumplimiento a la medida de reparación relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta, destacando que queda pendiente que el Estado cumpla con el reintegro por lo que se mantiene aún abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento.

Resumido el caso, la gran pregunta que surge -y que aún se formula cierta doctrina argentina- es si correspondía que la CSJN cumpliera con el punto "a" del pronunciamiento de la Corte IDH, esto es, "dejar sin efecto" la condena civil impuesta en el fallo doméstico. Si bien es un tema debatible, entendemos que la CSJN debió acatar lo ordenado por la Corte IDH, conforme lo dispone el art. 68.1 y 63.1 de la CADH[203].

Esa misma reparación de "dejar sin efecto" sentencias locales ya había sido cumplida por la CSJN en casos anteriores, como en "Espósito"[204] donde la Corte nacional acató lo resuelto por la Corte IDH en la causa "Bulacio vs. Argentina"[205] y dejó sin efecto la declaración de prescripción de la acción penal, y en "Derecho"[206], en el cual cumplió la sentencia emitida por el tribunal regional en el caso "Bueno Alves vs. Argentina"[207] y dejó sin efecto la resolución que dictó con anterioridad[208], que había pasado en autoridad de cosa juzgada. Asimismo, en la causa "Kimel vs. Argentina"[209] la Corte IDH ordenó a Argentina dejar sin efecto la condena penal impuesta al Sr. Kimel y todas las consecuencias que de ella se derivaran, y así lo hizo la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación

Penal, haciendo lugar a un recurso de revisión en el que se invocó la sentencia del tribunal regional. Además de estos casos que vincularon a Argentina, la Corte IDH recordó que similar reparación fue cumplida por otros Estados ("Herrera Ulloa vs. Costa Rica"[210], "Palamara Iribarne[211] vs. Chile", "Tristán Donoso vs. Panamá"[212]).

Del caso "Fontevecchia - Ministerio de Relaciones Exteriores" se desprenden varias cuestiones interesantes como el alcance del art. 27 de la CN, la jerarquía de los tratados en Argentina, entre otros. Asuntos estos que exceden los cometidos del presente trabajo. Solo apuntar al respecto que la CSJN no tuvo en cuenta el caso "Nardelli"[213]. Si bien es válido que la CSJN cambie su jurisprudencia, consideramos que en esta ocasión lo hizo de forma abrupta y tendría que haber dicho que abandonaba la doctrina "Nardelli".

Otra pregunta que surge es si fue apropiado que la Corte IDH utilizara la oración "dejar sin efecto" la sentencia local. Nuestra respuesta es negativa. Como bien lo apuntó la CSJN, dejar sin efecto es sinónimo de "revocar" conforme la primera acepción de esta palabra en el Diccionario de la RAE, lo cual no corresponde dado que la Corte IDH no es una "cuarta instancia" revisora de las sentencias dictadas por los tribunales nacionales. Posteriormente, la Corte IDH aclaró que "al ordenar esta reparación no indicó que para cumplirla el Estado tuviera necesariamente que 'revocar' los fallos internos" y que "podía adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada"[214], dando recién aquí alternativas que antes no había explicitado. Al respecto, compartimos la opinión de Hitters de que "la frase 'dejar sin efecto' parecería demasiado fuerte; quizás hubiese sido mejor hablar de 'adaptar' las sentencias locales a los fallos regionales, habida cuenta que técnicamente no era del todo correcto hablar de 'revocación' (que implica, salvo excepciones, una impugnación previa) …, ya que la Corte

IDH no es un organismo *ad quem* respecto de los judiciales locales. Se trata de cuerpos de diversa naturaleza que no tienen una relación de jerarquía"[215].

Ahora bien, la CSJN -como lo señalamos- anotó al pié del fallo "Menem" la leyenda antes aludida y el enlace electrónico que dirige a la sentencia "Fontevecchia" de la Corte IDH. Por lo que desde el derecho positivo lo ordenado por la Corte IDH fue cumplido por la CSJN, y de tal manera fue tenido por la Corte IDH[216], llegando así a un armisticio en la pugna entre Cortes.

No caben dudas de este es un caso importante y que deja sus lecciones tanto para la CSJN como para la Corte IDH. Respecto a esta última, es necesario que sea más cauta y prudente al momento de fallar, practicando una interpretación previsora, midiendo las consecuencias que pueden acarrear sus decisiones en el orden interno.

5.3. Nuestra opinión

Del examen de los precedentes de la Corte IDH, se advierte una gran reticencia para admitir la doctrina del margen de apreciación nacional. Si bien en un comienzo la aplicó (Opinión Consultiva OC-4/84), luego no la ha aceptado en el sistema interamericano, alejándose en este aspecto del TEDH.

Sólo se refiere a ella en casos aislados o para negar su aplicación, dejándoles a los Estados signatarios de la CADH un limitadísimo espacio de maniobra.

Se invocan varias razones para no reconocer la doctrina en Latinoamérica. Una de ellas es el escaso desarrollo democrático en los Estados partes de la CADH y lo endeble de sus instituciones nacionales de protección de los derechos humanos[217]. Ello fue así en otra época y en otro contexto histórico de nuestra región, pero en la actualidad nos encontramos en una situación política e institucional

diferente[218], por lo que consideramos que no es un fundamento consistente a la fecha.

Otro argumento que se esgrime para limitar el margen de apreciación es que existe diversidad entre los Estados latinoamericanos, y que por ello la Corte IDH debe dictar sus sentencias en base a estándares generales de protección de los derechos humanos. No comulgamos con esta postura, dado que en Latinoamérica -a diferencia de Europa- compartimos un mismo idioma (salvo Brasil), una misma religión, una misma idiosincrasia y una misma tradición cultural y jurídica.

También la corriente negatoria se afinca en la tesis de que las sentencias de la Corte IDH tienen efecto vinculante y *erga omnes*. La pregunta a resolver aquí es, como sostiene Amaya, ¿la doctrina de la Corte IDH debe ser efectivizada por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte de una forma inalterable o pueden éstos adecuarla a su ordenamiento jurídico interno en virtud de la noción del margen de apreciación?[219] Analizaremos seguidamente esta cuestión.

En una primera etapa la Corte IDH, en el caso "Genie Lacayo"[220], manifestó que

> "…La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales *en abstracto,* sino que es ejercida para resolver casos *concretos* en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención…".

Pero luego cambió de postura ampliando jurisprudencialmente los efectos de sus decisiones a otros casos similares respecto del mismo Estado, a partir de los casos "Barrios Altos"[221], "Tribunal Constitucional"[222] y "La Cantuta"[223]; en ellos, la Corte IDH señaló los efectos *erga omnes* de sus fallos no solo para el asunto concreto sino

para todo el derecho interno de un país (en el caso, Perú), aun fuera del caso juzgado. Al respecto, expresa Hitters:

> "cuando la Corte IDH fija una doctrina legal -imperativa-, la misma es vinculante -en principio- para los Estados partes por lo que de ese modo de alguna manera se minoriza el principio del margen de apreciación nacional teniendo en cuenta la obligatoriedad de los pronunciamientos del tribunal regional"[224].

En el caso "Gelman", el juez Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado, se refiere a la eficacia hermenéutica *erga omnes* que tienen las sentencias de la Corte respecto a todos los países que conforman el SIDH[225].

Para Hitters "Queda claro entonces que los decisorios de la Corte Interamericana producen efectos: 1) no solamente para el país condenado -vinculación directa, inter partes-, 2) sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional (vinculación relativa *erga omnes), pero sólo en la medida de la norma interpretada, no así en la totalidad del fallo".* Agrega el autor citado "En suma, según este elevado criterio -que compartimos-, las sentencias del Tribunal Interamericano originan dos tipos de consecuencias, a saber: una de *vinculación directa* -y obligatoria- para el país condenado (arts. 62 y 68, CADH); y otra de *vinculación "relativa" -erga omnes-* para todos los países miembros del modelo, *que no participaron del proceso*"[226].

Disentimos con el criterio de que los fallos de la Corte IDH constituyen una "doctrina legal" para todos los casos similares, en cualquiera de los Estados signatarios de la CADH, en tanto de ninguno de sus dispositivos se desprende tal carácter o efecto.

En nuestra opinión, las sentencias de la Corte IDH son obligatorias (vinculantes) para los Estados en cada caso concreto en que fueron partes, conforme surge del art.

68.1. Por ende, un Estado no está obligado a aplicar la jurisprudencia de la Corte IDH si no fue parte en el proceso internacional.

Sobre el punto, en el caso "Acosta"[227] de la CSJN, el Procurador General en su dictamen -el cual compartimos- expresó que:

> "la decisión de la Corte Interamericana en un caso contencioso es obligatoria respecto de un Estado parte de la Convención Americana que aceptó la competencia de la Corte Interamericana y fue parte en el proceso internacional concreto en el cual esa decisión fue dictada y, además, lo es exclusivamente en relación con ese proceso concreto. Las decisiones de la Corte Interamericana no tienen efectos generales, *erga omnes*, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado [...] ningún dispositivo de la Convención establece su carácter vinculante y mucho menos su valor *erga omnes* [...] los Estados partes únicamente están obligados a cumplir las *decisiones* de la Corte Interamericana en el caso concreto (art. 68.1 de la Convención). No existe, en cambio, un deber de seguir la decisión en otros casos similares, ni tampoco un deber de seguir su *jurisprudencia*".

Lo expuesto -y en particular para la Argentina-, sin perjuicio de que la jurisprudencia de la Corte IDH debe "servir de guía" (en el sentido de *tener en consideración*, no de su aplicación obligatoria, irreflexiva y automática) para interpretar los preceptos convencionales ("Giroldi") [228], y sin desconocer que los poderes del Estado deben efectuar -a petición de parte o de oficio- el "control de convencionalidad" ("Almonacid Arellano"[229], "Trabajadores Cesados del Congreso"[230], entre otros).

VI. Conclusiones

1. La doctrina del margen de apreciación nacional es de vital importancia en materia de derechos humanos. Permite compatibilizar la jurisdicción internacional con la local, como, asimismo, las tensiones propias entre lo universal y lo doméstico. Como bien se ha dicho, si se suprimiera o prohibiera esta técnica decisoria, probablemente otra tomaría su lugar[231].

2. La subsidiariedad -principio estructural de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos- es el sustento del margen de apreciación; éste es inherente a aquél.

3. En el sistema europeo ha sido ampliamente receptado el margen de apreciación y su utilización es frecuente por parte del TEDH, siendo un criterio habitual de motivación en sus sentencias.

4. El TEDH cuenta con una prolífera jurisprudencia en torno al margen de apreciación. Del análisis de sus fallos, en relación a los derechos del CEDH afectados, se desprende que:

a) respecto a los derechos que se consideran "absolutos", el margen de apreciación nacional es *restringido* o nulo y, por ende, el control del tribunal europeo es intenso y riguroso;

b) en cuanto a los derechos que pueden ser limitados -siempre que esas limitaciones estén establecidas por ley-, el TEDH reconoce un *amplio* margen de apreciación nacional a los Estados;

c) existen zonas fronterizas respecto a derechos en los que el TEDH no ha seguido un criterio lineal, sino que ejerce mayor o menor intensidad en el control de acuerdo a cada caso y a las circunstancias del mismo.

5. El TEDH, a los fines de determinar la mayor o menor intensidad en el margen de apreciación nacional, emplea varios criterios. Uno de los más relevantes es el del *consenso europeo* en la cuestión debatida. Otro es el de la

naturaleza del derecho en juego. También suele considerar que, en determinadas circunstancias, las autoridades nacionales se encuentran en *mejor posición* para resolver un conflicto, dada su proximidad a los ciudadanos, a la realidad nacional y normativa. Asimismo, aplica el argumento de la *seriedad de la restricción del derecho* y el de las *circunstancias particulares del caso.*

6. En Europa existen voces a favor y en contra del margen de apreciación nacional. Dentro de los cuestionamientos que se le formulan, encontramos los siguientes: gran discrecionalidad del TEDH en su utilización, que produce inseguridad jurídica; decisiones ambiguas del TEDH; doctrina incierta, de construcción débil e imprecisa (susceptible de aplicaciones muy variadas, sino contradictorias; "vale para casi todo: para una cosa y su contrario"); vaga sistematización científica, etc.[232]. De allí que se abogue por una construcción sistemática de la figura, ordenándola con mayor claridad y precisión, fijando ciertos estándares comunes europeos susceptibles de respetar las particularidades nacionales.

7. En el sistema interamericano, a diferencia del sistema europeo, el margen de apreciación nacional tiene un escaso desarrollo. En un comienzo la Corte IDH aplicó esta doctrina (Opinión Consultiva OC-4/84) y luego se ha referido en casos aislados (v.gr., "Castañeda Gutman") o para negar su aplicación. Lo cierto es que la Corte IDH es reticente en su admisión.

8. La doctrina del margen no está prevista expresamente ni en el CEDH ni en la CADH, siendo una creación jurisprudencial de los órganos regionales. Los precedentes de la Corte IDH, en la estructura de la figura, se asemejan a la concepción del TEDH. Ahora bien, mientras que el TEDH muestra una actitud deferente o de no intervención respecto a las decisiones internas, la Corte IDH despliega un fuerte activismo judicial, imponiendo, y, a menudo, sustituyendo a los Estados demandados con sus propios puntos de vista, en desmedro de la prudencia judicial y de

la subsidiariedad que rige en el sistema internacional. Asimismo, mientras el TEDH con frecuencia realiza un análisis en concreto de acuerdo a las circunstancias del caso -en consideración a las distintas realidades y legislaciones europeas-, para establecer el mayor o menor margen de apreciación de los Estados, la Corte IDH tiende a realizar un análisis en abstracto, como si todos los Estados signatarios de la CADH fueran “clones”.

El amplio margen de apreciación que el TEDH concede a los Estados en la ponderación de los derechos plasmados en el CEDH, en gran medida responde a una necesidad de autolimitación para la supervivencia del sistema, debido al fuerte pluralismo de los pueblos europeos y a la gran diversidad de los numerosos Estados partes del Convenio. Igualmente, dicho criterio permisivo del TEDH reposa en que confía en las democracias nacionales. Contrariamente, el activismo de la Corte IDH y su reticencia en reconocer el margen en el sistema interamericano, obedece a la desconfianza en las democracias latinoamericanas y en sus instituciones. No desconocemos que la Corte IDH tuvo sus razones para adoptar tal postura, teniendo en cuenta las violaciones sistemáticas de los derechos humanos que se registraron en estas latitudes, pero en la actualidad atravesamos un contexto político e institucional diferente, con democracias afianzadas y concientización ciudadana en la protección de los derechos humanos.

9. En Latinoamérica impera una tendencia hacia la universalización e internacionalización -con la que coincidimos-, habiendo contribuido a ello buena parte de la doctrina. Sin embargo, como apunta Núñez Poblete, el discurso de universalización a ultranza, que admite como única significación la interpretación oficial de los tribunales internacionales, descartando de entrada la posibilidad de que existen versiones locales a lo universal, no parece razonable[233]. La subsidiariedad, y su manifestación que es el margen, pueden cumplir una función positiva de defensa del pluralismo en los derechos humanos, permitir una

relativa limitación del universalismo de los derechos como valores, y autorizar un cierto grado de diferenciación normativa y de fragmentación que no rompa la coherencia de la protección internacional; y, en definitiva, facilitar una aproximación pluralista a la fundamentalidad de los derechos; universal no quiere decir necesariamente unos derechos uniformes e independientes de los contextos[234].

10. Los tribunales regionales no pueden interpretar un derecho y juzgar en abstracto, omitiendo el contexto social, cultural, económico y jurídico del país donde se suscita el problema. Como señala Sagüés, uno de los defectos en que pueden incurrir los tribunales internacionales es en la práctica del *autismo jurídico* que los lleve a interpretar los derechos humanos emergentes de un instrumento internacional solamente "desde" tal documento, desconociendo las realidades y el contexto normativo del Estado donde se debate una posible infracción a aquellos derechos[235]. Con lo cual, al momento de fallar es importante que los tribunales regionales tengan en cuenta las realidades históricas, socioculturales, económicas y normativas de los países signatarios de los pactos internacionales, respetando el pluralismo y el carácter subsidiario de la jurisdicción internacional.

11. Las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para los Estados en cada caso concreto en que fueron partes (art. 68.1, CADH). Sus decisiones no tienen efectos generales, *erga omnes*, sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado, pues ningún dispositivo de la CADH establece su carácter vinculante y mucho menos su valor *erga omnes*. Consecuentemente, los Estados no están obligados a aplicar la jurisprudencia de la Corte IDH si no fueron parte en el proceso internacional.

En Argentina, la jurisprudencia de la Corte IDH deber "servir de guía" (en el sentido de *tener en consideración*), en aras de una armonización de criterios y de efectividad de los derechos reconocidos en la CADH -poseyendo los

tribunales locales un margen de apreciación-, pero no se aplica de manera automática e irreflexiva.

12. Consideramos que la Corte IDH debería reconocer y practicar un prudente margen de apreciación nacional. Margen de apreciación no es margen de debilidad para la Corte IDH, sino el respeto del principio de subsidiariedad del derecho internacional de los derechos humanos, valorando las realidades sociales, económicas y jurídicas de cada Estado, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales.

Este margen nacional que proponemos, claro está, en modo alguno significa que sea absoluto; por el contrario, debe ser razonable y limitado[236].

Asimismo, entendemos que la Corte IDH debe ser más cauta y prudente a la hora de tomar sus decisiones, practicando una interpretación previsora[237], y evitando tensiones o conflictos innecesarios con los tribunales locales. Los casos “Gelman” y “Fontevecchia - Ministerio de Relaciones Exteriores”, constituyen llamados de atención. Esto hace al fortalecimiento del sistema interamericano y redundaría en un mayor seguimiento y acatamiento de sus sentencias. Cabe destacar, al efecto, el alto grado de incumplimiento de los fallos de la Corte IDH por parte de los países demandados. En nuestra opinión, si se flexibiliza el margen de apreciación nacional, habría un mayor cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.

13. El “diálogo jurisprudencial” entre las jurisdicciones nacionales y la Corte IDH y viceversa, juega un papel central para el entendimiento y la convergencia decisional entre los organismos con competencia para dirimir conflictos derivados de la violación de derechos humanos. La coordinación y cooperación constructiva entre justicia local e internacional, es imprescindible para el fortalecimiento del sistema interamericano.

García Ramírez -el “padre” del control de convencionalidad-, sostiene que “no es conveniente ni realista pretender que *todo* el orden jurídico sea producto

de una sola fuente internacional, con operación puramente endogámica, ciega y sorda a las incitaciones que surgen de las fuentes nacionales de reflexión y decisión. En el mismo sistema interamericano se cuenta con ejemplos -cada vez más numerosos y aleccionadores- sobre la racionalidad y los beneficios del diálogo jurisprudencial”[238].

14. Atento a que el margen de apreciación nacional es necesario en cualquier sistema regional, los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto el interamericano como el europeo, deberían contemplarlo en forma expresa. Una alternativa, es añadiendo una referencia de él en el Preámbulo de los Convenios, como un nuevo considerando o párrafo.

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: BASES PARA SIMPLIFICAR EL PROCESO PENAL Y LOGRAR RESPUESTAS JURISDICCIONALES SATISFACTORIAS. INSIGNIFICANCIA, SOLUCIÓN DE CONFLICTO, SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA

Abg. Mgter. Pablo Guido Peñasco

I. Concepto del principio de oportunidad y régimen legal

Los criterios de oportunidad son:

> "…la posibilidad que la ley acuerda a los órganos encargados de la persecución penal, por razones de política criminal o procesal, de no iniciar la persecución o de suspender provisionalmente la ya iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva (sólo a alguno o algunos de los autores del hecho y no a todos) o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurran la condiciones ordinarias para perseguir y castigar…"[239].

Este principio de ninguna manera resulta una postulación injusta con respecto a la igualdad ante la ley de todos los habitantes, sino que es un intento de conducir la selección de casos según fines concretos sin dejarla abandonada al arbitrio o al azar (Julio Maier).

También se lo ha definido como la “posibilidad de que los órganos públicos a quienes se le encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionalmente, por motivos de utilidad social o razones político criminales”.[240] En tanto que Claus Roxin señala: “es la contraposición teórica del Principio de Legalidad, mediante la cual se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo archivando el proceso cuando las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido un delito”.[241]

En función de lo expuesto, se puede sintetizar diciendo que el principio de oportunidad constituye una autorización legal a favor de los órganos encargados de la persecución penal que en la República Argentina es el Ministerio Público Fiscal, fundada en motivos o razones de política criminal o procesal, para que no se inicie la persecución procesal penal o si estuviere en curso, para suspenderla en forma provisoria. Las razones que deberán dar fundamento a la decisión de no iniciar el proceso penal deberán estar expresamente previstas por la ley dado que serán excepciones al principio de legalidad y a la obligación de accionar según art. 71 del Código Penal, el cual, de manera clara establece que deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales (excepto las de los art. 72 y 73), sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal.

II. Fundamentos y razones del principio de oportunidad

El control de la sobrecarga de trabajo es uno de los elementos centrales en una reforma de la justicia penal, porque significa uno de los peores problemas de funcionamiento y de la frustración de expectativas colectivas. Se produce algo así como lo que genera la inflación en el manejo de la política económica. La sobrecarga de trabajo impide analizar el desempeño del Estado y el desempeño de los poderes judiciales en el orden Nacional, Federal y Provinciales.

Una organización que no puede distribuir premios y castigos, que no puede hacer control de gestión, es una organización que va sin rumbo. Y la justicia en nuestro país presenta estos inconvenientes, pues no están dadas las condiciones para que se pueda analizar una verdadera política judicial, porque no están dadas las condiciones para el control de gestión en ciertos poderes judiciales del país.

De lo que se trata cuando hablamos de principio de oportunidad, es de diseñar una política compleja de selección de casos de la justicia penal.

En tal sentido, considerando que la inseguridad en argentina viene con marcado crecimiento desde fines de la década de 1990 según los datos estadísticos, a pesar de distintas medidas para la prevención del delito, el número de procesos penales creció en porcentajes considerables, lo que implicó la imposibilidad de los órganos públicos predispuestos (Fiscalías y Juzgados penales), de atender y resolver la totalidad o gran parte de las causas. Esta circunstancia, sumada a otras posturas que propician suspender el ejercicio de la persecución penal o evitar el inicio de procesos, por distintas razones, han puesto en crisis la vigencia clásica del principio de legalidad (también llamado principio de indisponibilidad en materia procesal)

relacionado con la oficiosidad, que obligaba al Ministerio Público Fiscal (M.P.F.) a ejercer la acción penal pública para todos los casos cuando hubiere denuncia o de oficio (por iniciativa propia) cuando correspondiere. Resulta imposible dar respuesta a todos los hechos presuntamente delictivos que se tuviere conocimiento, por lo que es necesario acudir a otros métodos que permitan abordar el conflicto originado por el delito y brindar una solución alternativa a la condena. La realidad demuestra que ningún sistema judicial puede dar tratamiento a todos los hechos delictivos que se cometen, quedando una gran cantidad sin ser investigados[242]. En tal sentido, se reconoce que existe la real imposibilidad que el Poder Judicial (MPF y Jueces) y que el Poder Ejecutivo a través de las fuerzas de seguridad públicas, puedan investigar y resolver todos los casos, por lo que se elaboraron y adoptaron otras soluciones desde la política criminal y procesal que procuran determinar bajo qué criterios el estado debe investigar y juzgar delitos y por otro lado se autoriza a no iniciar o suspender el ejercicio de la pretensión penal. Así se impone la obligación de investigar los hechos graves o aquellos donde participen funcionarios públicos, por ejemplo, en tanto que, por otro lado, se regulan legalmente otras soluciones para evitar el proceso penal, como por ejemplo casos de mínima lesión al bien jurídico tutelado o de insignificancia; de resarcimiento integral a la víctima, cuando se demuestre la plena solución del conflicto, etc.

El Dr. Julio Maier con cita de Kaiser, sostiene que el sistema penal se aplica tan solo a unos pocos hechos punibles, escasísimos frente al panorama general, de la inobservancia a las normas de derecho penal y que la selección natural del sistema crea desigualdades notorias, criminalizando a un sector social -el menos favorecido, el de menores recursos- y descriminalizando a otros.[243] Los autores citados, especialmente desde el punto de vista criminológico, sostienen que el proceso penal constituye un proceso de selección de causas o de hechos para su

investigación y resolución. Son muchos los factores que tienen influencia en la conformación de ese proceso de selección de los procesos penales valga la redundancia. Entre ellos, la carencia de información a la víctima o a los denunciantes, que no sean debidamente informados acerca del curso del proceso y que a su vez no tengan interés en el mismo, eso puede provocar el estancamiento o paralización de la investigación.

Otros factores de inactividad de los órganos de investigación y resolución pueden ser cuando el ofendido no sabe que ha sido afectado por un delito, por ejemplo (Marie), los casos de estafas de seguros.

Otros factores relacionados con criterios selectivos de procesos penales se relacionan con las decisiones políticas en cuanto al empleo de recursos disponibles para actuar contra el delito.

También, en la misma línea, otro factor con preponderancia creciente es el relacionado a las causas N.N. o de autores ignorados. Si se observan las estadísticas en materias de delitos contra la propiedad en la República Argentina, podrá advertirse una cantidad creciente de hechos sin esclarecer que se archivan por tener autores desconocidos, frente a una cantidad mucho menor de procesos con imputados o partícipes identificados.

Uno de los criterios de selección derivado de la aplicación de normas procesales y sustanciales, se refiere a la situación de personas detenidas o privadas de libertad con medidas de coerción personal por haber sido sorprendidas en situación de flagrancia o porque existen elementos de convicción suficientes para sostener que ha tenido participación en un delito de acción pública merecedor de pena privativa de libertad. Frente a este caso, es necesario resolver la situación procesal del detenido y en consecuencia se motoriza e imprime agilidad al proceso. Lo mismo ocurre con las demás causas penales donde esté imputada una persona detenida en otro proceso, por aplicación de los principios de conexidad y de

unificación de causas, resulta conveniente que el sujeto que es llevado a juicio sea por todas las causas que tramitan donde está acusado.

Lo cierto es que frente a la sobre carga de trabajo derivada de la cantidad de procesos penales por el crecimiento de delitos, es conveniente establecer legalmente cuales son los principios de selección de procesos facultando al MPF para que estén determinados los criterios donde pueda disponer que no inicie o que suspenda la persecución penal, lo que permite diferenciar criterios de oportunidad reglados (provistos o autorizados por normas jurídicas) y discrecionales, librados a la decisión de los órganos públicos autorizados.

En este punto también la Ley N° 8911 modificatoria de la Ley N° 8008 de Mendoza ha innovado y ampliado con relación a la anterior, actualizando las pautas de actuación del MPF de Mendoza a las reformas del derecho penal (art. 59 C.P.) y facultándolo para dar respuestas que promuevan la actuación de la justicia según los requerimientos de la realidad criminal y delictiva. El C.P.P.F. también ha innovado en el mismo sentido, con la incorporación de los arts. que más adelante serán tratados.

III. Naturaleza jurídica del principio de oportunidad

Es un principio procesal, admitido por nuestra legislación sustancial (ver arts. 71 y 59 del C.P.), que se funda en razones de política criminal, cuya implementación ajustada a los principios fundamentales del derecho constitucional, penal y procesal penal, permite y facilita soluciones conforme a derecho y justicia para cada caso concreto, promoviendo la resolución de causas en vistas al descongestionamiento del sistema judicial, pero su aplicación en concreto por el MPF y el órgano

Jurisdiccional debe considerar la situación de la víctima, la vigencia de la ley penal respecto de los fines de la pena (ya que el criterio de oportunidad que se aplique suspenderá o impedirá la persecución), que el otorgamiento del criterio no implique un premio gratuito para el imputado del cual pueda hacer uso de manera abusiva y reiterada. Esto desnaturalizaría su esencia, basada no solo en evitar la sobrecarga de trabajo del sistema, sino en lograr reales soluciones conforme a pautas de justicia, que en concreto son los criterios de oportunidad previstos en cada CPP.

La operatividad del principio de oportunidad por medio de los criterios autorizados en los ordenamientos procesales (nacional y de provinciales), no debe ser empleado de modo que se burle la justicia logrando que un imputado se beneficie con la suspensión de numerosas causas sucesivas o en lapsos temporales relativamente cercanos, máxime cuando no se repare integralmente a los damnificados. Su aplicación debe ser flexible pero prudente y producto de una meditación sistemática de las leyes vigentes y de los principios legales sustanciales y procesales, sumado a distintas condiciones a tener en cuenta.

El principio de oportunidad admite la posibilidad que se suspenda en forma provisoria el seguimiento o continuidad del proceso o de la persecución penal, lo que generalmente está condicionado a distintos requisitos que el imputado deberá cumplir bajo apercibimiento de las consecuencias que cada legislación procesal prevea. El CPP de Mendoza, en el art. 27 se ocupa del tema.

También se podrá limitar en su extensión objetiva y subjetivamente (es decir solo a alguno o algunos de los autores, cómplices e instigadores y no a todos), la atribución de suspender provisoriamente el seguimiento del proceso (José Cafferata Nores y Aída Tarditti). Además, podrá hacerse cesar definitivamente la persecución penal, aun cuando concurran las condiciones y presupuestos para

que la acción penal sea ejercida normalmente, se formule una acusación o se pueda imponer pena.

IV. Ventajas

El reconocimiento de la vigencia del principio de oportunidad y consecuente aplicación de criterios de oportunidad puede aportar ciertas ventajas de importancia. Se habla que contribuye a la descriminalización de hechos punibles en todos aquellos casos en que existen otras soluciones al problema originado por el delito y donde la respuesta punitiva puede provocar más problemas que aportar soluciones e incluso cuando sea innecesaria la imposición de pena. Otro de los aportes en su favor que se sostiene, es que promueve mayor eficiencia del sistema penal procurando soluciones que logran disminuir el descongestionamiento de los tribunales y fiscalías sobresaturados de expedientes, legajos, causas o casos penales, situación de congestionamiento que impide o dificulta el tratamiento de los casos más importantes determinados por afectación de los bienes jurídicos tutelados o gravedad del hecho o por su alarma social o por tratarse de hechos de corrupción o contra funcionarios públicos.

También se sostiene que la regulación legal de criterios de oportunidad contribuirá a la transparencia del sistema y de la forma, modo y efecto, con las causales que permiten que opere la selección del caso para aplicar cada criterio, de manera que ese caso tendrá un control jurídico y de política criminal.

Así fue que distintas provincias de nuestro país, entre ellas Mendoza, legislaron en sus respectivos Códigos de Procedimiento Penales, implementando criterios de oportunidad.

Vale destacar que por Ley N° 27.147 (B.O. 18-6-2015) se agregaron los actuales tres últimos incisos al art. 59 del

C.P., que establecen nuevas causales de extinción de la acción penal, entre ellas las referentes a: Inc. 6 que dice que la acción penal se extingue por la aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; Inc. 6: Por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes; inc. 7: Por el cumplimiento de las condiciones establecidas por la suspensión del proceso a prueba, de conformidad con lo previsto en este Código y las leyes procesales correspondientes.

Es decir que el C.P., ley penal sustantiva nacional, ha reconocido la vigencia del principio de oportunidad para todas aquellas provincias que lo hubieran establecido y su aplicación será en función y de acuerdo a las leyes procesales correspondientes.

V. Referencia a los criterios de oportunidad de empleo frecuente

Recordemos que el principio de oportunidad implica una autorización legal conferida al M.P.F. (en el caso de la Provincia de Mendoza mediante el art. 26 del C.P.P.), para que "…solicite al Tribunal que se suspenda total o parcialmente la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando se presenten las siguientes situaciones:

> 1. - Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.

2. - Se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditará sumariamente. En caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella;
3. - En los casos de suspensión del juicio a prueba;
4. - En el juicio abreviado;
5. - En los supuestos de los parágrafos siguientes: a toda persona que se encuentre imputada, o que estime pueda serlo, si durante la substanciación del proceso, o con anterioridad a su iniciación:
a) Revelare la identidad de coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados o de otros conexos, proporcionando datos suficientes que permitan el enjuiciamiento de los sindicados o un significativo progreso de la investigación.
b) Aportare información que permita secuestrar los instrumentos, o los efectos del delito, valores, bienes, dinero o cualquier otro activo de importancia, provenientes del mismo; se dispondrá:
1. Su libertad, con los recaudos del art. 280 de este Código, a cuyo efecto deberá considerarse la graduación penal del art. 44 y pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal Argentino;
2. En caso de disponerse su prisión preventiva, se lo internará en un establecimiento especial, o se aplicará el art. 300;
3. El Tribunal pedirá al Poder Ejecutivo la conmutación o su indulto, conforme a las pautas del apartado uno que antecede.

A los fines de la suspensión o prosecución de la persecución penal se valorará especialmente la información que permita desbaratar una organización delictiva, o evitar el daño, o la reparación del mismo.

Bajo tales supuestos el Tribunal podrá suspender provisionalmente el dictado de su prisión preventiva.

La solicitud de todo lo aquí dispuesto deberá formularse por escrito o verbalmente ante el Tribunal, el que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio de la investigación".

Por su parte, el art. 353 del C.P.P. de Mendoza establece que el sobreseimiento procederá cuando: … 6.- Se hubiere producido la conciliación de las partes, siempre en los casos que estuviese legalmente permitido.

7.- Ha transcurrido el plazo de un (1) año desde la suspensión de la persecución penal, y no corresponde dejarla sin efecto en virtud del 4to. párrafo del Art. 27.

8.- Ha transcurrido el término de la suspensión del proceso o el juicio a prueba, habiéndose cumplido las condiciones y reglas impuestas.

9.- Se han cumplido las obligaciones contraídas en el acuerdo reparatorio o la reparación integral del perjuicio, salvo que aquellas se encuentren debidamente garantizadas a satisfacción de la víctima…"

Tomando como referencia la regulación procesal de distintos criterios de oportunidad, destacamos el art. 26 del C.P.P. de Mendoza.

El primer párrafo del art. impone la obligación del MPF de ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a la disposición de la ley, lo que implica que se remite al art. 71 del C.P. Al establecer el primer párrafo del art. 26 que el M.P. (se refiere al MPF), deberá ejercer la acción penal, define plenamente la obligación del órgano a cargo de la acusación pública de cumplir y llevar a cabo todos los procedimientos, actos procesales y medidas necesarias para el ejercicio de la pretensión penal derivada de un delito de acción pública.

El segundo párrafo del art. 26 atribuye al MPF las facultades concretas para ejercer los criterios de oportunidad, al establecer que podrá hacer lo siguiente:

A.- Solicitar al Tribunal, que se suspenda total o parcialmente la persecución penal: lo que significa que se

paraliza provisoriamente la posibilidad de imponer medidas de coerción al imputado, de acusación y condena. La suspensión será provisoria (por un período o término) y podrá ser total o parcial.

B.- Solicitar al Tribunal que se limite a alguna o varias infracciones: supuesto donde existen varios delitos que se atribuyen al imputado, frente a los cuales el MPF podrá solicitar la suspensión de la persecución penal solamente respecto de alguno de ellos o más de uno cuando se atribuyan delitos en concurso real.

C.- Solicitar al Tribunal que se suspenda la persecución penal a alguna de las personas que participaron en el hecho, lo que implica la facultad de aplicar criterios de oportunidad solo a alguno de los imputados, si fueren dos o más.

Los tres supuestos de los puntos anteriores serán procedentes cuando se demuestre la existencia de las siguientes situaciones enumeradas desde los incisos 1 al 5 del art. 26.

Disposiciones del Código Procesal Penal Federal

El C.P.P.F. ha incorporado una regulación de importancia en la temática con Pautas de actuación y criterios de avanzada, previstos en la sección 2ª reglas de disponibilidad, donde el articulado que contiene la materia dice:

> ART. 30.- Disponibilidad de la acción. El representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL puede disponer de la acción penal pública en los siguientes casos: Criterios de oportunidad; b. Conversión de la acción; c. Conciliación; d. Suspensión del proceso a prueba.

No puede prescindir ni total ni parcialmente del ejercicio de la acción penal si el imputado fuera funcionario público y se le atribuyera un delito cometido en el ejercicio o en razón de su cargo, o cuando apareciere como un episodio dentro de un contexto de violencia doméstica o motivada en razones discriminatorias. Tampoco podrá en los supuestos que resulten incompatibles con previsiones de instrumentos internacionales, leyes o instrucciones generales del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL fundadas en criterios de política criminal.

ART. 31.- Criterios de oportunidad. Los representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL podrán prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal pública o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho en los casos siguientes: Si se tratara de un hecho que por su insignificancia no afectara gravemente el interés público; b. Si la intervención del imputado se estimara de menor relevancia, y pudiera corresponder pena de multa, inhabilitación o condena condicional; c. Si el imputado hubiera sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que tornara innecesaria y desproporcionada la aplicación de una pena; d. Si la pena que pudiera imponerse por el hecho careciera de importancia en consideración a la sanción ya impuesta, o a la que deba esperarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la que se impuso o se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.
ART. 32.- Efectos. La decisión que prescinda de la persecución penal pública por aplicación de criterios de oportunidad permitirá declarar extinguida la acción pública con relación a la persona en cuyo favor se decide, salvo que se

proceda de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del art. 252.
ART. 33.- Conversión de la acción. A pedido de la víctima la acción penal pública podrá ser convertida en acción privada en los siguientes casos: 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 querella.
ART. 34.- Conciliación. Sin perjuicio de las facultades conferidas a los jueces y representantes del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL en el art. 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.

ART. 35.- Suspensión del proceso a prueba. La suspensión del proceso a prueba se aplicará en

alguno de los siguientes casos:

a. Cuando el delito prevea un máximo de pena de TRES (3) años de prisión y el imputado no hubiere sido condenado a pena de prisión o hubieran transcurrido CINCO (5) años desde el vencimiento de la pena;

b. Cuando las circunstancias del caso permitan dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable;

c. Cuando proceda la aplicación de una pena no privativa de la libertad.

En caso de tratarse de una persona extranjera, también podrá aplicarse cuando haya sido sorprendida en flagrancia de un delito, conforme el art. 217 de este Código, que prevea pena privativa de la libertad cuyo mínimo no fuere superior a TRES (3) años de prisión. La aplicación del trámite previsto en este art. implicará la expulsión del territorio nacional, siempre que no vulnere el derecho de reunificación familiar.

La expulsión dispuesta judicialmente conlleva, sin excepción, la prohibición de reingreso que no puede ser inferior a CINCO (5) años ni mayor de QUINCE (15).

El imputado podrá proponer al fiscal la suspensión del proceso a prueba. Dicha propuesta podrá formularse hasta la finalización de la etapa preparatoria, salvo que se produzca una modificación en la calificación jurídica, durante el transcurso de la audiencia de juicio, que habilite la aplicación en dicha instancia.

El acuerdo se hará por escrito, que llevará la firma del imputado y su defensor y del fiscal, y será presentado ante el juez que evaluará las reglas de conducta aplicables en audiencia.

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.

El control del cumplimiento de las reglas de conducta para la suspensión del proceso a prueba estará a cargo de una oficina judicial específica, que dejará constancia en forma periódica sobre su cumplimiento y dará noticias a las partes de las circunstancias que pudieran originar una modificación o revocación del instituto.

La víctima tiene derecho a ser informada respecto del cumplimiento de las reglas de conducta.

Si el imputado incumpliere las condiciones establecidas, el representante del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL o la querella solicitarán al juez una audiencia para que las partes expongan sus fundamentos sobre la continuidad, modificación o revocación del juicio a prueba. En caso de revocación el procedimiento continuará de acuerdo a las reglas generales. La suspensión del juicio a prueba también se revocará si el imputado fuera condenado por un delito cometido durante el plazo de suspensión.

Los extranjeros en situación regular podrán solicitar la aplicación de una regla de conducta en el país".

Nociones generales

5.1.- Insignificancia: Es aquel principio limitativo del poder punitivo del estado según el cual, determinado hecho, pese a encuadrar formalmente en una figura delictiva, su escasa afectación del bien jurídico penal respectivo o disvalor del resultado, o bien de un ínfimo disvalor de acción, obsta que el Estado considere la conducta en cuestión como penalmente reprochable… la insignificancia es una condición que enerva lo ilícito penalmente y, consecuentemente con ello, su aplicación conlleva la descriminalización de ciertas conductas formalmente subsumibles en el tipo legal y necesariamente también, conduce en gran medida, a cumplir con los objetivos de eficacia en la persecución que legítimamente postula el derecho procesal[244]. Sostiene el Dr. Juan I.

Martínez Casas que un derecho penal sustantivo respetuoso de los principios de última ratio, proporcionalidad, lesividad, fragmentariedad y subsidiariedad, no puede renunciar a establecer en su seno los límites al poder punitivo del Estado, que de lo contrario, lo llevaría a cometer excesos indeseables, amén de las lógicas consecuencias económicas y perjudiciales para el sistema procesal, derivado de la escasez de recursos para su investigación que, incluso, se verifican aun cuando tiene que investigar los delitos más graves.[245]

Referente a la recepción en la jurisprudencia, el trabajo del autor que se comenta cita varios fallos, entre los que a continuación nos referimos como ejemplos de casos donde se aplicó el criterio de insignificancia:

5.1.1.- En una estafa reiterada donde el empleado de un estacionamiento asentaba en el recibo duplicado perteneciente al empleador una suma menor a la que constaba en el original entregado antes al cliente, quedándose con la diferencia.[246]

5.1.2.- En un caso de delito de daño en el que el autor arrojó al suelo dos grandes macetas en el fragor de una discusión entre vecinos.

5.1.3.- En casos de delitos de circulación de moneda falsa, se consideró insignificante su acción para el acusado que compró golosinas por tres pesos con un billete falso de cincuenta o quien pagó con diez pesos falsos un viaje en taxi por valor de cinco pesos, otro caso por el delito de hurto de una batería en desuso o por el hurto de medio sándwich de jamón y queso perteneciente a un funcionario judicial que el imputado se comió mientras prestaba declaración indagatoria y otros caso más que se citan en el trabajo del Dr. Juan Martínez Casas.

5.2.- Solución de conflicto: contemplado este criterio de oportunidad en el inciso 2 del art. 26 del CPP de Mza., admite su aplicación cuando se haya producido la solución del conflicto. En general se habla de solución como una

forma de pago o satisfacción de alguna deuda u obligación[247], sin embargo, no creo que ese concepto general sea de aplicación plena para el criterio de oportunidad que tratamos, porque por solución del conflicto el Legislador quiere resaltar que los Tribunales deberán resolver el conflicto penal a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas. Destaca el legislador en los fundamentos del CPP (Ley 6730), que el proceso penal pasa a tener entonces una actividad que va más allá de la prisión o reparación de los daños, es también un instrumento idóneo para intentar la armonía social.

La solución del conflicto originado por el delito, previsto como un criterio de oportunidad en el inc. 2 del art. 26 del C.P.P. de Mza., hace referencia a que el o los ofendidos por el delito e incluso las víctimas, tengan plena armonía con el imputado por haberse arribado a esta instancia por distintos medios plenamente lícitos. El art. 59 inc. 6 del C.P., dice que podrá extinguirse la acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes. Desde un punto de vista general, solucionar el conflicto penal implica que el imputado ha efectuado el pleno resarcimiento o reparación de los daños y perjuicios causados por el delito, o que ha restituido la cosa o bienes producto del mismo o que ha asumido la obligación de hacerlo constituyendo garantías a satisfacción plena de la víctima. Es decir que ha reparado plenamente los efectos del delito y compuesto la relación con el ofendido mediante la acción de reparación, restitución, garantía, etc., necesarias a satisfacción total de la víctima. También conlleva que se logre armonía entre partes.

Para arribar a la solución de conflicto se debe acudir a vías, formas o caminos lícitos. Es totalmente contrario plantear que se ha arribado a ese criterio de oportunidad,

cuando mediaron amenazas contra el denunciante, testigos, damnificados, ofendidos, víctimas, ya sea por medios coactivos expresos o tácitos, directos o indirectos que impliquen que los afectados padezcan de temor. Valerse del miedo y temor de la víctima para forzar la aplicación y el pedido de “solución de conflicto”, es nada más y nada menos que incurrir en serias acciones reprochables penalmente, ya que se procura doblegar la voluntad de los ofendidos (posible coacción), engañar al MPF y al órgano jurisdiccional en procura de una resolución que ordene suspender la persecución penal, cuando en realidad esa “solución” fue forzada. Por tal motivo el inciso dice que la solución de conflicto se acreditará sumariamente, ello implica que el representante del MPF deberá extremar recaudos para verificar que las partes arriban a esta instancia, con plena libertad y voluntad de suspender el proceso.

Cabe destacar que toda intervención judicial debe propender al bien común y a una sana administración de justicia, ello significa que debe tenderse a la armonía entre partes, seguridad y paz social, sin embargo, cuando el caso penal evidencia una clara tensión o confrontación de intereses particulares y públicos o intereses individuales y generales, será este último el que deberá tener mayor preponderancia y prevalecer ante el interés particular, dado que pueden estar involucrados valores como la paz social o la seguridad jurídica general que no pueden ser renunciados a consecuencia de la aplicación extrema de una solución de conflicto injusta e inexistente en la realidad.

En este orden vale la pena destacar lo expuesto por distinguidos autores al sostener que:

> “el delito (como ofensa o ataque individual o social), no es propiamente un conflicto social. Es una transgresión que solo puede denominarse delito o crimen. Es un hecho que resulta social e

> individualmente indeseable y por ende perseguible y punible. Resulta casi una falacia sostener que la ley y la justicia penal solucionan conflictos particulares. Por el contrario, persiguen y sancionan conductas indeseables o (reprochables) para los individuos y para la sociedad. Por el expreso mandato de la soberanía del pueblo y de la CN (afianzar la justicia). El derecho penal es esencialmente sancionador, no conciliador ni mediador."[248]

Finalmente sostiene el inciso 2 que "en caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella". Se hace referencia al Cuerpo de Mediadores del Poder Judicial que en sus orígenes intervenía en cuestiones de familia, pero con el tiempo fue ampliando su actuación al punto de hacerlo también en cuestiones penales que sean pasibles de ser mediadas. Gracias a su intervención, en la 2da Circunscripción Judicial de Mendoza se han logrado solucionar una gran cantidad de causas penales que admitían arribar a solución de conflicto por mediación, cuando la lesión del bien o bienes jurídicos afectados lo permitían, siempre con conocimiento y conformidad del MPF.

Respecto de los conflictos familiares que menciona este inciso, se tendrá en cuenta que todos aquellos que impliquen violencia contra la mujer por motivos de su género, es decir que encuadren en el supuesto de violencia de género, no podrán ser incluidos en este medio de resolución de conflictos como es la mediación. Es decir que podrán incluirse todos aquellos delitos originados en conflictos familiares, con exclusión de los que se consideren delitos contra la mujer con motivo de su género.

5.3.- Suspensión del juicio a prueba: prevista en los arts. 76, 76 bis, 76 ter y 76 quater del C.P. Argentino y en el art.

30 del C.P.P. de Mza que textualmente dice: “El imputado de un delito de acción pública, podrá solicitar la suspensión del procedimiento o juicio a prueba, cuando sea de aplicación el art. 26 del Código Penal.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño, en la medida de lo posible, si la víctima se hubiera constituido como actor civil. Ello no implica confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El Magistrado decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del procedimiento o juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable y hubiese consentimiento del fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio, o la continuación el procedimiento.

El imputado deberá abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera la condena.

No procederá la suspensión a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese sido el autor o partícipe en cualquier grado, respecto al delito investigado.

La suspensión podrá solicitarse en cualquier estado de la causa y hasta la citación a juicio (Art. 364). La suspensión no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales respectivos.

Si hubiera prueba importante a producir, o que sea necesario resguardar, el Ministerio Público tomará las medidas pertinentes en previsión de la revocación de la suspensión”.

A los efectos de la aplicación del instituto, se indica que para que proceda su aplicación será necesario tener presente que:

1. - Debe tratarse de un delito de acción pública, lo que comprende a tales delitos propiamente y a los delitos de acción pública dependientes de instancia privada, porque una vez instada o ejercida correctamente la acción, se rigen como los primeros. No se admite para los delitos de acción privada, donde se han regulado otras formas de extinción de la acción, además de ser divisible y disponible en estos casos.

2. - Quien podrá solicitarla es el imputado. Debido a las características de la suspensión del procedimiento o juicio a prueba, condiciones que podrán imponerse y sus consecuencias, el imputado debe ser asistido por su abogado defensor al momento en que lo solicita.

3. - El art. admite la tesis amplia de aplicación del instituto, al indicar que podrá solicitarse cuando sea procedente el art. 26 del C.P.[249], ergo no se limita a delitos reprimidos con más de tres años de prisión, admite la suspensión para delitos donde pueda imponerse una condena de ejecución condicional.

4. - Respecto del ofrecimiento del imputado para hacerse cargo de la reparación del daño, corresponde cuando el ofendido se hubiere constituido en actor civil conforme la jurisprudencia de la SCJM.

5. - En cuanto a la fuerza vinculante del dictamen del MPF que admite la suspensión o que la rechaza, el art. establece que (si) “hubiese consentimiento fiscal, el tribunal podrá suspender la realización del juicio o la continuación del procedimiento”. Por lo tanto, la jurisprudencia mayoritaria se ha pronunciado diciendo que, si el Fiscal se opone, el Tribunal no podrá admitir el pedido, siempre que dicha oposición fuere fundada. Este criterio es el que actualmente sostiene de manera uniforme la Sala 2da de la Excma. S.C.J.M.

6. - Se establece la improcedencia cuando hubiere participado como autor, co autor, cómplice necesario o secundario, instigador, un funcionario público en ejercicio de sus funciones respecto del delito investigado, es decir si

fue cometido con motivo u ocasión del ejercicio de las funciones públicas.

7. - El vencimiento para solicitar la suspensión opera al vencer el plazo de citación a juicio previsto por el art. 364 del CPP de Mza, en función de lo establecido por el art. 371 del mismo cuerpo legal, es decir cuando el Juez solicite a la OGAP fecha de juicio oral, con intervalo no menor de cinco (5) ni mayor de treinta (30) días de la audiencia preliminar o del vencimiento de la actividad probatoria complementaria y para el supuesto que integre (en caso de ser necesario) el Tribunal Penal Colegiado con otros Jueces, debiendo sortear siempre un Juez suplente a los fines de evitar la suspensión del debate.

8. - La suspensión del procedimiento o juicio a prueba no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales respectivos.

9. - El último párrafo habilita al MPF para adoptar medidas de resguardo de prueba o medidas de su producción, cuando se trate de evidencias importantes, es decir que podrá ordenar la producción de medios de prueba cuando se trate de elementos de convicción pertinentes, útiles o de importancia y se pueda prever la posible revocación de la suspensión.

10. - Por resolución 225/11 el Procurador General de la SCJM para esa fecha había dispuesto que en los casos en que el delito atribuido contemple la pena de inhabilitación, sea en forma principal, conjunta o alternativa, el MPF debía abstenerse de prestar el consentimiento fiscal correspondiente, criterio que la jurisprudencia mayoritaria ha mutado, admitiendo la suspensión en este supuesto (ver Fallo Norverto)

11. - El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. Esto es lo que establece el art. 76 ter del C.P. El nuevo art. 353 del CPP de Mza (6730) en su inc.7 dispone que el sobreseimiento procederá cuando ha transcurrido el plazo de un año desde la suspensión de la persecución

penal, y no corresponde dejarla sin efecto en virtud del 4to párrafo del art. 27 en tanto que el art. 31 (Ley N° 6730) dice que el tribunal fijará el plazo de prueba conforme a las disposiciones del código penal argentino, determinando las reglas a que deberá someterse el imputado. En consecuencia, se interpreta que el plazo de un año que impone el art. 353 inc.7 como causal de sobreseimiento, se debe aplicar a los casos de suspensión del ejercicio de la pretensión penal por otros criterios de oportunidad establecidos, en tanto para la suspensión del juicio a prueba, el órgano jurisdiccional que la admita, podrá establecer como plazo de prueba el que autoriza el Código Penal Argentino que ahora es de 1 a 3 años.

12. - A modo complementario se destaca lo dispuesto por el art. 76 ter del C.P. en su parte pertinente: 12.1. - Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

12.2. - La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

12.3. - No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.

13.- La suspensión del juicio a prueba se regirá de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes, es decir por el art. 30 del CPP de Mza Ley N° 6730 u otras disposiciones provinciales. Ante la falta de regulación total o parcial, se aplicarán las disposiciones del C.P. También se deben considerar las disposiciones del C.P.P.F.

14.- No procede para los delitos de acción privada: “… podemos decir que el instituto de la “probation” no puede ser aplicada en el caso por su incompatibilidad jurídico normativa, toda vez que ha sido pensado en los principios

de legalidad y oficiosidad del procedimiento penal en la persecución de la acción penal, por lo que…solo se encuentran comprendidos para su aplicación los delitos de acción pública o los dependientes de instancia privada".

> "En el delito de acción privada el titular de la acción es el ofendido devenido en parte mediante su constitución de querellante y es… quien goza del principio de oportunidad para no buscar una solución netamente punitiva. Aquí solo importa la voluntad del ofendido bajo el manto jurídico de parte impulsora, su voluntad individual y claramente particular de sus intereses, toda vez que la voluntad del Estado se haya ausente. En consecuencia, sólo el querellante tiene la potestad para acceder a este método alternativo de solución de conflictos y, aun así, contando con el consentimiento de aquél tampoco podría implementarse la "probation" porque claramente se encuentra dirigido a los delitos de acción pública". [250]

VI. Conclusiones

Pautas de aplicación, procedencia y conformidad del Ministerio Público Fiscal para casos de solución de conflictos y suspensión de juicio a prueba.

Instrucciones de Procuración General de la S.C.J.M. para aplicar Criterios de Oportunidad: Cabe resaltar que en el año 2016 se dictó la resolución N° 717/16 que establecía criterios generales y determinaba en concreto los casos donde el MPF no prestaba conformidad o que debía dictaminar en contra de la aplicación de criterios de oportunidad. Así, entre sus fundamentos, la resolución en comentario decía que sin perjuicio de la vigencia del principio de legalidad que se desprende del art. 8 de

nuestro CPP, en armonía con el art. 71 del CP, el ordenamiento ritual también autoriza al Ministerio Público a instar la aplicación de criterios de oportunidad en la forma que lo reglamentan los arts. 26/ 32 CPP de Mendoza, con el objeto de resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho en procura de restaurar la armonía social entre sus protagonistas. Que este cometido se ve también reflejado en las modificaciones introducidas por el Honorable Congreso de la Nación, mediante la sanción de la Ley N° 27.147 (B.O. 18/06/15), y el ya sancionado CPPF Ley N° 27.063 (BO 10/12/14) cuya vigencia es parcial y que contempla la disponibilidad en el ejercicio de las acciones penales, permitiendo inclusive la conversión de la acción pública en privada en determinados casos, lo que posibilita determinar políticas de persecución penal más eficaces en aras a los intereses sociales preponderantes y que mayor alarma y daño generan en la población. De este modo, y conforme la doctrina pacífica y mayoritaria en la materia, la legislación nacional implica la determinación de un estándar mínimo de derechos, que las provincias deben acatar por aplicación del art. 16 de nuestra Carta Magna, en respeto al principio de igualdad ante la ley. Que en igual sentido lo ha consagrado la Ley N° 8911 (L.O.M.P.F.), al imponer como tarea del Ministerio Público Fiscal la solución del conflicto, aspecto al que se refiere en numerosas oportunidades en su articulado:

> “Que… atendiendo al principio de unidad de actuación del Ministerio Público Fiscal se torna imperativo, a fines de reducir los márgenes de discrecionalidad propios de los operadores jurídicos, establecer parámetros claros y precisos a fin de establecer las circunstancias en que resulta aconsejable que el órgano persecutor intente tempranamente solucionar, de manera eficiente algunos hechos que generan conflictos de intereses

> en miras a su resolución pacífica y armónica de los mismos".

Otro fundamento para destacar de la resolución en comentario dice que:

> "en tal inteligencia, esta alternativa (aplicar criterios de oportunidad) no sólo debe ser puesta en conocimiento del imputado y su defensor, sino también y principalmente, debe ser informada a la víctima del hecho, toda vez que en un significativo número de causas, la dilación de las mismas por el cúmulo y desarrollo normal del proceso penal, conllevan a una demora innecesaria que suspende el conflicto en el tiempo sin resolverlo, generando en ocasiones situaciones de mayor conflictividad social, perjuicios económicos, dificultades laborales y demás situaciones particulares que deben ser atendidas, sin menoscabar por ello la obligatoria actuación oficiosa del estado por tratarse de acciones penales públicas".

Frente a estas razones, instruyó a los Fiscales y Ayudantes Fiscales que siempre y en la primera oportunidad en que les corresponda intervenir, hagan conocer esta alternativa al sospechado de criminalidad en la oportunidad de los arts. 318 y 271, y a la víctima al momento de recepcionársele denuncia o testimonio si la causa se ha iniciado de oficio, arts. 326 y 231/232, en concordancia con los arts. 7, 92 y 108, todos del CPP de Mza, en relación a cada una de las partes respectivamente, en lo referente a la vigencia de los institutos de conciliación o reparación integral del perjuicio (inc. 6, art. 59 CP).

Posteriormente, el 03 de febrero de 2020 en la Provincia de Mendoza se dictó Resolución N° 16 /2020 que derogó las instrucciones anteriores y actualizó la operatividad del principio de oportunidad para el MPF de Mendoza, sin

embargo, las razones y fundamentos precedentes conservaron validez.

La resolución 16/2020 contiene motivos que se relacionan directamente con la celeridad y eficacia del proceso penal, promoviendo la paz y armonía social y partiendo de una concepción de avanzada del derecho penal sustantivo, que merece su análisis.

6.1. Afianzamiento del sistema Acusatorio Adversarial al reconocer en el Ministerio Público Fiscal el ejercicio exclusivo de la acción penal pública

Constituye uno de los deberes propios de la función del Ministerio Público Fiscal procurar la solución de los conflictos, tendiendo a la armonización de los distintos intereses, en aras de la paz social y en consonancia con el temperamento de nuestra ley de forma (art. 5 del Código Procesal Penal de Mza y art. 27 inciso 12° de la Ley Orgánica del Ministerio Publico Fiscal de Mza).

Desde esta perspectiva, queda claro que el Ministerio Público Fiscal podrá propiciar y promover la utilización de todos los mecanismos de mediación y conciliación que permitan la solución pacífica de los conflictos (art. 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal de Mza).

A los fines de dotar de razonabilidad y motivación la postura del órgano de acusación en cada caso puntual, la aplicación de los criterios de oportunidad en cuestión no debe quedar limitada exclusivamente a una perspectiva subjetiva o individual del conflicto. Esta no es absoluta ni definitoria ya que debemos incorporar elementos propios de una dimensión objetiva o colectiva porque, en general, los conflictos que llegan a la justicia penal no son solo un problema intersubjetivo.

En efecto, existe una dimensión objetiva comprometida o interesada, por cierto, en la configuración de la ley penal, que tiene que ver con el significado social o colectivo del conflicto en el sentido de reconocer y proteger a la pluralidad de afectados concretos o potenciales frente al fenómeno delictivo.

6.2. Visión superadora de principios clásicos del Derecho Penal a partir de los efectos sociales en la resolución de casos. Ejercicio de Política Criminal

Las medidas implementadas buscan la adopción de otra manera de comprender la aplicación del Derecho Penal en favor de decisiones jurisdiccionales más eficientes, tanto para la solución de conflictos en particular, como para la gestión de la conflictividad en general o la reacción institucional frente a la infracción de la norma penal, todo ello porque si bien la aplicación de los criterios de oportunidad cumple, inicialmente, funciones entre las partes interesadas, también está al servicio del establecimiento de políticas sociales de largo alcance. En este sentido, estos criterios de oportunidad se erigen en eficientes herramientas de gestión y resolución de la conflictividad, al igual que la realización del juicio oral cuando dicha etapa del proceso resulte necesaria o más adecuada a los fines propuestos.

Debemos tener presente que el proceso penal forma parte del circuito de control de la criminalidad en una sociedad democrática, lo que nos debe llevar a tener una visión superadora del “caso a caso”, motivándonos a un abordaje global y estratégico de aquellos fenómenos criminales vinculados a ciertos comportamientos lesivos de intereses ajenos que se repiten o reiteran con regularidad.

La política de persecución penal define los fenómenos criminales porque detecta áreas de conflictividad en las

que se necesita intervenir con determinados instrumentos, entre ellos el juicio oral ante un Tribunal imparcial. En efecto, la valía de la discusión en debate oral, radica en la posibilidad de reconocer, identificar y modificar esa regularidad social a la que se encuentran vinculados los casos penales y las personas, aplicando la ley penal en orientación a la prevención general y especial.

Con la finalidad de resguardar las garantías constitucionales de inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso legal, resulta adecuado que se fijen los hechos penalmente relevantes con determinación precisa de los protagonistas o sujetos activos y pasivos, de los intereses vulnerados, de los comportamientos y subjetividades atribuidos, y de las lesiones o daños y peligros causados, de conformidad con las previsiones del art. respectivo de los C.P.P.

6.3. Necesidad de participación e intervención de las víctimas:

Se propicia la aplicación de pautas básicas para concretar los mecanismos procesales que permitan construir soluciones adecuadas en los conflictos tramitados en actuaciones penales, proporcionando herramientas que favorezcan la participación activa de las víctimas en el proceso, y procurando la compensación del daño por ellas sufrido, evitando la prolongación de la violencia.

Es importante destacar que, en caso de solicitarse la aplicación de los criterios de oportunidad analizados, el/la Fiscal actuante deberá informar de manera previa a la víctima y escuchar su opinión, debiendo verificar que su consentimiento, en caso de solución de conflicto, conciliación, acuerdo reparatorio o reparación integral del perjuicio, sea expresado con discernimiento, intención y

libertad (art. 260 del Código Civil y Comercial de la Nación).

> “Ello así, habida cuenta que, como se refiriera, es función del Ministerio Publico Fiscal resguardar los intereses de la víctima, velando por la defensa de sus derechos (art. 27 inciso 13° de la Ley Orgánica del Ministerio Pública Fiscal Mza). En esta línea de pensamiento, cabe destacar que el/la Fiscal actuante debe reconocer, respetar y ponderar razonablemente tanto a las víctimas como a los acusados el derecho a la posibilidad de llevar su caso a un amplio juicio de conocimiento ante un Tribunal imparcial. En consecuencia, se debe controlar con especial cuidado la libertad de consentimiento de la víctima, en el sentido que se trate de un acto de poder personal, de discernimiento Bien informado y de conocimiento claro de las consecuencias”.

6.4. Casos que deben llegar a juicio

Existen causas penales en las que resulta absolutamente indispensable, sea por la naturaleza del hecho, sea por otras circunstancias particulares, practicar todos los actos procesales idóneos y necesarios para someter el caso penal de que se trate a la decisión definitiva que resulte de un juicio oral. A saber:

a.- Violencia contra la mujer: respecto de los hechos cometidos en contexto de género o con motivo de él, la República Argentina ha priorizado la necesidad de tutelar de manera efectiva a las víctimas de estos delitos, comprometiéndose a adoptar mecanismos internos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mismas, entendiendo por tal “toda conducta, acción u

omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal.” (Art. 4 de la Ley N° 26.485 de Protección Integral de las Mujeres).

b.- Reincidentes: De igual manera, se instruyó a los Fiscales para que lleven a juicio oral aquellas causas en trámite, en las que se estime que, en caso de recaer sentencia condenatoria, corresponderá la declaración de reincidencia del imputado (art. 50 del Código Penal). Es que, en tal caso, se verifica el comportamiento penalmente relevante de una persona que, además de cuestionar la vigencia de una norma penal específica o generar un conflicto particular, demuestra desaprensión por la validez general de las normas básicas de convivencia y niega el Derecho, en razón del menosprecio evidenciado frente a la sanción penal total o parcialmente cumplida de manera efectiva con anterioridad (reincidencia real).

c.- Delitos cometidos por Funcionarios Públicos en ejercicio de la función: La resolución en análisis Nº 16-2020 del M.P.F. de Mza., dispone que deben someterse también a juicio oral aquellos casos en los que se impute penalmente a un funcionario o empleado público por un delito cometido en el ejercicio o en ocasión de sus funciones.

> “A los funcionarios y empleados públicos se les confía, en razón de su deber de integridad, honestidad, probidad y responsabilidad, el correcto, razonable, transparente y debido ejercicio de la gestión de los intereses sociales fundamentales para la convivencia. Por su cargo, son depositarios de una confianza especial y, por ello, resultan garantes de la protección activa de los bienes jurídicos reconocidos como objetos de incumbencia dentro de su ámbito de injerencia funcional”.

Por funcionario o empleado público debe entenderse a toda persona física que se desempeñe en la Función Pública en todos sus niveles y jerarquías, en forma permanente o transitoria, en forma remunerada u honoraria, por elección popular, designación directa, por concurso o por cualquier otro medio legal, extendiéndose su aplicación a todos los/las Magistrados/as, funcionarios/as y empleados/as del Estado Nacional, Provincial y de los Municipios.

Por función pública debe entenderse toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado Nacional, Provincial o de los Municipios, o al servicio de estos o de sus entidades u organismos, en cualquiera de sus poderes, Municipios u Órganos de control, en todos sus niveles y jerarquías, organismos centralizados, descentralizados, entes autárquicos, organismos de la Seguridad Social, empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas organizaciones donde el Estado tenga participación en el capital o su dirección.

d.- Casos de Muerte, lesiones gravísimas, riesgo de vida: por elementales razones de justicia deben someterse a juicio oral los hechos en que se haya causado la muerte, lesiones gravísimas o riesgo para la vida de las víctimas.

Que, en efecto, una integral tutela de los bienes jurídicos involucrados en relación con los supuestos referidos en el párrafo que antecede, impone el esclarecimiento de tales hechos a través de un debate oral en orden a una concreta aplicación de la ley penal orientada a la prevención general y especial.

e.- Casos de comisión de delitos donde se otorgaron criterios de oportunidad recientes: A efectos de evitar el ejercicio abusivo de los criterios de oportunidad y por razones de prevención general y especial la resolución ordena que deben dilucidarse igualmente en juicio oral

aquellas imputaciones penales contra personas por delitos cometidos antes de haber transcurrido un (1) año desde la suspensión de la persecución penal otorgada en otra causa penal, o de haber sido sobreseído en otro proceso por extinción de la acción penal conforme las causales previstas en el art. 353 incisos 6°,7° y 9° del Código Procesal Penal, o en el art. 59 incisos 5° y 6° del Código Penal.

f.- Criterios generales de políticas de persecución penal: En razón de todo lo expuesto, se han establecido como criterios generales de políticas de persecución penal y por lo tanto donde los titulares de la acción pública no prestarán su conformidad para la aplicación de criterios de oportunidad en análisis (conciliación, acuerdo reparatorio o reparación integral del perjuicio, suspensión de juicio a prueba y solución de conflicto, excluyendo juicios abreviados), los casos en que se imputen hechos de violencia contra la mujer cometidos en contexto de género o con motivo de él, casos en los que pueda corresponder la declaración de reincidencia del imputado si se dictase sentencia condenatoria en la causa penal que se esté tramitando (art. 50 del Código Penal), casos en que se impute penalmente a un funcionario o empleado público por un delito cometido en el ejercicio o en ocasión de sus funciones públicas, los hechos en que se haya causado la muerte, lesiones gravísimas o riesgo para la vida de la/ s victima/ s; casos de imputaciones penales contra personas por delitos cometidos antes de haber transcurrido un (1) año desde la suspensión de la persecución penal otorgada en otra causa penal, o de haber sido sobreseído en otro proceso por extinción de la acción penal conforme a las causales previstas en el art. 353 incisos 5°, 6°, 7° y 9° del Código Procesal Penal de Mza o en el art. 59 incisos 5° y 6° del Código Penal.

