





ANUARIO REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

DIRECTOR

DR. PASCUAL E. ALFERILLO

NÚMERO 7 AÑO 2022



Anuario Revista Jurídica Región Cuyo-Argentina / Pascual E. Alferillo ...
[et al.] ; compilación de Pascual Eduardo Alferillo. - 1a ed. - Ciudad Au-
tónoma de Buenos Aires : IJ Editores, 2023.

324 p. ; 15 x 23 cm.

ISBN 978-631-302-005-8

1. Derecho. I. Alferillo, Pascual E. II. Alferillo, Pascual Eduardo, comp.
CDD 340.1

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

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

IJ International Legal Group

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

CP: 1048

TE: +54 011 5276-8001

ÍNDICE

REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA - NÚMERO 12 - JUNIO 2022.....	11
EDITORIAL	
Pascual E. Alferillo.....	13
UTOPIA Y REALIDAD EN LA OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL LOS CUESTIONAMIENTOS SOCIALES UN EJEMPLO: LA INTERPRETACIÓN DE NORMATIVA DE LA REELECCIÓN DE LOS MANDATOS DEL PODER EJECUTIVO	
Pascual E. Alferillo.....	15
INTIMIDAD Y TUTELA PREVENTIVA	
Juan Carlos Pandiella.....	47
COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO EFECTO DEL DIVORCIO: VIABILIDAD DE SU ACUMULACIÓN A UN RECLAMO POR DAÑO MORAL	
Gino Sgro Tomás Donato.....	63
LEGÍTIMA, DONACIONES, REDUCCIÓN Y COLACIÓN	
ESTADO DE SITUACIÓN LUEGO DE LA REFORMA DEL CCYC (LEY N° 27587)	
Tomás Donato.....	81
LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA EL COBRO DE ALIMENTOS	
Claudia Graciela Raganato.....	97
LA DENUNCIA EXTEMPORÁNEA DEL SINIESTRO A LA LUZ DEL ESTATUTO CONSUMERIL Y SUS NUEVOS PRINCIPIOS	
Gisela Riccardi Diego S. González Vila.....	111

SISTEMAS PROCESALES PENALES

BASES HISTÓRICAS, LEGALES, DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES

SISTEMA ACUSATORIO CON LITIGACIÓN ADVERSARIAL

Pablo Guido Peñasco..... 141

**REFLEXIONES SOBRE LA AMPLIACIÓN DEL INSTITUTO DEL
"CORRIMIENTO DEL VELO SOCIETARIO" A LAS PERSONAS JURÍDICAS**

Pascual E. Alferillo..... 189

REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA - NÚMERO 13 -
DICIEMBRE 2022..... 203

EDITORIAL

Pascual E. Alferillo..... 205

**AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES EN MATERIA
SOCIETARIA**

Humberto Vargas Balaguer..... 207

**LA FRUSTRACIÓN DEL FIN E IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO
DE LAS OBLIGACIONES.**

CONCLUSIONES DE LAS XXVIII JORNADAS NACIONALES DE
DERECHO CIVIL

Pascual E. Alferillo..... 215

**ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA CRISIS DEL SISTEMA
DE AHORRO PREVIO PARA LA ADQUISICIÓN DE AUTOMOTORES**

Esteban Vásquez Soaje..... 257

**COMENTARIOS A LAS CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN 8:
SUCESIONES.XXVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL -
MENDOZA - 2022**

Tomás Donato..... 269

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y LAS NORMAS PROCESALES Juan Carlos Pandiella Molina.....	279
MANIFESTACIONES O DECLARACIONES ESPONTÁNEAS EN CUESTIONES PENALES CON RELACIÓN A AUTORES, PARTICIPES Y PERSONAS QUE PODRÍAN ABSTENERSE DE DECLARAR Pablo G. Peñasco.....	297
EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL Nadia Anahí Tordi.....	313

STAFF

Director:

Dr. Pascual Alferillo

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Mesa Directiva (2019 - 2022):

Presidente: Dr. Armando S. Andruet (h)

Vicepresidenta: Dra. Marcela Aspell

Secretario: Dr. Juan Manuel Aparicio

Tesorero: Dr. Gabriel B. Ventura

Director de Publicaciones: Dr. Juan Carlos Palmero

Revisor de cuentas: Dr. Efraín H. Richard

Presidentes Honorarios:

Dr. Juan Carlos Palmero

Dr. Julio I. Altamira Gigena

Secretario Técnico:

Dr. Christian G. Sommer

Mesa Directiva (2016 - 2019):

Presidente: Dr. Julio I. Altamira Gigena

Vicepresidente: Dr. Armando S. Andruet

Secretaria: Dra. Marcela Aspell

Tesorero: Dr. Guillermo Barrera Buteller

Director de Publicaciones: Dr. Juan Carlos Palmero

Revisor de cuentas: Dr. Efraín H. Richard

Secretario Técnico: Dr. Christian G. Sommer

Presidente Honorario:

Dr. Juan Carlos Palmero

Instituto de la Región Cuyo

Director:

Dr. Pascual E. Alferillo

Vice Director:

Ab. Aldo Guarino Arias

Secretarios:

Dra. Mariel Molina (Mendoza)

Ab. Pablo Peñasco (San Rafael - Mendoza)

Dr. Juan Carlos Pandiella (San Juan)

Ab. Eugenia Bonna (San Luis)

Dr. Raúl Eduardo Bertres (V. Mercedes - San Luis)

Directores anteriores

Dr. Luis Moisset de Espanés (Córdoba) (+)

Dr. Alejandro Pérez Hualde (Mendoza)

Académicos Correspondientes de Cuyo

Dr. Roberto José Dromi (Mendoza) 30/7/82

Dr. Alejandro G. Baro (Mendoza) 28/10/1983

Ab. Aldo Guarino Arias (San Rafael - Mendoza) 6/5/1988

Dr. Héctor Andrés Benézbaz (Mendoza) 27/5/1988

Dr. Aída Kemelmajer de Carlucci (Mendoza) 14/6/1989

Dr. Pascual E. Alferillo (San Juan) 24/6/2003

Dr. Alberto Sánchez (San Juan) 25/11/2003

Dr. Alejandro Perez Hualde (Mendoza) 12/7/2005

Dr. Jorge Sarmiento García (Mendoza) 31/3/2009

Dr. Raúl Eduardo Bertres (V. Mercedes - San Luis) 26/4/2011

Dr. Oscar Alvaro Cuadro (San Juan) 7/8/2012

Dr. Víctor Bazán (San Juan) 23/9/2014

Dra. María Gabriela Abalos (Mendoza) (27/10/2020)

Académicos correspondientes fallecidos

Pablo Antonio Ramella - San Juan - 16-10-75 (+25-04-1993)

Juan Ramón Guevara - Mendoza - 15-04-83 (+ 21-04-1994)

Joaquín López - Mendoza - 25-06-86 (+ 22-09-2004)

Dardo Pérez Guilhou - Mendoza - 15-12-80 (+ 30-7-2012)

REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA - NÚMERO 12 - JUNIO 2022



EDITORIAL

Dr. Pascual E. Alferillo*

En la situación actual del mundo, resulta oportuno recordar las conclusiones de la ponencia expuesta en el marco del XIV Congreso Iberoamericano de Derecho Privado 3 y 4 octubre 2019 Asunción – Paraguay organizado por la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado (AIDDP), titulada: “Los vulnerables y el principio pro homini”.

En esa oportunidad, se sostuvo que

“estas primeras décadas del siglo XXI se destacan por la inmediatez para conocer fenómenos que acontecen en otros lares y ello, muestras un sin número de situaciones injustas con persona en estado de vulnerabilidad, marginadas de los sistemas políticos, económicos o sociales de los países que torna imprescindible seguir bregando por el fortalecimiento del principio pro homine para que supere la etapa de ser un método hermenéutico de los DD HH y se transforme en una pauta de vida, una guía en el comportamiento humano de pleno respeto por el hombre, por el ser humano.

Esta aspiración únicamente se puede concretar a partir de reconocer que el principio pro homine, al igual que los otros principios valorados, contienen en su esencia un sentimiento positivo: el amor por el prójimo. De respeto por los otros seres humanos.

Sin la pauta de buen afecto contenida en el principio pro homine no será posible, ni siquiera soñar con la plena libertad del ser humano, ni ser considerado en pie de igualdad sin discriminación alguna.

* Académico Correspondiente. Director Instituto Región Cuyo. Academia Nacional de Derecho y C. S. de Córdoba

Es por ello, que ante los nuevos peligros que asechan, ya no al hombre en forma individual o sectorial, sino a la supervivencia de la humanidad misma, no habrá esperanza de futuro, si no se comprende acabadamente que únicamente el amor al prójimo debe primar en nuestros sentimientos. En otras palabras, debemos construir un estilo de vida pro humanitas.

Hasta hoy, el ser humano ha tenido la posibilidad de remediar sus errores, de purgar su actuar inadecuado proponiendo a posteriori soluciones de equidad, porque los principios se presentan como una instancia de remediación de los equívocos o abusos precedentes. Pero, en la actualidad, la naturaleza extrema e irreversible de los peligros que acechan a la humanidad, si se concretan en un daño global, no habrá posibilidad alguna de corregir. ¡Será el final de la historia que no se podrá contar!?”

La dura realidad, a posteriori, se mostró con una pandemia producida por el COVID-19 que afectó a todos los países del orbe, produciendo un número importantes de contagios y muertes. Y si ello, no fuere poco y suficiente para reflexionar y entender que es otro el camino para construir un futuro global solidario y presidido por la fraternidad entre los humanos, surgió sobre los finales de la pandemia, una guerra producida por la invasión de un país, Rusia, de gran extensión y potencial económico sobre otro país, Ucrania, de menor capacidad.

Sin duda, en el grado actual de evolución de la humanidad que los actos de agresión de sectores contra sectores, de países contra países constituye una regresión hacia un estado primitivo de convivencia, con el serio y cierto peligro que, la evolución técnica – bélica adquirida por los países tienen la capacidad para producir la destrucción total de la tierra, si la insensatez de los líderes gobernantes se lo proponen para satisfacer sus apetencias de poder.

Los actores del Derecho, no pueden permanecer impasibles ante esta realidad presidida por la anomia, sino por el contrario, deben ser los grandes protagonistas en pregonar la importancia de respetar la norma vigente y los modos civilizados de obtener sus modificaciones.

No es una utopía desear que todo el esfuerzo técnico – científico que realiza el ser humano para construir maquinarias para la destrucción, fuese direccionado para construir un mundo integrado y fraternal.

**UTOPIA Y REALIDAD EN LA OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO
CONSTITUCIONAL DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL**
LOS CUESTIONAMIENTOS SOCIALES UN EJEMPLO:
LA INTERPRETACIÓN DE NORMATIVA DE LA
REELECCIÓN DE LOS MANDATOS DEL PODER EJECUTIVO

Dr. Pascual E. Alferillo

I. Introducción

A fines del año 2021, a iniciativa de la Asociación de Magistrados de Mendoza y de la Universidad de Congreso y con la intermediación de los profesores Silvina Furlotti y Nicolás Sosa Bacarelli, convocaron en el marco de las “Segundas Jornadas de interpretación jurídica y motivación de las sentencias” a reflexionar sobre la independencia del Poder Judicial, tema que fue tratado, en noviembre 2021, desde la óptica titulada “Derecho e ideología: el papel de la magistratura”. Sin lugar a hesitación, la independencia del Poder Judicial que es uno de los temas que, periódicamente, centraliza la opinión de las opiniones de políticos, periodistas, juristas y del hombre común, cuando asoma en el horizonte algún tema crucial para la sociedad, especialmente cuando están vinculados con problemáticas del derecho constitucional.

En este sentido, la evocación de esta temática, se torna de crucial importancia en el tratamiento de conflictos que tienen su génesis en la hermenéutica de normas que reforman la duración de los mandatos de los gobernadores, cuando las mismas no han previsto legalmente pautas de transición.

Así aconteció y constituye un precedente de ineludible consulta, la interpretación judicial formulada en los autos “Escobar, Jorge Alberto s/ Acción meramente declarativa–Sumarísimo”, sentencia del 11 noviembre 1998 dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, sala

Primera, integrada por Ferreira Bustos, Riveros y Sánchez, (Libro de sentencia Tomo 73, Folio 105/139. Año 1998).

En esa oportunidad, se debió dirimir cuál era el sentido de la norma que autorizaba la reelección por única vez y la hermenéutica de la misma cuando había existido interrupción en el ejercicio del mandato del gobernador y no completo el periodo, entendiéndose –en definitiva– que la nulidad del juicio político contra el gobernador destituido declarada por la CSJN, permite considerar que no existió un periodo completo razón por la cual, quedó el mismo en condiciones para postularse a un nuevo periodo sin exceder el límite de reelecciones autorizado por la Constitución local.

Un planteo similar se produce en la Provincia de Mendoza, cuando la Sala N° 1 de la Suprema Corte local debió dirimir el alcance del referéndum en el caso Expte.: 46698 – “Unión del Centro Democrático Gobierno de la Provincia de Mendoza Acción de Inconstitucionalidad”, 04/05/1989, LS209-001¹.

La convergencia de los temas: independencia del poder judicial e interpretación de normas constitucionales relacionadas con la posibilidad de ser reelecto

¹ Este fallo es citado en el voto del Dr. Riveros en el caso citado precedentemente en la provincia de San Juan. Allí dijo que “Concordante con este criterio vale traer el pensamiento de German Bidart Campos cuando comentando el pronunciamiento de la Corte Suprema de la Provincia de Mendoza – quien tampoco escapó a estas ausencias o imprevisiones y tuvo que decidir sobre el referéndum por la reforma de la constitución de esa Provincia, y determinar que se entendía por el concepto “más de la mitad de los electores “ – publicado en 133-721 – dijo que “no es la remisión a la letra de la ley – dice Fayt – lo que debe presidir la función del juez, sino que siendo éste un servidor del derecho para realizar la justicia como valor, tiene que computar en su recolección valorativa y fáctica – que encapsula normativamente – la ratio legis y el espíritu de la constitución.– Hay – añade – principios e ideas que forman un derecho inmediato superior de la organización estatal. Esto coincide con lo tantas veces afirmado de que la constitución tiene, además de la letra, un espíritu y una raíz histórica, todo ello envuelto en una filosofía, con sus principios y sus valores, de forma que no hay que encasillarse en un normativismo duro y positivista.” E.D. 136 – 243. Siguiendo con el análisis y en vista de los agravios expuestos, cabe dejar sentado que no aparece el fallo del inferior, cuando efectúa la interpretación y llega a admitir lo peticionado en la demanda, contrario a derecho.– Y ello porque si bien el art. 175 de la Constitución de la Provincia fija un término para el periodo en el que se ejercerá la Gobernación y el siguiente prevé que por ningún evento se podrá prorrogar o completar, resulta que ha sostenido la jurisprudencia que tampoco por ningún “evento “ se puede acortar el mandato, salvo los supuesto de excepción que desencadenan los mecanismos de acefalía (Conf. E.D. 143 – 449), y siendo que los mecanismos de acefalía simultánea no pueden operar en tanto no se dan las causales previstas en el art. 183 Constitución Provincial, es acertado concluir en que la interrupción no puede afectar el derecho del mandatario, ni aquellos de los mandantes a ser gobernados por quien eligieron.– Y es así porque “ El derecho de elegir y ser elegido implica poder hacerlo por un periodo completo cuando ello corresponda dado que aquel puede verse ilegítimamente alterado, cuando en una situación de acefalía se convoca por un término menor, en cuanto ello importe una verdadera revocación de derechos subjetivos reconocidos y garantizados por la Constitución, cuando no un virtual e ilegítima derogación de su normativa por vía de un Decreto” (fallo citado, voto del Dr. Rodríguez)”.

los integrantes del Poder Ejecutivo, tiene una convocatoria especial que nadie puede resistirse para dar su opinión razonadamente justificada como deber cívico².

II. Quimera y realidad en la normativa reguladora de la independencia del Poder Judicial

La independencia del Poder Judicial es uno de los temas del derecho constitucional, de mayor convocatoria en la mesa de los juristas y políticos, por cierto, con ópticas totalmente distintas, por cuanto se entiende a prima facie que tiene gran influencia en la interpretación de las normas aplicables a los casos.

Para adquirir una visión integral de la situación, es ineludible examinar, ab initio, la normativa constitucional que procura consolidar la idea de autonomía y, en paralelo, los detalles de la propia ley frente al ejercicio del poder jurisdiccional y de los otros poderes que, de un modo u otro, conspiran con la operatividad plena de este principio constitucional de independencia del poder jurisdiccional. En este espacio de análisis, ocupa un lugar particular, el modo seleccionado para la designación de los magistrados y fiscales, por la consabida tensión existente entre el aseguramiento de capacidad técnica frente a las preferencias de la política.

De igual modo, se comentará brevemente otros factores que inciden sobre la persona de los magistrados que pueden incidir sobre su deber de imparcialidad que pueden inducirlo a conspirar contra la independencia funcional del poder judicial.

En anteriores expresiones, con una visión objetiva y reflexiva de los hechos, se concibió la idea de analizar el tema entre desde la utopía enfrentándola con la realidad.

² Ver como fallo de interés en la interpretación de los requisitos para ser gobernador: Corte Suprema de Justicia de la Nación, De Narváez Steuer, Francisco c. Provincia de Buenos Aires, 20/03/2007, La Ley Online, AR/JUR/206/2007. En el fallo se dijo que “La Corte Suprema de Justicia de la Nación es incompetente para entender en instancia originaria respecto de la acción declarativa de inconstitucionalidad mediante la cual el actor pretende disipar el estado de incertidumbre que a su criterio genera el art. 121, inc. 1, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires al disponer que para ser elegido gobernador es necesario haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo, si hubiese nacido en país extranjero, pues, ello concierne al procedimiento jurídico político de organización de una provincia, es decir, a ciertos actos que deben nacer, desarrollarse y consumarse en el ámbito estrictamente local, sin perjuicio de que las cuestiones federales que puedan surgir sean revisadas por la vía del art. 14 de la Ley N° 48 (Adla, 1852-1880, 364). (Del voto de los doctores Lorenzetti y Highton de Nolasco).

En esta oportunidad, la tarea investigativa será circunscripta a la zona de Cuyo, de la cual procuraremos extraer algunas conclusiones de utilidad para la ciudadanía.

En esa dirección y para avanzar en la tarea corresponde precisar, ab initio, que la normativa vigente por una parte promueve la independencia del Poder Judicial y, también ella misma, es la primera que conspira con la finalidad declamada.

2.1. El tratamiento en la normativa constitucional

2.1.1. La declaración del principio y la elección de los magistrados en la Constitución Nacional

En el Preámbulo de la Constitución Nacional, se marca como segundo objetivo: “afianzar la justicia”, lo cual se destaca la importancia conferida por la Constituyente de 1853 al tema de la Justicia que en ese momento no solo se englobaba a la organización de la administración del sistema judicial sino también al dictado de los códigos sustanciales que contendrían las reglas básicas de convivencia de sus habitantes.

Sin perjuicio de ello, se advierte que no incluye una norma donde de modo directo, se exprese el principio de independencia del poder judicial. Sin embargo, en el art. 109 consagra la idea cuando regla que “en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

Es decir, se pensó el fortalecer el Poder Judicial preservándolo de la injerencia del Poder Ejecutivo en las causas sometidas a su jurisdicción. Si bien la norma no brinda una tutela amplia de la independencia del Poder Judicial marca una pauta clara de cuál es el principio básico que rige su funcionamiento.

De igual modo, se garantiza la independencia cuando establece en el art. 110 que

“los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará

la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

Sin duda para evitar el control de la voluntad de los magistrados mediante la manipulación de sus remuneraciones.

Sin perjuicio de ello, la definición de la constitución de cómo estructurar el sistema judicial, le da una importancia trascendental al modo de selección y nombramiento de sus magistrados que originalmente estaba reservado al Presidente conforme el art. 83 inc. 5 (texto original de 1853).

En la Asamblea Constituyente de 1994 cumpliendo con el punto H) del Núcleo de coincidencias del acuerdo político denominado “Pacto de Olivo”, se introdujo el art. 114, en el cual se reglaba al Consejo de la Magistratura, el cual debería ser “regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

“1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores. 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. 3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia. 4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados. 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente. 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”.

Sin duda, para la consolidación de la independencia del poder judicial fue una evolución parcial pero importante en teoría, dado que comienza a visualizarse la neutralización del poder discrecional que antes tenía el Ejecutivo nacional para nombrar a los jueces nacionales y federales para dar paso a una etapa de selección de postulante donde se debe verificar el grado de su preparación técnica para el cargo que se postula.

El punto que podría calificarse como negativo, es que se mantiene una fuerte injerencia de la política en la composición del Consejo de la Magistratura que, de algún modo, influye en la objetividad de la selección de los jueces ya que se puede hacer primar preferencias partidarias por sobre la capacidad de los postulantes.

Esta modificación estructural, se complementa con el contenido del art. 99 donde se enumeran las atribuciones del Presidente de la Nación, de las cuales se destaca para esta investigación, la precisada en el inc. 4. Nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes, en sesión pública, convocada al efecto.

Nombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite.

El contenido de la normativa constitucional diferencia dos métodos para la designación de los magistrados.

Por su lado, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, donde impera un criterio con sentido político del postulante el cual deberá alcanzar la aprobación, con mayoría especial, del Senado de la Nación. Será el Presidente quién analice la capacidad y condiciones del postulante para ser propuesto para ocupar el cargo vacante del Tribunal Superior Federal.

En cambio, para los cargos inferiores, el organismo encargado de la selección de los postulantes será atribución del Consejo de la Magistratura.

Como se puede inferir, en el nombramiento de los jueces, se ha tomado conciencia de la necesidad de un doble control: por un lado, y en la primera etapa, el de la capacidad para el cargo del postulante. Y, en segundo lugar, la decisión política de seleccionar a uno de los ternados por razones de conveniencias y discrecionalidad del poder de turno.

Ello, ha generado en la normativa una zona gris donde los actores de la política tratan de ensanchar su campo de influencia limitado por la Constituyente de 1994, en desmedro de la parte técnica, encargada a controlar la capacidad de los postulantes.

Ello ha provocado la intervención de la Corte Suprema de Justicia cuando juzgó que

“conforme lo establecido por el art. 1° de la Ley N° 26.080 –modificando el art. 2° de la Ley N° 24.937, texto según Ley N° 24.939– y el art. 5° de la misma Ley N° 26.080 que modifica la redacción del art. 9° de la Ley N° 24.937 (texto según Ley N° 24.939) respecto del régimen de integración, quorum y mayorías en vigencia, resulta evidente que el estamento político cuenta con el número de integrantes suficientes para realizar, por sí, acciones hegemónicas o de predominio sobre los otros tres estamentos técnicos, en clara transgresión al equilibrio que exige el art. 114 de la Constitución Nacional” [dado que] la posibilidad con que cuenta el sector político en el Consejo de la Magistratura de realizar acciones hegemónicas en aspectos estrechamente vinculados con la designación y eventual remoción de magistrados resulta contraria al equilibrio de representación exigido por el art. 114 de la Constitución Nacional y frustra los objetivos de despolitizar parcialmente ambos procesos y, de ese modo, aumentar la independencia judicial, que se fijaron los constituyentes de 1994 al sancionar esa norma”³.

El mensaje del fallo es claro y contundente, la CSJN interpreta que la Constitución Nacional propuso un sano equilibrio entre los actores políticos y los académicos y representantes de la abogacía para asegurar a la ciudadanía jueces técnicamente capacitados.

³ CSJN, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y Otro c/ en – Ley N° 26080–Dto. 816/99 y Otros S/ Proceso de conocimiento”, CAF 029053/20 06/CS001 16/12/2021, Fallos: 344:3636.

Sin perjuicio de ello, surge un interrogante básico: ¿se puede garantizar absolutamente la independencia del poder judicial cuando existe injerencia del poder político en la designación de sus miembros? La respuesta negativa es de lógica pura, ello por cuanto la función jurisdiccional forma parte del poder soberano del Estado, es uno de ellos, por esta razón, se hizo referencia a la utopía de la normativa que declara el principio porque al poco andar, la propia norma constitucional, lo neutraliza.

Ante ello, el sistema republicado y democrático, se debería replantear severamente como garantizar realmente, la independencia del poder judicial, garantía última de los ciudadanos, en su máxima extensión.

2.1.2. La declaración del principio y la elección de los magistrados en la provincia de Mendoza

La constitución de la provincia de Mendoza, en el art. 12 establece como principio rector que “el gobierno de la Provincia será dividido en tres poderes distintos: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Ninguno de éstos podrá arrogarse, bajo pena de nulidad, facultades que no le estén deferidas por esta Constitución, ni delegar las que le correspondan”.

Ello inspira la decisión de introducir el instituto del Consejo de la Magistratura para la selección de los jueces de los tribunales inferiores y los representantes del Ministerio Público.

En este sentido, el art. 150 prevé, ab initio, que “los miembros de la suprema corte de justicia y su procurador general, serán nombrados por el poder ejecutivo con el acuerdo del senado”.

En cambio, como se anticipó, “los jueces de los tribunales inferiores y los representantes del Ministerio Público, serán propuestos por el consejo de la magistratura al poder ejecutivo y designados por éste con acuerdo del H. Senado”.

Como se puede inferir, es evidente que la Constitución de Mendoza, sincera que los señores Ministros de la Corte y su procurador, tienen o pueden tener una impronta vinculada con la política del poder de turno, el cual se hace responsable de su designación.

En cambio, el nombramiento de los magistrado y fiscales que integraran los organismos inferiores, de igual modo, queda entre las facultades del Poder Eje-

cutivo, pero, se encuentra condicionada a la propuesta que formule el Consejo de la Magistratura y, a la posterior, ratificación del Senado.

El procedimiento de selección de los funcionarios en el seno del Consejo de la magistratura es muy riguroso, comenzando por la definición de su integración tal cual lo prevé el antes mencionado art. 150 cuando indica que “el consejo estará integrado por un miembro de la suprema corte de justicia, quien lo presidirá; un representante del poder ejecutivo; un representante de los magistrados en ejercicio; dos abogados de la matrícula de diferente circunscripción judicial y dos diputados provinciales de distintos partidos políticos.

Conjuntamente serán elegidos igual número de miembros suplentes, que reemplazarán a los titulares ante cualquier circunstancia que les impida asistir a las sesiones del consejo, o en los supuestos de excusación o recusación con causa que la Ley establezca”.

El trámite de la selección se encuentra perfectamente regulado. Al respecto ver: Ley N° 6.524 – Modificación art. 150 de la Constitución Provincial; Ley N° 6.879 – Registro de Deudores Alimentarios Morosos; Ley N° 6.890 – Cobertura de vacantes en la Justicia Penal; Ley N° 7.719 – Modificación LEY N° 6.561; Ley N° 6.561 (t.o. LEY N° 7.719, N° 9.013, N° 9.047).

Toda esta normativa se concentra en su importancia en el Reglamento de actuación del Consejo, de cuyo texto resaltan los artículos del Capítulo III “Del proceso de evaluación ante el Consejo de la Magistratura”. En especial el art.

“N° 33: EVALUACIÓN. Concluido el plazo de inscripción de Postulantes para cada concurso específico, resuelta la admisión formal de los mismos y recibido el informe del examen psicofísico, el Presidente convocará a una sesión para calificar a los Postulantes. El Consejo evaluará a cada Postulante, ajustándose a lo dispuesto por el art. 4° inc. 3 apartado AB) de la Ley N° 6.564 (t.o.). En los casos en que se evalúe Postulantes para cargos del Ministerio Público, el Consejo invitará al Procurador General de la Suprema Corte de Justicia o Defensor General, según corresponda a participar en las deliberaciones o a que informe por escrito sobre los antecedentes de los participantes en el concurso. El Consejo no evaluará a los Postulantes que al momento de la entrevista prevista en este Artí-

culo no hubieran dado cumplimiento a las exigencias determinadas por el Reglamento del Consejo de la Magistratura”.

Y, el art.

“Nº 34: Tabla puntaje aplicable a los antecedentes laborales. La evaluación de antecedentes concederá hasta un máximo de cuatro (4) puntos, de acuerdo a las siguientes pautas: a) veinte centésimos (0,20) por año de desempeño en un cargo de magistrado o en el ejercicio de la profesión. b) doce centésimos (0,12) por año de desempeño en un cargo de funcionario judicial que requiera el Título de abogado. c) diez centésimos (0,10) por año de desempeño, contado desde la fecha de egreso acreditada en su Título de Abogado, en un cargo judicial que no requiera dicho Título. d) diez centésimos (0,10) por año de desempeño en un cargo de funcionario con bloqueo de Título de Abogado en el Estado Provincial, Nacional y/o Municipal. e) hasta veinte centésimos (0,20) por año de desempeño en otras funciones de carácter superior en el Estado Nacional, Provincial y/o Municipal. La suma de los antecedentes enumerados en el inciso e) no podrá superar un (1) punto”.

Objetivamente, el espacio gris dejado a la discrecionalidad, se acota en el sistema de selección de funcionarios judiciales para el Poder Judicial de Mendoza, en varios puntos de su reglamentación: el primero que no queda a la libre discreción del Gobernador, sino que debe respetar la opinión del Consejo de la Magistratura y la aprobación del Senado. Y, el más importante, es la regulación de los puntajes que corresponden dar a los exámenes y antecedentes de los postulantes. La existencia de parámetros para la evaluación antes fijados por una norma quita margen a la discrecionalidad de los integrantes del Consejo de la Magistratura y con ello, se obtiene una mayor objetividad en el resultado final de la evaluación en cuanto a la capacidad del postulante para ser propuesto para cubrir el cargo vacante.

Es decir, se despolitiza la designación de postulantes a los cargos vacantes y, a la par, se tiene certeza de la capacidad técnica y cualidades personales de los integrantes de las ternas vinculantes elevadas a la consideración del Gobernador (art. 150 CM).

La Corte Suprema de la provincia analizó el tema cuando juzgó que

“el Consejo de la Magistratura constituye una herramienta de equilibrio político, a través de su composición con representantes de diferentes sectores, y así se limita la decisión del Poder Ejecutivo. La intervención del Consejo de la Magistratura conlleva, además, a diferenciar el iter constitutivo de la designación, ya que genera una serie de actos en el marco de un procedimiento especial, lo cual posibilita distintas instancias de impugnación por los interesados, como así, de revisión judicial posterior. En cambio, el trámite de propuesta, acuerdo y designación de un integrante de la Suprema Corte de Justicia es más acotado, y está radicado en dos órganos netamente políticos: el Gobernador y la Honorable Cámara de Senadores. Este reconocimiento del carácter político del asunto nos lleva a extremar la incidencia de la intervención de este Poder Judicial sobre aquellas esferas que la Constitución da preeminencia a los otros poderes del Estado”⁴.

En el mismo sentido, se juzgó que

“la reforma constitucional del art.150 tuvo como finalidad limitar las facultades del P.E. provincial en el proceso de designación de jueces. La finalidad de la terna vinculante, es brindar al P.E. un margen reducido dentro del cual debe elegir a uno de los tres nominados; en otros términos, se le reserva un exiguo marco discrecional para que elija entre los tres mejores. La naturaleza vinculante de la terna apareja dos efectos: a) la prohibición de designar como juez a un candidato no incluido en la terna; b) la imposibilidad de rechazar la terna en bloque; consecuentemente, el P.E. deberá siempre elevar al senado el requerimiento de acuerdo para uno de los tres. Ahora bien, el margen de discrecionalidad es exiguo, pero existe; de ahí que una interpretación que retacee aún más el margen creado por el constituyente no parece respetar la finalidad propuesta”⁵.

⁴ Suprema Corte de Justicia Mendoza, Sala 2, Expte.: 130534639023 – “Asamblea Permanente de Derechos Humanos (A.P.D.H.) y ots. C/ Gobierno de la Provincia de Mendoza”, 28/01/2021 – Sentencia, ubicación: LS619-093.

⁵ Suprema Corte de Mendoza, Sala 1, Expte.: 78257 – “Poder Ejecutivo de la Provincia y Consejo

2.1.3. La declaración del principio y la elección de los magistrados en la provincia de San Luis

La Constitución de la provincia de San Luis, marca con absoluta claridad la inviolabilidad funcional e independencia del Poder Judicial, conforme el art. 189 “tiene todo el imperio necesario para mantener su inviolabilidad funcional e independencia de los otros Poderes del Estado”.

Para garantizar ello, regla en el art. 190 que, “en ningún caso el Poder Ejecutivo, ni el Poder Legislativo pueden ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de las causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

De igual modo, el art. 192 prevé, en ese sentido, que

“los magistrados judiciales gozan de una retribución mensual y, no puede ser disminuida salvo los descuentos previsionales y de carácter general, mientras permanecen en sus funciones. La retribución es establecida por ley y, en ningún caso, un miembro del Superior Tribunal de Justicia, cobra una retribución inferior a la que perciba el funcionario mejor remunerado del Estado Provincial, salvo el titular del Poder Ejecutivo”.

También, establece el art. 193 que, se prohíbe

“a los jueces y demás miembros del Poder Judicial intervenir en política de cualquier modo salvo la emisión del voto; practicar juegos de azar o concurrir a locales exclusivamente destinados a ello, o ejecutar acto alguno que comprometa la imparcialidad y la dignidad del cargo.

El quebrantamiento de esta prohibición se considera caso flagrante de mal desempeño que los hace pasibles de enjuiciamiento”.

Esta prohibición debe ser analizada en su real dimensión, por cuanto la prohibición sería para la participación como juez en actividades políticas partidarias, circunstancia que no implica que el magistrado se encuentre absolutamente

de la Magistratura solicitan pronunciamiento – Concurso Juez del Tercer Juzgado Correccional de la Primera Circunscripción Judicial”, 23/12/2003 – Sentencia Ubicación: LS333-072.

inhibido de emitir alguna opinión relativa a la política en general que deba ser evaluada en sus sentencias. Sobre este punto se avanzará infra cuando se analicen otros factores que afectan la imparcialidad en términos absolutos de los magistrados que por cierto no existe.

En cuanto al nombramiento de los funcionarios judiciales, el art. 196, indica que

“los miembros del Superior Tribunal de Justicia y el Procurador General, son elegidos por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado.

Los Magistrados de los Tribunales Inferiores y los funcionarios del Ministerio Público, son propuestos en terna por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo y éste designa a uno de ellos con acuerdo de la Cámara de Senadores. Si se rechaza la propuesta por cualquiera de los poderes, es remitida por el Consejo de la Magistratura una segunda terna, en cuyo caso el rechazado por el Senado, no puede integrarla.

La designación en este último supuesto debe indefectiblemente efectuarse entre la segunda propuesta remitida”.

El método de nombramiento de los magistrados y funcionarios, es similar al Nacional y el previsto en la provincia de Mendoza, con las particularidades propias que se verifican en la integración y tarea a realizar por el Consejo de la Magistratura.

La constitución regla, en el art. 197 que

“el Consejo de la Magistratura está integrado por: un miembro del Superior Tribunal, que lo preside; un magistrado o miembro del Ministerio Público por cada una de las circunscripciones judiciales; dos legisladores provinciales, abogados si los hubiere; un abogado por cada circunscripción judicial en ejercicio de la profesión, inscripto en la matrícula de la Provincia, domiciliado en ella y que reúna las condiciones para ser miembro del Superior Tribunal de Justicia y un Ministro del Poder Ejecutivo”⁶.

⁶ Ver: El art. 198 establece que “los miembros del Consejo de la Magistratura son elegidos de la si-

Por su parte, el art. 199 determina que

“son funciones del Consejo de la Magistratura: 1) Proponer por terna al Poder Ejecutivo, el nombramiento y traslado de los magistrados judiciales y titulares del Ministerio Público, que se especifican en el art. 196 segunda parte. 2) Organizar y resolver los concursos de antecedentes meritando integralmente la personalidad del postulante, en función del cargo a discernir. 3) Dictar su reglamento de organización y funcionamiento”.

Esta normativa constitucional se complementa con el contenido de la Ley N° 4.872 (Boletín Oficial, 3 octubre 1990), la cual, en la actualidad, se identifica como Ley N° VI-0615-2008 titulada “Reglamentación del art. 199 de la Constitución Provincial – Aspirantes a cargos de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial”.

En la parte de interés para esta investigación se verifica que la ley en el art. 8 regula que

“los integrantes de la Comisión de Evaluación Técnica entregarán a los aspirantes, en oportunidad del comienzo de la Audiencia Pública de evaluación, un expediente de materia de su competencia, para que dicten sentencia en el plazo que les otorguen, que no podrá ser menor a CINCO (5) horas, para lo cual autorizarán a éstos a utilizar y/o solicitar bibliografía escrita de consulta que estimen necesarias. Mientras no entreguen la sentencia no podrán los aspirantes, retirarse del lugar fijado para el examen. Lo propio realizarán cuando se trate de un aspirante al Ministerio Público, en relación al pronunciamiento requerido”.

guiente forma: 1) El Ministro del Superior Tribunal por sorteo entre sus miembros. 2) Los magistrados e integrantes del Ministerio Público de cada circunscripción judicial, por elección directa y secreta entre ellos. 3) Los legisladores por designación de la Cámara de Diputados. 4) Los abogados mediante elección directa, secreta y obligatoria, practicada entre los inscriptos y habilitados para el ejercicio de la profesión, de cada circunscripción judicial y bajo el control de las entidades de ley que tienen a su cargo la matrícula en cada una de ellas. 5) El ministro por designación del Poder Ejecutivo.

En la misma forma son elegidos igual número de suplentes.

El ejercicio de la función constituye carga pública y el mandato dura dos años pudiendo ser reelectos, con excepción de los mencionados en los incisos dos y cuatro del presente artículo”.

Por su parte, el art. 9º prevé que

“concluida la etapa anterior el Consejo de la Magistratura citará a los postulantes a una Audiencia Pública, para el día siguiente, a los fines de tomar conocimiento personal y de examinar verbalmente a los mismos sobre los temas atinentes al cargo para el que concursa. A dicha Audiencia deberán concurrir, además de los integrantes del Consejo de la Magistratura, los señores miembros de la Comisión de Evaluación Técnica que corresponda. En la misma, los postulantes para cada cargo, deberán defender su nominación y responder a las observaciones que hayan sido formuladas conforme a lo previsto por el art. 6º de la presente Ley. Los integrantes del Consejo de la Magistratura podrán formular las preguntas que estimen pertinentes, sobre las materias que sean de competencia según el cargo a que se aspire y también sobre las posturas, observaciones y circunstancias que conforme al art. 6º de la presente Ley se les haya formulado y evaluarán las respuestas recibidas. Finalizado el conocimiento personal y el examen verbal de todos los postulantes, los integrantes de la Comisión de Evaluación Técnica emitirán un dictamen en el cual calificarán a los aspirantes de la siguiente forma: a) Recomendable; b) No recomendable para el cargo que aspira. Dicho dictamen será entregado al Consejo de la Magistratura para su evaluación final, la que se hará conocer de inmediato a los examinados”.

El art. 10 introduce como novedad que

“los postulantes, que hubieren superado satisfactoriamente las audiencias de evaluación técnica y de conocimiento, deberán someterse a un examen psicofísico que será realizado por una Junta Médica integrada por un (1) médico clínico, un (1) médico psiquiatra y un (1) psicólogo que desempeñen su profesión en entidades públicas, quiénes deberán entregar su informe conjunto al Consejo de la Magistratura en el plazo que éste estipule. El costo de todos los análisis y/o estudios que por disposición de la Junta

Médica se realicen a los postulantes, serán exclusivamente a cargo del Superior Tribunal de Justicia, sin costo para los examinados.

El examen psicofísico tendrá una validez de un (1) año, contado a partir de la fecha de su realización, por lo que, para integrar una terna posterior a este período, el postulante deberá someterse a un nuevo examen psicofísico”.

El control de los postulantes asignado al Consejo de la Magistratura, no solo se agota en el examen escrito y oral al cual se deben someter y que, para garantizar la capacidad para el cargo, recibe la calificación de recomendable o no, sino que se amplía al examen psicofísico al cual deben someterse.

En otras palabras, la normativa procura garantizar a la ciudadanía que el postulante al cargo tiene las capacidades que le exige el mismo y se encuentra apto psicofísicamente para cumplirlo.

Finalmente, el método para el nombramiento, está regulado en el art. 196 donde se establece que

“los miembros del Superior Tribunal de Justicia y el Procurador General, son elegidos por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado.

Los Magistrados de los Tribunales Inferiores y los funcionarios del Ministerio Público, son propuestos en terna por el Consejo de la Magistratura al Poder Ejecutivo y éste designa a uno de ellos con acuerdo de la Cámara de Senadores. Si se rechaza la propuesta por cualquiera de los poderes, es remitida por el Consejo de la Magistratura una segunda terna, en cuyo caso el rechazado por el Senado, no puede integrarla.

La designación en este último supuesto debe indefectiblemente efectuarse entre la segunda propuesta remitida”.

2.1.4. La declaración del principio y la elección de los magistrados en la provincia de San Juan

En la Constitución provincial de San Juan, se declara, en el art. 198, que “el Poder Judicial tiene todo el imperio necesario para mantener su inviolabilidad e independencia ante los otros poderes del Estado”.

Acompaña esta decisión el art. 200 cuando establece que

“los magistrados y representantes del ministerio público conservan sus cargos mientras dure su buena conducta y cumplan sus obligaciones legales conforme a las disposiciones de esta Constitución. Gozan de las mismas inmunidades que los legisladores. Sus retribuciones serán establecidas por ley y no pueden ser disminuidas con descuentos que no sean los que aquélla dispusiera con fines de previsión o con carácter general. La inamovilidad comprende el grado y la sede. No pueden ser trasladados sin su consentimiento. Sólo pueden ser removidos en la forma y por las causas previstas por esta Constitución. Los jueces no pueden ser responsabilizados por sus decisiones, salvo en las excepciones expresamente especificadas por la Ley”.

Pero sin lugar a duda y, a instancia del Foro de Abogados de San Juan, la constituyente, como una decisión que potencia la independencia judicial, estableció en el art. 150, entre otras, que

“son atribuciones de la Cámara de Diputados: 1) Dictar las leyes que sean necesarias para hacer efectivos los derechos, deberes y garantías consagrados por esta Constitución sin alterar su espíritu. [...] 4) Aprobar, modificar o rechazar el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos que remita el Poder Ejecutivo anualmente para el período subsiguiente o por uno mayor; siempre que no exceda el término del mandato del Gobernador en ejercicio. Si la Cámara rechaza el proyecto enviado por el Poder Ejecutivo, rige el del año anterior. La Cámara no dará aprobación a ninguna Ley de Presupuesto en la que no se hubiere dispuesto una distribución

de gastos anuales no inferiores al seis por ciento para el Poder Judicial y uno por ciento para el Poder Legislativo, ...”.

La constitucional autarquía financiera del Poder Judicial permite que la Corte de Justicia tenga la administración de sus propios recursos, solventar sus gastos, entre los cuales adquiere una importancia especial, la capacidad que tiene para fijar la remuneración de los magistrados, fiscales y empleados.

Sin lugar a hesitación, la autarquía financiera del Poder Judicial, es una decisión constitucional que consolida la independencia funcional de los otros poderes⁷.

De igual modo es destacable, el fortalecimiento de la idea de independencia del Poder Judicial plasmado en la normativa del Código de Ética Judicial, en cuyo art. 1º dispone que

“las instituciones que, en el marco del Estado constitucional, garantizan la independencia judicial no están dirigidas a situar al juez en una posición de privilegio. Su razón de ser es la de garantizar a los ciudadanos el derecho a ser juzgados con parámetros jurídicos, como forma de evitar la arbitrariedad y de realizar los valores constitucionales y salvaguardar los derechos fundamentales”.

Por su parte el art. 2, con elocuencia especial, indica que “el juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo”.

De igual guisa, el art. 3º determina que “el juez, con sus actitudes y comportamientos, debe poner de manifiesto que no recibe influencias –directas o indirectas– de ningún otro poder público o privado, bien sea externo o interno al orden judicial”.

El ideal de magistrado independiente es bien descrito por la Ley de Ética Judicial

También, el art. 4º manda que “la independencia judicial implica que al juez le está éticamente vedado participar de cualquier manera en actividad política partidaria”.

⁷ Ver: En sentido similar Ley N° 4181, Resistencia, 12 julio 1995, (Boletín Oficial, 29 julio 1995), denominada “Poder Judicial, autarquía judicial, presupuesto, Derecho constitucional, Economía y finanzas”.

Sin duda esta normativa está inspirada en “los principios de Bangalore sobre conducta judicial” elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito⁸.

En cuanto al Consejo de la Magistratura regula en el arts. 214 define que

“está integrado por: dos abogados en ejercicio de la profesión, inscripto en la matrícula de la provincia, domiciliados en la misma y que reúnan las condiciones requeridas por esta Constitución para ser miembro de la Corte de Justicia; un legislador provincial; un miembro de la Corte de Justicia y un ministro del Poder Ejecutivo”.

Por su parte, el art. 215 regla que

“los miembros del Consejo de la Magistratura son elegidos de la siguiente forma: 1) Los abogados, mediante elección única, directa, secreta y obligatoria, practicada entre los inscriptos y habilitados para el ejercicio de la profesión, bajo el control de la entidad de ley que maneje la matrícula. 2) El legislador, por designación de la Cámara de Diputados; 3) El miembro de la Corte de Justicia, por sorteo entre sus miembros; 4) El ministro, por designación del Gobernador de la Provincia; En la misma forma son elegidos igual número de suplentes. El ejercicio de estas funciones constituye carga pública y el mandato dura cuatro años, pudiendo ser reelectos. El asiento del Consejo de la Magistratura lo es en el de la Corte de Justicia”.

La provincia, para reglamentar el funcionamiento del Consejo de la Magistratura dictó la Ley N° 7371 (actualmente N° 742-E) en el año 2003, sin embargo, su aplicación fue suspendida por el término de 180 días, por el art. 10 de la Ley N° 7459 (Boletín Oficial 30 diciembre 2003) y luego, fue suspendida sine die por el art. 1 de la Ley N° 7590 (Boletín Oficial 02 marzo 2006) hasta tanto se sancione un nuevo instrumento normativo, a propuesta del Consejo Permanente para la Reforma de los Servicios de Justicia y Seguridad (COPERJUS), creado por Decreto N.º 0631, de fecha 28 de mayo de 2004. Igualmente, el art.

⁸ https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2012/V1380121-SPAN_eBook.pdf.