Por otro lado se imponen consultas a las Jefaturas Fiscales correspondientes y a los Fiscales Adjuntos de Procuración General, para los supuestos de hechos que

revistan especial gravedad, hechos vinculados a criminalidad organizada, hechos de notoria trascendencia pública, hechos que puedan causar un perjuicio al funcionamiento de la Administración Pública o al patrimonio público, hechos en los que se haya utilizado un medio idóneo para generar un peligro común y hechos que involucren armas de Fuego.

Se destaca que en el orden Federal, la Procuración General de la Nación dictó resolución PGN 97/19 de fecha 25 de noviembre del 2019, en razón que la Comisión Bicameral del H. Congreso Nacional decidió la implementación de los arts. 31, 34, 54, 80, 81, 210, 221 y 222 del Código Procesal Penal Federal, para todos los tribunales con competencia en materia penal de todas las jurisdicciones federales del territorio nacional (art. N° 1, primer párrafo) y los arts. N° 19, 21, 22, 31, 34, 80, 81, 210, 221 y 222 del mismo cuerpo legal, para todos los tribunales de la Justicia Nacional Penal, en este último caso mientras resulte de aplicación por parte de estos tribunales el Código Procesal Penal Federal (art. N° 1, segundo párrafo), normas que han sido expuestas precedentemente y que contienen una verdadera reglamentación acerca de la aplicación concreta de los distintos criterios de oportunidad, entre ellos la solución de conflictos y suspensión de juicio a prueba. Por todo ello el Procurador General de la Nación DISPUSO que los criterios de oportunidad reglados en el art. N° 31 del Código Procesal Penal Federal sean aplicados en aquellas jurisdicciones en las que aún rige el procedimiento previsto por la Ley N° 23.984 por los integrantes del Ministerio Público Fiscal de la Nación.

Finalmente cabe destacar que el conocimiento de estas pautas de política criminal por todos los sujetos procesales, especialmente por la defensa técnica y querellantes particulares, es fundamental para evitar dilaciones innecesarias o para conocer todos aquellos casos donde será procedente proponer criterios de oportunidad como

los estudiados en este trabajo o bien, tener en cuenta las posibles dificultades que podrán presentarse al momento de su litigación en las audiencias respectivas donde sea necesario motivar convenientemente el pedido por los defensores y fundar sobre la base de los hechos y derecho por parte de los Fiscales que deberán dictaminar por la admisibilidad o rechazo del criterio de oportunidad que se proponga.

ALGUNAS CONSIDERACIONES ÉTICAS EN LA LEY Nº 9001 DE MENDOZA

Abg. Jorge Luis Fernández

I. Introducción

En el nuevo milenio los paradigmas del derecho se reacomodan a la dinámica de la realidad de cada país y cada región. La velocidad de la comunicación, las vastedades de la información pueden llegar a producir un efecto negativo en las instituciones, una pérdida de noción de la importancia de los valores clásicos. En apariencia este efecto no es malo, se trata en definitiva del "progreso", y si tenemos en consideración que la lentitud con que se mueven los tribunales de nuestra provincia, que recién se desperezan a la tecnología digital a pesar de los grandes esfuerzos de los últimos años, esto representa un avance. En el plano individual, el profesional o, mejor dicho, el ejercicio de la profesión, también requiere una adaptación al nuevo ritmo. Este paso debe darse sin olvidar el respeto al principio de moralidad, sin el cual el ejercicio de la abogacía pasa a ser de un mecanicismo casi aséptico, y en ello no hay nada más alejado de la idea de justicia, de aquel dar a cada uno lo suyo, de "*la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su propio derecho*", según Ulpiano. La justicia es el principio y fin del derecho como disciplina, sostenía Santo Tomás. Ese "*ius*" o derecho,

definido por Aurelio Cornelio Celso en el Digesto (Libro I, Título I, Fr1) (Parma, 2000)[251] como *el arte de lo bueno y lo equitativo*, sigue siendo la mejor definición del amplio espectro legal necesario para regir las conductas en la construcción de una sociedad.

Es en este marco donde tratamos de rescatar valores como "buena fe", lealtad, probidad, libertad, valores atemporales porque pueden cambiar la apariencia externa, pero el núcleo sigue siendo el mismo. Como explica Peyrano (Borthwick, 2005)[252], "*el proceso antiguo, de acentuada tonalidad religiosa, tenía también una marcado perfil moral y que el mismo frecuentemente se revelaba mediante la exigencia de solemnes juramentos y pesadas sanciones al perjurio*". Resabios de estos juramentos suelen verse aún en las declaraciones juradas, donde cada uno da fe de decir la verdad. Es decir, a pesar de los años, se mantiene incólume el principio de moralidad, adaptado a los tiempos que corren, porque en definitiva el proceso no es un enfrentamiento desmañado de partes, sino un orden para obtener la verdad y en ese sentido se orientan las disposiciones procesales. Tal como describe Adolfo Borthwick, los ejemplos de aplicación del principio de moralidad son claros: la forma de presentación de la demanda y su contestación, circunstanciadas y precisas; la unificación de la excepciones todas juntas, para evitar el escalonamiento; agregar la prueba documental toda junta en un mismo acto, todo lo cual denomina lealtad probatoria, etc. [253]

Esto también conduce a meditar sobre si el ejercicio del derecho es un arte o una ciencia; claramente en esta dinámica postmoderna se acerca más al arte. Aplicamos el método científico sobre todo lo que sea legal, pero para el litigante no deja de ser un arte. Es por ello, que las conductas, el *ethos* jurídico (Vigo, 1997)[254] permite identificar con claridad un acercamiento al *bios* utilitario, cercano a los sofistas griegos y cuya mejor representación moderna sería el "pragmatismo jurídico norteamericano".

En el sentido de una postura escéptica la reconstrucción de los hechos en el ámbito procesal, de sus fines de búsqueda de la verdad, el insigne procesalista italiano Michelle Taruffo escribió:

> “Una opinión bastante extendida es escéptica acerca de la posibilidad de lograr una reconstrucción fidedigna de los hechos en un contexto judicial, sea sobre la base de un escepticismo general y radical acerca de cualquier posibilidad de un conocimiento fidedigno. El escepticismo radical puede derivar de varias premisas filosóficas, como aquéllas que son características de la así llamada filosofía postmoderna; el escepticismo específico es típico de abogados prácticos y es usualmente justificado por referencia a los límites de la búsqueda de la verdad en los procedimientos judiciales.” (Taruffo, 2008).

La celeridad actual afecta la práctica del derecho en el sentido que debilita las virtudes cardinales, en especial la prudencia. Hay una sensación de relativismo moral que hace que la gente no se asombre, que acepte la realidad sin repensar y esto repercute en la convivencia. Cualquiera sea la postura que se tome es la prudencia, madre de virtudes, la que hace que el profesional obre en forma atinada, con probidad y lealtad, que es lo menos que exige el Código Procesal y las leyes que regulan el ejercicio de la profesión.

Es en este sentido que hemos tratado de rescatar la importancia de los aspectos éticos que hacen al ejercicio de la profesión en el nuevo Código Procesal Civil mendocino.

En este orden de cosas, recordamos al jurista Michelle Taruffo, recientemente desaparecido, que sostenía que la antigua división entre sistema inquisitorial y sistema adversarial es insuficiente para abarcar la problemática procesal actual. El profesor italiano consideraba que la división debe ser antagónica en otras posturas; por un lado,

la pragmática, que es aquella que sostiene que, en algunos casos, el proceso es una forma de terminar una disputa, sin importar otro aspecto, por ejemplo, sin que sea justicia:

> “La primera, se basa en la idea de que el propósito y la función del litigio civil es la resolución de disputas entre individuos privados. Eso significa que algunos sistemas legales y sociales no tienen un interés real en los contenidos y en la calidad de la decisión judicial, supuesto que esas decisiones son efectivas para superar los conflictos. Por así decirlo, un juicio puede ser correcto o incorrecto, justo o injusto, pero el propósito del litigio se consigue cuando las partes, de cualquier modo, ponen término a su conflicto.” (Taruffo, 2008)

La otra postura es mucho más filosófica, más acorde a los principios de la ética y la moral, e importa encontrar una verdad aun cuando sea relativa:

> “El otro enfoque parte de la suposición de que el principal propósito del litigio civil es resolver disputas por medio de decisiones que aplican correctamente las provisiones legales relevantes a los hechos del caso particular. Para la correcta aplicación de las normas, una reconstrucción fidedigna de los hechos a los cuales las normas deben ser aplicadas es una condición necesaria (aunque no suficiente), por la buena razón de que ninguna regla legal puede ser correctamente aplicada a los hechos incorrectos. En otros términos: una decisión justa es propósito final del litigio civil, pero una ponderación fidedigna de los hechos del caso es un requisito para una decisión justa y, por lo tanto, deviene un valor instrumental, pero esencial. También en esta perspectiva, la solución de las disputas es la tarea de la justicia

> civil, pero no cualquier solución se acepta sólo porque permite superar conflicto: solamente las "buenas" decisiones resultan admisibles. Una buena solución es una decisión verdadera que respeta la ley; una mala solución es una decisión incorrecta, basada en una pobre, incompleta o no confiable ponderación de los hechos." (Taruffo, 2008)

Este segundo enfoque tiene un valor moral muy diferente puesto que apunta al problema de la verdad en el derecho procesal. ¿Es posible encontrar la verdad con las herramientas que brinda el derecho procesal? Daremos nuestra opinión en las conclusiones, pero no evitaremos algo de debate en este momento. Taruffo concluye en dos posiciones: "*La concepción epistemológica, es consistente con la 'teoría de la decisión justa' y el enfoque orientado a la verdad, mientras que la concepción persuasiva, se conecta con la 'teoría de la resolución de disputas' y el enfoque escéptico.* Ambas teorías son válidas, no tienen razón de ser únicas, se aplicarán en relación al caso en particular, no al proceso, no al plexo procesal en su conjunto, sino al problema individual, sea entre individuos privados o aquellos casos como sucede "el hecho del príncipe".

II. Art. 2 del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza[255]

Este art. no es una novedad puesto que define los principios procesales ya contemplados en el código procesal ya derogado, pero lo hace corrigiendo la forma insuficiente en la cual este último los expresaba.

En la parte I, menciona el acceso a la Justicia y el derecho al proceso que tienen todas las personas; el proceso dispositivo como regla general; el impulso procesal

compartido, una mayor oralidad en el proceso; celeridad y concentración en los actos procesales y en el desarrollo general del proceso contradictorio; igualdad de los litigantes, la pluralidad de las formas de los actos y resoluciones procesales y la publicidad, salvo lo expresamente vedado por la ley o el tribunal para resguardar la moral, o la seguridad de las partes.

El jurista Enrique Falcón abordó el tema y extractamos lo siguiente:

> “Otros llaman principios a los fundamentos constitutivos y estructurales de sistema general de derecho procesal, como por ejemplo el principio de bilateralidad. Estos últimos son los que Podetti, Palacio y Clemente Díaz significan como los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera. No es extraño entonces que estos principios se encuentren tanto en las constituciones, especialmente en el campo de las garantías, cuanto en convenciones y tratados internacionales. Esta última concepción diferencia los principios propiamente dichos de los sistemas. Los principios son así el origen o fuente inalienable en la que se funda una sociedad en un momento histórico político. Y estos principios, a diferencia delos sistemas, que pueden admitir diversas variantes contemporáneas, no presentan dos fases sino una sola, porque la otra está vedada…Claro que el hecho de que los principios sean unipolares no significa que sean inevitables, pues puede darse la concurrencia de varios de ellos debiéndose optar por uno, cuestión que a veces resultan altamente compleja (por ejemplo, la vida o la libertad). En otros casos los principios pueden hallarse postergados (v. gr. la bilateralidad en las medidas cautelares), o caer frente a circunstancias

> excepcionales (como el Principio de que sólo se puede juzgar a una persona una vez por la misma causa, lo que lleva a la cosa juzgada, con aplicación del principio constitucional non bis in idem, que queda sin efecto por el Recurso de Revisión o la Acción autónoma de nulidad)" (Falcón).

EL autor citado continúa explicando, que básicamente hay tres grupos de principios, los constitucionales, los sociales y los científicos. Veamos cada uno:

> "Principios constitucionales. Algunos de estos principios son fundamentales porque derivan principios constitucionales del Estado tomado como imperativos de una filosofía política en su formación." (Falcón)

Los ejemplos de estos principios son: el principio de juicio previo, o bilateralidad de la audiencia, el de igualdad ante la ley, el de estado de inocencia y uno que no siempre suele nombrarse, pero que da base a todo el sistema: el principio de autoridad, por el cual el Estado se ha reservado la potestad ejercer la coerción, negando la venganza privada.

b) "Los principios sociales. Otros principios derivan de reglas propuestas por la sociedad y elaboradas a través de su formación determinando conductas que excluyen las opuestas. Estos principios también pueden ser receptados por la legislación, pero su origen social y su aplicación es más amplio que el legal. Del ámbito social rescatamos dos principios básicos, que son el de moralidad y de el de verdad (aun cuando la verdad absoluta pueda resultar incognoscible, o en otros supuestos la verdad formal se fije definitiva por la posibilidad de conocer o por imposiciones legales). Entonces un segundo grupo proviene de reglas sociales inexcusables. El principio de moralidad presenta muchas dificultades, porque las reglas morales son

autónomas y no existe un catálogo de ellas, aunque sí existe en nuestra civilización occidental, una moral generalmente admitida proveniente en gran parte de la concepción religiosa judeo-cristiana. A esto se suma el problema de si las normas morales conservan dicho carácter cuando son incorporadas a la legislación, o ya se transforman en normas jurídicas. Los abogados -especialmente- están sometidos a estas reglas en el ejercicio de su profesión y pueden ser Juzgados por Tribunales especiales o sancionados por los jueces.

El principio de verdad es otro de los que surgen del campo social. La cuestión relativa a la verdad ha sido reiteradamente expuesta por la doctrina y también recogida por Corte Suprema en importantes fallos, pues el proceso no debe conducirse como un sistema destinado a obtener ventajas a cualquier precio, sino que tiene como misión y como norte tratar de hallar la verdad jurídica objetiva. De todos modos, la búsqueda de la verdad o lo más cercano a la verdad en el proceso es un paradigma del que nadie quiere apartarse.

c) Principios científicos. Por último, tenemos los principios derivados o fundados en reglas o leyes científicas. Allí tenemos los principios lógicos y los derivados de los conocimientos científicos vigentes al momento del proceso. Así, por ejemplo, los principios lógicos de identidad, no contradicción y tercero excluido, no pueden ser extraños al Derecho Procesal, como así el principio de economía.” (Falcón)

En lo que nos concierne puntualmente las Reglas Generales disponen en el art. Nº 2, inciso h, CPCCT, lo siguiente:

> “BUENA FE. Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe conforme lo establecido en el Art.

> 22 de este Código. El Tribunal deberá impedir el fraude procesal y cualquier otra conducta ilícita o manifiestamente dilatoria.”

Es importante precisar los conceptos antes de seguir. En este inciso la Ley considera, por un lado, que las partes, sus representantes, los abogados y peritos tienen que decir la verdad de los hechos, según prescribe el art. 22 que analizaremos más abajo. Se refiere a los hechos concretamente, lo que sucedió. El juez va a formar su veredicto sobre esos hechos, y sobre lo que las partes puedan probar. Lo que no está en el expediente no está en el mundo *(Quod non est in actis non est in mundo)*, según reza el famoso brocardo. Para reforzar ese fin de administrar justicia se introdujo una audiencia preliminar donde el Juez se interioriza con la controversia, escucha a las partes y se forma una impresión sobre el tema a decidir. Esto se refleja en el Art. 46 del CPCCT cuando se especifica, en el inciso 5:

> “Disponer las medidas idóneas para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de los litigantes, propender a una más rápida y económica tramitación del proceso y asegurar una solución justa.” Y se aprecia uno de los cambios fundamentales de la reforma del proceso en el inciso 8: “Asistir personalmente a las audiencias, siendo anulables en caso contrario, con las costas a su cargo, salvo que este Código autorice la delegación. Los magistrados y funcionarios que en más de tres (3) veces en un año hicieren fracasar de manera injustificada las audiencias, se considerarán incursos en la causal de mal desempeño en sus funciones. En el transcurso de ellas podrán proponer a las partes fórmulas para simplificar y disminuir las cuestiones litigiosas surgidas en el proceso o respecto de la actividad

> probatoria. En todos los casos la mera proposición de fórmulas conciliatorias no importará prejuzgamiento".

Sobre el final del art. 2 apartado II -en Interpretación de las normas[256]-, se hace referencia a los Jueces, lo cual aun excediendo el contenido del presente trabajo es bueno recordar:

> "Al aplicar el ordenamiento jurídico, el Juez atenderá a los fines sociales y a las exigencias del bien común, resguardando y promoviendo la dignidad de la persona humana y observando la equidad, la razonabilidad, la legalidad, la publicidad y la eficiencia. Para interpretar las normas procesales los jueces deberán tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales, debiendo recurrir en caso de duda a los principios generales del derecho y a los especiales del derecho procesal, preservando las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio. En caso de ausencia de norma procesal, los jueces deberán recurrir a las leyes que rigen situaciones análogas y a los principios constitucionales y generales del derecho y especiales del derecho procesal, a la jurisprudencia y a la doctrina especializada, según las circunstancias del caso".

III. Art. 22 del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza

Este art. es central en el presente trabajo por su contenido ético. Veamos:

“Art. 22º DEBER DE PROBIDAD Y LEALTAD.
I. Los litigantes, sus representantes, abogados y peritos tienen el deber de actuar lealmente y con probidad, expresando al Tribunal los hechos verdaderos y absteniéndose de comportamientos dilatorios y maliciosos; pueden ser objeto de sanciones si se apartaren de estos principios y pasibles de daños y perjuicios que su actitud maliciosa y deslealtad ocasionaren.
II. El Juez debe ordenar lo necesario para evitar el ejercicio o situación abusiva, el fraude procesal, la temeridad o malicia. A tal fin debe procurar la reposición al estado de hecho anterior y puede fijar una indemnización a cargo de quien o quienes sean responsables y/o aplicar sanciones.
III. Deberá además remitir copia de la resolución al organismo que tenga a su cargo la matrícula o inscripción a fin de dejar constancia en el legajo del profesional, en su caso.”

Antecedentes

La primera parte del art. 22 es una copia del anterior Código Procesal Civil de Mendoza (CPC)[257]:

Contenido

En el primer inciso el art. menciona:
1) a los litigantes;
2) las partes, demandante como demandado (hay que recordar que si hay solo una parte es un procedimiento y no un proceso);
3) sus representantes[258] en el caso que hubiere, por ejemplo el progenitor en caso de un menor de edad, o el tutor en caso de un incapaz;
4) a los profesionales abogados y

5) a los peritos. Todos ellos tienen un gran deber: el de actuar lealmente y con probidad y el expresar los hechos verdaderos.

Engloba detrás de esto a la mayor parte de los protagonistas de un proceso, dejando a los magistrados y auxiliares de la Justicia para una referencia específica en otros arts.[259] En la presente descripción se destaca no solo a los abogados y procuradores, sino que la incorporación de los peritos entre los obligados al deber de lealtad y probidad los hace pasibles de las sanciones e indemnizaciones que le pudieran caber por un dictamen tendencioso o deficiente. Eso es un enorme avance respecto al CPC derogado porque exige buena fe y probidad en los dictámenes periciales en una forma explícita[260]. Si se demuestra que el perito no actúa correctamente se hace pasible de una sanción y de la eliminación del listado de peritos de la Corte, al menos en la teoría porque la cantidad de peritos suele ser insuficiente.

Por el concepto "deber" se entiende una obligación moral. Un deber jurídico es una obligación impuesta por la norma jurídica, una obligación de hacer. El Dr. Osvaldo Gonzaini, lo explica magistralmente:

> "Las cargas, deberes y sujeciones, provienen directamente del proceso y atienden el modo como se llega a la consagración del interés.
> Así, la carga es un imperativo destinado a la parte con la promesa de asegurar un resultado cuando ella es abastecida con suficiencia (v.gr.: demanda interpuesta en debida forma; prueba rendida completamente, etc.).
> El deber es una regla establecida en favor de la generalidad. Se impone su acatamiento como una forma de observar el normal desarrollo de un proceso.

> ‘Sin embargo, dice Couture, los deberes procesales, como en general los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y las cargas, de ejecución forzosa. La efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sean de carácter físico o personal como el arresto del testigo que se rehúsa a declarar; ya sean de carácter pecuniario, como la multa impuesta al perito que no presenta su dictamen; ya sean de carácter funcional, como la pérdida, la postergación o la suspensión del empleo. Estas sanciones son formas de coacción moral o intimidación. En verdad no hay forma material de hacer cumplir por la fuerza esta clase de deberes’.
> La sujeción, finalmente, es la situación en la que se encuentra la parte que es constreñida a cumplir los efectos de una providencia del órgano jurisdiccional. (Gonzaini, 2007)” [261]

Actuar con lealtad es cumplir con las leyes respecto a la fidelidad, honor y hombría de bien. Por lealtad, la Real Academia Española entiende, en la acepción principal, figuradamente, cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien. En una tercera acepción se usa figuradamente como legalidad, verdad, realidad. Es decir, la lealtad procesal se refiere a no faltar a los deberes que exigen las leyes. Etimológicamente, la lealtad refería a ser respetuoso de la ley, proviene de *legalis*, acepción incorporada en el siglo XII.

Por probidad, la Real Academia Española lo asimila como sinónimo de honradez, rectitud de ánimo, integridad en el obrar. *“Por el deber de probidad el abogado está obligado a ser un hombre bueno, íntegro, honrado y recto en su conciencia”* (Parma, 2000)[262] (Plo, 2019). Ambos sustantivos refieren a mantener una conducta sincera y

honesta antes, durante y también después del proceso porque la conducta profesional es considerada en forma integral. La hombría de bien alude a la honradez, que es también entendida como probidad. El honor es una cualidad moral que tiene aquella persona que cumple con lo que cree, con su palabra y su pensamiento[263]. Nos dice Nicolás Plo respecto del honor:

> “En el Diccionario de la Real Academia Española, el concepto de “honor” se define así: Cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento en nuestros deberes respecto del prójimo y de uno mismo. El término “honor” proviene del vocablo griego ainos, que significa “alabanza”.
> Un agravio al honor significa desconocer al otro como un par o igual, porque constituye un desprecio a determinadas capacidades que el autor reconoce en sí como valiosas.
> Por su parte, Núñez define el honor como la personalidad o la suma de cualidades morales jurídicas, sociales y profesionales valiosas para la comunidad atribuibles a las personas.
> Del mismo modo, Creus delimita al honor como el conjunto de cualidades valiosas que, revistiendo a la persona en sus relaciones sociales, no sólo se refieren a sus calidades morales o éticas, sino también a cualesquiera otra que tengan vigencia en estas relaciones (profesionales, jurídicas, familiares, culturales, físicas, psíquicas y sociales en general).” (Plo, 2019)

Vivir honradamente es vivir en forma decente, de acuerdo con sus principios, de ser fiel a los mismos. Es importante recordar que los principios van solamente en un sentido, es decir, no admiten un contrario sobre el mismo valor. Solamente se oponen otros principios siendo el caso

en particular, en un tiempo y lugar, el que determina el principio más aplicable. Así dice Taruffo:

> “en el proceso civil sólo se incorporan y asumen relevancia de los hechos que las partes plantean como objeto de sus demandas y excepciones, en virtud de los principios que atribuyen a las partes y no al juez el poder determinar el objeto del proceso.” (Taruffo, 2008)

Se destaca que al art. refiere a la exigencia de decir la verdad al Tribunal. Este tema ha causado durante mucho tiempo encuentros doctrinarios, posturas opuestas. Si ambas partes están obligadas a decir la verdad no debería haber una litis compleja; ésta se reduciría a un problema colateral sobre un mismo hecho. Pero no suele resultar así, entonces surge la duda: ¿decir la verdad no pondría en peligro el derecho a una defensa?, ¿no limitaría el principio de no declarar contra sí mismo? Todo proceso es un conjunto de reglas, de limitaciones a los derechos personales y a los principios constitucionales. Justamente para que la Justicia funcione es necesaria esa organización, que deviene del poder legislativo, como representante de la voluntad popular. Es el pueblo, la sociedad, la que decide qué aspectos son más importantes para poder respetar esa parte de la convivencia social que significa impartir justicia.

En el Código de Ética Profesional para Abogados y Procuradores de Mendoza se sostiene:

> “El abogado debe en todo momento mantener el honor y la dignidad de la profesión. En toda su actividad profesional, como en su vida privada, debe abstenerse de toda conducta impropia que pueda desacreditar la profesión. La conducta del abogado debe asimismo caracterizarse por la probidad y la

> lealtad. Ello se garantiza con la veracidad y la buena fe”.[264]

Continuando con el art. 22, se prohíben los comportamientos dilatorios y maliciosos. Aquí entramos de lleno en el terreno de las inconductas procesales. Un comportamiento dilatorio implica una conducta destinada a demorar, a ralentizar el proceso, muchas veces buscando ganar tiempo para su patrocinado, especulando, por ejemplo, que en ocasiones los intereses judiciales pueden ser menores que los bancarios o buscando que mediante la dilación la otra parte tenga que acordar una solución injusta o bien solamente por el hecho de demorar lo más posible una condena o resolución a un conflicto.

Para algunos autores la conducta dilatoria tiene un aspecto que debe resaltarse: no siempre es dolosa. Puede ser producto de una valoración errónea por la parte que la ocasiona, a veces por un desconocimiento o en ocasiones por insistir en un planteo en el que se considera que ha sido perjudicado. Es muy importante, dada la delgada línea que los separa, diferenciar la conducta dilatoria de la conducta maliciosa, mucho más grave, por la presencia del elemento dolo. Nos dice el Dr. Rodolfo Vigo (h.):

> “…es cierto que dicha distinción es sutil y que además no resulta fácil entrar a valorar intenciones, pero no caben dudas que desde el punto de vista teórico caben una dilación maliciosa o dolosa y otra culposa o incluso de buena fe, y esta distinción tiene importancia a los efectos de graduar la sanción de la parte que haya incurrido en conducta procesal indebida.” (Vigo, 1997)[265]

La inconducta maliciosa ha sido ampliamente analizada en los tratadistas clásicos del derecho procesal. Colombo la define así:

> “…por malicia debe entenderse la utilización arbitraria de los actos 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 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 obligaciones o deberes cuya existencia reconoce la sentencia.” (Vigo, 1997)[266]

Menciona el Dr. Vigo en su obra que Palacio vincula la malicia con la dilación fundamentalmente. Esto es más claro en algunos de los ejemplos, a saber: el abuso de peticiones destinadas a obstruir el desarrollo del proceso es típico y merece ser sancionado.

Es sabido que la conducta maliciosa funciona para cualquiera de las partes, puesto que una parte derrotada en un incidente, no obstante salga finalmente victoriosa, también puede puntualmente buscar la dilación maliciosa[267].

Para componer la conducta maliciosa se estima:

1) el uso de los medios que el mismo proceso brinda;

2) una intención clara de producir un daño mediante el retraso y la obstrucción del desarrollo,

3) hay independencia del resultado final del litigio.

El Tribunal puede aplicar sanciones, incluso daños y perjuicios a la parte y profesionales que intervienen o fueran responsables de dichas inconductas procesales. Las sanciones están previstas en el art. 47 del CPCCT y es muy claro al respecto:

> “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.

II.- Los autos que impongan sanciones previstas en los incisos 2), 3) y 4) serán apelables.

III.- Cuando la gravedad de los hechos lo justifique, la sanción se comunicará a la oficina de Profesionales de la Suprema Corte de Justicia y al Colegio o Asociación profesional que corresponda, con remisión de los antecedentes.

IV.- El importe de las multas será destinado a la adquisición de libros y material para las bibliotecas del Poder Judicial o elementos y materiales para juzgados, a cuyo efecto se abrirán indistintamente cuentas especiales que estarán a la orden del Presidente de la Suprema Corte de Justicia.

V.- En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el Tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá imponer multas o condenaciones conminatorias de conformidad con lo previsto por las leyes de fondo. La liquidación de las mismas será dispuesta una vez cumplido el deber jurídico impuesto en la resolución judicial o transcurrido un plazo prudencial sin que se haya

cumplido. Una vez liquidadas, su importe será ejecutable.”

También se previeron sanciones por el Tribunal de Ética del Colegio de Abogados, en la Ley N° 4976 en:

“Art. 47.- Las conductas contrarias al orden disciplinario impuesto por la presente Ley, podrán ser castigadas con alguna de las siguientes sanciones:
1.- Advertencia o censura individual;
2.- Advertencia o censura en presencia del Consejo Directivo;
3.- Multa de hasta veinte (20) veces la suma fijada como arancel mínimo;
4.- Suspensión en el ejercicio profesional de hasta dos (2) años;
5.- Exclusión del ejercicio profesional.

Volviendo al análisis del art. 22 del CPCCT, en el segundo inciso, un agregado que no estaba en el anterior CPC, otorga al Juez la facultad “de ordenar lo necesario” para evitar situaciones de abuso de derecho, el fraude procesal, la temeridad o malicia.

Al respecto art. 10 del CCCN sostiene:

“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.
El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la

> reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.”

El abuso de derecho es una figura que se incorporó al Código Civil allá por la reforma de la Ley Nº 17.771, en 1968, y constituyó un concepto importante destinado a proteger a las partes intervinientes de posturas legalistas, en un exceso de celo positivista, que valiéndose de lo que dice la ley afectan la aplicación de la misma produciendo un efecto no querido. En el presente caso, el Juez está autorizado a retrotraer el proceso al momento en que se produce la situación abusiva y aplicar sanciones a los que la ocasionaren.

El fraude procesal es el uso de medios en forma engañosa o artificiosa destinados a confundir al Juez, induciendo al error y como consecuencia de este accionar surge el dictado de una resolución o sentencia injusta. La diferencia con la estafa procesal está en que en esta última hay una intención, un ánimo de lucro destinado a producir un daño patrimonial a la parte contraria[268].

El Dr. Figari recuerda el concepto de ambos institutos en un art. publicado en el 2011:

> “Por nuestros lares siempre es conveniente acudir a las enseñanzas de NÚÑEZ para quien la estafa procesal es un caso de desdoblamiento entre la víctima del fraude y el ofendido por la defraudación: víctima del fraude es el juez, y ofendido por la defraudación es la persona a la que afecta la sentencia o resolución judicial dispositiva de propiedad. De este modo, cualquiera de las partes del juicio puede engañar al juez mediante el uso de un fraude y lograr una decisión dispositiva de propiedad perjudicial para la contraparte o para un tercero. Pero cabe aclarar que, al tratarse de un procedimiento contradictorio, la decisión judicial -como todas- debe basarse en pruebas -por

> consiguiente, en virtud de ello, se excluye el engaño constituido por la sola afirmación o silencio contrario a la verdad que puede tratarse de una petición injusta, falsa o temeraria. Así, NUÑEZ requiere que la estafa procesal cometida en un proceso reclama un fraude en los elementos que deben motivar la decisión judicial, como podrían ser pruebas fraudulentas- documentos falsificados o adulterados o uso fraudulento de documentos material e ideológicamente genuinos o cualquier otro medio de prueba fraudulento.” (Figari, 2011)

La conducta temeraria es una de las categorías de inconducta procesal; en la obra del Dr. Vigo se especifica la definición de una conducta temeraria:

> “Es temerario, según Morello, el que promueve una pretensión procesal o se opone a ella no obstante estar convencido de que carece de razón y con la intención de perjudicar o dañar al adversario, existiendo sin consecuencia una responsabilidad civil exculpa (aquiliana)” (Vigo, 1997).

El temerario actúa culposamente, pero produce un daño que debe ser reparado. Si bien algunos autores consideran que no hay división posible con la conducta maliciosa, un juicio prudente puede distinguir la gravedad de la intención entre ambas inconductas. La conducta temeraria la define Couture como *“actitud de quien afirma hechos o se conduce sin fundamentos, con conciencia de la propia sinrazón”* (Vigo, 1997)[269]. Este tipo de conducta es producto de un análisis y valoración cuanto menos apresurado o erróneo. Puede ser porque confiadamente cree en los hechos relatados por el cliente, sin verificarlos, o por falta de meticulosidad en el análisis legal o procesal. Lo temerario parece estar en la presentación fundada en un error o una falsedad o en un incidente falso. Tanto sea

por exceso de confianza o por insuficiente comprensión en la problemática del caso, el profesional provoca una presentación o dilación absolutamente innecesaria. Esta dilación tiene que ver con aseverar una pretensión procesal o bien oponerse a una pretensión de la contraparte, afirmando conductas o hechos inexistentes o defensas que son falsas. En general esta conducta puede ser culposa, pero la línea que la separa de la maliciosa en muy delgada. Es innegable que hay un conocimiento que la pretensión pueda ser falsa, un elemento subjetivo que considera esa posibilidad. Por ello corresponde sea sancionada.

En el segundo inciso deja claro que el Juez puede sancionar, aplicar multas por el accionar de las partes que infrinjan este art. Pero como aporte importante es que retrotrae el proceso hasta el momento de cometida la inconducta.

En el Apartado III del art. en estudio, se obliga al Juez a enviar copia del expediente y lo actuado al Colegio de Abogados para dejar constancia de la conducta en el expediente del abogado.

IV. El art. 34 del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza

Este art. tiene una gran importancia desde el punto de vista de la ética porque trata específicamente sobre el ejercicio de la profesión por parte de los abogados. Veamos que dice:

> “Art. 34º DEBERES Y FACULTADES DE LOS ABOGADOS. DIGNIDAD
> En el desempeño de su profesión, los abogados serán asimilados a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que deben guardárseles. Además de los deberes y facultades genéricos

establecidos en las leyes y en el Art. 22 de este Código, los abogados se ajustarán a las siguientes normas:
1) La asistencia a su cliente es sin perjuicio de su colaboración con los jueces para la justa y pronta solución de los litigios.
2) Deberán procurar el avenimiento, antes y durante el desarrollo del proceso.
3) Deberán redactar y suscribir todo escrito donde se planteen, contesten o controviertan cuestiones de derecho, y asistir a sus patrocinados en las audiencias, haciendo uso de la palabra por ellos, salvo cuando por ley o disposición judicial, deba hacerlo el litigante o quien lo representa y sin perjuicio de lo dispuesto por el art. precedente.
4) Deberán abstenerse de dilatar el proceso con actos inútiles o innecesarios para la declaración o defensa de los derechos.
5) Podrán solicitar al Tribunal el dictado de actos de mero trámite en los procesos en los que intervengan como patrocinantes y que tengan como fin hacer avanzar el proceso.
6) Podrá el abogado renunciar al patrocinio, en cuyo caso se procederá conforme lo dispuesto en el Art. 31 última parte.
7) Es facultad de los abogados en el ejercicio de sus funciones, recabar directamente de las oficinas públicas, organismos oficiales y prestadores de servicios públicos, informes y antecedentes y solicitar certificados sobre hechos concretos atinentes a las causas en que intervengan. Estos pedidos deben ser evacuados dentro del plazo de diez (10) días. El requerimiento deberá formularse por escrito, con el nombre y domicilio del profesional, y la firma del abogado que irá seguida de su sello, en el que conste el número de matrícula. Si hubiere un proceso judicial en trámite,

vinculado a los hechos o circunstancias que se investigan por el profesional, deberá consignarse en el requerimiento la carátula, el Juzgado y la Secretaría. Las contestaciones serán entregadas personalmente al abogado o remitidas a su domicilio, cuando así se lo solicite en el requerimiento. En el supuesto de que el requerimiento no fuera informado, el profesional, acreditando tal circunstancia, podrá solicitar su reiteración por vía judicial ante el juez competente, en cuyo caso se hará bajo apercibimiento de aplicar las sanciones conminatorias previstas en el Art. 47 inc. V de este Código.
8) Si los abogados o procuradores hicieren fracasar de manera injustificada audiencias más de tres (3) veces en un mismo proceso, el Juez o Tribunal deberá remitir informe al Colegio de Abogados y Procuradores en el que el profesional estuviere matriculado.”

V. Antecedentes

El antiguo Código Procesal Civil Ley N° 2269 derogado, era más escueto.[270]

Contenido

A los efectos del presente trabajo es destacable la asimilación respecto a los magistrados. Esto implica también un deber de respeto por la jerarquía, por la importancia de dicha posición. El accionar honesto, la ecuanimidad, prudencia y la rectitud que se espera de los magistrados es también exigida en el accionar de los profesionales.

En el primer inciso se refleja la importancia del trato del profesional en su doble aspecto: la responsabilidad frente

al cliente y la de colaboración con el proceso judicial. Ante el cliente de dar la mejor calidad de atención profesional; frente al magistrado la colaboración para la celeridad del proceso, principio que permita sea realmente justicia. El concepto de que una justicia lenta deja de ser justicia es una realidad que se impone en todo el código, por eso se trata de agilizar en su integridad el proceso y en eficacia los órganos interesados en él. El Código de Ética Profesional de Mendoza, aprobado en 1986, sostiene en los deberes fundamentales del abogado: "*Hace a la esencia del deber profesional consagrar toda la dedicación o esfuerzo a los problemas del cliente y poner en su defensa el mayor celo y saber con estricta sujeción a las normas jurídicas y morales. El abogado debe ser también puntual con los Tribunales, funcionarios, colegas y clientes y partes contrarias.*"[271] El abogado tiene el doble rol de agente de racionalidad en el tratamiento del conflicto y como colaborador del juez en la identificación del Derecho aplicable al caso puntual (Parma, 2000)[272].

En el segundo inciso, un antiguo principio se actualiza: la justicia que nace del acuerdo de partes es la mejor forma de resolver un conflicto. Es por ello que los profesionales deben estar siempre atentos a esa posibilidad antes y durante el proceso. Es un deber que impone el código procesal. Además, está facilitación permite una mayor agilidad al sistema judicial, resolviendo causas y despejando la congestión de expedientes que suelen sufrir los tribunales. Esto está en consonancia con la inclusión de las audiencias de conciliación y métodos de resolución de conflictos que aparecen, por ejemplos, en los arts. 2 inciso c) y en los arts. 172 y 173 del mismo CPCCT.

El tercer inciso refiere a un problema que parece haberse desterrado: toda intervención del profesional es responsabilidad de él únicamente, salvo cuando lo exceptúa la ley. Esto era particularmente crítico sobre todo en las presentaciones escritas. En este inciso se reafirma que toda presentación es suya -y únicamente suya-, la

responsabilidad. La delegación es un tema que suele hacerse en lo instrumental, debe acompañar al cliente a las audiencias, contestar los escritos y participar activamente en proceso es un deber personal de cada profesional. Es tan delicado el tema que incluso si es necesario hacer un reemplazo se debe contar primero con el consentimiento fehaciente del cliente, tal como se indica el art. 41 del Código de Ética para Abogados mencionado más arriba:

> "1) El abogado debe requerir el consentimiento del cliente para hacerse reemplazar por otro abogado en el patrocinio, defensa o mandato confiado, salvo casos de impedimento súbito o imprevisto o de tener amplias facultades para ello, previamente clarificadas al cliente, en cuyo caso igualmente avisará al mismo.
> 2) El abogado sustituido en la defensa por otro colega no debe obstaculizar la decisión del cliente y respetará su decisión de revocar la designación anterior. El abogado se preocupará porque la sucesión en el mandato se realice sin perjuicios para el siguiente".

En este inciso se rescata un concepto esencial en el ejercicio profesional: "*el abogado debe obedecer a su conciencia y no a la de su cliente*" (Parma, 2000)[273]. Es en base a esto es que no debiera patrocinar casos que estén en contra de sus ideas, de sus convicciones o basados en criterios solamente pecuniarios.

En el cuarto inciso, se refiere a la inconducta procesal dilatoria; los abogados tienen el deber de no entorpecer el proceso con peticiones inútiles o declaraciones que no hacen al fondo del asunto. Justamente el inciso IV del art. 36 del CPCCT advierte la condena en costas al profesional o los representantes: "*Los representantes y abogados podrán ser condenados en costas cuando actuaren con notorio desconocimiento del derecho, negligencia o falta de*

probidad o lealtad". La aplicación del castigo pecuniario debe ser evidente o fácilmente detectable, pues se balancea con el derecho a defensa previsto en la Constitución Nacional.

Por notorio desconocimiento del derecho se entiende una pobre interpretación por parte del profesional de las leyes llevando adelante una pretensión que no resiste desde lo legal o bien ejerciendo una defensa sin conocer lo básico o hacerlo en forma muy deficiente.

En tanto lo negligente refiere a "no saber lo que el profesional razonablemente debe saber, grave impericia o el incumplimiento de reglas o técnicas conocidas por todos" (Parma, 2000)[274].

Por costas se entiende todos gastos causados y ocasionados necesariamente por la sustanciación del proceso, salvo los que el tribunal excluya específicamente (art. 37, inciso III) y están regulados detalladamente en los arts. 35 a 38 del CPCCT.

El quinto inciso es un punto novedoso: se destaca la importancia de acelerar el proceso y por ello los abogados patrocinantes pueden pedir el dictado de los actos de mero trámite. Es una forma de evitar un rigorismo excesivo en función del principio de celeridad o regla de celeridad también contemplada en el art. 2 del presente código. No están especificados cuáles serían los escritos de mero trámite, pero son deducibles a partir de cuáles, por ejemplo, no lo son, a saber: presentación de la demanda, contestación de la demanda, reconvención, presentación o contestación de recursos, excepciones, incidentes o peticiones que requieran sustanciación, desistimiento, allanamiento, transacción, poder especial requerido por la ley o el código procesal, etc.

En el inciso seis, habla de la renuncia al patrocinio, establecida en el art. 31 que veremos aparte.

El inciso séptimo ya se encontraba previsto en el art. 22 de la Ley N° 4976[275], sancionada en 1984, referida al ejercicio de la Abogacía y de la Procuración en Mendoza.

En el nuevo CPCCT se modificaron algunas cosas: en el ejercicio de la profesión, los abogados pueden realizar, en las causas que intervengan y en forma escrita, pedidos de informes o certificaciones sobre hechos puntuales (concretos, sostiene) a los institutos y oficinas comprendidos en la descripción y éstos deben responder en 10 días hábiles. El pedido debe hacerse con las formalidades requeridas[276] en el inciso en cuestión. El incumplimiento del organismo será bajo apercibimiento de lo considerado en el art. 47 inciso V del CPCCT:

> “En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el Tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá imponer multas o condenaciones conminatorias de conformidad con lo previsto por las leyes de fondo. La liquidación de las mismas será dispuesta una vez cumplido el deber jurídico impuesto en la resolución judicial o transcurrido un plazo prudencial sin que se haya cumplido. Una vez liquidadas, su importe será ejecutable”.

El inciso octavo está relacionado con las audiencias; impone al Tribunal el deber de informar al Colegio de Abogados, para que instruya la causa en el Tribunal de Ética, si un profesional abogado o procurador hace fracasar en forma injustificada más de tres audiencias en el mismo proceso. La idea es penalizar la conducta dilatoria o negligente del profesional.

VI. Art. 31 del Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza

El presente art. legisla sobre las formas de cese de la representación. Es importante revisar este art. porque

suele transgredirse fácilmente en la dinámica procesal moderna, dando por sentado algunos actos que no cierran el ciclo necesario. Veamos el texto actual:

> “ART. 31 CESE DE LA REPRESENTACIÓN.
> La representación cesa:
> 1) Por revocación expresa hecha en el expediente. No la revoca la presentación personal del representado o de otro representante.
> 2) Por renuncia, una vez notificado a domicilio el representado;
> 3) Por haber terminado la personalidad con la cual litigaba el representado o el propio representante.
> 4) Por muerte o incapacidad sobreviniente del representado, una vez comprobada en el expediente y notificados los herederos o representantes legales. En caso de restricción sobreviniente de su capacidad, deberá comparecer quien haya sido designado como apoyo.
> 5) Por muerte, incapacidad o restricción de la capacidad sobreviniente del representante, y si se tratare de abogado y procurador, por suspensión o eliminación de la matrícula.
> En todos los casos se suspenderán los trámites desde el momento en que conste en el expediente la causa de la cesación, salvo el caso del inciso 2) en el cual la suspensión se producirá una vez notificado a domicilio el representado, por el plazo original para estar a derecho según el tipo de proceso dentro del cual sus representantes o sucesores deberán comparecer personalmente u otorgar nueva representación. En caso de renuncia del representante, deberá emplazarse al representado para que, dentro del plazo que se otorgue para comparecer constituya nuevo domicilio procesal electrónico, bajo apercibimiento de que todas las notificaciones que en lo sucesivo debieran hacerse,

> les serán dirigidas a su dirección electrónica denunciada".

Antecedentes

El antiguo Código Procesal Civil de la Ley N° 2269 era muy similar[277], solamente la falta el último párrafo sobre la notificación electrónica, que no existía cuando se sancionó la ley anterior.

Contenido

El primer inciso indica que la cesación de la representación debe ser en forma expresa y debe constar en el expediente. A diferencia del CCCN que en el art. 381 menciona un medio idóneo[278] (en el 1329, respecto a la cesación de mandato, no se especifica el modo), el CPCCT aclara en forma expresa y en el mismo expediente donde está la representación. Aun cuando se nombrará a otro representante, por el Código de Ética para Abogados de Mendoza, en el art. 56 inciso 3, es clara la conducta esperable:

> "Dar aviso al colega que haya intervenido previamente en un caso antes de aceptar el patrocinio o representación de la misma parte y procurar que le sean debidamente satisfechos sus honorarios pendientes. El previo aviso no se requiere si el abogado previamente hubiese renunciado al patrocinio o mandato, aunque es recomendable comunicarse con el abogado anterior." Es decir, que la desvinculación debe estar verificada por ambas partes en el expediente judicial.

El segundo inciso menciona los casos de renuncia del representante. Ya vimos que se debe presentar un escrito en el expediente, pero también se exige que se notifique en el domicilio del cliente. Este se debe a que la renuncia es un acto unilateral del profesional y debe notificar al representado fehacientemente. En el art. 42 del Código de Ética de Mendoza, se especifican las causales de renuncia de un profesional:

> “Aceptado el patrocinio, defensa o mandato, el abogado no podrá renunciarlo sino por causa justificada sobreviniente, que afecte su honor, dignidad o conciencia o cuando exista incumplimiento de las obligaciones morales o materiales del cliente o bien hagan necesaria la intervención exclusiva o excluyente de otro colega especializado. Pero aún en estos casos cuidará que su alejamiento no sea intempestivo y perjudicial para el cliente, ajustándose a las prescripciones legales en la materia y reservando las causas de su determinación, cuando cualquier revelación impropia pudiese perjudicar al cliente. Aunque la renuncia se produzca antes de tomar efectiva intervención, el ahogado debe considerarse con las mismas obligaciones que si hubiese intervenido”.

El resto de los incisos refiere a la extinción de la personería, sea del representado o del representante. Esto puede deberse a cuestiones personales (renuncia, revocación, de alguno o de ambos) o bien por cuestiones que afectan la relación (cumplimiento del objeto, revocación del poder, renuncia del profesional, quiebra del representado, incapacidad sobreviniente). Está tipificado en el art. 380 del CCCN:

> “Extinción. El poder se extingue: a) por el cumplimiento del o de los actos encomendados en el apoderamiento; b) por la muerte del representante o del representado; sin embargo subsiste en caso de muerte del representado siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; c) por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa; d) por la renuncia del representante, pero éste debe continuar en funciones hasta que notifique aquélla al representado, quien puede actuar por sí o reemplazarlo, excepto que acredite un impedimento que configure justa causa; e) por la declaración de muerte presunta del representante o del representado; f) por la declaración de ausencia del representante; g) por la quiebra del representante o representado; h) por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado”.

Este último inciso también refiere a una suspensión parcial o definitiva de la capacidad profesional del abogado, quien debe informar al cliente, según el art. 41 del Código de Ética Profesional:

> “El abogado debe requerir el consentimiento del cliente para hacerse reemplazar por otro abogado en el patrocinio, defensa o mandato confiado, salvo casos de impedimento súbito o imprevisto o de tener amplias facultades para ello, previamente clarificadas al cliente, en cuyo caso igualmente avisará al mismo.” Debe destacarse que los actos realizados por un profesional sancionado son nulos, tal como indica el art. 29 del CPCCT: “…resultare insuficiente la representación invocada, se tendrá por nulo todo lo actuado con dicha invocación, sin perjuicio de las acciones que correspondan contra el profesional, conforme al Art. 47.”

Es el abogado quien tiene que denunciar el fallecimiento o la incapacidad del representado en el proceso, tal cual lo dice el art. 43 del Código de Ética: *“Si el cliente falleciese, el abogado debe informar al juez del proceso en que fuese parte y al derecho habiente, tal acontecimiento, pero seguirá actuando en la medida legal, hasta su confirmación o sustitución”.*

VII. Conclusiones

La reforma de la Ley Nº 9001 ha sido feliz desde lo ético, apuntando a una adaptación de los valores a la dinámica de los tiempos que corren. Se profundizó en las atribuciones de los jueces, en la responsabilidad del ejercicio profesional orientado a la buena fe procesal, la probidad y la lealtad. La migración de la antigua división entre el sistema adversarial, de una gran actividad privada y la del sistema inquisitorio, donde el Estado asume todo el poder y la actuación, hacia un sistema más equilibrado donde ambas características están presentes, con idea de llegar al “sistema de probabilidad prevalente” en un futuro no muy lejano.

El otro problema que parece haber resuelto la Ley Nº 9001 es mucho más profundo. Un proceso que se desarrolle aplicando las leyes del proceso correctamente no siempre garantiza una decisión justa. Este razonamiento es esgrimido por Taruffo como una de las posibilidades de fracaso de la justicia en los términos de Rawls: *"Un proceso 'justo', es decir que se desarrolle correctamente en cuanto la aplicación de reglas procedimentales oportunas, no garantiza necesariamente una decisión justa"* (Taruffo, 2008). Esto es así no solo porque debe considerarse si la norma aplicada es la correcta y si su aplicación ha sido correcta (valga el juego de conceptos), sino que además importa si los hechos probados han sido los verdaderos. Asiente Taruffo:

> "Actualmente, la atención hacia los derechos procesales de las partes y, específicamente, hacia su derecho a probar, se está incrementando en la mayor parte de los sistemas, justamente mientras se provee a los tribunales con crecientes facultades para el manejo activo del caso y para la búsqueda de la verdad. Incluso puede decirse que estos dos aspectos se apoyan el uno al otro, en vez de limitarse recíprocamente: de un lado, las garantías procesales de las partes requieren un completo y activo control por el tribunal a efectos de ser concretadas, así como para impedir su abuso; por otro lado, las facultades activas del tribunal requieren fuertes garantías de las partes, para no degenerar en arbitrariedad y abuso de poder.
> En consecuencia, si la búsqueda de la verdad se concibe como un propósito importante del litigio civil, la solución ideal debiera ser concretar al mismo tiempo los derechos de las partes y el rol activo del tribunal, con una interconexión de "frenos y contrapesos" que debiera enfocarse a maximizar

> las posibilidades de encontrar toda la prueba relevante de los hechos del caso.” (Taruffo, 2008)

Puede que no haya verdades absolutas en la ciencia (Gödel, por ejemplo, en la segunda paradoja[279], o bien el materialismo dialéctico) y el derecho sigue la misma suerte. El actual sistema procesal de búsqueda de la verdad es lo más parecido a esa verdad que aspira a lo absoluto. No hay una justicia absoluta, por tanto, toda aproximación es el mejor intento desde lo humano. Todo avance no lo es porque se olvide de los valores tradicionales; es un avance por la dinámica que se le imponga a la valorización de dichas pautas morales, no a su transgresión. Queda claro que un valor moral no deja de serlo por una ley, deja de serlo por que pierde su esencia como valor. El actual código procesal es un buen ejemplo de un equilibrio en ese sentido y es lo que intentamos destacar en el presente art.

Bibliografía

Borthwick, A. (2005). *Principios formativos de los procesos.* Corrientes: Mario Vera Editor.

Da SIlva, R. (2014). *Los teoremas de incompletitud de Gödel, teoría de conjuntos y el programa de David Hilbert.* (EPISTEME (online) ed., Vol. 34).

Falcón, E. (s.f.). Obtenido de https://www.aadproc.org.ar/publicaciones

Figari, R. (2011). Obtenido de http://www.rubenfigari.com.ar/apuntes-sobre-la-estafa-procesal/

Gonzaini, O. (16 de mayo de 2007). Nuevos límites de la temeridad y la malicia en el proceso. *Publicado en La Ley 2007-B, del 16 de mayo de 2007.* La Ley. Obtenido de http://gozaini.com/

Parma, M. (2000). *Vademecum de Ética Jurídica.* Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Plo, N. (21 de 9 de 2019). *“Delitos contra el Honor”;*.
Rodríguez Collao, L. (1999). *“Honor y dignidad de la persona”.* Valparaíso: Universidad Católica del Valparaíso.
Taruffo, M. (2008). *La prueba, Arts. y conferencias.* Santiago de Chile: Editorial Metropoitana.
Vigo, R. (1997). *Ética del Abogado.* Buenos Aires: Abeledo Perrot.

REVISTA JURÍDICA DE LA REGIÓN CUYO – ARGENTINA N° 11 – NOVIEMBRE 2021

EDITORIAL

Dr. Pascual E. Alferillo

En fecha 22 de agosto de presente año, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que contiene en su estructura al Instituto de la Región Cuyo, ha cumplido ochenta (80) años de existencia desde su creación.

Esta presentación es la oportunidad propicia para saludar y evocar a la plétora de juristas que han brindado sus denodados esfuerzos para mantener el su máximo nivel, el prestigio de la corporación.

Sin lugar a duda, que formular una estructura institucional pensando, como diría, Pedro J. Frías, en el "país interior" ha sido uno de los aciertos más notables, dado que permitió extender su influencia en las distintas provincias de Argentina, en la idea de hacer efectivos sus objetivos: Fomentar y difundir el conocimiento de las ciencias jurídicas y sociales; estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales y propender al perfeccionamiento de la legislación del país.

Esta decisión de política institucional, tiene como efecto deseado recibir, en reciprocidad, los aportes de las investigaciones jurídicas elaboradas en las regiones y, a la par, lograr que la Academia tenga inserción social en todas las entidades operadoras del Derecho.

En este contexto el estrecho vínculo fraternal forjado entre Córdoba y Cuyo, tiene una larga historia, a

consecuencia de la inexistencia de la carrera de abogacía en las universidades públicas en las provincias cuyanas, circunstancia que indujo a formar una especial preferencia por estudiar en la ilustre Universidad Nacional de Córdoba.

Ello generó en quienes estudiaron en la Casa de Trejo un profundo sentido de pertenencia que excede el estrecho marco del mundo del derecho y se extiende a vínculos familiares y de amistad.

Cuando decía, que este fenómeno tiene una larga historia, la podemos remontar a la fraternidad forjada entre Domingo Faustino Sarmiento y Dalmacio Vélez Sarsfield que permitió, para la sanción del Código Civil, la convergencia de la decisión política y la elaboración técnica del mismo.

Se suma a esta sinergia, la sanción del Código de Comercio.

Para ellos, la codificación era muy importante, porque como pregonaba Sarmiento que

> “a pesar de nuestra revolución i aún después de su triunfo, tenemos que explicar la presencia y validez de estos códigos por principios que le son contrarios, puesto que no son más que una reminiscencia de las leyes viejas. Preguntamos, si esto no merece acerce desaparecer como un borron de nuestra exégesis jurídica” (Lecciones populares de derecho - Chile - 7/1/1845).

En otras palabras, la tarea de independizarse de España estaba inconclusa, las cadenas jurídicas seguirían vigentes sino no se derogaban las leyes coloniales y se dictaba una nueva estructura legal.

Y, esa tarea de consolidación nacional, encontró, en Vélez Sarsfield, al jurista con la capacidad y tenacidad suficiente, para elaborar los códigos.

La admiración por la obra del amigo quedó registrada en la defensa realizada cuando comentó que

> “pocas veces un hombre ha pasado por torturas iguales a las que sufrió el Doctor Velez, á causa del Código de Comercio. Tres años de debates en el Senado, versaron mas bien sobre su persona que sobre el texto del Código; y aun después de sancionado, estuvo espuesto á contradicciones tan desnudas de fundamento y justicia como innecesarias. Lo que era de admirar en tan larga oposicion es que jamas apareció en la prensa un exámen crítico de la obra, que mostrase sus errores, y que hubiese verdaderos jurisconsultos que la impugnasen, aunque no faltasen abogados que uniesen su voz á las resistencias que provenian de fuentes menos autorizadas”. (Bosquejo de biografía de D. Dalmacio Vélez Saarsfiel, Imprenta de La Tribunal, Calle de la Victoria N. 37, Buenos Aires, 1875)

El reconocimiento del Presidente cuyano a la especial impronta intelectual de la provincia de Córdoba, de igual modo, quedó materializada, el 11 de setiembre 1869, cuando fue elegida para ser la sede de la Academia Nacional de Ciencias que inauguró.

A su vez, desde Córdoba, se reconoció el elevado nivel de excelencia de los profesores que construían doctrina jurídica desde las provincias de Cuyo designando diecisiete (17) Académicos Correspondientes.

Ello, sin lugar a hesitación, llena de orgullo a la abogacía cuyana, la cual tiene asumido el compromiso de honor, de trabajar sin denuedo para alcanzar en todo tiempo, los objetivos de la corporación.

Sin perjuicio de ello, el mayor reconocimiento hacía juristas nacidos en Cuyo, se verifica en el nombre dado a los sillones que ocupan algunos de los señores Académicos de Número:

Juan M. Garro (designación acordada el 7-7-42) nacido en la provincia de San Luis. Sillón actualmente vacante.

Salvador M. del Carril (designación acordada el 13-8-57) nacido en la provincia de San Juan que integró la primera composición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Asignado al Académico de Número, Ernesto Rey Caro (8-6-90).

Henoch D. Aguiar (designación acordada el 12-8-64) nacido en la provincia de San Juan, cuya biblioteca donó al Gobierno de su provincia natal. En la actualidad se exhibe en la biblioteca Franklin creada por Sarmiento. Este sillón se encontraría vacante.

Finalmente, en este ir y venir de Derecho y amistad entre Córdoba y Cuyo, vale recordar que el nacimiento del Instituto de la Región Cuyo tiene el privilegio de ser impulsado, y tener como primer Director, a un Académico de Número, como fue nuestro recordado y querido, Luis Moisset de Espanés, cuyos profundos vínculos con Cuyo exceden los afectos familiares y vienen del recuerdo, las cinco ediciones de las Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, en la década de los setenta y de las Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, en los años ochenta del siglo XX.

Solo resta desear:

¡¡**Larga vida y bronce** para la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en sus primeros ochenta años de vida!!

APORTES SOBRE EL ROL DEL ASESOR/A DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA E INCAPACES EN LOS PROCESOS PENALES POR INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR

Nadia A. Tordi

I. Introducción

El disparador del presente trabajo fue una sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Mendoza[280], en la que se resolvió hacer lugar a un recurso de casación interpuesto por la asesora de niños, niñas, adolescentes (en adelante NNyA) y de personas con capacidad restringida, y, en consecuencia, se anuló un juicio penal por el que se había dispuesto la absolución de un progenitor por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (en adelante IDAF).

Los hechos que motivaron el recurso de casación fueron los siguientes: en el juicio correccional se absolvió por el beneficio de la duda -*principio in dubio pro reo*- a un progenitor que incumplía el pago de los alimentos a favor de sus hijos. Para así resolver, el juez entendió que no existían elementos de convicción suficientes para expedirse en una sentencia condenatoria y, por lo tanto, dispuso la

absolución. El fiscal, si bien había acusado, no interpuso recurso alguno y sí lo hizo la asesora quien sostuvo que en el juicio no se había tenido en cuenta prueba fundamental como la testimonial de la progenitora de los niños, los procesos judiciales obrantes ante la justicia de familia -en los que se acreditaba que el progenitor ejercía violencia hacia la mujer y sus hijos- y, tampoco se había valorado el proceso por ejecución de la deuda alimentaria.

La Suprema Corte hizo lugar al recurso y ordenó se realice un nuevo debate. Para así decidir, en primer lugar, se expidió sobre la legitimación procesal autónoma excepcional del asesor/a para instar la actividad recursiva ante la Corte, luego sobre los vicios de la sentencia: falta de fundamentación, no valoración del interés superior de los NNyA involucrados, falta de ponderación de prueba esencial, y remarcó que el delito de IDAF se erige como una forma de violencia económica hacia la mujer y los hijos.

De lo resuelto por la Corte mendocina, en el presente trabajo me detendré a analizar dos ejes centrales: (i) el rol de asesor/a en los procesos penales cuando las víctimas de delitos son NNyA o personas con capacidad restringida y (ii) la conexión entre el derecho de las familias y el derecho penal en el incumplimiento de la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental, y cómo la denuncia por IDAF se erige en una herramienta más para lograr su efectivización.

II. Marco convencional/constitucional y legislativo de las funciones del asesor/a de NNyA y personas con capacidad restringida

Como es sabido, con la reforma constitucional de 1994, ingresaron, como regla de reconocimiento constitucional/convencional numerosos Tratados sobre Derechos Humanos[281]: la Convención Internacional sobre

los Derechos del Niño (CDN), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la Convención de Eliminación contra todas las formas de discriminación hacia la mujer (CEDAW), entre otras, y en su consecuencia se sancionaron diversas leyes nacionales que influyeron en el accionar del Ministerio Público de la Defensa o Pupilar[282], como la Ley de protección integral de los derechos de derechos de NNyA (N° 26.061[283]) y la Ley de salud mental (N° 26.657).

Este bloque de constitucionalidad se manifestó en casi todos los campos del derecho civil: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, las NNyA como sujetos de derechos, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales etc.[284] y también implicó una renovada mirada en el derecho penal ya que se visibilizó a las personas en situación de vulnerabilidad como una categoría jurídica que merece una protección especial[285].

Me atrevo a afirmar que fueron especialmente dos los Tratados sobre Derechos Humanos, que marcaron un cambio en el paradigma en las funciones históricamente[286] asignadas al Ministerio Público de la Defensa o Pupilar (asesorías de NNyA y personas con capacidad restringida):

En primer lugar, la CDN que trajo consigo la mirada hacia los NNyA como sujetos de derechos. A punto tal que la Opinión Consultiva nº 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que:

> “Los niños no deben ser considerados objetos de protección segregativa” sino sujetos de derechos, deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se

les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo...".

En segundo lugar, la CDPD determinó el cambio de paradigma con relación a los derechos de las personas con discapacidad, en ella se plasmó el modelo social de abordaje de la discapacidad[287]. Se ha afirmado que el art. 12 de la CDPD cristaliza de manera especial el profundo cambio de paradigma, constituyendo todo un salto cualitativo: se deja atrás un modelo que prescinde de cualquier consideración hacia la voluntad de la persona con discapacidad a la que considera un mero objeto de asistencia, y proclama un sistema que sostiene a aquella como sujeto de derecho y que concentra su formulación en los principios de igualdad, plena integración y reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad inspiradores entre otros de la Convención[288].

Por lo tanto, los principios de capacidad progresiva de las NNyA y de capacidad jurídica como un derecho humano, el derecho a ser oídos junto con el derecho a participar en el proceso con asistencia letrada tanto de las NNyA y como de las personas con capacidad restringida o incapacidad, la interdisciplinariedad de la intervención estatal, el plus de protección que requieren los Tratados de Derechos Humanos, constituyeron estándares que conminaron necesariamente a una readecuación del rol de las asesorías desde el enfoque de los derechos humanos[289] incidiendo en todas las ramas del derecho y con más razón cuando son víctimas de un ilícito penal.

Las funciones del asesor/a de NNyA y personas con capacidad restringida, se regulan en diversas normas, a nivel nacional están previstas en el art.43 de la Ley orgánica del Ministerio Público de la Defensa de la Nación (N° 27.149), que prevé como deberes y atribuciones: a) la función de actuar conforme a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos al acceso a la justicia y al interés superior de las

NNyA, b) en particular asegurar el derecho a ser oídos, a que sus opiniones sean tenidas en cuenta y a mantener informados de los asuntos inherentes a su intervención, en función del grado de evolución de sus facultades, teniendo en cuenta el progresivo reconocimiento de la capacidad, c) el deber de actuar conforme a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos al acceso a la justicia de las personas con discapacidad, d) actuar conforme el respeto por su autonomía, voluntad y preferencias, adecuar la implementación de los ajustes que sean necesarios para asegurar su participación en el procedimiento, y a la no discriminación entre otras.

En el CCyC art. 103 del CCyC se regula la actuación del Ministerio Público y se prevé, que puede darse en el ámbito judicial o extrajudicial. A su vez en el ámbito judicial puede darse de forma complementaria o principal. La primera se presenta en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida y su falta de intervención puede causar la nulidad relativa del acto. En tanto la intervención se torna principal: i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

En la provincia de Mendoza, las tareas de los asesores/as de NNyA y personas con capacidad restringida, encuentran su marco normativo en el art. 16 de la Ley de Ministerio Público de la Defensa y Pupilar (N° 8.928), entre las que se les asigna, a modo general el deber de intervenir en todo asunto judicial o extrajudicial en el que estén en juego

derechos de NNyA o personas con capacidad restringida o incapacidad, y por ellas entablar acciones y recursos pertinentes, asesorar, requerir a las autoridades judiciales la adopción de medidas tendientes a mejorar su situación, peticionar a las autoridades judiciales la aplicación de las medidas pertinentes para su protección integral, inspeccionar periódicamente los establecimientos de internación, guarda, tratamiento y en especial en el ámbito penal se erige como parte necesaria, en todo expediente que se forme respecto de una persona menor de edad víctima de un delito y se acentúa el deber de intervenir en todo acto procesal del cual pueda derivarse un beneficio o perjuicio, como estar presentes en cada ocasión en que las NNyA fueren citados.

Con todo, puedo afirmar que los asesores/as se erigen como una garantía de protección de los derechos humanos en todas las ramas del derecho (civil, familia, laboral, penal etc.), y su intervención está dada por la situación en la que se encuentran las personas que representa: la menor edad o la restricción de su capacidad o incapacidad jurídica, condición que conlleva a una protección especial por presumirse su estado de vulnerabilidad.

Así, a modo de síntesis puedo afirmar que cumple una triple función: (i) controlar y complementar la función de los representantes legales de las personas en especial situación de vulnerabilidad y procurar el cumplimiento de sus deberes, (ii) fiscalizar la actividad del Estado en los procesos judiciales, actuando como garante de los derechos humanos de la infancia y de las personas declaradas incapaces o con capacidad restringida, y (iii) asumir la intervención o representación directa de las NNyA o de las personas con capacidad restringida o incapacidad cuando sufran una vulneración de derechos por sus representantes legales, o por el Estado.