2 derogó el “art. 67 de la Ley N.º 7371, disponiéndose la vigencia de las Leyes N.º 5594⁹; N.º 5642 y N.º 5761”.

Como detalle diferencial de otros regímenes, el Consejo de la Magistratura local, tiene limitada su función a la realización de la propuesta de postulante para cubrir los cargos vacantes. La remoción de los magistrados es tarea del Juicio Político para los Ministros de la Corte y del Jurado de Enjuiciamiento, para los magistrados inferiores.

Finalmente, como otras características diferenciales, surge de conocer que en esta provincia la designación de los jueces no es tarea del Poder Ejecutivo, sino que, por imperio del art. 150 inc. 27, es una atribución de la Cámara de Diputados. La segunda, es que incluye la designación de todos los jueces.

La suspensión sine die de la ley reglamentaria del Consejo de la Magistratura, implica que las ternas se proponen en función de la evaluación que lleven a cabo cada uno de sus integrantes, la cual se plasma en una votación. No existe deber ciudadano de dar a conocer los fundamentos que sustentan la selección realizada.

Como se colige objetivamente, más allá de la evolución que significó en su 1986 la introducción del Consejo de la Magistratura, la falta de una reglamentación específica que tabule adecuadamente los antecedentes técnicos de los postulantes, queda en la discrecionalidad y responsabilidad de los integrantes del Consejo de la Magistratura, asegurar la capacidad para el cargo de los postulantes ternados.

La propia constitución exige esta cualidad para los docentes cuando el art. 78 “prohíbe toda discriminación de educadores, fundada en sus convicciones e ideas. Para la selección de educadores se tiene en cuenta la capacidad, la actualización científica y demás condiciones que determine la ley”. Lo cuál de suyo, es aplicable para los postulantes para cubrir cargos en el Poder Judicial que es un poder eminentemente técnico, en función del art. 16 de la Constitución Nacional establece que “todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”¹⁰.

⁹ Ley Provincial N.º 325-E.

¹⁰ Ver: Pablo A. Ramella, “La idoneidad como condición para el ejercicio de la función pública”, Derecho de San Juan, Revista mensual del Instituto de Derecho y Ciencias Sociales del Colegio de Abogados de San Juan, febrero – marzo 1981, pág. 9.

III. Otros factores que influyen en la formación del razonamiento judicial de las sentencias

Antes de avanzar se puede extraer una primera conclusión, a mayor exigencia técnica superada por el postulante y menor injerencia de las preferencias de la política en la designación, el magistrado nombrado, sin lugar a duda, considerará que llegó al cargo en función de sus propias capacidades y no por la influencia de otros factores que pueden generar algún grado de condicionamiento en el ejercicio de la función asignada.

Por cierto, a partir del juramento, el magistrado está sometido a las directivas determinadas por la ley de las cuales no podrá apartarse en su aplicación al caso sometido a su jurisdicción, pero sin duda en su hermenéutica influyen distintos factores propios de su formación cultural que se reflejan en sus sentencias.

Pero en este punto, en primer lugar, se debe tener presente que las normas a ser aplicadas no son asépticas, sino que su sanción tiene un contenido ideológico que influye en su texto y que debe ser tenido en cuenta por el razonamiento judicial.

Así, en una primera etapa de las codificaciones modernas, posteriores a la Revolución francesa, imperaba la autonomía de la voluntad en los contratos, el *pacta sunt servanda*, derivado del principio: dejar hacer dejar pasar, *laissez faire, laissez passer*¹¹.

Posteriormente, con los cambios económicos emergentes de la primera y segunda revolución industrial que generaron fuertes asimetrías económicas y sociales entre los patrones y obreros. Ello, indujo que el Estado fuera interventor en las relaciones particulares cuando advertía un desequilibrio, sancionando una ley que reestableciera el mismo. Una prueba elocuente de este tipo de ley, son las laborales, las regulaciones extraordinarias en los contratos de alquileres, intervención en contratos agrarios, etc.

En esta etapa surge, como reacción al *pacta sunt servanda* el *rebus sic stantibus* cuya idea es que la obligación puede modificarse si se alteran las circunstancias existentes en el momento de su constitución.

¹¹ Pascual E. Alferillo, "Una mirada desde el siglo XXI sobre la conexasidad histórica entre los factores de atribución de responsabilidad y los regímenes socio-económicos", Libro Realidades y tendencias del Derecho en el Siglo XXI, Pontificia Universidad Javeriana – Colombia, Editorial Temis, Tomo IV – Volumen 2, pág. 139/162.

Posteriormente, viene la etapa conocida como la posmodernidad, o sociedad del conocimiento, etc. que tiene una complejidad social, económica y política que impide que la respuesta legislativa pueda resolver todos y cada uno de los conflictos que se generan, razón por la cual, se torna imperioso el dictado de normas más simples y genéricas, que están representado por los principios (no dañar, buena fe, reparación plena, libertad e igualdad matrimonial, etc.) que se plasman en las normas positivas. Por ello, se dice que el Código Civil y Comercial es un código de principios¹².

Además de ello, la interpretación judicial, actualmente, se ve influenciada por las directivas dada por el Código Civil y Comercial, en el art. 2° que establece: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”. Y, art. 3 cuando fija que “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

Pero sin duda, toda esta plétora normativa, a veces es insuficiente frente a la formación personal del magistrado.

Al respecto se debe acordar que estamos analizando una justicia humana y como tal, básicamente, imperfecta que procura cada día su mejoramiento. No estamos ante una justicia Divina caracterizada por la perfección.

Ello, viene a colación porque los jueces surgen del conjunto de abogados existentes en cada jurisdicción, los cuales pueden tener formación técnica disímil, dado que no es igual el contenido de las materias que pueda recibir en una universidad pública a otra privada confesional o no.

Ello, sin duda influye en sus creencias e ideologías. Hay casos donde se exteriorizo la problemática, como es, por ejemplo, en el acatamiento de la ley del aborto frente al derecho de reserva de conciencia, en amparos donde se reclamaba la anulación del sistema reproductor por razones sociales, etc.

También influye en la visión del juez sus propias experiencias de vida, como es, por ejemplo, el sector social en el cual nació. Ello puede influir en ver a los ciclistas como seres humanos que se transportan en una bicicleta, en especial a

¹² Pascual E. Alferillo, “Una mirada desde el siglo XXI sobre la conexidad histórica entre los factores de atribución de responsabilidad y los regímenes socio-económicos”, Libro Realidades y tendencias del Derecho en el Siglo XXI, Pontificia Universidad Javeriana – Colombia, Editorial Temis, Tomo IV – Volumen 2, pág. 139/162.

sus trabajos. O, ser calificados, como “semovientes” y con ello, privarlo de los beneficios de la presunción de responsabilidad del otro vehículo participe del accidente¹³.

¹³ Este criterio fue refutado cuando se consideró que, en contra de la postura anunciada, resulta oportuno destacar que es deber de la jurisdicción atender sistemáticamente, conforme lo regla el art. 16 del Código Civil, al texto íntegro de la ley, no debiéndose tomar aisladamente, aun cuando fuere con la mejor intención tuitiva, las normas de la ley de tránsito pues se puede contravenir su ratio. Va de suyo, que la opinión de los doctrinarios es un punto de referencia, pero es deber ineludible del juez formular en los considerandos de la sentencia su propia interpretación de la norma conforme el método previsto en la ley.

En este sentido, el primer paso que se debe adoptar para interpretar adecuadamente la naturaleza de la bicicleta en el tránsito es conocer el significado del término “Tracción” que el Diccionario de la Real Academia Española, Edición XX, pág. 2004 expresa: “Tracción: 1. Acción y efecto de tirar de alguna cosa para moverla o arrastrarla. 2. Especialmente acción y efecto de arrastrar carruaje por la vía. Tracción animal, de vapor, eléctrica”. En igual sentido, el Diccionario Gral. Ilustrado de la Lengua Española, “Publicaciones y Ediciones SPES S.A. Barcelona 1953, define como “acción y efecto de arrastrar carruajes sobre una vía”.

Como se colige, la acción de traccionar implica un arrastre de un carro que normalmente, se hace con animales domesticados, como son, actualmente, los equinos. Pero indudablemente, y antes de ingresar al mundo de los significados jurídicos, ya queda descartado que la bicicleta sea un vehículo de tracción a sangre. Por el contrario, se infiere que es un vehículo con identidad propia que se lo denomina indistintamente, “velocípedos”.

Ahora bien, ingresando a la esfera de incumbencia de la Ley de Tránsito con vigencia local (N° 6684 BOP 1/2/1996 que adopta el contenido de la Ley N° 24.449) de su simple lectura se descubre que en el art. 5 inc. g) define a los efectos de esa ley que la “bicicleta” es un “vehículo de dos ruedas que es propulsado por mecanismos con el esfuerzo de quién lo utiliza, pudiendo ser múltiple de hasta cuatro ruedas alineadas”. Ésta sola definición descalifica como válida la interpretación de que la bicicleta sea un vehículo de tracción a sangre, que por otra parte la ley de tránsito no define en el art. 5. Para mayor abundamiento relacionado con nuestra interpretación se pueden citar los siguientes artículos:

a) El art. 31 reglamenta el sistema de iluminación y en su inc. i) diferencia en sus exigencias en el punto 1. “Los de tracción animal llevarán un artefacto luminoso en cada costado que proyecten luz blanca hacia adelante y roja hacia atrás”. En cambio, en el sub inc. 2. indica que “los velocípedos llevarán una luz blanca hacia adelante y otra roja hacia atrás”.

Como se verifica, la ley de tránsito no asimila la bicicleta a los vehículos de tracción animal. b) En el art. 46 se vuelve a marcar la diferencia entre bicicleta y vehículos de tracción a sangre cuando en las prohibiciones para circular en las autopistas, en el inc. b) regla que “no pueden circular peatones, vehículos propulsados por el conductor (debe entenderse: bicicletas), vehículos de tracción a sangre, ciclomotores y maquinaria especial;”.

c) En el inc. m) del art. 48 se establece que está prohibido “a los conductores de velocípedos, de ciclomotores y motocicletas, circular asidos de otros vehículos o enfilados inmediatamente tras otros automotores”.

Las bicicletas tienen conductores no traccionadores a sangre sin racionio.

d) Esta diferencia se marca, de igual modo, en el inc. u) del art. 48 donde se prevé prohibiciones especiales para los vehículos traccionados a sangre y en el inc. 3 del art. 49 donde se prohíbe estacionar en las sendas para bicicletas.

A partir de ello, juzgo y así me pronuncio que no es de aplicación el inciso g) 4. para las bicicletas, por lo cual ésta goza de prioridad de paso cuando aparece por la derecha en una encrucijada. Es decir, las bicicletas no son una plaga que interfieren en la libre circulación de los automotores, por el contrario, debemos entender que son seres humanos que, mayoritariamente, por incapacidad económica no tienen otra alternativa que circular en ellas. Es un actor más del tránsito que tiene

Pero esta problemática, de igual modo, se refleja en soluciones jurisprudenciales donde queda en evidencia el pensamiento del magistrado, como puede ser el caso de mala praxis que debe resolver un juez casado o vinculado afectivamente con un profesional de la rama; o cuando se cuantifica un daño mirando la situación económica (teorías economicista) y no con una visión igualitaria e integral de los seres humanos que ven al mismo en todas sus actividades sociales y no solo como un sujeto productor de bienes remunerados; etc.

Estos simples ejemplo que tienen por objetivo resaltar que las consideraciones en los fallos tienen implícitamente un componente personal del magistrado propio de su formación cultural y experiencia de vida que pueden, en algún punto, poner en riesgo el principio de independencia del poder judicial ya no por injerencia de otro poder político sino por influencia de sectores del poder social.

Las consideraciones anteriores, conducen a conocer el pensamiento de la CSJN cuando analiza la factibilidad de que los jueces puedan expresar en sus sentencias una opinión política relacionada con el caso.

Al respecto la CSJN ha sostenido que

“si bien los jueces no pueden evitar la política en su amplio sentido de teoría política, la ley no es materia de política personal o partidaria, y la crítica (o la aplicación) de la ley que no entienda esta diferencia proveerá un pobre entendimiento y aun una más pobre guía para solucionar los casos sometidos a juzgamiento”¹⁴.

En otras palabras,

“los jueces están llamados a juzgar, no a administrar ni a fijar ni revisar la política económica de los poderes políticos, pues lo contrario implicaría desvirtuar el régimen democrático sustituyéndolo por el gobierno, o aun la dictadura, del Poder Judicial, que impediría el desarrollo de cualquier programa de gobierno coherente, máxime frente a una emergencia que los jueces no están capacitados para encauzar”¹⁵.

derechos y obligaciones que deben ser atendida sin tener presunción en su contra.

¹⁴ SCJN, B. 209. XXI. “Botana, Helvio Ildefonso y otros c/ CADEPSA. y otros s/ nulidad de actos jurídicos”, 6/03/90, T. 313, pág. 173.

¹⁵ CSJN, B. 139. XXXIX. “Bustos, Alberto Roque y otros c/ E.N. y otros s/ amparo”, 26/10/04, T.

De igual modo, se ha expresado que

“no corresponde examinar la conveniencia, el acierto o la eficacia del régimen implementado por la Ley N° 24.573 en tanto la ponderación de tales aspectos constituye una cuestión de política legislativa que no es revisable por los jueces sin exceso de sus atribuciones constitucionales”¹⁶.

Como se infiere, los jueces podrán interpretar la finalidad de su sanción, la ratio legi, la esencia de la norma en un contexto general que impone revisar su encaje constitucional y convencional, pero no puede, de modo alguno, cuestionar el acierto o equivoco del legislador para dictar la norma. Es decir, las cuestiones de mérito y oportunidad.

Así ha sido expresado en distintos fallos, en especial cuando se trataba de decisiones de política económica.

En ese tema se dijo que “no compete a los jueces resolver cuestiones de política económica que son privativas de los otros poderes del Estado”¹⁷.

El límite divisorio entre la opinión de un juez, vinculada con la política y el espacio vetado para la jurisdicción en algunas situaciones es difuso.

En ese sentido, la CSJN, por un lado la mayoría sostuvo que

“la calificación al dictado de una ley como ‘acto de irresponsabilidad política’ –por desmesurada– no se ajusta al criterio de la Corte en el sentido de que la misión más delicada de los jueces es saber mantenerse dentro de su órbita, sin menoscabar las funciones que

327, pág. 4495; L.L. 28–10–04 (supl.).

¹⁶ SCJN, B.118. XXXV. “Baterías Sil–Dar S.R.L. c/ Barbeito, Walter s/ sumario”; 27/09/01, T. 324, pág. 3184; ED. 08–02–02, nro. 51.260; L.L. (supl.) 02–12–02, nro. 104.836. (Voto de los Dres. Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’ Connor y Guillermo A. F. López).

¹⁷ SCJN, H 102 XXII “Horvath, Pablo c/ Fisco Nacional (DGI.) s/ ordinario (repetición)”, 4/05/95, T. 318, pág. 676. En el mismo sentido: SCJN, M 252 XXXIV Municipalidad de Avellaneda c/ ENTEL en liquidación s/ ejecución fiscal, 2/03/99, T. 322, pág. 227. En este fallo se dijo que “no compete a los jueces resolver cuestiones de política económica, que son privativas de los otros poderes del Estado, ni pronunciarse sobre el acierto o el error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas”. También en SCJN, B. 620. XXXIII. “Banco de Mendoza S.A. c/ Dirección General Impositiva – Sancor Seguros de Retiro S.A. c/ Dirección General Impositiva”, 8/05/01, T. 324, pág. 1481. (Disidencia del Dr. Antonio Boggiano); SCJN, T. 348. XXXVIII. “Tobar, Leónidas c/ Estado Nacional – Ministerio de Defensa– Contaduría General del Ejército – Ley N° 25.453 s/ amparo Ley N° 16.986”; 22/08/02, T. 325, pág. 2059; J.A. 11–09–02 (supl.), entre otros.

incumben a otros Poderes del Estado, de modo de preservar el prestigio y la eficacia del control judicial, evitando así enfrentamientos estériles”¹⁸.

Por su parte, en sentido contrario, se dijo que

“la calificación al dictado de la Ley N° 24.463 como ‘acto de irresponsabilidad política’, efectuada por un presidente de cámara, en una resolución judicial de superintendencia, constituye una expresión atinente al ejercicio de la magistratura, que no transgrede el deber de prudencia, mesura y estimación respetuosa a los otros poderes del Estado, exigible a los jueces”¹⁹.

A modo de reflexión parcial se puede advertir que una importante cantidad de factores influyen sobre el razonamiento de los magistrados para mantener vigente en su accionar la independencia del poder judicial. No se puede negar que implica un esfuerzo psíquico importante llegar a un estado de absoluta imparcialidad para decidir la normativa aplicable y su hermenéutica.

Las reglas de Bangalore fijan, como uno de los parámetros a tener en cuenta para fortalecer la independencia del Poder Judicial, al principio de la imparcialidad cuando declama que “es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales. La imparcialidad se refiere no sólo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión”. Para ello, el “juez deberá desempeñar sus tareas judiciales sin favoritismo, predisposición o prejuicio”.

IV. Un ejemplo: la interpretación de la extensión de los mandatos del Poder Ejecutivo. El karma²⁰ de la magistratura

El método para la elección de los gobernadores de las provincias de Cuyo, es una hipótesis adoptada como ejercicio para su análisis teniendo en cuenta la

¹⁸ SCJN, S. 341.95. “Dr. Néstor H. Buján s/ llamado de atención”, 26/03/96, T. 319, pág. 324.

¹⁹ SCJN, S. 341.95. “Dr. Néstor H. Buján s/ llamado de atención”, 26/03/96, T. 319, pág. 324. (Disidencia de los Dres. Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi).

²⁰ RAE, karma Del sánscr. karma ‘hecho, acción’. 1. m. Rel. En algunas religiones de la India, energía derivada de los actos de un individuo durante su vida, que condiciona cada una de sus sucesivas reencarnaciones, hasta que alcanza la perfección.

normativa constitucional vigente y las posibilidades de conflicto interpretativos.

Cuando no hay acuerdo político será el decisorio de la judicatura la que, como instancia última, formulará la interpretación de la normativa aplicable.

4.1. En la provincia de Mendoza

La Constitución de la provincia de Mendoza, dispone en el art. 114 que

“el gobernador y el vicegobernador durarán 4 años en el ejercicio de sus funciones y cesarán en ellas el mismo día en que expire el período legal, sin que evento alguno determine su prorrogación por un día más, ni tampoco se lo complete más tarde.

El gobernador y el vicegobernador gozarán del sueldo que la ley determine, el cual podrá ser aumentado, durante el período de su nombramiento, con el voto de los dos tercios de los miembros de cada Cámara.

No podrán ejercer otro empleo ni recibir otro emolumento de la Nación o de la Provincia”.

En cuanto a las posibilidades de continuar en las funciones, el art. 115 precisa que

“el gobernador y el vicegobernador no podrán ser reelegidos para el período siguiente al de su ejercicio.

Tampoco podrá el gobernador ser nombrado vicegobernador, ni el vicegobernador podrá ser nombrado gobernador.

No podrán ser electos para ninguno de estos cargos, los parientes de los funcionarios salientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad.

El gobernador tampoco podrá ser electo senador nacional hasta un año después de haber terminado su mandato”.

La constituyente, al redactar estas normas, tuvo claridad y contundencia para expresar que el mandato del Gobernador y su Vice dura exactamente cuatro (4) años y vedar de modo absoluto su reelección. Con la aclaración pormenorizada que es del binomio quién se encuentra inhibido de ser reelecto aun cuando intercambien los roles.

4.2. En la provincia de San Luis

En la provincia de San Luis, su constitución decidió, en el art. 145 que, “el Poder Ejecutivo de la Provincia es ejercido por un gobernador y en su defecto por un vicegobernador, elegido de la manera prescripta en este capítulo y según las condiciones que se establecen”²¹.

A su vez, el art. 147 fijó que

“el Gobernador y Vicegobernador duran en sus funciones el término de cuatro (4) años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo período consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período”.

La norma, al igual que la solución dada en la provincia de Mendoza, tiene presente en su regulación el concepto de binomio, pero se diferencia cuando autoriza la posibilidad de una reelección, sea la misma manteniendo el orden o invirtiendo las posiciones.

La norma se preocupa por impedir la posibilidad de una segunda reelección, aun cuando fuere con una modificación del binomio, hasta pasado un periodo.

²¹ Requisitos

Art. 146.- Para ser elegido gobernador o vicegobernador se requiere:

- 1) Ciudadanía por nacimiento en el territorio argentino, o por ser hijo de ciudadano nativo, si ha nacido en país extranjero y optado por la ciudadanía argentina.
- 2) Tener treinta años de edad a la fecha de su elección.
- 3) Domicilio real en la Provincia durante los dos años inmediatamente anteriores a la elección, los nacidos en ella; o de cuatro años para los nacidos fuera de su territorio, debiendo estar inscriptos en el padrón electoral de la misma por igual período que el de la residencia. El desempeño de funciones públicas fuera de la Provincia en cumplimiento de representaciones otorgadas por ella o por la Nación, no interrumpe la condición de residente.
- 4) No ser parientes entre sí dentro del cuarto grado de consanguinidad, y segundo de afinidad.

La normativa es clara y preocupada en precisar las posibilidades de reelección del binomio gobernante.

La normativa transcripta de Mendoza y San Luis tienen la característica de ser muy claras en su texto e intención de limitar, cada uno a su modo las posibilidades de reelección sobre la base de considerar al gobernador y vice como un conjunto, como un binomio indisoluble.

Ello permite extraer una conclusión: a mayor claridad o precisión en el texto de la norma sobre cuál es su intencionalidad, menor es la posibilidad de ser interpretada por los interesados y como última instancia, por la jurisdicción para dirimir el conflicto hermenéutico. Porque no existiría.

4.3. En la provincia de San Juan

La constituyente del año 1986 reguló, en el art. 173, que “el Poder Ejecutivo de la Provincia es ejercido por un Gobernador y, en su defecto, por un Vicegobernador, elegidos de la manera prescripta en esta sección y según las condiciones que en ella se establecen”²².

Por su parte, en el art. 175, en la actualidad, establece la duración del mandato y la reelección que “el Gobernador y el Vicegobernador duran cuatro años en el ejercicio de sus funciones y pueden ser reelegidos consecutivamente hasta dos veces”.

Este artículo fue modificado mediante el sistema de enmienda autorizado por el art. 277²³.

El anterior, derogado, expresaba que “el Gobernador y el Vicegobernador duran cuatro años en el ejercicio de sus funciones y pueden ser reelegidos consecutivamente una sola vez. El Gobernador y el Vicegobernador reelectos no pueden postularse para el período siguiente como miembros del Poder Ejecutivo”²⁴.

²² Art. 174.- Para ser elegido Gobernador o Vicegobernador se requiere: 1) Haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiere nacido en país extranjero o argentino naturalizado con diez de años de ejercicio de la ciudadanía; 2) Tener treinta años de edad. 3) Ser elector y tener cinco años de domicilio inmediato en la Provincia, a no ser que la ausencia y la falta de inscripción en el registro cívico sea debido a servicio para la Nación o la Provincia.

²³ Art. 277.- La enmienda de un solo artículo puede ser sancionada por el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Cámara de Diputados y el sufragio afirmativo del pueblo de la Provincia, convocado al efecto en oportunidad de la primera elección que se realice, en cuyo caso la enmienda quedará incorporada al texto constitucional. Reforma de esta naturaleza no pueden llevarse a cabo sino con intervalos de dos años por lo menos.