Por lo tanto, determinadas las funciones de forma general, corresponde ingresar a su estudio en el marco de

la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental y su necesaria conexión con el delito de IDAF.

III. Intervención del asesor/a de NNyA para lograr el cumplimiento de la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental y su actuación en el proceso penal por el delito de IDAF

Como dije, el motivo de este comentario fue la interposición por parte de una asesora de NNyA y personas con capacidad restringida e incapaces, de un recurso extraordinario de casación por la decisión absolutoria de un juez que consideró que no había prueba suficiente para condenar a un progenitor reticente, por el delito de IDAF.

Entiendo que, al cumplir funciones en los diversos fueros, las asesorías, se presentan como órgano conector entre los diferentes estamentos de la justicia sobre todo entre el derecho penal y el derecho de las familias. A fin de analizar dicha conexión, y su incidencia en el incumplimiento del pago de los alimentos, propongo hacer un repaso por las normas que regulan el deber alimentario derivado de la responsabilidad parental.

La norma sobre la que gira el sistema es el art. 658 del CCyC que dispone:

> “Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta

con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”.

Advierto una diferencia con el delito de IDAF ya se lo tipifica en un límite temporal diverso, hasta los dieciocho años del hijo/a, salvo que se encuentre impedido[290], más adelante volveré sobre este tema.

Como es sabido, los alimentos debidos a los hijos/as constituyen una obligación cuyo contenido es amplio, comprende la satisfacción de sus necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio, pueden fijarse en prestaciones monetarias o en especie y la ley establece como parámetros para su cuantificación las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado (art. 659 del CCyC). Una de las novedades que trajo el CCyC, fue que se les asignó a las tareas de cuidado valor económico, por lo que el progenitor/a que tiene el cuidado personal del hijo/a hace su aporte diario y en especie, siendo el art. 660 del CCyC una de las normas que implicó una regulación con perspectiva de género[291].

Asimismo, el CCyC prevé con gran énfasis mecanismos para lograr su cumplimiento. Si el deudor alimentario paga fuera de término, menos de lo debido, o directamente no paga, comenzarán los problemas para el alimentado (y para el progenitor/a que lo cuida), quién requiere de la cuota para ir al supermercado, abonar el alquiler, los impuestos, la escuela, los medicamentos, o cualquier otro gasto que cubra con ella. Es cierto que siempre puede iniciar su ejecución y hacer uso de todos los remedios que el sistema procesal le provee, pero entonces necesitará más tiempo, y deberá encontrar alguna forma de conseguir el dinero para cubrir cotidianamente cada una de esas demandas vitales[292].

En aras de superar esta situación en el CCyC se incluyeron normas como los arts. 550 a 553 que recurren al

poder de coerción judicial para hacer efectivas las resoluciones que fijan alimentos, que comprenden una serie de medidas orientadas a obtener el pago oportuno y otras persuasivas del incumplimiento. Se ha dicho que se trata de un sistema de gran realismo que apuesta a generar y fortalecer la conciencia social de que es "más caro" y "más complicado" no pagar, que entregar la cuota de alimentos en tiempo y forma, y con ello, aspira a superar aquel viejo postulado con el que se sintetizaba la situación de muchos acreedores alimentarios: "las sentencias que fijan alimentos son el paradigma de la ineficacia"[293].

Así entre las medidas que pretenden el pago oportuno de alimentos, se encuentran las cautelares propiamente dichas y la retención directa de los haberes del alimentante. También existen mecanismos disuasivos del incumplimiento mediante recursos "sancionatorios o coercitivos" con los que se persigue concientizar al alimentante que debe cumplir, pues, si no lo hace, el costo será mayor; entre ellos, los intereses moratorios y punitorios (art. 552 CCyC). Se busca que la tasa de interés cumpla "una función moralizadora evitando que el deudor se vea premiado o compensado con una tasa mínima, que implica un beneficio indebido a una conducta socialmente reprochable"[294].

Otra de las herramientas que ofrece el sistema es colocar como solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria a quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor (art. 551 del CCyC). En otras palabras, si se ordenó la retención de una suma para afectarla al pago de la cuota, y éste tercero no cumple la orden judicial, la ley lo hace solidariamente responsable. De modo que el acreedor alimentario podría reclamarle el pago de los montos no retenidos, sin perjuicio del derecho de este tercero de repetir luego lo pagado contra el alimentante.

Una norma muy valiosa es el art. 553 del CCyC, que contiene una fórmula amplia, y funciona como instrumento

de cierre del sistema, al permitir a los jueces/zas adoptar cualquier otra medida "razonable" para garantizar el cumplimiento oportuno la cuota. Es una regla que apunta a revertir la conducta del incumplidor recalcitrante con el único límite de que la medida dispuesta debe superar el test de razonabilidad[295]. En este marco se han ordenado diversas medidas, como la inscripción en registros provinciales de deudores alimentarios o la suspensión de juicios conexos, la prohibición de salir del país, no permitir el ingreso a determinados lugares[296], no autorizar sacarse la licencia de conducir[297], entre otras.

De este breve repaso de las herramientas legales podría presumirse que los recursos que otorga el sistema civil habrían de ser más que suficientes para lograr el objetivo. Sin embargo, la realidad demuestra que los progenitores incumplidores se mantienen reacios a concretar su obligación legal, por lo que es aquí donde aparece el derecho penal como una herramienta más de constricción para logar la efectivización del deber alimentario.

El delito de IDAF se encuentra regulado por la Ley N° 13.944 que en su art. 1 prevé:

> “Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de setecientos cincuenta pesos a veinticinco mil pesos a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido”[298].

A diferencia del delito penal, el deber alimentario previsto en el sistema civil se extiende hasta los veintiún años en tanto el delito se prevé hasta los dieciocho años, sin embargo, entiendo que el derecho penal debe completarse e integrarse con la norma civil y propiciar una interpretación amplia de la extensión de obligación tal

como la regula el art. 658 del CCyC, sobre la base del principio *pro homine*.

En relación al contenido de la prestación alimentaria para que se configure el delito el progenitor/a debe substraerse de prestar los medios indispensables para la subsistencia de hijo/a, se ha aclarado que la expresión contenida no ha sido empleada para significar que el sujeto pasivo debe encontrarse en un estado de necesidad lindante con la indigencia absoluta, sino que el alimentante se sustrae de su obligación de prestar asistencia por carecer su hijo/a de recursos propios y lo que caracteriza es que no requiere de una decisión judicial que imponga la obligación alimentaria pues el autor puede cometer el delito sin que otro juez/a haya establecido en una sentencia la obligación a su cargo[299].

Sin embargo, la costumbre tribunalicia nos muestra que el derecho penal se utiliza como última herramienta para constreñir el incumplimiento de la obligación legal, ya que pesa una sanción grave sobre el progenitor/a como es la posibilidad de pena privativa de su libertad.

Se ha caracterizado a este delito por ser : i) *propio por omisión,* ya que se omite prestar los recursos económicos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas del sujeto pasivo), ii) *especial,* solo pueden ser autores personas que cumplan calidades establecidas por la ley: padre, madre, adoptante etc., iii) *de peligro abstracto* porque no requiere prueba de la existencia del resultado lesivo y iv) *permanente* porque se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico por él creado[300]. No resulta necesario acreditar que el accionar omisivo está enderezado deliberadamente a sustraerse del cumplimiento, sino que es suficiente que se encuentre probado el elemento subjetivo consistente en la voluntad consciente de no cumplir, y se consuma cuando el alimentante no satisface la obligación alimentaria, sin que tengan influencia en su dolo los motivos de tal accionar[301].

De este contexto pareciera que bastaría acreditar la obligación legal -que como dije deriva de la responsabilidad parental- y su incumplimiento -que se presume de la misma denuncia-, debiendo el denunciado demostrar que ha cumplido con su obligación. Para que proceda una eximente debe mediar una incapacidad económica auténtica, total, insuperable y no provocada, y en su caso demostrarse la voluntad de cumplir[302].

Sin embargo, esta situación no es la que se presenta con frecuencia y como dije este delito se erige como una forma más de violencia económica hacia la mujer y los hijos/as[303], esta afirmación fue expuesta con claridad por el Supremo Tribunal español (Sala Penal) en un reciente caso en el que condenó al progenitor por delito de impago de pensiones alimenticias y de alzamiento de bienes en connivencia con la nueva pareja, a quien también impuso una pena. Para así decidir se sostuvo que:

> “El impago de pensión alimenticia puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si esta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que, si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo. Todo ello determina que podamos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias. Y ello,

> por suponer el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos (…) Además, si no se satisface la pensión alimenticia en la cuantía que se estipuló en convenio o resolución judicial será el progenitor que se queda con ellos en custodia quien tiene que sustituir con su esfuerzo personal, como hemos expuesto, el incumplimiento del obligado, con lo que, al final, se ejerce una doble victimización, a saber: sobre los hijos como necesitados de unos alimentos que no reciben y sobre el progenitor que debe sustituir al obligado a darlos”[304].

En este punto entiendo que cumple una función importante el asesor/a de NNyA, ya que en el juicio actúa complementariamente -a la representación que ejerce que progenitor/a denunciante- y en caso de que este no denuncie el incumplimiento puede hacerlo asumiendo un rol principal.

Con todo, la finalidad del accionar del asesor/a es actuar con el fin de proteger y visibilizar los intereses de la víctima menor de edad, y por lo tanto traer, valorar y demostrar en el proceso penal lo que implica no contar la prestación alimentaria en tiempo y forma. Como he dicho esta intervención se erige como una garantía de protección de los derechos humanos de NNyA y personas con capacidad restringida e incapacidad.

Las situaciones fácticas que se pueden presentar son múltiples y será tarea de cada asesor/a estar atento a que no se vulneren los derechos o intereses de los NNyA, a modo de ejemplo puedo señalar como en el caso comentado, el fiscal si bien acusó, no consideró viable interponer recurso alguno contra la sentencia absolutoria, en cambio la asesora entendió que dicha resolución era

violatoria a los intereses de los hijos e interpuso un recurso a los fines de velar por la protección de sus derechos.

Otra situación que se puede dar es que las partes -progenitores- arriben a un acuerdo en el proceso penal -conocido como solución de conflicto-, entiendo que dicho acuerdo, debe contar con la aprobación del asesor/a ya que se trata de un acto de disposición de derechos del NNyA (arts. 692 y 697 del CCyC).

También puede suceder que se condene al progenitor incumplidor al pago de una multa, si bien el destino de esa multa es el peculio público, en caso de condena podría el asesor/a peticionar reglas de conducta que constriñan la voluntad del obligado y que sean en beneficio de su hijo/a.

Advierto que la caustica que se planea es tan diversa como la realidad humana, y los criterios de las personas que ejercen esta función, sin embargo, el norte de la intervención y actuación del asesor/a debe estar siempre en miras de garantizar los derechos humanos de las NNyA y personas con capacidad restringida.

IV. Conclusiones

Entiendo que las asesorías de NNyA y personas con capacidad restringida deben actuar desde el paradigma constitucional/convencional que propone la doctrina de los derechos humanos. Es una institución destinada a la protección de derechos de las personas en situación de vulnerabilidad y a modo de síntesis sus funciones giran rededor de tres vértices: (i) controlar y complementar en proceso judicial (penal, civil, familia etc.) la actuación de los representantes legales, debiendo asumir en caso de ser necesario la actuación en forma directa; (ii) garantizar el respeto de los derechos humanos y (iii) intervenir en forma directa en representación de las NNyA o de las personas con capacidad restringida o declaración de incapacidad

cuando sufran una vulneración de derechos por sus representantes legales, o por el Estado.

Dentro de estas funciones no podemos perder de vista la especial transcendencia que tienen los juicios de alimentos y los juicios penales por IDAF, que como se presentan como la última herramienta del sistema para lograr el cumplimiento de la obligación por parte del progenitor/a obligado.

Por eso, el ejercicio de la función no puede ser estático ni encasillarse en mandatos anclados en viejos paradigmas. Aunque en principio intervenga de manera complementaria, siempre que su rol lo exija, puede asumir representación directa y como lo hizo la asesora del caso, asumir una actuación principal, interponer recursos y así evitar la vulneración de derechos de los NNyA en aras de lograr un efectivo acceso a la justicia, de forma oportuna y eficaz.

LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA EN LA DOCTRINA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EN LOS TRIBUNALES DE LA REGIÓN DE CUYO. EL CASO “GRIPPO, GUILLERMO OSCAR”, SU PROSPECTIVA REGIONAL

Pascual E. Alferillo

I. Introducción

El reciente pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia dictado en el caso “Grippo Guillermo Oscar”[305] relacionado con el tema de daños a la persona en el cual se revoca la sentencia dictada por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la cual redujo significativamente las cuantías indemnizatorias de los rubros reclamados, fundamentalmente, la prevista para compensar el daño mortal de una persona menor de edad (hija) y la incapacidad sobreviniente de otros damnificados en el mismo accidente de tránsito.

El contenido de la parte de la sentencia elaborado en forma conjunta por el tribunal, con independencia del aporte individual que formulan lo magistrados Rozenkrantz y Lorenzetti, que debe ser integrado con el dictamen del

Procurador Fiscal, se dejan expuestos varios temas por demás interesantes para elaborar un estudio, a saber: El no cumplimiento de un razonamiento judicial dado que se incurrió en una inadecuada apreciación de las probanzas aportadas en la sentencia puesta en crisis que inexorablemente llevaron a contradecir el principio a la reparación integral en la ponderación de los menoscabos padecidos por las víctimas.

Ello, significa, en otros términos, en que el tribunal *a quo* incurrió en arbitrariedad y no ejerció adecuadamente el arbitrio del cual gozaba para determinar las cuantías resarcitorias justas y legalmente sustentadas.

El análisis realizado por la SCJN en el fallo, tiene el valor de un pronunciamiento casatorio, dado que interpreta y fija posición cuando una sentencia se torna inválida por deficiencia en el razonamiento, marcando con énfasis la estrecha vinculación entre la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos y, en el caso, el Código Civil (hoy Código Civil y Comercial).

Sin embargo, es dable rescatar una frase que impone una pauta muy fuerte para quienes tienen el deber de fijar cuantías resarcitorias y, a la par, unifican dos mundos jurídicos que se los pretendió siempre mostrarlos como desvinculados.

Ello cuando, en síntesis, sostiene que

> “no resulta razonable que -como se advierte en el caso- a un trabajador en relación de dependencia se le otorgue protección mayor que a cualquier otro habitante cuando lo que se intenta resarcir de manera integral es el mismo concepto. Esta diferenciación, sin otro fundamento más que la condición señalada, conduce a vulnerar el derecho de igualdad ante la ley previsto por el artículo 16 de la Constitución Nacional”.

Ello permite investigar si éste parámetro es novedoso o, por el contrario, es producto de la evolución del pensamiento de la doctrina que se plasmó en los fallos del tribunal cimero.

En ese estudio, se destaca la puja doctrinaria entre quienes sostenían una visión materialista o economicista con fuerte raíz decimonónica y quienes, desde una óptica humanista, presionaban para un reconocimiento integral de las actividades y aportes del ser humanos. La evolución del pensamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha sido lineal sino, su *corsi e ricorsi*, dificulta formular una esquematización temporal, razón por la cual, será básicamente temática.

El análisis que se realizará de la evolución de la doctrina de la SCJN sobre los métodos para cuantificar el daño derivado de un fallecimiento ilícito y de una incapacidad sobreviniente permanente y la influencia, a futuro del caso “Grippo” en general, será examinado, en paralelo, con los criterios expuestos por los tribunales de la Región de Cuyo.

Va de suyo, que los métodos señalados tienen influencia directa, tanto, para cuantificar el daño derivado de un fallecimiento o de una incapacidad sobreviniente, que, anticipando opinión, el caso “Grippo” establece un parámetro objetivo para determinar, cuando existe o no arbitrariedad en la cuantificación.

II. Criterios materialistas

El criterio materialista o economicista, a lo largo de su evolución, ha tenido mutaciones en su aplicación. Algunas de ellas derivadas de la necesidad de responder al criterio integral o solidario[306] que, de igual modo, han tenido variantes en sus modalidades.

2.1. En la doctrina de la Suprema Justicia de la Nación

2.1.1. Primeros fundamentos: pregonar el resarcimiento *iure proprio*

Una de las primeras preocupaciones de los mentores de la tesis economicista fue, sin duda, pregonar en contra de la posibilidad jurídica de reclamar el resarcimiento del derecho personalísimo a vivir de la víctima, tal cual es perfectamente diferenciado en la olvidada nota al art. 2312 del derogado Código Civil, se el cual distinguía perfectamente entre los derechos personalísimos tutelados que, cuando son vulnerados, constituyen la base para reclamar su resarcimiento. Es decir, del derecho a ser indemnizado que si es un crédito que configura un bien[307].

La doctrina expuesta por Llambías, que no tiene en cuenta el contenido de la nota[308], pregonó el resarcimiento *iure proprio* para los familiares damnificados por el fallecimiento del interfecto y fue seguida sin cuestionamiento por la mayor parte de la doctrina autoral y de tribunales.

En ese sentido, la SCJN aceptó este temperamento cuando sostuvo y sostiene que lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. Lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue[309].

En otros términos del mismo tribunal, la valoración de la vida humana para determinar la indemnización no es otra

cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquéllos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue[310].

Este criterio es expuesto en forma explícita por la SCJN cuando dijo que cabe equiparar el supuesto previsto en el art. 2° de la Ley N° 24.411 al que pudiera presentarse ante casos de una indemnización por daños y perjuicios sufridos por los parientes de una persona fallecida a causa de un homicidio (arts. 1077, 1079, 1084 y concordantes del Código Civil), pues los familiares del fallecido tendrán como causa de su acción la muerte provocada, pero esta acción es de *iure proprio* y no *iure hereditatis*[311].

Sin duda, con la exclusión del resarcimiento del derecho personalísimo a vivir cuyo titular era el interfecto, se eliminó de la plantilla resarcitoria a un menoscabo existente, conforme se puede observar en otras jurisdicciones.

3.1.2. El segundo paso: precisar el contenido materialista del resarcimiento

En este sentido, la SCJN expresó reiteradamente que lo que se llama elípticamente la valoración de una vida humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue[312].

En otros términos y, con el mismo sentido, se juzgó que a los fines de la valorar el daño por pérdida de la vida -en el caso, reclamado por el viudo e hijo de una profesional joven fallecida en un hecho aeronáutico- debe medirse la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto

producía desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue, todo ello desligado de la aplicación de simples fórmulas matemáticas sino confrontando las circunstancias particulares de la víctima y de los damnificados: edad, grado de parentesco, profesión, posición económica, expectativa de vida, entre otros[313].

Simultáneamente, se responde a la teoría solidaria y se deja constancia de las premisas que caracterizan a éste criterio economicista cuando para ponderar la cuantía resarcitoria dijo que la vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir, pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes[314].

3.1.3. Tercer estadio: consolidación del criterio economicista

Con independencia de aceptar que la doctrina judicial permanentemente se encuentra en un proceso evolutivo frente a los cambios sociales que traen el derecho vivo, el conflicto a resolver, de esta evolución ha sido la generalización del criterio economicista en la SCJN y en la mayoría de los tribunales inferiores.

A modo de ejemplo, es suficiente transcribir para exhibir los postulados de esta línea de pensamiento, el fallo que juzga: La vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. Así, no puede evitarse una honda turbación espiritual cuando se habla de tasarla económicamente, reducirla a

valores crematísticos, hacer la imposible conmutación de lo inconmutable. Pero la supresión de una vida, aparte del desgarramiento del mundo afectivo en que se produce, ocasiona indudables efectos de orden patrimonial como proyección secundaria de aquel hecho trascendental, y lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que sobre otros patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes[315].

El razonamiento de este fallo, constituye un ejemplo de lo que se podría denominar “materialismo extremo”, cuando se entendió que es improcedente la indemnización del "valor vida" si solo consta en la causa que el hijo fallecido de la actora era estudiante universitario y no se aportó prueba alguna que acredite que contribuía a la asistencia económica de su madre, razón por la cual es dable inferir que su desaparición no ocasionó un perjuicio patrimonial cierto y actual a la época del deceso[316].

3.2. En la doctrina judicial de la Región Cuyo

3.2.1. En Mendoza

3.2.1.1. Legitimación *iure proprio*

La doctrina judicial de la provincia de Mendoza, adoptó sin mayor discusión que la legitimación para reclamar los daños derivados de un daño mortal, era *iure proprio*. Sus familiares podían reclamar, únicamente, el perjuicio que sufrirían para el futuro.

Así fue expresado cuando se dijo que la vida humana no es un valor en sí misma y que su supresión no es indemnizable por ese solo hecho sin atender a la existencia de otros daños que de su extinción pudieron ocasionarse. Aquello que debe estimarse en valores pecuniarios no es la

vida misma sino los efectos secundarios que se proyectan en otros patrimonios provocando perjuicios ciertamente valorables y reducibles a signos monetarios de posible fijación[317].

De igual guisa: el "valor vida", es un rótulo con el que conocemos en Derecho a la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos para los que el causante producía, desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue. Lo que se mide en signos económicos no es la vida misma que ha cesado, sino las consecuencias que recaen sobre otros patrimonios por la brusca interrupción de una actividad creadora y productora de bienes.[318]

Este criterio, está en consonancias con lo previsto en el art. 1741 del Cod. Civ. y Com., para el reclamo del daño moral (mal denominados “daños extrapatrimoniales” (en plural)).

3.2.1.2. Los fundamentos de los defensores del criterio economicista

En los fallos, de reciente autoría, algunas de las cámaras de la jurisdicción han adoptado el criterio materialista para cuantificar los daños bajo estudio. Al respecto, se advierte que buscan sustento en el criterio desarrollado por la Corte de Justicia de Mendoza en el caso "Marino Marín, Christopher E.”[319], el cual será motivo de algunas observaciones a la luz de la evolución actual del derecho aplicable.

Sin perjuicio de esa tarea, vale recordar que para fundamentar esta pauta para cuantificar algunas cámaras de apelación sostienen que resulta razonable y ajustada a derecho aquella sentencia que para cuantificar la incapacidad sobreviniente aplica de modo referencial fórmulas matemáticas que permitan determinar un capital que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del

damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades[320].

El tribunal completa su pensamiento economicista expresando que el art. 1746 Código Civil y Comercial, a los efectos de evaluar la indemnización por incapacidad sobreviniente, solo tiene en cuenta la disminución de la capacidad productiva o económicamente valorable y no la lesión en sí misma (daño lesión) o la pérdida de la capacidad para realizar actividades que no sean económicamente valorables. Ello no significa que la disminución de la capacidad vital no sea indemnizable, sino que, hay que analizar donde repercuten las consecuencias dañosas de la lesión, ya sea en el aspecto patrimonial o en el inmaterial.[321]

Otro tribunal de apelación de la jurisdicción Mendoza para justificar su ponderación materialista en la cuantificación de un daño mortal, sostiene que la SCJM ha utilizado en algunos de sus últimos precedentes la fórmula "Vuoto", fundándose para su aplicación en "...la entidad de las lesiones padecidas por el actor; la falta de acreditación de la existencia de actividades específicas rentadas o no rentadas en cuyo desenvolvimiento el joven se haya visto concretamente afectado como consecuencia de las secuelas detectadas por los expertos"[322].

Cierra sus consideración respecto de su tarea de transformar el valor en dinero que si se aplica esa ecuación, teniendo en cuenta la edad de la víctima al momento del hecho (45 años), el SMVM vigente al momento del dictado de la sentencia de grado ($18.900) como ingreso mensual y una incapacidad del 100 %, arroja un resultado de $2.818.870,11, pero como ya lo mencioné ese resultado no debe atar indefectiblemente al juzgador, sino que solo lo guía hacia el umbral de uno justo en el caso concreto, por lo que, teniendo en cuenta la existencia de las patologías previas al hecho ya señaladas, las que sin

dudas afectaban sus capacidades productivas, estimativamente en el orden del 25 al 30 % y también su muerte posterior, considero prudencial y equitativo fijar el monto de condena en la suma de $2.000.000 (art. 90, ap. 7 del CPCCyT), con más los intereses a los que me referiré más adelante, sin que corresponda imponer de costas a los actores, como se ordenó en la resolución en crisis, en razón de la procedencia cualitativa del rubro y la modificación cuantitativa de la condena que emergía de la misma[323].

Antes de avanzar con el tratamiento del criterio materialista, son oportunas unas breves observaciones al contenido del fallo transcripto. Al respecto teniendo en consideración el principio de congruencia en el razonamiento judicial: no se puede fundamentar una sentencia con doctrina judicial que sustenta el criterio integral[324] y resolver aplicando la formula “Vuoto” que es la máxima expresión de las ideas materialistas, dado que proviene del mundo laboral.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que el art. 1746 Cód. Civ. y Com. que es de aplicación para cuantificar las incapacidades sobrevinientes permanentes (no las transitorias), *no es una mera pauta a tener en cuenta por el arbitrio judicial,* sino que emplea en su redacción el término “debe” que es imperativo y no “podrá” que sería facultativo. Es decir, la jurisdicción no se puede apartar del resultado obtenido, porque su arbitrio esta cercenado. No es como se decía anteriormente en vigencia del Código Civil que los jueces son soberanos para la determinación de las cuantías, sino por el contrario el Cód. Civ. y Com., incluye en sus normas pautas concretas para cuantificar que deben ser aplicadas al cuantificar.

La diferencia es sustancial no solo en los conceptos que fundamentan cada criterio sino en el resultado económico del pleito. Si este tribunal hubiera empleado la formula “Méndez” o cualquier otra que ingrese la edad promedio de sobrevida, actualmente superior a los 75 años y un interés de rentabilidad posible del 4 %, el resultado hubiera sido

de $ 5.664.870,09 en vez de los $ 2.818.159,63 que fueron disminuidos a la suma de $ 2.000.000.

Sin perjuicio de expresar que las palabras sobran cuando los resultados son tan evidentes, se debe tener en cuenta que si existió una enfermedad anterior se debe acreditar que la misma fue causa o al menos concausa de la muerte, sino no puede ser valorada para disminuir la suma resarcitoria.

Además, hay que tener en cuenta que el SMVM vigente al momento del dictado de la sentencia de grado de $18.900 tomado, ante la falta de prueba como salario del interfecto, no se debió integrar en la formula su total, sino que allí se le debió descontar un porcentaje de autoconsumo de la víctima que varía conforme sea la composición de su familia.[325]

Se coincide con la doctrina transcripta y la expuesta por la Corte de Justicia de Mendoza en descalificar la fórmula de rentas variables aportada por Acciarri[326], con los mismos fundamentos: La muerte consolida el aporte económico del fallecido a sus familiares y las variaciones de futuro son meras conjeturas que por cierto no podrán ocurrir. Por otra parte, no cuantifica, congruente con su criterio economicista, los aportes solidarios que el difunto hacía a sus familiares que por cierto son cuantificables.[327]

En la Suprema Corte de Justicia de Mendoza el criterio materialista tiene un antecedente previo al caso "Marino Marín", donde se dejó constancia que en materia de indemnización por muerte, el valor vida implica ni más ni menos la medición o cuantificación del daño o perjuicio que sufren aquellas personas que eran destinatarias o que podrían serlo en el futuro, de todos o parte de los bienes económicos que el fallecido producía o podía llegar a producir, y en razón de que esa fuente de ingresos (o posibilidad de fuente de ingresos) se extingue"[328].

En el caso "Marino Marín" el tribunal valoró y cuantificó un caso de incapacidad sobreviniente aplicando la formula "Vuoto", es decir un criterio absolutamente economicista

que por cierto no condice con el estado actual de evolución normativa, en particular con los principios constitucionales y convencionales, receptado en el art. 1740 del Cód. Civ. y Comercial, de reparación plena.

De su contenido, adelantado al revisar el caso “Bittar, Miguel” resuelto en apelación, se focaliza el estudio en dos considerandos. El primero relacionado a como determinar el porcentaje de incapacidad. Y, el segundo, cuál es la razón por la cual opta por la formula “Vuoto”.

Con relación al primero, sostuvo que luego de relacionar causalmente las secuelas constatadas con el accidente, estableció por las mismas un total de incapacidad del 19,5 %, discriminando el 15 % por la lumbociatalgia crónica bilateral detectada y el 4,5 % por la cicatriz viciosa dolorosa en cuero cabelludo[329].

Por su parte, continúa exponiendo el tribunal, la perita psiquiatra, diagnosticó en el actor un trastorno por estrés postraumático leve, asignándole un 10 % de incapacidad que consideró se encontraba consolidada en la salud del paciente dado el tiempo transcurrido desde el accidente (2012) hasta la fecha de la experticia (2016). No obstante, aclaró la experta al contestar las observaciones que el trastorno psíquico detectado, si bien es novedoso porque irrumpe en el devenir histórico del paciente, tiene un nexo indirecto concausal, dado que las enfermedades psiquiátricas son generalmente multifactoriales[330].

A partir de estas premisas, el tribunal concluye expresando que, no obstante, deben ponderarse las secuelas y la relación causal que guardan con el siniestro considerando todas las circunstancias del caso, a fin de no arribar a un resultado absurdo, desmedido o poco razonable. En este punto, destaco que, si bien la psiquiatra otorga un porcentaje incapacitante, reconoce que el trastorno detectado obedece a numerosas variables. Por consiguiente, y dada la ausencia de mayores pruebas sobre la repercusión de las secuelas en la vida del joven, para la aplicación de las fórmulas matemáticas que utilizaré como

orientadoras en la cuantificación de este daño, consideraré un porcentaje de incapacidad del 20 %.

En primer lugar, es dable observar que una opinión de perito no puede ser neutralizada por el arbitrio del juez (que por cierto se transforma en arbitrario) dado que en el caso se focaliza en cuestionar a la perita psiquiatra y no a los peritos que antes habían fijado una incapacidad del 19,5 % sobre la parte del soma. En otras palabras, con expresiones ambiguas sin otra pericia que lo avale o fundamento científico agregado a la causa, disminuye el 10 % de incapacidad psíquica a un 0,5 %.

En este sentido, las propias expresiones del fallo marcan la discrecionalidad del tribunal, cuando considero que en la especie las pericias están adecuadamente fundadas y encuentran sustento en los estudios practicados al joven y en las constancias de la causa, de manera que no encuentro motivos para apartarme de sus conclusiones[331].

Si se hubieran mantenido, los informes periciales, debió aplicarse la formula Baltazahar que simplificada se computa del siguiente modo: del 100 % de capacidad se le debió disminuir el 19,5 % dando por resultado el 80.5 % de capacidad remante, a la cual se le debió descontar el 10 %, quedando en definitiva 72,45 % de capacidad y una incapacidad sobreviniente del 27,55 %.

La segunda observación, se manifiesta cuando justifica la selección de la formula Vuoto expresando que en el sublite el actor, al momento de alegar (2016) elevó a la suma de $862.517,45 resultante de un promedio de la aplicación de las fórmulas Méndez ($.1.426.277,41) y Vuoto ($298.757,49) para lo cual tomó en consideración: su edad de 15 años a la fecha del accidente; su condición de estudiante conforme constancia de alumno regular de fs. 29 del principal; el porcentaje de incapacidad asignado por el traumatólogo, y el salario mínimo vital y móvil a ese momento ($7.560). Sin embargo, conforme a las palabras del señor magistrado opinante, ninguna prueba ha producido a fin de demostrar en qué medida las secuelas de

las lesiones constatadas repercuten en su ámbito de desarrollo social, de relación, familiar, laboral, etc.

Como se infiere el tribunal fundo su decisión de optar por el resultado que surge de la formula “Vuoto” en la carencia de acreditación de las consecuencias, porque no se probó en autos como repercuten, las secuelas de las lesiones constatadas en el ámbito de su desarrollo social, de relación, familiar, laboral, etc. Pero, sin embargo, la misma falencia es suplida en la faz material con la aplicación del Salario Mínimo Vital y Móvil vigente al momento del hecho para formular el cálculo.

Así, el tribunal, como conclusión, sostiene que en la especie, dada la entidad de las lesiones padecidas por el actor; la falta de acreditación de la existencia de actividades específicas rentadas o no rentadas en cuyo desenvolvimiento el joven se haya visto concretamente afectado como consecuencia de las secuelas detectadas por los expertos; y teniendo en cuenta lo precedentemente expuesto, en cuanto a que en última instancia es el razonable criterio del juzgador el que debe presidir la cuantificación del daño para la justa recomposición del litigio, considero que corresponde cuantificar la reparación de este rubro en la suma de $300.000; suma a la que he arribado tomando para ello como pauta principal la suma que arroja la fórmula Vuoto considerada al momento del evento dañoso y actualizada a la fecha.[332]

Como se puede deduce del contenido del fallo exhibido, es un dogma muy arraigado, de difícil superación, el criterio de que los jueces son soberanos en la determinación de la cuantía resarcitoria, por cuanto el Cód. Civ. y Com. expresamente prevé que se debe aplicar una fórmula de la matemática financiera que ha sido revisada por la Suprema Corte de Justicia determinando primero que es imperioso, para una tutela judicial efectiva, adoptar el criterio integral o solidario, para lo cual definió que se debía tomar en cuenta el promedio de vida (75 años) y una renta del 4 %.

A ello, se suma la doctrina del caso “Grippo” que fija parámetros comparativos sólidos.

3.2.2. En San Juan

En general las Cámaras de la provincia de San Juan, coincidían en la aplicación de la formula “Méndez” para la cuantificación del daño derivado de una incapacidad sobreviniente, que por cierto tiene un criterio integral.

Sin embargo, recientemente, en sentido contrario, se consideró que fórmulas como la denominada «Méndez» son fórmulas de valor presente o valor actualizado neto. Estas fórmulas calculan el valor actual (presente) de un pago que se esperaba lograr en el futuro y fue frustrado por el hecho dañoso. Al respecto, se ha dicho: «[E]ntonces, para no sobreestimar el importe y realizar una indemnización exacta (ni más ni menos) que restituya al damnificado a la misma situación patrimonial que tenía previo al evento dañoso, se debería pagar algo menos hoy (valor presente), en comparación con el monto futuro» (Irigoyen Testa, Matías, «Análisis matemático y jurídico de la fórmula para calcular la reparación por incapacidad (art. 1746 CCCN)», RCCyC 2016 (noviembre), cita online: AR/DOC/3494/2016. [333]

El criterio de estimar la renta futura, se coincidió con la doctrina critica expuesta por la Corte de Justicia de Mendoza para descalificar la fórmula de rentas variables porque, sin lugar a hesitación, la muerte consolida el aporte económico y solidario del fallecido a sus familiares y las variaciones de futuro son meras conjeturas que por cierto no podrán ocurrir. Además de ello, no pueden ser definidas por el arbitrio jurisdiccional, sino que debería existir prueba suficiente y cierta de que ello hubiera ocurrido en el futuro.

En los párrafos siguientes el tribunal diferencia que la indemnización se entrega por adelantado por la vida

laboral restante, con lo que la víctima goza anticipadamente de la productividad de dicho capital. Para calcular ese valor presente, las fórmulas incluyen entre sus variables una tasa de descuento.

Ahora bien, esta disminución es aplicable a la compensación por ingresos futuros derivados de la incapacidad, no al resarcimiento de los ingresos pasados. Sobre el punto, se ha expresado: «El sentido común y la lógica imponen la distinción, no siempre considerada por la práctica jurídica: una cosa es calcular la frustración de ingresos futuros derivados de la incapacidad (posteriores al dictado de la sentencia) y otra muy distinta la de hacer lo propio con la frustración de ingresos ya producida (las pérdidas experimentadas desde el hecho dañoso hasta el momento de la sentencia).

Es que mientras para el lucro cesante futuro debe usarse una tasa de descuento que compense el cobro anticipado de ingresos futuros (es decir, de una tasa de interés que en vez de incrementar el quantum lo reducirá), para el lucro cesante actual (o pasado) (…) sería inapropiado aplicar ese descuento pues no habría pago anticipado que compensar» («La cuantificación de los daños por incapacidad y extrapatrimoniales en el Código Civil y Comercial de la Nación (a propósito de los cinco años de su vigencia)», Pita, Enrique Máximo y Depetris, Carlos E., artículo publicado en RCCyC 2021 (febrero); 149 RCyS 2021-II,33; TR, cita online: AR/DOC/4058/2020.

En el caso, la distinción es especialmente relevante, ya que la sentencia de primera instancia se dictó casi (un día antes) doce años después de que ocurrió el accidente. Así las cosas, el período de resarcimiento de los ingresos pasados es extenso, con lo que el mencionado descuento importa disminución sensible de la indemnización del actor. [334]

Esta distinción es válida en cuanto no atente contra la reparación integral, especialmente ahora que la SCJN ha

fijado un parámetro objetivo para medir la arbitrariedad de las cuantificaciones.[335]

El fallo de mención continúa apreciando en el punto siguiente calcularé la cuantificación de la incapacidad con una fórmula que permite efectuar este distingo, la «fórmula Díaz», implementada por la Sala II de la Cámara Civil de Paraná, Entre Ríos (autos «Díaz, Patricia de los Ángeles c. Buchet, Abel Á. y otros s/ daños y perjuicios», sentencia del 18/5/2017, puede consultarse en: http://jurbp.jusentrerios.gov.ar/jur/aplicacion.php?ah=st609046136160c2.71106373&ai=jur%7C%7Cpublica&tcm=previsualizacion) .

En un fallo posterior, la Sala explicó: «Este Tribunal a partir del precedente "Díaz, Patricia de los Ángeles c/ Buchet Abel Ángel y otros s/ Ordinario Daños y Perjuicios" Nº 8513, 18/05/2017, ha aplicado para el cálculo de las consecuencias patrimoniales que genera la incapacidad por lesiones físicas, una variante de la conocida fórmula de renta capitalizada, a fin de poder obtener un resultado a valores actuales a la sentencia y que, además, compute el período de mora pasado y transcurrido entre la fecha del evento y aquel en que se realiza la valuación del daño sentencia como mecanismo válido para el cálculo para especies como la de autos» (causa «Aquino c/ Magdalena - Ordinario», sentencia del 19/12/2017, http://jurbp.jusentrerios.gov.ar/jur/aplicacion.php?ah=st609046bdd38f20.48236653&ai=jur%7C%7Cpublica&tcm=previsualizacion).[336]

A continuación el tribunal realiza *in concreto* el cálculo conforme al criterio expuesto y los antecedentes de la causa, según las siguientes pautas: A) distinguiendo, en primer lugar, tres períodos: 1.°): desde la fecha del accidente (12 de noviembre de 2008) hasta el mismo día del mes de mayo de 2010; 2.°) desde el 13 de mayo de 2010 hasta el día en que se dictó la sentencia de primera instancia (11 de noviembre de 2019); 3.°) a partir de esa fecha y hasta aquella en que el actor cumplirá los 65 años

(5/3/2042). B) En el primer período, la indemnización se calculará en base a los siguientes datos: 100 % de incapacidad y sin tasa de descuento. C) En el segundo, considerando el 65 % de incapacidad y, de nuevo, sin aplicar tasa de descuento. D) En el tercero, con el 65 % de incapacidad y aplicando tasa de descuento.

Para calcular la indemnización de los períodos segundo y tercero, utilizaré la mencionada «fórmula Díaz» y la calculadora del también nombrado sitio del Poder Judicial de Entre Ríos. La fórmula es:

A = C 1 - (1 + i)-n (1 + i) d/i

Donde:

A = indemnización total a fecha de sentencia,

C = ingreso anual dejado de percibir a consecuencia del daño por % de incapacidad,

i = tasa anual de interés,

n = cantidad de años desde el accidente hasta la finalización del período de cálculo,

d = cantidad de años desde el hecho hasta la fecha de sentencia.

Aclaro una serie de cuestiones respecto de las operaciones aritméticas: a) La fórmula exige definir el salario a la fecha de la sentencia, de manera que adoptaré el salario mínimo, vital y móvil vigente desde octubre de 2019: $16.875. b) Para unificar criterios, adoptaré este mismo salario respecto del primer período. c) Utilizaré la tasa del 4 % anual utilizada habitualmente en la fórmula Méndez. d) Como adelanté, estimaré el tope de la vida productiva del actor en 65 años. En este punto, considero que, si se valora el tipo de trabajo para ampliar la incapacidad del actor, el mismo criterio debe emplearse respecto de la vida productiva para ese trabajo en particular. La edad señalada parece mucho más razonable que los 75 de la fórmula Méndez, dada la fuerza física que el trabajo exige. e) Respecto de los períodos segundo y tercero, consideraré como «fecha del hecho» el 13 de mayo de 2010, día siguiente a aquel en el cual culmina el primer

período; ello, para evitar superposiciones con el primer período. f) Fijados los montos de los tres períodos a la fecha de la sentencia de primera instancia, han de generar intereses (a la tasa activa fijada en dicha sentencia) desde la misma fecha.

En definitiva, el cálculo del primer período es:

Salario mensual: $16.875 x 18 meses= $ 303.750

Y el de los dos siguientes:

Fecha del hecho: 13/5/2010

Edad: 33 años (al momento del hecho)

Fecha de nacimiento: 5/3/1977

Tope edad productiva: 65 años

Fecha de sentencia: 11/11/2019

Ingreso anual: $ 131.625,00 (16.875 x 12)

Tasa: 4,00 %

Indemnización total al 11/11/2019: $ 3.406.400,69[337]

Sin lugar a duda para que no sea arbitraria esta sentencia la misma debió tener acreditado todos y cada uno de los asertos puesto en las diferenciaciones realizadas y los parámetros colocados en cada cálculo.

Pero, el detalle que coloca a esta sentencia en la categoría de materialista o economicista, contraria a los principios constitucionales y convencionales que se aplican en forma conjunta con la normativa del Código Civil conforme a la doctrina consolidada por la SCJN, es la elección de la edad de 65 años y descartando la edad promedio de sobrevida que en la actualidad es de 76,9 años conforme la información emitida por la Organización Mundial de la Salud (73,5 años hombres. 80,3 años mujeres).

Es decir, se consideró solo un aspecto de la víctima, su capacidad productiva y no se consideraron los menoscabos que sufrió para tener una vida normal, con una incapacidad consolidada del 65 %.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que el art. 1746 Cód. Civ. y Com., hace referencia en su contenido a la incapacidad cuando es permanente y no a las situaciones

de transitoriedad. En este sentido, se sostiene que el daño con trascendencia jurídica es un concepto integral, unitario, complejo y dinámico que cuando se consolida se define la dimensión de la deuda de valor, que luego será transformada en deuda dineraria conforme es reglado por el art, 772 Cód. Civ. y Com.[338]

Por otra parte, juega la importancia de la aplicación del interés dado que el art. 1748 regula que el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio. En función de ello y del art. 772 se debe tener muy en cuenta, el momento de fijación de la cuantía resarcitoria, dado que a partir del mismo se debe aplicar una tasa de interés activa conforme al plenario Huaquinchay. Y hacía atrás hasta el día del hecho, la tasa debe ser del 8 % anual.

Cabe aclarar la importancia de la fecha del Salario Mínimo Vital y Móvil ante la carencia de prueba o la fecha del ingreso, define la consolidación de la deuda de valor y su transformación a dinero y es a partir de ello, que se debe la tasa activa.

Pero más allá de todo lo expuesto, tomando los mismos parámetros dados en la sentencia, si se hubiera aplicado la formula “Méndez” con los siguientes parámetros: incapacidad 65 % (consolidada), edad al momento del hecho dañador: 33 años, ingreso a octubre 2019 de $ 16.875 (SMVM) e interés de renta del 4 %. El resultado hubiere sido de $ 5.233353,12. La diferencia es notable con la condena dada de $ 3.406.400,69.

Es decir, el criterio materialista aplicado no satisface la reparación integral y menos el nuevo principio agregado por la SCJN en el caso “Gripo” que se comentará infra.

3.2.3. En San Luis

En la doctrina judicial de la provincia de San Luis, se consideró que, pese a la carencia de prueba excepto el 80% de incapacidad, el Tribunal debe fijar la indemnización a

pagar, teniendo en cuenta las circunstancias que resultan del proceso (fecha de los hechos que originan la responsabilidad, personales del actor, tiempo transcurrido y futuro, etc.).

No se ignoran los distintos criterios adoptados jurisprudencialmente para estos casos (aplicación analógica de la ley de accidentes, tomar como base las necesidades de la víctima, renta o pensión, cómputo lineal de las ganancias frustradas, capital como fuente de renta neta o de renta capitalizada y temporaria, etc.).

Para el caso estimo equitativo y razonable aplicar el sistema del cómputo lineal de las ganancias frustradas.

Respecto al daño emergente (que comprende el lucro cesante, tanto el pasado como el futuro), considero prudencial -siguiendo tal procedimiento- realizar los siguientes cálculos:

Se toma como base el salario mínimo, vital y móvil vigente desde el 1° de noviembre de 2006, que fuera fijado en la suma de $ 800 (Pesos Ochocientos) mensuales, mediante Resol. N° 2 del Consejo Nacional del Empleo..., publicada en el Boletín Oficial de la Nación, del 31 de julio de 2006.

El 80 % de ese importe asciende a $..., que multiplicado por 13 (doce meses del año, más SAC), totaliza la cantidad de $... por año. Este importe lo multiplicamos por veintisiete (27) años que deben transcurrir hasta que el actor alcance la edad de sesenta y cinco (65) años, obteniendo un resultado total de $... (Pesos...).

En este importe se fija la indemnización -a la fecha de esta sentencia- por daño emergente que debe percibir el actor[339].

Este caso debe ser tildado de materialista dado que toma la edad productiva del damnificado (65 años) y no el promedio de sobrevida.

III. El criterio integral para cuantificar

3.1. En la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En el proceso evolutivo del criterio solidario o integral, como es de preferencia denominarlo por su completa visión para describir el accionar del ser humano, se pueden observar claramente dos etapas que justifican la expresión *corsi e ricorsi* para describir la historia de las pautas para cuantificar el resarcimiento de una vida frustrada por un daño mortal.

La primera, poco a poco, fue neutralizada por el criterio economicista, muy de moda en la década del noventa del siglo pasado con la introducción de la escuela del análisis económico del derecho.

Sin perjuicio de ello, la paulatina influencia de la constitucionalización del derecho privado que se visualiza, a partir de la puesta en vigencia de la Reforma Constitucional del año 1994, con la incorporación de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos[340]. Y, por cierto, se consolida con la promulgación y vigencia del Código Civil y Comercial, en el año 2015.[341]

3.1.1. Primera época

Una de las primeras expresiones del criterio integral solidario se puede conocer de una época institucional en la cual el valor de la vida se encontraba en crisis. En ese contexto la CSJN sostuvo que la vida humana no resulta apreciable tan solo sobre la base de criterios exclusivamente materiales ni se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de la víctima, pues ello importaría instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes

económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres[342].

En la misma década el tribunal señero dijo que el valor de la vida humana no debe ser apreciado con criterios exclusivamente económicos sino mediante una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, pues el valor vital de los hombres no se agota con la sola consideración de aquellos criterios[343].

En sentido concordante, pero en minoría, en la década de 1990/2000, se expresó que la vida humana no debe ser apreciada con criterios exclusivamente económicos sino mediante una comprensión integral de los valores materiales y espirituales[344].

3.1.2. El regreso del criterio

El *revival* del criterio integral se aprecia particularmente al sostener que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida [345].

En otros términos del mismo fallo, se precisó que para evaluar el resarcimiento por disminución en las aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables los porcentajes fijados por la ley de accidentes de trabajo, aunque puedan resultar útiles para pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los

efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación[346].

El fallo dictado en el caso “Bianchi” resalta por cuanto tiene un criterio diametralmente opuesto al caso “Grippo”, cuando descarta la posibilidad de recurrir aplicando la analogía a las pautas reguladas en la ley de accidente de trabajo por cuanto ello sería aceptar la idea, desestimada constantemente, de invocar formulas, cánones o métodos matemáticos.

3.2. En la doctrina judicial de la Región Cuyo

3.2.1. En Mendoza

En la doctrina judicial de Mendoza en los años cincuenta del siglo anterior, se estimaba que la muerte causada por un delito es susceptible de reparación, aunque no se hubiera demostrado perjuicio concreto, pues la vida humana, además del valor que representa en su aspecto moral y afectivo, constituye un valor económico susceptible de valoración. La muerte de una persona, por sí sola, da lugar a reparaciones indemnizatorias adecuadas a la edad, situación económica, social, etc. de la víctima.[347]

La tesis de la defensa, al negar valor económico a la vida humana, es errónea y ajena a las corrientes doctrinarias más modernas en la materia. La vida humana es real y efectivamente un valor económico. La pérdida del hijo es de por sí significativamente un perjuicio que debe repararse.[348]

Posteriormente se mantiene el criterio en el máximo tribunal local cuando se expresó que la vida tiene un valor en sí misma, susceptible de ser estimada económicamente, y a falta de elementos concretos aportados al proceso, el Juez puede acudir a criterios objetivos de productividad de la vida misma, aunque las tareas que desempeñe la víctima

o los perjudicados no tengan una posibilidad concreta de productividad.[349]

Este criterio, es la base del pensamiento que estima al ser humano como una integridad de actividades laborales y sociales.

Ello, queda marcado cuando se dijo que la incapacidad no solo atiende a las pérdidas laborales, sino que alcanza a la disminución de las lesiones que deterioran la vida de relación. Por ello, la persona tiene derecho hacer indemnizada por el daño sufrido por su incapacidad física, con independencia de que ello incida o no en su capacidad laborativa, desde que el hombre no es solo lo que tiene y lo que hace, sino fundamentalmente lo que es. En consecuencia, resulta arbitraria la sentencia que aun cuando admita la levedad de las lesiones, rechaza el rubro incapacidad por entender que la demanda hacía referencia a daños en el oído derecho, ya que es claro que el reclamo por daños y perjuicios versa sobre todas las lesiones sufridas, sin ser valoradas por el tribunal, lo que provoca la nulidad del fallo, ya que de haberse valorado, hubiese motivado la admisión del rubro incapacidad, aun cuando lo fuera en forma parcial.[350]

Desde la sanción del Código Civil y Comercial, este criterio se manifiesta en los tribunales que han adoptado en especial la formula “Méndez”, pero sin importar la seleccionada es relevante que se incluya para realizar la cuantificación la edad promedio de sobrevida y un interés rentístico del 4 %, además de la edad a la fecha del menoscabo, ingresos y porcentual de incapacidad.

3.2.2. En San Juan

En la jurisprudencia es tendencia la aplicación del criterio integral, y ello queda manifestado cuando la víctima resulta disminuida en sus facultades físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser

objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y del daño moral, ya que la integridad física o psíquica tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, además de dicha actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de vida.[351]

De igual modo, se precisó que la indemnización por incapacidad sobreviniente tiende a cubrir no solo las limitaciones de orden laboral, sino también la proyección del menoscabo sufrido con relación a todas las esferas de la personalidad del damnificado, comprendiendo la capacidad vital o aptitud y potencialidad genérica, pues se presume que todas las personas tienen aptitud o potencialidad intrínseca con valor mensurable económicamente, y el daño a la vida de relación o la actividad total del sujeto que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo.[352]

En este sentido, se juzgó que Indemnización por lesiones o incapacidad -Formula Méndez- 15 % incapacidad -Mujer 37 Años que trabaja- Dicho cálculo debe partir, en este caso y conforme la prueba producida, de los ingresos acreditados por la víctima ($ 3.484,89, a la fecha del accidente, fs. 11), su edad al momento del siniestro (37 años), y el porcentaje de incapacidad fijado (15 %, fs. 132), llegando a la suma de $ 213.436,48, conforme al método propuesto por la parte recurrente (fórmula Méndez, ver en: https://segurosyriesgos.com.ar/calculo-indemnizacion-formula-méndez).

Y no obstante que a fin de establecer el quantum de la indemnización por lesiones o incapacidad física o psíquica, las pautas de cálculo delineadas por el Código Civil y Comercial en su art. 1746, ceñidas a datos estrictos, constituyen una guía orientadora a tener en cuenta por el juzgador, pero no una obligación de limitarse al otorgamiento del número que constituya su resultado, al no existir prueba en esta caso que justifique un monto mayor

y/o uno menor, propongo que se admita este agravio y se establezca la suma indicada ($213.436,48) como monto indemnizatorio en el rubro incapacidad sobreviniente, a la fecha de la presente sentencia.[353]

El criterio de sostener que el resultado es solo una guía orientadora a tener en cuenta por el tribunal le es aplicable las observaciones antes expuestas para comprender que no es facultativa para la jurisdicción, sino que su aplicación es imperativa, limitando el arbitrio judicial. Por cierto, que no consagra el arbitrio judicial como lo hacía por omisión el Código Civil, sino que fija expresamente una fórmula que únicamente deja arbitrio judicial para elegir alguna de ellas que cumpla con la manda del art. 1746 y, por cierto, para definir racionalmente el porcentaje de incapacidad, el ingreso económico, el interés de renta posible y la edad límite. Pero no puede, de modo alguno bajar la cuantía argumentando un dogma derogado, como es el libre arbitrio judicial para fijar la cuantía.

En cuanto al reclamo por los daños padecidos por el señor Nelson Fabián Suárez formulado y resuelto en autos Nº 22.608 (primera instancia N° 98.597) que fuere fijado en la suma de $ 40.000 a la fecha del accidente, se asevera que la misma vulnera el principio de reparación integral. Ello surge de la aplicación de la fórmula de la matemática financiera contenida en el art. 1746 del Código Civil y Comercial que es de aplicación al presente caso pero que el a quo no aplicó. En ese sentido, surge de los antecedentes obrantes en autos que la edad de la víctima al momento del accidente era de 20 años, la incapacidad sobreviniente parcial y permanente del veinte por ciento (20 %) (pericia obrante a fs. 174/174) y el valor del Salario Móvil Vital y Mínimo ascendía a la fecha del accidente 31/03/2007 a la suma de $980. Aplicada la fórmula conocida bajo la denominación de Méndez, $168.998,23 (https://garciaalonso.com.ar/calculadora-vuoto-mendez/). Esta suma se la debería potenciar con el correspondiente interés a tasa activa.[354]

3.2.3. En San Luis

En la doctrina de los tribunales de San Luis, la convergencia de competencia laboral y civil en sus cámaras de apelaciones han unificado los criterios para cuantificar los perjuicios por incapacidad sobreviniente y por daño mortal.

Se justifica el criterio humanista (integral) expresando que el reconocimiento de rango constitucional para el principio de reparación integral de los daños personales se erige en la piedra basal del sistema normativo de la reparación y en la luz guía de la hermenéutica que deben realizar los jueces al cuantificar el resarcimiento compensatorio. Estos, actuando con prudencia y razonabilidad llegan a construir su propio baremo y generar a través de su experiencia jurisprudencial su propia tabla para cuantificar los perjuicios sometidos a su decisión (Cfr. Pascual E. Alferillo, Cuantificación de Daños Personales, LL 11/7/07).- A su vez, la garantía constitucional de debida fundamentación de las sentencias impone al juez el inexcusable deber funcional de explicitar las razones jurídicas y fácticas que determinaron la cuantificación que fija, como asimismo, de las posibles variaciones que puedan existir en casos similares.

En fin, lo que se espera de una adecuada cuantificación de los daños indemnizables probados, es que apunte a un monto que sea de tal entidad, que los intereses que vaya devengando -con la paulatina disminución del capital que quedará consumido al término de la vida probable del causante-, tengan la virtud de asegurar a los damnificados la posibilidad de gastar mensualmente una suma equivalente al ingreso mensual que éstos debían percibir durante ese tiempo (fórmula "Vázquez Vialard" o de la renta capitalizada). Lo que se resarce es el daño futuro cierto que corresponde a la esperanza con contenido

económico, que constituye para la víctima modesta y su familia, la reducción de la capacidad a consecuencia de un ilícito.[355]

Completa la idea manifestando que ante la necesidad de atender un derecho subjetivo de una manera urgente que no admite dilación, en una forma mucho más fuerte y expedita como podría ser esta medida, los jueces contamos hoy con un entramado normativo mucho más rico, donde el derecho a la salud se encuentra reconocido por el bloque constitucional federal integrado por las cláusulas de la Carta Magna y los contenidos en los Tratados Internacionales (art. 75 inciso 22 de la CN; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La salud se advierte como un derecho primario, absoluto, natural inalienable que posee las personas y la comunidad, siendo obligación del Estado garantizar su prestación al ser humano desde la concepción hasta la muerte.[356]

En cuanto a los límites entre la acción civil y la tarifada laboral, se precisó que es importante destacar que es claro que la actora persigue una indemnización en base a los daños previstos en el Código Civil, pretendiendo que se apliquen los criterios para su meritación y valuación del derecho civil, impugnando y desconociendo el sistema tarifado de la ley de Riesgos del Trabajo y que en casi su totalidad la a-quo declara inconstitucional en la sentencia recurrida. Consecuencia de ello deviene entonces que los distintos argumentos vertidos por las partes para sostener y fundar sus pretensiones, en lo que atañe al accidente, tienen que ser merituados únicamente por el suscripto aplicando los principios del derecho civil.[357]

Así, entonces, continúa el fallo, en el ámbito de la ley especial (Ley N° 24.557), la referencia del hecho lesivo, tal como fue formulada en la demanda, hubiera sido suficiente ya que, dicha legislación, contempla los accidentes que sufre el trabajador “con motivo” o “en ocasión” del trabajo (por eso, la inclusión de los casos de accidente “*in itinere*”

que en el derecho común no podría ser atribuido a la responsabilidad del empleador). En tal caso, la menor exigencia probatoria (hasta se permite el actuar culposo del trabajador que no configure una culpa “grave”) se compensa con una indemnización acotada.[358]

Pero, diferente es el caso cuando la víctima de un accidente de trabajo pretende la indemnización integral y acciona con fundamento en el derecho común (arts. 1113, 1109, 1074 del Código Civil) ya que, en tal supuesto, la amplitud del resarcimiento se ve compensada por una mayor exigencia probatoria de la existencia del hecho lesivo, su relación causal con la actividad laboral y los factores de atribución del daño derivado del mismo (en este caso, por ejemplo, la culpa de la víctima se rige por el concepto general del art. 512 del Código Civil).[359]

En otro pronunciamiento se explica esta complejidad expresando que la existencia de dos regímenes indemnizatorios es entonces dato insoslayable y “la LRT prevé un sistema especial de responsabilidad sujeto a limitaciones propias de la discreción del cuerpo legislativo” (voto de los Doctores Belluscio y Maqueda en Aquino) al que como principio están sujetos todos los trabajadores que no opten por la acción de derecho común. Por lo que no es atendible en el caso la pretensión esgrimida, dado que la formula Vuoto-Méndez se refiere a reparaciones fundadas en el C. Civil, para quienes se hallen comprendidos en los alcances de sus normas y no para aquellos que encorsetan la demanda en el sistema de riesgos de trabajo que como dice el Dr. Lorenzetti, tiene una lógica legislativa transaccional, puesto que facilita la acción al establecer presunciones de autoría y causalidad, pero a la vez limita la indemnización a los fines de facilitar la asegurabilidad. En cambio, la acción civil se basa en la exigencia de la prueba de los presupuestos de su procedencia -que, en el caso, agrego, el actor no invoca y por cierto no prueba-y como contrapartida hay reparación plena (ver su voto en Busto c/

QBE A.R.T S. A (17/4/07) en www.rubinzalonline.com.ar. Jurisprudencia de Derecho Laboral).[360]

IV. La vinculación entre el derecho privado y el laboral en la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El primer acercamiento al estudio sistemático de la vinculación entre el derecho privado y el laboral aconteció en el primer mes de vigencia del Código Civil y Comercial en la ciudad de Tucumán, donde al concluir se expresó como idea conclusiva que el deseo de recibir información relacionada con la influencia del código unificado en las relaciones laborales no había sido posible satisfacer por cuanto la realidad normativa marcaba que el fenómeno se produjo en sentido invertido, dado que se estimó que el derecho laboral había influido en la normativa *ius* privatista[361].

Ello impone repasar las razones de aquella aseveración a la luz de la evolución histórica del pensamiento de la CSJN que se actualiza con el contenido del caso "Grippo", que permitirá inferir su importancia como parámetro objetivo en la tarea de cuantificar el daño a la vida e incapacidad sobreviniente.

Para ello, se rescata el contenido de algunos hitos jurisprudenciales que marcan el derrotero de la evolución.

4.1. Caso "Aquino, Isacio"

El día 21 de setiembre 2004, la CSJN, dictó sentencia en el caso "Aquino" exponiendo doctrina judicial señera que marca con claridad el direccionamiento del derecho que les asiste a las víctimas de daños en una interpretación que

receptaba los principios fijados por los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos.

En ese sentido, inicialmente cabe destacar que fijo como pauta diferencial que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental.

A partir de ello, ratifica que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: *alterum non laedere*, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación. A ello se yuxtapone la reglamentación que hace el Código Civil (arts. 1109 y 1113) que, en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica[362].

Más adelante, en un párrafo que deja lugar a duda en cuanto a su alcance, sostiene que la incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable.[363]

En su literalidad, en principio, se estaría pregonando el resarcimiento del bien o interés afectado, en el caso la integridad física, la cual debería ser resarcida per se con independencia de lo que produce económicamente, de las limitaciones generadas para el desarrollo de la vida en comunidad y del daño moral.

En otras palabras, aparentemente pregonaba, por extensión, el resarcimiento de la pérdida del derecho o interés tutelado como es por el ejemplo, la vida del interfecto, su integridad psicofísica, social o el daño moral.

Pero, evidente este párrafo, de viejo cuño en sus fallos, debe ser completado con la aclaración que se hace al

sostener que el valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquéllas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo. Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptible de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres”[364].

Va de suyo que el empleo del término: “espirituales”, no se ajusta para describir correctamente el daño resarcible referenciado, además de traer confusión con algunas definiciones dadas del daño moral.

El ser humano, además de su capacidad productiva, tiene aptitud para desarrollar su propia vida en sociedad que se la limitan cuando padece una incapacidad sobreviniente.

También, tiene aptitud para realizar aportes o contribuciones afectivas, de cooperación, de solidaridad, etc., a otras personas, especialmente a sus familiares de los cuales se ven privados cuando fallece ilícitamente.

Aclarado el alcance de la tesis integral pregonada, la misma es aplicada en este caso de génesis laboral, precisando que la Ley de Riesgos del Trabajo, mediante la prestación del art. 15, inc. 2, segundo párrafo, y la consiguiente eximición de responsabilidad del empleador de su art. 39, inc. 1, solo indemniza daños materiales y, dentro de éstos, únicamente el lucro cesante: pérdida de ganancias, que, asimismo, evalúa menguadamente. Es decir, ha negado, a la hora de proteger la integridad

psíquica, física y moral del trabajador, frente a supuestos regidos por el principio *alterum non laedere*, la consideración plena de la persona humana y los imperativos de justicia de la reparación, seguidos por nuestra Constitución Nacional, que no deben cubrirse solo en apariencia[365].

Por ello se estimó que la LRT, al excluir la vía reparadora del Código Civil eliminó, para los accidentes y enfermedades laborales, un instituto tan antiguo como este último, que los cuerpos legales específicos no habían hecho más que mantener, como fue el caso de la Ley N° 9.688 de accidentes del trabajo, sancionada en 1915 (art. 17). Este retroceso legislativo en el marco de protección, pone a la Ley N° 24.557 en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular[366].

En síntesis, para la SCJN, el art. 39, inc. 1, de la Ley de Riesgos del Trabajo es inconstitucional al eximir al empleador de responsabilidad civil mediante la prestación del art. 15, inc. 2, segundo párrafo, de aquélla pues, siendo de aplicación el principio contenido en el art. 19 de la Constitución Nacional: *alterum non laedere*, no debe resultar precisamente el trabajador, sujeto de preferente tutela constitucional, quien pueda verse privado, en tanto que tal, de reclamar a su empleador la justa indemnización por los daños derivados de un accidente o enfermedad laborales[367].

En este caso, la SCJN para romper el cerco indemnizatorio tarifado de la LRT, interpretó que el constitucional principio *alterum non laedere* implicaba la reparación integral del trabajador. No exclusivamente su faceta productiva, sino todos los menoscabos no previstos. En otras palabras, acercó desde una perspectiva constitucional, el derecho laboral a la visión integral del mundo civilista.

4.2. Caso “Arostegui, Pablo Martin”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el año 2008, dictó sentencia en el caso “Arostegui, Pablo Martin”, el cual básicamente sigue los lineamientos humanistas generales y la declaración de inconstitucionalidad del art. 39, inc. 1, de la Ley de Riesgos del Trabajo, expuestos en el caso “Aquino, Isacio” antes analizado.

La singularidad de este caso se focaliza por cuanto revisó un fallo dictado por la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo en el cual se había aplicado la fórmula de la matemática financiera, creada por este tribunal de conocimiento conocida bajo la denominación “Vuoto”[368].

El contenido de este fallo genera la reflexión del tribunal revocado y la reformulación de la formula, cambiando algunos de sus parámetros para satisfacer las ideas humanistas que se aplicó por vez primera en el caso Méndez[369] que le da el nombre con la cual se identifica.

En el fallo, la SCJN expreso que corresponde dejar sin efecto por arbitraria, la sentencia que al referirse a valores "constantes" de las rentas no se encuentra acompañada de explicación alguna que la precise y justifique, máxime cuando ello tampoco surge de las constancias del proceso vinculadas con las rentas percibidas por el actor[370].

En palabras que perfilan el criterio integral dijo que la incapacidad del trabajador, por un lado, suele producir a éste un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en sus relaciones sociales, deportivas, artísticas, etc., y debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable.[371]

En el mismo sentido, el tribunal expresó que los porcentajes de incapacidad estimados por los peritos médicos no conforman pautas estrictas que el juzgador deba seguir inevitablemente, toda vez que no solo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las

consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio[372].

Los cambios fundamentales de la formula “Vuotto” elaborada con una concepción materialista a la “Méndez” se verifica en la edad que se pasa de la edad jubilatoria (60 años mujeres y 65 varones) al promedio de vida que es actualmente se estima en 75 años (es mayor en de las mujeres). El otro ajuste fue en el interés que una persona con una capacidad financiera común podría hacer generar al capital que se estimó en el cuatro (4) por ciento.[373]

4.3. El caso “Ontiveros, Stella Maris”

En un paso evolutivo importante en la consolidación del criterio integral para la cuantificación de los daños por la pérdida de una vida o como consecuencias de una incapacidad sobreviniente permanente, en el caso “Ontiveros, Stella Maris” dictado el 10 de agosto de 2017, con nuevos fundamentos se expresó que tanto el derecho a una reparación integral como el derecho a la integridad de la persona en su aspecto físico, psíquico y moral y el derecho a la vida que enlaza a los dos primeros, se encuentran reconocidos por el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (arts. I de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[374].

Por su parte, también se sustentó el criterio expresando que cabe señalar que la Corte, a lo largo del tiempo, ha empleado indistintamente las expresiones "reparación integral”, “reparación plena” o “reparación íntegra”, como nociones equivalentes que trasuntan, en definitiva, el imperativo constitucional de la reparación del daño, que no

es otro que restituir, con la modalidad y amplitud que establece el ordenamiento, la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso[375].

En cuanto al alcance se dijo que la indemnización integral por lesiones o incapacidad física o psíquica debe reparar la disminución permanente de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables y se debe indemnizar aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada, pues dicha disminución indudablemente influye sobre las posibilidades que tendría la víctima para reinsertarse en el mercado laboral en el caso de que tuviera que abandonar las tareas que venía desempeñando[376].

Ello fue acompañado cuando se aseveró que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida[377].

Sin lugar a hesitación que este fallo consolida el modo de valorar y cuantificar en daño que sufre una persona en su integridad psicofísica social.[378]

V. La trascendencia jurídica del fallo “Grippo”

El análisis de los precedentes dictados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, permite inferir la continuidad en la aplicación del criterio integral que visualiza al ser Humano en todos sus aspectos que pueden ser dañados cuando se afecta su integridad psicofísica produciendo incapacidad sobreviniente o su fallecimiento.

Ello queda asentado cuando se estima que es arbitraria la sentencia que redujo el resarcimiento por incapacidad

sobreviniente sufrido por los actores como consecuencia de un accidente de tránsito, pues de ella surge que el a quo se limitó a describir genéricamente el daño sufrido por las víctimas, el carácter indiciario de los porcentuales de discapacidad fijados por los diferentes baremos, el salario y la edad, así como el nivel socioeconómico de las mismas, y concluyó que los importes fijados parecían abultados, por lo que resolvió otorgar unas sumas que calificó como más equitativas y adecuadas a las particularidades, sin especificar el método utilizado para ello y omitiendo analizar no solo la capacidad laboral de los actores, sino también diversos aspectos que se proyectan en su personalidad plena, individual como el social, que pudieron verse afectados producto de las graves lesiones y secuelas del accidente[379].

Sin embargo, lo realmente trascendente del fallo, es que el criterio humanista se aplicó, fuera del marco presidido por las leyes laborales, en un caso proveniente de un accidente de tránsito, eminentemente *ius privatista*, con lo cual se puede aseverar que el criterio integral o solidario es el que, en este momento histórico, debe ser aplicado para valorar y cuantificar los daños causados a las personas, sea el mismo derivados de un fallecimiento o de una incapacidad psicofísica permanente.

Además de ello, fija una pauta para razonar cuando la cuantía determinada para resarcir los daños antes referenciados, cumplen o no, con los preceptos constitucionales de ser una reparación plena, e introduce otro principio liminar como es el derecho a que todo ser humano, sea o no trabajador, cuando sea dañado sea medido con el mismo parámetro, el criterio integral o humanista, cuando se juzgó en el considerando 6° que las consideraciones señaladas, *ponderadas a la luz del prisma del derecho a una reparación integral, este Tribunal entiende que resulta ineludible que, al tiempo de determinar el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente y valor vida, los magistrados intervinientes*

tengan en cuenta como pauta orientadora las sumas indemnizatorias que establece el régimen de reparación de riesgos del trabajo para esos mismos rubros, lo que coadyuvará a arribar a una decisión que -más allá de las particularidades propias de cada régimen indemnizatorio- no desatienda la necesaria armonía que debe regir en el ordenamiento jurídico cuando no se evidencian razones de entidad para un proceder diferente.

Ello, pues no resulta razonable que -como se advierte en el caso- a un trabajador en relación de dependencia se le otorgue protección mayor que a cualquier otro habitante cuando lo que se intenta resarcir de manera integral es el mismo concepto. Esta diferenciación, sin otro fundamento más que la condición señalada, conduce a vulnerar el derecho de igualdad ante la ley previsto por el art. 16 de la Constitución Nacional.

La clara elocuencia del pensamiento desarrollado por el fallo, exime de mayores consideraciones, sin embargo, su magnitud jurídica que debe ser resaltada, se visualiza porque ha introducido un parámetro objetivo, tangible, para la correcta cuantificación de los daños a la persona en sede civil: Los mismos no pueden ser inferiores a la cuantificación que por los mismos daños un tribunal laboral le otorgaría a la víctima aplicando las normas especiales (Ley ART N° 24.557 y conc.). Y, de suyo, vale en sentido contrario, cuando se opte por la legalidad del Código Civil y Comercial.

En otras palabras, impone a la jurisdicción la tarea de comparar su propuesta de cuantificación con el resultado que arrojaría el otro sistema reparatorio, para medir la equidad de su resolución.

Si ello, se transgrede sin una razonable justificación legal, la cuantificación de los daños a la persona sería arbitraria y, por ende, la sentencia inválida.

Es decir, para que se configura una reparación plena inevitablemente debe existir por parte de la jurisdicción un

trato igualitario para las víctimas, sea producción del daño de génesis laboral o del ámbito civil.

En otros términos, no se puede dejar de ponderar positivamente que el proloquio configura un hito, por demás significativo, en la evolución humanista e igualitaria en la ponderación y cuantificación de los daños a las personas que pone en jaque existencial al materialismo decimonónico.

Como se colige, la doctrina de la SCJN no solo tiene influencia en los tribunales nacionales y federales, sino también presiona las decisiones de los tribunales locales, quienes no podrán desconocer su contenido de modo alguno para continuar sosteniendo teorías que se dan de bruces con los principios constitucionales como es el criterio o método economicista que evidentemente hoy no tiene sustento normativo.

Además de ello, se debe comprender que en el art. 1746 no concede o mantiene margen para el arbitrio judicial para modificar, en las mayorías de los casos, sin justificación, la cuantía resultante.

El principio de igualdad resarcitoria, es un parámetro esencial que no puede ser soslayado por las sentencias de daño, dado que facilita a los litigantes conocer objetivamente cuando el monto indemnizatorio es arbitrario e impugnar la validez del decisorio.

Por cierto, en la cuantificación del daño mortal o por incapacidad sobreviniente no existe la perfección, sino todo método puede ser objeto de alguna observación, pero lo que no podrá discutirse es la visión humanista, integral, del hombre.

FUNCIÓN PREVENTIVA

Juan Carlos Pandiella

I. Introducción

Con la sanción del Código Civil y Comercial se reconoce expresamente la función preventiva de la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico argentino. Al mismo tiempo, se establece una serie de deberes jurídicos de conducta conectados entre sí. Estos consisten en: evitar que se produzca un daño, disminuir su magnitud y evitar su agravación, si este ya se produjo. De este modo, se consagra el deber genérico de prevención del daño en todas sus facetas y se incorpora el denominado deber o carga de mitigar el daño, el cual será objeto de estudio y reflexión, con el fin de brindar una interpretación de la nueva normativa.

El presente trabajo surge del interés por investigar un tema de escaso tratamiento en la doctrina y la jurisprudencia nacional. Por ello, resulta imprescindible acudir a fuentes extranjeras que nos permitan conocer su concepto, su origen histórico y posterior evolución, y el reconocimiento obtenido en normas internacionales.

Procuramos modestamente contribuir en la tarea de divulgación del referido deber, ya que nuestra falta de conocimiento y experiencia en la materia se traduce en un obstáculo para su puesta en marcha.

Es menester resaltar que, el Código Civil y Comercial (en adelante, C.C. y C.) es uno de los pocos códigos de habla hispana que recoge de forma general el deber (también llamado carga) de mitigar el daño, el cual también se encuentra contemplado en el art. 1710 del mismo cuerpo.

Por su parte, los códigos civiles de Perú y Bolivia recogen el deber de mitigar el daño en sus Arts. 1327 y 348, respectivamente, con una formulación similar a la del Art. 1227, párr. 2º, Código Civil italiano de 1942. El Código Civil de Paraguay también recoge el deber de mitigar el daño en sus Arts. 1610 y 1611, pero no lo hace con carácter general, sino referido exclusivamente al contrato de seguro.

Por otra parte, debe resaltarse que la conveniencia del reconocimiento legal del deber de mitigación no fue motivo de debate en nuestro país, como si lo será en las próximas Jornadas Nacionales Civiles a realizarse en la Provincia de Mendoza en setiembre de 2022, si la situación sanitaria lo permite. Por el contrario, aquellos países donde su consagración no es expresa, cuentan con abundante literatura jurídica dedicada tanto a determinar su existencia como a discutir la oportunidad de su incorporación normativa.

El creciente interés que esta institución ha suscitado en el derecho comparado contrasta con el poco o escaso conocimiento que impera en nuestra cultura jurídica. La falta de difusión, estimamos, se debe a la ausencia de esta cuestión en la formación académica y profesional de los operadores del derecho argentino. Si bien es cierto, que podemos encontrar algunas publicaciones especializadas que han abordado el tema, las principales obras sobre responsabilidad civil casi no lo mencionan o lo hacen muy brevemente; por lo cual, no sorprende que reciba un tratamiento aislado y parcial por parte de la jurisprudencia nacional.

Pensamos que se puede afirmar que en la Argentina el desarrollo de este instituto se encuentra en su etapa inicial.

Consideramos que debemos nutrirnos de la experiencia internacional si deseamos utilizar en forma idónea esta nueva herramienta que nos brinda el derecho, para generar incentivos que tengan por finalidad modificar conductas de indiferencia y egoísmo; y, a su vez, promover un paradigma de diligencia y cooperación entre acreedor y deudor o entre víctima y dañador, ya sea en la órbita contractual o extracontractual.[380]

II. Reseña histórica. Antecedentes

Señala Arazi, que existen antecedentes legislativos antiguos de tutela preventiva como los interdictos y acciones posesorias o la llamada "denuncia del daño temido" (arts. 2499, 2do. párrafo del Código Civil derogado -texto Ley N° 17.711-, y 623 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, actualización del interdicto de "obra vieja") cuyos orígenes se remontan al derecho romano; pero esas cautelas protegían principalmente derechos patrimoniales, más específicamente el de propiedad y posesión, agregándose luego la tenencia de bienes. Actualmente se ha avanzado para la protección preventiva de derechos e intereses que hoy se consideran prioritarios, como son los referidos a la salud; a gozar de un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano; a la seguridad; a la información; a condiciones de trato equitativo y digno; a no soportar ninguna forma de discriminación, etc. (arts. 41 a 43 de la Constitución Nacional)[381].

La perspectiva histórica del deber de mitigar el daño, sostiene Daniela Rodriguez[382] en un detallado trabajo, ha sido el aspecto que menor atención ha recibido por parte de la doctrina. Algunas publicaciones no se refieren al asunto y otras lo hacen en forma parcial.

La postura predominante, señala esta autora, ubica el origen de esta figura en el *common law*, en particular en el

derecho estadounidense y en el derecho inglés.

El primer antecedente de la regla en los Estados Unidos se remonta a un antiguo caso de 1677: “Vertue vs. Bird”. En el referido caso, el actor había sido contratado para transportar unas mercaderías a Ipswich, circunstancia en donde estas debían ser repartidas en un lugar indicado por el demandado. Cuando el actor arribó a Ipswich, el demandado retardó por espacio de seis horas la indicación del lugar, situación en la que los caballos que estaban “chorreando sudor” por el viaje, permanecieron en el aire libre y murieron poco después. El actor demandó por daños, pero la Corte denegó la reparación, al entender que lo que determinó el perjuicio fue la sinrazón del actor, que, frente al incumplimiento del demandado en señalar el lugar de entrega de las mercaderías, debió haber sacado los caballos de la carreta y no dejarlos parados; ponerlos a resguardo o dejar la mercadería en cualquier lugar de Ipswich.

A partir de aquella decisión, advierte Rodriguez citando a Carmen Domínguez Hidalgo[383], tal criterio se alzará como principio, afirmándose que el deber referido alcanza a todos los daños que la víctima o el acreedor pudieron evitar, pero no lo hicieron y en consecuencia aumentaron su propio perjuicio por no haber actuado con la prudencia debida. En otras palabras, se le obliga a soportar esos daños porque él pudo haberlos evitado, puesto que una prudencia básica recomendaba hacerlo. Esos perjuicios son considerados como *avoidable consequences* (consecuencias o pérdidas evitables).

Por ello, en este sistema, se afirme el deber de mitigar los daños como un principio general aplicable en toda su extensión. En tal sentido, es válido tanto para los contratos como para los tort. Así lo reconoce el Restatement (Second) of Contracts (1981) sección §350 al establecer que “la víctima del incumplimiento contractual no puede obtener el pago de los daños e intereses por las pérdidas que ella habría podido evitar sin incurrir en cargas o gastos

injustificados o sin que lo anterior resulte para ella una humillación cualquiera". Lo mismo afirma el Restatement (Second) of Torts (1979), sección §918. El cual se aplica solo aquellos daños en que es posible exigir del demandante un comportamiento en orden a disminuir daños especiales o consecuentes.

En el *Uniform Commercial Code* (Código Comercial Uniforme) se dispone en las secciones 2-708, 2-712, 2-713 y 2- 715 que establecen las reglas que deben seguir las partes en el contrato de compraventa para mitigar los daños que se les puede ocasionar con el incumplimiento de lo prometido. Allí básicamente se sigue la regla de que el afectado por el incumplimiento tendrá derecho a recibir como indemnización únicamente el valor de la diferencia entre el precio del mercado al momento del incumplimiento y el precio del contrato, postulado que lo obliga a adoptar todas las medidas disponibles para mitigar la pérdida. En particular, en la sección 2-715 se dispone que:

> "los daños subsecuentes que resultan del incumplimiento del vendedor, comprenden: a) toda pérdida que resulta de necesidades generales o particulares que el vendedor debía conocer al momento de la celebración del contrato y que no podían ser razonablemente evitados por la conclusión de un contrato de reemplazo, ni por otro medio"[384].

Respecto del derecho inglés, se considera que la *mitigation damages* aparece por primera vez en 1830 a partir del caso "Staniford vs. Lyall", donde el juez tiene en cuenta las medidas que habían sido tomadas por la víctima para moderar su daño. Posteriormente, una serie de decisiones permite asentar la regla según la cual será excluida de la reparación del daño la suma de dinero proporcional a la parte del daño que la víctima hubiera podido evitar tomando medidas razonables.[385]

De todos los precedentes, sostiene Rodríguez, el más relevante es el famoso caso British Westinghouse fallado por la Cámara de los Lores en 1912, en el cual se señaló que:

> “aquel que ha sufrido el incumplimiento debe ser puesto, en la medida que los recursos (económicos) lo permitan, en una situación similar en la que se encontraría en caso de que el contrato se hubiera cumplido. El principio fundamental entonces es la compensación por los perjuicios monetarios causados por el incumplimiento; pero este principio se complementa o califica por un segundo que impone en el incumplido o perjudicado el deber de tomar todas las medidas razonables para mitigar el daño resultante del incumplimiento”.

Es así como la jurisprudencia inglesa contribuyó a la elaboración del deber de mitigación hasta constituirse en un principio general de delimitación cuantitativa del resarcimiento íntegro debido por los daños ocasionados principalmente por el incumplimiento de un contrato.[386]

Además, se establece, aunque no de manera expresa dicha obligación en los arts. 50 y 51 de la ley inglesa conocida con el nombre de Sale of Goods Act 1979. El primero de ellos señala que

> “En aquellos eventos en que existe un mercado u oportunidad de vender los bienes no aceptados por el comprador, el valor de los daños a que tendrá derecho el vendedor será aquel resultante de la diferencia entre el precio de venta estipulado en el contrato y aquel del mercado al momento en que los bienes fueron rechazados”.

De manera tal que el vendedor, ante el incumplimiento en el recibo de los bienes por parte del comprador, no

deberá esperar a que se le otorgue una compensación total por el valor de las mercancías, sino que deberá, en la medida de lo posible y ante la existencia de esa oportunidad, enajenar los bienes materia del contrato para así mitigar su pérdida.

En el mismo sentido, la norma del Art. 51 señala que

> "En aquellos eventos en que existe un mercado u oportunidad de comprar los bienes no entregados por el vendedor, el valor de los daños a que tendrá derecho el comprador será aquel resultante de la diferencia entre el precio de compra estipulado en el contrato y el precio del mercado al momento en que los bienes debieron haber sido entregados".

Por lo que el comprador también se verá obligado a buscar un mercado en donde pueda comprar los bienes dejados de recibir, so pena de ser condenado a recibir como indemnización únicamente el valor de la diferencia a que hace referencia la norma.

El principio se aplica de forma simétrica, así si la mercancía no le es entregada, el comprador deberá comprar mercancías similares (de reemplazo) al precio del mercado y del mismo modo, si sus mercancías son rechazadas, el vendedor deberá intentar venderlas al mismo precio a un tercero. El derecho inglés ha sido precursor en la adopción de esta obligación que estimula a la víctima a actuar en tiempo útil para no sufrir pérdidas importantes a causa de la inejecución del contrato, lo que conlleva a una dinámica eficiente del mercado.[387]

Frente a esto, existe una minoría que, tras realizar un análisis pormenorizado de los posibles antecedentes históricos, llega a la conclusión de que la raíz de este instituto proviene del derecho romano.

Así lo planteó San Martín Neira en el libro que fue producto de su tesis doctoral. Según la autora, para descubrir si en el derecho latinoamericano es posible

identificar un deber del perjudicado de evitar el daño, se requiere una interpretación de las normas que rigen el *quantum respondeatur* (extensión de la obligación resarcitoria) y con base en ella elaborar una conclusión. De acuerdo con la autora, para llevar a cabo esta tarea, se debe realizar un estudio histórico-comparado que comprenda la evolución de las normas y la consagración que ellas tuvieron en los diversos ordenamientos, estudio que, considera, debe ir más allá tanto de Pothier o del pandectismo alemán como de Bello, de Freitas o de Vélez. Por consiguiente, se plantea que es necesario comenzar por el Corpus Iuris, pues, como es sabido, el derecho latinoamericano pertenece al sistema jurídico romanista. [388]

En este aspecto, sostiene San Martín Neira, la gran innovación es la demostración irrefragable de que fue recién en el siglo XIX cuando el carácter evitable del daño dejó de ser un criterio de cuantificación dentro del sistema romanista, ya que durante los dos milenios anteriores había estado siempre presente. Sin embargo, tal abandono duró solo unos pocos años, pues ya durante la primera mitad del siglo XX los juristas alemanes e italianos comenzaron a reconstruir el criterio a partir de los principios y reglas subyacentes del sistema. De esta forma, queda sin valor la frecuente afirmación doctrinaria de que el deber de evitar el daño habría tenido su origen en el *common law*.

Quienes se inclinan por esta postura alegan que la idea del daño evitable, del cual se desprendería lo que hoy conocemos como deber de mitigar el daño, se hallaba presente en el Digesto. Más precisamente en el Libro XVIII, Título VI “Del riesgo y del beneficio de la cosa vendida”, pasaje 3 (en Ulpiano, Comentarios de Sabino, Libro XXVIII), llamado “Pasaje de las tinajas”. Allí se indica:

> “Aunque es lícito al vendedor derramar el vino si se hubiese señalado un término para que se midiese y no se hizo dentro del mismo, no obstante, no podrá hacerlo inmediatamente sin advertir al comprador

> mediante testigos que se lleven el vino o sepa que se va a verter. Pero si pudiendo verterlo no lo hizo, es más digno de alabanza, puede exigir una merced por las tinajas, pero únicamente en la medida en que tuvo interés en que estuviesen vacías las vasijas que contenían el vino; por ejemplo, si hubiese de arrendarlas o si tuvo la necesidad de tomar otras en arriendo. Pero es más conveniente tomar las vasijas en arriendo y que el vino no sea entregado hasta que se reintegre por el comprador el precio del arriendo, o bien vender de buena fe el vino, esto es, procurar, sin perjuicio del vendedor, que se haga por el mínimo detrimento por el comprador"[389].

Como observa Rodríguez Fernández, el anterior pasaje del Digesto refleja un modelo de comportamiento digno de aquel que no recibe de su contraparte lo prometido. En su opinión, se desprende del texto que la reacción de la parte víctima del incumplimiento no se puede traducir en una actitud pasiva, laxa o de indiferencia absoluta frente al detrimento de sus propios intereses y los de su contraparte.

En cuanto a los orígenes de la figura, el autor mencionado expresa:

> "si bien el derecho romano no reconoció plenamente el deber de mitigar el daño, fue allí en donde se sentaron las bases de ese deber. Ahora bien, el deber de mitigar el daño como disciplina normativa tiene su origen más cercano en el derecho anglosajón, donde ya desde el siglo XIX se le daba pleno reconocimiento en el ámbito jurisprudencial"[390].

En esta línea, Barone González admite que

> "aunque algún sector de la doctrina ha podido acreditar que los romanos se aproximaron a la

> noción del deber de mitigar los daños, la figura en su acepción actual deriva del sistema del common law donde corresponde a uno de los tres criterios de limitación del daño resarcible, de tal suerte que el acreedor no puede recuperar el daño que razonablemente habría podido evitar”[391].

En el mismo sentido, el catedrático Jaramillo identifica dos tipos de antecedentes históricos: mediatos e inmediatos. Los mediatos corresponden al derecho romano y los inmediatos al *common law*. El autor reconoce que en el derecho anglosajón el deber de mitigación del daño adquirió notable relevancia y visibilidad, si bien allí no nació la idea o el germen del daño evitable y del deber de mitigarlo, aun cuando sí se refinó y se estructuró con un carácter más general, ya que, en el derecho de seguros, de antiguo, hay experiencia e incontrastables antecedentes, algunos de ellos predicables también del derecho marítimo. En consecuencia, dicha idea y su germen hunden sus raíces en la Roma clásica[392].

Por último, otro sector de la doctrina representado por Giovanni Criscuoli, al que adhieren Ana Soler Presas, Juan Pablo Pérez Velázquez e Isabel Zurita Martín, afirma que el origen del deber de mitigar el daño se encuentra en la pandectística alemana, la cual rompe con el estricto individualismo de épocas anteriores, dejando paso a una concepción social del derecho propia de la Edad Moderna. Criscuoli critica que se pretenda situar el origen en las fuentes romanas, concretamente en el Digesto, empero no niega la cercanía con una regla, en la que se considera que la persona que compró grano para que sus esclavos comieran y no le fue entregado, no puede pretender una indemnización al haber muerto aquellos como consecuencia de no tener qué comer, puesto que tenía que haber buscado una alternativa para proveerlos de alimentos.[393]

Posteriormente, las obras más importantes de los juristas franceses receptarían este principio. Las primeras alusiones fueron expresadas por Domat en el siglo XVIII; según él lo primero que debe hacerse es determinar si la víctima tuvo o no la posibilidad de minimizar su daño, luego, teniendo en cuenta que ella tiene una obligación explícita de moderar su propio daño, deberá buscar una solución de remplazo para atenuar el incumplimiento de su contraparte, la solución más frecuente en el caso de las obligaciones derivadas de un contrato, es la de intentar obtener una prestación equivalente de la parte de un tercero.[394]

Luego Pothier con su famoso ejemplo de la vaca enferma que contagia al resto ganado contribuye en la difusión del criterio, al utilizarlo como fundamento de la regla de delimitación del resarcimiento sentada en el nro. 167 de su *Traité des Obligations*. Así lo ilustra: un tratante vende una vaca sabiendo que sufría una enfermedad contagiosa, la vaca contagia a los bueyes del comprador, los bueyes mueren, el comprador no puede cultivar sus tierras, por la falta de ingresos no puede pagar sus deudas y pierde las tierras. A continuación, reflexiona:

> “la pérdida que he sufrido por defecto de cultivo de mis tierras, parece ser una consecuencia más lejana del dolo del tratante: empero, pienso que de ella no se le ha de reputar como responsable, o por lo menos que no ha de abonarla por entero. Ese defecto de cultivo no es una consecuencia absolutamente necesaria de la pérdida de mi ganado, que me ha causado el dolo de ese tratante: yo podría, no obstante, la pérdida de mi ganado, obviar a ese defecto de cultivo haciendo cultivar mis tierras por otros animales que podría comprar, o, caso de que no tuviera ese medio, que hubiese podido alquilar; o bien sub-arrendando mis tierras, si no tenía medios de hacerlas producir por mí

> mismo. Empero, como, por más que recurriera a dichos expedientes, yo no habría podido retirar tanto provecho de mis tierras, como si las hubiese podido cultivar por mí mismo, con mis bueyes que he perdido por el dolo del tratante, eso puede entrar por alguna cosa en los daños y perjuicios que me son debidos”[395].

Por consiguiente, llega a la conclusión de que los daños fueron causados por la conducta del acreedor que no tomó las medidas necesarias para evitar el daño (pérdida de la cosecha) y por lo tanto no son consecuencia directa e inmediata del dolo del vendedor.

A pesar de su trascendencia, estas ideas no se plasman positivamente en el Código Civil francés, pero sí parecen seguirse por la doctrina y la jurisprudencia francesa que, centrándose en la similitud de los efectos que la aplicación de una y otra figura produce, incluyen supuestos del deber de mitigar dentro de una concepción amplísima de la “concurrencia de culpas”. Confusión que se acrecienta con la promulgación del Código Civil alemán que recoge bajo un mismo epígrafe tres supuestos que lo único que tienen en común es reducción de la indemnización como consecuencia de la conducta del agraviado.

Más tarde, Demogue expresamente afirma la existencia del deber de mitigar con fundamento en el deber de colaboración entre las partes que el principio de buena fe impone[396]. El autor extiende los alcances de este deber más allá del ámbito contractual al decir en la misma obra:

> “cuando la casa se prende fuego por la culpa de un tercero, el perjudicado debe trabajar para apagar el incendio. El herido incurre en culpa si no se somete a las operaciones necesarias, salvo sin son graves o arriesgadas. La utilidad social crea un deber de detener el daño en caso de que uno lo puede hacer. Por eso, un derecho rígido se substituye por un

> derecho solidarista, obligando a la víctima a trabajar para moderar o evitar que el daño continúe".

Sin tomar partido por ninguna de las posturas mencionadas, lo incuestionable es que todos los antecedentes reseñados han contribuido, de forma directa o indirecta, en la construcción de las bases que dieron origen al deber de mitigar el daño.

III. Reconocimiento en normas supranacionales[397]

El deber de mitigar el daño fue incorporado en un primer término en el art. 88 de la Convención de La Haya del 01/07/1964 relativa a una Ley Uniforme sobre Contratos de Compraventa Internacional (*Uniform Law on the International Sale of Goods*) que indicaba que "La parte que invoca el incumplimiento del contrato debe adoptar todas las medidas razonables con objeto de disminuir la pérdida experimentada. Si ella descuida hacerlo, la otra parte puede exigir la reducción de los daños y perjuicios".

Más tarde, en el Art. 77 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante, CISG), firmada en Viena el 11/04/1980, se estableció que

> "La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida"[398].

La norma transcripta contiene el principio de minimizar el propio daño, aunque la doctrina ha entendido que no consagra propiamente una obligación en tal sentido que dé lugar ni a responsabilidad contractual ni a una acción de cumplimiento en especie sino, más bien, una carga que pesa sobre el acreedor cuya violación permite al deudor solicitar una reducción de la indemnización por el daño causado. Por otra parte, los textos internacionales son frecuentemente considerados fuentes de principios generales en el comercio internacional y de allí que el alcance de aquella regla es, en la práctica, mayor que el proporcionado por su solo texto. Desde luego, en los usos y principios generales del derecho internacional y que forman la denominada *lex mercatoria* el deber de mitigar el daño es cuestión admitida.

La consagración de la regla de la mitigación del daño en la CISG y en los posteriores textos de la moderna construcción del derecho de los contratos ha logrado una doble finalidad. Por una parte, su difusión en aquellos países en los que, o bien no era conocida, o no estaba formalmente formulada, o bien era inadecuadamente aplicada. Y por otra, contribuir a su desarrollo y delimitación en su aplicación práctica, detectando e intentando solucionar los aspectos conflictivos de la regla.

Posteriormente, en el Art. 7.4.8 de los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante, PICC) elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del derecho privado (Unidroit) se dispuso:

> “Atenuación del daño 1) La parte incumplidora no es responsable del daño sufrido por la parte perjudicada en tanto que el daño pudo haber sido reducido si esa parte hubiera adoptado medidas razonables. 2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente efectuado en un intento por reducir el daño”[399].

Además, la mitigación del daño se reguló en los arts. 9:505[400] de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (en adelante, PECL) y III.-3:705[401] del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*, en adelante, DCFR) bajo el título "Reduction of Loss", de forma similar al Art. 7.4.8 de los PICC.

Es valioso el aporte de estas normas al incluir de forma explícita la obligación de la parte incumplida de reembolsar los gastos que fueron necesarios para que la víctima pudiera moderar los efectos del daño, ya que efectivamente se trata de gastos que hacen parte del daño que debe ser indemnizado por el autor en la medida que corresponden a un gasto que se origina en el evento dañoso y que evidentemente tienen como efecto la reducción de los recursos económicos de la víctima.

La mitigación del daño también se encuentra regulada en el Art. 163[402] de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea (*Common European Sales Law*, en adelante, CESL) de forma similar a los PICC, PECL y DCFR.

También podemos citar el *Proyecto de Código Europeo de Contratos,* cuyo art. 167 del *Proyecto Europeo de Contratos,* también conocido como *Proyecto Pavía* o *Gandolfi,* reza:

> “1. No se debe resarcimiento alguno por el daño que no se habría producido si el acreedor hubiera adoptado las necesarias medidas de su incumbencia antes de que aquél se produzca.
> 2. El agravamiento del daño que el acreedor hubiera podido impedir después de verificado éste, adoptando las medidas necesarias no es reparable.
> 3. Si una acción o una omisión del acreedor ha concurrido a causar el daño, el resarcimiento se reduce respecto de las consecuencias derivadas de ella.

> 4. Es relevante, a los efectos del apartado precedente, el hecho de que el deudor no haya sido advertido, por el acreedor, de los singulares riesgos, conocidos o debidos conocer por él, consustanciales con el cumplimiento".

Estos textos recogen de forma expresa, como manifestación concreta del principio de mitigación, la posibilidad de que el acreedor haya celebrado un negocio de sustitución con posterioridad al incumplimiento por el deudor del contrato primitivo, en un plazo y modo razonables (arts. 9:506, PECL, III.-3:706, DCFR y 164, CESL). En estas circunstancias, el acreedor podrá cobrar la diferencia entre el valor que hubiera sido debido en virtud del contrato resuelto y el debido en virtud del negocio o transacción sustitutiva, así como reclamar una indemnización por otras pérdidas que haya podido sufrir. Esta misma regla se recogió ya en la CSIG, cuyo Art. 75 dispone que, si se resuelve el contrato y si, de manera razonable y dentro de un plazo razonable después de la resolución, el comprador procede a una compra de reemplazo o el vendedor a una venta de reemplazo, la parte que exija la indemnización podrá obtener la diferencia entre el precio del contrato y el precio estipulado en la operación de reemplazo, así como cualesquiera otros daños y perjuicios exigibles conforme al artículo anterior.

IV. Derecho comparado

Consideramos que siempre es bueno tener presente lo que se regula sobre un tema en particular en otras legislaciones, teniendo en cuenta que se considera a la disciplina del derecho comparado como fuente de derecho.

Como su nombre lo indica, sostiene Torré, esta disciplina

> “consiste en el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos pertenecientes a diversos lugares o épocas, con el fin de determinar las notas comunes y las diferencias que entre ellos existen, y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas, y criterios para su perfeccionamiento y reforma”.[403]

La orientación comparativista, procura extraer los caracteres comunes de las distintas instituciones, tanto antiguas como actuales, con el objeto de cumplir tres fines de naturaleza eminentemente pragmática, a saber:

> a) Facilitar al investigador de un derecho determinado los elementos de los otros sistemas para que puede establecer sus analogías y diferencias.
> b) Determinar los caracteres constantes y permanentes de cada institución jurídica, para perfecciona su conocimiento universal. Es la tarea propia del derecho comparado.
> c) Promover las reformas legislativas en los derechos nacionales y tratar de llegar también a la uniformidad internaciones de las legislaciones mediante la adopción de leyes y códigos redactados sobre la base de aquellos estudios. Estos intentos de unificación se dan principalmente en el derecho privado.

A continuación, veremos algunos ordenamientos de otros países donde se ha regulado el instituto que nos ocupa.[404]

4.1. Alemania

El art. 254 del Código Civil alemán (BGB) estatuye que:

> “Si en la producción del daño ha concurrido culpa del perjudicado, la obligación a la indemnización, así como a la cuantía de la indemnización a prestar, depende de las circunstancias, en especial de hasta qué punto el daño ha sido causado preponderantemente por una u otra parte.
> Esto vale incluso si la culpa del perjudicado se limita a la circunstancia de que ha omitido llamar la atención del deudor sobre el riesgo de un daño de consideración no corriente, el cual -riesgo- no conocía ni debía conocer el deudor, o de que ha omitido evitar o aminorar el daño. Se aplica oportunamente la disposición del parágrafo 278”.

4.2. Austria

El Código Civil austríaco, de indiscutida raigambre germánica, no guarda silencio en el tema *sub examine.* Es así como el art. 1304 dispone que “Si en el daño concurre la culpa de la víctima, ésta lo soportará proporcionalmente con el autor del daño, y si no se puede determinar la proporción lo asumirán por partes iguales”.

4.3. Bolivia

El art. 348 del Código Civil de Bolivia, en particular su inciso 2°, sigue muy de cerca el contenido del art. 1127 del Código Civil italiano de 1942, a cuyo tenor: “No hay lugar al resarcimiento por el daño que el acreedor hubiera podido evitar empleando la diligencia ordinaria”.

4.4. Holanda

El art. 6:101 del moderno Código Civil holandés preceptúa que “Si el daño se debe a alguna circunstancia atribuible a la víctima, la obligación de repararlo se disminuirá o cesará, en la medida de lo razonable”.

4.5. Italia

El art. 1227 del Código Civil italiano, a su turno, dispone que “El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria”.

4.6. Perú

El art. 1327 del Código Civil peruano, por su parte, establece que “El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario”.

4.7. Quebec

El art. 1479 del Código Civil de la Provincia de Quebec impera: “La persona que es obligada a reparar un daño no responde de la agravación del perjuicio que la víctima podía evitar”.

4.8. Rumania

El art. 1531 del Código Civil rumano, promulgado a finales de 2011, y modificado en puntuales aspectos en el año 2012, inequívocamente se ocupa de la evitación del

daño (ejecución por equivalente) en los siguientes términos:

“Reparación integral.

> (1) El acreedor tiene derecho a la reparación integral del perjuicio que ha sufrido como consecuencia del incumplimiento.
> (2) El perjuicio incluye la pérdida efectivamente sufrida por el acreedor y el beneficio del que es privado. Para determinar el alcance del perjuicio, también serán tenidos en cuenta los gastos incurridos por el acreedor, dentro de límites razonables, para evitar el perjuicio.
> (3) El acreedor tendrá derecho a la reparación del perjuicio extrapatrimonial”.

4.9. Suiza

El art. 44 del Código Civil suizo, de igual manera, manifiesta que:

> “El juez podrá reducir los daños e intereses cuando la parte perjudicada ha consentido en la lesión o cuando los hechos por los cuales es responsable han contribuido a crear el daño, a aumentarlo o cuando hayan agravado la situación del deudor”.

V. La tutela preventiva. Breve reseña

El termino tutela tiene varias acepciones en el Diccionario de la Real Academia Española[405], esta palabra deriva del latín *tutēla* “defensa”, “amparo”.

Entre las acepciones nos quedaremos con la de “tutela judicial”, que significa:

> “Der. Protección de los derechos de las personas dis pensada por jueces y tribunales”.

Surge, sin hesitación alguna, que estamos ante un instituto jurídico cuya principal función y finalidad es amparar los derechos de las personas por la vía judicial.

Por otra parte, según el Diccionario de la Real Academia Española, prevenir es, en su segunda acepción, “Prever, ver, conocer de antemano o con anticipación un daño o perjuicio”.

Por ende, prevención del daño en el sentido más estricto es anticipar lo necesario con el fin de evitarlo. Sin embargo, también es prevención anticipar lo necesario con el fin de impedir que continúe produciéndose el daño que ya comenzó a operar, de modo que, en sentido amplio, prevención es mitigar el daño, no agravarlo o hacerlo cesar, pues ello implica evitar el mayor daño futuro.

Por su parte, Picasso y Sanz, sostienen que la prevención es definida como “el conjunto de actividades, instrumentos, y métodos de actuación tendientes a evitar o disminuir los daños que, por razón de cualquier clase de accidentes, puedan sufrir las personas o los bienes”.[406]

Esta tarea preventiva, orientada a impedir la lesión del ordenamiento jurídico, la encontrábamos originariamente en la función administrativa del Estado, que la cumplía principalmente a través del llamado poder de policía.

Por su parte, la protección o tutela jurisdiccional se prestaba a las personas una vez que se había producido la lesión del derecho sustantivo con el objeto o con la finalidad de proceder a su restitución. Un ejemplo de lo que estamos diciendo, resulta ser la nota inserta por Vélez Sarsfield al Art. 1132 referido a los daños ocasionados por la ruina de una heredad, la misma dice textualmente:

> “La admisión de una acción preventiva en esta materia da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina están garantizados por la vigilancia de la policía, y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina”.[407]

Sostiene Baracat[408], dentro de ese viejo esquema de las diversas prestaciones jurisdiccionales que podía prestar el Estado se incluía:

> a) La garantía contra la violación del precepto jurídico, distinguiendo los dos momentos de la jurisdicción, esto es, el proceso de “conocimiento” y la “ejecución” de la sentencia de condena.
> b) La garantía “constitutiva” donde por imperio del orden jurídico el veredicto autoriza un determinado cambio de estado en determinada relación sustantiva que produce nuevos efectos jurídicos.
> c) La garantía “mere declarativa” donde la jurisdicción actúa no ante la lesión o quebrantamiento del orden jurídico, sino ante la mera incertidumbre existente con respecto a una relación jurídica sustantiva, sus modalidades o su interpretación, provocando la falta de certeza un perjuicio que el interesado tiene interés en hacer cesar.
> d) La garantía cautelar caracterizada como accesoria y de acompañamiento a fin de evitar que las otras garantías jurisdiccionales no se tornen ilusorias por el transcurso del tiempo.

Pero, luego de un largo camino, la diferenciación de actuación preventiva a través de la administración y reparadora por medio de la jurisdicción, en la actualidad se

encuentra superada, en consecuencia, nos encontramos con una actividad concomitante de la administración y jurisdicción para prevenir la causación del daño.

La doctrina es unánime en considerar que el principio-deber de prevención adquiere presencia en el Derecho argentino a partir del precedente jurisprudencial “Santa Coloma” del año 1986. En este y otros fallos la Corte ha reconocido que este principio tiene raíz constitucional (Art. 19, Const. Nac.) y que no se arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el Derecho Privado sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica, abarcando no solo la persona privada sino que se proyecta también frente al Estado. Por ello, recomendamos la lectura de los tres fallos de la Corte Suprema dictados en el año 1986, el ya citado de los autos "Santa Coloma c/Ferrocarriles Argentinos", *Fallos*: 308:1160; el caso "Gunther c/Estado Nacional", *Fallos*: 308:1118, consid. 14, y "Luján c/Nación Argentina", *Fallos:* 308:1109.

Si bien, podemos considerar que la recepción de la “jurisdicción preventiva” en Argentina culmina con la regulación de la “Responsabilidad Civil”, bajo el subtítulo “Función preventiva y punición excesiva”, en los arts. 1710 a 1715 del Código Civil y Comercial de la Nación; no podemos dejar de señalar que con anterioridad, doctrina y jurisprudencia reconocían la existencia de una acción preventiva extraída de diversas disposiciones específicas diseminadas en diferentes partes de la legislación civil y para determinados casos, se carecía de reglas “genéricas” regulatorias tendientes a prevenir el daño. Como, por ejemplo, el Art. 1071 bis al tutelar la esfera de intimidad de las personas, los Arts. 2499 y 2500 al receptar la llamada acción de daño temido, el resguardo contra las inmisiones (Art. 2618), la defensa de los derechos reales (arts. 2795 a 2799), etc.; la Ley de Defensa del Consumidor en el Art. 52 también concede tutela preventiva ante la amenaza de daño.

Además de esta regulación “in genere”, citada en el párrafo anterior, existen otras normas específicas y dispuestas en distintas partes del nuevo código que complementan la regulación; por ejemplo el art. 10, establece que el “juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo” de los derechos; el art. 53 determina “para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona”, que es necesario su consentimiento, excepto “que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficiente para evitar un daño innecesario”; el art. 59, a fin de prevenir el daño, su mantenimiento o agravamiento respecto al estado de salud de las personas, exige consentimiento informado para actos médicos e investigaciones de salud; el Art. 1102 establece: “Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.

Siguiendo el pensamiento de Meroi, es probable que cualquiera podría verse tentado a calificar de “procesal” la regulación de una mal denominada “acción preventiva”. A esta altura de los desarrollos de la ciencia procesal, de sus relaciones con el derecho sustantivo y de la inserción de ambos en una teoría general del derecho, llama la atención la persistencia en denominar “acción” a lo que pacíficamente es calificado como “pretensión”. Evidentemente, los *usus* ejercen un poder incontrastable y así se ha visto reflejado en todo este nuevo Código. Más allá de estas disquisiciones y del *nomen iuris* que elijamos, lo importante es recordar que una cosa es el derecho de acudir a la autoridad en busca de una respuesta jurisdiccional (acción procesal) y otra cosa es el contenido de esa respuesta, el bien de la vida al que se aspira a través de ese accionar (pretensión). Esa pretensión persigue el reconocimiento jurisdiccional de un afirmado derecho (en

la sentencia se verá si, efectivamente, ese derecho queda comprobado o no). De ahí que consideremos que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación consagra correctamente el deber de prevenir el daño, el correlativo derecho a no sufrir un potencial daño y el derecho a accionar fundado en ese afirmado derecho a prevenir el daño. En este sentido, corresponde hablar de "pretensión preventiva" y no de "acción preventiva". En definitiva, por caso, el Art. 1711 CCyC, en tanto regula los presupuestos de fundabilidad de la pretensión preventiva no invade ninguna competencia procesal.[409]

VI. Acción preventiva anterior al Código Civil y Comercial

Como veremos en el presente, doctrina y jurisprudencia argentina reconocían la existencia de una acción preventiva extraída de diversas disposiciones específicas diseminadas en diferentes partes de la legislación civil y para determinados casos, se carecía de reglas "genéricas" regulatorias tendientes a prevenir el daño.

Es menester señalar que, como lo sostiene Burgueño Ibarguren, la historia de la prevención del daño es muy corta. Sus primeros atisbos, como tal, en la Argentina, tienen menos de 35 años; pues nació de forma incomprendida con el mandato judicial preventivo. Luego, se estimó, a partir del año 1994 -con la constitucionalización de la acción de amparo- que se manifestaba también con ella; pues se la entendió como una herramienta de tutela inhibitoria que permite el ataque de hechos ilícitos que, a la postre, permite evitar que se produzcan o agraven daños. Sin dudas, de la misma finalidad participan las acciones de hábeas data y el hábeas corpus, aunque no se asimilaron fácilmente a la finalidad preventiva por su tradición, aunque hoy pueden integrarse

a un sistema normativo preventivo, desde una mirada que establece un nuevo paradigma. También, fue en la década de 1990 cuando los trabajos monográficos de los profesores argentinos dieron forma a la idea de una función preventiva de la responsabilidad civil, muy vinculada a la tutela inhibitoria. Fue también ahí cuando se observó que preexistían múltiples normas dispersas que contenían mecanismos de protección preventiva de daños para la propiedad intelectual, defensa del consumidor, actos discriminatorios, denuncia de daño temido, etc. Así, se sentaron las bases de una concepción amplia de la función preventiva de la responsabilidad civil, abandonando la idea clásica de que la única función admisible es actuar, luego de que se produce un daño, mediante una condena a reparar el perjuicio. A partir de esta base, se incluyó el deber de prevención y el mandato preventivo judicial en el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 (arts. 1585 y 1586).[410]

También veremos como muchas de esas figuras del código velezano se mantienen vigentes luego de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial.

Las normas que podemos citar son las siguientes:

* El art. 1071 bis al tutelar la esfera de intimidad de las personas.

El Art. 1071 bis C.Civ., fue incorporado por Ley N° 21.173, y dice:

> “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la

> publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.”

La intimidad puede entenderse como el ámbito comúnmente reservado de la vida, de las acciones, de los asuntos, de los sentimientos, creencias y afecciones de un individuo o de una familia; es lo más personal, interior o privado, lo que no se desea dar a conocer ni dejarse ver ni sentir.

* Los arts. 2499 y 2500 al receptar la llamada acción de daño temido.

Con la reforma de la Ley N° 17.711 de 1968, el art. 2499 del Código Civil, en el Libro III, “De los derechos reales”, Título III, “De las relaciones posesorias”, quedo redactado de la siguiente manera:

> “Habrá turbación de la posesión, cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufriere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva. *Quien tema que de un edificio o de otra cosa derive un daño a sus bienes, puede denunciar ese hecho al juez a fin de que se adopten las oportunas medidas cautelares.* (Párrafo incorporado por Ley N° 17.711 - la cursiva nos pertenece).”

De esta forma queda consagrada lo que la mayoría de la doctrina civilista la ha denominado “la denuncia de daño temido”, también llamada interdicto de obra vieja o ruinosa en la legislación española, y en la Ley N° 50 en nuestro país.

Por su parte, el Art. 2500, del CC., establece: “La acción posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que a su terminación se mande deshacer lo hecho.”

La acción de daño temido concreta una función preventiva de un daño concreto que amenaza producirse, otorgando facultades al juez para que adopte las medidas necesarias tendientes a la evitación del mismo. Se podría concluir que, la finalidad de la acción radica en denunciar al juez la existencia de un peligro proveniente de un edificio o de cualquier otra cosa a fin de que se arbitren aquellas medidas que sean necesarias para evitarlo.

* El art. 2618 el resguardo contra las inmisiones.

El Art. 2618, texto según Ley N° 17.711, establece:

> “Las molestias que ocasionen el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o daños similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque mediare autorización administrativa para aquéllas. Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias. En la aplicación de esta disposición el juez debe contemporizar las exigencias de la producción y el respeto debido al uso regular de la propiedad; asimismo tendrá en cuenta la prioridad en el uso. El juicio tramitará sumariamente.”

* La defensa de los derechos reales (arts. 2795 a 2799).

La defensa de los derechos reales lo encontramos en el código velezano en los arts. 2795 a 2799, titulado ese capítulo “De la acción confesoria”.

> “Art. 2795.- La acción confesoria es la derivada de actos que de cualquier modo impidan la plenitud de los derechos reales o las servidumbres activas, con el fin de que los derechos y las servidumbres se restablezcan.

Art. 2796.- Compete la acción confesoria a los poseedores de inmuebles con derecho de poseer, cuando fuesen impedidos de ejercer los derechos inherentes a la posesión, que se determinan en este Código: a los titulares verdaderos o putativos de servidumbres personales activas, cuando fuesen impedidos de ejercerlas; a los acreedores hipotecarios de inmuebles dominantes cuyos poseedores fuesen impedidos de ejercer derechos inherentes a su posesión.

Art. 2797.- La acción confesoria se da contra cualquiera que impida los derechos inherentes a la posesión de otro o sus servidumbres activas.

Art. 2798.- Le basta al actor probar su derecho de poseer el inmueble dominante, cuando el derecho impedido no fuese servidumbre; y su derecho de poseer el inmueble dominante y su servidumbre activa o su derecho de hipoteca, cuando fuese tal el derecho impedido.

Art. 2799.- Cuando el inmueble dominante o sirviente perteneciere a poseedores con derecho de poseer, la acción confesoria compete a cada uno de ellos y contra cada uno de ellos, en los casos designados en los artículos anteriores; y las sentencias que se pronuncien, perjudicarán o aprovecharán a todos respecto a su efecto principal, pero no respecto al efecto accesorio de la indemnización del daño.”

Sobre la definición de la acción confesoria, señala Musto, que con mayor precisión lo realiza Freitas, que es fuente de este artículo, a pesar de que no es citado en la nota (como ocurre frecuentemente con este autor), dice: “La acción confesoria, es la derivada de actos involuntarios

o ilícitos que de cualquier modo impidieren: la plenitud de los derechos reales que puedan ejercerse por la posesión, a efecto de que ésta se restablezca" (Art. 3992, *Esbozo).* Remite en el texto al Art. 3704 que enumera en el *Esbozo* los derechos sobre cosas propias (dominio y condominio) y el Art. 3705 en sus incs. 1 (enfiteusis), 2 (usufructo), 3 (uso y habitación), 6 (anticresis) y 7 (prenda).

Luego señala, que en general, el esquema de Freitas, como lo ha destacado Allende, ha sido tomado por Vélez Sarsfield, aunque Musto señala algunas variantes. La principal de ellas es el concepto de servidumbre personal activa que -en Freitas- es importante para determinar el ámbito de la acción confesoria.[411]

* La protección del nombre en la Ley del nombre, N° 18.248.

El art. 21 establece:

> "Si el nombre que pertenece a una persona fuese usado por otra para su propia designación, ésta podrá ser demandada para que cese en el uso indebido, sin perjuicio de la reparación de los daños, si los hubiese. Cuando fuere utilizado maliciosamente para la designación de cosas o personajes de fantasía y causare perjuicio moral o material, podrá demandarse el cese del uso y la indemnización de los daños. En ambos casos, el juez podrá imponer las sanciones que autoriza el artículo 666 bis del Código Civil".

* La prevención del daño por la discriminación -Ley N° 23.592- penalización de actos discriminatorios.

El art. 1.- Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías

fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados.

A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

* Ley de Defensa del Consumidor

El Art. 52 de la Ley N° 24.240, titulado “Acciones judiciales” establece:

> “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 art. 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". (Art. sustituido por Art. 24 de la Ley N° 26.361 - BO del 7/4/2008).

VII. La prevención mirada desde la Constitución

Es principio predominante el deber de no dañar los intereses ajenos (principio *alterum non laedere*), salvo causas de justificación (arts. 19 y 43, CN, 1994).[412]

Recordemos que el Art. 19 dispone que:

> "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Por su parte el Art. 43, dice:

> "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista 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. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a

> los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

Expresa Gómez que no podemos dejar de señalar que, según la postura que cobijamos, sostenida por importante doctrina (Bidart Campos, Cassagne, Palacio, Morello, Vallefín), la acción de amparo -después de la reforma constitucional- ha quedado configurada como una alternativa para restablecer los derechos y garantías constitucionales violados con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, que solo puede ser desplazada por otros remedios más rápidos y expeditos y no por el juicio ordinario, dado que este último no es idóneo para alcanzar la celeridad que precisa este proceso y hacer que la tutela judicial sea realmente efectiva.[413]

Como hemos señalado, la responsabilidad civil actual ha reformulado sus finalidades: ya no es solo resarcitoria, sino también preventiva. Actualmente, la doctrina vernácula

propone proveer de instrumentos inhibitorios para la defensa de los derechos fundamentales. Este tópico no escapa a la Constitución y, específicamente, al Derecho Procesal Constitucional, por lo que bien se puede hablar de una función constitucional preventiva (Art. 43, CN), como lo es el amparo preventivo (v.gr., en protección de la salud y vida, entre otros), el hábeas corpus preventivo (v.gr. "Verbitsky", para hacer cesar las superpoblación carcelaria y malas condiciones edilicias), el hábeas data "reservador" (p. ej., protección de la confidencialidad de los datos personales habida cuenta de que su difusión puede generar daños), el hábeas data “Internet”, requerir que los motores de búsqueda de Google adopten las medidas necesarias, tanto para suprimir la vinculación del damnificado con enlaces existentes de idénticas características que generan daños a la persona, como para evitar que en el futuro se establezcan nuevos vínculos de igual tipo. Este moderno proceso protector de la intimidad tiene por objeto proteger el derecho a la intimidad en Internet mediante el bloqueo de acceso a través de los motores de búsqueda de los contenidos dañosos producidos en la web. Pretende proteger de forma efectiva la intimidad de las personas respecto de datos, informaciones puras, informaciones contextualizadas, opiniones, fotos, fotomontajes y videos cuando éstos la lesionan. Establece un ámbito de protección del derecho a la intimidad mucho más amplio que el denominado derecho al olvido.[414]

Por otra parte, señala Leiva, que en el análisis del fenómeno de las relaciones entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional, no puede soslayarse que la Constitución informa todo el ordenamiento jurídico, inclusive el de Derecho Privado; Rivera sostiene que el principio de la igualdad constitucional, el denominado principio ontológico del Derecho según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe, el derecho de propiedad, el aseguramiento de la privacidad y la inviolabilidad de la

correspondencia, etcétera, constituyen principios que penetran en la estructura más íntima del Derecho Privado y exigen a este su adecuación a ellos. Del mismo modo actúan los principios generales que la Constitución define como las grandes columnas del plan político del Estado: sistema republicano de gobierno, forma de vida democrática, respeto de la personalidad del ser humano y contribución a su pleno desarrollo, que, a no dudarlo, son las fuentes de las cuales emanan los derechos y garantías concretos que la Constitución reconoce en su articulado. Por ello, se postula desde la doctrina a realizar una relectura del Derecho Privado a la luz de la constitución, teniendo en consideración la inserción del Derecho Privado en ese plan político que la Constitución define y del cual resultan los derechos y garantías que la Constitución reconoce de manera explícita o aún implícita.[415]

VIII. La función preventiva y las normas procesales

Es fácil de observar en la práctica tribunalicia que la función preventiva, así como la prevención de los daños mantienen estrechas vinculaciones con el derecho procesal, y esto no hace más que reconocer su carácter instrumental de los derechos sustanciales.

La función preventiva directa de los daños sostiene Leiva, involucra una actividad concreta desplegada hacia la cesación del hecho que amenaza el daño o su agravamiento; precisamente, esa actividad deberá ser desplegada las más de las veces desde un proceso judicial, sin perjuicio de la posibilidad que desde la administración pública procediera algún mecanismo de corte preventivo. Existiendo ese peligro de concreción o agravamiento del daño, el factor tiempo será determinante en el resultado a obtener, de allí que el proceso judicial sea la vía idónea

para dar cumplimiento a la prevención de daños, siempre que ofrezca un procedimiento rápido para efectivizar esta noble función.[416]

Es menester destacar que no deben confundirse los dos ámbitos comprendidos en la prevención del daño: 1) el específico de la responsabilidad civil preventiva, de derecho sustancial (o de derecho privado constitucional y convencional; arts. 1º, 2º, 3º, 1710, 1770 y concs. Cód. Civ. y Com.); 2) que debe distinguirse de los aspectos de naturaleza procesal (los institutos que permiten la concreción de aquella finalidad del derecho de fondo), sin perjuicio de que ambos -el derecho sustancial y el procesal- están muy estrechamente vinculados, casi de modo inescindible.[417]

Sin lugar a dudas, la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación resulta un gran avance en el Derecho Privado Argentino; unificando el Derecho Civil con el Derecho Comercial, que ya no tenía mucha razón de ser que se legislara por separado, especialmente en materia de obligaciones, y teniendo en cuenta que el Código de Comercio había sido reemplazado por leyes especiales (Ley de Sociedades, de Quiebras y Concursos, etc.), trayendo como consecuencia una gran dispersión en dicha materia.

Este nuevo cuerpo normativo, entre las tantas novedades que presenta, es la de incluir muchas disposiciones procesales, que, según un gran referente del Derecho Procesal, como es el maestro Ronald Arazi, “la gran mayoría acertadas”[418].

Sin perjuicio de ello, Arazi, en el mismo trabajo citado plantea que algunos temas pueden dar origen a confusión como por ejemplo, la carga dinámica de la prueba, consagrada en los arts. 710 para los procesos de familia[419], y 1735 para los procesos de daños[420]; ambos establecen que la carga de la prueba recae en quien está en mejores condiciones de probar pero mientras que en el primero se la consagra como un principio general, en el segundo constituye una facultad del juez, quien puede distribuir la

carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla; el que surge del art. 711 que en los procesos de familia dispone: Los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos. Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados; la transacción contemplada en el título correspondiente a los contratos en particular; a su vez del CPCCN la enuncia como uno de los modos anormales de terminación del proceso (Art. 307), mientras que en el Código Civil derogado se encontraba dentro de la extinción de las obligaciones, y el art. 1642 del Cód. Civ. y Com., dice que la transacción produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial; también hace referencia al Arbitraje regulado en los arts. 1649 a 1665 como contrato arbitral, siendo que el proceso arbitral tradicionalmente estuvo contemplado en los códigos procesales y a la regulación de la prescripción.

No podemos dejar de señalar, en relación a las normas procesales que se encuentran contenidas en leyes de derecho de fondo, desde hace tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los Superiores Tribunales de las provincias, han sostenido que el Congreso Nacional se encuentra facultado para dictar normas procesales cuando ellas resultan necesarias para asegurar los derechos sustanciales; además entre otras cuestiones los tribunales se pronunciaron por la constitucionalidad de las normas que prohibían la prueba de confesión en los juicios de divorcio y de la que consideraba un indicio en contra del renuente la negativa a someterse a los análisis necesarios para el examen genético en los juicios de filiación.

También, advierte Arazi, que en la nueva legislación existe una terminología que denota un mayor respeto por la persona humana, toda vez que ya no se habla de “tenencia” de hijo y de régimen de “visitas”, sino de responsabilidad

parental, derechos y deberes de los progenitores, cuidado de los hijos y comunicación, etc. Se ha desterrado el término “concubinato” que había adquirido un significado peyorativo para reemplazarlo por “unión convivencial”. Ese cambio de nomenclatura no es solo una cuestión semántica, sino que importa una concepción distinta de las personas.

En la doctrina procesalista, no existe discusión y hay un cierto acuerdo o concordancia de la mayoría de los autores en esta rama, sobre la necesidad de un proceso urgente que, a diferencia de las medidas cautelares tradicionales, no sea instrumental o accesoria de otro proceso.

En ese orden de ideas, podemos citar a Mabel de los Santos, quien sostiene:

> “mucho se ha escrito también sobre la medida autosatisfactiva por cuanto no genera un proceso autónomo, la que se caracteriza por no tener por finalidad garantizar la eficacia de la sentencia, como las providencias cautelares, sino que apunta a la satisfacción inmediata total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable” [y que] “la circunstancia por la cual se acude a las medidas cautelares para obtener el dictado de este tipo de medidas diferenciadas ante la ausencia de previsión legal y encuadre procesal de estas últimas, radica en que las mismas participan de algunos caracteres propios de las medidas cautelares, especialmente de su carácter urgente, lo que la hace la vía procesal más afín. La nota característica de estos procesos consiste en la prevalencia en el trámite del principio de celeridad, que obliga a reducir la cognición y a postergar la bilateralidad con la finalidad de acordar una tutela eficaz y rápida”.[421]

La temática que se aborda, sostiene Leiva, se vincula indudablemente con una concepción del proceso que pone el acento en el valor eficacia y en el carácter instrumental de la normativa procesal en cuanto se entiende que su finalidad radica en la efectividad de los derechos de las personas.[422]

Para una mayor claridad de nuestros lectores pensamos en realizar un cuadro comparativo entre las medidas cautelares y las sustanciales.

CAUTELARES	SUSTANCIALES
* Se debe probar el peligro en la demora. * Recae sobre el bien a asegurar. * Pueden tramitar en procesos rápidos (amparo, hábeas data, medidas autosatisfactivas, etc.), * o en procesos comunes (juicios ordinarios o sumarios), * decretarse de oficio (v.gr. mandato preventivo) o a pedido de partes (v.gr. anticipo de jurisdicción), * de modo provisorio o definitivo (v.gr. tutela civil inhibitoria de expresión),	Se debe probar el daño o la amenaza de daño. Recae sobre la prestación sustancial objeto del proceso. Todas tienen, en definitiva, una finalidad común: la prevención del daño. (ARTS. 51, 1710 A 1713 Y CONCS., CÓD. CIV. Y COM.).

* en cualquier etapa del proceso (v.gr. anticipo de jurisdicción), * o en la sentencia definitiva; * de modo principal y exclusivo (v.gr. medida autosatisfactiva) * o accesorio (en proceso resarcitorio de daños).	

Es menester destacar que el Art. 3º, apartado II del Cod. Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza en su inc. 2) se ocupa de regular el trámite procesal que corresponde dar a una acción de tutela preventiva y a nuestro entender es el único que hasta ahora lo regula y por ello lo analizaremos por separado a continuación.

8.1. Acción de tutela preventiva en el Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza[423]

El mencionado artículo que analizaremos en detalle a continuación, expresamente dispone:

> “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 meritará 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.”

Sin lugar a dudas el inciso II de este artículo, se encuentra en perfecta consonancia con lo establecido en la Sección 2 del capítulo de Responsabilidad del CC.yC., en donde se determina un sistema de responsabilidad con finalidad preventiva del daño, en especial lo establecido en el Art. 1711 de dicho cuerpo normativo.

Sostiene Milanese, nos encontramos en condiciones de señalar que la pretensión de tutela preventiva busca una sentencia declarativa y dentro de estas, una declarativa de condena que podrá consistir en dar, hacer o no hacer. Así, desde la óptica de la pretensión, la mal llamada acción de tutela preventiva, busca el reconocimiento de un derecho (prevención de daño), el cual podrá ser declarado luego de que acontezca la serie procedimental (afirmación – negación – confirmación – alegación), que contiene una necesaria bilateralidad en la instancia, y que terminará con el dictado de una sentencia que hará efecto cosa juzgada material, trayendo consigo las características de inmutabilidad en la decisión y de ejecutoriedad de la misma.[424]

Analizaremos los “Presupuestos de la pretensión preventiva” de la norma en comentario siguiendo el pensamiento de la colega Claudia Milanese[425], serían los siguientes:

1. Antijuridicidad:

Debe existir una acción u omisión contraria a la norma. Por lo tanto, será importante diferenciar según se trate de una pretensión de prevención en la producción del daño futuro, en cuyo caso la conducta no encuadra en la

presunción de antijuridicidad en la conducta dañosa prevista en el Art. 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación, o de una pretensión preventiva respecto de la continuación o agravamiento del daño, que si es alcanzada por la presunción salvo justificación.

En el supuesto de la prevención en la producción del daño, esa acción u omisión debe tener tal virtualidad que permita deducir que, con el devenir normal en el desarrollo de los hechos, pueda razonablemente producirse el daño temido.

La diferenciación señalada anteriormente tendrá importancia a la hora de determinar los extremos a probar.

Asimismo, deberá tratarse de una conducta contraria al ordenamiento jurídico con potencialidad para generar el daño temido, la realización de una conducta lícita con potencialidad dañosa no habilita de por si la vía.

2. Nexo de causalidad adecuado

Que esa acción u omisión proveniente de la actividad o inactividad del demandado “previsiblemente” pueda producir un daño o continuarlo o gravarlo, durante el desarrollo normal de los acontecimientos.

3. Interés razonable en el peticionante

4. Daño

Este puede ser futuro, respecto del cual existe razonable probabilidad de que acontezca si no se modifica el normal desarrollo de los hechos, o bien puede ser un daño actual.

5. Posibilidad concreta de adoptar una conducta positiva o de abstención para evitar el daño o sus efectos

En lo que respecta a la legitimación, la norma comentada solo exige un *"interés razonable"* en la prevención del daño. El inciso 1 del Art. 3 refleja lo establecido por el código de fondo al respecto en el Art. 1712 CCyC, que debe ser interpretado en forma conjunta al sistema de responsabilidad previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Consecuentemente, habrá interés razonable cuando previsiblemente pueda dañarse un derecho o interés no reprobado por el ordenamiento jurídico (o que el daño continúe o se agrave), que tenga por objeto una persona, un patrimonio o un derecho de incidencia colectiva, conforme lo dispuesto por el art. 1737 CCyC.

Es decir, que en concordancia con lo dispuesto en la ley de fondo (CCyC) la nómina de legitimados es amplia, resultando legitimado para interponerla tanto una persona individual, el Defensor del pueblo o las Asociaciones constituidas conforme a lo establecido en el ordenamiento, siempre que se encuentren amenazadas por las consecuencias dañosas de la conducta del sujeto pasivo.

Otro tema a tener en cuenta es lo relacionado a la prueba. En ese sentido, deberá acreditarse la existencia del interés razonable en la interposición de la pretensión y posteriormente deberá atenderse si se pretende evitar la producción de un daño (futuro) o morigerar el ya producido. Esto último tiene gran importancia atento a que, como explicó al momento de tratar el presupuesto de antijuridicidad, la existencia de un daño importa la aplicación de la presunción del Art. 1717 del CCyC, respecto de la antijuridicidad en la conducta y bastará con probar la existencia del daño. La tarea del resistente

(demandado) será la de probar que su conducta dañosa se encuentra justificada, o que no es el legitimado pasivo.

En el caso del daño futuro, quien pretende la protección del ordenamiento jurídico deberá probar la antijuridicidad en la acción y omisión del demandado, es decir, probar que dicha conducta podrá ocasionar un daño. El daño, obviamente, no podrá probarse ya que no se ha producido, se prueba la previsibilidad de que acontezca como consecuencia del normal devenir del desarrollo de los hechos.

Consideramos lo novedoso de esta ley ritual está en lo que dispone respecto a la "Tramitación", toda vez que establece que tramitara por un proceso especial de conocimiento (Art. 3 apartado II CPCCyT), dando la opción al interesado de encausar su pretensión por el proceso de conocimiento común (Art. 155 CPCCyT). Con esta introducción, queda de relieve la falta de técnica legislativa en la incorporación de esta pretensión en el capítulo de competencia, debiendo estar en los procesos de conocimiento especiales.

Siguiendo con el análisis, la demanda deberá ser interpuesta ante el Juez del lugar del domicilio donde el daño pueda producirse (Art. 3 ap. II inc. 1), o bien donde este se haya producido. Atento a que el objeto de esta pretensión consiste en evitar o disminuir un daño, y, por lo tanto, tiene un principio protectorio para el legitimado activo, nada obsta a que se aplique el principio general del Art. 6 CPCCyT, lo que habilitaría al legitimado activo a elegir entre el juez del lugar en donde el daño pueda producirse y el juez del domicilio del demandado.

El escrito de demandada debe contener todos los requisitos del Art. 156 CPCCyT y, por lo tanto, deberá encontrarse incorporada toda la prueba sobre la previsibilidad del daño. Al momento de interponer la demanda deberá elegirse si encausará por el proceso de conocimiento especial previsto por el Art. 3 ap. II inc. 2 del

CPCCyT o bien por el proceso de conocimiento típico (conf. Art. 3 ap. II inc. 5).

En caso de optarse por la tramitación de conocimiento especial, una vez presentada la demandada, el juez se pronunciará sobre la admisión formal de la misma. El auto que rechaza la admisión será apelable en forma abreviada con efecto suspensivo (Art. 133 y 142 CPCCyT).

En caso de ser admitida, habrá que atender si el legitimado pasivo es conocido o no. En el primer supuesto se le dará traslado por 3 días, vencido el plazo deberá emitirse pronunciamiento sobre la prueba y fijarse audiencia dentro de los tres días. Es importante, al interponer la acción procesal, tener en cuenta que el proceso especial previsto tiene por máxima la regla de la celeridad, y, por lo tanto, la prueba que haga valer el derecho, deberá poderse producir en los plazos establecidos a fin de tener una resolución favorable a la pretensión, caso contrario, será mejor optar el proceso de conocimiento típico, o de ser posible, por la vía de la acción de amparo.