²⁴ LEY N° 8.199, San Juan, 17 marzo 2011, (B.O. 18 marzo 2011), Su texto dice: LA CAMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE SAN JUAN SANCIONA CON FUERZA DE LEY:

La modificación introducida al art. 175 de la constitución local, es sustancial y, ello, se reflejará en su interpretación, por las siguientes razones:

1. A partir de la premisa de que, a mayor claridad de la norma, menor margen para la interpretación, se verifica que el nuevo texto ha eliminado expresamente el concepto de binomio componente del Poder Ejecutivo, tal cual estaba antes previsto y era similar a las reglas de la Constitución de Mendoza y San Luis.

2. Ello es claro cuando la nueva norma elimina la parte del derogado art. 175 que expresamente establecía que: “El Gobernador y el Vicegobernador reelectos no pueden postularse para el período siguiente como miembros del Poder Ejecutivo”. La norma no vigente no discriminaba si había sido reelecto en el mismo cargo o en el otro, porque consideraba a ambos como parte integrante del Poder Ejecutivo.

3. En este sentido, en la actual norma no se hace referencia a binomio integrante del Ejecutivo, sino simplemente que el Gobernador y el Vicegobernador pueden ser reelegidos consecutivamente hasta dos veces. La pregunta es: ¿En el mismo cargo o es indistinto para el cómputo? La norma no aclara, es ambigua, no tiene precisión, razón por la cual permite distintas interpretaciones.

4. Al respecto, ha quedado consolidado en los antecedentes que no puede existir un cuarto periodo cuando se ejerce el mismo cargo, como fue el de gobernador por tres periodos consecutivos. Esta interpretación, podría extenderse y considerar que no se podría pretender un cuarto periodo como Vice cuando se ha ejercido tres veces consecutivas como Vice Gobernador.

ENMIENDA

Art. 1.- En ejercicio del Poder Constituyente Reformador que habilita el art. 277 de la Constitución Provincial, apruébase la Enmienda del art. 175 de la Constitución Provincial, con la siguiente redacción:

DURACION DEL MANDATO – REELECCION.

Art. 175.- El Gobernador y el Vicegobernador duran cuatro años en el ejercicio de sus funciones y pueden ser reelegidos consecutivamente hasta dos veces.

CONVOCATORIA

Art. 2.- De acuerdo con el procedimiento establecido por el art. 277 de la Constitución Provincial y a los efectos del perfeccionamiento de la sanción de la expresada enmienda, CONVOQUESE al Pueblo de la Provincia a fin de que emita su sufragio afirmativo o no respecto de la enmienda que se aprueba por el art. 1 de la presente Ley, para el día domingo 8 de Mayo de 2011, con carácter obligatorio y vinculante, de conformidad a lo dispuesto por el art. 237 de la Constitución Provincial.

5. El problema hermenéutico se presenta cuando un funcionario ejerció por tres periodos, indistintamente, el cargo de vice gobernador y gobernador.

6. Si se interpreta que la limitación no es al binomio, sino en forma individual para uno de los cargos, la respuesta es positiva y quién repitió dos veces tendría derecho a una tercera elección en el mismo cargo, sin ser contabilizado el otro cargo antes ocupado.

7. Pero, si se considerara que el texto del 175 mantiene el concepto de binomio del artículo derogado, estaría formulando una hermenéutica sin sustento en la literalidad de la norma constitucional, porque se crearía pretorianamente un impedimento o prohibición que no está expresamente reglada en la Constitución vigente.

8. Una interpretación limitativa, conspira con el principio de legalidad del art. 19 de la Constitución Nacional (Art. 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y Art. 15:1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), dado que lo que no está expresamente prohibido está legalmente permitido.

En este sentido, la norma sanjuanina es ambigua, sin precisión ni prohibición expresa como lo regla el art. 147 de la Constitución de San Luis cuando estableció claramente que “el Gobernador y Vicegobernador [...] si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período”.

9. En síntesis, la flexibilidad de la norma, permite y, a la vez, limita cuando dice “pueden ser reelegidos consecutivamente hasta dos veces” sin precisar si es en el mismo cargo o en cualquiera de los dos cargos o hacer referencia al binomio.

Sin lugar a duda, que la amplitud de la norma constitucional contenida en el art. 175 puede dar lugar a interpretaciones disparatadas como sería por ejemplo que un gobernador sea reelegido tres veces en el cargo y luego, otros tantos, en la otra función.

Por cierto, en este punto aparece el final de la película o de los interrogantes, dado que si no existe acuerdo político que de una interpretación razonada de la norma será la jurisdicción la que tenga la última palabra.

Y, en este caso, cualquiera sea la decisión final de la judicatura, aun cuando fuere suficiente y bien fundamentada, siempre será cuestionada por la disconformidad de algún sector social o de la política, porque se tildará de imparcial o teñida de influencias de la política, la interpretación formulada en el fallo.

Ello es así, porque la independencia del poder judicial en la normativa es una utopía, un poderoso deseo de la democracia que la propia ley se encarga de menguar al facilitar la participación e influencia de la política partidaria en la designación de sus magistrados.

La realidad, indica que, únicamente, con jueces probos y muy convencido de la importancia que tiene para la sociedad la independencia del Poder Judicial se podrá avanzar en el tema, pero no se podrá desmoronar el sistema de injerencia existente porque el mismo es legal.

La instalación de los Consejos de la Magistratura fue un avance en la limitación de la discrecionalidad del Poder Político para la designación de los Magistrados y Fiscales, pero en su composición el equilibrio entre el control de la capacidad técnica y psicofísica de los postulantes con las preferencias de la política es un límite vivo que las sociedades que pretenden asegurar un alto nivel de sus magistrados deben ser muy exigentes en el examen técnico de los mismos.

Por cierto, que la composición de las Corte tiene mayor componente político y una dinámica distinta, por lo cual se ve como positivo que sea responsabilidad del Poder Ejecutivo la postulación de los Ministros con acuerdo del Legislativo. Pero como sería una postulación eminentemente política, se debería pensar, seriamente acotar la duración de sus mandatos, por ejemplo, a ocho (8) años o el doble del tiempo de la duración del mandato del gobernador.

La idea de este repaso breve de la independencia del Poder Judicial tiene por finalidad poner en la mesa de la discusión esta temática con la sana finalidad de repensar cómo se logra una verdadera independencia de la jurisdicción.

Inter tanto, la responsabilidad recae en la persona de los magistrados que deben sentir el apego a la ley y actuar con independencia. Este camino no es el más fácil de transitar, pero sin duda es el que consagra a un buen juez.

La política es ambiciosa y entiende la importancia de tener jueces cercanos a sus idearios. La politización de la administración de la Justicia, no es ilegítimo, la propia ley constitucional lo facilita, especialmente cuando se dictan normas abiertas o flexibles para la designación de sus integrantes.

INTIMIDAD Y TUTELA PREVENTIVA

Dr. Juan Carlos Pandiella

I. Introducción

En el presente trabajo haremos un breve análisis de la tutela en la prevención de daños al derecho de la intimidad de las personas.

Partiremos de su consagración normativa en el art. 1071 bis del Código Civil, su definición doctrinaria y algunas otras normas constitucionales y supranacionales que lo protegen.

La regulación en algunos proyectos de reforma y en el Código Civil y Comercial.

Finalmente citaremos algunos fallos que consideramos relevantes.

II. Derecho a la intimidad

En nuestro país tuvo su consagración normativa en el art. 1071 bis C.Civ., fue incorporado por Ley N° 21173, 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 pe-

riódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

La intimidad, sostiene Leiva, 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 sentir²⁵.

El derecho a la intimidad, para Rivera, es el que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin injerencias ni intromisiones que puedan provenir de la autoridad o de terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda al orden público y a la moral y buenas costumbres ni perjudique a los derechos de terceros²⁶.

Por su parte, el constitucionalista Ekmekdjíán entiende que el derecho a la privacidad o a la intimidad es uno de los contenidos del derecho a la dignidad, y lo define de la siguiente manera:

“facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, ámbito privativo o reducto infranqueable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio estado, mediante cualquier tipo de intromisiones, las que pueden asumir muy diversos signos”²⁷.

Se han señalado, sostiene Ekmekdjíán, como caracteres específicos de este derecho: 1) Facultades de exclusión 2) Auto-configuración.

El derecho a la intimidad permite a su titular la atribución de excluir a terceros de la intromisión en aquello que constituye la zona nuclear de la personalidad que constituye lo privado, lo reservado, lo íntimo. Dicha zona de exclusión es autoconfigurada por el sujeto, correspondiéndole a este un poder definidor del ámbito de su intimidad protegido, manteniendo con sus propios actos una

²⁵ Leiva, C.F., (2006). La función preventiva en el derecho de daños (Primera ed.). Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, pág. 145.

²⁶ Rivera, Julio César, (1997). Instituciones de Derecho Civil, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, pág. 78.

²⁷ Ekmekdjíán, Miguel Ángel, (1996). Derecho a la información. Reforma constitucional y libertad de expresión. Nuevos aspectos, Buenos Aires, Ed. Depalma, pág. 71.

mayor o menor reserva, según su particular idiosincrasia, necesidades o aspiraciones²⁸.

III. Antecedentes normativos y proyectos de reformas

En la Constitución Nacional, se considera un derecho de gran importancia y se advierte la necesidad de rescatar esa reserva, por ello se le destina una especial protección en su art. 19 que establece “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden y la moral pública ni perjudiquen a un tercero están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”, normativa que se integra con el art. 18 que proclama que: “el domicilio es inviolable como así también la correspondencia epistolar y los papeles privados”.

También, encontramos el art. 43 de la Constitución Nacional prevé la acción de amparo, cobijando al derecho a la intimidad en su ámbito de protección.

Además, el Hábeas data, regulado en el mismo art. 43, puede ser una herramienta de utilidad en cuanto puede ser empleado

“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 aquellos”.

En las normas supranacionales encontramos, el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con rango constitucional a partir de la Reforma Constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) dispone:

“1. Toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

²⁸ Véase Leiva, C.F., ob.cit., pág.149.

Asimismo, el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre establece: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Por otra parte, los arts. 109 a 117 del Código Penal el derecho al honor se encuentra protegido por los delitos de injurias y calumnias; mientras que el derecho a la intimidad está protegido por los delitos de violación de domicilio, de correspondencia, de secreto profesional y de secreto por funcionarios públicos (arts. 150 a 157)²⁹.

La Ley N° 11.723 protege en el art. 31 el derecho a la propia imagen, en cuanto faculta a toda persona a impedir que se reproduzca la misma.

En el Proyecto de Código Civil Unificado con el de Comercio de 1998 se tuvo en cuenta la protección de la intimidad en varios artículos.

Podemos citar los siguientes:

Art. 105: “La persona humana afectada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la reparación de los daños sufridos”.

Art. 107 establece:

“Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo, que se haga, es necesario su consentimiento, salvo en los siguientes casos:

- a) Si la persona participa en actos públicos.
- b) Si existe un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se toman las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario.
- c) Si se trata del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general.

²⁹ Lamm, E. (2015). Comentario a los artículos 51 a 62. En G. Caramelo, S. Picasso, & M. Herrera, Código Civil y Comercial de la Nación comentado (pág. 120). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

La reproducción de la imagen de las personas fallecidas se rige por lo dispuesto en el art. 108 segundo párrafo. Pasados veinte (20) años desde la muerte es libre la reproducción no ofensiva”.

Art. 109 establece:

“Medidas. Además de lo dispuesto por el art. 105, el damnificado por atentados a su personalidad tiene derecho a:

- a) Exigir que el atentado que ha comenzado a ser ejecutado cese inmediatamente, sin necesidad de acreditar culpa o dolo del autor.
- b) Solicitar las publicaciones que le sean satisfactorias.

En caso de fallecimiento del titular las acciones pueden ser continuadas por sus herederos”.

Entendemos, que habitualmente se considera que este ámbito de privacidad resulta abarcativo del secreto o reserva de los actos de la vida privada, el secreto de la correspondencia epistolar y los papeles privados, la privacidad del domicilio, el derecho a la imagen, el derecho al nombre y el derecho al secreto profesional.

IV. Su regulación en el Código Civil y Comercial

En el Código Civil y Comercial, consideramos, que el derecho a la intimidad se encuentra tutelado en los arts. 51, 52, 53, 55, 71, los que a continuación citamos para su análisis.

Art. 51.- Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.

Art. 52.- Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

Art. 53.- Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo, que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

Art. 54.- Actos peligrosos. No es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias.

Art. 55.- Disposición de derechos personalísimos. El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos es admitido si no es contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Este consentimiento no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable.

Art. 71.- Acciones de protección del nombre. Puede ejercer acciones en defensa de su nombre: a) aquel a quien le es desconocido el uso de su nombre, para que le sea reconocido y se prohíba toda futura impugnación por quien lo niega; se debe ordenar la publicación de la sentencia a costa del demandado; b) aquel cuyo nombre es indebidamente usado por otro, para que cese en ese uso; c) aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral, para que cese el uso. En todos los casos puede demandarse la reparación de los daños y el juez puede disponer la publicación de la sentencia. Las acciones pueden ser ejercidas exclusivamente por el interesado; si ha fallecido, por sus descendientes, cónyuge o conviviente, y a falta de éstos, por los ascendientes o hermanos.

El articulado, dedicado a los derechos personalísimos, comienza, señala Eleonora Lamm, declarando el reconocimiento y respeto de la dignidad. Todos los derechos de la personalidad derivan y se fundan en la noción de dignidad.

Por primera vez, se introduce esta palabra en un Código argentino. Esto implica un cambio de concepción y paradigma. Se parte de que la persona merece que se le reconozca, respete y, por ende, tutele su dignidad, atento a que esta deriva del hecho de ser, ontológicamente, una persona. En consecuencia, el derecho debe garantizarle esta dignidad, precisamente, por ser tal. El respeto por la dignidad de la persona humana comienza por reconocer su existencia, su autonomía y su individualidad; de allí que el artículo la considere inviolable³⁰.

Gran parte de la doctrina moderna considera a la dignidad como la fuente, el fundamento y el sustrato, en el que se asientan y de la que derivan todos los derechos humanos. Se sostiene que es algo sustancial, tan sustancial e inalienable que nadie puede ser esclavo, ni siquiera por voluntad propia o por contrato. En otras palabras, dignidad humana significa que un individuo siente respeto y se valora a sí mismo mientras es respetado y valorado por los demás, procura comprender el artículo tratado.

En definitiva, el CCyC incorpora la dignidad como fuente de todos los derechos. Esto implica un cambio en la concepción de la persona, atento a que ya no se habla de persona o derechos a secas, sino de persona digna y de derechos que contemplan esta dignidad de la persona humana³¹.

No se encuentra en discusión que la dignidad es un derecho humano fundamental. En relación a los llamados derechos humanos, entre los que se encuentra justamente el respeto a la dignidad de la persona, es menester hacer una salvedad respecto al origen y conceptualización de estos derechos.

En este sentido, siguiendo al Dr. Carlos A. Sacheri³², debemos recordar que el ser humano por su naturaleza tiene tres inclinaciones esenciales:

- 1° tiende a la conservación de su existencia,
- 2° tiende a la propagación de la vida humana es decir a la conservación de la especie y
- 3° como ser racional que es tiende a su perfección humana, intelectual, moral y social.

Estos tres niveles de tendencias naturales originan los diversos derechos esenciales de la persona humana agrupados en tres órdenes correspondientes.

³⁰ Lamm, E. (2015). Comentario a los artículos 51 a 62. En G. Caramelo, S. Picasso, & M. Herrera, Código Civil y Comercial de la Nación comentado (pág. 120). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus.

³¹ Véase Lamm, E., ob. cit., pág.127.

³² Sacheri, C. (1973). El orden natural. Buenos Aires: Cruzamonte, pág.28 y ss.

Al primer nivel se corresponde el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud, a la propiedad privada, a la vivienda, etc. (cfr. arts. 3, 5, 17 y cc. Declaración Universal de los Derechos Humanos); a ello se vincula la condenación del homicidio, de la tortura, del aborto, del robo, la usurpación, etc.

Al segundo nivel relativo al bien de la especie humana se corresponde el derecho al matrimonio, a la procreación, a la educación de los hijos (cfr. art. 16 de la normativa citada).

Al tercer nivel, que se refiere a lo propiamente humano, se corresponden el derecho a la libertad, igualdad, al honor y la buena reputación, a libertad de culto, pensamiento y de expresión, al trabajo, etc. (cfr. arts. 12, 13, 18, 19, 23 y cc. de la normativa citada).

Estos derechos humanos fundamentales sirven de base o fundamento a los demás.

Así por ejemplo el derecho a la vida trae como consecuencia el derecho a la libre disposición de los bienes materiales, ya que son indispensables para la conservación de la existencia; a su vez la libre disposición de los bienes implica el derecho a la propiedad privada.

De lo expuesto en párrafos anteriores podemos concluir que un derecho humano es aquel que todo hombre tiene en virtud de su naturaleza, debiendo ser respetado por toda la humanidad. Es decir que siempre han existido, son inatos al hombre, que no nacen a partir de su consagración en las normas de derecho positivo. Así, por ejemplo, el derecho a la vida es algo natural, hace a la esencia del hombre, pero la norma que impone el deber de conducir mi automóvil por la derecha, no por la izquierda, y a una velocidad moderada, es algo meramente impuesto por los hombres.

No obstante, los derechos fundamentales son un concepto histórico propio de la edad moderna, cuentan con una dimensión moral que constituye su raíz que deberá incorporarse posteriormente al derecho positivo, culminándose así su proceso de reconocimiento por la sociedad jurídica.

La tutela de la dignidad, establecida como fundamento y principio en el art. 51, se extiende a los derechos enumerados en este artículo, que reconoce de forma expresa los derechos personalísimos a la integridad espiritual, denominación utilizada en doctrina para distinguirlos de aquellos que están relacionados con la integridad física, la vida y la libertad de las personas.

El art. 52 establece cuáles son las consecuencias del atentado a una serie de derechos que hacen a la dignidad personal. De esta manera, la dignidad y sus emanaciones o derivaciones, que en su caso lo constituye todo derecho personalísimo, son objeto de tutela, respeto y reconocimiento. El CCyC expresamente prevé que ante su lesión se puede reclamar prevención y reparación³³.

Al comentar el art. 53 CCyC, Lamm, sostiene, el derecho a la imagen permite impedir que por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, u otro) se capte, reproduzca, difunda o publique sobre nuestra persona de un modo que permita que se nos identifique sin nuestro consentimiento o el de la ley. El derecho a la imagen versa sobre un objeto interior de la persona, sin perjuicio de su proyección en el exterior de la misma, que configura su integridad espiritual y que es innato, vitalicio y extrapatrimonial.

Agrega que, el art. 31 de la Ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual³⁴ es la fuente y base del art. 53. El CCyC no deroga este art. 31. Los Fundamentos que acompañan el Proyecto explican que el Código no afecta a las leyes que conforman estatutos cerrados y que permanecen vigentes. De modo que, la Ley N° 11.723 está vigente. El CCyC, a través del art. 53, procura regular e incorporar el núcleo duro del derecho a la imagen. Consecuentemente, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos, este núcleo duro significa que no se puede proteger menos de lo que protege el Código; hay que buscar, pues, la norma más protectora de los derechos en juego; si es la ley especial, será la ley especial; si es el Código, será el Código. Es por eso que, en este sentido, en los artículos del CCyC que rigen la prelación de normas, la ley general o especial está siempre ubicada en el mismo inciso cuando se trata de leyes imperativas (arts. 963, 1709 y 1094)³⁵.

El art. 53 CCyC, a diferencia del art. 31 de la Ley N° 11.723 que se refiere al “retrato fotográfico”, establece “la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo, que se haga”. Estando incluida cualquier forma de registro ya se visual, auditivo o audiovisual que incluya grabaciones, filmaciones, retratos, caricaturas

³³ Lamm, E., ob. cit., pág.129.

³⁴ Este art. 31 dispuso: “El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

³⁵ Lamm, E., ob. cit., pág.pág.131-132.

o esculturas. La tutela apunta entonces, a cualquier forma de registro o reproducción que sirva para identificar a la persona.

Es menester, resaltar que el artículo hace referencia a captar y reproducir, de modo que el consentimiento se requiere también para la captación de la imagen de una persona o de su voz, y no solo para su reproducción o publicación. En otras palabras, al no prever la expresión “no puede ser puesto en el comercio” como lo hace el art. 31 de la Ley N° 11.723, entonces, toda captación de imagen sea puesta o no en el comercio, requiere del consentimiento de su titular. Consiguientemente, toda captación de la imagen es ilícita en la medida en que no se cuente con el consentimiento expreso de la persona o se trate de uno de los supuestos excepcionales de reproducción autorizados. Además, la autorización para captar imágenes de una determinada persona no implica necesariamente la autorización para reproducirlas. Se trata de dos acciones diferentes que suponen consentimientos independientes³⁶.

Consideramos que al no establecer expresamente ni calificar el consentimiento para la captación y reproducción de la imagen, se deduce, y eso puede traer algunos problemas, que puede ser expreso o tácito, es decir, se puede desprenderse de las acciones de la persona. Sin perjuicio, que nada dice sobre la posibilidad de revocar el consentimiento; coincidimos con Lamm que resulta aplicable el art. 55, el cual, instaura la regla del consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos, señalando que, en todo supuesto, es libremente revocable.

Las excepciones a la exigencia del consentimiento, es decir, que la publicación es libre en los supuestos previstos en los tres incisos. Los incs. a) y b) ya se encontraban regulados, aunque con distinta redacción, en el art. 31, Ley N° 11.723 cuando señalaba “hechos o acontecimientos que se hubieran desarrollado en público”. En este sentido, el art. 53, inc. a) CCyC dispone “que la persona participe en actos públicos”, como, por ejemplo, una manifestación; y en el inc. b), si existe un interés científico, cultural o educacional prioritario, agrega: “... y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario”. Por ejemplo: se toma la foto de una persona para mostrar que tiene lepra a los efectos de demostrar que esta enfermedad todavía está vigente entre nosotros, pero se le cubren los ojos para que no se la identifique.

³⁶ Véase Lamm, E., ob. cit., pág.132.

Por otra parte, el inc. c) trae una innovación respecto a la anterior regulación al sostener que será libre la publicación en caso “que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general”. El derecho de informar encuentra su base regulatoria en los arts. 14 y 33 Constitución Nacional y en los tratados internacionales.

Señala, Lamm, para que este derecho de informar permita la libre publicación, debe: en primer lugar, ejercerse en forma regular, es decir, conforme a la ley y no abusivamente. Cabe recordar lo afirmado por la Corte IDH en “Kimel” (129) en relación a que tanto la libertad de expresión como el derecho al honor revisten considerable importancia y es necesario garantizar el ejercicio de ambos; en caso de conflicto en el que deba decidirse que tiene que prevalecer uno sobre otro, lo será de acuerdo a las características de cada caso. Y, en segundo lugar, tratarse de acontecimientos de interés general. Esto también comprende la difusión de identikit de personas buscadas por estar desaparecidas o por haber presuntamente delinquido³⁷.