En el supuesto de demandado desconocido, el juez deberá exigir al interesado una contracautela suficiente. En razón de la celeridad que se le impone al proceso de pretensión preventiva a fin de evitar el daño, es conveniente que el legitimado ofrezca la contracautela al momento de interponer la demanda, así, si el juez la considera suficiente, procederá a expedirse sobre la admisión de la prueba. El código no regula un plazo dentro de la cual esta debe encontrarse satisfecha, esto es lógico atento a que es interés de la parte la prevención en el daño de su derecho, pudiendo el juez fijarlo de oficio. El proceso no avanzará intertanto este requisito se encuentre cumplido, máximo cuando la norma no regula la intervención de la Defensoría de Pobres y Ausentes en defensa de sus derechos, a quien debería darse intervención de oficio. Una vez admitida la contracautela,

se pronunciará sobre la admisión de la prueba, la cual deberá encontrarse rendida en un plazo máximo de 3 días.

La sentencia que resuelve el fondo del litigio se dictará en el plazo de 3 días desde el llamamiento de autos para sentencia, y será apelable en forma abreviada por quien ostente interés legítimo, la apelación no tendrá efecto suspensivo. El Art. 3 ap. II inc.2.d. exige, para el supuesto de demandado desconocido, que esta sea publicada por los medios previstos por el CPCCyT, entiéndase: boletín oficial de la provincia, página web del Poder Judicial y del Colegio de Abogados, diarios, televisión, o cualquier otro medio idóneo, por una sola vez. (Art. 72 inc. IV), y se presumirá conocida a los 5 días de dicha publicación -tiene por finalidad notificar la sentencia-. Si cumplidos los 5 días apareciera un interesado legítimo afectado por la sentencia, dispondrá del plazo perentorio de 3 días más para presentar su apelación, pero si toma conocimiento antes de estos 5 días; por ejemplo: al hacerse efectiva la medida ordenada en la sentencia -paralización de la obra-, el plazo para apelar le comenzará a correr desde ese día (Art. 73 CPCCyT *in fine*).

Al respecto de la sentencia, la norma de fondo establece los criterios que debe seguir el juez al momento de conceder la medida: "*debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad*", sin embargo en esta ponderación el juez encuentra como límite la regla de la congruencia prevista en el Art. 46 inc.9 para el ejercicio de las facultades del "*iuria novit curia*", por lo tanto, la facultad prevista en el Art.1713 del CCCN, respecto al otorgamiento de una medida distinta a la solicitada por la parte no podrá ser utilizada en la justicia provincial de Mendoza. Recuérdese que la función jurisdicción es una facultad no delegada por las provincias, así el Art. 75 inc. 12 establece que corresponderá al Congreso de la Nación *dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del*

Trabajo y Seguridad social… sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales.

Además, el Código Civil y Comercial expresa, que la sentencia que se emita puede tener carácter definitivo o provisorio, resulta entonces importante recordar que uno de los requisitos de la sentencia es poner fin al litigio. Así, si la sentencia dictada es de carácter provisorio, una vez agotado o cumplido lo allí ordenado sin que se cumpla efectivamente la prevención del daño, será necesario efectuar una nueva petición al juez, respecto de la cual deberá producirse la necesaria bilateralización antes de dictar una nueva sentencia provisoria o definitiva.

La posibilidad de dictar en el mismo proceso *Medida cautelar*. Así, el inciso e) del Art. 3 ap. II punto 2 regula la posibilidad de que, en forma conjunta a la pretensión condenatoria de tutela preventiva, se inste una pretensión cautelar "*en situaciones de suma urgencia y de gravedad manifiesta"* respecto de la cual el Juez "*inmediatamente*" podrá ordenar las medidas necesarias para evitar el daño.

La primera parte del inciso "e" nos muestra que estamos en presencia de un típico procedimiento de cautela, ya que lo que se pretende con la misma es un inmediato proveído favorable del juez, sin que sea necesaria la bilateralidad de la instancia. Es decir, aquí no opera la serie procedimental antes descripta (afirmación, negación, confirmación, alegación), sino un procedimiento inaudita parte que busca preservar "*la eventual ejecución de un derecho incierto*" que será resuelto, en este caso, mediante el proceso de tutela preventiva.

Entonces, siguiendo lo ya expuesto, al peticionarse la medida de no innovar o bien la medida innovativa, en el escrito de demanda, deberá acreditarse el cumplimiento de los extremos previstos por el Art. 112 CPCCyT respecto de la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora -la suma urgencia y gravedad manifiesta- y la contracautela (Art. 3 ap. II inc. 3 CPCCyT). La pretensión que comprenda la medida cautelar puede coincidir con la pretensión de

tutela preventiva, esto en razón de la aplicación analógica del Art. 125 CPCCyT.

Interpuesta la petición el Juez "*inmediatamente*" resolverá sobre la procedencia de la medida cautelar. Deberá acompañarse toda la prueba que haga a la acreditación de la verosimilitud en el derecho, peligro en la demora y ofrecerse la contracautela. Si bien el inciso no establece el plazo para expedirse -aceptando o rechazando- este deberá hacerlo en el plazo de un (1) día desde formulada la petición (Art. 112 inc. x CPCCyT). No se encuentra prevista la apelación para el supuesto de rechazo, si bien debió estarlo en forma expresa en razón de la importancia del bien protegido, pero corresponde la aplicación de lo normado por el Art. 112 inc. VII, ello en virtud de que la protección buscada por el legislador, podría verse frustrada por la demora en la tramitación de la cuestión de fondo discutida en el proceso de tutela preventiva, más allá de la celeridad en la tramitación que caracteriza a este proceso de conocimiento especial.

La revocación de la medida podrá ser solicitada por quien sea titular de un interés legítimo, interés que deberá quedar acreditado en su presentación. Posteriormente, el juez deberá fijar una audiencia convocando a los interesados. Nuevamente el inciso no señala el plazo de fijación de esta audiencia, por lo que deberá interpretarse el término "inmediatamente" refiere al plazo de 1 día previsto en el Art. 112 inc. X.

Realizada la audiencia, deberá resolverse respecto del pedido de revocación en el plazo de 3 días mediante auto, que será apelable sin efecto suspensivo por aplicación del Art. 112 inc. VII. El fundamento de la apelación del resolutivo mediante aplicación analógica del Art. 112 radica en que: la medida cautelar prevista en este inciso se aplica sobre un daño que "*previsiblemente*" se producirá, continuará o se agravará, pero respecto del cual no hay certeza de que acontezca, por lo tanto, sería francamente violatorio a los derechos previstos en el Art. 21 y/o Art. 19

de la Constitución Nacional y al derecho de defensa (Art. 18 CN). En caso de denegatoria del recurso de apelación debería considerarse la utilización del recurso de reposición *in extremis.*

Como, ya se dijo que la medida cautelar prevista en el inciso e) debe interponerse en forma conjunta a la pretensión de tutela preventiva, razón por la cual, el juez de oficio deberá correr traslado de la demanda de tutela preventiva o pronunciarse sobre la admisión de prueba, según el legitimado pasivo sea o no conocido. Para el supuesto de que, una vez resuelta la cautelar, el proceso no sea impulsado ni de oficio, ni a petición de parte, transcurridos 6 meses el legitimado pasivo podrá interponer la caducidad de instancia (Art. 78 CPCCyT).

Como reflexión de este apartado, consideramos acertado recordar, lo que hace tiempo atrás Piero Calamandrei decía:

> “Es preciso no establecer confusión entre tutela preventiva y tutela cautelar: conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie. En ciertos casos también nuestro sistema procesal admite que el interés suficiente para invocar la tutela jurisdiccional puede surgir antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado, por el solo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible; en estos casos, la tutela jurisdiccional en lugar de funcionar con la finalidad de eliminar a posteriori el daño producido por la lesión de un derecho, funciona a priori con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. Se habla en estos casos, en contraposición a la tutela sucesiva o represiva, de tutela jurisdiccional preventiva, en la cual el interés

en obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico”.[426]

IX. Reflexiones finales

De lo expuesto en el presente trabajo, se puede observar que la tutela preventiva ha recorrido un largo camino hasta plasmarse en una norma como sucedió con la sanción del Código Civil y Comercial.

Sin lugar a dudas, tiene una estrecha relación, como hemos podido observar en la Constitución Nacional.

Sería conveniente para los prestadores del servicio de justicia, que incluye a los abogados que ejercen la profesión liberal como a los que ejercen y cumplen funciones en los poderes del Estado, que se imite la política legislativa de la Provincia de Mendoza, regulando esta institución en los códigos de procedimientos civiles de cada Provincia.

Nos comprometemos en un próximo trabajo a realizar un análisis de la función preventiva prevista en el Código Civil y Comercial.

Como siempre, agradecemos que hayan dedicado parte de su tiempo a leer el presente trabajo, deseando desde lo más íntimo de nuestro ser que Dios los bendiga, los guarde y proteja.

EL ADQUIRENTE COMO CONSUMIDOR EN EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO DE CONSTRUCCIÓN

Marcelo Sánchez Rodríguez

I. Introducción

Los conflictos generados en la práctica de fideicomisos inmobiliarios de construcción demuestran el desequilibro entre las partes y la falta de precisión normativa para la prevención y resolución de conflictos.

Por un lado, encontramos un desarrollador como profesional inmobiliario que se encarga directa o indirectamente de la construcción de un emprendimiento inmobiliario y, por otro lado, se presentan personas que no necesariamente son profesionales del rubro inmobiliario, quienes contratan con la finalidad de obtener un inmueble al finalizar el proyecto a cambio de abonar el monto equivalente a la construcción de la unidad a adquirir, según la financiación acordada.

De este modo, la parte más fuerte del contrato generalmente impone cláusulas de contratación a su favor, no solo por el conocimiento en la materia, sino por la falta de control gubernamental que existe al respecto.

Este ámbito, combinado con la falta de legislación específica del contrato de fideicomiso inmobiliario de construcción, es el marco ideal para el ejercicio abusivo de

la posición contractual en perjuicio de los adquirentes de unidades funcionales del proyecto inmobiliario.

En este orden, una de las cuestiones que debemos tener en consideración, al momento de analizar la situación del adquirente, es la posibilidad de que los vínculos jurídicos entre los intervinientes del proyecto inmobiliario de construcción sujeto a un fideicomiso configuren una relación de consumo.

En este caso, es necesario prestar particular atención y cuidado a la figura del consumidor, sus derechos, y la responsabilidad que corresponda al fiduciario.

De tal manera, no es una cuestión menor el encuadre normativo de los daños que puedan ocasionarse al consumidor, pues nos encontramos ante

> “un sistema propio, autónomo, y las restantes normas (aún las generales de la responsabilidad civil) deben interpretarse y aplicarse a la luz de las reglas y principios propios de las relaciones de consumo (art. 3",

Ley N° 24.240; y art. 1094 CCyC)”[427].

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la situación del adquirente en el marco del fideicomiso inmobiliario de construcción a la luz del sistema de protección de consumidores[428]. Para ello, realizaremos un encuadre de la relación de consumo en esta especie de negocio con las posibles intervenciones del adquirente como consumidor. Luego, haremos un repaso por las prácticas abusivas que presenta la práctica jurídica de esta especie de emprendimientos inmobiliarios y evaluaremos la procedencia del daño punitivo. Por último, realizaremos algunas reflexiones al respecto.

II. Normativa aplicable

Previo a verificar el posible encuadre del vínculo jurídico en el marco del fideicomiso inmobiliario de construcción como relación de consumo, indicaremos el plexo de normas que corresponden al llamado “sistema de protección de consumidores”, que deben armonizarse con los arts. 1.666 y concordantes, del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante CCC, relativos al contrato de fideicomiso.

Actualmente, son aplicables a las relaciones de consumo: la Constitución de la Nación Argentina (art. 42), los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN), el CCC (arts. 1092 y concordantes referidos a los contratos de consumo), la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor, en adelante LDC, la Ley N° 26.993 de Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo.

Sumado a este conjunto de normas, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se aplica la Ley N° 6.407 que crea el Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo.

Al contar con varias disposiciones legales aplicables al derecho del consumidor, es necesario acudir al “diálogo de fuentes” que “propone una coordinación flexible y útil de normas en conflicto del sistema, con el objeto de restablecer su coherencia”[429].

Sin dudas, un hito en el derecho del consumidor argentino fue la incorporación del art. 42, CN, que otorgó raigambre constitucional a la protección de los consumidores mediante el derecho a la información, a la libertad de elección y al trato digno al consumidor, entre otros.

Para realizar una correcta interpretación de estas disposiciones legales vigentes, debemos tener en cuenta la prelación normativa dispuesta por el art. 963, CCC, en relación a la interpretación de los contratos, que establece:

> “cuando concurren disposiciones de este Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el

> siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código".

Por ello, deberá aplicarse, en primer lugar, las normas indisponibles que surjan de la LDC y del CCC; luego de ello, deberá interpretarse el contrato con las cláusulas suscriptas por las partes y, posteriormente, deberán aplicarse las normas supletorias de la LCD y el CCC.

Específicamente, respecto a interpretación de normas en una relación de consumo, el art. 1094, primer párrafo, CCC, establece 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". Esta norma, introduce el principio protectorio como pauta de interpretación que se justifica en la situación de desventaja y vulnerabilidad estructural entre consumidores y proveedores producto de la asimetría en la información y falta de poder de negociación, entre otros factores[430].

Del principio protectorio deriva un principio fundamental en el derecho del consumidor: *in dubio pro consumidor*. Este principio significa que, cuando una norma, general o particular, puede llevar a dos o más posibles interpretaciones, el intérprete debe privilegiar aquella que fuese más favorable al consumidor en el caso concreto[431].

La Ley N° 26.993 contiene normas que regulan un sistema de conciliación previa para las relaciones de consumo (COPREC) el cual se encuentra en vigencia y para el cual no es necesario asistir con patrocinio letrado. También contiene un conjunto de normas procesales que crean la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo, siendo considerado un intento fallido que nunca se implementó[432].

Si hablamos de justicia en las relaciones de consumo no podemos dejar de hacer referencia a la reciente sanción de Ley N° 6.407[433] que crea el Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que podemos considerarla como el comienzo para concluir con la deuda respecto a la efectivización del fuero del consumo.

Esta norma, en su art. 5, inc. 2, establece que será competente la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "en las causas que involucren relaciones de consumo y refieran a fideicomisos inmobiliarios inscriptos en el Registro Público de Contratos de Fideicomiso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

De esta previsión legal surge la necesidad de realizar una serie de reflexiones a los fines de determinar los supuestos en los cuales puede configurarse una relación de consumo en el marco de un fideicomiso inmobiliario, pues, de la complejidad del negocio mismo pueden surgir dudas al respecto.

Sumado a ello, en el art. 35 dispone que

> "se encuentran legitimados para iniciar las acciones individuales o colectivas o interponer los recursos previstos en este Código (…) El adquirente o fiduciante-beneficiario que adquiera, en términos del artículo 1666 del Código Civil y Comercial de la Nación, mediante un contrato de fideicomiso inmobiliario inscripto en el Registro Público de Contratos de Fideicomiso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bienes inmuebles como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

Debemos destacar la implementación de la figura del "adquirente" en el marco de fideicomisos inmobiliarios de construcción, pues, como veremos más detalladamente,

muchas veces, el adquirente no coincide necesariamente con la figura del fiduciante.

Respecto de la exigencia por parte del código de inscripción de fideicomisos en el Registro Público de Contratos de Fideicomiso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, consideramos que se suma a un debate que aún no se encuentra resuelto por la doctrina ni por la legislación. Recordemos que, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, actualmente coexisten dos registros de fideicomisos con competencias superpuestas[434], lo cual podría llegar a crear situaciones de conflicto en la aplicación del mismo código procesal.

Estas disposiciones legales, sustanciales y procesales, conforman el "sistema de protección del consumidor", que puede ser aplicable a las relaciones del consumo en el marco de fideicomisos inmobiliarios de construcción con determinadas aristas sobresalientes como: *in dubio pro consumidor* (art. 3, LDC, arts. 1094, 1095, CCC, art. 1, 2 y concordantes, Ley N° 6.407), gratuidad a favor del consumidor (art. 3 *in fine*, LDC, art. 3, 55, Ley N° 26.993, art. 66 y concordantes, Ley N° 6.407), proceso de conocimiento más breve (art. 53, LDC), posibilidad de aplicar daño punitivo (art. 52 *bis*, LDC), carga dinámica de la prueba.

III. Encuadre de la relación de consumo

Como pudimos observar en el punto anterior, la regulación del derecho del consumidor, y su rol tuitivo, nos llevan a la necesidad de evaluar el encuadre del fideicomiso inmobiliario de construcción en una relación de consumo.

Por ello, debemos tener en consideración que, el art. 1092, CCC, define a la relación de consumo como "el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario".

Si bien el CCC regula la relación de consumo dentro de los contratos de consumo, es necesario precisar que el derecho del consumidor no solo abarca la protección del consumidor como parte de un contrato, sino que también regula situaciones que se encuentran fuera del marco contractual. Por ello, la adopción de un criterio amplio, es el que mejor adecúa la hermenéutica de esta norma que tiene como fundamento principal el art. 42 de la CN[435].

En este orden, para realizar el encuadre pretendido en este trabajo debemos necesariamente determinar los conceptos de consumidor y proveedor que pasaremos a desarrollar en los próximos parágrafos.

IV. Las posibles intervenciones del consumidor

En este punto vamos a detenernos en el concepto de consumidor que resulta fundamental a efectos de encuadrar el vínculo jurídico en estudio.

Para realizar un análisis adecuado, es necesario precisar que el CCC en el analizado art. 1092 dispone que “se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

En el marco de un contrato de fideicomiso inmobiliario de construcción, básicamente, el fideicomisario o un tercero adquiere, generalmente en forma onerosa, bienes, específicamente cosas inmuebles a construirse, en proceso de construcción o ya construida. Dicha adquisición puede ser realizada por una persona humana o jurídica, sin distinciones.

El destino en la adquisición del inmueble será determinante, pues, algunos ingresarán al negocio como inversionistas para obtener una renta, los cuales no encuadran en la relación de consumo, y otros ingresarán

con intenciones de adquirir el inmueble como destinatarios finales.

En este orden de ideas, adquirir un bien como destinatario final significa que ese bien “es retirado del mercado, no volviéndolo a reinsertar en él mediante su incorporación al nuevo proceso de elaboración de bienes o prestación de servicio (sic)”[436]. Por ello, el adquirente del inmueble debe intervenir como último receptor de la cadena de producción[437]. De esta manera, se excluirá la adquisición de bienes inmuebles con ánimo de realizar su posterior enajenación a terceros.

Asimismo, la disposición legal transcripta requiere que se adquiera el bien con destino final para beneficio propio o de su grupo familiar o social. Por ello, quedarán excluidos los adquirentes de un fideicomiso inmobiliario de construcción cuando la obra sea un edificio con destino a funcionar como hotel. Sin embargo, “lo importante será el destino que el consumidor le dé al inmueble, independientemente de que en el complejo edilicio la mayoría de las unidades sean destinadas a fines distintos”[438]. En este sentido, quedarán encuadrados en el concepto de consumidor los que adquieran unidades para vivienda personal, o de algún familiar o conviviente, o bien usada como depósito personal, siempre con destino final.

Generalmente, un esquema muy utilizado en la práctica donde se adhieren consumidores, es el fideicomiso “al costo”. En este supuesto podrán ser considerados consumidores quienes adquieran unidades como destinatarios finales.

La segunda parte del art. 1092, CCC, regula el concepto de consumidor equiparado disponiendo que

> “queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa,

como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

De esta forma, pueden quedar protegidos por el derecho del consumo el familiar del adquirente o un tercero que, sin haber sido parte del fideicomiso inmobiliario de construcción, habite en la unidad funcional adquirida por el fiduciante/fideicomisario o tercero adquirente a través de un contrato de comodato, cesión, u otro negocio jurídico lícito.

En este entendimiento, el adquirente - consumidor en un fideicomiso inmobiliario de construcción puede asumir diversas posiciones en distintos escenarios. Al respecto, podemos destacar la intervención del adquirente consumidor como:

Fiduciante - Fideicomisario:

La manera clásica en la cual puede ingresar un adquirente consumidor al fideicomiso inmobiliario de construcción es a través de la figura del fideicomisario como destinatario final de los bienes fideicomitidos (art. 1672, CCC).

El rol del fideicomisario puede confundirse inicialmente con el rol del fiduciante (fiduciante – fideicomisario), adquiriendo la calidad de parte en sentido estricto, o ser un tercero en cuyo favor se acuerda una estipulación (art. 1027, CCC).

En este orden, el adquirente ingresará comom fiduciante originario o adherente al negocio suscribiendo el contrato madre de fideicomiso inmobiliario de construcción o contratos de adhesión al mismo.

Tenedores de certificados de participación en fideicomisos financieros inmobiliarios:

Otra forma de intervención de consumidores en emprendimientos inmobiliarios es a traves de fideicomisos financieros con oferta pública de valores negociables.

Esta particular especie de fideicomiso es regulada mediante la Resolución General 623/2013 de la Comisión Nacional de Valores, en adelante CNV, que establece la posibilidad de que, un fideicomiso financiero que se constituyan con el objeto de desarrollar un emprendimiento inmobiliario, emita certificados de participación que otorguen el derecho a adquirir una unidad funcional o equivalente.

En este orden, encuadrándose un fideicomiso en esta especie, el fiduciario deberá adecuarse a la reglamentación y control de la CNV, así como también a las normas relativas al fideicomiso financiero (art. 1690 y ss., CCC).

La mencionada resolución general tuvo como propósito incentivar la inversión tanto para la compra de viviendas como también para aquellos ahorristas interesados en acceder a otras alternativas de ahorro[439]. Además, dispone que el prospecto y/o puplemento de prospecto deberá detallar una serie de recaudos que se condicen con el derecho de información del consumidor.

Asimismo, la disposición legal en cuestión establece que deberá publicarse la autopista de la informacion financiera, es decir, informes periódicos sobre el avance de obra correspondiente a cada etapa del proceso de construcción y cualquier información que resulte relevante sobre el emprendimiento.

Cesionario:

El consumidor también puede ingresar como cesionario, debiendo suscribir un contrato de cesión de posición contractual (art. 1636, CCC) con el fiduciante – fideicomisario que desee ceder su posición en el fideicomiso inmobiliario de construcción.

De esta manera, el cedente – fiduciante se aparta de sus derechos y obligaciones que serán asumidas por el cesionario, quien será el futuro adquirente de la unidad (art. 1637, CCC).

Al tratarse de una cesión de la posición contractual se transmitirán tanto derechos como obligaciones, y el cesionario pasará a ocupar el lugar del cedente, aunque no hubiese suscripto el contrato de fideicomiso "madre".

En este caso, la cesión de posición contractual no afecta la relación de consumo existente, pues el cesionario pasará a ocupar el lugar en el vínculo jurídico que el cedente – fiduciante tenía con el fiduciario. Así lo entendió la Tercera Cámara en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, estableciendo la aplicación de la LDC al vínculo entre el cesionario y el fiduciario de un fideicomiso inmobiliario de construcción. Al respecto la cámara estableció:

> "Por consiguiente debe calificarse el contrato bajo el régimen de la LDC, atento a que esta presenta todas las características previstas por la norma. 5°) Ello no resulta modificado por el hecho que se haya llegado a adquirirlo a través de la cesión onerosa de los derechos y acciones que los cedentes habían adquirido del fiduciario, puesto que en tal caso se encuentran en las mismas condiciones que aquellos que oportunamente le fue cedida dicha posición contractual"[440].

Comprador por boleto de compraventa:

Otra de las maneras por las cuales un consumidor puede adquirir unidades en un fideicomiso inmobiliario de construcción es en calidad de comprador mediante la suscripción de un boleto de compraventa.

En este caso, el adquirente – comprador suscribirá un boleto de compraventa con el fiduciario en su calidad de propietario de los bienes fideicomitidos y se aplicarán los arts. 1170 y ss., CCC.

En este entendimiento, los fines del fideicomiso serán, no solo la construcción de una obra, sino también la comercialización y colocación de las unidades terminadas en el mercado. Por ello, se emplazarán en carácter de proveedor tanto el fiduciario como los fiduciantes originarios del contrato. Este carácter suele presentarse en casos donde el fiduciante originario es el director de obra quien aporta su trabajo al negocio para luego obtener las ganancias de la venta de unidades.

A efectos de resguardar el derecho de información del consumidor inmobiliario (art. 1100, CCC, y art. 4, LDC), resulta indispensable que, en supuestos de ingreso de consumidores mediante cesión de derechos o boleto de compraventa, se les entregue como mínimo una copia del fideicomiso “madre” donde se indiquen los derechos, obligaciones, plazos y el resto de las cláusulas que regularán el resto de la vida del emprendimiento inmobiliario. Es un punto que parece obvio, pero, en la práctica, se incumple sistemáticamente.

V. Proveedor

Como venimos analizando, para que un vínculo encuadre en una relación de consumo, no solo es necesaria la figura del consumidor, sino también la del proveedor. Para encontrar una definición debemos remitirnos al art. 2, Ley N° 24.240, que establece que

> “es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios”.

La característica principal que se vislumbra es la profesionalidad que debe tener el proveedor, lo que no significa que necesariamente deba ejercer la profesión de manera habitual ya que también se incluye a los que, de manera profesional, aun ocasionalmente, realicen las actividades descriptas. En este sentido, la norma “no pide habitualidad en el proveedor sino conocimiento del negocio, es decir, un grado de ´saber´ u ´oficio´ que pone a esa parte en situación de superioridad a la otra, a la hora de celebrar o ejecutar el contrato”[441]. Esta situación tiene su correlato en el deber de información del proveedor, pues una de las características de la relación de consumo es justamente la posibilidad del proveedor de obtener información que el consumidor no necesariamente pueda tener.

Considerando el precedente análisis, podemos afirmar que el fiduciario, al ser un profesional que desarrolla actividades de construcción y comercialización de inmuebles, sea por sí o por tercero, encuadra en el concepto jurídico de proveedor.

Sumado a ello, como afirmamos en el punto anterior, cuando los fines del fideicomiso sean también la comercialización y colocación de las unidades terminadas en el mercado, se podrá encuadrar en carácter de proveedor a los fiduciantes originarios del contrato conjuntamente con el fiduciario. En este supuesto se deberá realizar un análisis un poco más detallado teniendo en consideración la calidad de intervención del fiduciante originario. En efecto, el arquitecto o la constructora que

intervenga en carácter de fiduciante originario reservándose metros cuadrados en pago de sus servicios podrá considerarse como proveedor.

En esta línea de pensamiento, lo definitorio para realizar el encuadre del fiduciario, o fiduciantes originarios en su caso, como proveedor es que la adquisición de unidades sea destinada a consumidores. Por ello, el concepto de consumidor, y su vínculo jurídico con el fiduciario, resulta central a la hora de aplicar las normas y principios del derecho del consumidor.

En este entendimiento, la jurisprudencia es uniforme en señalar que el estatuto del consumidor resulta aplicable al contrato de fideicomiso inmobiliario[442].

VI. Prácticas abusivas

Una vez realizado el análisis respecto de la posible aplicación del derecho del consumidor al fideicomiso inmobiliario de construcción, vamos a desarrollar determinadas implicancias prácticas donde, a nuestro entender, se vulneran concreta y reiteradamente los derechos de los adquirentes como consumidores.

Si bien existen desarrolladores responsables que se adecúan al estándar de obrar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, (art. 1674, CCC), también existen casos donde priman las prácticas abusivas.

Teniendo en consideración la falta de regulación del fideicomiso inmobiliario de construcción y la ausencia de control a los fiduciarios en su actuación, se genera un ámbito propicio para las prácticas abusivas en perjuicio de los consumidores.

En este orden, encontramos acciones que se repiten constantemente en esta especie de negocios tales como la falta de información al consumidor, publicidad engañosa y la inserción de cláusulas abusivas en los contratos. Ello sin contar los incumplimientos contractuales a raíz de la falta

de entrega de unidades o entrega tardía y falta de escrituración.

Si bien, en el CCC y la LDC, no se regula específica y detalladamente las prácticas abusivas como lo propone el Anteproyecto de Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor (art. 19 y ss. Anteproyecto Ley de Defensa del Consumidor), encontramos una serie de normas que tutelan situaciones donde se violan los derechos del consumidor que pueden ser aplicadas al fideicomiso inmobiliario de construcción y serán analizadas en los párrafos siguientes.

VII. Deber de información

En cuanto al deber de información del proveedor, debemos precisar que se encuentra plasmado en el art. 4, LDC, el art. 1100, CCC y el art. 42, CN. Estas normas establecen la obligación del proveedor de suministrar al consumidor información de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, así como también de las condiciones de su comercialización. Además, se establece como requisito que dicha información sea cierta, clara y detallada.

El deber de información del proveedor respecto del consumidor es fundamental en el marco de vínculos jurídicos donde la vulnerabilidad de la parte más débil del negocio se acentúa por la asimetría en la información entre las partes.

De ello se concluye que el consumidor o usuario debe saber en verdad qué va a adquirir, para qué sirve, cómo debe usarse o ingerirse, etcétera, para poder tomar una decisión razonable[443].

De tal manera, en el caso de fideicomisos inmobiliarios de construcción, se presenta una violación sistemática del deber de información por parte de los fiduciarios - proveedores a causa de la falta de contralor que existe en

un mercado donde el control estatal contractual brilla por su ausencia.

Esto genera una falla en el mercado de la construcción denominada “asimetría en la información” que “sucede cuando en un mercado el vendedor tiene mucha más información que el comprador sobre la calidad de los bienes”[444].

Generalmente existe falta de información en relación con las comisiones percibidas por el fiduciario[445] o, peor aún, sobre la modalidad de contratación. Respecto de esto último, algunos fiduciantes ingresan al negocio creyendo que compran un departamento, sin ser conscientes de que se trata de un emprendimiento asociativo. Otros aun conscientes igual generan conflictos porque la obra termina costando más, no se cumplen los plazos y las calidades no son las esperadas[446]. En este mismo orden de ideas, el incumplimiento, o cumplimiento deficiente, del deber de rendir cuentas (art. 1675, CCC) resulta fundamental en un esquema donde prima la vulnerabilidad del adquirente.

En esta especie de contratación es muy difícil que el consumidor tenga los conocimientos técnicos tanto contractuales como de construcción. Por ello, es usual que en el contrato no se consigne la fecha de inicio de la obra y, muchas veces, se realiza la venta de unidades sobre un emprendimiento inmobiliario que ni siguiera tiene aprobación administrativa.

Para tener noción de esta situación, debemos tener en consideración que existen muchos casos donde

> “al firmar el boleto de compraventa o el contrato de adhesión como fiduciantes al fideicomiso previamente constituido, ni siquiera se les entrega una copia del contrato de fideicomiso al cual adhieren, como para que mínimamente sepan las condiciones de su adhesión, y los derechos que les asisten como fiduciantes y/o beneficiarios, situación

que se agrava en los supuestos en que el proyecto de obra y sus especificaciones técnicas no integran el contrato”[447].

La información, o falta de información, entre los intervinientes influye decisivamente en el mercado. De esta manera, realizando un análisis económico del derecho, coincidimos con Stordeur, quien afirma que “una condición para que los mercados operen de manera eficiente es que los operadores tengan buena información acerca de los elementos relevantes del mercado”[448].

En términos prácticos, la violación al deber de información del proveedor genera mayores costos, ya que el adquirente consumidor proyecta la ejecución de determinada obra en los tiempos y condiciones esperados que luego devienen en incumplimientos. Muchas veces, esto implica abonar más cuotas por parte de los fiduciantes o la carga de reparar y padecer los vicios ocultos en la construcción que son gestionados por el administrador del pre consorcio. Además, para las familias que contrataron con la finalidad de adquirir una vivienda, la mora en la entrega tiene como consecuencia el pago de más meses de alquiler a causa de la falta de información inicial en el negocio y la venta de falsas expectativas.

VIII. Rendición de cuentas

En complemento con el deber de información analizado en el punto anterior, el CCC prevé la obligación del fiduciario de rendir cuentas de su gestión al fiduciante, beneficiario o fideicomisario. Es una obligación complementaria, pero no idéntica al deber de información, siendo este más amplio que la obligación de rendir cuentas.

Sin dudas, es una de las obligaciones más importantes del fiduciario y, paradójicamente, se incumple de manera

frecuente, o se cumple deficientemente, por lo menos en el ámbito inmobiliario y de la construcción.

Normativamente, se encuentra regulada en el art. 1675, CCC, que dispone:

> “La rendición de cuentas puede ser solicitada por el beneficiario, por el fiduciante o por el fideicomisario, en su caso, conforme a la ley y a las previsiones contractuales; deben ser rendidas con una periodicidad no mayor a un año”.

Debemos tener presente que nos encontramos ante un deber fundamental en la administración de bienes en interés ajeno. En este orden, el legislador decidió prohibir la dispensa de rendición de cuentas del fiduciario (art. 1676, CCC), por lo que se trata de un deber que posee carácter de orden público.

Sin embargo, las partes pueden acordar la forma en la cual debe llevarse adelante, así como también los puntos incluidos y la periodicidad, siempre teniendo en cuenta que, como máximo, deberá rendirse cuentas con una periodicidad no mayor a un año.

Es necesario tener presente que el CCC regula particularmente la rendición de cuentas en los arts. 858 a 864. Por ello, existen determinadas cuestiones que podremos precisar.

En cuanto a la forma en la que debe realizarse la rendición de cuentas, es necesario precisar los requisitos dispuestos en el art. 859, CCC, a saber:

> “a) Ser hecha de modo descriptivo y documentado; b) incluir las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión; c) acompañar los comprobantes de los ingresos y de los egresos, excepto que sea de uso no extenderlos;

d) concordar con los libros que lleve quien las rinda".

Específicamente en el fideicomiso inmobiliario de construcción, consideramos que la rendición de cuentas debe ser por escrito, y coincidimos con la postura sentada por la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta que determinó que la rendición de cuentas "debe ser hecha por escrito y avalada documentalmente, instruida y documentada (artículos 68 y 70, Código de Comercio -vigente a la fecha de la promoción de la demanda-, artículo 321 del Código Civil y Comercial)", agregando que "deberá incluir una clara exposición y narración, con todas las aclaraciones necesarias, para que el beneficiario quede suficientemente informado de la gestión del patrimonio fiduciario llevada a cabo por el fiduciario"[449].

Como bien lo menciona el fallo citado, en los casos en que el fideicomiso tipifique bajo los supuestos del art. 320, CCC, el fiduciario deberá rendir cuentas de su gestión a través de la confección de estados contables (art. 321 y ss., CCC).

Consideramos que, la digitalización que nos presenta la actualidad, implica que la rendición de cuentas puede ser llevada adelante de manera escrita, sea en formato papel o en formato digital.

Esta serie de recaudos que la jurisprudencia va formando, son necesarios para enmarcar las obligaciones del fiduciario en un ámbito donde existe una elevada incertidumbre por parte de los adquirentes de unidades construidas mediante este negocio.

IX. La publicidad ilícita

Se entiende por publicidad todo medio de información destinado a permitir a un cliente potencial formarse una

opinión sobre los resultados que pueden ser esperados del bien o del servicio que le es propuesto, así como sobre las características de los bienes o servicios ofertados[450].

Cuando el fiduciario o la comercializadora realizan oferta de las unidades dirigida a consumidores potenciales indeterminados, deben aplicarse las normas relativas a la publicidad en las relaciones de consumo (arts. 7 y ss. de la LDC, y 1101 ss. del CCC).

En este sentido, la oferta que encuadre en estos supuestos obliga al fiduciario durante el tiempo que se realice y, las precisiones formuladas se consideran parte del contrato (art. 8, LDC y 1103, CCC). De modo que, en el supuesto que en la folletería se indique una fecha cierta de inicio de la obra y en el texto del contrato no se plasme, se considera que la misma integra el contrato de fideicomiso inmobiliario de construcción o boleto de compraventa en su caso, siempre que exista relación de consumo.

Las modalidades de publicidad en fideicomisos inmobiliarios de construcción se realizan mediante folletería, e-mails, "*show room*", páginas de internet, carteles en la obra y hasta transmisiones en vivo por redes sociales.

Actualmente, además, se sumaron desarrolladores con más creatividad adhiriéndose al llamado "*hot sale*", vendiendo unidades sin mayores detalles a precios bastante atractivos. Sinceramente la licitud de esta modalidad de publicidad debería evaluarse en el caso concreto, pues, nos surge la duda respecto a la posibilidad de mantener un precio de "oferta" de unidades en el mercado inmobiliario de la construcción donde justamente lo que resulta incierto es el precio final que tendrá cada unidad en el momento de terminación del emprendimiento inmobiliario.

El art. 1101, CCC, determina cuando una publicidad es ilícita y por consecuencia prohibida. En el inciso primero establece como publicidad engañosa aquella que "contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan

sobre elementos esenciales del producto o servicio". En segundo término, determina que se encuentra prohibida la publicidad que "efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor". Cabe señalar que, para que la publicidad comparativa sea legítima es preciso que su contenido sea objetivo; que la comparación lo sea entre elementos esenciales y verificables y, finalmente, que sea exacta. Si la publicidad comparativa, contraría los tres elementos que la componen, es ilícita[451]. Por último, la norma establece la prohibición de publicidad que "sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad".

Si la publicidad encuadra en engañosa, comparativa o abusiva los consumidores afectados podrán solicitar judicialmente la cesación (art. 1102, CCC).

Teniendo en consideración estos parámetros, sostenemos que resulta fundamental que se indique la modalidad de contratación, especificando que se trata de un contrato de fideicomiso, los derechos adquiridos y la aclaración mediante explicaciones concretas si se trata de la especie "al costo".

Es de suma importancia que se aclare si la intervención del consumidor es como fiduciante – fideicomisario, o bien, como adquirente por boleto de compraventa de unidades mediante la denominada "preventa", especificando los riesgos asumidos en cada caso.

Muchas veces, los consumidores ingresan al negocio pensando que se encuentran adquiriendo la propiedad de un inmueble, sin tener presente que recién adquirirán el derecho de dominio o de propiedad horizontal con la entrega de la posesión y la escrituración de las unidades.

Sumado a ello, encontramos proveedores que llevan adelante proyectos inmobiliarios sin inversión propia, financiando la totalidad del emprendimiento con dinero

ajeno, sin ni siquiera informar las etapas de la obra y el manejo de los fondos.

También es usual que se ofrezcan unidades en proyectos donde ni siquiera se obtuvo el permiso de demolición, omitiendo deliberadamente informar este dato y la etapa del proyecto, lo que resulta determinante al momento de contratar.

En este sentido, el rol de la publicidad es fundamental a los efectos de la expectativa y proyección que tenga el adquirente respecto de la unidad objeto del contrato, pudiendo inducir a error al momento de la contratación al consumidor, el que no tiene la obligación de conocer previamente tecnicismos del negocio.

Tal es el carácter vinculante de la publicidad que la Cámara de Apelación de Circuito de Rosario condenó a una fiduciaria por los daños y perjuicios ocasionados al adquirente de una cochera en el marco de un fideicomiso inmobiliario determinando que

> “la cochera entregada no se corresponde con la publicitada en la folletería que los vinculó inicialmente. La descripción del bien no se adecuó al que finalmente les fue entregado. La cochera no cumplió con las características ofrecidas al momento de la adquisición”[452].

X. Cláusulas abusivas

Es común que encontremos contratos de fideicomisos inmobiliarios de construcción redactados previamente por el fiduciario incluyendo cláusulas abusivas a su favor con un margen limitado de negociación, acentuando el desequilibrio con el consumidor inmobiliario.

En este orden, existe un marco normativo protectorio de los derechos del consumidor en cuanto a cláusulas abusivas que es de aplicación a los fideicomisos inmobiliarios de

construcción. Con ello se procura que los consumidores (débiles contractuales) no celebren contratos desproporcionados o que confieran ventajas desproporcionadas a una de las partes (en desmedro de la otra)[453].

Como definición legal, el art. 37 del Decreto 1798/1994, reglamentario de la LDC, en su redacción originaria, establecía que "se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes".

Con la sanción del CCC el citado art. fue derogado. Por su parte, el art. 1119, CCC, dispone, como regla general a efectos de interpretar una cláusula como abusiva, que será aquella que, "…habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor". En este sentido, el legislador no ha circunscripto la regulación de las cláusulas abusivas a contratos de adhesión, pudiendo por tanto abarcar supuestos de contratos paritarios o discrecionales de consumo en los que, aun habiendo negociaciones previas, existieran desequilibrios en la configuración del plan prestaciones en perjuicio de los consumidores[454].

El análisis de las cláusulas abusivas debemos realizarlo teniendo en consideración el art. 37, LDC, el art. 988, 1117 y ss., CCC. De la lectura de estas normas podemos ilustrar como abusivas las cláusulas que:

- desnaturalicen las obligaciones,
- limiten la responsabilidad por daños,
- importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte,
- contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del

consumidor,
- por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

En la práctica de los fideicomisos inmobiliarios de construcción, es usual encontrar cláusulas que limitan o eximen de responsabilidad al fiduciario. Se trata de cláusulas claramente abusivas y se tienen por no escritas. Así lo decidió la jurisprudencia al tener por no convenidas las cláusulas limitativas de la responsabilidad del fiduciario determinando que no son oponibles al consumidor[455].

En cuanto al efecto de la inserción de una cláusula abusiva, Barocelli realiza un análisis entre quienes afirman que se trata de un supuesto de inexistencia y los sostienen que nos encontramos ante un supuesto de nulidad. Luego de dicho estudio adhiere a la posición de Frustagli exponiendo una interesante hermenéutica del art. 37, LDC, centrándose en el tercer párrafo de la norma, advirtiendo la facultad otorgada al consumidor de demandar la nulidad del contrato, o una o más cláusulas, en los supuestos en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato, o en su celebración, o transgreda el deber de información, o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial. En este entendimiento, y considerando indiscutible que la inserción de cláusulas abusivas es un comportamiento contrario a la buena fe, interpreta que la expresión *"se tendrán por no convenidas"* se refiere a la nulidad[456].

Compartimos estas enseñanzas, entendiendo que en caso de incorporarse cláusulas abusivas se consideran no escritas en el sentido que pueden ser declaradas nulas judicialmente y, respecto del carácter de la nulidad, nos encontramos ante un supuesto de nulidad absoluta por contrariar el orden público, art. 386, CCC.

Una vez que el juez declare la nulidad parcial del contrato deberá integrarlo (arts. 988, 1122, CCC, y art. 37 de la LDC). En este orden, y con un sentido lógico jurídico,

el juez únicamente ingresará en la labor de “integrar” cuando tiene un contrato de consumo parcialmente vigente, pues de lo contrario las partes habrían quedado desvinculadas si el mismo es totalmente ineficaz[457].

Específicamente el art. 1676, CCC, establece una serie de cuestiones relativas a la actuación del fiduciario que no podrán ser negociadas por las partes disponiendo que “el contrato no puede dispensar al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, ni de la culpa o dolo en que puedan incurrir él o sus dependientes, ni de la prohibición de adquirir para sí los bienes fideicomitidos”.

Se trata de un límite fundamental a los abusos por parte del fiduciario indicando la prohibición de incluir cláusulas que dispensen la responsabilidad en que pudieran incurrir tanto él como sus dependientes por culpa o dolo, sea en forma total o parcial.

Por ello, esta norma es una gran herramienta a la hora de analizar e interpretar cláusulas abusivas en contratos de fideicomisos inmobiliarios de construcción, otorgando mayor seguridad a las transacciones y evitando los posibles pleitos en torno a la validez de dichas cláusulas[458].

XI. Procedencia del daño punitivo

Si bien actualmente muchas construcciones inmobiliarias llevadas a cabo a través de fideicomisos son realizadas con éxito y de manera adecuada, también son numerosos los supuestos en los cuales el fiduciario incumple sus obligaciones, tanto legales como contractuales, particularmente frente a consumidores.

Como pudimos observar en el desarrollo del presente trabajo, cuando el fiduciario actúa deficientemente, incumple varios deberes. Al cumplimiento deficiente o incumplimiento en el deber de información, se le suma la falta de entrega o entrega tardía de la unidad construida y posterior escrituración. Además, cuando la obra se termina

y entrega, es usual la aparición posterior de vicios ocultos, que ocasionan momentos verdaderamente tortuosos para los adquirentes.

A ello debe sumarse que la incorporación al fideicomiso se realiza a través de la celebración de contratos de adhesión con cláusulas abusivas que eximen o limitan la responsabilidad del fiduciario y que, si bien se tienen por no escritas como pudimos analizar, genera un grave impacto en un consumidor desinformado y desprotegido.

Incluso, el actuar disvalioso del fiduciario puede configurar una verdadera defraudación en los términos del art. 173, inc. 12, del Código Penal de la Nación Argentina, pudiendo ser pasible de una sanción de carácter penal.

Este conjunto de frecuentes incumplimientos y abusos se traduce en un interrogante: ¿es procedente la aplicación del daño punitivo al fiduciario de un fideicomiso inmobiliario de construcción?

Mucho se ha escrito sobre el daño punitivo en las relaciones de consumo. Sin embargo, específicamente en cuanto al desarrollo de fideicomisos inmobiliarios de construcción se refiere, encontramos pocos estudios específicos.

En nuestro derecho, se incorporó la figura del daño punitivo en el art. 52 bis de la reforma a la LDC por la Ley N° 26.993, que dispone:

> “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”.

La redacción de dicha norma fue bastante criticada al punto que, en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2015), se concluyó que “la multa civil del art. 52 bis

de la Ley N° 24.240 presenta importantes deficiencias técnicas, pero éstas pueden ser corregidas por una aplicación racional y prudente por parte de los magistrados" (comisión nro. 9).

Esta situación llevó a la doctrina a establecer criterios para la procedencia del daño punitivo. Estrictamente, la norma alude a un incumplimiento de obligaciones legales o contractuales por parte del proveedor. Pero lo fundamental es que el comportamiento del proveedor presente un obrar grave y malicioso debiendo implicar un descuido, una desidia y un desinterés en remediar la situación de la parte débil de la relación contractual por lo que, en esos casos, la sanción posee una finalidad sancionatoria (en base a la conducta omisiva grave, maliciosa y sostenida en el tiempo) y disuasiva (a los fines de evitar reiteración del mismo acto en el tiempo)[459].

En este sentido, la conducta del fiduciario debe ser valorada en relación con la notable despreocupación por la situación del adquirente-consumidor. Por ello, para la procedencia del daño punitivo, no solo resulta necesario el incumplimiento del fiduciario, sino que, además, debe existir un componente extra que está determinado por la entidad del comportamiento.

Sin dudas, también hay que analizar la situación del adquirente y el impacto que produce el incumplimiento del proveedor. De tal manera, la demora en la entrega de una unidad que sería destinada a la vivienda familiar ocasiona un grave malestar en un consumidor.

Así las cosas, la sala H de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, en el caso "Cleimbosky Marcela Silvia c/ Fiduciaria Buenos Aires S.A. s/ daños y perjuicios" (04/05/2016), confirmó el criterio sostenido en el fallo "Baredes", afirmando que no existe incompatibilidad entre la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor y la Ley N° 24.441. En base a ello, decidió aplicar el daño punitivo al fiduciario de un fideicomiso inmobiliario de construcción por la demora en la

construcción y entrega de la unidad a la actora, quien había suscripto el contrato como fiduciante adherente clase B[460].

En este sentido, a efectos de evaluar la procedencia del daño punitivo en el marco de un fideicomiso inmobiliario de construcción, debe tenerse en consideración lo siguiente:

- es indispensable que se presente una relación de consumo,
- debe existir petición a instancia de parte interesada,
- el comportamiento del proveedor–fiduciario frente al consumidor-adquirente debe implicar una notable despreocupación en la situación del consumidor, revistiendo una conducta gravemente culposa o dolosa (factor de atribución subjetivo agravado)[461],
- es facultad del juzgador aplicar la sanción en concepto de daño punitivo y graduarla en función de la gravedad del hecho y las demás circunstancias de la causa,
- será aplicado independientemente de los rubros indemnizatorios (daño patrimonial y extrapatrimonial), pues no reviste en sí carácter resarcitorio[462].

XII. Conclusiones

Luego del análisis de la temática propuesta, podemos realizar las siguientes conclusiones:

Como primera medida, en el marco de los vínculos existentes en un fideicomiso inmobiliario de construcción, debe tenerse en especial consideración si puede encuadrarse en una relación de consumo.

Luego de ello, es necesario realizar un estudio respecto de la normativa aplicable al caso concreto. Existiendo relación de consumo, el sistema de protección de consumidores será el plexo normativo a analizar en primer

término, con especial estudio en supuestos de fideicomiso financiero inmobiliario.

El sistema de protección de consumidores se encuentra en constante evolución, habiéndose incorporado recientemente la figura del adquirente en el marco de fideicomisos inmobiliarios al Código de las Relaciones de Consumo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La multiplicidad de vínculos en el fideicomiso inmobiliario de construcción genera la necesidad de evaluar las posibles intervenciones del adquirente como consumidor.

El adquirente puede ingresar al fideicomiso inmobiliario de construcción como fiduciante – fideicomisario, tenedor de certificados de participación en fideicomisos financieros inmobiliarios, cesionario, o comprador por boleto de compraventa.

En el concepto de proveedor encuadra la figura del fiduciario e, incluso, se podrá encuadrar en tal carácter al fiduciante originario cuando los fines del fideicomiso sean también la comercialización y colocación de las unidades terminadas en el mercado.

Si bien existen desarrolladores responsables que se adecúan al estándar de obrar con la prudencia y diligencia del buen hombre de negocios, (art. 1674, CCC), también existen casos donde priman las prácticas abusivas.

El deber de información del proveedor respecto del consumidor es fundamental en el marco de vínculos jurídicos donde la vulnerabilidad de la parte más débil del negocio se acentúa por la asimetría en la información entre las partes.

La violación al deber de información del proveedor genera una falla en el mercado de la construcción denominada “asimetría en la información” y genera mayores costos para los adquirentes.

Específicamente en el fideicomiso inmobiliario de construcción, consideramos que la rendición de cuentas

debe ser por escrito y, en los casos en que el fideicomiso tipifique bajo los supuestos del art. 320, CCC, el fiduciario deberá rendir cuentas de su gestión a través de la confección de estados contables (art. 321 y ss., CCC).

Cuando el fiduciario o la comercializadora realizan oferta de las unidades dirigida a consumidores potenciales indeterminados, deben aplicarse las normas relativas a la publicidad en las relaciones de consumo. En este sentido, la oferta que encuadre en estos supuestos obliga al fiduciario durante el tiempo que se realice y, las precisiones formuladas se consideran parte del contrato.

El legislador no ha circunscripto la regulación de las cláusulas abusivas a contratos de adhesión, pudiendo por tanto abarcar supuestos de contratos paritarios o discrecionales de consumo en los que, aun habiendo negociaciones previas, existieran desequilibrios en la configuración del plan prestaciones en perjuicio de los consumidores.

En la práctica de redacción contractual de fideicomisos inmobiliarios de construcción, es usual encontrar cláusulas que limiten o eximan al fiduciario de la obligación de rendir cuentas, o de su responsabilidad por culpa o dolo. Se trata de cláusulas claramente abusivas y se tienen por no escritas.

Si bien muchas construcciones inmobiliarias llevadas a cabo a través de fideicomisos son realizadas con éxito y de manera adecuada, también son numerosos los supuestos en los cuales el fiduciario incumple sus obligaciones, tanto legales como contractuales, particularmente frente a consumidores.

La conducta del fiduciario, en supuestos de incumplimientos, debe ser valorada en relación con la notable despreocupación por la situación del adquirente-consumidor. Por ello, para la procedencia del daño punitivo, no solo resulta necesario el incumplimiento del fiduciario, sino que, además, debe existir un componente extra que está determinado por la entidad del comportamiento.

Luego de las reflexiones precedentemente indicadas, notamos que el sistema de protección de consumidores juega un papel fundamental a la hora de resguardar los derechos de los adquirentes. Sin embargo, la falta de legislación específica del fideicomiso inmobiliario de construcción acentúa la vulnerabilidad de los adquirentes.

Por ello, será materia de estudio en otra oportunidad la falta de regulación del fideicomiso inmobiliario de construcción y sus consecuencias.

PERJUICIO PATRIMONIAL EN LA FILTRACIÓN DE DATOS DE TARJETAS DE CRÉDITO

Cecilia S. Arancibia Terzi
Abril V. Villafañe Calvo

I. Introducción

La tecnología llegó para facilitarnos innumerables operaciones y darnos comodidades en nuestro día a día, pero a medida que ésta crece, también surgen nuevos problemas que el derecho deberá afrontar para poder avanzar. Las tarjetas de crédito han posibilitado la financiación de las familias gracias a las compras en cuotas, pero a su vez, han surgido nuevos inconvenientes con su desarrollo.

Para que las empresas generen un débito necesitan datos privados de la tarjeta de crédito de un usuario. Cuando los gastos no son efectuados por el titular, éste reclama en la entidad bancaria, las oficinas de defensa al consumidor o ante la justicia, provocando miles de quejas por año.

En este trabajo evidenciaremos los numerosos fraudes con tarjeta de crédito y sus tipos, permitiendo establecer con claridad cuál es el punto donde se rompe la protección de los datos personales y donde comienza la exposición de

los datos de tarjeta de los usuarios y consumidores, analizando también el impacto patrimonial que puede acarrear esta violación a la privacidad.

II. Privacidad en la Constitución Nacional Argentina

La Constitución de la Nación Argentina tiene como principios en los cuales se basa el poder y la libertad; y es por ello que este cuerpo jurídico se encarga, entre otras cosas, de proteger la intimidad de las personas. El ejemplo más vívido de ello es el art 19 el cual consagra: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”.

La primera parte de este artículo alude a la libertad en la vida privada de las personas. Ese espacio, esencial para uno, inocuo para los demás es el que protege el derecho a la intimidad. La noción de intimidad comprende no solo los actos internos de cada persona, sino también su exteriorización en tanto no perjudique a otro.

Este derecho a la privacidad e intimidad fue definido como la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, que no puede ser invadido por terceros mediante intromisiones que pueden asumir diversos signos[463]. Protege jurídicamente un ámbito de autonomía personal, así como acciones, hechos y datos que, conforme a las formas de vida acogidas por la sociedad, están reservadas al individuo, y cuyo conocimiento y divulgación por extraños implica peligro real o potencial para la misma intimidad[464]. Resultaría un ejemplo de lo último la divulgación de los datos de una tarjeta de crédito hacia un tercero el cual no tiene ni obtuvo autorización alguna para

conocer esos datos y utiliza esta ventaja de forma fraudulenta para obtener un beneficio económico propio mientras provoca un daño patrimonial al titular de dicha tarjeta.

III. Fuga de datos

Con la llegada de la pandemia y las cuarentenas estrictas a nivel mundial, los comercios debieron adaptarse rápidamente para no quedar fuera. Esto hizo que se incrementaran este tipo de compras y también las estafas. Según datos de una encuesta realizada por ESET[465] a fines del 2020, el 72 % de los usuarios opinó que los negocios no estaban preparados para realizar la transición a plataformas digitales y el 83 % opinó que el apuro por necesitar adaptarse a las ventas online derivó en un perjuicio en la seguridad de los usuarios. Asimismo, el 76 % de los encuestados considera que la filtración de datos personales de los clientes es el principal peligro que enfrentan los usuarios al realizar compras online.[466]

El fraude con tarjeta de crédito es el uso no autorizado de la información de ésta, ya sea para la extracción de fondos de la cuenta como para cargar compras a costa de la víctima (dueño de la tarjeta). Estos tipos de fraude están considerados como una forma de robo de identidad, ya que, obteniendo el nombre del titular, número de tarjeta, fecha de vencimiento y código de seguridad al dorso de la misma, es más que suficiente para cometer el delito.

Hay innumerables formas de cometer fraude con tarjetas de crédito, y si bien estos se complejizan y cambian conforme avanza la tecnología, los sistemas a través de los cuales se ejecutan se clasifican en dos grandes categorías: solicitud fraudulenta de tarjeta y apropiación fraudulenta de cuenta.[467]

En la solicitud fraudulenta de tarjeta, los estafadores abren cuentas de tarjetas de crédito a nombre de otra

persona, esto se da cuando se tiene suficiente información sobre la víctima como para completar la solicitud o cuando se falsifica esa documentación. Y en cuanto a las apropiaciones fraudulentas de cuentas implican que el estafador se apodera de una cuenta ya existente. Esto lo puede hacer cambiando la dirección de facturación con el banco o duplicando la tarjeta de crédito. Esto último se da fácilmente si el delincuente es o tiene cercanía con algún empleado de comercio o bancario, ya que ellos tienen acceso a las tarjetas de crédito de los clientes.

El grave problema se da por la facilidad en las transacciones, ya que este sistema de pago es un proceso simple, abreviando el fraude en dos pasos solamente: autorización y liquidación. En la primera etapa, las partes de la transacción envían y reciben información para autorizar o rechazar una compra determinada. Si esta se autoriza, se liquida mediante una transacción de dinero que suele tener lugar unos días después de dicha autorización. Una vez que esto sucede ya no hay vuelta atrás sencilla, es decir que, las medidas de detección del fraude deben darse necesariamente en la primera etapa para resultar eficaces.

Otras formas de estafas pero que implican una fuga de datos realizada por la víctima es a través de lo que se denomina "*phishing*". Esta estafa se da cuando el cibercriminal envía a la víctima un correo electrónico o un mensaje de texto engañosos, con hipervínculos o archivos adjuntos, haciéndose pasar por un Banco, una empresa conocida o hasta una aplicación de uso habitual. De esta forma la víctima se confunde, confía en el mail y completa el formulario con los datos de la tarjeta de crédito. A partir de ese momento, los datos están a disposición total de los delincuentes. Otra opción es que en el mail o el mensaje se solicite a la víctima que haga un depósito o transferencia para recibir un premio o algún tipo de compensación económica, pero en este último delito no correrían peligro los datos personales del titular de la cuenta bancaria.

IV. Perjuicio patrimonial de la fuga

El fraude o estafa con tarjeta es un delito con un bajo índice de denuncia policial/judicial, ya que, en la mayoría de los casos, tras un desconocimiento de consumo, el banco procederá a reintegrar el dinero o no cobrar la transacción al cliente y solo cuando el incidente se trate de sumas importantes, el tema pasará al área de fraudes para ser investigado. Cuando esto no sucede, y el banco toma el gasto como propio del denunciante, el usuario suele optar por un reclamo administrativo.

De acuerdo a las estadísticas de los reclamos en Defensa al Consumidor, en Argentina en el año 2020 hubo 235.445 reclamos, un 128 % más que el año previo, donde hubo 103.147, donde 6 de las 20 empresas con más denuncias son instituciones financieras.[468] En dicho informe, los reclamos por servicios financieros y seguros figuran en segundo lugar del ranking de los 10 rubros más reclamados. Dichos servicios incluyen los problemas referentes a tarjetas de crédito, seguros, cajas de ahorro, préstamos personales y tarjetas de descuentos.

A pesar de esta situación, según un informe de la agencia Télam, tanto el fraude y estafa en cuentas bancarias, como el robo de claves de acceso a homebanking o de datos de tarjetas de crédito, fueron uno de los delitos que más crecieron el año pasado al pasar de 22 casos denunciados en 2019 a 641 en 2020. Este número implica un incremento de casi el 3.000 por ciento tras el uso masivo de compras online durante la pandemia, según datos de la Unidad Fiscal Especializada en Ciberdelincuencia (Ufeci).[469]

Según el informe 1187 de Nilson Report de diciembre de 2020, a nivel mundial las pérdidas brutas por fraude a emisores, comerciantes y adquirentes en transacciones con tarjeta, aumentaron un 2,9 % en 2019, alcanzando los $28.65 mil millones. Se proyecta para el año 2025, que el

volumen total de pago con tarjetas en todo el mundo sea de $56.182 billones, y se espera que el fraude bruto con tarjetas a nivel mundial sea de $35.31 mil millones.[470]

Es importante analizar esta situación desde la perspectiva de cada usuario y su familia en este tipo de fraudes. Desde antes de su detección, se le empiezan a realizar descuentos y una vez que el usuario se percata de esto, empieza una serie de pasos traumáticos y estresantes para cualquier persona. Primero el reclamo ante el banco, luego la vía administrativa y la denuncia penal, y si no hay solución la vía judicial. Mientras todo esto sucede, dependiendo el monto que se trate, el usuario puede estar pagando ese descuento en la tarjeta o se le generan intereses por el saldo no cancelado. Si este reclamo tiene solución en vía administrativa, normalmente se le devuelve el monto descontado, sin intereses ni compensaciones de ningún tipo. Todo esto sin tener en cuenta la cantidad de casos donde los fraudes no son detectados o no denunciados y los usuarios hacen frente a este tipo de estafas con su patrimonio.

Todo esto nos lleva a cuestionar, cuánto realmente es lo que afecta patrimonialmente a la persona si tenemos en cuenta las idas al banco, la impresión de la documentación, consultas con abogados, el costo de los traslados más el pago del fraude en el saldo de la tarjeta o sus intereses.

V. Solución actual del ordenamiento jurídico nacional

Dentro del ordenamiento jurídico argentino se encuentran un par de leyes que legislan el tema de manera central. Por un lado, tenemos la Ley N° 25.930 que tipifica la defraudación mediante tarjetas de compra, crédito y/o débito; y por el otro la Ley N° 25.326 sobre protección de los datos personales.

La 25.930, promulgada en 2004, incorpora al inciso 15 del art. 173 del Código Penal el siguiente texto:

> “El que defraudare mediante el uso de una tarjeta de compra, crédito o débito, cuando la misma hubiere sido falsificada, adulterada, hurtada, robada, perdida u obtenida del legítimo emisor mediante ardid o engaño, o mediante el uso no autorizado de sus datos, aunque lo hiciere por medio de una operación automática”.

También se sustituyó el art. 285, que en su nueva redacción establecerá

> “Para los efectos de los artículos anteriores quedan equiparados a la moneda nacional, la moneda extranjera, los títulos de la deuda nacional, provincial o municipal y sus cupones, los bonos o libranzas de los tesoros nacional, provinciales y municipales, los billetes de banco, títulos, cédulas, acciones, valores negociables y tarjetas de compra, crédito o débito, legalmente emitidos por entidades nacionales o extranjeras autorizadas para ello, y los cheques de todo tipo, incluidos los de viajero, cualquiera que fuere la sede del banco girado”.

La intención de los legisladores de incorporar estos artículos es otorgar una mayor transparencia a las operaciones comerciales que se realicen a través de las tarjetas de crédito, aunque consideramos que de la intención a la realidad hay una gran brecha.

En nuestra legislación, la defraudación está contemplada dentro de los llamados “delitos contra la propiedad”, en el sentido más amplio de la palabra, estableciéndose en la Constitución Nacional en su art. 17, el cual entiende dentro del concepto de propiedad los créditos, derechos personales y aún bienes personales.

El sistema de las tarjetas de crédito ha surgido y avanzado en virtud de la práctica comercial y económica, imponiéndose como una costumbre mercantil que a los ojos de la legislación se ha impuesto con un ritmo tan rápido que podría abarcar temas de derecho comercial, procesal civil y penal.[471]

La Ley de Protección de los Datos Personales (Ley N° 25.326), sancionada en el año 2000, es una norma de orden público que regula la actividad de las bases de datos que registran información de carácter personal. Su objeto es garantizar a las personas el control del uso de sus datos personales. Según Eduardo Andrés Bertoni, ex director nacional de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales, esta ley está vinculada con todo lo que tiene que ver con la reglamentación del tratamiento de datos personales y cuestiones más procedimentales. La legislación argentina trajo la posibilidad de un especial recurso de amparo que se terminó conociendo como el recurso de habeas data.[472]

Esta ley tiene como base la legislación española del año 1992 y de la directiva europea 9.546, ya derogada. Desde el año 2003, es considerada por la Comisión Europea como un país con legislación adecuada para la protección de los datos personales por cumplir con los requisitos mínimos que esta comisión proponía. El problema es que esta calificación se encuentra endeble, ya que la legislación argentina no se ha modificado desde el mencionado año y entró en vigencia el nuevo Reglamento General de Protección de Datos (UE) 2016/679, conocido como RGPD o GDPR. Por ello, Argentina no tendría más opciones que sancionar una nueva ley actualizada o quedar fuera de la calificación obtenida en el año 2003. Las consecuencias de ello serían devastadoras, ya que la Unión Europa al dictaminar que el marco legislativo argentino ya no ofrece un nivel adecuado de protección, afectaría el flujo de datos con Argentina. Esta declaración podría perjudicar distintos negocios del país, como sería el caso de los *call centers* que

prestan servicios con datos personales de ciudadanos europeos[473], entre otros ejemplos.

VI. Derecho comparado

Consideramos necesario poder aplicar e incorporar una comparación de las leyes existentes alrededor del mundo que mitigan de alguna manera la problemática en cuestión, es por ello que vamos a analizar las normas más relevantes o de vanguardia de los siguientes países:

Chile sancionó el 29 de mayo de 2020 la Ley N° 21.234, la que establece obligaciones no solo para los emisores, sino que también para operadores, comercios y otros establecimientos afiliados a un sistema de tarjetas de pago, así como las demás entidades que intervengan o presten servicios asociados a pagos y transacciones electrónicas, u otros sistemas de características similares, quienes deberán adoptar las medidas de seguridad necesarias para prevenir la comisión de los ilícitos descritos en dicha normativa.[474]

Asimismo, la norma establece que entre las medidas de seguridad está el monitoreo de consumos no habituales del usuario, alertas en estos casos e identificar patrones que indiquen potenciales fraudes. Del mismo modo, se prevé un medio de aviso de 24 horas para el caso de extravío o hurto de tarjetas.

Como consecuencia de esta ley,

> “las personas jurídicas deberán diseñar e implementar los debidos resguardos... para mitigar los riesgos del delito de uso fraudulento de tarjetas de pago y transacciones electrónicas, ya que éste puede dar lugar eventualmente a la comisión del delito de lavado de activos al interior de la empresa”.[475]

La Ley de Protección de la Información Personal (APPI) es la legislación principal que trata los datos personales en Japón. La APPI se aplica a todos los operadores comerciales (individuos y entidades) que manejan información personal. Esta ley también distingue entre información personal y datos personales (lo cual esta misma ley define como información personal que forma parte de una base de datos con este contenido). Las obligaciones de los operadores comerciales varían dependiendo de si adquieren, usan o proporcionan información personal o datos personales.[476]

Adentrándonos en otro país asiático, Corea del Sur posee uno de los regímenes de protección de datos más estrictos del mundo con la denominada Ley de Protección de Información Personal (PIPA), la cual está respaldada por la legislación relacionada con las redes de TI y comunicaciones (Ley de Redes de TI) y el uso de información crediticia (Ley de Uso y Protección de la Información Crediticia). Esta última ley tiene como propósito fomentar un negocio sólido de información crediticia, promoviendo una utilización eficiente y una gestión sistemática de la información crediticia, protegiendo la privacidad del mal uso y abuso de la información crediticia de manera adecuada, contribuyendo así al establecimiento de prácticas sólidas en transacción de crédito.

Por último, pero no menos importante, nos encontramos con El Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) el cual tiene la intención de reforzar y unificar la protección de datos para todos los individuos dentro de la Unión Europea (UE). Fue adoptado en 2016, convirtiéndose en ejecutivo en 2018 con el objetivo principal de dar control a los ciudadanos y residentes europeos sobre sus datos personales, a su vez que simplificar el entorno regulador de los negocios internacionales unificando la regulación dentro de la UE. En principio se redactó con dos propósitos, por un lado para tener mayor control sobre cómo se utilizan los datos personales, y por el otro para dar

a las empresas un entorno jurídico más simple y más claro para operar.[477]

VII. Conclusión

Si bien podemos expresar que Argentina es un país que se preocupa por la protección de los datos ya que se encuentra consagrado en nuestra Constitución Nacional, de las leyes a la realidad hay una gran brecha.

Consideramos que el ordenamiento jurídico vigente necesita seguir los lineamientos actuales de la comunidad internacional para poder empezar a apaciguar y dar mejores respuestas a los problemas que surgen día a día con el avance de la tecnología.

En este trabajo pudimos mostrar las diferentes formas y tipos de fraudes que pueden surgir cuando los datos de una persona no se encuentran protegidos de la manera en que se debe, es por esto que instamos a que se modifiquen las leyes existentes para que logren un marco jurídico mucho más sólido y seguro sobre la materia, permitiendo que este tipo de delitos no ocurran con la impunidad con que se cometen hoy en día.

Bibliografía

BASTERRA, Marcela I., 2018 “DERECHO A LA INTIMIDAD, PRIVACIDAD Y CONFIDENCIALIDAD EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES” http://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2018/10/El-derecho-a-la-intimidad-privacidad-y-confidencialidad-en-la-Ciudad-Auto %CC %81noma-de-Buenos-Aires-1.pdf

ESET: Soluciones antivirus y de seguridad de Internet.

Resolución CNDC 17, Exp 0204600/2016, Ministerio de Producción, Secretaría de Comercio https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/cndc_resol_invmerc_tarjetas_2.pdf

SALAS Claudio - DEMO Facundo, “EL ENTRAMADO FINANCIERO DEL MERCADO DE TARJETAS DE CRÉDITO” https://fce.unl.edu.ar/jpumf/extensos/t7.pdf

AMADEO, Juan Mauricio, “PAGOS ELECTRÓNICOS EN EL MUNDO: EL CASO ARGENTINO” https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/16150/1/ %5BP %5D %5BW %5D %20T. %20M. %20Ges. %20Amadeo %2C %20Juan %20Mauricio.pdf

CÁMARA ARGENTINA DE FINTECH, “Pagos digitales en la Argentina: el 60 % de las operaciones ya se realizan bajo esta modalidad” https://camarafintech.com.ar/pagos-digitales-en-la-argentina-el-60-de-las-operaciones-ya-se-realizan-bajo-esta-modalidad/

BCRA, “Regulación del Sistema de Pagos” http://www.bcra.gob.ar/MediosPago/Regulacion_de_pagos.asp

HARÁN, Juan Manuel, “Crece el ecommerce y aumentan las estafas y los incidentes de seguridad” https://www.welivesecurity.com/la-es/2020/11/25/crece-ecommerce-aumentan-estafas-incidentes-seguridad/

LEGAL INFORMATION INSTITUTE, Cornell Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/es/fraude_con_tarjeta_de_cr %C3 %A9dito

MINISTERIO DE DESARROLLO PRODUCTIVO DE ARGENTINA, “Informe de reclamos. Defensa del consumidor” https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_de_reclamos_-_2020.pdf

VACAS, Alejandro Tejero, “Las denuncias por estafas bancarias crecieron casi un 3.000 por ciento en 2020” https://www.telam.com.ar/notas/202104/551902-estafas-bancarias-ciberdelito.html

NILSON REPORT, “Card Fraud Losses Reach $28.65 Billion” https://nilsonreport.com/mention/1313/1link/
DERECHO AL DÍA, “Protección de datos personales en Argentina, presente y futuro” http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/proteccion-de-datos-personales-en-argentina-presente-y-futuro/+6420
DIARIO JUDICIAL, “Tipifican la defraudación mediante tarjetas de compra, crédito y/o débito” https://www.diariojudicial.com/nota/12682/-/tipifican-la-defraudacion-mediante-tarjetas-de-compra-credito-yo-debito.html
BNAMERICAS, “Piden a Argentina actualizar ley de protección de datos de 2000” https://www.bnamericas.com/es/noticias/piden-a-argentina-actualizar-ley-de-proteccion-de-datos-de-2000
MORALES & BESA, “Nueva Ley de Fraudes en relación a tarjetas de pago y transacciones electrónicas” https://abogados.com.ar/nueva-ley-de-fraudes-en-relacion-a-tarjetas-de-pago-y-transacciones-electronicas/26105
Ed. Microjuris.com Chile, “Ley N° 21.234 limita la responsabilidad de titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude” https://aldiachile.microjuris.com/2020/05/29/ley-no-21-234-limita-la-responsabilidad-de-usuario-de-tarjetas-de-pago-y-transacciones-electronicas-en-caso-de-extravio-hurto-robo-o-fraude/
BUONAGUIDI, Bruno, “Cómo se producen los fraudes con tarjetas de crédito y las reglas de oro para evitarlos” https://www.bbc.com/mundo/vert-cap-40638275
POWERDATA, “GDPR: Lo que debes saber sobre el reglamento general de protección de datos” https://www.powerdata.es/gdpr-proteccion-datos
AWS AMAZON, “Privacidad de datos en Japón” https://aws.amazon.com/es/compliance/japan-data-

privacy/

VÍCTIMAS DE DELITOS Y SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL

Pablo G. Peñasco

I. Víctimas vulnerables de casos frecuentes

En la República Argentina se ha verificado un notable crecimiento de los índices de delitos desde aproximadamente el año 1996 hasta nuestros días, donde la inseguridad ha pasado a integrar y condicionar gran parte de nuestras vidas. Muchas personas en situación vulnerable sufren cotidianamente las conductas de otros que pueden ejercer sobre ellas acciones de distintas características que implican afectación de sus derechos constitucionales y atentados contra bienes jurídicos protegidos en la legislación penal. Por ejemplo cuando se cometen delitos en contra de personas ancianas, de mujeres víctimas de violencia de género o de violencia intrafamiliar; cuando se vulneran derechos de Niños y Niñas víctimas de abuso sexual por adultos de su familia, amigos o entorno vecinal, cuando se los amenaza, o casos de adultos mayores víctimas de robos y lesiones graves; o de personas que viven en domicilios cercanos a otros vecinos que cometen delitos relacionados con narcotráfico... las Víctimas de femicidios y muchas situaciones fácticas más que nos presenta la realidad de nuestro país. También son frecuentes los homicidios en

ocasión de robo y los cometidos para consumar otros delitos o lograr su impunidad; los homicidios culposos agravados por la conducción de automotores – Conductores profesionales alcoholizados o bajo efectos de sustancias prohibidas y víctimas.

Las estadísticas y la realidad cotidiana demuestran esta situación de aumento del delito, como podremos ver a continuación, por ejemplo, para los HOMICIDIOS DOLOSOS, en el año 2017 se registraron 2.289, en el año 2018, fueron 2.362 y en 2019, la cantidad de 2.291.

Dentro de estos números se destacan la cantidad de femicidios a razón de 401 en 2017; 390 en 2018 y 400 en 2019, lo que permite sostener que no se ha logrado bajar este doloroso flagelo, a pesar de las modificaciones al art. 80 del C.P. que impuso prisión perpetua para los responsables de este delito.

Las cifras son significativas si a estos números le agregamos los homicidios en grado de tentativa, con un total de 1.711 para el año 2017; 1.601 para 2018 y 1.665 para 2019.

Llama la atención el grado de violencia existente en nuestro país, que se manifiesta en acciones de violencia material o violencia física registrada en el Sistema Nacional de Información Criminal (SNIC) del Ministerio de Justicia de la Nación, de donde se extraen estos datos, que informa un total de 143.683 delitos de LESIONES DOLOSAS para el año 2019, cantidad que sin dudas es mucho mayor en atención a la conocida cifra negra del delito que comprende todos los casos que no son denunciados. Respecto de los delitos contra la integridad sexual, se informan 5.453 casos para el año 2019, a lo que se debe considerar un porcentaje importante de cifra negra de estos delitos que no se denuncian por motivos de pudor, vergüenza, amenazas u otras razones de las víctimas, en tanto que otros delitos contra la integridad sexual, además de los abusos sexuales con acceso carnal, totalizan 15.889 para el mismo período. Por otro lado, con relación a la

cantidad, se destacan las amenazas por un total de 184.010, cuyo bien jurídico protegido es la libertad de las personas.

Sin embargo, el número mayor se lo llevan los delitos contra la propiedad, donde puede observarse 478.600 robos simples y agravados, 28.499 robos en tentativa, y 333.314 hurtos y 123.956 correspondientes a otros delitos contra la propiedad en 2019. Sumemos: 964.369 delitos consumados y tentados contra la propiedad, más la cantidad de todos aquellos que no fueron denunciados.

Frente a este panorama, es prudente repasar algunas nociones básicas relacionadas con el origen y fundamentos del derecho penal, las víctimas y los efectos del delito, para luego continuar el análisis de los temas propuestos, dejando constancia que en el presente trabajo no será analizada la intervención de víctimas en el proceso penal con relación a ciertos actos procesales donde se han verificado avances legislativos, como por ejemplo participación de audiencias de prisión preventiva, juicios abreviados, criterios de oportunidad o etapa de ejecución, que son el punto de análisis es más general.

II. Víctimas y Derecho Penal

Si un ciudadano perjudica gravemente derechos fundamentales de otro, su conducta puede ser encuadrada como delito cuando ha lesionado bienes jurídicos tutelados por la legislación penal. Desde un punto de vista pre jurídico, el delito es una perturbación grave del orden social (Bacigalupo, E.; 1994, 37), sin embargo, un concepto como éste pone su acento en la protección social, en vez de la atención individual de la víctima. Cuando se comete un delito el primer perjudicado es el ofendido, sin embargo, los sistemas jurídicos en la mayoría de los países de cultura occidental, han optado por la conocida expropiación del conflicto penal (o alteración del orden social) originado con

motivo de su comisión, entre el responsable del injusto penal y el ofendido. Así el estado asumió la potestad punitiva y para lograr su mejor aplicación, se fue desarrollando el derecho penal como una ciencia jurídica ocupada del ejercicio del poder sancionador.

III. Concepto de Derecho Penal

La evolución histórica del tratamiento del delito requiere determinar porqué existe esta ciencia jurídica, en razón de haber llegado al punto histórico en que el estado monopolizó el ejercicio de la acción penal y las facultades de castigo. El Dr. Sebastián Soler sostuvo que

> “el derecho penal es la parte del derecho compuesta por el conjunto de normas dotadas de sanción retributiva (Soler, 1988, 3); El derecho penal es una de las ramas del derecho, esto es, del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o, lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre sí o con el estado. El Derecho Penal regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias” (Nuñez, 2009, 17).

También este autor ha sostenido que se trata de la rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles.

Los clásicos lo definieron como el “conjunto de reglas jurídicas establecidas por el estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como legítima consecuencia” (Franz von Liszt).

Luis Jiménez de Asía sostuvo que es el “Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado,

estableciendo el concepto de delito" como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora (Ciara Díaz, 2011; 3). Es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho (Zaffaroni, 2010; 24).

IV. Breve reseña histórica de la posición de la víctima con el derecho penal

Entre las distintas formas de reacción o de resolución de los conflictos iniciados a partir de un delito, cuando los damnificados directos eran personas particulares, integrantes de una comunidad o ciudadanos, encontramos la venganza, la ley del Talión, la expulsión o destierro y la composición entre otras.

4.1. La venganza

Antiguamente se presenta en la forma de venganza colectiva. Con motivo de la pertenencia de los individuos a familias, grupos sociales, estirpes, clanes, tribus; las respuestas frente a las ofensas personales de cada integrante eran asumidas por la colectividad, por lo tanto había una respuesta colectiva, lo que implicaba que al intervenir varias personas integrantes del grupo del ofendido, la respuesta colectiva de la ofensa afectaba a los restantes integrantes del grupo del victimario, razón por la cual se presentaba la posibilidad del inicio de batallas o guerras entre las familias, clanes o tribus con motivo de un conflicto individual.

La venganza tenía distintas formas de cumplirse: no siempre significaba llevar a cabo actos de violencia física y brutal como reacción al delito sufrido. Así, cuando el injusto admitía su compensación, indemnización o reparación, era posible que la venganza asumiera estas formas, pero impuestas por la fuerza. Ejemplos clásicos de venganzas compensatorias, fueron las causadas por delitos contra la propiedad (hurtos, robos). Sin embargo, cuando los delitos eran de mayor gravedad y de difícil reparación, algunos eran considerados en ciertas circunstancias como irreparables (homicidios), se imponía como costumbre la venganza de sangre con importantes fundamentos religiosos y sagrados, ya que se creía que era necesario calmar, pacificar o darle paz al espíritu de la víctima fallecida y por ello debía vengarse con la sangre del victimario. Era practicada por los pueblos bárbaros, donde el efecto de crimen daba lugar a un estado de enfrentamiento u odio llamado *caída* que por lo general era mantenido por lapsos temporales de importancia donde se practicaba la guerra (Soler, S. 1988). En apretada síntesis, el modelo de partes germano funcionaba así: cuando un germano lesionaba a otro, se refugiaba en la iglesia, lo que se llamaba asilo eclesiástico. De tal forma, eludía las consecuencias de los impulsos de venganza que luego de cometido el delito, generaban en la víctima o en sus allegados. El asilo eclesiástico era un medio para evitar la venganza. Una vez producida la Fiada o enemistad entre los grupos o clanes de víctima y victimario, se debían soportar altos costos, porque implicaba la guerra, razón por la cual los jefes de los grupos enfrentados, procuraban resolver el conflicto con el pago de una indemnización o con un procedimiento de lucha (ordalía), que por lo general era un duelo y quien ganaba tenía la razón. Declarado el duelo, el Juez debía cuidar la igualdad de las partes para que no fuera obstaculizado el juicio divino, ya que el resultado del duelo era considerado algo sagrado. Se destacan los casos de traición al grupo o clan, en cuyo caso

se imponían penas públicas (Zaffaroni, E. 2006). De lo expuesto hasta aquí, puede verse que la venganza fue evolucionando hacia el sistema composicional, en el pueblo germano.

4.2. Ley del Talión

Implicó un avance considerable desde el punto de vista social, porque viene a establecer límites moderadores frente a los posibles excesos que la víctima o sus allegados podían causar con la venganza, ya que ésta estaba ceñida a un equivalente del daño sufrido por el damnificado: *ojo por ojo, diente por diente* según la ley Mosaica.

Esta idea base de la ley del Talión, fue incorporada por manifestaciones antiguas como el Código de Hammurabi, donde las medidas de las penas estaban fijadas en relación directa con la proporción del delito y con la categoría del inculpado. Sin embargo, este Código incorporó una novedosa medida, además del principio talional, la venganza privada se sustituye por la actividad estatal, *quien es el órgano de aplicación*, además de considerar en el delito, la intención o inexistencia de intención por parte del sujeto activo (Ábalos, R. 2007; 25).

El Código de Hammurabi contiene el antecedente innovador para esa época, de reemplazar la actividad del estado sobre la venganza particular.

4.3. La expulsión de la paz

Semejante a lo que actualmente se conoce como destierro, era la separación y expulsión de un individuo del grupo, familia, clan, tribu o grupo social a que pertenecía: los efectos de esta medida eran sumamente graves porque el expulsado quedaba desprotegido, perdía todos sus

derechos en el pueblo que pertenecía y quedaba sin amparo ni protección de nadie, por lo tanto, podía ser tomado como esclavo por extranjeros o miembros de otras tribus o podía ser muerto.

Esta medida implicaba en muchos casos dejarlo indefenso frente a la venganza de la víctima o de su grupo social (sin perjuicio que otras veces podía eludirla), la medida de expulsión significó una cierta limitación a la reacción de venganza privada, como fue también la ley del Talión.

4.4. La composición y expropiación del conflicto

A partir de la implementación de la moneda como forma de pago en distintos pueblos, el sistema composicional de ofensas delictivas tomó vigencia mediante formas de pagos, inicialmente dejado en manos de los perjudicados, luego fue establecido mediante transacciones llevadas a cabo en un procedimiento público donde, por cierto, una parte del pago se destinaba al estado para la protección en la materia. Es decir que, frente a la comisión de un delito determinado, se practicaba componer los daños causados por el mismo mediante un pago, procedimiento que era cumplido por la autoridad pública, razón por la cual se llamaba a su recaudación “dinero de la paz”, ya que tenía como finalidad recuperar la protección de poder del estado. Sin embargo, el método composicional fue perdiendo práctica y aplicación, a partir de los siglos XII y XIII donde la expropiación del conflicto fue considerada conveniente para los Señores Feudales y por quienes ejercían el poder de pueblos y luego de naciones. Este modelo implicó que la víctima desaparecía o no se tenía en cuenta como persona; prohibía el combate judicial y se daba ingreso al sistema procesal inquisitivo para la investigación del delito. Exponentes de esta tendencia fueron en Alemania las Constituciones de Blamberg (1507); la Constitutio

Criminalis Carolina de Carlos V en 1.532; en España, el Fuero Juzgo o Libro de los Jueces (Liber Judiciciorum), las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio (1.263); las Ordenanzas Reales de Castilla de los Reyes Católicos (1.485) y las Leyes de Todo de Juana La Loca (1.505); la Nueva Recopilación Española (1.567) y las *Ordenacoes Filipinas* (1.603) junto a las Leyes de Indias fueron la legislación influyente para nuestra región (Zaffaroni, E. 2010; 167, 170).

Es decir que, durante el transcurso de los años, la consolidación del poder de los pueblos luego transformados en naciones y estados, fue acompañado por el avance de la expropiación del conflicto penal en cuanto significaba que la víctima iba perdiendo su rol protagónico y el poder público ganaba espacio. Así, el delito pasó de ser lesión contra la víctima, a crimen contra el soberano; de afectación a los derechos de un ser humano se transformó en ofensa al gobernante y por lo tanto el sentido de la pena cambió rotundamente porque ya no se buscaba la reparación del damnificado directo sino la neutralización del enemigo del poder público. Se produjo nuevamente el cambio en cuanto a las bases del conflicto penal y su método de solución o de resolución: de la reparación y satisfacción de la víctima a la expropiación del conflicto por el estado y la neutralización del delincuente considerado muchas veces como traidor o enemigo del soberano. Esta fue la tendencia general desde los siglos XII y XIII hasta mediados del siglo XVIII, cuando con el avance del industrialismo por la revolución industrial anterior, la civilización marcada por estos cambios impuso transformaciones en materia penal, donde lo que se buscaba principalmente era explotar en lugar de eliminar a las personas; se privilegiaba utilizar o lograr el aprovechamiento laboral, muchas veces excesivo, en vez de neutralizar a los condenados. En cierta forma se logró cierto avance humanista por el abandono de penas crueles y la imposición de la prisión en condiciones que no fueran

aterradoras, sin embargo, los abusos podían existir en otros ámbitos. En la dirección indicada se encuentra la Instrucción de Catalina II de Rusia (1767) y luego los primeros códigos penales como el de Pedro Leopoldo de Toscana (1786); José II de Austria llamado Código Josefino (1787) y el Landrecht de Prusia, de Federico II (1.794) (ver Zaffaroni, ob. cit., 167, 170).

V. Reconocimiento del estado de víctimas en el orden internacional y local

Durante muchos años se mantuvo la expropiación del conflicto y el monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del estado, que dejó a las víctimas fuera o excluidas del proceso penal, como "un convidado de piedra". Sin embargo, a nivel internacional comenzó a tener presencia.

El derecho europeo define a las víctimas en el art. 1 a) de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea, del 15 de marzo de 2001, sobre la posición de las víctimas en el proceso penal: víctima es toda persona física que ha sufrido un daño, físico o mental, sufrimiento emocional o pérdida económica, directamente causada por actos u omisiones que violan el Derecho Penal interno.

Art. 1.1. Recomendación (2006) 8 de 14 de junio, sobre asistencia a víctimas de delitos, del Comité de Ministros del Consejo de Europa: persona física que ha sufrido un daño, físico, mental, emocional, o una pérdida económica causada por actos u omisiones tipificados en un estado. Se menciona, además, en su caso, la familia inmediata o personas dependientes de la víctima directa.

Resolución de Naciones Unidas: En general se ha sostenido que víctima es la Persona que sufre física, psíquica y socialmente por el delito causado en su perjuicio. Padece un daño y por lo general es sujeto pasivo del delito. El Código Procesal Penal de la Provincia de

Mendoza, considera a las víctimas como las personas ofendidas por el delito de acción pública y les otorga varios derechos, cuyo ejercicio puede facilitar la consecución de la causa y protegerlas. Luego de muchos años de historia en que la víctima fue ignorada tal cual se ha relatado en puntos anteriores, la legislación ha reconocido que es el portador real del bien jurídico tutelado y que debería ser recompuesto. Por mucho tiempo en la historia fue desplazada del Proceso Penal, se desconoció su papel protagónico dado su relación con las pruebas y su interés en el caso. La Asamblea General de la ONU (Organización Naciones Unidas), en fecha 29-11-1985, aprobó la Declaración de Principios Fundamentales de Justicia, por resolución 40/34, que define a las víctimas como personas que individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos esenciales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. También son víctimas: los herederos forzosos (art. 108 Ley N° 6.730 CPP de Mza) familiares, dependientes inmediatos de la víctima directa y quienes sufrieron daños al asistirla o para prevenirla. Como puede observarse, el concepto establecido por la ONU y legislación local es amplio y comprende muchas situaciones de las personas que padecen un delito.

El análisis de esta definición permite sostener que se considera a las víctimas de delitos y a las de abuso de poder.

Víctimas de delitos: las personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de

poder. Comprende a los familiares o personas a su cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

Víctimas del Abuso de Poder: personas que individual o colectivamente hayan sufrido daños incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos.

Se distinguen con claridad las víctimas de abuso de poder como consecuencia de la afectación de derechos fundamentales reconocidos por tratados internacionales de derechos Humanos, consumadas por regímenes de gobiernos autoritarios, cuyo concepto se ha establecido con la finalidad que se ponga límite a este tipo de situaciones que, en definitiva, atentan contra derechos esenciales de la persona como consecuencia del ejercicio abusivo del poder político.

Otro documento importante es la Decisión marco del Consejo del 15 de marzo del 2001 relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal (2001/220/JAI).

VI. Situación de la víctima en el Derecho Penal y Código Penal Argentino

En el derecho penal sustantivo, el concepto de víctima es más estricto o acotado que el victimológico. Las leyes penales materiales emplean el término agraviado, sujeto pasivo o titular del bien jurídico lesionado, por ejemplo, sin perjuicio que la disciplina de la victimología viene ejerciendo influencia mínima sobre el derecho penal.

Si repasamos los avances y retrocesos que tuvo la víctima en la legislación y derecho penal de los estados, en la actualidad, considerando el derecho sustantivo, podría afirmarse que se ha avanzado en una re-valoración de la víctima o que logró un discreto retorno: los códigos penales posteriores dictados ya en el siglo XIX, impulsados a partir del enciclopedismo, mostraron mínimamente la tutela de los derechos de la víctima, porque partieron del monopolio del poder del estado para el ejercicio de la punibilidad. El Código Penal Argentino incorporó algunas normas que en la práctica no lograron los resultados esperados por la misma ni tampoco se obtuvo su adecuada reglamentación e implementación jurídica y práctica posterior para atender los daños causados al damnificado, especialmente por parte del derecho de ejecución penal por medio de la Ley nacional N° 24.660 y sus modificatorias y actualizaciones. En la dirección tomada, el art. 11 del C.P. dice que el producto del trabajo del condenado a reclusión o prisión, se aplicará simultáneamente, en primer lugar, a indemnizar los daños y perjuicios causados por el delito que no "satisfaciera" (o satisfaga) con otros recursos... El art. 29 del mismo cuerpo legal dice que la sentencia condenatoria podrá ordenar: 1º La reposición al estado anterior a la comisión del delito, en cuanto sea posible, disponiendo a ese fin las restituciones y demás medidas necesarias. 2º La indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencialmente por el juez en defecto de plena prueba. 3º El pago de las costas. Por su parte el art. 30 del C.P. Argentino establece que la obligación de indemnizar es preferente a todas las que contrajere el responsable después de cometido el delito, a la ejecución de la pena de decomiso del producto o el provecho del delito y al pago de la multa. Si los bienes del condenado no fueron suficientes para cubrir todas sus responsabilidades pecuniarias, éstas se satisfarán en el orden siguiente: 1° La indemnización de los daños y perjuicios. 2° El resarcimiento de los gastos del

juicio. 3° El decomiso del producto o provecho del delito. 4° El pago de la multa.

Asimismo, el art. 31 del CP establece que

> “la obligación de reparar el daño es solidaria entre todos los responsables del delito, mientras que el art. 32 dice El que por título lucrativo participare de los efectos de un delito, estará obligado a la reparación hasta la cuantía en que hubiere participado; y el art. 33 prevé situaciones especiales al establecer que en caso de insolvencia total o parcial, se observarán las reglas siguientes: 1º Tratándose de condenados a reclusión o prisión, la reparación se hará en la forma determinada en el art. 11; 2º Tratándose de condenados a otras penas, el Tribunal señalará la parte de sus entradas o emolumentos que deban depositar periódicamente hasta el pago total”.

Por lo expuesto, el C.P. Argentino contempla la posibilidad de reparación económica por los daños causados por el delito, que, además de la ofensa al bien jurídico protegido penalmente y que fundamenta el castigo del autor, los posibles perjuicios que ocasione el hecho delictivo pueden ser el fundamento del derecho de los damnificados para solicitar su composición, la cual no excluye a la sanción penal (prisión, reclusión, multa e inhabilitación). La norma que habilita este reconocimiento, es el art. 29 del C.P., que al decir que la sentencia condenatoria “podrá ordenar”, significa que para obtener la reparación de los perjuicios que ha causado el delito, los damnificados cuentan con una acción civil independiente de la acción criminal conforme lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación.

Si bien existen estas disposiciones legales sustantivas, es válido hacer notar que, en la práctica, la gran mayoría de los daños y perjuicios causados a las víctimas por delitos

varios, no son recompuestos ni reparados e indemnizados, debido a la existencia de múltiples factores, entre los que pueden citarse, la insolvencia o falta de respaldo patrimonial del condenado. El C.P. argentino también regula lo referente al ejercicio de las acciones penales en los arts. 71, 72 y 73, y distingue entre las acciones penales públicas respecto de las acciones dependientes de instancia privada y privadas y debido a esta regulación acerca de la naturaleza y clases de acciones penales, confiere al agraviado la potestad, en algunos casos, de ejercer su pretensión penal que se podrá transformar en acción pública (art. 72) o será exclusiva de acción privada (art. 73).

El art. 76 bis del C.P. que regula el instituto de la Suspensión del Juicio a prueba, establece en su tercer párrafo que, al presentar la solicitud de suspensión del juicio, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez resolverá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

En la práctica judicial y por aplicación de disposiciones locales (provinciales), si el damnificado no se constituyó en actor civil dentro del proceso penal, esta condición para que sea procedente la solicitud de suspensión del juicio a prueba, no es exigible.

Como puede concluirse, la ley sustantiva penal en Argentina contiene disposiciones que regulan derechos fundamentales de las víctimas al considerar la necesidad de su reparación a consecuencia del delito sufrido, aunque esto en la mayoría de los casos no se logre.

VII. El avance en sus derechos a partir de la Ley Nacional de Víctimas

La Ley nacional de víctimas (N° 27.372) amplió el concepto de víctimas y entre muchos más, se destaca que:

- Reconoció mayores derechos.
- Legisló sobre víctimas vulnerables (aunque escasamente).
- Impuso obligaciones policiales sobre el trámite de la denuncia.
- Creó los Centros de Asistencias de Víctimas para delitos federales.
- Estableció como muy buena medida, la presunción de peligro de la víctima cuando los delitos fueran hechos graves e impone la obligación de la autoridad de neutralizar el peligro.
- Establece evitar la revictimización judicial y conceder patrocinio gratuito.
- Confiere intervención en etapa de ejecución penal a favor de las víctimas.
- Obligación de escuchar a la víctima (aunque su opinión no será vinculante).
- Confiere intervención al Ministerio Público de la Defensa para la representación jurídica de la víctima.

La Ley Nacional de Víctimas tuvo una proyección importante en el C.P.P.N. al que modificó y ha significado un importante avance legislativo tendiente a consolidar los derechos de las personas víctimas de delitos. Este avance también se puede verificar, con mucha menos escala, en varias provincias de la República Argentina, donde se ha previsto:

Reconocimiento relativo de derechos y vigencia parcial de normas de intervención procesal.

Acordadas de los superiores Tribunales de Justicia y de la CSJN que confieren carácter de obligatorias a las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad.

Creación de Oficinas y Centros de Atención y Protección de Víctimas y testigos.

Todo ello se ha manifestado también por el reclamo mayoritario, en general de los autores de doctrina jurídica sobre los derechos y necesidad de mayor protección en favor de víctimas y ofendidos por delitos de acción pública.

En esa dirección se vienen dictado sentencias de Tribunales nacionales y federales de Argentina que promueven sus derechos, mayor intervención procesal y de facultades para litigar en el proceso penal, reconociendo más atribuciones.

La Jurisprudencia dictada en los Superiores Tribunales de Justicia de Provincias, no es unánime, aunque se ha verificado la tendencia al reconocimiento de sus derechos.

VIII. Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de personas en condiciones de vulnerabilidad y su carácter obligatorio asumido por Acordadas de Tribunales

Las “Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en condiciones de Vulnerabilidad”, tienen fuerza obligatoria porque la SCJM adhirió a las mismas por acordada 24.023 (lo propio también fue acordado por la CSJN). Las reglas tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial. Los

operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Asimismo, recomiendan priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas.

8.1. Concepto de las personas en situación de vulnerabilidad

Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

8.2. Edad

Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del

sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. El envejecimiento también puede constituir una causa de vulnerabilidad cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

8.3. Discapacidad

Se entiende por discapacidad la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social. Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación.

8.4. Pertenencia a comunidades indígenas

Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la

administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales.

8.5. Victimización

Se considera víctima 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. Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.

8.6. Migración y desplazamiento interno

El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo, se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de

los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo. También pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad los desplazados internos, entendidos como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

8.7. Pobreza

La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad. Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia.

8.8. Género

La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.

Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la

igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica.

En resumen, considerando la especial situación vulnerable de las personas que se encuentren dentro de los parámetros detallados, se deben implementar y lograr aplicación práctica, de todas aquellas medidas que fueren necesarias para facilitar la tutela de sus derechos y acceso a la justicia.

IX. Legislación especial en la Provincia de Mendoza

Se sancionó la Ley N° 7.841 luego modificada por Ley N° 8.495 que crearon el SAVIC, Sistema de ASISTENCIA PÚBLICA PARA VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS. Entre otros puntos de interés, esta ley ha previsto lo siguiente:

BENEFICIARIOS del sistema de asistencia: CASOS de delitos contenidos en los arts. 79°, 80°, 84°, 91°, 165° y 166°, ap. 1 y DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL arts. 119°, 120°, 124° C.P.

Implementación de ASISTENCIA: aportes de carácter económico, tratamiento psicológico y psiquiátrico, becas para estudio, planes de vivienda sociales y beneficios especiales para personas físicas, o jurídicas que empleen a las víctimas directas o indirectas de tales delitos.

Admite el concepto amplio de víctima para otorgar beneficios a víctimas indirectas.

Establece la INCOMPATIBILIDAD DE ASISTENCIAS ECONÓMICAS CON INDEMNIZACIONES JUDICIALES y con seguros privados u otras indemnizaciones, aunque pueden complementarse si alguna es insuficiente.

La ley quedó en suspenso. El Importe de las asistencias está sin reglamentar. por eso no se logró aplicar la ley.

Contiene un Plazo prescripción DOS AÑOS para solicitar beneficios.

Dispuso creación de OFICINA ASISTENCIA A LA VÍCTIMA.

Requiere de una SOLICITUD ASISTENCIA ANTE: Ministerio de Seguridad; Fiscales intervinientes; Jueces de Paz del lugar en que se cometió el hecho o del domicilio de la víctima o ante la repartición policial.

Facultó al Ministerio de Seguridad de Mza como autoridad que recibe la petición y cuenta con amplias facultades probatorios sobre el peticionante.

Oportunidad del otorgamiento de asistencia económica: luego de la sentencia o en casos excepcionales antes de la misma. Esta se denomina asistencia provisional.

Admite una Acción de subrogación del estado por pago de asistencias contra los responsables y de repetición contra personas a quienes no correspondía la asistencia.

Establece la obligación de informar de funcionarios policiales, funcionarios públicos, judiciales, jueces, M.P.F., otros magistrados, sobre la existencia de esta ley a las personas víctimas.

Dispuso la creación del fondo de Compensación Víctimas de delitos. Autorizó partidas.

Sin embargo, dado que la LEY se encuentra SIN REGLAMENTAR y debía serlo en 120 días corridos contados a partir de su promulgación, no logró su aplicación porque debía entrar en vigencia junto con la reglamentación.

C.P.P. de Mendoza: Regula expresamente sus derechos en Art. 108 que dice: La víctima del delito o sus herederos forzosos, tendrán derecho a ser informados acerca de las

facultades que pueden ejercer en el proceso. Sin perjuicio de todo ello tendrán también derecho a: a.- Recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes. b.- Ser informada por la oficina correspondiente acerca de las facultades que puede ejercer en el proceso penal, especialmente la de constituirse en actor civil. c.- Ser informada sobre el estado de la causa y la Situación del imputado. d.- Cuando fuere menor o incapaz, el órgano judicial podrá autorizar que durante los datos procesales en los cuales intervenga sea acompañada por persona de su confianza, siempre que ello no coloque en peligro el interés de obtener la verdad real de lo ocurrido. e.- La protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia. f.- En los procesos vinculados con violencia familiar, el magistrado interviniente, previa vista al Ministerio Público podrá disponer a petición de la víctima, o de un representante legal o del Ministerio Pupilar como medida cautelar, y mediante resolución fundada, la exclusión o en su caso la prohibición del ingreso del imputado al hogar de la víctima. Así también se procederá cuando el delito haya sido cometido en perjuicio de quien conviviera bajo el mismo techo y existan motivos para presumir la reiteración de hechos de la misma naturaleza. La medida se dispondrá con posterioridad a la imputación, teniendo en cuenta las características y gravedad del hecho denunciado, como también las circunstancias personales y particulares del presunto autor de aquél. Una vez cesadas las razones que obligaron a la adopción de la medida, a juicio del magistrado, y en su caso a pedido del interesado o del Ministerio Pupilar, se dispondrá su inmediato levantamiento. Los derechos reconocidos en este artículo deberán ser anunciados por el órgano policial o judicial, al momento de practicar la primera diligencia procesal con la víctima o sus causahabientes, bajo pena de nulidad del acto. Los derechos referidos en el presente artículo son reconocidos también a las asociaciones, fundaciones y otros entes, en

los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses. En el caso de que la víctima fuere extranjera, la autoridad judicial y policial interviniente deberá dar aviso en forma inmediata por correo electrónico, fax o teléfono o cualquier medio fehaciente disponible al consulado que corresponda a su nacionalidad, con todos los datos personales del mismo.

Además, el art. 108 bis del CPP de Mza amplió los derechos para los casos de violencia de género. El texto sostiene que, en caso de violencia contra la mujer, el Juez Penal competente, de manera fundada y previa imputación del acusado, podrá ordenar el oficio, a pedido de la víctima o del Ministerio Público, la utilización de mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial.

La medida tendrá carácter restrictivo, por un plazo determinado y solo podrá disponerse en caso de peligro fundado a la integridad física de la mujer, a fin de asegurar una orden judicial de prohibición de acercamiento.

Deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a.- Incumplimiento anterior de una medida de prohibición de acercamiento.
b.- Existencia de denuncia penal por violencia contra la mujer.
c.- Consentimiento informado de la mujer.
d.- Plazo determinado prorrogable, sin perjuicio de la revisión judicial periódica de la medida dictada.

Las causales de cese de la orden judicial de utilización de los mecanismos y/o sistemas de localización georeferencial serán las siguientes:

1.- Vencimiento del plazo judicial.
2.- Levantamiento de la prohibición de acercamiento.
3.- Solicitud de la mujer.

4.- Sobreseimiento o absolución del denunciado.

La SCJM dictó acordada N° 25.032 creando el servicio de asistencia a víctimas y testigos, poniendo en vigencia el protocolo respectivo mediante distintas medidas como asesoramiento legal, asistencia médica, asistencia de trabajo social, contención psicológica. Para darle operatividad a estas medidas, amplió las funciones de CAI, incorporando como función del Cuerpo Auxiliar Interdisciplinario (C.A.I.) la atención de las víctimas y testigos que sean derivadas de las Mesas de Atención, de las Oficinas Fiscales del Ministerio Público, de los organismos gubernamentales y privados, como así también de aquellas personas que espontáneamente se presente al Servicio de Víctimas y Testigos.

Lamentablemente no se lograron los fines esperados mediante la sanción de estas normativas.

Por su parte el Ministerio Público Fiscal de Mza dictó Resoluciones relacionadas con las víctimas referentes a la información durante el proceso penal (ver resolución general nº 300/2013), y para destacar es la Resolución General nº 16-2020 referente a criterios de oportunidad, donde expresamente establece la necesaria participación de las víctimas para estos actos procesales de importancia debido a sus efectos. También se han dictado resoluciones relacionadas con testigos y víctimas, especialmente cuando se trata de niñas, niños y adolescentes y la recepción de sus declaraciones mediante sistemas de Cámara Gesell u otros procedimientos idóneos para impedir la revictimización.

X. Normativa Nacional y Federal

Además de la Ley nacional de víctimas respecto de la que ya hicimos algunos comentarios precedentes, Procuración General de la Nación también se ha ocupado

de la problemática dictando resoluciones, entre las que se pueden destacar creación de la Dirección de Orientación, Acompañamiento y Protección a Víctimas (DOVIC), implementada mediante Resolución PGN 1105/14; Resolución PGN N° 174/08 – Guía de Santiago sobre protección de víctimas y testigos, que adoptó las mismas ordenando a los Fiscales Penales su aplicación; Resolución PGN N° 58/09 – Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad; Resolución PGN 08/09 – Declaración en Cámara Gesell; Resolución PGN 64/09 – Declaraciones durante la instrucción; Resolución PGN 94/09 – Protocolo de actuación en caso de víctimas de trata de personas.

El Código Procesal Penal Federal (con vigencia parcial), contiene el art. 79, que reconoce la Calidad de víctima y dice: Este Código 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. Art. 80.- Derechos de las víctimas. La víctima tendrá los siguientes derechos: a. A recibir un trato digno y respetuoso y que sean mínimas las molestias b. A que se respete su intimidad en la medida 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; m. 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. Art. 81.- Asesoramiento técnico. 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 N° 27.372 o la que en el futuro la reemplace. Art. 82.- Asesoramiento especial. 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.

Como puede advertirse, en la República Argentina se viene reflejando un lento reconocimiento y consideración

de los derechos de las víctimas en la legislación y normativas administrativas-jurisdiccionales y de órganos del Poder Judicial, con criterios que se diferencian respecto al estado de situación que se verificaba desde la década de 1950.

XI. Relación de sistemas de enjuiciamiento penal y posición de víctimas

El sistema de enjuiciamiento acusatorio con litigación adversarial que vienen adoptando la mayoría de los países de América Latina, en nuestro país mediante el C.P.P.F. y la mayoría de las provincias argentinas, contiene distintas características que mejoran el ejercicio de los derechos de cada una de las partes y con ello, de las víctimas. Se analizará este aspecto a continuación.

XII. Sistema acusatorio con litigación adversarial y Juicios por Jurados Populares, participación ciudadana y consideración de víctimas

Por ejemplo:

XII.1. En materia de Ejercicio de la Acción Penal: La misma pasó con el sistema inquisitivo de los jueces al M.P.F. y del M.P.F. a convocar y escuchar a las víctimas. Por lo tanto, se verifica que reduce el monopolio de la acción penal.
XII.2. Avance en la TRANSPARENCIA: Reducción a la mínima expresión del secreto de sumario y del acceso a causas. La mayoría de los poderes judiciales avanzaron también con reformas estructurales hacia la Digitalización, el expediente

> electrónico, lo que implicó una mejora en el ejercicio de derechos, porque al contar con el expediente digitalizado, se facilita su acceso. A todo ello se agrega la necesidad que los litigantes, en especial los encargados de la acusación, deban elaborar la Teoría del caso y los actos consecuentes con ésta: Alegatos de apertura y de clausura. Para su formulación serán necesarias tareas de preparación y estudio serio de cada caso, lo que sin dudas tiene repercusión en la vigencia de los derechos de las partes.
>
> XII.3. El sistema acusatorio con litigación adversarial logra mayor transparencia mediante el desarrollo de audiencias de control de acusación y audiencias preliminares, donde se litiga en forma oral y pública la prueba.

Existe mayor transparencia por la implementación de la ORALIDAD como regla y los escritos como excepción. Recordemos que las audiencias orales serán públicas salvo las excepciones previstas en la ley.

Se puede verificar MAYOR CELERIDAD: por la ORALIDAD como forma general y obligatoria de resolución en audiencias públicas.

Por la implementación de los COLEGIOS DE JUECES y las OGAP, donde se separan las actividades administrativas de las jurisdiccionales y de resolución; también porque se mejoran los tiempos de atención de casos, fijación de audiencias, resolución de causas, incremento de la productividad, del número de sentencias y resoluciones, todo lo que implico mejorar el sistema de respuestas a la comunidad lo que significa una mejoría en la administración de justicia penal, a comparación con los sistemas inquisitivos escritos o inquisitivos atenuados o mixtos.

Una nota para destacar es que no se paraliza el curso de causas por licencia de alguno de los magistrados, al

implementar sistemas de rotación en atención de casos.

Se verifican mejoras en la contención de personas involucradas, tanto de VÍCTIMAS como de IMPUTADOS, por la inmediación producto de la oralidad, toda vez que el contacto visual presencial o virtual del tribunal, las partes y los seres humanos que asisten a las audiencias se encuentran, se ven y pueden interactuar respetando el orden y las normas de dirección del acto a cargo del Juez.

Las audiencias orales generan aumento de la publicidad de los actos jurisdiccionales y del M.P.F.

El sistema de audiencias orales públicas PROMUEVE LA CAPACITACIÓN de Jueces, Fiscales, Defensores y Abogados intervinientes, lo que influye en la mejor administración de justicia de modo directo e inmediato, porque para acudir y asistir a las audiencias es necesario estudiar, analizar y preparar cada caso y cada una de ellas.

Se promueve practicar la JUSTICIA RESTAURATIVA mediante la aplicación de criterios de oportunidad como selección reglada de casos y que solo arriben a juicio los hechos más complejos.

Las técnicas de litigación oral en materia penal exigen (como se anticipó), elaborar una teoría del caso, luego presentar alegatos de apertura, controlar la calidad de la información probatoria, analizar la convicción de las pruebas y evidencias, desempeñarse a partir del juego limpio y buena fe de litigantes, actuación objetiva del M.P.F., la asistencia de víctimas, efectiva participación de éstas y de los ciudadanos en la administración de justicia, seriedad del caso dado que el M.P.F. u órgano de acusación particular tienen la carga de la prueba, los que presentan el caso ante Tribunal de jueces Técnico-Profesionales o ante el Jurado Popular, lo que exige preparación del juicio.

También el sistema consolida mayor imparcialidad e independencia de los jueces al carecer de facultades autónomas de investigación.

Se admite la posibilidad de controlar la conformación del tribunal de jurados en audiencias de selección.

MEJORA DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO mediante la participación ciudadana en los juicios por jurados populares.

De este modo, las sentencias de Tribunales Técnicos que se logren en el marco del sistema acusatorio con litigación adversarial, gozarán de mayor confianza, legitimación constitucional y ciudadana, al igual que para los casos de veredicto de Jurados Populares.

El sistema acusatorio con litigación adversarial tiene repercusión directa sobre el tribunal tanto formado por jueces técnicos como por jurados populares, es un sistema que mejora la administración de justicia, por la participación ciudadana, transparencia, imparcialidad, publicidad, celeridad y sentido común con los que se logran las sentencias judiciales y los veredictos.

XIII. Necesidad de implementar medidas concretas – Pensar y desarrollar el proceso con perspectiva humana

Todos los sujetos procesales (integrantes del Tribunal de Juicio, Defensores, Fiscales, querellantes); deben tener empatía hacia las personas involucradas, víctimas vulnerables, imputados, ofendidos por el delito…

No deben olvidarse los criterios de interpretación de las leyes de modo multidisciplinario, integral y sistemático, valorando los aportes de la psicología judicial, criminología, medicinal legal, criminalística, psiquiatría, pero fundamentalmente con una perspectiva humana de respeto a la dignidad de las personas perjudicadas por el delito y la situación de su comisión respecto del sospechado.

Para lograr efectivamente la protección de ofendidos, es necesario acudir al conocimiento territorial y social de investigadores y de expertos funcionarios judiciales y policiales capacitados.

Es necesario un cambio de pautas de acción para lograr medidas efectivas de protección inmediata de víctimas y testigos:

- no esperarlos en la comisaría ni en las oficinas fiscales a que acudan a pedir ayuda;
- tomar contacto directo o por vía telefónica o electrónica, lograr entrevistas y testimonios a partir de su resguardo y considerando la garantía de defensa en juicio.

XIV. Conclusiones

Desde hace aproximadamente más de dos décadas se observa que en la República Argentina se sancionaron leyes de protección de víctimas; se modificaron los Códigos Procesales Penales, se dictaron leyes especiales en provincias, se dictaron acordadas de Superiores Tribunales, resoluciones de Procuraciones Generales y muchos instrumentos jurídicos más para procurar contener, proteger y asistir a víctimas. Sin embargo, la realidad de los casos cotidianos en tribunales permite observar que, en gran parte, tanto víctimas como testigos no reciben la asistencia proclamada en dichas normas y que la situación de las mismas frente al caso concreto es difícil.

Las reformas procesales hacia los sistemas de enjuiciamiento acusatorios con litigación adversarial contribuyen a mejorar los derechos de las personas involucradas (víctimas, testigos, imputados), facilitando su consideración como tales, derechos y dignidad.

La gran cantidad de delitos y procesos de investigación de los mismos permite sostener que aún falta mucho en cuanto a lograr la contención y protección de personas ofendidas, por lo que resulta necesario implementar medidas inmediatas desde el primer momento del delito, promover el sistema acusatorio con litigación oral

adversarial, los juicios por jurados populares para hechos de gravedad, elaborar e implementar protocolos de actuación con perspectiva victimológico para una efectiva protección de los damnificados y ofendidos penalmente. Promover la justicia restaurativa hacia la reparación de las víctimas por los responsables, debido a los daños que causa el delito. Será necesario incrementar las medidas que hasta ahora se han tomado, logrando la formación de grupos especiales de funcionarios capacitados y dedicados con exclusividad a las víctimas desde el primer momento en que se tome conocimiento del delito.

ARTÍCULO VIRTUDES Y DEFECTOS DEL EXPEDIENTE DIGITAL EN EL FUERO LABORAL

Eugenia Bona

La pandemia nos puso frente a situaciones críticas, en todos los ámbitos de la vida, en educación, en el uso del diario derecho de transitar, y, por cierto, en el campo del derecho, San Luis tiene hace años el sistema del expediente digital, y especialmente en el fuero laboral, está desde 2015.

A veces me han preguntado ¿cómo se consiguió convencer a los abogados y a los jueces de la necesidad del sistema? y en realidad, el STJ tomo la decisión política, mediante acordada, poniendo solo plazo de inicio. Se empezaba, sin preguntas. Pero el día a día traía cantidad de problemas, que debían resolverse con el sistema de error-acierto, y la constante modificación jurisprudencial del CPL, y otras normas.

De allí la necesidad de reforma del código procesal, que se proyectó para 2020, sin saber, claro, que iba a ser pandemia, lo que no nos asustó, y nos reunimos todo el 2020, y a este día del 2021, 15 de setiembre, ya hemos redactado el borrador completo, y controlados definitivamente casi la mitad del articulado, lo que nos permite pensar que en un mes puede entregarse el proyecto. Su mérito es compatibilizar la ley procesal con el

reglamento electrónico, y la actual ley orgánica de administración de justicia. POR EJE.

La prueba documental, que se escaneaba y se reservaba en secretaria, ahora se escanea, Y EL ORIGINAL QUEDA EN PODER DEL LETRADO PRESENTANTE, COMO DEPOSITARIO, CON LA OBLIGACION DE PRESENTARLA CUANDO SE REQUIERA, por el juez o por las partes.

Ello ha significado hasta una modificación edilicia, porque el espacio que demandaba la guarda de documental dentro del juzgado, con prueba que, en lo laboral, suele ser de gran volumen, ya no existe.

TRANSCRIBO EL ART., 28 del CPL:

> “Las partes y todos aquellos que por cualquier título intervengan en el proceso, deben constituir domicilio procesal dentro del amito de competencia territorial del juzgado. Este subsistirá mientras no se denuncie otro distinto. El domicilio procesal electrónico no requerirá constitución y será el del abogado que los patrocina, de dominio Poder Judicial. En caso de co-patrocinio, deberá indicarse la dirección electrónica que se tendrá como único domicilio procesal electrónico, bajo apercibimiento de tener como valido la notificación”.

En el proyecto, se recepta el sistema actual, del domicilio electrónico de los letrados, y se advierte que también las partes pueden solicitarlo, siendo la SEC. DE INFORMÁTICA DEL STJ, quien lo proporciona.

La única cédula papel que se envía es la de la demanda, porque el accionado aún no ha constituido domicilio electrónico, y las de los testigos, peritos y terceros.

El sistema informático que se utiliza es el IURIX, que es similar al que utiliza la ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PROVINCIAL, que es el TRAMIX, y también diferente al de los letrados, que es el SAJA.

Esta situación permite que la mayoría de las comunicaciones dentro de la provincia sean electrónicas, en el fuero laboral, al tener relación con varios organismos nacionales, por ej., ANSESS, AFIP, SRT, MTESS, ETC, se deba mantener el sistema papel para estas comunicaciones.

Transcribo el art. 39 ant. CPL:

> “Las actuaciones procesales del trabajo se tramitarán en expedientes electrónicos despapelizados, mediante el uso de documentos electrónicos, de comunicaciones electrónicas de firma digital y domicilio electrónico, conforme se determine en la ley orgánica de administración de justicia y lo reglamente el STJ”.

Transcribo los arts. 46, 47 y 70 del proyecto que es aclaro, la forma en que se viene trabajando, por lo que la reforma solo ha receptado la jurisprudencia uniforme tanto para el procedimiento laboral, como para el civil.

> Art. 46: “Las notificaciones al domicilio procesal electrónico deberá ser realizadas por medios electrónicos o informáticos firmados digitalmente, por el tribunal o las partes. De las notificaciones electrónicas, deberá constar el correspondiente reporte técnico que acredite su envío, su temporalidad, la identificación del emisor y su destinatario. La notificación se realizará y conservará en condiciones susceptibles de garantizar su integridad y recepción.”

> Art. 47: “la visualización de las constancias mediante la consulta Web en el sistema informático del expediente digital cumplirá el requisito de copias para traslado, cuando las notificaciones se realicen al domicilio real, al procesal electrónico o a

la dirección electrónica del litigante, ambos dominios del Poder Judicial".

Art. 70: La demanda se interpondrá por ante el juez competente:

El demandante deberá mencionar en su presentación inicial:

Apellido y nombre o razón social.
Documento nacional de identidad u otro documento idóneo a los fines de acreditar la identidad.
Código único de identificación laboral -CUIL- o código de identificación tributaria -CUIT-.
Domicilio real.
Nacionalidad.
Estado civil.
Profesión u oficio.

Asimismo, deberá denunciar del demandado y bajo su responsabilidad:

Apellido y nombre o razón social.
Código único de identificación tributaria -CUIT- o código único de identificación laboral.
Domicilio.
Exponer los hechos en que se funda la demanda explicados claramente con la designación detallada del objeto de la pretensión.
Monto y especificación del cálculo aritmético de los rubros reclamados.

También ofrecerá prueba de que intente valerse, digitalizando en su totalidad y bajo su responsabilidad los documentos que obren en su poder y que acompaña, si no los tuviere los individualizará indicando el contenido, el

lugar, archivo, oficina o persona en cuyo poder se encuentren".

Debo advertir que el expediente electrónico, ha aumentado el trabajo para el juez, al utilizarse mucho menor tiempo en el trámite de la causa. A modo de ejemplo, de febrero a julio del 2020 ya había dictado 80 sentencias y en el mismo lapso, del 2021, 250 sentencias.

Se dirá que en 2020 vivimos la crisis pandémica y la cuarentena, pero recuerdo que SAN LUIS, trabajo en forma remota toda la pandemia, y nuestras causas continuaron su trámite.

También debo mencionar que el fuero laboral ha sido la trinchera de la crisis que se vive, que nuestro trabajo diario es con personas despedidas, suspendidas, sancionadas, enfermas o muertos en accidentes de trabajo.

En síntesis, con la urgencia del desamparo y la falta de recursos, lo que no espera a mañana, o a que pase el COVID, así en las audiencias conciliatorias, se han tomado por el sistema CISCO WEBEX, o se han aceptado escritos con las firma digital de ambos abogados, y la firma del empleado, ya que los letrados, con su firma digital, se responsabilizan de las firmas obrantes en el escrito CONFORME ART. 92 DEL PROYECTO, QUE ES ANÁLOGO AL VIGENTE AHORA OBRANTE EN EL REGLAMENTO, y los pagos se ordenan por transferencia al BCO SUPERVIELLE, donde se encuentran las cuentas judiciales, depositándose a la cuenta que indique el acreedor, de manera de evitar circulación.

Desde el comienzo de la pandemia, hasta el mes de setiembre, toda la administración pública y el Poder Judicial han atendido con sistema de turnos, respetando estrictamente los protocolos sanitarios. También, como ya he manifestado, se modificaron estructuras INTERNAS DE LOS JUZGADOS, para poder cumplir con el distanciamiento.

Otro elemento que se implemento fue la mesa DE ENTRADAS VIRTUAL, la cual es atendida por personal del

juzgado, y atiende las consultas profesionales sobre las causas en trámite.

Todo este sistema ha disminuido en formas notoria la concurrencia de público a los juzgados, y en la mayoría la mesa de entradas, que antes era amplia y ocupaba espacio importante, hoy sea una simple ventanillas o un pequeño espacio, donde se atiende a un profesional, o un litigante, por vez, tampoco hace falta explicar que la actividad social entre los miembros del foro, también ha disminuido de manera notable, y a modo de curiosidad, les comento que solo un café de los cercanos a tribunales ha subsistido… Todos sabemos que esos cafés, eran un centro de discusión de fallos, proyectos, intensa vida social, ya que la abogacía es una profesión muy social… También hay muchos estudios, especialmente los que atienden empresas, trabajan a directamente en contacto virtual con el cliente, lo que me atrevo a decir, hace que enfrentemos un nuevo perfil del abogado, y que los que tenemos la responsabilidad de formar nuevas generaciones, a través de la docencia, no podemos ignorar.

Confieso, que a veces pasan semanas sin que siquiera cruce un colega en los pasillos, y la comunicación más común es por vía electrónica. Sigo extrañando un café, una charla, que siempre es enriquecedora.

Otro elemento que el proyecto ha INCORPORADO a la dotación de personal del juzgado es un contador, como personal profesional de planta, con el fin de que la sentencia salga integrada numéricamente con la liquidación de rubros reclamados, actualizados y honorarios regulados, de manera de que, luego de la apelación, haya un monto a ejecutar.

También se ha establecido expresamente que las CÁMARAS que ahora están divididas en 3 salas de 2 miembros cada una, deben dictar la sentencia, determinando los rubros rechazados, es decir, lamentablemente es practica en nuestras cámaras mencionar lo que se rechaza, y mandar de nuevo el juez de

1era instancia corregida, para que INTEGRE, es decir, un reenvió que no es formalmente admisible.

Esta norma también agilizara el procedimiento, y respetara el criterio del juez de 1era instancia, al cual se le ordena dictar una sentencia conforme lo que resuelve la cámara, de las actuales 3, 2 salas son laborales, lo que indica con claridad la cantidad de CAUSAS DE ESTE FUERO en trámite, que SUMAN más del 70 % de expedientes elevados, a SEIS AÑOS DEL EXPEDIENTE DIGITALES, debo manifestar que hay muy pocos que aún tienen parte en papel, y hay una aceptación mayoritaria, diría.

¿Cómo trabajó la provincia en pandemia? En la primera cuarentena, la más estricta, se trabajó directamente en forma virtual, y los juzgados ni siquiera tenían guardia mínima. Eso implico un enorme esfuerzo, ya que había una carga emotiva de angustia, encierro y hasta una imposibilidad, a veces de trabajo remoto. En cada domicilio, algunos empleados tenían una sola computadora, los chicos tenían clases virtuales, y generalmente por la mañana, nuestro personal en algunos casos podía acceder recién por la tarde, noche a su conexión con iurix, por lo que no había horarios de trabajo, ni de consultas, estábamos con guardias 24 por 24, que fue una experiencia agotadora.

Si bien la provincia tenía realidades diferentes, hubo localidades aisladas por cierto periodo, otros contaban con mayor actividad, y la provincia acepta permanentemente la normativa nacional. Cuando cedían los contagios, trabajamos con guardias de urgencia de 3 o 3 personas, otras veces se trabajaba cada 15 días, pero el resto siempre estaba con teletrabajo permanentemente, ya que los juzgados laborales han sufrido el golpe de la crisis económica de la pandemia en forma directa.

El derecho laboral, es de orden público, y alimentario, por lo que todo tiene carácter urgente, y así lo entendimos. Una ventaja para evitar la tramitación de expedientes

mellizos, sobre todo en accidentes, es que solo se pone en el sistema el número de DNI de la persona, e informa cuantos juicios tiene en la provincia, y porque causa, lo que es básico para determinar correctamente las incapacidades en el caso de los accidentes de trabajo.

En mi caso personal, salvo los periodos de ASPO he concurrido a mi despacho, porque entiendo que, en épocas de tormenta, es donde debe darse el ejemplo y no puedo exigir a mi personal lo que no brindo.

Un último comentario sobre nuestro sistema, es la implementación de la subasta electrónica, la que se realiza a través de un portal, que es subasta.justicia.gov.ar, en el cual se realizan todas las actividades, con intervención directa del martillero y el secretario de turno, son virtuales, hasta un tiempo determinado y en vez del martillero, el sistema corta directamente.

Siempre he dicho que soy una infiltrada en estas reuniones, donde priman los distinguidos civilistas, quiero antes de finalizar, manifestar que el art. 152 del C.C. y C. ratifica la autonomía del derecho laboral, poniendo hoy el tema tan discutido de la locación de servicios y el contrato de trabajo, esencial en el derecho laboral, y que permitía el trabajo en negro por maniobras de empleadores que consideraban a las locaciones civiles y a los contratos de trabajo con las graves consecuencias jurídicas y económicas que ello causa.

El art. 991 C.C. y C., habla de la buena fe, en el futuro contrato, lo que tiene un antecedente directo en el art. 64 LCT.

El art. 827 del CCyC y el 833, respecto a la solidaridad en el contrato, toma la pauta del plenario CNAT “Ramírez c/ Rosso comunicaciones e Insumos S.A.”, también impacta en el derecho laboral la Ley N° 26.618, sobre matrimonio igualitario, Ley N° 26.618, de identidad de género y toda la normativa del C.C. y C. sobre personas. Por ejemplo, en las licencias por maternidad, por lactancia, y periodo de excedencia, ha determinado que la patronal debe consultar

a la pareja para determinar quién cuidara al niño, niña, a los efectos de la licencia respectiva.

INVESTIGACIÓN CRIMINOLÓGICA DE UN FEMICIDIO

Johana V. Santarossa

I. Introducción

Comprendiendo que la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes en Argentina constituye actualmente un problema de salud pública debido a la magnitud y gravedad de las consecuencias personales y sociales que se derivan de la misma, es que surge la necesidad de realizar un análisis científico de la escena del hecho, como también la vida del agresor y la víctima, en donde se puedan contemplar las circunstancias contextuales del delito: permite conocer las causas del femicidio (motivaciones); las medidas a tomar con el agresor durante el proceso penal y al momento de la sentencia.

Cuando evaluamos las disímiles misiones y tareas de las ciencias penales y criminológicas, y leemos o presenciamos la situación y el panorama respecto a la viabilidad de un criminólogo dentro del ámbito penal en el análisis de los femicidios, encontramos diferentes dificultades para ello: 1) desconocimiento de la criminología por parte de los funcionarios encargados de solicitar las pruebas; 2) la incorporación de una gran cantidad de personal para investigar dichos casos, lo cual significaría un aporte económico significativo del Estado y en la actual crisis

económica en la que se ve envuelta Argentina, sería un ideal utópico; 3) la ausencia de un método único que sustente la formalización de un investigador criminológico.

Solo podrá obtenerse una reducción de las violencias contra las mujeres, niñas y adolescentes, si se modifica el complejo de factores criminógenos presentes en el propio sistema social o se produce un cambio en el marco socio-cultural. En este sentido entonces, resulta de sumo valor la investigación e interpretación criminológica de este tipo de delitos.

Un equipo de profesionales especializados en criminología es de sumo valor dentro de la investigación penal de los femicidios, para la obtención de pruebas científicas.

El análisis criminológico de “UN” femicidio viene a develar la necesidad del análisis científico del caso por caso, intentando romper con lo que han denominado: “caer en el sentido común”, en lo “obvio”, ya que todas las personas percibimos e interpretamos la realidad de diferente manera, no hay un común para todos y todas.

Justamente, aquellas pruebas que resultan desapercibidas son luego sustanciales en el proceso penal y con posterioridad se desea que las personas que integran un jurado, en un juicio, comprendan el hecho sin el estudio científico probatorio.

II. Criminología

Sutherland definió la Criminología como el cuerpo de conocimientos relativos a la delincuencia en cuanto fenómeno social, lo que incluiría el análisis del proceso de creación de las leyes, de su quebrantamiento, y, también, de las reacciones sociales que siguen a las infracciones (Sutherland, Cressey y Luckenbill, 1992). Como derivación de ello, serían objetos de interés criminológico, los delitos, los delincuentes, las víctimas y los sistemas de control

social, que constituirían así sus principales áreas de estudio.

La criminología ha de transformar en información o núcleos de conocimientos los datos recogidos a través de la observación, obteniendo un saber sistemático, generalizador y ordenado, aportando datos que son interpretados en una teoría o marco general de referencia.

El análisis científico del crimen, en cuanto a conducta individual y fenómeno social, requiere una metodología de trabajo multidisciplinario, permitiendo coordinar los saberes aportados en los diferentes campos de estudio, en el intento de eliminar contradicciones y lagunas.

Vemos así entonces, que el objeto de la criminología es el estudio de sus cuatro ejes, concibiendo el delito como el producto resultante de las interacciones que pueden surgir entre una persona dispuesta a realizarlo, una víctima u objeto atractivos o interesantes para la infracción, y un control social, ya sea “formal” o “informal”, insuficiente (Garrido y Redondo, 2013).

Numerosos estudios han analizado la influencia que sobre los delincuentes y su comportamiento tienen los factores biológicos, de personalidad, familiares, educativos, sociales económicos, culturales, situacionales, etc. Pese a todo, muchos de los resultados y conclusiones obtenidos acerca de los delincuentes hacen referencia fundamentalmente a las características propias de las muestras evaluadas, que muy a menudo han sido muestras de encarcelados, o, en todo caso, de delincuentes detectados, pero no, como es lógico, a la idiosincrasia de la delincuencia y los delincuentes desconocidos. Este aspecto debe tenerse muy presente a la hora de extraer conclusiones generales sobre los delincuentes y los delitos, para no identificar de manera absoluta lo que conocemos fehacientemente acerca de los delincuentes detenidos y condenados (contra la propiedad, traficantes de drogas, abusadores y agresores sexuales, maltratadores, etc.) con la globalidad de las realidades criminales, que pueden ser

mucho más amplias y desconocidas (Garrido y Redondo, 2013).

Actualmente se desarrollan muchos estudios criminológicos cuyo objetivo es conocer los efectos que produce el delito en las víctimas, las consecuencias que tiene para ellas su trasiego a través del proceso penal, aquellas características y factores de las propias víctimas que pueden ayudar a la prevención de los delitos, etc. (Garrido y Redondo, 2013).

Con respecto al sistema penal, la víctima es un pilar básico: es ella la que activa el sistema de justicia mediante su denuncia y testificación. De no ser así, muchos delitos no serían conocidos por la justicia, o el trabajo de la policía sería mucho más arduo e ineficaz, como ocurre cuando se investigan los llamados delitos “sin víctimas”.

La victimología contempla un gran abanico de temáticas vinculadas con el resto de la Criminología por la relación lógica que existe entre los problemas estudiados. Sería absurdo proponer medidas contra el acoso sexual sin investigar previamente las motivaciones de los varones que efectúan estas conductas, o diseñar alarmas anti-robo sin tomar en cuenta los métodos preferidos por los ladrones para entrar en una casa. Así como no es eficaz el estudio aislado de los delincuentes, sin tomar en cuenta a las víctimas, el estudio de la víctima y de su situación, aislado de los demás componentes de la realidad criminal, no parece tampoco muy adecuado y eficiente (Garrido y Redondo, 2013).

Garrido Genoves y Redondo (2013), explayan la diferencia entre control social formal e informal.

Control social formal es el que ejercen aquellas instituciones y personas que tienen encomendada la vigilancia, la seguridad o el control como actividades profesionales. Por tanto, en esta categoría se incluirían las empresas de vigilancia, y las instituciones y estamentos policiales, judiciales, fiscales, de justicia juvenil, y penitenciarios.

Por su lado, el control social informal es el realizado por cualquier organización o persona, que también actúan contra la delincuencia (disuadiéndola, previniéndola o controlándola), pero sin que el control del delito sea su actividad profesional específica. Ellos pueden impedir en ciertos momentos y circunstancias que se realicen determinados actos delictivos.

Los controles formales están generalmente delimitados por la ley, que especifica los mecanismos que se pueden utilizar para investigar y clarificar los hechos delictivos, y las sanciones o medidas que se pueden aplicar a los delincuentes. El control informal también está parcialmente acotado por la ley, en la medida en que los insultos, la discriminación social o los actos de “autojusticia” suelen hallarse prohibidos. Sin embargo, el control social sutil y diario encuentra muchas menos restricciones formales.

III. Funciones de la Criminología

Conocimiento científico del fenómeno criminal: Su metodología permite coordinar los conocimientos obtenidos en los distintos campos del saber por diversos especialistas. Ofrece un diagnostico cualificado y del conjunto del hecho criminal más fiable.

Criminología como central de información: una información completa permite tomar decisiones más racionales y suministra un bagaje emperico y un instrumental valioso. La obtención de datos no es un fin sino un medio, ya que son un material neutro y bruto que debe ser interpretado con arreglo a una teoría para poder llegar a extraer alguna conclusión.