El último supuesto que contempla el artículo es el caso de muerte de la persona titular del derecho a la imagen, en este supuesto, los herederos pueden prestar el consentimiento. La Ley N° 11.723 enumera al cónyuge e hijos o descendientes directos de estos, o en su defecto, del padre o de la madre, expresiones que pueden ser más restrictivas que la genérica “los herederos” o más extensa, si se piensa, por ejemplo, en un descendiente directo, un nieto, que sin embargo no es heredero porque su padre vive. De todos modos, el causante puede designar por disposición de última voluntad a una persona para que preste el consentimiento, es decir, la persona en vida puede decidir quién tendrá la potestad de decidir sobre la utilización de su imagen posterior a su fallecimiento, pudiendo designar a cualquier persona. En caso de desacuerdo entre herederos de un mismo grado, el juez resuelve.

Finalmente, este artículo establece, la publicación es libre, luego de 20 años del fallecimiento, siempre que la reproducción no sea ofensiva. Es decir que la reproducción ofensiva está siempre vedada, antes y después de transcurridos los 20 años. Semejante plazo ya se encontraba contemplado en el art. 35 de la Ley N° 11.723. Es menester resaltar que, de ser ofensiva, afectaría el derecho al honor del difunto y/o de su familia.

³⁷ Lamm, ob. cit., pág.133.

V. Jurisprudencia

Existen numerosos fallos al respecto, solo citaremos alguno de ellos, que a continuación detallamos los sumarios de dichos fallos.

En relación a los buscadores de internet, se sostuvo:

“La empresa explotadora de un motor de búsqueda por Internet deberá suspender preventivamente el acceso de los usuarios a un blog que contiene una serie de manifestaciones que aparecen como injuriosas y generadoras de daño, como asimismo arbitrar los medios para que aquél no aparezca como resultado en el buscador, pues, teniendo en cuenta que la vulneración del derecho a la libertad de expresión requiere de una persona interesada en ejercerlo y además su exteriorización, aparece como razonable, en tanto y en cuanto no sea identificado el autor del material publicado, que se protejan los derechos laborales y la imagen de los actores”³⁸.

En otro caso, L. M. M. O. reclamó contra Editorial Perfil SA, además de la eliminación o desvinculación, por daños y perjuicios en relación con la publicación no autorizada de su imagen en el sitio web www.exitoina.perfil.com, más precisamente en la dirección <http://exitoina.perfil.com/2014-10-27-287955>. Señaló que en el año 2014 realizó un álbum fotográfico, toda vez que en esa época se desempeñaba como modelo gráfica y publicitaria, con el objetivo de aportarlo con fines laborales. Relató que por medio de una artimaña que desconoce, Editorial Perfil SA consiguió esas fotografías y las publicó en su sitio web www.exitoina.perfil.com sin su consentimiento. Al respecto aclaró que las fotografías fueron sacadas de contexto debido a la escasa vestimenta con la que posó en la sesión fotográfica, utilizando su imagen con una connotación sexual y cosificando su cuerpo. Indicó que, no recibió remuneración alguna por la publicación de dichas fotos, y que claramente le generan ganancias a Editorial Perfil SA. Asimismo remarcó que no pretende una remuneración ni regalías por propiedad intelectual, sino que eliminen la publicación y la indemnicen por los daños y perjuicios ocasionados, ya que le dificulta conseguir trabajo como do-

³⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II(CNFedCivCom)(SalaII) 27/12/2017, S. C. F. y ot. c. Google Inc. s/ acción preventiva de daños. Publicado en: LA LEY 12/06/2018, 4, Cita Online: AR/JUR/99034/2017.

cente y periodista, debido a que dicha publicación genera una imagen que le resta seriedad a su persona y a su perfil profesional.

La demanda, en su contestación, opuso excepción de prescripción, y dijo que las imágenes se publicaron, y que recién cuatro años después la accionante decidió quejarse y reclamar lo expuesto en el párrafo anterior.

Entre los fundamentos del fallo el tribunal sostuvo lo siguiente:

1) Los derechos personalísimos son imprescriptibles –porque los bienes sobre los que recaen están fuera del comercio– e insubrogables –porque, por lo mismo, no resulta posible el reemplazo de un titular por otro–, pero tal imprescriptibilidad no es predicable respecto de tal pretensión, aun con respecto a los agravios morales, hay una prescripción que, a pesar de no atacar el derecho personalísimo, lo desnuda de su fuerza civil sancionatoria.

2) Sin perjuicio de que en el caso devino abstracta la pretensión de la actora orientada a obtener la eliminación o desvinculación de los comentarios y fotografías personales publicadas sin su consentimiento del sitio web que pertenece a la sociedad editorial demandada –en tanto dicho contenido fue eliminado ante la notificación de la demanda–, vale aclarar que la imprescriptibilidad solo hubiera sido predicable respecto de tal pretensión, mas no en lo que respecta a la pretensión de reparación de los daños y perjuicios patrimoniales y morales derivados de la referida publicación.

3) En lo que respecta al punto de partida del cómputo del plazo de prescripción a los efectos de reparar los daños y perjuicios patrimoniales y morales derivados de la publicación de fotografías personales de la actora en el sitio web de la editorial demandada, imponerle a esta la carga de probar el momento en que la pretensora adquirió el conocimiento de la publicación cuestionada importa consagrar en su contra una inversión de la carga de la prueba que carece de basamento normativo y va en dirección contraria a las normas que regulan la carga de la prueba, pues el Código Procesal vigente (art. 377) impone a cada parte la carga de probar “el presupuesto de hecho” de la norma que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

4) El plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios interpuesta por la actora contra la editorial que publicó sin su consentimiento fotografías personales en su sitio web comienza a computarse desde que la nota fue colgada, aunque permaneciera un buen tiempo alojada en el mencio-

nado sitio, pues es desde aquella oportunidad que el daño se exteriorizó y, como consecuencia de ello, la acción quedó expedita, habida cuenta de que la actora no invocó, y mucho menos probó, que la toma de conocimiento se verificara en un momento ulterior, pese a que esa era su carga, en el supuesto de que se pretendiera hacer valer otra fecha para el inicio del cálculo.

5) Si la actora pretendiera sostener que arribó al conocimiento real y efectivo del perjuicio en un momento posterior al que fueron colgadas en el sitio web de la editorial demandada las fotografías personales publicadas sin su consentimiento y que el cálculo del lapso de prescripción debería posponerse para esa oportunidad, por el lógico juego de las reglas que gobiernan la carga de la prueba, sobre ella recae la acreditación de dicha circunstancia.

6) Dado que, en el caso, el lapso de prescripción de la acción por daños y perjuicios derivada de la publicación de fotos personales en el sitio web de la editorial demandada atraviesa ambas legislaciones –el Código Civil de Vélez y el Código Civil y Comercial de la Nación–, debe aplicarse la regla general sentada por el art. 2537 del ordenamiento civil y comercial, quedando fuera de la excepción contemplada en el dispositivo sustancial citado, pues el lapso de dos años que contempla el art. 4037 del Código Civil es menor al que prevé el actual art. 2561 del Código Civil y Comercial de la Nación, que es de tres años. No obsta a ello, la actitud renuente de la demandada en suprimirla publicación referida, porque una conducta de esa índole podrá tener incidencia en la subsistencia del perjuicio o, eventualmente, en la agravación del daño moral, pero carece de aptitud para modificar el punto de arranque del lapso de prescripción y, por esa vía, para favorecer la subsistencia de la acción.

7) El fundamento de la regla general establecida en el art. 2537 del CCyCN radica en que fue la ley anterior la que creó al titular activo del derecho la expectativa de que tendría amparo jurisdiccional para la defensa de su derecho durante el plazo de prescripción previsto por la ley, así como el deudor –o responsable– la expectativa de liberación.

8) A los efectos del cómputo inicial del plazo de prescripción de la acción de daños y perjuicios, resulta lógico suponer –de acuerdo al curso natural y ordinario de las cosas– que la demandante conocía o debía conocer la pu-

blicación de la nota y de sus imágenes –por las que reclama daños y perjuicios– desde el momento en que fueron subidas a la página web de la editorial accionada o en tiempo cercano, porque es inverosímil que alguien que es modelo gráfica y publicitaria se desentienda de la producción fotográfica realizada y no haga un seguimiento del uso de las fotografías que la tienen como protagonista, dada la trascendencia que la publicidad y difusión de la propia imagen en los medios y las redes ostentan en el acceso a una actividad como la mencionada y en su más exitoso desarrollo. Esto último es válido, en particular, si se tiene en cuenta que la publicidad de las imágenes fue autorizada y se concretó con otra finalidad o en un contexto impropio, hipótesis que cuenta con buenas probabilidades, porque de otra manera resulta difícil entender por qué no demandó a la profesional que efectuó las tomas y que también habría violado su consentimiento, al darlas a publicidad en lugar de destinarlas al álbum fotográfico al que se alude en la demanda M.M.F.L.³⁹.

Relacionado a la libertad de publicación la CSJN en el caso “Jorge Antonio Vago c/ Ediciones de La Urraca SA y otros”, ha decidido:

“El derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara, sí, a la prensa cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella, aún si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar”⁴⁰.

³⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil – Sala I.30–04–2021, M. O., L. M. c. Editorial Perfil S.A. s/daños y perjuicios. El Derecho – Diario, Tomo 292 Cita Digital: ED–MDCCXLIV–621.

⁴⁰ CSJN, “Jorge Antonio Vago c/ Ediciones de La Urraca SA y otros”, 19/11/1991.

VI. Reflexiones finales

Entendemos que el Código Civil y Comercial ha puesto como centro del derecho a la persona antes que a su patrimonio. Lo que implica un cambio en la concepción de la persona, atento a que ya no se habla de persona o derechos a secas, sino de persona digna y de derechos que contemplan esta dignidad de la persona humana.

En el 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.

En el caso del derecho a la intimidad, consideramos que se encuentra bien tutelada su protección preventiva.

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.

COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO EFECTO DEL DIVORCIO: VIABILIDAD DE SU ACUMULACIÓN A UN RECLAMO POR DAÑO MORAL

Gino Sgro
Tomás Donato

I. Introducción y planteo del tema

La compensación económica representa un instituto tan novedoso como complejo. Las dificultades interpretativas que la doctrina ha encontrado en oportunidad de su estudio se reflejan también en la disímil jurisprudencia de los primeros años de vigencia del Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC). A pesar de que en numerosas oportunidades se ha afirmado que se trata de una institución sui generis, las experiencias jurisprudenciales permitirían concluir la naturaleza circunstancial que los tribunales le atribuyen¹.

A la preocupación por la elucidación de su naturaleza jurídica se suma, no solo el problema de la determinación de su quantum, sino –principalmente– el de la valoración de los requisitos que la ley establece para su procedencia.

No son pocos los casos en que el beneficio obtenido por la persona demandada, correlativo de la desventaja de quien peticiona la compensación económica, se aprecia de forma extremadamente rígida: algunas sentencias buscan la

¹ Algunos autores plantean que la naturaleza jurídica de las compensaciones económicas sería más bien variable o funcional, es decir, dependería de los criterios que sirven para su determinación. Así, si se basa en el estado de salud o en la situación patrimonial, tendría carácter alimentario, y en algunos casos su naturaleza resultaría híbrida o compuesta. A modo de crítica, Pellegrini afirma que es erróneo condicionar la naturaleza jurídica de cualquier instituto a los supuestos fácticos en los que se desarrolla, pues justamente, analizar la naturaleza jurídica implica desentrañar las características propias de un instituto, los rasgos que permiten obtener su definición y esencia, más allá de la casuística en la cual se presente. Ver PELLEGRINI, María Victoria, Comentario al art. 441, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora (dirs.), Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, pág. 412 y ss.

acreditación acabada de tal extremo, ignorando la amplitud y flexibilidad probatoria características de los procesos de su naturaleza (art. 710 del CCyC).

El claro componente de género que subyace a la figura, torna necesario preguntarse también por la posibilidad de acumular una solicitud de reparación de daño moral al pedido de fijación de compensación económica cuando las circunstancias particulares en las se produjo la ruptura del proyecto de vida en común así lo ameriten.

Para abordar estas cuestiones, se analizará un fallo dictado por la Cámara de Familia y Violencia Familiar de la provincia de Mendoza para fecha 15 de octubre de 2021².

II. Hechos del caso

La Sra. J interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que rechazó su solicitud de fijación de compensación económica y de indemnización por daño moral. Afirmó que la resolución del caso era causal de revictimización en tanto agravaba la situación de vulnerabilidad a la que se encontraba expuesta en razón de la ruptura del vínculo matrimonial.

En lo que a la compensación económica respecta, refirió específicamente que la incorrecta interpretación de los hechos por parte del a quo impidió que se tomara en consideración el rol esencial que ella había tenido en el desarrollo y crecimiento profesional del demandado. Agregó que, incluso luego de separados, continuó trabajando como una empleada más del instituto de flebología del que el Sr. A era dueño, hasta que fue despedida intempestivamente y sin preaviso. Ello permitió poner de resalto no solo su compromiso con el proyecto profesional del accionado, sino la magnitud del desequilibrio económico que la afectó: aun conservando intacta su capacidad laboral, el perjuicio era evidente.

Continuó sus agravios cuestionando la valoración que el juez de grado hizo del dinero que recibió a cuenta de la liquidación final por el reclamo laboral que había iniciado a su exmarido. Rechazar una compensación económica con base en la confusión de los derechos familiares con los derechos laborales –que de ordinario deben ser tratados por separado, sin perjuicio de los posibles puntos

² CAFMendoza, “R. J. E. CONTRA S. A. E. POR ACC. REL. AL REG. PATRIM. DEL MATRIMONIO”, sentencia de 15 de octubre de 2021.

de conexión-, dijo, formaba parte de un sesgo interpretativo discriminatorio según el cual únicamente podrían reclamar compensaciones económicas las mujeres que han cesado completamente su actividad laboral para dedicarse exclusivamente al sostenimiento del hogar y/o al cuidado de los hijos, reforzando así estereotipos perniciosos.

Señaló, asimismo, defectos en la apreciación de la prueba en tanto el juez no tuvo en cuenta la documentación que pretendía acreditar la disminución de su nivel de vida y la disparidad económica de las partes. Reparó en la dificultad que normalmente existe para comprobar los ingresos reales cuando se trata de monotributistas y trabajadores autónomos.

Finalmente, manifestó que se omitió valorar que el divorcio fue declarado el día 26 de julio de 2016, se notificó el 22 de agosto de 2016 y el 23 de septiembre de 2016 fue despedida de su trabajo.

En cuanto al daño moral, consideró que el tribunal de origen se equivocaba al entender que no se encontraba acreditado por no haberse acompañado una pericia psicológica o psiquiátrica.

Atribuyó al despido intempestivo y sin preaviso el carácter de hecho generador del daño, máxime porque tuvo lugar frente a sus compañeras de trabajo, obligándola a soportar una humillación. Destacó que, al momento de la producción del hecho dañoso, se encontraba separada de hecho, pero dependía económicamente del accionado.

Por último, se agravio en cuanto estimó que el a quo incurrió en una doble condena a la actora: no solo desestimó las dos pretensiones, sino que la condenó en costas y reguló honorarios por el daño moral tomando como base la suma de \$600.000, cuando de la demanda no surgía que se solicitara ese monto.

Corrido el traslado de los agravios, el accionado solicitó que se declarara desierto el recurso y contestó en subsidio. Afirmó que no existían pruebas que permitieran tener por acreditado que eran pareja desde la fecha alegada por la actora. Agregó que comenzaron a trabajar en el mismo instituto médico incluso antes de casarse; de ese modo, no había elementos que hicieran suponer que la actora contribuyó a su desarrollo económico, toda vez que luego de separados, continuaron ejerciendo las mismas actividades.

Finalmente, cuestionó la inclusión del daño moral derivado del despido. Entendió que, sin perjuicio de no haberse reclamado en el escrito de demanda, habría correspondido su pretensión en el fuero laboral.

Luego de realizar una breve síntesis de los antecedentes de la causa –especialmente de los términos en que fueron planteadas las pretensiones en el escrito de demanda–, la vocal preopinante se avocó al análisis conjunto de la solicitud de deserción del recurso en relación a la pretensión de daño moral.

Entendió que, efectivamente, correspondía declararlo desierto. Para así resolver, concluyó que la expresión de agravios no reunía los requisitos establecidos por la legislación adjetiva: recordó que la Alzada ha seguido un criterio amplio en la interpretación de la técnica recursiva, a los fines de su compatibilización con el derecho de defensa; sin embargo, en el caso era dable observar que los agravios en torno al daño moral –rechazado por el juez de primera instancia– no eran claros, precisos y concretos. Tampoco acreditó acabadamente los presupuestos que estructuran el sistema de la responsabilidad civil (conducta antijurídica, daño, relación de causalidad, etc.).

En cuanto al reclamo por compensación económica, estimó su procedencia. Sintéticamente, basó su decisión en los siguientes razonamientos: i) La escasa diferencia temporal entre la notificación de la sentencia divorcio y el despido permitió tener por acreditado (incluso de manera indiciaria) que este último tuvo su causa en aquel y, a mayor abundamiento, el Sr. A esperó a estar divorciado para generar ese contexto; ii) Ello provocó a la Sra. J el desequilibrio característico del instituto de la compensación económica: abusando de su posición dominante, la colocó en una situación crítica para recomponer su proyecto de vida individual, mientras él conservaba su fuente de ingresos y mantenía intactas sus posibilidades de crecimiento económico y de capacitación profesional; iii) El hecho de que la actora percibiera una suma de dinero en concepto de indemnización laboral, no obstaba a que ella pueda activar los resortes legales cuando el desequilibrio que había producido un empeoramiento de su situación económica tuviera causa adecuada en el matrimonio y en su ruptura; iv) La existencia de causales ajenas al matrimonio que justificaban el despido debieron ser invocadas y acreditadas en el proceso por compensación económica, toda vez que fue el despido sin causa e indemnizable lo que provocó el desequilibrio que debe ser compensado; v) No era igual la capacidad económica del Sr. A como consecuencia de la ruptura matrimonial y a partir de la misma, que la de la Sra. J. Es que el primero adquirió bienes de importancia económica y esta última, que sólo contaba con los ingresos que percibía por su trabajo, tuvo que recurrir al alquiler de un inmueble donde vivir, lo que corroboraba que se

encontraba en situación de mayor vulnerabilidad para afrontar la vida posdivorcio, y la conducta del Sr. A, en forma inmediata al mismo y como consecuencia del dictado de la sentencia de divorcio, la había empeorado de manera crítica.

Para resolver sobre el quantum, el tribunal recurrió a la ponderación de factores subjetivos. Fijó a cargo del Sr. A una suma única de \$400.000 determinados a la fecha de la sentencia, pagadera en seis (6) cuotas mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento de la primera a los diez (10) días de quedar firme la sentencia, con más los intereses legales correspondientes desde la fecha de la resolución y hasta el efectivo pago.

III. La naturaleza jurídica de las compensaciones económicas en escena, una vez más

La cuestión de la naturaleza jurídica de las prestaciones compensatorias ha dividido a la doctrina y a la jurisprudencia de la mayoría de los países que han optado por su regulación como instituciones autónomas.

Como podrá recordarse, existen corrientes que, a fin de determinar su naturaleza las identifican con otras figuras del ordenamiento jurídico. Otras, en cambio, les atribuyen una naturaleza propia³.

En el caso argentino, a pesar de los importantes esfuerzos realizados por dejar en claro la condición *sui generis* de las compensaciones económicas, no puede soslayarse cómo su puesta en marcha ha presentado algunas dificultades interpretativas⁴.

³ Conf. BLANCHARD, Victoria, Compensación económica. Riesgos de una adecuada interpretación, DFyP (2016), 3, Cita Online: AR/DOC/630/2016. Ver también, ITURBURU, Mercedes – JÁUREGUI, Rodolfo G., Las compensaciones económicas en el Código Civil y Comercial de la Nación, DFyP 2018 (septiembre), 6, Cita Online: AR/DOC/1394/2018.

⁴ MEDINA, Graciela, Compensación económica en el Proyecto de Código, LL 2013-A-472, Cita Online: AR/DOC/4860/2012. En el ámbito del derecho chileno, interesan las consideraciones que Lepín Molina hace sobre las dos grandes "visiones" que tanto la doctrina como la jurisprudencia tienen sobre el derecho a reclamar la compensación económica. Para la primera visión, la prestación tiene un marcado contenido asistencial apoyado en el principio de protección al cónyuge más débil, incorporado por el artículo 3 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, que pretende hacer subsistir el deber de socorro más allá de la disolución del vínculo conyugal, generando una prestación similar a una pensión de alimentos, por un tiempo determinado, o incluso, con carácter de renta vitalicia. De igual modo, puesto que lo central es la protección al más débil, no se permite la renuncia, los requisitos de procedencia se interpretan de manera tan amplia que casi podríamos decir que el derecho se puede establecer en todos los casos de divorcio o de nulidad, y lo propio ocurre con los criterios para determinar la cuantía, las formas de pago y la oportunidad para solicitar el derecho en juicio.

La segunda visión considera al derecho a compensación económica como una consecuencia o efecto

Sucede que, definir la naturaleza jurídica desde la exclusión –es decir, estableciendo sus diferencias con otras figuras–, trae aparejada la imposibilidad de contar con una base estable sobre la cual estructurar correctamente sus implicancias y efectos.

Si bien no se desconocen las posturas que consideran poco práctica la precisión de la naturaleza jurídica⁵, lo cierto es que cuando se sostiene que presenta numerosas similitudes y que comparte rasgos característicos con otras instituciones con las que no se identifica plenamente⁶, se obliga al operador jurídico a aventurarse en una operación lógica que acaba por traducirse en la selección de alguna de las figuras afines para luego encontrar la excusa que permitirá justificar su no asimilación absoluta.

Ello podría conducir a resultados injustos y sesgados que, a menudo, importarían el agravamiento de las condiciones de vulnerabilidad de quien reclama la prestación.

Es que, aunque puede sonar razonable desde un aspecto eminentemente teórico, la práctica permite poner de resalto que no siempre se morigeran las exigencias y los requisitos de una figura para su aplicación a la otra⁷. Así, por

de carácter patrimonial de la terminación del matrimonio, concibiéndola con una naturaleza reparatoria o indemnizatoria, permitiendo la renuncia, incluso tácita, con exigencias estrictas en cuanto a la concurrencia copulativa de los requisitos de procedencia contenidos en el artículo 61 de la Nueva Ley de Matrimonio Civil, la aplicación restrictiva de la oportunidad para solicitar el derecho en juicio (preclusión procesal), la aplicación de la autonomía de los cónyuges en la determinación y forma de pago, la diferenciación de las formas de pago cuando el derecho es determinado por el juez, y por último, la improcedencia de la aplicación de los apremios personales en los casos de incumplimiento. Ver LEPÍN MOLINA, Cristián, La compensación económica en la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena, DFyP 2012 (agosto), 81, Cita Online: AR/DOC/3520/2012.

⁵ QUINTERO FUENTES, David, “Sobre la búsqueda de la naturaleza jurídica. Un comentario a propósito de la compensación económica (Sentencia de la Corte Suprema)”. Revista de Derecho. V. XXII, N° 2, diciembre, 2009.

⁶ Sobre este particular, se recuerda que los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, expresaban que “Esta figura presenta alguna semejanza con otras instituciones del derecho civil, como los alimentos, la indemnización por daños y perjuicios, o el enriquecimiento sin causa, pero su especificidad exige diferenciarla de ellas”.

⁷ En otras palabras, con frecuencia existen dificultades en la comprensión de que el hecho de que su finalidad se compensatoria no implica su asimilación total con una indemnización, ni una derivación del sistema de responsabilidad civil, ya que en la compensación económica no tiene relevancia alguna la imputación de culpabilidad a alguno de los cónyuges, resultando suficiente la constatación de un desequilibrio económico que implique un empeoramiento de la situación de un cónyuge respecto al otro y respecto a la vida matrimonial, con causa adecuada en la ruptura. Así lo ha entendido CAMPO IZQUIERDO, Ángel Luis, La pensión compensatoria, en Boletín Derecho de Familia del 01/11/2011, http://www.elderecho.com/civil/pension-compensatoria_11_336805001.html (fecha de consulta: 10/02/2022) y ROCA ENCARNA, Familia y cambio social, cit., ambos citados por PELLEGRINI, María Victoria, Comentario al art. 441, ob. cit., pág. 441 y ss.

ejemplo, numerosos son los casos en que no se afirma expresamente que para analizar la procedencia de la compensación económica se atenderá a los requisitos de una acción por daños y perjuicios, pero se exige probar acabadamente que el desequilibrio económico manifiesto tiene causa en el divorcio con la misma intensidad que debería acreditarse la relación de causalidad entre el hecho generador del daño y sus consecuencias dañosas en el ámbito de la responsabilidad civil.

Lo mismo sucede cuando el beneficio obtenido por el demandado como correlato del empobrecimiento de quien acciona debe ser acreditado en grado de enriquecimiento, como si de una acción por enriquecimiento sin causa se tratara⁸.

Un panorama de estas características resulta atendible desde la obligada perspectiva de género. Sucede que, a menudo, los planteos por compensaciones económicas están signados por la existencia de una marcada violencia económica y patrimonial que proyecta sus efectos al ámbito del proceso judicial. En otras palabras, la relación desigual de poder existente entre la mujer y el varón, que tiene como presupuesto el menoscabo de los recursos económicos y patrimoniales que este provoca a aquella, trae aparejadas –en no pocos casos– graves dificultades para acreditar los extremos que intentan probarse⁹.

⁸ Con gran acierto, un autor ha postulado que, en realidad, la noción de enriquecimiento injusto puede resultar útil no para definir la naturaleza jurídica de las prestaciones compensatorias, sino para explicar el fundamento de su incorporación a los distintos ordenamientos jurídicos. Para profundizar, consultar ZARRALUQUI SÁNCHEZ–EZNARRIAGA, Luis, La pensión compensatoria en la nueva ley del divorcio: su temporalización y su sustitución, disponible en www.nuevodivorcio.com/pension_compensatoria.pdf (fecha de consulta: 10/02/2022).

⁹ El lugar que las mujeres ocupan en las familias ha merecido la preocupación del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer desde hace algunas. Las tareas domésticas y de cuidado han sido consideradas inferiores al momento de asignarles importancia en los proyectos de vida, lo que provoca que no se beneficien igual que los maridos y suelen verse en situaciones mucho peores en caso de ruptura del vínculo.

En 1994, el organismo publicó la Recomendación General N° 21, titulada La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares. Allí analizó los artículos 9, 15 y 16 de la Convención (CEDAW). El punto 32 del documento expresa que “Al dividirse la propiedad conyugal, se atribuye mayor importancia a las contribuciones económicas al patrimonio efectuadas durante el matrimonio que a otras aportaciones como la educación de los hijos, el cuidado de los parientes ancianos y las faenas domésticas. Con frecuencia, estas otras contribuciones de la mujer hacen posible que el marido obtenga ingresos y aumente los haberes. Debería darse la misma importancia a todas las contribuciones, económicas o no”. Posteriormente, la Recomendación General N° 29, llamada Consecuencias económicas del matrimonio, las relaciones familiares y su disolución continuó el camino trazado y sentó un principio rector al afirmar que “El principio rector debería ser que las ventajas y desventajas económicas derivadas de la relación y de su disolución deben recaer por igual en ambas partes. La división de roles y funciones durante la convivencia de los cónyuges no debería dar lugar a consecuencias económicas perjudiciales para ninguno de ellos”.

También se ha diferenciado a las prestaciones compensatorias de los alimentos afirmando que ellas no tienen contenido asistencial, en tanto únicamente están destinadas a corregir un desequilibrio patrimonial¹⁰.

Los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial abonan esta postura, toda vez que expresan que comparten algunos elementos del esquema alimentario (se fija según las necesidades del beneficiario y los recursos del otro), a pesar de que su finalidad y la forma de cumplimiento es diferente. Agregan que se alejan de todo contenido asistencial y de la noción de culpa/inocencia como elemento determinante de su asignación¹¹.

Faraoni ha afirmado que la finalidad de la compensación no reviste el carácter de asistencial, es decir, no responde a situaciones de necesidad, lo que la distingue claramente de los alimentos. Lo trascendente –dice– es la existencia de un desequilibrio perjudicial para un cónyuge respecto del otro, es decir, un empeoramiento en su situación¹².

Al respecto, la doctrina tiene expresado que el desequilibrio es un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado en el transcurso de la relación, con independencia de la situación de necesidad, mayor o menor del acreedor, dada la naturaleza esencialmente no alimenticia de la misma, pero teniendo en cuenta las expectativas de bienestar económico que pudiera haber creado el cónyuge solicitante con base en las condiciones bajo las que hubiera desarrollado y conformado la vida conyugal, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación, determinado automáticamente por el hecho de contraer matrimonio¹³.

¹⁰ Para un desarrollo profuso del tema, se recomienda compulsar MIZRAHI, Mauricio Luis, *Divorcio, alimentos y compensación económica*, Astrea, Buenos Aires, 2018.

¹¹ En idéntico sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo de España, “Con respecto a la primera, la pensión de alimentos, es importante no confundirla con la pensión compensatoria, ya que, si bien podrían parecer instituciones semejantes, son de naturaleza distinta y obedecen a finalidades y causas también diferentes: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otra razón: compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad. Por tanto, hay que recalcar que la pensión compensatoria no es un sustituto del derecho de alimentos y que el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura matrimonial sin que la extinción del derecho de alimentos genere por sí mismo el derecho a obtener la pensión compensatoria”. (Trib. Sup. de España, Sala 1º, 09/02/2010, sent. 10/20, Rec. 501/2006).

¹² FARAONI, Fabián E., *Acuerdos sobre alimentos en los supuestos de divorcio y separación de hecho*, RDF 78-93, Cita Online: AR/DOC/3366/2017.

¹³ Cfr. C. Civ. y Com. Junín, 25/10/2016, “G., M. A. v. D. F., J. M. s/alimentos”, eDial.com – AA9AC9. El pronunciamiento confirma la sentencia apelada en cuanto hace lugar a la compensa-

Es necesario hacer algunas precisiones.

En primer lugar, constituye una falacia entender que por el solo hecho de que las compensaciones económicas tienen por finalidad corregir un desequilibrio económico patrimonial, quedan completamente privadas de un contenido asistencial. Explicaremos este postulado.

Del análisis de numerosos fallos y obras de doctrina, puede colegirse que cuando se habla de “asistencia”, se hace referencia –en un sentido estricto del término– a la conceptualización del derecho alimentario que realiza el CCyC, es decir, con los alcances y contenidos allí señalados.

Sin perjuicio de ello, la palabra asistencia admite también un sentido amplio, comprensivo del derecho a la alimentación, que se traduce en el acceso permanente a los recursos que permiten producir, obtener o comprar suficientes alimentos no sólo para prevenir el hambre, sino también para asegurar la salud y el bienestar.

Según la Observación General N° 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, el derecho a la alimentación se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla.¹⁴

Interpretada desde esta perspectiva, no puede pensarse que el desequilibrio que las compensaciones económicas buscan corregir carezca absolutamente de contenido asistencial. La cuestión de los bienes, lejos de significar una simple operación aritmética que sólo busca ajustar rubros contables en el patrimonio de cada uno de los cónyuges, se erige como un mecanismo determinante a la hora de adquirir recursos para la subsistencia.

ción económica, pero modifica su cuantía y modalidad de pago. En esa tesitura, destaca que, tal como lo exige el art. 441, CCyC, para que se ponga en marcha este mecanismo con el quiebre del proyecto de vida en común debe haberse producido un desequilibrio económico manifiesto, sin importar el estado de necesidad de uno u otro, pero que llevan a un grado de desigualdad de oportunidades y en la inserción para afrontar la vida después de la ruptura en forma independiente cada uno de ellos. Asimismo, señala que en el caso se configura la existencia de un desequilibrio que debe ser compensado, pero no de la entidad que lo llevó a establecer la forma de su reparación, motivo por el cual lo equitativo y razonable no es la búsqueda de una nivelación o igualación patrimonial entre las partes sino la recomposición del correspondiente a uno de ellos por el empobrecimiento —generalmente por la frustración o postergación del crecimiento propio, pérdida de chances u oportunidades y ayudas que hubiere brindado— a la par y vinculado al “enriquecimiento” del otro durante la convivencia.

¹⁴ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 12 de mayo de 1999, Doc. E/C.12/1999/5, párr. 6.

Así lo ha entendido la Cámara de Familia y Violencia Familiar de Mendoza, al afirmar que “no condiciona la valoración de la procedencia o no de la compensación económica, lo resuelto en relación a la liquidación de la comunidad de bienes, pues esta última aporta un panorama acerca de cuál es la situación del patrimonio ganancial, con cuestiones que son de carácter independiente y tiene su propia dinámica. Ello así en tanto el instituto de la compensación económica no puede reducirse a la valoración de los desequilibrios económicos patrimoniales, el art.441 del CCyC permite realizar una interpretación amplia de las situaciones abarcadas por la norma siempre que tenga por resultado un empeoramiento de la condición personal de uno de los ex cónyuges que le implique un menoscabo económico en sentido amplio. La norma habla de “desequilibrio manifiesto”; el instituto no busca generar un derecho de igualdad o nivelación absoluta como podría ocurrir con el régimen de participación en las ganancias. Simplemente se trata de compensar al cónyuge perjudicado cuando se presenten las condiciones previstas por la ley¹⁵.

En otro pronunciamiento similar, entendió que era procedente la compensación económica reclamada por la actora, toda vez que el funcionamiento de la dinámica familiar y el desempeño de roles fueron causa suficiente para que a la ruptura se produjera el claro desequilibrio que la aquejaba, sumiéndose en una situación de vulnerabilidad, al carecer la comunidad ganancial generada durante el matrimonio de bienes suficientes que pudieran constituirse en la fuente de su recupero económico e independencia patrimonial¹⁶.

En conclusión, los incansables intentos por resaltar las diferencias entre las prestaciones compensatorias y los institutos con los que se asemejan han terminado por convertirse en un factor limitante que a todas luces dificulta la valoración de los requisitos de procedencia, la determinación de su quantum y la apreciación objetiva del desequilibrio.

En el fallo en comentario, es fácilmente apreciable cómo el tribunal se posiciona frente al caso como si de un reclamo por daños y perjuicios se tratara. Ello no debe sorprender, si se tiene en cuenta que a la solicitud de fijación judi-

¹⁵ CAFMendoza, Autos N° 59/21 caratulados “CASTRO, DANIELA LORENA C/ MARTINETTI, HECTOR POR ACC. REL. AL REG. PATRIM. DEL MATRIM.”, sentencia del 29 de octubre de 2021. Disponible en: www2.jus.mendoza.gov.ar/camarasjuris/externo/index.php# (fecha de consulta: 10/02/2022).

¹⁶ CAFMendoza, Autos N° 259/20 caratulados “D., C. B. CONTRA A.C. A. POR ACC. REL. AL REG. PATRIM. DEL MATRIM”, sentencia del 3 de agosto de 2021. Disponible en: www2.jus.mendoza.gov.ar/camarasjuris/externo/index.php# (fecha de consulta: 10/02/2022).

cial de compensación económica se acumuló la de indemnización por daño moral.

IV. La indemnización por daño moral

La jueza preopinante se ocupó en detalle de analizar los términos en los que fue planteada la demanda, indicando que su objeto era la solicitud de fijación judicial de una compensación económica y el reclamo de la indemnización por daño moral; dos acciones distintas, pero acumulables.

De la lectura del fallo, resulta dudoso cuál fue el hecho que la actora entendió como dañoso. En la demanda, dejó en claro que no estaba reclamando indemnización por el hecho del engaño, sino sólo la compensación. Sin embargo, en los agravios alegó que el daño moral correspondía a la forma en que fue despedida, puesto que ocurrió delante de sus compañeras, de forma intempestiva y humillante.

Entendemos, en consecuencia, que la pretensión abarcaba dos hechos: 1) El engaño y el altercado entre su ex cónyuge y su madre; 2) El despido en condiciones humillantes.

La Cámara centró su análisis en lo ocurrido en la montaña (entre la madre de la actora y el demandado) como suceso generador de daños susceptibles de ser reparados. Con toda razón desestimó la procedencia del reclamo por daño moral. El principal fundamento fue la introducción de un sistema de divorcio incausado que veda a la judicatura la posibilidad de inmiscuirse en las causas o culpas que originaron la ruptura de la pareja, incluso si se utiliza como pretexto la pretensión de indemnización del daño moral¹⁷.

En este punto, el fallo consideró desierto el recurso por no existir una crítica fundada y razonada sobre los argumentos expresados por el juez de primera instancia. Sin embargo, inexplicablemente ingresó al análisis del fondo del asunto. Con mala técnica, elaboró obiter dictum una serie de argumentos inconducentes para la resolución del caso.

Superado el análisis del primer hecho, corresponde preguntarse si las circunstancias en que el demandado despidió a la actora eran hábiles para provocarle daño moral y si, por tanto, merecía reparación.

¹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – CULACIATI, Martín, La culpa que el proceso de divorcio expulsó por la puerta no debe entrar por la ventana del Derecho de Daños, Cita Online: AR/DOC/1033/2017.

Ya se ha dicho que la Cámara no consideró ese hecho a la hora de analizar el daño moral, lo que parece razonable si se toma en cuenta el defectuoso planteo del rubro en el escrito de demanda.

Sin perjuicio de lo anterior, no es erróneo poner de resalto la gran complejidad que la prueba del daño moral significa, máxime cuando el dolor se ha producido en lo más íntimo de la subjetividad espiritual de la persona; de allí que, acreditado el hecho agravante, exista un grave indicio de producción del daño moral.

Desde luego que la afirmación no es categórica, porque además deberán valorarse las circunstancias personales de la víctima y el contexto en que se produjo el hecho¹⁸. En este sentido, la Cámara de Familia hizo propio el argumento de primera instancia: la apelante debió haber ofrecido una pericia tendiente a constatar las “angustias” padecidas.

La perspectiva de género torna necesaria la valoración flexible de la prueba arriada al proceso¹⁹. Sin embargo, en tanto criterio interpretativo, no puede suplir las omisiones de las partes. Dicho de otro modo, resultaba una carga procesal de la accionante la elaboración de una estrategia que le garantizara la incorporación al proceso de –aunque fuera– un mínimo caudal probatorio tendiente a acreditar su postura. Ello no ocurrió en el sub lite.

Corresponde ahora analizar las circunstancias del caso.

Las partes se conocieron en su lugar de trabajo. Posteriormente se casaron y continuaron la relación laboral hasta la notificación de la sentencia de divorcio.

¹⁸ PIZARRO, Ramón – VALLESPINOS, Carlos, Tratado de Responsabilidad Civil, Rubinzal–Culzoni, Santa Fe, 2017, t. I.

¹⁹ Compulsar DI CORLETO, Julieta, Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género, en DI CORLETO, Julieta (comp.), Género y justicia penal, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017. La autora sostiene, en postura que compartimos, que “La regulación jurídica de la prueba hilvana cada una de estas concepciones sobre la violencia, sobre la capacidad de las víctimas para evitarla y también sobre la credibilidad de sus testimonios. En función de ello, con mayor o menor dedicación, desde los estudios de género se ha asegurado que, a pesar de que los códigos procesales prescriben que los elementos probatorios deben valorarse de manera sana, crítica y racional, el resultado no ha sido siempre tan sano, ni tan crítico y menos aún racional”. Continúa afirmando que “Este penoso escenario comenzó a modificarse con la puesta en vigencia de la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres. Si bien la normativa no transformó las reglas generales sobre recolección y valoración de la prueba, su llegada al plexo legal cumplió una función pedagógica importante. En efecto, en materia de valoración de la prueba, los cambios se registraron con estas normas muy elementales que, por un lado, reafirmaron el principio de amplitud probatoria teniendo en cuenta las circunstancias especiales en las que se desarrollan los actos de violencia y quiénes son sus naturales testigos y, por el otro, exigieron que, al momento de fallar, los jueces tuvieran en cuenta los indicios graves, precisos y concordantes que surgieran del contexto”.

Inmediatamente luego, la accionante fue despedida. El acta notarial –que por cierto mencionaba hechos que nada tenían que ver con la relación laboral– expresaba, entre otras cosas, que

“se han mantenido pagos mensuales a través de los años con el objeto de no ocasionar perjuicio alguno a la ex cónyuge, y en calidad alimentaria. Teniendo en cuenta que judicialmente se han fijado los efectos patrimoniales del divorcio y que ya no existe causal alguna para mantener esta especial situación, no existe más relación alguna ni obligación alimentaria a su respecto (...) y como consecuencia a partir del día de la fecha no deberá presentarse más al domicilio (...) donde tiene sus consultorios el Dr. S.”.

La Sra. J. trabajaba en el instituto desde 2001; en 2004 se casó con el Sr. A., quien además era su empleador. Luego de 5 años, se separaron de hecho. Entre la separación y la sentencia de divorcio transcurrió un plazo de 7 años en que continuaron trabajando juntos. En total, trabajó en el instituto durante 15 años. Contribuyó al desarrollo profesional de S. al realizar tareas de fisioterapia. Habida cuenta de las circunstancias, los dichos de la actora en relación a que sus padecimientos tuvieron causa en el despido intempestivo, desmedido y humillante cobran otro matiz.

Es que, delante de sus compañeras, su empleador –y ex cónyuge–, ventiló los motivos estrictamente privados por los que la despidió y aclaró que el distracto no había tenido lugar antes porque subsistía entre ellos la obligación alimentaria. Equiparó la remuneración que J. percibía como empleada a una prestación alimentaria de carácter asistencial, ninguneando su trabajo.

No puede dejar de tenerse presente que el daño moral no fue planteado en estos términos en la demanda, y que la incorporación del episodio de infidelidad generó profundas confusiones. No obstante, siendo que los hechos deben ser apreciados con perspectiva de género, resulta a todas luces claro que sí eran susceptibles de producir daño moral y, por lo tanto, tornaban procedente su indemnización.

V. Autonomía de la compensación económica

El despido de la ex cónyuge, coetáneo a la sentencia de divorcio, es el hecho central que determinó la procedencia del reclamo de compensación económica.

En sus agravios, el demandado alegó que se le abonó a la actora una indemnización por el despido, y que todo lo relativo a la finalización de la relación laboral tramitaba en la justicia competente. También sostuvo que el daño moral por el despido no debía reclamarse en el fuero de familia. Asimismo, mencionó que la actora había confundido el reclamo por la compensación económica con el reclamo laboral.

La jueza preopinante dejó en claro la independencia de los conceptos indemnización por despido y compensación económica. Es que cada uno presenta finalidades distintas, que no se superponen. Como se ha expresado oportunamente, la compensación no está destinada a indemnizar el daño, sino que busca corregir el desequilibrio que ha provocado el divorcio.²⁰ Por lo tanto, nada obsta a su procedencia independientemente de la suerte que corra el reclamo laboral.

El argumento para la procedencia de la compensación fue la influencia directa que tuvo el divorcio en el despido intempestivo. La Cámara no tuvo por acreditada alguna otra causa para el despido, a pesar de que el demandado en alegó que se debía a los conflictos que la actora generaba con sus compañeros, volviendo hostil el ambiente laboral.

Todavía más interesante resulta que no se haya impuesto una suerte de prejudicialidad respecto al proceso laboral. A mayor abundamiento, aclara que, de haber sido probada en el expediente alguna causa que justificara el despido de la Sra. J, se habría tenido en cuenta para determinar la procedencia de la compensación económica, incluso cuando en lo laboral el despido fuera catalogado como incausado.

VI. Cuantificación de la compensación económica

Determinada la procedencia del reclamo, el fallo se adentra en la determinación del quantum. Al momento de seleccionar un método para el cálculo, consideró que en este caso deben valorarse circunstancias subjetivas.

²⁰ MOLINA DE JUAN, Mariel, *Compensación económica. Teoría y práctica*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018.

La cuantificación se presenta siempre como algo problemático, toda vez que es difícil encontrar el límite de la arbitrariedad y la discrecionalidad al fijar un monto. Precisamente por eso es que resulta de suma importancia que el procedimiento lógico realizado conforme los principios de la sana crítica racional quede plasmado en los pronunciamientos judiciales, como garantía de la razonabilidad.

Lo anterior no significa desconocer la facultad propia que el art. 442 CCyC les reconoce; por el contrario, sólo implica exigir de los jueces fundamentos claros en sus resoluciones (art. 3 del CCyC).

En el pronunciamiento en comentario se advierte que, si bien se realizó un repaso por los requisitos de procedencia de la compensación económica, señalando los que quedaron debidamente acreditados, no existe valoración alguna que permita inferir cómo ellos influyeron en la determinación del monto.

Aparece como una enumeración objetiva que termina con una resolución que reza

“Conforme a ello, a los parámetros señalados y los elementos con lo que se cuenta, no habiendo aportado la actora otras probanzas con relación al monto pretendido (art. 175 del CPCCyT), vislumbro que en el caso se puede fijar una suma única en concepto de compensación económica a favor de R. y a cargo de S., por la suma de pesos cuatrocientos mil (\$400.000)”

No existe una justificación razonada que permita inferir cómo la Cámara llegó a esa suma, lo que definitivamente constituye un vicio de arbitrariedad. Molina de Juan plantea –al explicar la ponderación de circunstancias objetivas como método de cálculo– que

“...discrecionalidad no es arbitrariedad, pues en todo caso, en la sentencia se deberán individualizar las variables utilizadas (sea las que enumera la ley o alguna otra que se considere pertinente), sopesarlas y explicar cómo se relacionan para alcanzar el resultado final”²¹.

²¹ MOLINA DE JUAN, Mariel, ob. cit., pág. 220.

VII. Algunas conclusiones provisorias

La compensación económica es una figura altamente conflictiva. Las buenas intenciones que el legislador de 2015 tuvo al introducirla como un mecanismo para la igualdad real se vieron sesgadas por prácticas judiciales y estrategias de litigación que han disparado las alarmas sobre algunas cuestiones que merecen ser repensadas con urgencia.

Sin lugar a dudas, ha quedado demostrado cuán difícil es deshacerse de las clásicas estructuras que desde antaño han marcado el camino del Derecho y que, en cierta medida, escapan a los requerimientos que el derecho familiar moderno necesita para brindar soluciones a aquellos conflictos caracterizados por su altísimo grado de especificidad.

Este fenómeno resulta atendible desde una necesaria perspectiva de género: la utilización de figuras enmarcadas en el tradicional esquema de igualdad abstracta de las personas titulares de una relación jurídica no hace más que reproducir estereotipos que ignoran las asimetrías que se producen en la práctica.

La prescindencia absoluta de la interseccionalidad acaba por vulnerar derechos y legitima injusticias. No es casual el bajísimo porcentaje de procesos por compensación económica que hacen lugar a su fijación.