La criminología, ciencia práctica: es una ciencia práctica ya que puede ofrecer criterios y pautas para la solución de problemas concretos.

La lucha contra la criminalidad: facilita un núcleo de conocimientos empíricos que posibiliten el control y la

prevención del delito.

La criminología como factor de legitimización o instancia critica del orden social: el criminólogo como científico tiene la obligación de buscar la verdad, reservándose la posibilidad de criticar lo que sea necesario criticar, no debe ser un mero testigo de la realidad, pero tampoco debe dedicarse a la crítica por sistema.

La recepción de los conocimientos criminológicos en el proceso penal: la criminología puede aportar al ámbito penal información sobre el delito, el delincuente, la víctima y el control social. Esta información puede incorporarse al proceso penal tomando la forma de un dictamen criminológico.

IV. Métodos de la Criminología

La criminología como ciencia, debe usar el método científico. Las técnicas metodológicas que se utilizan se pueden dividir en dos tipos distintos: métodos sociológicos y métodos antropológicos:

Métodos sociológicos: encuesta, análisis de casos particulares, micro sociología, estadística.

Métodos antropológicos: somática o biológica, psicológica.

Garrido Genoves en su libro Principios de la Criminología (2013) explaya los siguientes métodos:

Encuestas y cuestionarios: para obtener información válida y fiable a través de estos métodos deben seleccionarse adecuadamente sus características más idóneas según el objeto de estudio; algunas posibilidades son: - La forma de administración: encuesta mediante entrevista directa, envío por correo electrónico o postal, encuesta telefónica; - Método de pregunta/respuesta: cerradas; categorizadas; semi-abiertas. Estas opciones pueden tener sus desventajas como por ejemplo obtener

una muestra sesgada, lo que plantea hasta qué punto son efectivas estas estrategias.

En la actualidad existen múltiples instrumentos de autoinforme, cuestionarios, inventarios y escalas para la evaluación de conductas y problemas relacionados con el comportamiento delictivo. La mayoría de estos instrumentos procede del ámbito anglosajón y, en general, las escalas no están convenientemente adaptadas y normalizadas para nuestros propios contextos y poblaciones (pág. 156).

Entrevistas: es un proceso de comunicación verbal, en el que participan al menos un entrevistador y un entrevistado, por medio del cual se recoge información con una finalidad específica. Permite obtener información procedente de los individuos que son el objeto de determinado análisis de sus familiares u otros posibles informantes, respecto de sus comportamientos infractores o antisociales, sus actividades cotidianas y modos de vida, su historia personal, sus pensamientos, actitudes, emociones, etc. El grado de estructuración de las entrevistas es variable, y en el desarrollo de las mismas suele incluirse la aplicación de otros instrumentos de evaluación como cuestionarios, registros de auto-observación, escalas de riesgo, etc. En el intento de evitar sesgos.

Entre las principales ventajas de la entrevista están el que facilita la interacción personal y la observación directa de la conducta de los entrevistados, su mayor flexibilidad, y la amplitud de información que permite obtener; entre sus limitaciones, el mayor tiempo requerido y la posible aparición de sesgos (pág. 162).

Tipos de entrevistas

Clínica: usada en ámbitos de salud; la persona trata con una persona del área cuestiones que afecten su salud y bienestar, incluso su intimidad. Recíprocamente, el experto puede explorar más a fondo los problemas del paciente y aplicar el tratamiento adecuado. Este tipo de entrevista suele estar sometida al secreto profesional. Una variante de

ésta es la entrevista pericial en la que un psicólogo, psiquiatra o médico forense, como resultado de una petición judicial u otra, evalúa al sujeto que cursa un procedimiento judicial (presunto agresor, víctima, etc.).

Profunda: se intenta obtener la mayor información posible sobre el caso o casos analizados. Su objetivo principal es recoger las narraciones que realiza el sujeto para poder elaborar su historia de vida, lo cual suele requerir varias sesiones.

Focal o centrada: el investigador dirige su atención hacia un problema o tema específico, evaluando a una o varias personas que cuentan con una experiencia relevante en el mismo.

Entrevistas de investigación: hace referencia aquí al uso de la entrevista como estrategia para obtener información sobre un tema de interés que, sin embargo, resulta bastante oculto o poco accesible. Un dato o una persona nos llevan a otras fuentes, que nos aportarán nueva información, que nos llevará a otros informadores, y así sucesivamente.

Entrevista en grupos: El entrevistador plantea algún tema o pregunta y escucha la discusión posterior en el seno del grupo, de la que recogerá los aspectos más relevantes. No obstante, en algunas temáticas delicadas, la entrevista grupal resultará inadecuada, debido a que el grupo podría sesgar, distorsionar o inhibir las propias respuestas de los individuos (pág. 164).

Observación: Aunque, por definición, observar determinada realidad debería implicar la visión y registro directos de la misma, también existen métodos de observación indirectos, basados en datos documentales, recogidos con antelación (pág. 165).

- Observación documental: Existe gran cantidad de datos sobre la delincuencia y la justicia que son registrados y acumulados, en estadísticas oficiales, sentencias, memorias oficiales, expedientes y dossiers policiales, informes de seguimiento de casos, reportajes periodísticos, etc. Un

modo posible de efectuar una investigación es mediante una observación documental de muestras de tales datos (pág. 165).

- Observación directa: implica que el observador se desplace al contexto en el que habitualmente se produce determinada conducta o situación (peleas en un aula, consumo de drogas en un colegio, hurtos en un punto de la ciudad, robos en comercios, etc.), para examinarla y acotarla de manera precisa. Para ello suele confeccionarse un registro formal, que incluye los comportamientos o eventos que se estudiarán, el modo de medirlos y anotarlos, y los periodos de observación (pág. 166).

- Observación experimental: incluye un grupo de control, o grupo de características similares a aquél que recibe tratamiento, pero que no lo ha recibido. Un experimento trata de reproducir, de modo artificial, algunas de las condiciones naturales que pueden llevar a la criminalidad (pág. 168).

- Observación participante: es un método esencialmente cualitativo. La observación participante es un método adecuado para abordar temas difíciles, contextualizar las observaciones y acercarse a realidades que resultan ajenas para el observador. Su principal inconveniente es que puede plantear problemas de validez y fiabilidad de los datos, de representatividad y objetividad de las observaciones (pág. 170).

Action Research: Se desarrolla una “investigación en la acción” cuando alguien es responsable de gestionar determinada actividad o institución, pero a la vez desea evaluar qué sucede a lo largo del proceso de funcionamiento. Resulta muy útil para analizar la actividad de la policía, los juzgados, las cárceles, o determinados fenómenos sociales o criminales (pág. 171).

Investigación criminalística: Los procedimientos criminalísticos se basan generalmente en métodos y resultados tanto de las ciencias naturales como sociales. La criminalística recoge y combina conocimientos de éstas y

otras disciplinas para sus aplicaciones en la investigación de los delitos. Dentro de la propia criminalística, también se han desarrollado métodos nuevos, como la dactiloscopia y la balística. Puede ser considerada una “técnica” dentro la criminología debido a que su finalidad es la aclaración de sucesos delictivos específicos, contribuyendo, a partir de sus observaciones, a la tarea más amplia y general de la ciencia criminológica (pág. 173).

V. Concepto de violencia de género

> “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes” (Ley N° 26.485).

5.1. Delito

Para la Ley penal solo se consideran delitos las conductas tipificadas como tales, la concepción jurídica del delito analiza acciones específicas realizadas en un momento dado. Estas acciones son confrontadas con un tipo delictivo, legalmente previsto, para comprobar si la conducta encaja con la norma penal, si el comportamiento es o no un delito. Por otro lado, si bien la criminología parte del concepto jurídico-penal, se encuentra interesada en el fenómeno delictivo en tu totalidad real, busca obtener una imagen global del hecho. Garrido Genoves (2013, pág. 57).

Gottfredson y Hirschi (1990) definieron el delito desde una concepción clásica: la conducta criminal orientada al logro de beneficios, “la utilización de engaño o fuerza para conseguir un objetivo”. Por su parte, Felson (2006) propone que la gran variabilidad conductual y contextual que presentan los delitos ha dificultado su definición adecuada, forzando a los autores a elegir entre definiciones específicas para determinado contexto, o definiciones más amplias que trascenderían la propia conducta delictiva. Su definición de delito dice: “Un delito es cualquier conducta identificable que un número apreciable de gobiernos ha prohibido específicamente y ha castigado formalmente” (Felson, 2006, pág. 35).

Respecto a esta variabilidad que menciona Felson, según sea la influencia que ejerzan los distintos grupos de presión sobre los poderes públicos que promueven o dictaminan normas (gobiernos, por ejemplo), el código penal acabará recogiendo ciertos comportamientos como delitos. En esta línea, podemos decir que, aunque la violencia contra las mujeres existe desde tiempos inmemoriales, fue la lucha feminista la que logró un cambio en las políticas públicas.

> “No hay delito sin base legal”, se pueden diferenciar las tendencias en los cambios del concepto de delito, según amplíen el ámbito de la punibilidad o la restrinjan (Genoves 2013, pág. 58).

En Argentina, La Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, se promulgó en abril del 2009. En el año 2017 se creó un protocolo de actuación en caso de violencia domestica contra las mujeres y el mismo año, en Mendoza, comenzó el Equipo Profesional Interdisciplinario en las Unidades Fiscales Especializadas realizando las valoraciones de riesgo. El protocolo para la investigación y litigio de casos de muertes violentas de mujeres (femicidios) se promulgó en el año 2018.

La Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres se promulgo en abril del 2009 en Argentina.

La Ley N° 26.485 en el art. 5 establece los tipos de violencia:

> “1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física.
> 2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.
> 3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.
> 4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;
b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;
c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;
d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.
5.- Simbólica: La que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad.”

5.2. Delincuente/agresor

La criminología tradicional se ocupó de la tipología de los delincuentes: había una hipótesis muy sólida de que los criminales se distinguen de los que no lo son por las características de personalidad. Actualmente existe una gran coincidencia en criterio de que características y alteraciones estructurales de la personalidad aparecen también entre los criminales, pero en ningún caso permite establecer un nexo, capaz de ser generalizado, con la causación de la criminalidad.

Algunos autores de la Criminología tradicional en donde se clasificaba los delitos y delincuentes según tipologías fueron Lombroso; Enrique Ferri; Rafael Garofalo; Franz Von Liszt; Mezger; Pinatel; Seelig; entre otros.

Goppinger en 1975 estudió la esfera social del delincuente y el proceso de socialización. La socialización seria la integración del hombre en el grupo. La culturización significa la apropiación y la internalización de vivencias, normas y criterios de grupo, y la personalización es la configuración y desarrollo individuales, es el paso siguiente como autoafirmación y autodirección de las propias estructuras pulsionales y como influencia inversa del individuo sobre los factores de la sociedad y la cultura.

Goppinger plantea que la esfera social del delincuente solo puede ser examinada mediante una división de esferas parciales: La esfera de la familia de procedencia del examinado, los ámbitos de rendimiento: colegios, formación y profesión; el ámbito de tiempo libre; la familia de procreación.

Los factores de riesgos que se han asociado a los agresores de mujeres, por ejemplo, en la pareja, vienen derivados de:

Haber presenciado o sufrido abuso en la niñez.

Antecedentes de violencia transgeneracional en la familia de ambos.

Actitudes en favor de la justificación de actos violentos, que se justifican desde la posesividad y el control que el hombre maltratador ejerce sobre la mujer, sintiéndose su “propietario”; por actos de “desobediencia” de la mujer según las creencias sexistas del hombre.

Inestabilidad emocional, que implica un déficit en el control de las emociones, baja tolerancia a la frustración con reacciones incontroladas y desproporcionadas a los estímulos, e inseguridad.

Impulsividad y agresividad, se entiende como una disposición afectiva y conductual suspicaz y afectable por los sentimientos por parte del maltratador, quien además sería sensible y dependiente a la relación de pareja.

Tiende a interpretar los hechos en su perjuicio, e incluso existiría una tendencia a la celotipia y a la paranoia.

Alta conflictividad consigo mismo, un alto nivel de ansiedad, que produce al sujeto un intenso malestar psíquico, sobreexcitación y posibilidad de reacciones explosivas.

Apego temeroso/ambivalente y apego ansioso.

Dificultad de mantener alejada a su pareja, dificultad de contacto, celotipia.

Sujetos ansiosos o temerosos frente a la eventualidad de perder a su pareja, o ser abandonados

Factores cognitivos; distorsiones cognitivas ligadas a la creencia sobre la dominación.

Factores de contexto; consumo problemático de sustancias y/o drogas; presencia de trastornos psiquiátricos; antecedentes delictuales.

5.3. Víctima

La Real Academia Española define víctima como la “persona que padece daño o ha muerto por causa ajena o fortuita”.

Garrido Genovés, en su libro Principios de la Criminología, habla sobre la importancia del análisis desde la Victimología, poniendo de manifiesto que sería simplista solo contemplar los efectos que produce el delito en las víctimas. Es relevante la función de las víctimas en el orden social para lograr, a través de su estudio, la prevención de estos; no obstante, la Criminología supone un enfoque global sobre el delito, la víctima, el delincuente y el control social que como podrán ver es lo que en este proyecto planteo (pág. 75).

Cuando se realiza una análisis Victimológico, como en una pericia psicológica, en un principio el perito debe saber si la víctima conocía al agresor, si mantuvo un vínculo por ejemplo de pareja en los casos de violencia doméstica o en el caso que se investigue un abuso sexual, si el delincuente es parte de la familia o un hombre que desconocía por

completo, ya que este será de suma importancia para saber, entre otras cosas, cuántas posibilidades existen de que las víctimas vuelvan a sufrir en manos del agresor.

Los riesgos asociados de las mujeres víctimas de violencia en la pareja son:

Alto grado de dependencia económica, social y afectiva con el agresor.

Condición de emigrantes.

Pertenencia a minorías étnicas.

Discapacidad física o psicológica.

Antecedentes de lesiones físicas leves presentes o anteriores.

Retiro de denuncias previas y reconciliaciones.

Estado de embarazo.

Discrepancia entre riesgo percibido por la víctima y opinión técnica.

Falta o ausencia de red de apoyo social y familiar.

Justificación, minimización, negación y naturalización de la violencia.

Esther Pineda en su artículo cita a Diana Russell quien utilizó por primera vez en 1976 el termino *femicide* (femicidio). En 1990 junto a Jane Caputi definió el femicidio como “el asesinato de mujeres realizado por hombres motivado por odio, desprecio, placer o un sentido de propiedad de las mujeres”.

El surgimiento de la noción de femicidio se da en un contexto de marcados avances en relación a los Derechos Humanos, los que tienen un marcado énfasis en Latinoamérica. Justamente, durante la primera mitad de la década de los años noventa, se reconocen diversos instrumentos internacionales de la violencia contra las mujeres como una grave violación de sus derechos humanos. En el contexto interamericano, este reconocimiento se transforma en normativa internacional vinculante, a través de la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la

Violencia contra las Mujeres o Convención de Belém do Pará.

La legislación nacional actual de Argentina lo denomina homicidio agravado en donde se cumplen penas en ocasiones de cadena perpetua.

En Argentina, La Suprema Corte de Justicia en el año 2019, arrojó datos estadísticos sobre los homicidios de mujeres. La cantidad de femicidios ocurridos en este país desde el 01 de enero del 2019 al 31 de diciembre del 2019 es de 268 víctimas. El 90 % de las víctimas conocían al agresor. 26 eran niñas y adolescentes. La tasa de femicidios en Mendoza es de 0,70.

Pineda y otros exponen una discusión interesante:

> “Como bien expone González (2014), en varios de estos países cuando se realizó la aprobación o promulgación de la tipificación del femicidio/feminicidio, concurría algún proceso político-electoral; estos hallazgos sugieren una posible correlación entre el uso político del tema y la aprobación de aquellas reformas con miras a la obtención de réditos políticos entre la ciudadanía, pues se cree que siendo más duros contra los delincuentes se tendrán beneficios políticos. Es decir, en muchos casos esta tipificación se realiza sin que haya un convencimiento por parte del Estado de la gravedad de esta problemática, sin que exista un interés real por transformar esta situación, por salvaguardar la vida de las mujeres, y que, en definitiva, solo buscan calmar la opinión pública con respecto a esta problemática a través de la creación de una falsa percepción de gestión institucional.”

Actualmente hay una gran discusión sobre las políticas de Estado para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, tomado por algunos sectores como

escaso y en otros como excesivo. La realidad es que, a pesar de sanciones más estrictas por parte del Estado, la violencia contra las mujeres permanece en una estadística altamente estable por lo que es necesario analizar dicho fenómeno en su totalidad.

VI. Categorías de análisis de los femicidios

Para cualificar las categorías de análisis de los homicidios de mujeres tomaré bibliografía aportada por Ramos de Mello en su tesis doctoral. El análisis desde la Criminología de los homicidios de las mujeres es relevante no solo para el proceso penal sino también para diferenciar los contextos en los que acaeció el delito.

Ramos de Mello en su Tesis Doctoral utiliza los términos acuñados por Carcedo y Sagot (2000: 14) los cuales crearon una tipología para definir los crimines de femicidio.

6.1. Femicidio íntimo

Se refiere a aquellos homicidios cometidos por hombres con quienes la víctima tenía o tuvo una relación íntima, familiar, de convivencias o afines a estas. En esta categoría se incluyó los delitos cometidos por parejas sexuales u hombres que han tenido otras relaciones interpersonales que siguieron a una larga historia de agresiones y amenazas, como esposos, parejas, novios, ya sea relaciones actuales o pasadas.

6.2. Femicidio no íntimo

Delitos cometidos por hombres con quienes la víctima no tenía relaciones íntimas, familiares, de convivencia o afines

a estas, pero con los cuales existía una relación de confianza, de jerarquía o amistad. Son las muertes que se perpetran por amigos, familiares, trabajadores de la salud o compañeros de trabajo quienes valiéndose de la confianza dan muerte a las mujeres. Los delitos que se clasifican en este grupo se pueden dividir en dos subgrupos, según se haya producido la práctica de violencia sexual o no.

6.3. Femicidios por conexión

Las mujeres que fueron asesinadas por estaban en la "línea de fuego" de un hombre que trataba de matar a otra mujer. En tales casos el vínculo entre el agresor y la víctima no tiene relevancia, este es el caso de mujeres parientes, niñas u otras mujeres que trataron de intervenir o que simplemente fueron atrapadas en la acción del agresor.

VII. Homicidios en los vínculos

Como mencioné anteriormente las estadísticas de las muertes de mujeres en Argentina han sido perpetradas por hombres con quienes la víctima había mantenido un vínculo de pareja, ex pareja, amigos y/o padres.

Alba Company y Ángel Miguel Soria (2015) presentaron un artículo en el que explayan las características de la escena del crimen en los homicidios en la pareja.

Estos autores proponen que analizar las conductas llevadas a cabo por el agresor y la víctima durante el acto homicida aporta información relevante sobre su desarrollo y los condicionantes de la interacción entre ambos. En su estudio analizan la escena del crimen, clasificando la violencia ejercida en expresiva e instrumental. Estos dos tipos de violencia tienen significados distintos para el agresor, por lo tanto, cumplen diferentes objetivos. La

expresiva, producto de una descarga emocional, busca satisfacer necesidades afectivas; la violencia instrumental es más racional y tiene un objetivo ulterior a la violencia ejecutada.

La violencia expresiva responde a condiciones precipitadas por componentes emocionales, la conducta en la escena del crimen es llevada a cabo sin premeditación debido a la carencia de control de impulsos. La violencia se sustenta en una frustración ambiental que, sumada a estresores psicosociales que afectan a la persona e implican una elevada actividad fisiológica, conducen al homicidio. Al tratarse de acciones espontáneas no existe racionalidad en el costo/beneficio del crimen, por lo que es difícil desincentivar la conducta mediante una sanción legal. También se ha observado que cuanto mayor es la expresividad en la escena del crimen, más se intensifican los comportamientos asociados con heridas faciales y su número.

La violencia instrumental es planificada y calculada. Surge del deseo de poseer el estatus o propiedades de la víctima. La amenaza de una sanción legal podría ser suficiente para disuadir al agresor debido a la implicancia emocional y a la mayor probabilidad de controlar la conducta. El perfil del agresor instrumental está relacionado con la esfera cognitiva en la escena del crimen, tiene conciencia forense, es decir, lleva a cabo conductas que lleven a evitar el descubrimiento del crimen y/o su autoría, intenta maximizar el beneficio propio y minimizar el riesgo de detención, suelen tener historial de desempleo y antecedentes penales, esencialmente delitos sexuales y robos.

En los homicidios en la pareja, la cercanía emocional entre los miembros conlleva un riesgo de violencia superior si se compara con otro tipo de relación familiar. La violencia en este ámbito tiende a incrementarse en función de la duración y seriedad de la relación sostenida, generando una forma de homicidio única debido a la

génesis del mismo y al apego emocional entre la víctima y el agresor.

Los homicidios en la pareja se caracterizan mayoritariamente por tener una sola víctima, ser impulsivos y situacionales, cometerse por parte de personas que reaccionan agresivamente a determinados estímulos (p. ej., amenaza), no haber planificación y formar parte de reacciones emocionales ante situaciones adversas o conflictos derivados de la interacción interpersonal con la víctima. Por ello, las emociones serían el componente inicial de estos homicidios.

Centrándonos en la escena del crimen, el análisis de la misma se integra conceptualmente en la técnica de perfilación criminal como uno de sus componentes básicos, además de la victimología, el modus operandi/firma y los hallazgos forenses.

Podría clasificarse el homicidio en función de los comportamientos presentes en la escena del crimen, estableciendo diferencias según su número (único o múltiple), y en función de su estructuración (organizada o desorganizada). La escena de un crimen violento debe verse no solo como el espacio físico donde ocurre el crimen, sino también como un proceso dinámico que permite conocer la interacción entre víctima y agresor y las características de personalidad de ambos.

La agrupación de las temáticas conductuales aparecidas en la escena del crimen en violencia expresiva e instrumental facilita la comprensión del tipo de personalidad del autor, su motivación y su consistencia comportamental, al existir diversos crímenes, facilitando en conjunto su aprehensión.

Para el perfil criminal, el perfilador debe analizar varios elementos, entre ellos el análisis de la escena del crimen.

Utilizando los datos de la inspección policial, los informes preliminares de los investigadores y la reconstrucción de los hechos, el perfilador analiza la información relevante para la realización del perfil

criminal. Debe responder a cuestiones en relación al análisis de la escena del crimen; estas serían:

Vinculación de las personas con la escena: huellas, ADN, sangre; es necesario también vincular al agresor y la víctima con la escena, considerando si tiene algún significado para alguno, si es una escena elegida u oportunista, qué relación puede tener con cada uno con ella (es el trabajo de la víctima, es un lugar que ésta frecuentaba, es completamente desconocido, geográficamente pertenece a las rutinas del agresor).

Características de la escena del crimen: se deben describir para individualizar la escena dentro de un ambiente y de un comportamiento geográfico del criminal. Debe responder preguntas como: ¿Cómo se llega a la escena del crimen? (A pie, en auto, en transporte público); ¿Cómo es de grande la escena?; ¿Quiénes frecuentan la escena, qué tipo de personas, qué actividades se realizan en ella, que nivel socioeconómico tienen sus habitantes?; ¿Es conocido por personas concretas?; ¿Puede acceder cualquiera?; ¿Qué y cuántas rutas de salida y entrada tiene esta escena?; ¿Cómo llegan a ella, agresor y víctima? La escena del crimen es parte fundamental del contacto entre víctima y agresor, por tanto, conociéndola podemos conocer, en parte, al agresor. Con el análisis geográfico de distintas escenas del crimen, junto a la correlación de determinadas características de los crímenes, sería posible establecer la zona donde puede reincidir el agresor.

Analizar método de aproximación: con los datos de la escena podemos establecer qué estrategia usó el agresor para acercarse a la víctima como ser sorpresa, engaño o súbitamente (Turvey, 2006).

Analizar método de ataque: mecanismo que usa el agresor y una vez que se aproxima, puede ser amenaza verbal, uso de fuerza con o sin arma y amenaza verbal con uso de arma.

Analizar método de control ya sea si usa la fuerza, mediante amenazas o con la presencia de armas. Los

métodos de aproximación, ataque y control aportaran características concretas tanto del comportamiento como psicológicas para la realización del perfil.

Analizar actos de precaución: acciones realizadas antes, durante y después del crimen, para ocultar, confundir y despistar respecto a cómo sucedieron los hechos e impedir su identificación. En este caso, la ausencia de determinados indicios o rastros que tendrían que aparecer en la escena del crimen nos pueden indicar que el agresor la alteró. La existencia de actos de precaución, nos pueden informar (según su clase y complejidad) de determinados niveles de conocimientos en cuestiones médicas, forenses, policiales químicas, pueden además indicar un nivel de perfeccionamiento, planificación, improvisación.

Analizar posible simulación de escenas: difiere de los actos de precaución en cuanto supone una alteración mucho más compleja, planificada y global (por ejemplo, el marido que mata a su mujer y altera la escena para que parezca un robo).

El perfilador debe tener una visión de cada indicio dentro de la escena, dónde se encuentra, en qué posición, cómo se relaciona con los demás indicios, la coherencia con la construcción del suceso, etc.

Análisis de la escena del hecho; ya que la Criminología es una ciencia multidisciplinar es necesario que el análisis de la escena del hecho sea realizado por diferentes especialistas como Criminalistas, psicólogos, sociólogos a los fines de obtener una información precisa de lo acontecido.

-Contexto de la víctima y el agresor; para ello será necesario que se tomen diversas entrevistas a:

-La víctima.

-El agresor y/o delincuente. Aquí encontramos un emblemático conflicto ya que ello debe ser aceptado por la defensa.

-Familiares y amigos de la víctima y el agresor.

-Encuestas vecinales en caso de violencia doméstica, abuso sexual de menores.

-Testigos del hecho.

-Causas del delito; determinar las causas del delito sigue siendo una cuestión que genera diversos cuestionamientos por las diferentes áreas de la ciencia. Es necesaria la participación de médicos, psicólogos, psiquiatras, criminólogos a los fines de saber la razón del agresor para cometer el delito. Se han planteado diversos factores:

-Individuales: genero, edad, características biológicas, fisiológicas y/o psicológicas, educación, clase social, drogas y alcohol, abuso sexual en la infancia.

-Factores del hogar: hacinamiento, historia de violencia familiar, normas internas del hogar, roles ejercidos en el hogar, etc.

-Factores sociales y/o comunitarios: desigualdad, medios de comunicación que incitan la violencia, disponibilidad de armas, escasos controles institucionales, normas culturales (legitimidad de la violencia), pobreza, historial de violencia, desempleo, etc.

-Perfilación Criminal; es una técnica de investigación criminológica derivada del análisis que se realiza a los diferentes patrones conductuales en los agresores conocidos, para con ello definir y crear tipologías (perfilación criminal inductiva) y así auxiliar en la resolución de crímenes en los casos donde se desconoce al responsable, a partir de los indicios físicos y psicológicos encontrados en la escena del crimen (perfilación criminal deductiva).

-Evaluación forense; ayudar al tribunal a conocer, apreciar la realidad de una conducta social humana, sus motivaciones y sus consecuencias sociales (Ortuño, 1998).

-Autopsia psicológica de la víctima; la autopsia psicológica consiste en un proceso de recolección de datos de la persona fallecida que permite la reconstrucción de los rasgos más sobresalientes de la biografía de un individuo para obtener una comprensión psicológica acerca de quién

era, el porqué de algunas situaciones y, en general, qué papel jugaron sus rasgos de personalidad en las circunstancias de su muerte.

-Evaluación de tratamiento psicológico/ psiquiátrico adecuado para el agresor.

-Credibilidad de los relatos.

-Víctima.

-Agresor y/o delincuente.

-Testigos.

VIII. Conclusión

La criminología debe trabajar por constituirse definitivamente en una ciencia auxiliar dentro del control social formal. Es necesario que la criminología adopte un punto de vista independiente al derecho penal, haciendo referencia al daño social, orientando la supresión de conductas y, por qué no, la incorporación de otras.

Es función de la criminología la lucha contra la criminalidad, afrontar asuntos que no son abordados hasta el momento por el sistema judicial en Mendoza en los casos de violencia contra las mujeres y con ello es necesario visibilizar temas como:

Las consecuencias psicológicas y físicas de los niños y niñas testigos/ víctimas de la violencia ejercida contra las mujeres en el ámbito doméstico.

El contexto de los agresores, las causas del delito, los perfiles tanto del criminal como de la víctima.

El tratamiento y la reinserción de los agresores, ¿resulta eficaz en el contexto penitenciario?

Debemos de contribuir con el discurso criminológico en el fomento de las políticas públicas. Con la principal herramienta que tiene la criminología: las investigaciones empíricas desde la intra, inter y transdisciplinariedad, es necesario influir en el fomento a las técnicas de prevención.

Propender a la investigación en los procesos penales desde la criminología para la producción de conocimiento científico del fenómeno criminal. Se precisan sondeos con una gran muestra poblacional siendo estas significativas cuantitativa y cualitativamente.

La intervención de profesionales especializados en Criminología como ciencia empírica permite: La investigación de contextos de riesgo; Causas del delito; Características de los procesos de victimización; Tipos de personalidad y contextos de los delincuentes y/o agresores; Consecuencias compatibles de la violencia intrafamiliar en los niños y niñas, entre otros.

La criminología como central de información en los delitos de violencias contra las niñas, adolescentes y mujeres, formalizar el rol del Criminólogo dentro del control social formal permitiría:

Que la criminología pueda operar como “central de información”, datos de los que se podrían beneficiar los funcionarios de justicia.

Información completa, que pueda ser utilizado como un medio para su ulterior interpretación.

La criminología como objetivo final de la lucha contra la criminalidad accede a:

La facilitación de un núcleo de conocimientos empíricos que posibiliten el control y la prevención de dichos delitos.

Por último, que la figura del criminólogo sea admitida dentro del control social formal permite la recepción de los conocimientos criminológicos en el proceso penal basados el método científico, no es suposiciones y/o inferencias.

Con la intervención de profesionales formados en criminología se obtiene un cuadro completo, información que hasta el momento no se encuentra por ejemplo en los expedientes de femicidios, abusos sexuales de niñas, adolescentes y mujeres; estas investigaciones que suelen carecer de información aportada por el método científico, cae en inferencias con las consecuencias que ello conlleva.

Por último, reflexiono que dialogar de “un” femicidio, es hablar de la vida de una mujer que fue arrebatada de manera violenta y como participe de la administración de justicia me cuestiono ¿estamos haciendo todo lo posible para prevenir los femicidios?

El filósofo N. Butler dijo “Hay tres tipos de personas en el mundo: los que hacen que las cosas ocurran, los que ven cómo ocurren las cosas y los que se preguntan qué ocurrió”.

Este artículo busca promover la reflexión, indagación y diálogo de la prevención de los femicidios, buscando con ello que seamos parte de los que hacen que las cosas ocurran.

Al pie de página dejo un enlace de un video que busca la prevención de la violencia de género y una frase del mismo.

> “Querido papá: este es el favor que te quiero pedir, una cosa siempre lleva a la otra, por favor detenlo antes de que pueda ocurrir”.

https://www.youtube.com/watch?v=JDI4SfjD2P4

[1] Algunos autores, como Rifkin el inició de esta etapa de profundización del industrialismo se produjo entre 1860 y la primera guerra mundial, en cambio otros pensadores no se preocupan por preciar el inicio de esta sub-etapa de la mecanización manufacturera pues estiman que es la profundización de la primera, pero coinciden en fijar, las postrimerías de la misma, entre el final de la segunda guerra mundial y la década del sesenta del siglo XX (Toffler, Sakaiya, etc.).

[2] Alferillo, Pascual E., "Una mirada desde el siglo XXI sobre la conexidad histórica entre los factores de atribución de responsabilidad y los regímenes socios-económicos" en *Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI,* Pontificia Universidad Javeriana - Colombia, Editorial Temis, Tomo IV - Volumen 2, pág. 139/162.

[3] Rifkin, Jeremy, *El fin del Trabajo - Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*, Paidos - Estado y Sociedad, Buenos Aires, 1996 - 1ra edición, pág. 86.

[4] Toffler, Alvin, *La tercera ola*, traducción Adolfo Martín, titulo original *The third wave,* Plaza & Janes Editor S.A., España, undécima edición, 1995, pág. 181. Para este autor las palabras claves que identifican a la segunda ola son: uniformación, especialización, sincronización, cocentración, maximización y centralización. A su vez, grafica, pág. 167, como la nueva síntesis que "la fábrica era el símbolo de la Era industrial".

[5] Sakaiya, Taichi, *Historia del futuro - La sociedad del conocimiento,* traducido de la edición norteamericana de Kodansha Internacional, New Yord,

1991 titulada *The Knowledge - Value Revolutión or A History of the future,* Editorial Andrés Bello, Chile, Primera edición 1994, pág. 49.

[6] Sakaiya, Taichi, ob. cit., pág. 50.

[7] Ley Nº 24.430. Ordénase la publicación del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). Sancionada: diciembre 15 de 1994. Promulgada: enero 3 de 1995.

[8] Alferillo, Pascual E., "Los riesgos ambientales y el principio precautorio" en *Revista de Derecho de Daños,* Rubinzal - Culzoni editores - Argentina, 2006 - 3 *Creación de riesgo - I*, pág. 281; "El principio precautorio en los riesgos ambientales" en libro *Primeras Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Ambiental. San Rafael - Mendoza*, Ed. Advocatus, Córdoba, 2014, pág. 175.

[9] Ley N° 25.675 de Política Ambiental Nacional. Sancionada: noviembre 6 de 2002. Promulgada parcialmente: noviembre 27 de 2002

[10] SCJN, "Asociación Civil para la Defensa y Promoción del Cuidado del Medio Ambiente y Calidad de Vida C/ San Luis, Provincia de y Otros S/Amparo (Daño Ambiental)", A. 1977. XLI. ORI04/07/2006, Fallos: 329:2469; "Verga, Ángela y otros c/ Tagsa S.A. y otros s/ daños y perjuicios", V. 930. XLI. REX20/06/2006, Fallos: 329:2280; "Lubricentro Belgrano s/ infr. Ley N° 24.051", Compág. N° 547. XXXV.15/02/2000, Fallos: 323:163, entre otros.

[11] CSJN, "Surfrider Argentina c/ Axion Energy Argentina S.R.L. y otros s/ materia a categorizar", CSJ 001546/2017/CS00118/06/2020, Fallos: 343:463; "Papel Prensa S.A. c/ Estado Nacional", PÁG. 1045. XLIII. ORI03/11/2015, Fallos: 338:1183; "Incidente Nº 1 - Imputado: Municipalidad de Famailla y Empresa San Miguel S/ Incidente de Incompetencia", FTU 401484/2007/1/CS00111/06/2020, Fallos: 343:396. En este pronunciamiento se dijo que "la intención puesta de manifiesto por el legislador en el debate parlamentario de la ley 24.051, no fue otra que la de respetar las atribuciones de las provincias para dictar normas de igual naturaleza; ello en el marco de las atribuciones atribuidas en el art. 41 de la Constitución Nacional, conforme el cual corresponde a la Nación la facultad de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del ambiente, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales", entre otros.

[12] CSJN, "Estado Nacional (Estado Mayor General del Ejército) c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", E. 85. XLII. ORI17/12/2019, Fallos: 342:2256; "Papel Prensa S.A. c/ Estado Nacional", PÁG. 1045. XLIII. ORI03/11/2015, Fallos: 338:1183, entre otros.

[13] Ley Nº 24.240. Normas de Protección y Defensa de los Consumidores. Autoridad de Aplicación. Procedimiento y Sanciones. Disposiciones Finales. Sancionada: setiembre 22 de 1993. Promulgada Parcialmente: octubre 13 de 1993.

[14] Ver: Ley N° 25.675. Art. 31. Si en la comisión del daño ambiental colectivo, hubieren participado dos o más personas, o no fuere posible la determinación precisa de la medida del daño aportado por cada responsable, todos serán responsables solidariamente de la reparación frente a la sociedad, sin perjuicio, en su caso, del derecho de repetición entre sí para lo que el juez interviniente podrá determinar el grado de responsabilidad de cada persona responsable.
En el caso de que el daño sea producido por personas jurídicas la responsabilidad se haga extensiva a sus autoridades y profesionales, en la medida de su participación.

[15] CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios -Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, 1569/2004-M-40-ORI20/03/2007, Fallos: 330:1158

[16] CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, 1569/2004-M-40-ORI22/08/2007, Fallos: 330:3663

[17] Alferillo, Pascual E., “El rol del juez en la Ley N° 17.711” en memoria del Dr. Guillermo A. Borda en Revista *Hágase Saber*, Año V - Nº 12 - 2do Trimestre 2003, Edición Especial, Resistencia - Chaco - Argentina.

[18] CSJN, “Assupa c/ YPF S.A. y otros s/ daño ambiental”, 1274/2003-A-39-ORI29/08/2006, Fallos: 329:3493

[19] CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros C/ Estado Nacional y otros y Otros S/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Rio Matanza-Riachuelo)”, M. 1569. XL. ORI20/06/2006, Fallos: 329:2316. En el fallo: 1569/2004-M-40-ORI12/06/2007, Fallos: 330:2746, se precisó que “con arreglo a las atribuciones reconocidas a la Corte Suprema en el art. 32 de la Ley N° 25.675 y en el art. 36 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde disponer la realización de una audiencia pública, a fin de que las partes y los terceros expresen las observaciones que estimen conducentes con respecto al Plan Integrado para el Saneamiento de la Cuenca Matanza Riachuelo presentado por las demandadas, así como con relación al informe formulado por la UBA sobre la factibilidad de dicho plan”.

[20] CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y Otros C/ Estado Nacional y Otros y Otros S/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”, M. 1569. XL. ORI20/06/2006, Fallos: 329:2316.

[21] CSJN, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas C/ Buenos Aires, Provincia de y Estado Nacional S/ Acción de Recomposición y Saneamiento del Rio Reconquista”, A. 1722. XLII. ORI08/04/2008, Fallos: 331:699

[22] CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros C/ Estado Nacional y otros y Otros S/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Rio Matanza-Riachuelo)”, M. 1569. XL. ORI20/06/2006, Fallos: 329:2316.

[23] CSJN, “Asociación Civil Ayo La Bomba y otro c/ Formosa, Provincia de y otro s/ acción de amparo”, A. 1032. XL.11/10/2005, Fallos: 328:3657.

[24] CSJN, “ASSUPA c/ San Juan, Provincia De y Otros S/ Daños y Perjuicios (Daño Ambiental)”, A. 40. XLII. ORI25/09/2007, Fallos: 330:4234. En igual sentido: “Rivarola Martin Ramón C/ Rutilex Hidrocarburos Argentinos S.A. S/ Cese y Recomposición Daño Ambiental”, C. 143. XLVI. COM17/05/2011, Fallos: 334:476, entre otros.

[25] CSJN, “Fundación Ambiente y Desarrollo (FUNDAYD) y Fundación Centro de Derechos Humanos y Ambiente (CEDHA) c/ Tucumán, Provincia de y otros s/ Daño ambiental”, F. 225. XLVIII. ORI17/09/2013.

[26] CSJN, “Defensor del Pueblo de la Nación C/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional S/Amparo”, D. 2080. XXXVIII. REX26/06/2007 (Voto del Dr. Juan Carlos Maqueda), Fallos: 330:2800; “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios -Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, 1569/2004-M-40-ORI24/08/2006, Fallos: 329:3445, entre otros.

[27] CSJN, “Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental”, CSJ 000714/2016/RH00111/07/2019, Fallos: 342:1203.

[28] CSJN, “Assupa c/ YPF S.A. y otros s/ daño ambiental”, 1274/2003-A-39-ORI29/08/2006, Fallos: 329:3493 (Disidencia de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni). El pensamiento es completado cuando dicen que “Las disposiciones de la ley 25.675, interpretadas sistemáticamente con lo dispuesto por los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, ponen en evidencia que la línea directriz hermenéutica se centra en la protección del medio ambiente como bien social de disfrute general e intergeneracional. No es posible contemplar el litigio a la luz de una concepción diádica propia del derecho patrimonial, puesto que esencialmente lo que se debate es un supuesto de contaminación eventualmente originado en las explotaciones de las demandadas pero que se difunde a un ámbito que excede de los límites territoriales de cada una de las concesiones ubicadas en la zona”.

[29] CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros C/ Estado Nacional y otros y Otros S/ Daños y Perjuicios (Daños Derivados de la Contaminación Ambiental del Rio Matanza-Riachuelo)”, M. 1569. XL. ORI20/06/2006, Fallos: 329:2316.

[30] CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, 1569/2006-M-40-ORI08/07/2008, Fallos: 331:1622.

[31] CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios -Daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”, 1569/2004-M-40-ORI22/08/2007, Fallos: 330:3663.

[32] CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (Daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza Riachuelo)”, M. 1569. XL. I1327/12/2016, Fallos: 339:1793.

[33] CSJN, “Pons, Pedro Alejandro y otros c/ Municipalidad de Lomas de Zamora s/ interdicto”, CSJ 004405/2015/CS00129/11/2016, Fallos: 339:1663.

[34] CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, L. 243. L. ORI01/12/2017, Fallos: 340:1695.
[35] CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, L. 243. L. ORI01/12/2017, Fallos: 340:1695.
[36] Ley N° 26.639, Sancionada: septiembre 30 de 2010. Promulgada de Hecho: octubre 28 de 2010.
[37] CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, B. 140. XLVII. ORI04/06/2019, Fallos: 342:917.
[38] CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, B. 140. XLVII. ORI04/06/2019, Fallos: 342:917.
[39] CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, B. 140. XLVII. ORI03/07/2012, Fallos: 335:1213.
[40] CSJN, “Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, B. 140. XLVII. ORI04/06/2019, Fallos: 342:917.
[41] CSJN, “Salas, Dino y Otros C/ Salta, Provincia de y Estado Nacional S/ Amparo”, S. 1144. XLIV. ORI13/12/2011, Fallos: 334:1754
[42] DE LORENZO, Miguel Federico “La causa del negocio jurídico. Relevancia genética y funcional. La frustración de la causa fin”. Publicado en “Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil”- Parte General. Director José W. Tobías, Ed. La ley, 2003, 467.
[43] MOSSET ITURRASPE, Jorge - FALCON, Enrique - PIEDECASAS, Miguel A., “La frustración del contrato y la pesificación” Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2002, pág. 111.
[44] APARICIO, Juan Manuel, “Contratos” Ed. Hammurabi, T 2, Bs.As. 2001, pág. 363.
[45] MOSSET ITURRASPE, Jorge - FALCON, Enrique - PIEDECSAS, Miguel A. ob. cit. pág. 109.
[46] BREBBIA, Roberto H. “La frustración del fin del contrato” L.L. 1991-B,876.
[47]MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos”, Ed. Rubinzal Culzoni, 1995, Santa Fe, pág. 241.
[48] ídem. pág. 242.
[49]BREBBIA, Roberto, ob. cit. pág. 876.
[50] FREYTES, Alejandro E. “La frustración del fin del contrato y el Proyecto de Código”. L.L. 2013-C,951.
[51] LORENZETTI, Ricardo, “Tratado de los Contratos. Parte General”. Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, Pág. 510/511.
[52] ALTERINI, Atilio A. “Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo” Teoría general, Ed. Abeledo Perrot 1999, Bs. As, pág. 445.
[53] STIGLITZ, Rubén S. “Objeto, causa y frustración del contrato” Ed. Depalma, Bs.As. 1992, pág. 26.

[54] MEDINA, Graciela, “Del cumplimiento al incumplimiento de los contratos ante el COVID-19. “Imposibilidad de cumplimiento. Teoría de la imprevisión, frustración del contrato. Locación. Estudio de Derecho Comparado”, Publicado en: LA LEY 22/04/2020, 2, LA LEY 2020-B, 925.
[55] BAROCELLI, Sergio Sebastián, “La frustración del fin del contrato” DJ 2004, 861.
[56] LEIVA FERNANDEZ; Luis F.P. “La frustración de la causa fin del contrato” LLcita online AR/DOC/322/2014.
[57] ALTERINI, Atilio A., ob. cit. pág. 456.
[58] CNCiv., sala M, “Alerse SRL c. Carrefour Argentina SA”, LA LEY 1998-E, 565; CNCiv., Sala H, “Carrefour SA c. Kids and Co. SRL”, LA LEY 1995-C, 19.
[59] CNCiv., Sala F, “Turay SRL c. Nahuel SA”, LA LEY 1997-D, 341.
[60] BREBBIA, Roberto, ob. Cit, pág. 876.
[61] cf. art. 1091 CCC.
[62] APARICIO, Juan Manuel, “COVID-19 Y CONTRATO”, LL Cita Online: AR/DOC/1899/2020.
[63]BAROCELLI, Sergio Sebastián, ob. cit., pág. 861.
[64] NICOLAU, Noemí L. “La frustración del fin. Un modo de realizar la cooperación debida en el contrato”. L.L. 1993-A, 882.
[65] FREYTES, Alejandro, “La frustración del fin del contrato y el Proyecto de Código” L.L. 2013-C, 951.
[66] Ibídem.
[67] cf. art. 281 CCC.
[68] BREBBIA, Roberto, ob. cit, pág. 876.
[69]cf. art. 1078 CCC.
[70] cf. BAROCELLI, Sergio S. ob. cit. pág. 861.
[71] cf. art 1077 CCC.
[72]cf. art. 1079 CCC.
[73] cf. art.1090, 1077, 1078 CCC.
[74]cf. art. 1078 CCC.
[75] CORNET, Manuel- TINTI, Guillermo PÁG. B, “Los contratos frente a la emergencia del Covid-19”, EBOOK-TR 2020 (Andruet), 20, LL Cita Online: AR/DOC/1770/2020.
[76] APARICIO, Juan Manuel, “COVID-19 Y CONTRATO”, EBOOK-TR 2020 (Andruet), 4. LLCita Online: AR/DOC/1899/2020.
[77]Vergara, Leandro, LA READECUACIÓN CONTRACTUAL, LA LEY 10/08/2020, 1 LLCita Online: AR/DOC/2566/2020.
[78] LORENZETTI, Ricardo Luis, ob. cit. pág. 531.
[79] SANZ, Vicente “La frustración del fin del contrato”, Ed. Tecnos, Madrid 1968, pág. 194.
[80]LORENZETTI, Ricardo Luis ob. cit. pág. 532.
[81]NICOLAU, Noemí, ob. cit, pág. 882.
[82] https://dle.rae.es/autom%C3%B3vil?m=form
[83] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf

[84] Código Nacional De Tránsito de Colombia, Ley N° 769-2002, art. 2, pffo. 13 y 14.-

[85] Art. 227 Código Civil y Comercial**. -** "Cosas muebles. Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa."

[86] Véase Art. 1890**.-** Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables. Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que correspondan. Recaen sobre cosas no registrables, cuando los documentos portantes de derechos sobre su objeto no acceden a un registro a los fines de su inscripción.

[87] Zelaya, M. (2018). El Régimen dominial del automotor. En C. Kiper, *Accidentes de automotores - Doctrina - Jurisprudencia* (Primera ed., Vol. I, pág. 11). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

[88] https://dle.rae.es/autopista?m=form consulta el 08/03/2021.

[89] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf

[90] Código Nacional De Tránsito de Colombia, Ley N° 769-2002, art. 2, pffo. 15.

[91] Mosset Iturraspe, J. (2014). Accidentes de transito. Daños en la circulación. En J. Mosset Iturraspe, & M. A. Piedecasas, *Accidentes de transito. Doctrina- Jurisprudencia* (Segunda ed., págs. 117). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

[92] Ekmekdjian, M. A. (1994). *Tratatado de derecho Constitucional* (Vol. I, pag. 161). Buenos Aires: Depalma.

[93] Vease Ekmekdjian, ob. cit., pág. 162.

[94] Sagües, N. P. (2007). *Manual de Derecho Constitucional;* pág. 221.Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Astrea.

[95] Sagües, N. P. , ob. cit., pág. 222.

[96] Badeni, G. (2006). *Tratado de Derecho Constitucional* (Segunda ed., Vol. I, pág. 325). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley.

[97] Piedecasas, ob. cit., pág. 166.

[98] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[99] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[100] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[101] https://dle.rae.es/bicicleta?m=form
[102] Código Nacional De Tránsito de Colombia, Ley N° 769-2002, art.2, inc. 19.-
[103] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[104] Vease Código Nacional De Tránsito de Colombia, Ley N° 769-2002, art.2, inc. 24. (Calzada: Zona de la vía destinada a la circulación de vehículos).
[105] https://dle.rae.es/calzada?m=form.
[106] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[107] https://dle.rae.es/camino?m=form
[108] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[109] https://dle.rae.es/cami%C3%B3n?m=form
[110] https://dle.rae.es/camioneta?m=form

[111] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf

[112] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf

[113] https://dle.rae.es/carret%C3%B3n?m=form

[114] https://dle.rae.es/ciclomotor?m=form

[115] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf

[116] https://dle.rae.es/ciclov%C3%ADa?m=form

[117] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf

[118] https://dle.rae.es/concesionario?m=form

[119] https://dle.rae.es/concesi%C3%B3n?m=form

[120] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf

[121] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf

[122] https://dle.rae.es/motocicleta?m=form
[123] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[124] https://dle.rae.es/%C3%B3mnibus
[125] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[126] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[127] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[128] https://dle.rae.es/peso?m=form
[129] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[130] Real Academia Española. (2021). *Diccionario de la lengua española - [versión 23.4 en línea]* (Vigesimo tercer ed.). RAE. Recuperado el 2021, de https://dle.rae.es
[131] https://dle.rae.es/senda?m=form
[132] Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[133]
Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[134]
Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[135]
Andreon, F. J. (2015). *Conocimientos básicos de tránsito para conductores* (Primera ed.). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Asociación Argentina de Carreteras.
[136]
Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[137]
Dirección Nacional de Observatorio Vial. (2021). *GLOSARIO DE TÉRMINOS Y DEFINICIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD VIAL.* Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Ministerio de Transporte de la República Argentina. Recuperado el 18 de Marzo de 2021, de https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/glosario_de_terminos_seguridad_vial.pdf
[138]
Resulta más preciso decir “los órganos de Estrasbrugo”, pues la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos fue quien la usó por primera vez en el temprano “caso Chipre” (Grecia c. Reino Unido), de 1956.
[139]
GREER, Steven, *The margin of appreciation: Interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2000, pág. 5, citado por DÍAZ SOLIMINE, Omar Luís - DÍAZ SOLIMINE, Ignacio Luis, *El margen nacional de apreciación*, Astrea, Bs. As., 2020, pág. 111.
[140]
YOUROW, Howard C., *The margin of aprreciation doctrine in the dynamics of European Human Rigths jurisprudence*, La Haya - Bonston - Londres, Kluwer Law International, 1996, citado por DÍAZ SOLIMINE - DÍAZ SOLIMINE, *El margen nacional de apreciación*, cit., pág. 112.
[141]
BARBOZA DELGADO, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de

Derecho y la sociedad democrática", http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31242.pdf (consultado el 14/08/2020).

[142] CSJN, 24/08/2014, "Arancibia Clavel, Enrique L. s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa 259-". Añade en su voto el Dr. Fayt: "Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese 'margen de apreciación' autónomo de cada Estado (en el que la soberanía estatal no cede frente a normas que se insertan desde el plano internacional) se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales" (Considerando 18).

[143] GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*", Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 2010, págs. 107/108.

[144] GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional...*", cit., pág. 113.

[145] NUÑEZ POBLETE, Manuel, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: La experiencia latinoamericana confrontada al thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pág. 6.

[146] ROSATTI, Horacio, "El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local", Revista de Derecho Público 2018-2: derechos humanos y nuevas tecnologías-II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, págs. 653/654.

[147] ROSATTI, Horacio, "El margen de apreciación nacional y el margen de apreciación local", cit., pág. 656.

[148] DEL TORO HUERTA, Mauricio I., "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional", vol. 10, México D.F., enero de 2010, págs. 23-61, citado por SANTIAGO, Alfonso, *Estudios de derecho constitucional: aportes para una visión personalista del derecho constitucional*, Marcial Pons Argentina, Bs. As., 2017, pág. 306.

[149] GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional...*", cit., págs. 94/95.

[150] MANILI, Pablo Luis, *Manual de derechos humanos*, La Ley, Bs. As., 2017, pág. 48.

[151] Corte IDH, "Caso Perozo y otros vs. Venezuela", Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, N° 196, párr. 64; "Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú", Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, N°. 157, párr. 66; "Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador", Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, N°. 166, párr. 47.

[152] TEDH, 07/12/1976, "Handyside c. United Kingdom", n° 5493/72, ECHR 1976 A24.

[153] CAROZZA, Paolo, “Subsidiarity as Structural Principle of International Human Rights Law, en American Journal of International Law”, núm. 97/38, 2003, págs. 40, 61 y sig., citado por NUÑEZ POBLETE, Manuel, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional...*”, cit., pág. 42.

[154] TEDH, 01/07/1961, “Lawless c. Ireland”, n° 332/57, ECHR 1961 A3.

[155] TEDH, 18/06/1971, “De Wilde, Ooms and Versyp (“Vagrancy”) c. Belgium”, Corte en plenario.

[156] TEDH, 23/07/1968, “Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium (Belgian Linguistic Case)” (n° 2), 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, ECHR 1968 A6.

[157] TEDH, 07/12/1976, “Handyside c. United Kingdom”, N° 5493/72, ECHR 1976 A24.

[158] TEDH, 26/04/1976, “The Sunday Times c. The United Kingdom”.

[159] TEDH, 26/02/2002, “Fretté c. France”.

[160] TEDH, 10/11/2005, “Leyla Şahin c. Turkey”.

[161] GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional...*”, cit., pág. 266.

[162] TEDH, 27/01/2005, “Ramírez Sánchez c. Francias”.

[163] TEDH, 15/07/2002, “Kalashnikov c. Rusia”.

[164] TEDH, 24/05/1989, “Hauschidlt c. Dinamarca”.

[165] GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional...*”, cit., págs. 270/272.

[166] TEDH, 30/05/2006, “Ebru y Tayfun Engin Colak c. Turquía”.

[167] TEDH, 10/11/2005, “Leyla Şahin c. Turkey”.

[168] TEDH, 27/03/2008, “Azevedo c. Portugal”.

[169] TEDH, 30/01/1998, “Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía”.

[170] GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional...*”, cit., pág. 286.

[171] TEDH, 03/02/2005, “Partido Comunista (NEPECERESTI) y Ungureanu c. Rumania”.

[172] TEDH, 31/07/2001 y 12/02/2003, “Partido de la Prosperidad y otros c. Turquía”.

[173] GARCÍA ROCA, ob. cit., págs. 293/294.

[174] TEDH, 06/11/1980, “Van Oosterwijck c. Bélgica”; 28/05/1985, “Rees c. Reino Unido”; 27/09/1990, “Cossey c. Reino Unido”; 15/03/1992, “B. c. Francia”.

[175] TEDH, 11/07/2020, “Goodwin e I. c. Reino Unido”. En este caso el TEDH dijo que deben tenerse en cuenta los importantes cambios operados en el terreno de la medicina y de la ciencia (sobre el tema, existía un informe de la Comisión).

[176] TEDH, 12/10/2004, Kjartan Asmundsson c. Islandia”.

[177] TEDH, 20/07/2004, “Back c. Finlandia”.

[178] TEDH, 30/03/2004, “Hirst c. Reino Unido”.

[179] En este tema, hemos seguido a DÍAZ SOLIMINE - DÍAZ SOLIMINE, *El margen nacional de apreciación*, cit., págs. 119/133; GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional...*”, cit., págs. 144/177; CLÉRICO, Laura, *La enunciación del margen de apreciación: Fontevecchia 2017 desde los márgenes*, Revista Derecho en Acción, Año 3, N° 7, págs. 299/301, https://revistas.unlpág.edu.ar/ReDeA/article/view/5677 (consultado el 07/09/2020).

[180] DÍAZ SOLIMINE - DÍAZ SOLIMINE, *El margen nacional de apreciación*, cit., pág. 119.

[181] GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional...*”, cit., págs. 146.

[182] ARAI-TAKAHSHI, Yutaka, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp-Oxford-Nueva York, 2002, págs. 203/204.

[183] DÍAZ SOLIMINE - DÍAZ SOLIMINI, *El margen nacional de apreciación*, cit., pág. 129.

[184] DÍAZ SOLIMINE - DÍAZ SOLIMINE, ob. cit., pág. 124.

[185] DÍAZ SOLIMINE - DÍAZ SOLIMINE, ob. cit., pág. 130.

[186] FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3ª edición, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pág. 57.

[187] NUÑEZ POBLETE, Manuel, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: La experiencia latinoamericana...*, cit., pág. 12.

[188] CANÇADO TRINDADE, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 389.

[189] NASH ROJAS, Claudio, *La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos*

Humanos", Anuario Colombiano de Derecho Internacional, vol. 11, 2018, pág. 13.

[190] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-4/84, 11/01/1984, Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Serie A, N° 4.

[191] Corte IDH, "Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica", Sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, N° 107.

[192] Corte IDH, "Caso Castañeda Gutman vs. México", Sentencia de 6 de agosto de 2008, serie C, N° 184.

[193] NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: La experiencia latinoamericana…*, cit., pág. 26.

[194] Corte IDH, "Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile", Sentencia de 24 de diciembre de 2012, serie C, N° 239.

[195] "[…] El hecho incontrovertible de que actualmente exista una pluralidad de conceptos de familia, como se recoge en la nota 191 de la sentencia, no quiere decir que necesariamente todos y cada uno de ellos hayan de corresponder a lo que la Convención Americana" (párr. 21). "En otras palabras, es una de las esferas en que resulta más necesario reconocer un *margen de apreciación nacional* […]" (párr. 23).

[196] Corte IDH, "Caso Gelman vs. Uruguay", Sentencia de 21 de febrero de 2011, Serie C, N° 221.

[197] Corte IDH, "Caso Gelman vs. Uruguay", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013.

[198] Corte IDH, "Caso Fenocchieto y D´Amico vs. Argentina", Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Serie C, N° 238.

[199] Jueces Rosenkrantz, Lorenzetti y Highton de Nolasco. El voto de éstos cortistas, al igual que el voto propio del juez Rosatti, es coincidente con el criterio del ex juez Fayt expuesto en los casos "Arancibia Clavel" (CSJN, 24/08/2014) y "Espósito" (CSJN, Fallos, 327:5668).

[200] Corte IDH, "Caso Fenocchieto y D´Amico vs. Argentina", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 18 de octubre de 2017.

[201] En este enlace se encuentra publicada la sentencia de la CSJN del 25/09/2001 (Fallos, 324:2895) y a cuyo pie se colocó el enlace que dirige a la sentencia de la Corte IDH del 29/11/2001.

[202] Corte IDH, "Caso Fenocchieto y D´Amico vs. Argentina", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 11 de marzo de 2020.

[203] Excepto que hubiese sido una "sentencia aberrante", que en el caso no lo fue.

[204] CSJN, Fallos, 327:5668, del 23/12/2004.

[205] Corte IDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

[206] CSJN, “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal - causa 24.079”, D. 1682, XL, del 29/11/2011.

[207] Corte IDH, “Caso Bueno Alves vs. Argentina”, Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C, N° 164.

[208] CSJN, Fallos, 330:3974, del 11/07/2007.

[209] Corte IDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177.

[210] Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa c. Costa Rica”, Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107.

[211] Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C, N° 135.

[212] Corte IDH, “Caso Tristán Donoso vs. Panamá”, Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C, N° 193.

[213] CSJN, Fallos, 319:2557.

[214] Corte IDH, “Caso Fenocchieto y D´Amico vs. Argentina”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 18 de octubre de 2017, párrafos 16 y 21.

[215] HITTERS, Juan Carlos, “Control de Convencionalidad, ¿puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de tribunales superiores de los países?”, LL, 2017-D-1025; íd., “Control de convencionalidad. Conflicto entre la Corte Interamericana y la Corte Suprema”, LL, 2018-B-1196.

[216] Corte IDH, “Caso Fenocchieto y D´Amico vs. Argentina”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 11 de marzo de 2020.

[217] CANÇADO TRINDADE, Antonio, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, cit., págs. 287 y sig.

[218] Cabe destacar que en los últimos años las Constituciones de distintos países han comenzado a *positivizar* los postulados de interpretación básicos de los derechos humanos, v.gr: cláusula de interpretación conforme (México, Bolivia, Perú), el principio de progresividad, el postulado *pro homine*, entre otros.

[219] AMAYA, Jorge Alejandro, *Perspectivas y prospectivas del control de constitucionalidad y convencionalidad*, en *Revista Derecho y Debate*, http://derechoydebate.com/Arts./ (consultado el 02/09/2020).

[220] Corte IDH, “Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua”, Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C, N° 21.

[221] Corte IDH, “Caso Barrios Altos vs. Perú”, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C, N° 75.

[222] Corte IDH, “Caso Tribunal Constitucional vs. Perú”, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, N° 71.

[223] Corte IDH, “Caso La Cantuta vs. Perú”, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, N° 173.

[224] HITTERS, Juan Carlos, *Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, en *Estudios constitucionales*, vol. 13, N° 1, Santiago 2015, pág. 138. http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/123/113.

[225] Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013. Voto del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot: “La proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados Parte que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente en aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la ‘norma convencional interpretada’ (*res interpretata*)”.

[226] HITTERS, Juan Carlos, *Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos)*, cit., págs. 151/152.

[227] CSJN, Fallos, 335:533, del 08/05/2012.

[228] CSJN, Fallos, 318:514.

[229] Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de 29 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

[230] Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158, párr. 128.

[231] R. ST. JOHN MACDONALD, citado por NUÑEZ POBLETE, Manuel, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional...*”, cit., pág. 44.

[232] GARCÍA ROCA, Javier, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 20, 2007, págs. 117 y sig.

[233] NUÑEZ POBLETE, Manuel, *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional...*”, cit., pág. 40.

[234] GARCÍA ROCA, Javier, *El margen de apreciación nacional...*”, cit., pág. 96.

[235] SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Anticipo de *Anales*, Año XLII, segunda época, N° 36, Bs. As, 1998, pág. 27.

[236] En tal sentido, SAGÜÉS, Néstor Pedro, en “La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional”, cit., pág. 22, manifiesta que hay un margen nacional “aceptable”, que admitiría ciertas modalidades secundarias de aplicación y extensión, atendiendo las idiosincrasias y experiencias de cada país, y un margen “inadmisible”, integrado por un núcleo duro de derechos esenciales, básicos y por lo tanto inalterables e innegociables.

[237] No es bueno que los tribunales con jurisdicción internacional, al ser sus decisiones irrecurribles y últimos intérpretes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, incurran en actitudes narcisistas y en autismo jurídico, emitiendo fallos en abstracto sin considerar los resultados disvaliosos que pueden acarrear. Ningún órgano jurisdiccional, ni siquiera la Corte IDH, es un ente perfecto o infalible.

[238] GARCÍA RAMIREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, A.C., vol. V, núm. 28, diciembre 2011, Puebla, México, pág. 129.

[239] Cafferata Nores - Tarditti: Código Procesal Penal Comentado de la Provincia de Córdoba, Ed. Mediterránea. Córdoba. T.1 pág.75.

[240] Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal.

[241] Roxin, Claus: Derecho Procesal Penal.

[242] Aguad, Dolores; Bazán, Natalia; Bianciotti, Daniela; Gorgas, Milagros y Olmedo, Berenice: “La Regulación Provincial del Principio de Oportunidad”, en “Nuevos Paradigmas de la Persecución Penal. Criterios de Oportunidad”, publicación on line de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Ciencias Penales.

[243] Maier, Julio B.J. Derecho Procesal Penal - t. 1 Fundamentos, pág. 832.

[244] Juan I. Martínez Casas: El Principio de Insignificancia y el Tipo de injusto penal en Nuevos Paradigmas en la Persecución Penal, Criterios de Oportunidad.

[245] Juan I. Martínez Casas, obra citada

[246] CNCrim. y Correc., sala VI, 2006/03/15, “Gómez, Justo Ceferino”.

[247] Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales.

[248] Villada, Jorge Luis - Director: Código Procesal Penal de la Nación - Comentado - Comparado - Concordado.

[249] C.P. Art. 26.

[250] Báez, Julio César, Juez del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nro. 4 Capital Feral, Buenos Aires, Argentina, CCC 37186/2017/TO2, 09/10/2018

[251] Citado por el Dr. Marcelo Parma en nota 2.

[252] Citado por Borthwick, página 26.

[253] Bothwick, opág. cit. pág. 31.

[254] Página 43 y ss. Por ejemplo, Vigo menciona: "…la abogacía queda resumida a una técnica, a saber hacer las cosas y el derecho es un medio no al servicio de la justicia o de la perfección humana, sino del beneficio personal, mensurable económicamente. Aquel saber es ganar juicios con la finalidad de obtener dinero o reputación, cualquier causa es por igual digna de la mejor defensa, sólo interesa convencer y no el objeto del convencimiento o los efectos éticos del mismo:"

[255] En adelante, CPCCT.

[256] "Es que las normas procesales deben ser interpretadas y aplicadas por los jueces de modo de favorecer y no entorpecer la organización del proceso, con miras a la verdad jurídica objetiva" (CSJN, Fallos, 314:203).

[257] El texto derogado rezaba: "*Los litigantes, sus representantes y abogados, tienen el deber de actuar lealmente y con probidad, expresando al tribunal los hechos verdaderos; pueden ser objeto de sanciones si se apartaren de estos principios y pasibles de los daños y perjuicios que su actitud maliciosa o deslealtad ocasionare."*

[258] El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) establece: "ART. 101. Enumeración: Son representantes: a) de las personas por nacer, sus padres; b) de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe; c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del art. 32, el curador que se les nombre".
También ver los arts. 30 y 31 del CPCCT donde se trata el tema.

[259] Ver arts. 46 y 47 del CPCCT.

[260] "El principio de moralidad, al decir de DIAZ, constituye el conjunto de reglas de conducta presididas por el imperativo ético a que deben ajustar su comportamiento procesal todos los sujetos procesales: partes, procuradores, abogados jueces." (Borthwick, 2005). Como se aprecia no se menciona a los peritos, dando una idea de la importancia del aporte del nuevo CPCCT de Mendoza.

[261] Pág. 4.

[262] Campillo Sainz citado por Marcelo Parma, nota 56

[263] En el derecho comparado podemos apreciar: *"Desde un punto de vista objetivo, el término honor alude a la reputación o fama de una persona, es decir, a la opinión que la comunidad tiene sobre sus aptitudes, comportamientos y condiciones, tanto en el plano moral, como en el campo de lo intelectual, profesional, cultural o comercial (por nombrar sólo algunos de los ámbitos en los cuales se materializa el honor). Desde un punto de vista subjetivo, en cambio, el término honor alude a la autoestima, es decir, lo que cada cual siente que vale en relación con esas mismas aptitudes, comportamientos y condiciones."* (Rodríguez Collao, 1999)

[264] Sección I, Inciso 11.

[265] Página 107

[266] Colombo citado por Vigo, página 117

[267] Morello, citado por Vigo.