En lo que hace al quantum de la prestación entendemos que, hasta tanto cambie el estado del arte, continuará existiendo una suerte de discrecionalidad en la elección de los mecanismos de cálculo. Ahora bien, claro está que hay una fina línea que no puede cruzarse: no existen justificativos que habiliten la utilización de fórmulas vagas o en exceso subjetivas (“en mi opinión...”, “considero apropiado...”, “entiendo justo...”) a la hora de definir el monto de la compensación económica si ellas no van acompañadas de los elementos en los que el juzgador se basa para su decisión, so pena de incurrir en arbitrariedad por insuficiente fundamentación (art. 3 del CCyC).

El panorama que se presenta torna necesario resaltar las bondades de las fórmulas objetivas: ellas garantizan la morigeración de la potestad judicial y brindan certeza a los justiciables. Resulta ineludible el trabajo conjunto entre operadores jurídicos y profesionales de las ciencias económicas en la elaboración de modelos matemáticos que –valiéndose del análisis económico del Derecho (AED)– logren atribuir un valor a cada uno de los presupuestos de procedencia de las compensaciones económicas.

Por último, nada obsta a la acumulación de un reclamo por daño moral a un pedido de fijación de compensación económica cuando quede demostrado que los hechos que les dan origen son idénticos, pero generan una pluralidad de efectos bien diversos.



LEGÍTIMA, DONACIONES, REDUCCIÓN Y COLACIÓN ESTADO DE SITUACIÓN LUEGO DE LA REFORMA DEL CCYC (LEY N° 27587)

Tomás Donato

Se analiza el impacto de la reforma del CCyC en materia de protección a la legítima hereditaria frente a las donaciones inoficiosas. Desde hace más de un siglo, la doctrina, jurisprudencia y derecho vigente no logran un consenso en esta materia. Se analizan las nuevas soluciones para armonizar dos intereses en tensión: la seguridad del tráfico jurídico y la legítima hereditaria.

I. Introducción

El 11 de noviembre de 2020 el Congreso Nacional, mediante la Ley N° 27587, modificó el Código Civil y Comercial de la Nación en 4 artículos centrales en el siempre polémico tema de las donaciones inoficiosas.

No caben dudas de que las regulaciones del CCyC de 2015 en esta materia no habían generado consensos. Prueba de ello fueron los reiterados intentos de modificar los artículos que regían los tópicos en cuestión¹.

La Comisión de Legislación General de la Cámara de Senadores expresó en los fundamentos que la reforma pretende mejorar el Código Civil y Comercial en cuanto a la protección de los terceros sub-adquirentes de bienes registrables

¹ Orden del día 921. Comisión de Legislación General. Buenos Aires : H C Diputados, 2016. expte 1819-D-2015. Orden del día 1354. Comisión de Legislación General. Buenos Aires : H C Diputados, 2017. expte 2482-D-2017. Proyecto de Ley, Cámara de Senadores de la Nación, expte S-2884/17. Cobos, Julio. Buenos Aires : s.n., 2017. Proyecto de Ley, Cámara de Senadores de la Nación, expte S-2500/17. Cobos, Julio. Buenos Aires : s.n., 2017. Decreto 182/2018 PEN Comisión para la modificación parcial del Código Civil y Comercial de la Nación.

que sean de buena fe y a título oneroso, teniendo como antecedente un contrato de donación².

Con la reforma de la Ley N° 27587, cuatro artículos del CCyC fueron modificados: art. 2386, art. 2457, art. 2458 y art. 2459. Con agregados sutiles, se invirtió el rumbo que tuvo originalmente la regulación.

II. Algunos antecedentes de la tensión

En lo que respecta a donaciones inoficiosas y legítima hereditaria subsiste una tensión entre dos valores que la legislación ha decidido proteger. Por un lado, la protección a la legítima hereditaria y, por el otro, la seguridad del tráfico jurídico de los bienes registrables. Ríos de tinta corrieron bajo el Código de Vélez y no parecen mermar luego de siete años de vigencia del CCyC.

Liminalmente, debe tenerse en cuenta que cualquier intención de proteger la porción legítima de determinados sucesores trae como consecuencia una restricción de la disposición de bienes por donación o por disposición testamentaria. Es que, como decía el maestro Fornieles «la legítima y la porción disponible son dos partes correlativas de un mismo todo: la herencia. Establecer el monto de una, equivale a fijar el de la otra»³.

El CCyC de 2015 se ocupó de armonizar estos intereses y propuso una solución que definitivamente no terminó de contentar ni a la doctrina notarialista ni civilista. La principal innovación de 2015 fue la ampliación de la legitimación pasiva de la acción de reducción. Así propuso que los co-legitimarios fueran susceptibles de ser demandados por reducción, para así abandonar el sistema de colación absoluta entre ellos.

Muchos interpretaron esto como una desproporcionada restricción a la circulación de los bienes, que terminaría por dejar a algunos fuera del comercio por largos períodos de tiempo. Es que al dotar al legitimario de una acción con efectos reipersecutorios que no distinguía entre co-legitimarios o terceros, generó que los terceros adquirentes de los bienes que registraban entre sus antecedentes una donación, se vieran amenazados de ser privados por efecto de la

² Dictamen de Comisión. Comisión de Legislación General. Buenos Aires : H C Senadores, 2020. expte S-328/20.

³ Fornieles, Salvador. Tratado de las Sucesiones. Tomo II, pág. 81. 3ra Ed. EDIAR editores, Buenos Aires, 1950.

reducción. Las donaciones realizadas por el causante a sus legitimarios, antaño considerados títulos perfectos, habían devenido en títulos observables.

Esas circunstancias fueron contempladas y se incluyó una solución a ese planteo. Dicha solución requería de una interpretación armónica de todo el cuerpo legal, que no todos estaban dispuestos a realizar. El contrapeso para mitigar los efectos de la ampliación de la legitimación pasiva hacia otros co-legitimarios, fue la prescripción adquisitiva breve del art. 2459.

Frente a las tensiones y descontentos, surge la Ley N° 27587 dando –nuevamente– un giro copernicano en materia de donaciones inoficiosas. Pasemos a analizar las modificaciones de la reciente sanción que modifica el CCyC.

III. Sobre el exceso ¿colación o reducción?

La nueva redacción del art. 2386 establece un cambio fundamental: las donaciones hechas a descendientes o al cónyuge, que superen la porción legítima más la porción disponible, están sujetas a colación por el valor del exceso. Igual propuesta encontrábamos en el Proyecto de Unificación de 1998⁴.

La doctrina y jurisprudencia que inspira el texto sancionado (y que inspiró el proyecto de 1998) tiene uno de sus hitos fundamentales en un famoso caso de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de 1912. En el fallo Escary c. Pietranera⁵ se dejó en claro que debía distinguirse si la donación fue hecha a un legitimario, o si fue realizada a terceros que no revistaran esa calidad. Así se estableció que entre legitimarios sólo procede la acción de colación y no la reducción con sus efectos reipersecutorios. Ni siquiera cuando la donación hecha a otro legitimario resultara violatoria de alguna legítima. Autores como Rébora⁶, Fornieles⁷, Salvat⁸, Rivera y Medina⁹, Francisco Cerávolo¹⁰ son partidarios de

⁴ Proyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio. 1998. Decreto 685/95 PEN.

⁵ Escary, José y otra c/ Pietranera, Tancredi. JA, 5, 1 (1920) : Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en Pleno, 1912.

⁶ Rébora, Juan Carlos. Derecho de las Sucesiones, Tomo II. s.l. : Bibliografía Argentina, 1952.

⁷ Fornieles, Salvador. Tratado de las Sucesiones, Tomo I. Buenos Aires : Tipográfica Editora Argentina, 1958.

⁸ Salvat, Raymundo. Tratado de Derecho Civil Argentino VI. Fuentes de las obligaciones, Tomo 2. Buenos Aires : La Ley, 1946.

⁹ Rivera, Julio César y Medina, Graciela. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo VI. Buenos Aires : La Ley, 2015.

¹⁰ Donaciones inoficiosas. Propuesta de modificación del Proyecto de Código. Cerávolo, Francisco. 2012, La Ley, págs. 2012–F, 904.

esta postura. A su vez, un importante fallo con voto del Dr. Araúz Castex continuó con esta interpretación¹¹.

El fundamento último de esta postura restrictiva no es otro que hacer perfectos e incuestionables los títulos que registraran en sus antecedentes una donación. Existe una particular preocupación sobre las donaciones que hacen los progenitores a sus descendientes. En palabras de Francisco Cerávolo:

«Una práctica generosa difundida en nuestra sociedad, de acuerdo con la voluntad de muchísimos padres que, llegados a cierta edad, anticipan la herencia total o parcialmente, a veces con el propósito de evitar un proceso sucesorio y otras con la finalidad de promocionar la actividad del joven hijo en el inicio de su vida laboral»¹².

Irónicamente, ese último fue el fundamento que inspiró el sistema elaborado por el CCyC de 2015. Con él se pretendía defender y amparar a los descendientes que han visto violada su porción legítima por las donaciones que su progenitor ha hecho en vida a otro descendiente. Existe un interesantísimo fallo de la Cámara Nacional Civil con voto del Dr. Kiper en donde puede apreciarse con toda claridad cómo la colación absoluta entre los legitimarios se vuelve insuficiente e injusta para remediar las desproporcionadas donaciones que había realizado el causante a dos de sus hijas, excluyendo a la tercera¹³.

Esa situación injusta en la que se veían los legitimarios frente a otros coherederos, y que Borda ya advertía en 1994 al decir «no hay ninguna razón de lógica o equidad que explique por qué los extraños deben restituir en especie y los herederos en valores»¹⁴, fue la que determinó la decisión de la Comisión Redactora del CCyC de ampliar la legitimación pasiva de la reducción, haciéndola extensible hasta los coherederos. En el texto vigente se excluye esta posibilidad y pretende remendarse con la colación.

El art. 2386, hoy derogado, establecía que el exceso de la porción legítima más el disponible estaba sujeto a reducción por el valor del exceso. ¿Por qué? Porque el exceso se ha convertido en inoficioso por superar el disponible del causante, según lo prescripto por el art. 1565 CCyC. Eso hacía coherente al sis-

¹¹ Apeceche, Rodolfo C. c. Navarro Viola, María del C. y otras. LL 77-382. Buenos Aires : CNCivil, Sala A, 1955.

¹² Ib. nota 12.

¹³ Yebra, Patricia E. c/ Gasparini de Roca, Marta E. y otros s/ acción de reducción. elDial.com AA70 . Buenos Aires : Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 1998.

¹⁴ Borda, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Sucesiones. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

tema ya que, si la donación ha superado el disponible, implica necesariamente que alguna legítima se ha visto vulnerada. Estamos en presencia de un juego de suma cero, lo que uno reciba de más es directamente proporcional a lo que otro está dejando de recibir.

Si el norte estaba puesto en la protección de la legítima hereditaria, resultaba sumamente coherente que se les habilitara la misma protección que tendrían contra un tercero: la acción de reducción con sus efectos reipersecutorios¹⁵.

De ninguna manera podría concluirse que la Comisión Redactora, presidida por Lorenzetti, Highton y Kemelmajer¹⁶, desconocía los efectos que acarrearía esa ampliación de la acción de reducción. Sabían que aquello iba a provocar que los títulos de adquisición que provinieran de una donación resultaran observables y quedarán fuera del comercio por el temor de los subadquirentes de ser privados del bien donado, en caso de algún legitimario intentara la acción de reducción. Fue por eso que incorporaron una novedosa forma de mitigar los efectos no deseados: la prescripción adquisitiva breve del art. 2459. Lo analizaré en oportunidad de comentar la reforma establecida para dicho artículo.

La postura del art. 2386 derogado no era una novedad. Zannoni¹⁷, Borda¹⁸ y Pérez Lasala¹⁹ ya reparaban en los errores que se incurría al restringir la acción de reducción entre legitimarios. Este último autor pone de manifiesto cómo ese razonamiento confunde colación con reducción.

La colación tiene por finalidad asegurar la igualdad entre los legitimarios siempre que la donación no haya afectado legítima alguna; pero si esa donación sí hubiese provocado afectación lo procedente es la reducción, puesto que su finalidad es dejar a salvo la legítima violada. La colación implica la posibilidad del donatario-legitimario de recibir menos o no recibir nada del relicto, operando una suerte de compensación que procura la igualdad. Quien se ve perjudicado en su legítima no está buscando la igualdad con los demás legitimarios, sino que pretende su recomposición y el medio idóneo para ello es la reducción.

¹⁵ Debe decirse que la reforma, por lo menos, es coherente con el art. 2461 que establece la colación por el excedente en caso de la presunción de gratuidad que instituye. Ese artículo dispone que la transmisión por título oneroso con reserva de usufructo, uso, habitación o renta vitalicia realizada al legitimario supone la intención de mejorarlo.

¹⁶ Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires : Infojus, 2012.

¹⁷ Zannoni, Eduardo. Derecho Civil. Derecho de las Sucesiones. Tomo II. Buenos Aires : Astrea, 1976.

¹⁸ Ib. nota 16.

¹⁹ Pérez Lasala, José Luis. Tratado de Sucesiones: Parte General. Santa Fe : Rubinzal Culzoni, 2014.

La reforma aprobada cambió radicalmente este enfoque. Con la intención de proteger la circulación de los bienes, se establece que aquello que exceda de la porción legítima más el disponible, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero. En otras palabras, el exceso –que se ha convertido en inoficioso– se convierte en un crédito a favor del legitimario perjudicado a cargo del donatario–legitimario.

No haré una apología de la institución de la porción legítima hereditaria²⁰, pero sí diré que no me resulta coherente mantener esta antigua institución y por otro lado imponer un sistema que la vulnere de esta forma. Nuevamente se ha retornado a la colación absoluta entre legitimarios, vedándoles la posibilidad de intentar la reducción. ¿Por qué mantener las legítimas para luego aplicarles un régimen que las deja a la suerte de la solvencia del co–legitimario? ¿Acaso la legítima hereditaria no integra el orden público sucesorio?

La protección de la legítima depende entonces enteramente de la solvencia del donatario–legitimario. Si no tiene bienes con los que pueda responder, se habrá consagrado la violación a la porción legítima. Es que se han eliminado los efectos reales de la reducción, mucho más efectivos al contar con el bien donado como garantía de su porción asegurada.

IV. El desguace de los efectos reipersecutorios. Los arts. 2457 y 2458

En la reforma, la acción de reducción ha sido reperfilada hasta confinarla a unos pocos supuestos. Por definición, la reducción tiene la finalidad de recuperar, completar la porción de su legítima en la medida en que se ha visto privado el heredero. En el nuevo art. 2457 se establecen los efectos de la reducción tal cual estaban en la redacción anterior, pero agrega un párrafo para dejar en claro que los derechos reales constituidos por el donatario están a salvo, a menos que el subadquirente lo sea a título gratuito o de mala fe.

Aquí nos encontramos con una severa inconsistencia. Con el párrafo agregado podemos encontrarnos con un legitimario triunfador en la reducción que deberá recibir el bien donado registrable con los derechos reales constituidos a

²⁰ Coincido con Azpiri que la legítima debería suprimirse con la consiguiente libertad de testar. Sin perjuicio de la que subsistan las obligaciones asistenciales a sus más próximos. Azpiri, Jorge O. La Ley N° 27.587 de reformas al Código Civil y Comercial en materia de sucesiones en Ferrer, Francisco (Coord.) Dossier de Derecho Sucesorio. Santa Fe: Rubinzal–Culzoni, 2021.

favor de terceros de buena fe y a título oneroso. Pensemos que, si el donatario ha gravado el bien con una hipoteca, el legitimario debe recibirlo con esa carga que definitivamente afectará su derecho.

Por su parte, el nuevo art. 2458 se ha mantenido casi íntegro excepto por el agregado que convierte la antigua regla en la excepción. La nueva redacción establece que salvo lo dispuesto en el artículo anterior la reducción procederá contra los terceros subadquirentes de bienes registrables.

Los nuevos artículos han restringido notoriamente la posibilidad de perseguir el bien donado a fines de garantizar la porción legítima, y lo hace a tal punto de que sólo va a proceder cuando:

1. El donatario no sea un legitimario. Como hemos visto, si quien ha resultado beneficiario de una donación inoficiosa es además un legitimario, ha quedado excluido de poder ser reclamado por reducción, por imperio del art. 2386, que expresamente establece el sistema de colación absoluta entre legitimarios.
2. Los subadquirentes del donatario lo sean a título gratuito o de mala fe. Por regla, los subadquirentes no están alcanzados por esta acción, excepto que lo sean a título gratuito o de mala fe (entiendo que la partícula disyuntiva «o» es la correcta, en el sentido de la procedencia de la acción cuando se dé alguno de los requisitos, sin necesidad de que se den ambos simultáneamente).
3. No hayan transcurrido 10 años desde que el donatario, o su subadquirente, entró en posesión del bien registrable. Por el efecto de la prescripción adquisitiva breve establecido en el art. 2459.

El hecho de que los legitimarios contaran con la acción de reducción, se traducía en la posibilidad de ir tras el bien registrable en especie (*ius persecuendi*). La reducción supone la defensa por excelencia de la legítima y, por lo tanto, sus efectos reipersecutorios se presentaban como una herramienta hábil para cumplir con esa finalidad de recuperar la parte en que se ha visto vulnerado. ¿Cómo lo lograba? Estableciendo una fuerte acción que le daba la posibilidad de perseguir el bien en cabeza de quien se encontrara (sin distinciones entre legitimarios, terceros y subadquirentes de buena o mala fe, a título oneroso o gratuito).

Esta consideración me lleva a asegurar que el legitimario no se encuentra en la misma situación que antes de la reforma. Hoy se ve más desprotegido al

solo contar con la acción de colación en caso de que se vea vulnerado, acción destinada a lograr la igualdad y no a proteger. No sólo por las consideraciones del maestro José Luis Pérez Lasala con respecto a la distinta finalidad de cada una de estas acciones, sino porque antes de la reforma el legitimario contaba con el bien donado como garantía de su derecho a una porción legítima de la que no pueden ser privados (art. 2444 CCyC). Hoy, sólo cuenta con un crédito personal supeditado a la solvencia del donatario.

El nuevo texto está claramente destinado a proteger uno de los valores en tensión que he mencionado: la seguridad del tráfico jurídico. Es decir, impedir que los derechos que registren entre sus antecedentes una donación se vean fuera del comercio por 10 años, hasta que su título se vea perfeccionado por la prescripción adquisitiva del art. 2459 CCyC. Buscando esa protección, la nueva legislación provoca un desequilibrio manifiesto en perjuicio de los legitimarios.

V. La cuestión de la buena fe

La situación de que los terceros subadquirentes de buena y a título oneroso puedan detener los efectos reales de la reducción no es nueva, de hecho, había generado gran interés en la doctrina y en la jurisprudencia previa a la sanción del CCyC. Autores y jueces entendieron que el art. 1051 del Código de Vélez detenía la acción de reducción. Este artículo establecía que los derechos personales o reales transmitidos por actos anulados quedaban a salvo si el tercer adquirente era de buena fe y a título oneroso. A pesar de referirse explícitamente a actos nulos, entendieron que el artículo contenía un principio general de respeto a la apariencia jurídica²¹ que era perfectamente aplicable aún al caso de las donaciones inoficiosas.

En el fallo *Viero v. Bonahora*²², el Dr. Colmo expresó que la reducción sólo debía ser procedente en casos en los que mediara mala fe o una adquisición gratuita porque «de otra suerte, la circulación de valores, que es todo un postulado

²¹ Mosset Iturraspe, Jorge. Ponencia en las V Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil. [aut. libro] Universidad Notarial Argentina. *El Derecho Privado en Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*. Buenos Aires : Tornquist, 1991.

²² *Viero v. Bonahora*. JA XXV, 926. Buenos Aires : Cámara Civil Ira de la Capital, 1927.

de la ley, se encarece y restringe, lo que no puede ser de buen derecho». Igual criterio predominó en un fallo de la Cámara Nacional Civil de 1989²³.

También existieron posturas que no coincidían en los razonamientos anteriores. En un fallo de Cámara Nacional Civil del año 2005²⁴ se interpretó que la protección del 1051 del Código de Vélez era sólo frente a vicios no manifiestos. Es decir, cuando aun obrando diligentemente no es posible conocer el vicio del acto jurídico. La adquisición por donación se advertía perfectamente del estudio de títulos, es una situación manifiesta, y por lo tanto no podía alegarse buena fe.

Fue por estas consideraciones que la reforma expresamente estableció que la buena fe y el título oneroso de los subadquirentes es suficiente para repeler los efectos reales de la acción de reducción. La idea es establecer un texto claro y llano en el que aquellos debates sobre las adquisiciones de los subadquirentes no se repitan.

El art. 2458 actual sólo es procedente en casos de mala fe o de título gratuito, restringiendo muchísimo el campo de actuación que tenía en el sistema derogado. También ha abierto una nueva polémica: ¿Cuál es la buena fe requerida en este artículo? ¿La del art. 1902 o la excepción establecida en el art. 2459? En otras palabras, si del estudio de títulos aparece la donación como un antecedente del dominio ¿Puede tenerse por acreditada la buena fe a fines de repeler la reipersecución? Entiendo que no puede extenderse lo previsto en el 2459 a otros supuestos, sencillamente porque es una excepción y debe ser interpretada de manera restrictiva²⁵.

En el texto derogado del CCyC la acción de reducción siempre prosperaba contra el donatario –fuera un legitimario o un tercero– por imperio de aquel art. 2458 CCyC, que habilitaba explícitamente a perseguir los bienes registrables donados cuando estaban en poder de subadquirentes del donatario. No hacía ninguna distinción con respecto a si los subadquirentes lo eran a título oneroso o gratuito, de buena o mala fe, la reducción prosperaba contra todos. Unas palabras del maestro Ferrer sobre las ventas simuladas podrían ser mencionadas para ilustrar:

²³ U.S.M. y otro c. R.Z.C.S. JA II, 175. Buenos Aires : Cámara Nacional Civil Sala E, 1989.

²⁴ LLarín, Pablo A. c. Millán, Jorge A. La Ley AR/JUR/7010/2005. Buenos Aires : Cámara Nacional Civil Sala D, 2005.

²⁵ Guilisasti, Jorgelina. Las tensiones expuestas a raíz de la modificación introducida al artículo 2386 del Código Civil y Comercial de la Nación en Ferrer, Francisco (Coord.) Dossier de Derecho Sucesorio. Santa Fe: Rubinzal–Culzoni, 2021.

«No nos parece una solución justa, ni creemos que pueda justificarse de ningún modo. Se basa en una concepción absolutista del derecho a la legítima que convierte al legitimario en un soberano armado de prerrogativas intangibles, que puede ejercerlas discrecionalmente contra todos los adquirentes de bienes hereditarios, aun cuando sean a título oneroso y de buena fe»²⁶.

No comparto esas palabras de Ferrer y defenderé la coherencia que existía en la legislación derogada. El efecto reipersecutorio del anterior art. 2458 reconocía cuatro límites, que todavía se mantienen vigentes: que se tratara de bienes registrables (art. 2458); que el perjuicio a la legítima fuera superior a la mitad del valor donado (art. 2454); que el donatario o el subadquirente no hayan ofrecido satisfacer en dinero el perjuicio a la legítima (art. 2458) y que no hubieran transcurrido más de 10 años desde que el donatario o el subadquirente entraron en posesión de la cosa (art. 2459). Como puede verse, distaba de ser una acción de carácter absoluto.