[268] "Téngase en cuenta que la llamada estafa procesal es un caso de desdoblamiento entre la víctima del fraude y el ofendido por la defraudación: la víctima del fraude es el juez y el ofendido por la defraudación es la persona a la que afecta la sentencia o resolución judicial dispositiva de propiedad. En este tipo de estafa, el perjuicio patrimonial surge por la compulsión que entraña toda decisión judicial firme." Disponible en: http://www.saij.gob.ar/corte-justicia-local-san-juan-varas-monica-beatriz-denuncia-rosa-ofelia-esther-casacion-fa15280134-2015-06-11/123456789-431-0825-1ots-eupmocsollaf

[269] Página 108

[270] "ART. 34 - DEBERES Y FACULTADES DE LOS ABOGADOS Además de los deberes y facultades genéricas establecidas en las leyes y en el art. 22 de este Código, los abogados se ajustarán a las siguientes normas: 1o) la asistencia a su cliente es sin perjuicio de su colaboración con los jueces para la justa y pronta solución de los litigios. 2o) Deberán procurar el avenimiento, antes y durante el desarrollo del proceso. 3o) Deberán redactar y suscribir todo escrito donde se planteen, contesten o controviertan cuestiones de derecho, y asistir a sus patrocinados en las audiencias, haciendo uso de la palabra por ellos, salvo cuando por ley o disposición judicial, deba hacerlo el litigante o quien lo representa y sin perjuicio de lo dispuesto por el Art. precedente."

[271] Sección I art. 10. De diligencia y puntualidad.

[272] Cueto Rúa, citado por Marcelo Parma, página 35

[273] Página 82

[274] Página 172.

[275] "Art. 22.- Sin perjuicio de lo que dispongan las leyes procesales, es facultad de los abogados en el ejercicio de sus funciones, recabar directamente de las oficinas públicas y organismos oficiales, informes y antecedentes y

solicitar certificados sobre hechos concretos atinentes a las causas en que intervengan. Estos pedidos deben ser evacuados por los organismos y entidades aludidos, dentro del plazo de QUINCE (15) días. El requerimiento deberá formularse por escrito, con el nombre y domicilio del profesional, y la firma del abogado que irá seguida de su sello, en el que consten el número de matrícula. Si hubiere un proceso judicial en trámite, vinculado a los hechos o circunstancias que se investigan por el profesional, deberá consignarse en el requerimiento la carátula, el Juzgado y la Secretaría. Las contestaciones serán entregadas personalmente al abogado o remitidas a su domicilio, cuando así lo solicite en el requerimiento".

[276] Hay que recordar que: "En sus expresiones verbales o escritas el abogado debe usar la moderación y energía adecuada, tratando de decir nada más que lo necesario al patrocinio que se le ha confiado". Código de Ética para Abogados de Mza. Sección I art. 16.

[277] "ART. 31 - CUANDO CESA LA REPRESENTACION La representación cesa: 1o) por revocación expresa hecha en el expediente. No la revoca la presentación personal del representado o de otro representante. 2o) Por renuncia, una vez notificado a domicilio el representado; 3o) por haber terminado la personalidad con la cual litigaba el representado o el propio representante. 4o) Por muerte o incapacidad sobreviniente del representado, una vez comprobada en el expediente y notificados los herederos o representantes legales. 5o) Por muerte o incapacidad del representante y si se tratare de procurador, por suspensión o eliminación de la matrícula. En todos los casos se suspenderán los trámites desde el momento en que conste en el expediente la causa de la cesación, -salvo el caso del inciso 2o) en el cual la suspensión se producirá una vez notificado a domicilio el representado- y mientras vence el plazo que el juez acuerde al litigante, a sus representantes o sucesores para comparecer personalmente u otorgar nueva representación".

[278] Medio idóneo es un concepto muy amplio y puede incluir un documento privado, no necesariamente con firma ratificada por autoridad pública.

[279] "Para Gödel los formalistas confundían la noción de verdad con la de demostrabilidad y de hecho interpretaban la primera en función de la segunda. En 1930 el mismo Gödel demostró que, en principio, en el cálculo de lógica de primer orden se tiene que una fórmula es lógicamente verdadera si y sólo si es demostrable, pero este resultado no se extrapola a los sistemas formales recursivos para la aritmética, porque de hecho, como ya sabemos, existen proposiciones que siendo verdaderas no son demostrables a partir del sistema lo que supone que el conjunto de las verdades aritméticas es mayor al conjunto de las fórmulas aritméticas demostrables. Se derrumba así el ideal de axiomatización griego, en donde todo lo que era verdad era demostrable (inclusive en donde se creaba una identidad entre verdad y demostrabilidad) y se vuelve más a la idea aristotélica de que no todo es demostrable y no por ello deja de ser verdad." (Da SIlva, 2014)

[280] SCJMza, CUIJ: 13-05502199-0/1((038501-708704)) F C/ BUENANUEVA ABALLAY MANUEL ADRIAN P/ IDAF (708704) (708704/19) P/ RECURSO EXT.DE CASACIÓN *1056813745/08/2021.

[281] Ver GIL DOMIGUEZ, Andrés, “El estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil Comercial”, 2ed., Ediar, CABA, 2015.
[282] Conforme la organización de cada provincia la institución ha recibido diferentes denominaciones: Ministerio de Menores, Ministerio Pupilar, Asesor de Menores e Incapaces, Asesor de niños, niñas y adolescentes y personas con capacidad restringida (Pcia. de Mendoza), Defensor Público de Menores e Incapaces (ámbito federal y nacional), Asesor Tutelar (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Asesor de Incapaces (Pcia. de Buenos Aires) Asesor de Familia (Chubut), etc. Gustavo Moreno sostiene que la denominación de Defensor Público de la infancia y en la salud mental importa reunir en dicha denominación la función de representación de los niños, niñas y adolescentes y de las personas declaradas o que pudieran ser declaradas con alguna restricción en su capacidad (ver MORENO, Gustavo, “La representación adecuada de niñas, niños y adolescentes. Rol del Asesor de Menores e Incapaces”, FERNÁNDEZ, Silvia E. (dir) “Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes” T, 1ed. 1 reimpresión, Abeledo Perrot, CABA, 2015, pág. 2695).
[283] Esta ley fue celebrada por la doctrina entre ellos ver: FAMÁ, María Victoria. y HERRERA, Marisa., “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, ADLA2005-E, 5809, Cita Online: AR/DOC/3384/2005, LUCERO, M., “Infancia y Derechos: radiografía crítica de la Ley N° 26.061. Escenarios provinciales, normativos, institucionales y jurisprudenciales”, CABA. Fundación Sur Argentina, ed. Eudeba, 1 ed. 2013. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (compilador), “Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la Ley N° 26.061”, Buenos Aires, Fundación Sur Argentina, Editores del Puerto, 2° ed 2008. También recibió críticas por BELLUSCIO, Augusto, “Una ley en parte inútil y en parte peligrosa: la 26.061”, LL, 2006-B-701. BASSET, Úrsula, “Sobre las medidas de protección en la Ley N° 26.061. Una mirada desde otra perspectiva”, LA LEY 30/04/2008, 30/04/2008, 1 - LA LEY2008-C, 893, AR/DOC/1026/2008.
[284] Ver LORENZETTI, R., comentario art. 1, LORENZETTI, Ricardo. (Dir.) DE LORENZO Miguel Federico, y LORENZETTI Pablo. (coord.) “Código Civil y Comercial. Comentado” I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 29.
[285] JUAN MIGUEZ, Natalia, “Hacia un protocolo de actuación del asesor de niños, niñas y adolescentes como garante de los derechos en el proceso penal”, LLGran Cuyo2019 (mayo), AR/DOC/932/2019, CESERANI, Luis. “La vulnerabilidad de la víctima y la perspectiva de género vinculados a los delitos sexuales”, DPyC 2021 (junio), 10/06/2021, 148, TR LALEY AR/DOC/451/2021.
[286] Según Scherman la evolución de la figura del Asesor de Menores e Incapaces hoy (Ministerio Público) ha registrado tres etapas: (i) una primera etapa donde se cuestionaba su intervención cuando se trataba de personas menores de edad bajo la patria potestad, ya que se entendía que los padres actuaban por “derechos propios” por lo tanto se discutía la calidad de representante promiscuo del asesor; (ii) una segunda etapa a partir de la reforma de la Ley N° 17.711, que puso el acento en el rol de asistencia y control. Se legitimó su carácter de parte y de representante promiscuo; y (iii) una tercera etapa, donde la actuación el asesor se desarrolló en el marco constitucional consolidado a partir de la reforma de la Constitución de 1994 que exhibe la evidente interacción entre los derechos humanos y los derechos del niño y la familia. Esta tercera etapa se sienta en los siguientes principios rectores: el reconocimiento del niño como sujeto titular de derechos, la noción

de interés superior como fuente de creación judicial destinada a concretar derechos, y el reconocimiento de nuevas formas familiares. (ver SCHERMAN, Ida Adriana, “El rol del Asesor de Incapaces, los derechos del niño y la reforma constitucional”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida (Dir.) HERRERA, Marisa (coord.) “La Familia en el nuevo Derecho”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, pág. 325 y ss.).

[287] Por modelo social se entiende aquel que considera que las causas que dan origen a la discapacidad no son religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales; y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de las personas, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas y de la diversidad. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos (valores que son tomados por la CDPD, entre otros en el art. 3 y 12) que aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social y sentándose sobre la base de dos principios: autonomía y vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, educación inclusiva, diálogo civil entre otras (conf. ROSALES, Pablo Oscar, *Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, “*Una introducción al marco teórico y jurídico de la Discapacidad y los Derechos Humanos*”*, en “Discapacidad y Estado”, ROSALES, Pablo Oscar (Dir.) JORGE, Emiliano José y D´UGO, Gerardo Andrés (coord.) 1°ed., Infojus, Buenos Aires, 2012, pág. 9.)

[288] Conf. PALACIOS, Agustina, “Reinterpretando la capacidad jurídica desde los derechos humanos. La nueva mirada desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad”, PALACIOS Agustina y BARIFFI Francisco, (coord.) en “Capacidad jurídica Discapacidad y Derechos Humanos”, Ediar, Buenos Aires, 2012.

[289] YUBA, Gabriela, “La representación y asistencia e las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida. El rol del Ministerio Público” RDPyC*,* Personas humanas, Rubinzal Culzoni, 2015-3, pág. 329.

[290] Interpreto que cuando dice “impedido” hace referencia a que la persona presente una discapacidad – física o que afecte su salud mental- y en este punto después de los veintiún años ingresaríamos al estudio de los alimentos derivados del parentesco, situación que excede el marco de este trabajo.

[291] LLOVERAS, Nora., ORLANDI Olga. y TAVIP Gabriel. “Comentario arts. 638 a 671 del CCyC” en “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, 1ed, dirigido por KEMELMAJER, Aida., HERRERA Marisa. y LLOVERAS Nora.

[292] MOLINA DE JUAN, Mariel F, “Daños derivados del régimen alimentario”, RCCyC 2017 (diciembre), /12/2017, 22, TR LALEY AR/DOC/2918/2017.

[293] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida; MOLINA DE JUAN, Mariel (dirs.), "Alimentos II", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, pág. 259.

[294] SC Mendoza, 12/09/2005, LL Gran Cuyo 2005-911. Ver entre otros, CCiv. y Com. Mercedes, acuerdo plenario, "Suarez Yolanda I. c. Rinaldi Jorge A. s/ ejecución de sentencia - incidente", 26/04/2012, MJ-JU-M-72137-AR - MJJ72137, CFam. Mendoza, 09/03/2014, 2722/6/2F -691/13, "M. G F, D; A c. D C H p/ por ejecución de convenio" y 10/10/2014, 649/13/1F-380/14, "S. M G c. M. F. F. P. / ejecución de sentencia". Con relación al art. 552, ver Capel. Comodoro Rivadavia, "G., S. I. s/ homologación de convenio", Expte. 224/2016, venidos del

Juzg. Letrado 1ª Inst. Fam. Nº 2 (Expte. 768/2015), 07/07/2016, inédito. LS 116 2016 CFam. Mendoza, "A., S. I. por los menores B., E. y B., A. c. B., I. A. s/ alimentos provisorios", 13/12/2016, Rubinzal Online. Cita: RC J 1701/17.

[295] MOLINA DE JUAN, Mariel F, “Daños derivados del régimen alimentario”, RCCyC 2017 (diciembre), /12/2017, 22, TR LALEY AR/DOC/2918/2017.

[296] Por ejemplo se dispuso intimar a una SRL a que dentro del plazo de diez días pague a la parte actora la suma de $..., bajo apercibimiento en caso de incumplimiento, y en carácter de medida conminatoria, de interrumpir la transmisión radiofónica de la estación FM X, a través del secuestro de los equipos y/o impidiendo el ingreso de cualquier persona a la sede de la emisora, con el auxilio de la Policía de la Provincia de Chubut (ver JFamilia Nro. 3 Rawson (Chubut), "D, N. B. c. R., R. J. s/ alimentos").

[297] Es interesante destacar una sentencia, de Mendoza, por la que a un progenitor reticente se le ordenó realizar trabajo comunitario así el juez sostuvo que: “…habiendo quedado acreditado el incumplimiento de la sentencia de alimentos a favor de T. y S. por parte de su padre, y habiéndose procedido a incluir al demandado en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (...) siendo el deudor alimentario un profesional del derecho, dispondré la obligación judicial al mismo de realización de 20 horas de trabajo comunitario en beneficio de los jóvenes alojados en dependencias del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil de DINAF (ex COSE) consistente puntualmente en charlas, clases o cursos a cargo del deudor sobre derechos, deberes, etc. del sistema jurídico argentino que resulten de interés a aquellos en su actual situación de conflicto con la ley penal. (...) Estoy convencido que la medida de prohibición de salida del país resulta, al igual que la imposición de tareas comunitarias, efectiva a los fines de conminar al cumplimiento de la sentencia de alimentos pues importará, sin dudas, una presión sobre el deudor que deberá articular los medios necesarios para cumplir debidamente. Asimismo, y en ese mismo orden de ideas, la orden de suspensión del trámite incidental por reducción de la cuota que ha articulado el deudor, resulta ajustada y razonable, desde que funciona como aliciente al obligado para cumplir” (2do JFamilia de Mendoza, 17/02/2016, nro. 1245/14, "B. E. L. c. C. C. D. G. por ejecución alimentos").

[298] En la misma ley se estipula en el art. 2 que: “En las mismas penas del artículo anterior incurrirán, en caso de substraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia, aun sin mediar sentencia civil: a) El hijo, con respecto a los padres impedidos; b) El adoptante, con respecto al adoptado menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido; y el adoptado con respecto al adoptante impedido; c) El tutor. guardador o curador, con respecto al menor de dieciocho años o de más si estuviere impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela; d) El cónyuge, con respecto al otro no separado legalmente por su culpa (art. 2), como también la insolvencia alimentaria fraudulenta (art. 2 bis) La responsabilidad de cada una de las personas mencionadas en los dos artículos anteriores no quedará excluida por la circunstancia de existir otras también obligadas a prestar los medios indispensables para la subsistencia.

[299] FIGARI, Rubén, “Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Familiar”, Hammurabi, José Luis De Palma editor 1 ed, junio, 2021, Buenos Aires, pág. 55.

[300] BELLUSCIO, Claudio Augusto, “Delitos en Alimentos y Régimen de visitas”, García Alonso, Buenos Aires 2013, pág. 29 y ss.

[301] STCorrientes, S. C. R. s/ incumplimiento de los deberes de asistencia fliar. -Goya06/11/2020, TR LALEY AR/JUR/53813/2020.
[302] Juzg. Menores n°1 Córdoba, 22/2/99LL, 1999-E-924(41950-S Y LL Córdoba, 1999-75.
[303] MOLINA DE JUAN, Mariel, “El impago de los alimentos como forma de violencia económica”, https://gda.com.ar/wp-content/uploads/2021/04/revista-abril-gda.pdf. recuperado 11/09/21.
[304] STS 239/2021, 17/3/2021, Sala Segunda de lo Penal, N° de recurso: 2293/2019, procedimiento: recurso de casación, N° de resolución 239/2021. Recuperado de https://app.vlex.com/#vid/863070312, Id. vLex VLEX-863070312.
[305] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Grippo Guillermo Oscar, Claudia P. Acuña y Otros c/ Campos Enrique Oscar y otros s/ daños y perjuicios (Acc.Tran. C/ Les. O Muerte), CIV 080458/2006/1/RH00102/09/2021.
[306] En doctrina sostenían que la vida tenía valor per se: Spota, Alberto G., “El resarcimiento por daños a la persona en la responsabilidad por acto ilícito”, J.A. 1953-II (abril-junio) - pág. 336; “Titulares de la acción resarcitoria por la muerte de una persona a causa de un acto ilícito”, J.A. 1956-I - pág. 53 y sig.; “Los titulares del derecho al resarcimiento en la responsabilidad aquiliana”, J.A. 1947-II-305.; Kiper, Bernardo G., “Valor de la vida humana (Aceptación de la teoría que consagra que tiene un valor económico en sí mismo), La Ley Tº 1993 A, pág. 70; Brebbia, Roberto H., Transporte benévolo (Teoría del riesgo. Neutralización de riesgos. Relación de causalidad. Concausa. Valor económico de la vida humana), La Ley 1990-C, 523, entre otros. Ver: Alferillo, Pascual E., *Daño a la vida. Valoración – Cuantificación – Acción resarcitoria*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, págs. 73-85.
[307] Nota art. 2312 Cód. Civil: “Hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituya un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos, un bien *in jure*.
[308] Llambías, Jorge Joaquín, “La vida humana como valor económico. Carácter de la acción resarcitoria por causa de homicidio: Daño resarcible”, J.A., Doctrina (Serie contemporánea - 1974), pág. 624. El autor sostenía: "no es correcto afirmar que la vida humana tiene per se un valor pecuniario, porque no está en el comercio, ni "puede cotizarse en dinero", es un derecho de la personalidad, el más eminente de todos, que se caracteriza por ser *innato, inalienable, absoluto* y *extrapatrimonial*. Empero, no obstante, la importancia que tiene para el hombre su vida, no constituye un bien en el sentido que usa esta denominación el art. 2.312 como objeto material o inmaterial susceptible de valor”.
En igual sentido: Bustos Berrondo, H., “Acción resarcitoria del daño causado por homicidio”, Jus, 1962 - N° 3, pág. 80.

[309] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fernández, Alba O. c. Ballejo, Julio A. y otra.”, 11/05/1993, LA LEY 1993-E, 472, DJ 1994-1, 520, AR/JUR/1380/1993.

[310] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Savarro de Caldara, Elsa I. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, 17/04/1997, LA LEY 1997-E, 121, DJ 1998-1, 210, AR/JUR/59/1997.

[311] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sánchez Elvira Berta C/ M° J y DD HH - Art.6 Ley 24411 (Resol 409/01) s/ S. 1091. XLI. REX22/05/2007, Fallos: 330:2304”; “Camargo, Martina y otros v. Provincia de San Luis y otra s/daños y perjuicios”, 21/05/2002, 4/44498, entre otros. Ver: Alferillo, Pascual E., *Daño a la vida. Valoración – Cuantificación – Acción resarcitoria*, Titulo IV - Reclamo *iure hereditatis*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, págs. 141-197.

[312] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Brescia, Noemí Luján v. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, 22/12/1994, 04_317v3T127. En igual sentido: “Schauman de Scaiola, Martha Susana v. Provincia de Santa Cruz y otro s/ daños y perjuicios”, 06/07/1999, 04_322v2t027; Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vergnano de Rodríguez, Susana B. v. Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”, 28/05/2002, 60004389; “Valle, Roxana E. v. Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios”, 10/04/2003, 4/48025; “Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de v. Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios”, 07/11/2006, 4/60742, entre otros.

[313] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Saber, “Ciro A. c. Provincia de Río Negro y otros”, 09/11/2000, La Ley Online, AR/JUR/5768/2000. En igual sentido: “Ahumada, Lía Isabel v. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, 25/09/2001, 4/42921; “C. de G., F. c. Provincia de Buenos Aires”, 10/04/2001, DJ 2001-3, 866, AR/JUR/182/2001; entre otros.

[314] “Ponce Abel Astilve y Otro C/ E.F.A. S/ Daños y Perjuicios”, PÁG. 38. XLIII. REX21/10/2008, Fallos: 331:2271; “Bianchi, Isabel Carmen Pereyra de C/ Buenos Aires, Provincia de y Camino S.A. y/o quien pueda Resultar dueño y/o Guardián de los animales causantes del accidente S/ Daños y Perjuicios”, B. 606. XXIV. ORI07/11/2006, Fallos: 329:4944; Ferrari de Grand, Teresa Hortensia Mercedes y otro C/ Entre Ríos, Provincia de y Otros S/Daños y Perjuicios”, F. 286. XXXIII. ORI24/08/2006, Fallos: 329:3403; “Valle, Roxana Edith c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, V. 523. XXXVI.10/04/2003, Fallos: 326:1299; “Camargo, Martina y Otros C/ San Luis, Provincia de y Otra S/ Daños y Perjuicios”, C. 1948. XXXII. ORI21/05/2002, Fallos: 325:1156; “Ahumada, Lía Isabel c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios. Incidente sobre beneficio de litigar sin gastos”, A. 9. XXX.25/09/2001, Fallos: 324:2972; “Carucci viuda de Giovio, Filomena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, C. 913. XXXIII.10/04/200, Fallos: 324:1253; “Saber, Ciro Adrían C/ Rio Negro, Provincia de y Otros S/ Daños y Perjuicios”, S. 101. XXXI. ORI09/11/2000, Fallos: 323:3614; “Schauman de Scaiola, Martha Susana c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ daños y

perjuicios", S 360 XXV06/07/1999, Fallos: 322:1393, "Savarro de Caldara, Elsa Inés y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos (Buenos Aires) s/ sumario", S 340 XXIII17/04/1997, Fallos: 320:536; "Badín, Rubén y otros c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios", B. 142. XXIII.19/10/1995, Fallos: 318:2002; "Brescia, Noemí Luján c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", B. 100. XXI.22/12/1994, Fallos: 317:1921, entre otros.

[315] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Savarro de Caldara, Elsa I. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", 17/04/1997, LA LEY 1997-E, 121, DJ 1998-1, 210, AR/JUR/59/1997. Este criterio se aplicó en "Fernández, Alba O. c. Ballejo, Julio A. y otra", 11/05/1993, LA LEY 1993-E, 472, DJ 1994-1, 520, AR/JUR/1380/1993. En el mismo sentido: "Brescia, Noemí Luján v. Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios", 22/12/1994, 04_317v3T127; "Badín, Rubén y otros c. Provincia de Buenos Aires", 19/10/1995, LA LEY 1996-C, 585, DJ 1996-2, 262, AR/JUR/2091/1995; "Schauman de Scaiola, Martha Susana v. Provincia de Santa Cruz y otro s/ daños y perjuicios", 06/07/1999, 04_322v2t027; "Ahumada, Lía Isabel v. Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios", 25/09/2001, 4/42921; "Valle, Roxana E. v. Provincia de Buenos Aires y otro s/daños y perjuicios", 10/04/2003, 4/48025; "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de v. Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios, 07/11/2006, 4/60742; "Ferrari de Grand, Teresa H. M. y otros v. Provincia de Entre Ríos y otros s/daños y perjuicios", 24/08/2006, 4/62276; "Saber, Ciro A. c. Provincia de Río Negro y otros", 09/11/2000, La Ley Online, AR/JUR/5768/2000; entre otras citas. Ver: Alferillo, Pascual E., *Daño a la vida. Valoración – Cuantificación – Acción resarcitoria*, Titulo IV - Reclamo *iure hereditatis*, Capítulo III. Valoración economicista, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, págs. 87-120.

[316] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Schauman de Scaiola, Martha S. c. Provincia de Santa Cruz y otro", 06/07/1999, RCyS 2000, 478, AR/JUR/3663/1999. Ver: Alferillo, Pascual E. y Alferillo Ayelen N., *Cuantificación del daño // Región Cuyo. Valor Vida. Incapacidad Psicofísica. Derechos personalísimos,* Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 463 y sig.

[317] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Expte.: 37819 – "Fiscal Falasco Jorge Daniel Homicidio Culposo – Casación", 31/10/1979 – Sentencia, Ubicación: LS160-482.

[318] 3° Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción de Mendoza, Expte.: 51374 – "Oliva, Vicenta Clara C/ América Latina Logística S.A. y Otros P/ Daños y Perjuicios", 10/10/2018.

[319] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Expte.: n° 13-00762753-4/1, caratulada: " Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Expte.: Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Expte.: Marino Marín Christopher Emanuel En J°250.179/13-00762753-4 "Marino Marín Christopher Emanuel C/ González Walter Narciso P/D. y P. (Acc. de Tránsito) S/Rec. Extr. Provincial" 21 diciembre 2018, CUIJ: 13-00762753-4/1((010301-53119)).

[320] 2° Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción de Mendoza, Expte.: 54177 – “Contreras Carlos Emmanuel Ángel y Otros C/ Ascurra Sebastián Gustavo y Otros P/ D. y P. (Accidente de Tránsito)”, 10/10/2019. Ver: Alferillo, Pascual E. y Alferillo Ayelen N., *Cuantificación del daño // Región Cuyo. Valor Vida. Incapacidad Psicofísica. Derechos personalísimos,* Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 463 y sig.

[321] 2° Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción de Mendoza, Expte.: 52815 – “Scaglia María Elizabeth C/ Municipalidad de Lujan de Cuyo P/D. y P.”, 27/03/2018.

[322] 4ª Cámara de Apelaciones en lo Civil primera Circunscripción. Mendoza, “Bittar Jorge Gustavo - Bittar Miguel y Haro Nidia C/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/ Daños y Perjuicios”, 21 mayo 2021. En tribunal completa su idea del siguiente modo: Entiendo que en este caso particular, en el cual se ha denunciado el fallecimiento del Sr. Jorge Gustavo Bittar, (3/6/2020 -fs. 654/655-), el alea referida a posibles variaciones en sus ingresos a lo largo de su vida productiva y la extensión de la misma más allá de la edad jubilatoria, carece de todo sentido, circunstancia que, además, debe ser debidamente contemplada para a los efectos de determinar la extensión del resarcimiento, atendiendo a que los jueces no podemos ser fugitivos de la realidad, ni ignorar acontecimiento de la vida que influyen directamente en el resultado de su decisión, por lo que, aun cuando la extensión del daño no haya sido materia de agravio por parte de la demandada, fundándose para ello en la denunciada posterior muerte del Sr. Jorge Bittar, lo que sin dudas no resulta razonable es que se pretenda aplicar otra fórmula que no sea la utilizada en la sentencia apelada, esto es, la denominada “Vuoto”. El fallo se refiere a la doctrina expuesta en el caso (causa n° 13-00762753-4/1, "Marino Marín Christopher Emanuel en J°250.179/13-00762753-4 “Marino Marín Christopher Emanuel c/González Walter Narciso p/ D. y P. (Acc. de Tránsito) s/Rec. Extr. Provincial”, sentencia del 21/12/2018).

[323] 4ª Cámara de Apelaciones en lo Civil Primera Circunscripción. Mendoza, “Bittar Jorge Gustavo - Bittar Miguel y Haro Nidia C/ Gobierno de la Provincia de Mendoza P/ Daños y Perjuicios”, 21 mayo 2021.

[324] Las fundamentaciones del criterio integral, solidario o que considera al ser humano como un todo, son expuestas en el fallo “Bittar, Miguel…” cuando especifica que ha resuelto la CSJN en esos aspectos que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, dicha incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral. Ello así, pues la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende, a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad en el ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (CSJN, 28/4/1998, "Zacarías, Claudio H. c. Provincia de Córdoba y otros", LA LEY, 1998-C, 322; cfr. Tanzi, Silvia Y. / Papillú, Juan M., “La incapacidad sobreviniente en el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2016 (noviembre), 81, LL Online: AR/DOC/3442/2016).

Además, si tenemos en cuenta que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos reconoce en su art. 5.1 que: "Toda persona tiene derecho a que se

respete su integridad física, psíquica y moral" y que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 1, establece que: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona", conforme a lo previsto por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, solo podemos concluir en que el respeto de la integridad del ser humano tiene jerarquía constitucional en nuestro derecho.
Como ya lo anticipé, esta conceptualización ha sido reconocida por la CSJN al expresar que: "...que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esa incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que se desempeñe o no una actividad productiva pues, la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (Fallos 308:1109; 312:752, 2412; 315:2834; 316:2774; 318:1715; 320:1361; 321:1124; 322:1792, 2002 y 2658; 325:1156; 326:847 y 334:376, entre muchos otros), ello por cuanto en el universo de perjuicios que integran la incapacidad sobreviniente, la faz laboral es una de las parcelas a indemnizar, la que no conforma el todo, ni la única a resarcir, sino que constituye un componente más de aquella (doctrina en Fallos 320:451), criterios que fueron recogidos en los arts. 1740 y 1746 del CCCN (CS, 10/8/2017, "Ontiveros, Stella Maris c. Prevención ART", -consid. 7° del voto concurrente del Dr. Lorenzetti; cfr. "Cuantificación del daño", Parte General, La Ley, Dir. Martín Juárez Ferrer, Capítulo IV, Incapacidad Vital por Candelaria Sappia, págs.124-126).
[325] Alferillo, Pascual E., *Daño a la Vida. Valoración – Cuantificación. Acción resarcitoria,* Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, pág. 502. Allí se cita: TS Córdoba, Sala Laboral, diciembre 19-984, "Brizuela de Cavagna Ana M. c/ Minervi Construcciones y otra, LLC, 195-689 y Cámara Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, La Pampa, 11/07/1977, "Nelly Fernández, Lidia del Carmen c/ Salvadori, Ernesto G.". Y, en nota a Medina Crespo, Mariano, "El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte – Luces y sombras del sistema valorativo diez años después y, sobre todo, el indefectible porvenir", ponencia presentada en el V Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, realizado en el Palacio de Congreso de Pamplona, 17/19 noviembre 2005, pág. 51. Ver: Alferillo, Pascual E. y Alferillo Ayelen N., *Cuantificación del daño // Región Cuyo. Valor Vida. Incapacidad Psicofísica. Derechos personalísimos,* Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 463 y sig.
[326] Aciarri, Hugo, "Aplicación de fórmulas matemáticas de rentas variables para la valuación de indemnizaciones por incapacidad permanente; Cuantificación del Daño, Parte General, Dir. Martín Juárez Ferrer, La Ley, Cap. VI., pág. 165 y ss).
[327] En la doctrina de los tribunales, la víctima de una incapacidad sobreviniente falleció durante el largo trámite del proceso por una causa ajena al accidente y ello, dio certeza de la duración de su vida para formular la cuantificación. Es decir, la fecha del fallecimiento, de igual modo fija el aporte económico y solidario a futuro, las posibles variaciones son meras especulaciones porque existe certeza que las mismas no se producirán.

[328] Suprema Corte de Justicia de Mendoza – Sala N° 1, Expte.: 13-00233466-0/2 – “Consorcio de Empresas Mendocinas Para Potrerillos S.A. (Cemppsa) En J°147337/51492 Cardinali, Gladys Beatriz y Ots. C/ E.M.S.E. Residual S/ Daños y Perjuicios P/ Recurso Ext. de Inconstitucionalidad”, 04/04/2018 – Sentencia, Ubicación: LS547-117.

[329] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Primera, causa n° 13-00762753-4/1, caratulada: "Marino Marín Christopher Emanuel En J°250.179/13-00762753-4 “Marino Marín Christopher Emanuel C/ González Walter Narciso P/D. y P. (Acc. de Tránsito) S/Rec. Extr. Provincial” 21 diciembre 2018, CUIJ: 13-00762753-4/1((010301-53119)). El tribunal explica que la aseguradora impugnó los porcentajes asignados por el perito con fundamento en la tabla de incapacidades de la ley de accidentes laborales. No obstante, y tal como contestó el perito esas observaciones, éste no se encuentra sujeto a un determinado baremo, ni son en el caso obligatorias sus tablas, razón por la cual estableció la incapacidad con consideración de los diferentes baremos que se utilizan como orientadores, atendiendo a todos los factores señalados en la pericia y principalmente según su experiencia del profesional.

[330] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Primera, causa n° 13-00762753-4/1, caratulada: "Marino Marín Christopher Emanuel En J°250.179/13-00762753-4 “Marino Marín Christopher Emanuel C/ González Walter Narciso P/D. y P. (Acc. de Tránsito) S/Rec. Extr. Provincial” 21 diciembre 2018, CUIJ: 13-00762753-4/1((010301-53119)). El tribunal explica que la aseguradora impugnó los porcentajes asignados por el perito con fundamento en la tabla de incapacidades de la ley de accidentes laborales. No obstante, y tal como contestó el perito esas observaciones, éste no se encuentra sujeto a un determinado baremo, ni son en el caso obligatorias sus tablas, razón por la cual estableció la incapacidad con consideración de los diferentes baremos que se utilizan como orientadores, atendiendo a todos los factores señalados en la pericia y principalmente según su experiencia del profesional.

[331] El considerando agrega que, en materia de apreciación de prueba, tratándose de prueba pericial, si el dictamen del perito aparece fundado en principios técnicos y no hay otra prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja aceptarlo, pues el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos especiales. (Expte.: 13-00672301-7/1 - Martínez Santiago Cristian En J° 41.605 / 13-00672301-7 (010305-52469) Martínez, Santiago Cristian C/ Delgobbo, Marcelo Walter y Ots. S/ D. y P. (Accidente de Tránsito) P/ Rec. Ext. de Inconst. Fecha: 11/09/2017).

[332] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala Primera, causa n° 13-00762753-4/1, caratulada: "Marino Marín Christopher Emanuel En J°250.179/13-00762753-4 “Marino Marín Christopher Emanuel C/ González Walter Narciso P/D. y P. (Acc. de Tránsito) S/Rec. Extr. Provincial” 21 diciembre 2018, CUIJ: 13-00762753-4/1((010301-53119)).

[333] Sala Primera de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Minería - San Juan, autos N° 23.045 (113963 del 7° Juzgado Civil), "Castro Sánchez, Luis Rolando C/ Pettinari, Mauricio y Otro - Daños y Perjuicios", 19 agosto 2021, L.

de S. T°II-2021; F°121/135. Ver: Alferillo, Pascual E. y Alferillo Ayelen N., *Cuantificación del daño // Región Cuyo. Valor Vida. Incapacidad Psicofísica. Derechos personalísimos,* Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 485 y sig.

[334] Sala Primera de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Minería - San Juan, autos N° 23.045 (113963 del 7° Juzgado Civil), "Castro Sánchez, Luis Rolando C/ Pettinari, Mauricio y Otro - Daños y Perjuicios", 19 agosto 2021, L. de S. T°II-2021; F°121/135.

[335] La aplicación a este caso de la fórmula Díaz no importa, es menester destacarlo, que la misma sea de aplicación automática -a futuro- por este Tribunal pues los arts. 1738, 1746 y c.c. del CCyC, exigen una interpretación y aplicación que tenga siempre en miras lo dispuesto por el art. 1740 del mismo cuerpo normativo. Por ello, en cada proceso, deben considerarse los múltiples factores de orden procesal, sustancial y fáctico que denoten la conveniencia de la aplicación de una u otra fórmula en miras a una reparación plena/integral (cf. art. 1740 CCyC), v.gr. pretensiones contenidas en los escritos constitutivos y/o las impugnaciones, lapso transcurrido desde el hecho dañoso hasta el dictado de sentencia definitiva, profesión u ocupación de la actora en relación con el tipo y grado de incapacidad que sea acreditada en el proceso, entre otras circunstancias de ineludible ponderación al momento de decidir la aplicación de alguna de las múltiples fórmulas que doctrinal y jurisprudencialmente existen y/o se aplican.

El tribunal aclara que: la aplicación a este caso de la fórmula Díaz no importa, es menester destacarlo, que la misma sea de aplicación automática -a futuro- por este Tribunal pues los arts. 1738, 1746 y c.c. del CCyC, exigen una interpretación y aplicación que tenga siempre en miras lo dispuesto por el art. 1740 del mismo cuerpo normativo. Por ello, en cada proceso, deben considerarse los múltiples factores de orden procesal, sustancial y fáctico que denoten la conveniencia de la aplicación de una u otra fórmula en miras a una reparación plena/integral (cf. art. 1740 CCyC), v.gr. pretensiones contenidas en los escritos constitutivos y/o las impugnaciones, lapso transcurrido desde el hecho dañoso hasta el dictado de sentencia definitiva, profesión u ocupación de la actora en relación con el tipo y grado de incapacidad que sea acreditada en el proceso, entre otras circunstancias de ineludible ponderación al momento de decidir la aplicación de alguna de las múltiples fórmulas que doctrinal y jurisprudencialmente existen y/o se aplican.

[336] Sala Primera de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Minería - San Juan, autos N° 23.045 (113963 del 7° Juzgado Civil), "Castro Sánchez, Luis Rolando C/ Pettinari, Mauricio y Otro - Daños y Perjuicios", 19 agosto 2021, L. de S. T°II-2021; F°121/135. El tribunal continúa diciendo: El Poder Judicial de Entre Ríos provee en su sitio web una calculadora basada en la fórmula y su instructivo: www.jusentrerios.gov.ar/formula-renta-futura/). Al iniciar el párrafo, dije que la distinción era especialmente relevante en el caso porque había casi doce años de distancia entre el accidente y la sentencia de primera instancia. Para graficar el punto, destaco que aplicando en el caso la tasa de descuento, la indemnización del período posterior al 13 de mayo de 2010 se reduce en más de un 31 % (de $ 3.406.400,69 a $ 2.346.437,59).

[337] Sala Primera de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Minería - San Juan, autos N° 23.045 (113963 del 7° Juzgado Civil), "Castro Sánchez, Luis Rolando C/ Pettinari, Mauricio y Otro - Daños y Perjuicios", 19 agosto 2021, L. de S. T°II-2021; F°121/135. Ver: Alferillo, Pascual E. y Alferillo Ayelen N., *Cuantificación del daño // Región Cuyo. Valor Vida. Incapacidad Psicofísica. Derechos personalísimos,* Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 463 y sig.

[338] Alferillo, Pascual E., "Reflexiones en torno al concepto de daño y su clasificación", RCyS 2019-4, 3, Cita Online: AR/DOC/492/2019.

[339] Superior Tribunal de Justicia de San Luis (STJSL), causa Nº 17-M-2000, "M., N. C/ Sup. Gob. de la Pcia. de San Luis y/o Estado Provincial-Daños y Perjuicios". Ver: Alferillo, Pascual E. y Alferillo Ayelen N., *Cuantificación del daño // Región Cuyo. Valor Vida. Incapacidad Psicofísica. Derechos personalísimos,* Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 410.

[340] Alferillo, Pascual E., "El proceso de constitucionalización del Derecho Privado en la Argentina", Revista Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP) - Número 7 - Mayo 2018 - Derecho Privado y Constitución, 23-05-2018 - Cita:IJ-DXXXIV-709; "Reflexiones sobre la constitucionalización del derecho laboral, en particular del sistema indemnizatorio por accidentes y enfermedades de la LRT", RCyS 2010-IX, 65; "La Constitución Nacional y el Derecho de Daños", RCyS 2011-IV, 31; "La constitucionalización del derecho de daños" en Liber Amicorum en homenaje a Luis Moisset de Espanés, Advocatus, Córdoba, 2010, etc.

[341] Ver: Alferillo, Pascual E., *Daño a la vida. Valoración – Cuantificación – Acción resarcitoria*, Titulo IV - Reclamo *iure hereditatis*, Capítulo IV. La reparación integral, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009, págs. 123-136.

[342] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Cano Romero de Álvarez, Ilda c. provincia de Buenos Aires", 11/06/1981, LA LEY 1981-D, 17, AR/JUR/577/1981; 1981 Fallos: 303:820.

[343] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Prille de Nicolini, Graciela Cristina c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires y Buenos Aires, Provincia de", P. 338. XX.15/10/1987, Fallos: 310:2103. En idéntica dirección: "Forni, Francisco; Forni, Alberto y Forni, Raúl c/ Ferrocarriles Argentinos s/ indemnización daños y perjuicios", F. 439. XXI.07/09/1989, Fallos: 312:1597.

[344] Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ramp, Juan Rodolfo y otra v. Cruz Médica San Fernando S.A., 01/07/1997, 04_320v2t021. (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez).

[345] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de v. Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios", 07/11/2006, 4/60742.

[346] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra de v. Provincia de Buenos Aires y otro y/o quien pueda resultar dueño

y/o guardián de los animales causantes del accidente s/daños y perjuicios", 07/11/2006, 4/60742.

[347] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Expte.: 37717 – "Corica Arizia A. y Otros En J: Corica Arizia y Otros Colta S.A.C.I.F. y Ot. Daños y Perjuicios – Casación", 29/08/1979 – Sentencia, Ubicación: LS159-403.

[348] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala 2, Expte.: 20289 - Fiscal Rodríguez, Alberto Homicidio Culposo A Eduardo O. Ríos. Casación, 03/09/1955 – Sentencia, Ubicación: LS060-030.

[349] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Expte.: 52305 – "Fiscal Germ Igor José Homicidio Culposo – Casación", 05/10/1993 – Sentencia, Ubicación: LS239-346. En igual sentido: Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Expte.: 49811 – "Fiscal Boaknin Ruth Adela Homicidio Culposo – Casación", 12/06/1992 – Sentencia, Ubicación: LS228-188, cuando se dijo que en caso de muerte de un niño de corta edad, partiendo del principio que la vida humana es un valor reparable por sí misma, aunque no haya prueba, ni daño actual, la frustración de la legítima esperanza de ayuda es un daño actual y no se trata de una mera "chance", sino de un daño probable y razonable que tiene la certeza requerida para ser indemnizable. En consecuencia, se admite el resarcimiento del daño patrimonial encuadrado como pérdida de chance o ayuda filial futura.

[350] Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala N° 1, Expte.: 90759 – "Dellarole Graciela Benedicta En J° 186.631/38.894 Dellarole Graciela Benedicta C/ Toribio Valentín Eduardo P/ D. Y P. S/ Inc.", 19/12/2008 – Sentencia, Ubicación: LS396-049.

[351] Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Segunda, 29/04/2019, Autos N° 22552, "Lillo Muñoz Elio Bautista y Lillio María Emilia C/Muñoz Margarita Yolanda – Ordinario", L.S. - año 2019 – del T° 1 – F° 158/188. (Voto mayoritario).

[352] Cámara Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala Segunda, 07/06/2019, Autos N° 22694, "Castañares Irma Argentina C/ Valenzuela María Alejandra y Otro – Ordinario", L.S. año 2019 - del T° 2 – F° 40/66.

[353] Sala Segunda de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, autos N°146485 (C.C. Nº 22645) del Octavo Juzgado Civil, "Gómez Adrían Martin C/ Von Arx Eduardo Oscar Ordinario". L.S.- Año 2019- Tº I - Fº101/109. 10/04/2019.

[354] Sala Primera de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Minería Autos N° 22.608 (98.597 - 4° Civil), "Suárez José Pedro y Otra C/ Cendon Ángel Alfredo y Otro - Daños y Perjuicios". También en autos N° 22.607 (99.593 - 4° Civil) "Rojas José Mario y Otra C/Cendon, Ángel Alfredo y Otro - Daños y Perjuicios" Protocolo: L. de S. T° I-2019; F°50/57; 28 febrero 2019.

[355] Superior Tribunal de Justicia de San Luis, Nº 57/07, 25 setiembre 2007, autos: "Herbst José Hermann C/ Pessi Carlos y Otros S/ Daños y Perjuicios - Recurso de Queja", Expte. N° 03-H-2004.

[356] Supremo Tribunal de Justicia de San Luis, - S.D. N° 56 /12, 21 junio 2012, autos: "Incidente de Apelación autos: “Carotta, Oscar Américo C/ La Holanda Sudamericana Cía. de Seg. y Ot. - Medida Autosatisf. - Recurso de Inconstitucionalidad" Expte. N° 07-I-11 -TRAMIX N° 197576/1.

[357] Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 1, de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis. Integración especial con los miembros de la otra Cámara, causa 79348/8 "Alvornoz Ivan David C/ Aiello Supermercado S.A y Otro S/ Daños y Perjuicios”, DOC. Nº 3351". Ver: Alferillo, Pascual E. y Alferillo Ayelen N., *Cuantificación del daño // Región Cuyo. Valor Vida. Incapacidad Psicofísica. Derechos personalísimos,* Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 412.

[358] Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 1, de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis. Integración especial con los miembros de la otra Cámara, causa 79348/8 "Alvornoz Iván David C/ Aiello Supermercado S.A y Otro S/ Daños y Perjuicios”, DOC. Nº 3351" (voto Carlos Guillermo Maqueda (h)). Ver: Alferillo, Pascual E. y Alferillo Ayelen N., *Cuantificación del daño // Región Cuyo. Valor Vida. Incapacidad Psicofísica. Derechos personalísimos,* Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 412.

[359] Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 1, de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis. Integración especial con los miembros de la otra Cámara, causa 79348/8 "Alvornoz Iván David C/ Aiello Supermercado S.A y Otro S/ Daños y Perjuicios”, DOC. Nº 3351" (voto Carlos Guillermo Maqueda (h)). Ver: Alferillo, Pascual E. y Alferillo Ayelen N., *Cuantificación del daño // Región Cuyo. Valor Vida. Incapacidad Psicofísica. Derechos personalísimos,* Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017, pág. 412. El fallo concluye: Resolución final propuesta por Maqueda: Rechazar el recurso de apelación interpuesto, a fs. 402, por la parte actora sin perjuicio de aclarar la parte dispositiva, de la sentencia apelada, haciendo saber que la liquidación del daño por la minusvalía del actor será calculada mediante el procedimiento denominado “fórmula Vuotto” con su posterior desarrollo jurisprudencial (causa “Méndez”).

[360] Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 1, de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis, 221367/11 "Cruz Gerónimo Solano C/ Asociart S.A. Aseguradora de Riegos del Trabajo S/ Accidente o Enfermedad Laboral...Doc. Nº 4749 -", 18 noviembre de 2014.

[361] Alferillo, Pascual E., conferencia “Las modificaciones en el Código Civil y Comercial y sus implicancias en el Derecho Laboral” en el curso *Desafíos de las relaciones laborales ante la evolución normativa,* en el marco de las 7° Jornadas Regionales organizadas por el Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de Tucumán, 14 agosto 2015.

[362] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aquino Isacio C/ Cargo Servicios Industriales S.A. S/Art. 39 Ley 24.557”, A. 2652. XXXVIII. RHE21/09/2004, Fallos: 327:3753.

[363] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aquino Isacio C/ Cargo Servicios Industriales S.A. S/Art. 39 Ley 24.557”, A. 2652. XXXVIII. RHE21/09/2004, Fallos: 327:3753.

[364] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aquino Isacio C/ Cargo Servicios Industriales S.A. S/Art. 39 Ley 24.557”, A. 2652. XXXVIII. RHE21/09/2004, Fallos: 327:3753.

[365] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aquino Isacio C/ Cargo Servicios Industriales S.A. S/Art. 39 Ley 24.557”, A. 2652. XXXVIII. RHE21/09/2004, Fallos: 327:3753. El tribunal completa su criterio sosteniendo que el hecho de que los menoscabos a la integridad psíquica, física y moral del trabajador prohibidos por el principio alterum non laedere deban ser indemnizados solo en cuanto a la pérdida de la capacidad de ganancias del trabajador -y de manera restringida-, vuelve al art. 39, inc. 1, de la Ley de Riesgos del Trabajo contrario a la dignidad humana, ya que ello entraña una suerte de pretensión de reificar a la persona, por vía de considerarla no más que un factor de la producción, un objeto del mercado de trabajo.

[366] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aquino Isacio C/ Cargo Servicios Industriales S.A. S/Art. 39 Ley 24.557”, A. 2652. XXXVIII. RHE21/09/2004, Fallos: 327:3753. El tribunal justifico su decisión expresando que el trabajo humano tiene características que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el marco del mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, normativamente comprendidos en la Constitución Nacional. Y ello sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan.

[367] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Aquino Isacio C/ Cargo Servicios Industriales S.A. S/Art. 39 Ley 24.557”, A. 2652. XXXVIII. RHE21/09/2004, Fallos: 327:3753. El tribunal agrega que, mediante la eximición de la responsabilidad civil del empleador frente al daño sufrido por el trabajador, la Ley de Riesgos del Trabajo no ha tendido a la realización de la justicia social, sino que ha marchado en sentido opuesto al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo y, en consecuencia, formular una "preferencia legal" inválida por contraria a la justicia social.

[368] CNTrab. Capital Federal, sala 3ª, 16/6/1978, “Vuoto, Dalmero S. c. Aeg Telefunken Argentina s/artículo 1113, Código Civil”, Id Infojus: FA78041799.

[369] CNTrab., sala 3ª, 28/4/2008, “Méndez Alejandro Daniel c. Mylba SA y otro s/accidente - acción civil”, Id Infojus: FA08040068.

[370] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arostegui Pablo Martin C/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañia S.R.L. y Otro S/ Inconst. Art. 39 LRT”, A. 436. XL. RHE08/04/2008, Fallos: 331:570.

[371] Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Arostegui Pablo Martin C/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañia

S.R.L. y Otro S/ Inconst. Art. 39 LRT", A. 436. XL. RHE08/04/2008, Fallos: 331:570.

[372] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Arostegui Pablo Martin C/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañia S.R.L. y Otro S/ Inconst. Art. 39 LRT", A. 436. XL. RHE08/04/2008, Fallos: 331:570.

[373] La metamorfosis de las formulas empleadas es bien explicada por la Cámara Civil, Comercial, Minas y Laboral N° 1, de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de San Luis, en el caso 221367/11 "Cruz Gerónimo Solano C/ Asociart S.A. Aseguradora de Riegos del Trabajo S/ Accidente o Enfermedad Laboral. Doc. Nº 4749 -", 18 noviembre de 2014.

[374] "Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas", O. 85. L. RHE10/08/2017, Fallos: 340:1038. (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti). Los magistrados completan su pensamiento juzgando que la violación del deber de no dañar a otro es lo que genera la obligación de reparar el menoscabo causado y tal noción comprende todo perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria que afecte en forma cierta a otro en su persona, en su patrimonio y/o en sus derechos o facultades y dicha reparación no se logra si el resarcimiento -producto de utilización de facultades discrecionales de los jueces- resulta en valores insignificantes en relación con la entidad del daño resarcible. Ello, por cuanto, el principio de la reparación integral es un principio basal del sistema de reparación civil que encuentra su fundamento en la Constitución Nacional.

[375] "Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas", O. 85. L. RHE10/08/2017, Fallos: 340:1038. (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

[376] "Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas", O. 85. L. RHE10/08/2017, Fallos: 340:1038. (Voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Horacio Rosatti). También dijeron que la incapacidad física del trabajador suele producirle un serio perjuicio en su vida de relación, lo que repercute en su actividad social, deportiva, etcétera y ese perjuicio debe ser objeto de reparación al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y del daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable.

[377] "Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas", O. 85. L. RHE10/08/2017, Fallos: 340:1038. (Voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti). El magistrado especifica que para avaluar el resarcimiento en casos en los cuales la víctima ha sufrido daños irreversibles en su integridad psicofísica, el porcentaje pericial de incapacidad laboral, aunque pueda ser útil como una pauta genérica de referencia, no constituye un patrón que el juzgador deba seguir inevitablemente, entre otras razones porque no solo corresponde justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere a dicha tarea un marco de valoración más amplio.

[378] Ver: Alferillo, Pascual E., Reflexiones en torno al concepto de daño y su clasificación", RCyS 2019-4, 3, Cita Online: AR/DOC/492/2019; "Cuantificación del daño moral en el Código Civil y Comercial", RCyS2020-IV, 3, Cita Online: AR/DOC/643/2020; entre otros.

[379] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Grippo Guillermo Oscar, Claudia P. Acuña y Otros c/ Campos Enrique Oscar y otros s/ daños y perjuicios (Acc.Tran. C/ Les. O Muerte), CIV 080458/2006/1/RH00102/09/2021. (Voto de los jueces Maqueda y Rosatti y voto del juez Lorenzetti). -del dictamen de la Procuración General al que el voto de los jueces Maqueda y Rosatti remite.

[380] Rodríguez, D. F. (2020). La mitigación del daño en el marco de la función preventiva de la responsabilidad civil. *Responsabilidad Civil y Seguros* (12), 3.

[381] Arazi, R. (11 de Noviembre de 2015). Aciertos y comentario crítico del Código Civil y Comercial. *La ley on line*, 812.

[382] Rodríguez, D. F., ob. cit.

[383] Véase Rodríguez, D.F., ob. cit., citando a Domínguez Hidalgo, Carmen, Deber de minimizar los daños de la víctima o del acreedor, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho,* Editorial Diké, Medellín, Colombia, 2011, págs. 114 y 115, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2627854

[384] Véase Rodríguez, D.F., ob. cit., citando a Domínguez Águila, Ramón, Notas sobre el deber de minimizar el daño, *Revista Chilena de Derecho Privado*, nro. 5, Universidad Diego Portales, Santiago, dic. 2005, pág. 76, http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838862003

[385] Véase Troncoso, María Isabel, La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño, *Revista de Derecho Privado*, nro. 21, Bogotá, julio-dic. 2011, pág. 359, disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3777145 al 6/7/21.

[386] Véase Rodríguez, D.F., ob. cit.

[387] Véase Troncoso, María Isabel, ob. cit.

[388] San Martín Neira, Lilian C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia 2012, pág. 34; citada por Rodríguez, D.F., ob. cit.

[389] Krieguel, Hermann & Krieguel, Ossenbrungen, *Cuerpo del derecho civil romano*, Ed. Molina, Barcelona, 1889, trad. I. García del Corral, ps. 922 y 923, cit. por Lamanna Guinazú, Emiliano C., La prevención del daño: una evolución en el Proyecto de Código Civil argentino, ED 249-802, nota 13.

[390] Rodríguez Fernández, Maximiliano, Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos, *Revista de Derecho Privado de la Universidad de Externado*, vol. 15, Colombia, 2008, pág. 116, disponible en

https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/535/508, citado por Rodríguez, D.F., ob. cit.

[391] Barone González, Jorge Luis, El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual, *Verba Iuris*, 13, Bogotá, ene.-jun. 2018, pág. 84, disponible en https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/1319/1015, citado por Rodríguez, D.F., ob. cit.

[392] Jaramillo, Carlos I., El deber de mitigar el daño ya producido en el derecho privado y su estrecha relación con el deber de evitarlo. Aproximación internacional, RDD, 2016-2-111 a 112, citado por Rodríguez, D.F., ob. cit.

[393] Rodríguez, D.F., ob. cit.

[394] Véase Troncoso, María Isabel, ob. cit., pág. 358; citado por Rodríguez, D.F., ob. cit.

[395] Pothier, Robert J., *Tratado de las obligaciones*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1993, pág. 99; citado por Rodríguez, D.F., ob. cit., nota 26.

[396] Demogue, René, *Traité des obligations en general*, 1905, t. II, pág. 89; citado por Rodríguez, D.F., ob. cit., nota 28.

[397] Seguimos en este apartado los lineamientos de Rodríguez, D.F., ob. cit.

[398] Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/v1057000-cisg-s.pdf. Dicha convención fue aprobada en Argentina por la Ley N° 22.765 (BO del 30/03/1983).

[399] Disponible en https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blacklette r2010-spanish.pdf.

[400] 1) La parte incumplidora no es responsable de la pérdida sufrida por la parte perjudicada en la medida en que la parte perjudicada podría haber reducido la pérdida al tomar medidas razonables. 2) La parte perjudicada tiene derecho a recuperar cualquier gasto razonablemente incurrido al intentar reducir. disponible en https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/textef.html.

[401] 1) El deudor no es responsable de la pérdida sufrida por el acreedor en la medida en que el acreedor podría haberla reducido tomando medidas razonables. 2) El acreedor tiene derecho a recuperar los gastos razonables en que incurra para reducir las pérdidas.

[402] Art. 163. Mitigación de pérdidas: 1) El deudor no será responsable de las pérdidas sufridas por el acreedor en la medida en que este último hubiera podido mitigarlas tomando medidas razonables. 2) El acreedor tendrá derecho a cobrar el importe de los gastos en los que razonablemente incurrió al intentar mitigar las pérdidas.

[403] Torré, A, *Introducción al Derecho* (Decimocuarta ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, pág. 96.

[404] Véase Jaramillo J., Carlos Ignacio. «El deber de mitigar el daño ya producido en el derecho privado y su estrecha relación con el deber de evitarlo.Aproximación internacional.» *Revista de Derecho de Daños 2016-2: prevención del daño* (Rubinzal - Culzoni), nº 2 (2016): págs. 73-144.

[405] Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es> [26/06/2021].

[406] Picasso, S. y Saenz, L., *La prevención del daño en los proyectos de reforma del Código Civil argentino,* en *Revista de Derecho de Daños,* N° 2008-2, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, pág. 432, quienes citan en igual sentido a Saux y Vázquez Ferreyra.

[407] Véase Baracat, E. J. (2015). Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial. *LA LEY-D*, 648.

[408] Baracat, E. J. (2015). Herramientas procesales para la prevención del daño en el nuevo Código Civil y Comercial. *LA LEY-D*, 648.

[409] Meroi, A. A. (abril de 2016). Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños. *RCCyC*, 70.

[410] Burgeño Ibarguren, M. (2020). *La función preventiva de la responsabilidad civil con especial consideración del derecho de consumo* (Primera ed.). Montevideo/ Buenos Aires: Bien de Familia. Prólogo.

[411] Musto, Nestor Jorge. *Derechos reales.* Vol. II., Ciudad Autonoma de Buenos Aires: Astrea, 2000, pág. 563.

[412] Gomez, C. D. (2017). Acción preventiva de daños en el Código Civil y Comercial: aspectos sustanciales y procesales. *Responsabilidad civil y seguros*(9), 42.

[413] Gómez, C.D., ob. cit.

[414] Véase Gómez, C.D., ob. cit.

[415] Leiva, C. F. (2006). *La función preventiva en el derecho de daños* (Primera ed.). Mendoza: Ediciones Juridicas Cuyo, pág. 62.

[416] Leiva, C.F., ob. cit., pág. 96.

[417] Galdós, Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales-RCyS2019-I.

[418] Arazi, R. (11 de Noviembre de 2015). Aciertos y comentario crítico del Código Civil y Comercial. *La ley on line*, 812.

[419] Art. 710**.-** Principios relativos a la prueba. Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.

[420] Art. 1735**.-** Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa.

[421] De los Santos, M. (1998). Medida Autosatisfactiva y medida cautelar (Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales. *Revista de Derecho Procesal- Medidas Cautelares*(1), 31.

[422] Leiva, C.F., ob.cit., pág. 101.

[423] Seguiremos los lineamientos propuestos en la obra de Civit, Juan P., Colotto Gustavo A. (directores), y De Rosas, Pablo (coord). *Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la provincia de Mendoza: analizado, concordado, comentado y jurisprudencia; Oralidad, Monitorio.* Sexta. Mendoza: ASC, 2019.

[424] Milanese, Claudia. «Comentario al artículo 3.» En *Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la provincia de Mendoza: analizado, concordado, comentado y jurisprudencia; Oralidad, Monitorio*, de Juan Pablo S. Civit, Gustavo A. Colotto(directores) y De Rosas Pablo E. (coordinador), 74. Mendoza: ASC, 2019.

[425] Véase Milanese, Claudia, ob. cit., págs. 75-80.

[426] Calamandrei, P. (1945). *Introducción al estudio sistemáticas de las providencias cautelares.* (S. S. Melendo, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Omeba.

[427] Ossola, Federico A. (2016). *Responsabilidad Civil*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, pág. 320.

[428] El sistema de protección de consumidores abarca la Ley N° 24.240, sus modificaciones, el Código Civil y Comercial de la Nación en su parte pertinente, y el art. 42 de la Constitución Nacional, entre otras normas.

[429] Borda, Alejandro. (2016). *Derecho civil, contratos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, pág. 275.

[430] Rivera, Julio C. & Medina Graciela (Dir.). Esper Mariano, (Coord.) (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: La Ley, tomo 6, pág. 725.

[431] Barocelli, Sergio S. “Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial”. *DCCyE*, AR/DOC/412/2015, 2015, pág. 3.

[432] Wajntraub Javier H. “La nueva competencia en materia de relaciones de consume en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. *La Ley*, AR/DOC/1005/2021, 2021, pág. 2.

[433] Esta norma fue sancionada con fecha 11 de marzo de 2021 por la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y entró en vigencia a los 30 días de la publicación en el boletín oficial.

[434] En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires confluye la competencia del Registro Público de la IGJ (Resolución 33/2020, IGJ) con la del Registro de Contratos de Fideicomisos dependiente del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (Decreto 300/2015, GCAB), coexistiendo actualmente ambos regímenes.

[435] Lorenzetti Ricardo L. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, tomo VI, pág. 231.

[436] Chialvo, Tomás P. "Defensa del Consumidor Inmobiliario y el Fideicomiso. A propósito del Daño Punitivo". *Sistema Argentino de Información Jurídica*, DACF110045, 2011, www.saij.gob.ar, (Consultado el 14 de julio de 2020).

[437] Barocelli, Sergio S., - Pacevicius, Iván V. en Barocelli Sergio S. (coord.). "Impactos del Nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho del Consumidor. Diálogos y perspectivas a la luz de sus principios". Proyecto de Interés Institucional (PII 502). *Universidad de Buenos Aires - Facultad de Derecho*, 2016, pág. 69.

[438] Molina Sandoval, Carlos A. "La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario". *LL*, nro. 1288, 2007, pág. 3.

[439] Papa, Rodolfo G. "Fideicomiso inmobiliario. Aspectos jurídicos, contractuales y regulatorios", *LL*, AR/DOC/3890/2014, 2014.

[440] CCiv., Com., Minas, de Paz y Trib. Mendoza, cámara tercera, 02/03/2016, "Assandri, Oscar Eduardo c/ Vignoni, Lidia Elizabeth p/ D. y P.", *IJ*, IJ-CMXIX-230.

[441] Chialvo, Tomás P. "Defensa del Consumidor Inmobiliario y el Fideicomiso. A propósito del Daño Punitivo", *op. cit.*

[442] CCiv. y Com. Mar del Plata, sala III, 05/06/2019, "Rubiolo, Claudia Elizabeth c/ Llave Maestra S.R.L. s/ Cumplimiento de contratos", *IJ*, IJ-DCCLII-575.

[443] Molina Sandoval, Carlos A. "La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario", *op. cit.*, pág. 4.

[444] Stordeur, Eduardo. (2011). *Análisis económico del derecho. Una introducción*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, pág. 84.

[445] Borgna Pablo - Sclavo Pablo Martín. "Fideicomisos de construcción al costo: concepto. Alcances Rol que cumple la ley de defensa del consumidor frente a una regulación específica insuficiente y las situaciones abusivas". *elDial.com*, *no. 21*, 2016, pág. 4.

[446] Lisoprawski, Silvio V. "Fideicomisos de construcción ´al costo´". *LL*, AR/DOC/5697/2011, 2011, pág. 8.

[447] CCiv. y Com. Córdoba, sala sexta, 14/04/2016, “Ahumada Mariela Florencia c/ Oliver Group S.A. y otro”, *Microjuris*, MJJ98242.

[448] Stordeur, Eduardo, (2011). *Análisis económico del derecho. Una introducción*. *op. cit.*, pág. 83.

[449] CCiv. y Com. Salta, sala B, 30/05/2018, "Ola, Virginia Viviana vs. Caso, Ricardo Alberto; Leyría, Diego - Rendición de cuentas; Daños y perjuicios" (Inédito).

[450] Stiglitz, Rubén S. “Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *Sup. Especial Nuevo Código Civil y Comercial.* AR/DOC/3842/2014, 2014.

[451] Stiglitz, Rubén S. “Lealtad comercial, prácticas comerciales abusivas y publicidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”. *op. cit.*, pág. 5.

[452] CCircuito Rosario, 3/10/2018, “D. S. J. y otros c/ FH S.R.L. y otros s/ demanda indem. Ley Def. Cons.”, *Microjuris*, MJJ117329.

[453] Molina Sandoval, Carlos A. “La protección jurídica del adquirente de unidades funcionales y el fideicomiso inmobiliario”, *op. cit.*

[454] Barocelli, Sergio S. “La problemática de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el Código Civil y Comercial”. *RCCyC*, AR/DOC/900/2016, 2016, pág. 3.

[455] CNCiv., sala H, 19/10/2006, “Baredes, Guido M. v. Torres de Libertador 8000 SA y otros s/daños y perjuicios”, *LL*, AR/JUR/16231/2006.

[456] Barocelli, Sergio S. “La problemática de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el Código Civil y Comercial”, *op. cit.*, pág. 12.

[457] Alferillo, Pascual E. “Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo”. *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, IJ-XCIII-456, 2015.

[458] Cossari, Maximiliano. “Responsabilidad contractual del fiduciario”. *DJ,* AR/DOC/6839/2010, 2010.

[459] Jalil, Julián, E. “La función punitiva de la Responsabilidad Civil”. *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, Número 9, IJ-DCCXLII-911, 2019.

[460] CNCiv., sala H, 04/05/2016, “Cleimbosky Marcela Silvia c/ Fiduciaria Buenos Aires S.A. s/ daños y perjuicios”, *Microjuris,* MJJ98962.

[461] Martínez Paz, Facundo. “Elementos configurativos de los Daños Punitivos en el Derecho Argentino”. *Revista Argentina de Derecho Civil*, nro. 6, IJ-DCCCLXXIII-774, 2019.

[462] Martínez Paz, Facundo. “Elementos configurativos de los Daños Punitivos en el Derecho Argentino”, *op. cit.*

[463] Basterra, Marcela, 2018, pág. 142.

[464] CSJN, 11-12-84, E. D. 112-239.
[465] ESET: Soluciones antivirus y de seguridad de Internet.
[466] https://www.welivesecurity.com/la-es/2020/11/25/crece-ecommerce-aumentan-estafas-incidentes-seguridad/
[467] https://www.law.cornell.edu/wex/es/fraude_con_tarjeta_de_cr %C3 %A9dito
[468] https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_de_reclamos_-_2020.pdf
[469] https://www.telam.com.ar/notas/202104/551902-estafas-bancarias-ciberdelito.html
[470] https://nilsonreport.com/mention/1313/1link/
[471] https://www.diariojudicial.com/nota/12682/-/tipifican-la-defraudacion-mediante-tarjetas-de-compra-credito-yo-debito.html
[472] http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/proteccion-de-datos-personales-en-argentina-presente-y-futuro/+6420
[473] https://www.bnamericas.com/es/noticias/piden-a-argentina-actualizar-ley-de-proteccion-de-datos-de-2000
[474] https://abogados.com.ar/nueva-ley-de-fraudes-en-relacion-a-tarjetas-de-pago-y-transacciones-electronicas/26105
[475] https://aldiachile.microjuris.com/2020/05/29/ley-no-21-234-limita-la-responsabilidad-de-usuario-de-tarjetas-de-pago-y-transacciones-electronicas-en-caso-de-extravio-hurto-robo-o-fraude/
[476] https://aws.amazon.com/es/compliance/japan-data-privacy/
[477] https://www.powerdata.es/gdpr-proteccion-datos