Como si no fuera suficiente, a esos límites debemos agregar uno nuevo: la última oración del art. 2459. En ella se ha establecido esa excepción a la regla general sobre buena fe en materia de cosas registrables establecida en el art. 1902.

VI. La prescripción adquisitiva breve del art. 2459

Este artículo prácticamente no ha sido modificado, lo cual me sorprende enormemente, puesto que había sido muy criticado por la doctrina. También debe decirse que las modificaciones en los demás artículos han provocado que el presente haya perdido su fundamento y utilidad inicial.

En el CCyC derogado, el art. 2459 era la principal restricción a la protección de la legítima. Esta disposición fue una innovación, ya que no existía un artículo similar en el Código de Vélez ni en el Proyecto de Unificación de 1998²⁷, y su finalidad era restringir el alcance de los efectos reipersecutorios de la reducción

²⁶ Ferrer, Francisco A. M. *La Acción de Reducción*. [aut. libro] Eduardo A. Zannoni, Francisco A. M. Ferrer y Carlos H. Rolando. *Sucesiones – Homenaje a Josefa Méndez Costa*. Santa Fe : Rubinzal Culzoni, 1991.

²⁷ Ib. nota 6.

que consagraban los arts. 2458 y 2386 derogados. La comisión redactora del CCyC conocía las consecuencias de consolidar una defensa de la legítima tan férrea que terminaría por afectar a todos los títulos provenientes de donaciones, y fue por ello que concibió ese freno.

Todo en este artículo fue cuestionado. Desde su naturaleza jurídica (prescripción liberatoria, plazo de caducidad, prescripción adquisitiva breve, prescripción adquisitiva larga) hasta la elección de esa figura como forma de mitigar los efectos de la reducción²⁸.

La elección de la prescripción adquisitiva breve en el art. 2459 operaba como una consolidación de los títulos que tuvieran en sus antecedentes una donación. Con una reducción que había ampliado la legitimación pasiva entre legitimarios, que podía perseguir los bienes en manos de quien estuvieran (ya que la buena fe y el título oneroso no la detenían) era necesario establecer un mecanismo que volviera a incorporar al comercio esos bienes.

Ya en 1967 el maestro Allende explicaba los alcances de este instituto al decir que no se trata de un modo de adquirir un derecho que no se tiene, sino que es un medio para consolidar el derecho ya adquirido frente al verdadero propietario. La cosa ya es tenida como dueño, pero con justo título.

En los casos en que es procedente la prescripción adquisitiva breve, el dominio que se ha adquirido sufre una limitación en su carácter absoluto. No es que se haya perdido su naturaleza de absoluto, sino que sufre una restricción frente a una persona determinada. Es decir, es absoluto menos ante otra persona que es también propietaria de la cosa. Ambos participan del carácter absoluto y exclusivo del derecho, pero uno de ellos con estos caracteres limitados frente al otro.

Quien adquiere por justo título es propietario, y lo es erga omnes, pero con la limitación de la persona que también continúa siendo propietaria por no ha-

²⁸ Así, autores como Ferrer, Córdoba y Natale (Observaciones al Proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria. Ferrer, Francisco, Córdoba, Marcos M. y Natale, Roberto Miguel. AR/DOC/4865/2012, 2012, La Ley, Vol. Doctrina), Alterini (Alterini, Jorge Horacio. Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. Primera. Buenos Aires : La Ley, 2015. Vol. XI.), ven en este plazo decenal del art. 2459 una prescripción liberatoria. Rivera y Medina (Ib. nota 11), Pérez Lasala (Ib. nota 21), Casabé (¿Prescripción adquisitiva, caducidad o plazo resolutorio? Casabé, Eleonora R. 2016, Revista del Notariado, págs. 924, 80–87), reconocen en este artículo una prescripción adquisitiva, pero critican gravemente la elección de la figura para la limitación de los efectos reipersecutorios, sobre todo por la duplicidad de causas de la adquisición. En un excelente trabajo del Dr. Kiper puede tenerse un panorama de las distintas concepciones sobre este plazo (Naturaleza del plazo para sanear una donación. Kiper, Claudio M. Buenos Aires : Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2017, Revista del Notariado, Vol. 928, págs. 54–66).

berse reunido los requisitos de capacidad y legitimación para que operase la transmisión. La prescripción breve no hace más que consolidar la adquisición hecha, protegiendo al que la ha obtenido de toda acción de reivindicación²⁹.

El donatario adquiriría el derecho real de dominio con su carácter de absoluto y oponible erga omnes con una sola excepción: el heredero que se hubiera visto perjudicado en su legítima, al que no le podía ser opuesta esa donación. Así entendida la prescripción breve —como un modo de consolidar un derecho ya adquirido— vemos que no provocaba una nueva adquisición por una causa distinta, sino que su efecto consistía en consolidar su dominio frente a los herederos legitimarios. Con esta interpretación se lograba superar la crítica a la duplicación de causas que algunos autores le hacían al art. 2459 CCyC, y servía de herramienta para volver al comercio a los bienes registrables con una donación en sus antecedentes.

Después de estas consideraciones, conservar el art. 2459 del CCyC en el texto vigente implica una protección excesiva del donatario. Puesto que posibilitarle la consolidación de su dominio a costas del legitimario perjudicado no parece muy justo. Podría haberse limitado el supuesto a los subadquirentes —para proteger el tráfico y la circulación—, pero innecesariamente se ha mantenido.

Como desarrollaré a continuación, entiendo que esto no implica que el donatario no responda frente al legitimario —porque la reducción subsiste como un crédito— pero ya no responderá con el bien. Se habrán extinguido los efectos reipersecutorios de la reducción.

VII. Subsistencia de la reducción. Equiparación de efectos con la colación

Debe tenerse muy presente que la colación, con cualquier alcance que pretenda dársele, no opera contra terceros que no son co-legitimarios. Frente a la donación que realizó el causante a un tercero que no fuera heredero, corresponde la acción de reducción. Por imperio del art. 2459, el legitimario sólo podrá reclamar sobre el bien donado cuando no hayan transcurrido 10 años desde la adquisición de la posesión.

²⁹ Allende, Guillermo L. *Panorama de Derechos Reales*. Buenos Aires : La Ley, 1967.

Pero ¿qué pasa si ese plazo se ha cumplido en vida del causante? ¿El legítimo se ha quedado sin ninguna posibilidad de reclamar la integración de su parte? Adelantaré la negativa. Debe recordarse que la reducción nace en cabeza del heredero con la muerte de su causante. En vida de este no hay ninguna acción que pueda intentar para desvirtuar esa donación. Si al momento de su fallecimiento se han cumplido los diez años del art. 2459, ya no se podrá ir contra el bien que fue objeto de la donación inoficiosa que habrá quedado definitivamente adquirido por el donatario o por el subadquirente.

Sin embargo, creo que debe distinguirse entre los efectos reipersecutorios –como herramienta para asegurar su efectivo cumplimiento– de la acción misma de reducción. Aun cuando ya no exista posibilidad de perseguir la cosa donada, todavía podrá intentarse la reducción contra el donatario –tercero– solvente, puesto que el legítimo todavía tiene derecho a reclamarle la integración de su porción legítima. El beneficiado con la donación sigue siendo deudor, y si es titular de otros bienes, tendrá que resarcir la merma de la porción legítima del legítimo, como cualquier deuda de dinero³⁰.

El art. 2459 CCyC no está destinado a extinguir o provocar la caducidad de la acción de reducción, sino que limita la posibilidad de perseguir ese bien donado en particular. La acción de reducción seguirá expedita para reclamar el crédito por el valor de la cuota afectada, desde la apertura de la sucesión y hasta su prescripción (plazo general de cinco años), aun cuando la donación hubiere sido celebrada diez años antes del fallecimiento del causante, porque sólo se trata de un límite a los efectos reipersecutorios del art. 2458 CCyC³¹.

Cuando el art. 2459 CCyC afirma que «la acción de reducción no procede», hace referencia a la imposibilidad de avanzar sobre la cosa donada en sí, pero el reclamo contra el beneficiario de una donación inoficiosa deberá mantenerse en pie. La defensa de prescripción adquisitiva se limita sólo al amparo de la cosa donada que ha sido poseída durante diez años, porque es una excepción que nace de una relación real que no puede expandirse y terminar bloqueando la exigibilidad de un crédito³².

³⁰ Porción legítima, acción de entrega o complemento, y situación de los que han poseído la cosa durante diez años. Mazzinghi, Jorge A. M. AR/DOC/526/2018, 2018, La Ley, Vol. Doctrina.

³¹ Límites de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción en relación a las donaciones de inmuebles. Lamber, Néstor D. Buenos Aires : Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2017. 42° Convención Notarial.

³² Ib. nota 30.

Habiendo sentado postura sobre este punto, debo decir la distinción entre colación y reducción –en razón de sus efectos– ha quedado bastante difusa. Es que en la mayoría de los supuestos en los que proceda la reducción, ella no será con efectos reipersecutorios, terminando por constituir un crédito a favor del legitimario. Idéntica situación a la colación entre co–legitimarios cuando se exceda la porción legítima más el disponible. En ambos casos la suerte de la legítima hereditaria depende de la solvencia del donatario.

VIII. Conclusiones

1. Si todavía existe consenso en la necesidad y conveniencia de mantener el sistema de porciones legítimas aseguradas a determinados herederos, no es coherente privarlo de protección al legitimario de tal manera. Si no reviste interés para la normativa el aseguramiento este derecho, lo correcto sería eliminarla y darle libertad absoluta al futuro causante de disponer de sus bienes y eliminar la figura de las donaciones inoficiosas.

2. La exclusión de legitimación pasiva en la acción de reducción de los legitimarios por la nueva redacción del art. 2386 CCyC provoca un desequilibrio en la armonización de dos valores en tensión: la seguridad del tráfico jurídico y la protección a determinados sucesores del causante, inclinándose en forma desproporcionada por la seguridad del tráfico. Ya que no le da la posibilidad de intentar la reducción contra sus coherederos, sino que sólo le habilita la acción de colación sin ningún tipo de efecto reipersecutorio sobre el bien donado. Sin considerar que la violación a la legítima mediante donaciones inoficiosas del causante, se da habitualmente entre los mismos coherederos y no por donaciones hechas a terceros.

3. Que se haya establecido el sistema de colación absoluta entre legitimarios provoca una confusión insalvable entre las finalidades que persiguen las acciones de colación y de reducción. La colación sólo busca que entre los legitimarios exista igualdad en lo que están recibiendo, mientras que la reducción se pone en marcha cuando existe una violación a la porción legítima. Es decir, cuando con los bienes del caudal relicto y mediante operaciones contables de compensación no es suficiente para cubrir las porciones legítimas, el remedio es una acción con la finalidad de defensa de esa porción: la reducción.

4. El tercer adquirente de buena fe y a título oneroso ahora se ve protegido y nunca le podrá ser reclamado el bien que registra entre sus antecedentes una donación. Una nueva restricción para el legitimario: en el caso de que el causante hubiera realizado una donación a un tercero que no sea su heredero, no podrá perseguir el bien cuando aquel lo hubiera transferido a título oneroso.

5. Aun cuando el tercero donatario hubiera transferido el bien registrable donado a título gratuito o de mala fe, no procederá la reducción contra el bien donado en caso de que hubieran transcurrido 10 años desde que adquirió la posesión por disposición del, todavía vigente, art. 2459. Nótese la injusta situación en la que se ve el legitimario que, aun cuando el donatario que se benefició a costa de su porción legítima hubiera regalado ese bien, no puede reclamar sobre aquel su legítima en caso de haber transcurrido el plazo de 10 años del art. 2459.

6. La reducción subsiste como una deuda de valor contra el tercero que se vio beneficiado con la donación a costa del legitimario violado. A pesar de ello, el legitimario se ve en una situación más perjudicial que antes de la reforma. Con el texto del CCyC de 2015, por lo menos existía la posibilidad de estar asegurado en su porción legítima con los bienes donados declarando inoficiosa la donación y resolviéndola.

7. El ordenamiento jurídico debe ser coherente y equilibrado en los intereses y valores que dice proteger. La reforma desprotege desproporcionalmente a los legitimarios en favor de la seguridad del tráfico de los bienes y entiendo que es incompatible con el consenso generalizado de sostener las legítimas hereditarias.



LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA EL COBRO DE ALIMENTOS

Ab. Esp. Claudia Graciela Raganato

I. Introducción

Este artículo tiene su punto de partida en un fallo dictado por la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza en el que se aborda un tema relacionado con la prescripción de la acción para el cobro de los alimentos.¹

II. Plataforma fáctica del fallo

1. Primera instancia

El juez de primera instancia rechazó, en el marco de la ejecución de cuotas alimentarias fijadas por sentencia, la excepción de prescripción articulada por el ejecutado respecto de las cuotas retroactivas a la fecha de la sentencia, en tanto consideró aplicable el plazo bianual, computado desde la notificación de la sentencia que fijó los alimentos. Este último interpuso un recurso de apelación.

2. Segunda instancia

La Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza confirmó la sentencia. Fundó su decisorio con las siguientes consideraciones.

¹ Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, 21 de Diciembre de 2.021, expte. N° 737/2020 “F. M. B. c/ F. C.A. Por Ejecución de Alimentos”, <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/camarasjuris/exter-no/index.php>.

a) La plataforma fáctica del antecedente que cita el apelante en su expresión de agravios² resulta ser diferente a la de este proceso, por lo que no resulta aplicable lo decidido en ese caso. En dicha causa se ejecutaban cuotas acordadas por las partes y allí se entendió que la prescripción bianual corría para cada cuota desde su vencimiento en forma independiente. En cambio, en este caso se ejecuta la prestación alimentaria fijada por sentencia y la discusión gira en torno a los alimentos comprendidos en el período retroactivo y, en particular, al punto de partida del plazo de prescripción.

b) Con relación al plazo de prescripción, no cabe hacer distinción entre la prestación alimentaria fijada por convenio o por sentencia a los fines de aplicar a las cuotas alimentarias devengadas y adeudadas la prescripción corta, o sea, corresponde el plazo bianual del art. 2562 Cod.Civ.yCom. (5 años en el CC según el art. 4027), que se computa desde el vencimiento de cada una de ellas en forma independiente. O sea que el cómputo corre desde que cada período se torna exigible, por tratarse de obligaciones de tracto sucesivo, de pago mensual y consecutivo.

c) Otra consideración debe hacerse con relación al monto retroactivo previsto por los arts. 548 y 669 del Cod.Civ.yCom., tanto en cuanto al plazo de prescripción aplicable como al diez a quo del mismo. Es que, si la sentencia condena a pagar los alimentos acumulados durante el juicio, el título es distinto; lo que se ejecuta es una condena judicial y por eso la actio iudicati de los alimentos atrasados y acumulados durante el juicio prescribe a los 5 años conforme el art. 2560 Cod.Civ.yCom. (que en el CC era de 10 años según el art. 4023). Siendo ello así, el plazo de prescripción para el reclamo del retroactivo de la sentencia de alimentos es el genérico de cinco años (no el bianual de la norma especial).

d) No resulta correcto el plazo bianual que el juez a quo aplica al retroactivo; en cambio sí se coincide que debe computar su curso desde la notificación de la sentencia que fija los alimentos, momento a partir del cual la obligación de pago se torna exigible. Admitir lo contrario sería como entender que podría prescribir una obligación que no ha nacido, v.gr. cuando el retroactivo excediera el plazo de prescripción. La obligación nacería muerta, ya que ni siquiera persisten en el Cod.Civ.yCom. las llamadas “obligaciones naturales” del código derogado. Esto es así porque antes de la sentencia no se encuentra expedito el reclamo de

² Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, N.º 1909/17/10F-73/20 “G.j.d C/ a. p.s. P/ Ejecuc. De Sentencia (alimentos), 12 de abril de 2.021, <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/camarasjuris/externo/index.php>

los alimentos acumulados durante el juicio, ni la ejecución tendiente a obtener su cobro compulsivo en caso de incumplimiento.

III. Temática abordada en el comentario

Existe mucha doctrina que ha analizado este tema relativo a la prescripción de la acción para el cobro de los alimentos. Pero no ocurre lo mismo con la jurisprudencia, lo que genera que se presenten en la práctica diversas interpretaciones en torno a ciertos puntos de este instituto.

Sin pretender abarcar la totalidad de las cuestiones que plantea la prescripción en materia de alimentos, centraré mi análisis en dos cuestiones, sin perjuicio de esbozar algunos conceptos generales que resultan necesarios para su entendimiento.

Por un lado, lo que resulta de suma importancia del fallo comentado, que es la distinción que debe hacerse entre las prestaciones periódicas y/o mensualidades y los alimentos acumulados durante el juicio por la condena a pagar el retroactivo.

Por otro lado, la relación entre legitimación en los juicios de alimentos y la prescripción, es decir, como opera este instituto en los diferentes supuestos según quién sea el legitimado al pago de los alimentos.

La idea es elaborar un esquema de análisis que pueda servir de utilidad para los operadores jurídicos.

1. Consideraciones generales

La prescripción ocupa un lugar esencial dentro de la vida de las obligaciones y de los derechos subjetivos en general. Con razón ha sido identificada por la jurisprudencia y doctrina como una de las instituciones jurídicas más necesarias del derecho común para la paz social.

Tiene por fundamento la necesidad de preservar la seguridad jurídica, evitando la sustanciación de pleitos en los que se pretenda ventilar cuestiones añejas que no fueron esgrimidas en el momento oportuno por el interesado, configurando una inacción, inercia o negligencia que la ley interpreta como desinterés

y abandono del derecho por parte de aquél. Sin la prescripción, no habría derechos bien definidos y firmes, desde que éstos estarían sujetos a una constante revisión desde sus orígenes.

En el derecho alimentario, por un lado, la inactividad del alimentado implica una presunción de su falta de necesidad, que quita sentido al fundamento de su reclamo. Por otro lado, puede configurar una injusticia que quien no ha abonado los alimentos durante un lapso prolongado, se vea beneficiado por la prescripción.³

2. El carácter imprescriptible del derecho alimentario frente a la prescripción de las cuotas atrasadas.

La imprescriptibilidad del derecho a reclamar alimentos ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia con fundamento en que se trata de un derecho que se renueva constantemente, a medida que las necesidades del alimentado nacen diariamente.⁴

Lo dicho no obsta a la prescripción de las cuotas devengadas e impagas ante la inacción del acreedor.⁵ Como se ha sostenido, “las cuotas atrasadas mutan su naturaleza y se convierten en crédito dinerario”.⁶

a) Plazo de prescripción del reclamo de alimentos atrasados

⁷

El art. 4.027 del Código Civil estableció un plazo de prescripción de cinco años para “la obligación de pagar ciertos atrasos”, entre los cuales se encontraban las pensiones alimentarias (inc. 1°).

³ Ampliar en KEMELMAJER, MOLINA DE JUAN (Dir.) Alimentos Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2014, t II, p. 196 y ss. En capítulo que escribimos en coautoría con BRUNO, Federico.

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, Prescripción y Caducidad en el Derecho de Familia, en Revista Derecho Privado y Comunitario, Prescripción Liberatoria”, Rubinzal Culzoni, 2000, T.22, p. 124.

⁵ Ver, entre muchos, BELLUSCIO, Manual de Derecho de Familia, T II, Depalma, Buenos Aires, 1974, N° 264, p. 411; MAZZINGHI, Derecho de Familia, t. 4, Abaco-La Ley, Buenos Aires, 1999, N° 923, p. 603.

⁶ Ampliar en MAZZINGHI, Tratado de derecho de Familia, T 4, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 460.

⁷ Se sugiere compulsar KEMELMAJER DE CARLUCCI y MOLINA DE JUAN “Prescripción de la obligación alimentaria. Plazo, cómputo y causales de interrupción” Tomo La Ley 2014-E ISSN 0024-1636 27/08/2014.

El Cod.Civ.yCom. ha seguido la metodología de su antecesor, estableciendo un plazo de prescripción genérico y regulando luego casos específicos. En este diseño, el plazo genérico se reduce de diez (art. 4023 CC derogado) a cinco años (art. 2560 Cod.Civ.yCom.)

El artículo 2562 del Cod.Civ.yCom. establece la prescripción de dos años para “el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas.”

En este punto debe tenerse en cuenta que el art. 542 del Cod.Civ.yCom. fija el modo de cumplimiento de la prestación alimentaria. Dispone “La prestación se cumple mediante el pago de una renta en dinero... Los pagos se deben efectuar en forma mensual, anticipada y sucesiva, pero según las circunstancias, el juez puede fijar cuotas por períodos más cortos”.

De allí que la fórmula empleada por el art. 2562 resulta clara y sencilla, y permite superar las discusiones que suscitó su antecesor, en tanto que comprende todos los supuestos de alimentos devengados e impagos, sea que se hayan fijado por convenio, o por sentencia.

b) Punto de partida del plazo de prescripción.

La regla es que la prescripción comienza a correr desde la fecha en que las acciones pueden ser ejercidas, o sea, desde el momento en que existe el crédito y puede ser exigido. Se encuentra consagrada en el artículo 2554 del Cod.Civ.yCom. que establece “El transcurso del plazo de prescripción comienza el día en que la prestación es exigible”.

En el caso de alimentos, la prescripción comienza a correr desde el momento en que queda expedita la acción del acreedor para reclamar los alimentos adeudados, debido a que este instituto se funda en la inactividad de quien tiene derecho a ejercerla. De ello resulta que, si existe una traba ajena a la voluntad de acreedor, que le impida el accionar judicial, no puede producirse la prescripción.⁸

⁸ NOVELLINO, Norberto José, Los Alimentos y su cobro judicial, Nova Tesis, Santa Fe, 2004, p. 63

i. Alimentos fijados por convenio.

En cuanto a los alimentos convencionales, habrá de estarse a los términos del acuerdo para determinar el comienzo del curso de la prescripción.

Si no se fija plazo, como lo interpretó en otro precedente la misma Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, podrá tenerse en cuenta que la primera cuota vence en la fecha del convenio y las siguientes del 1 al 10 de cada mes, siendo el último día el que marca el vencimiento del plazo.⁹

Un punto a resaltar es que no requiere la homologación del acuerdo, pues las obligaciones surgidas de los convenios homologados son exigibles desde su celebración y en las condiciones acordadas. La homologación lo que permite es que tales obligaciones sean demandadas judicialmente por la vía ejecutiva sin necesidad de acudir a la vía ordinaria¹⁰, pero el acreedor tiene expedita la vía judicial aun cuando no sea la ejecutiva y ello es lo que marca que la prestación es exigible y el comienzo de la prescripción.

ii. Alimentos fijados judicialmente.

Si los alimentos fueron fijados judicialmente, para determinar el momento en que se encuentra expedita la acción que marca el comienzo del curso de la prescripción, deberá estarse a lo resuelto por el juez en la sentencia. Por ejemplo, si mandó a pagar las cuotas alimentarias del 1 al 10 de cada mes y el alimentante no cumple con su obligación, la prescripción correrá a partir del vencimiento del último día que otorgó el magistrado para efectuar el pago correspondiente.

iii. Vencimientos independientes de la obligación periódica.

En los dos supuestos analizados, prestación alimentaria fijada por convenio o por sentencia, no sólo -como se ha dejado sentado- se aplica el plazo bianual

⁹ Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, N.º 1909/17/10F-73/20 "G.j.d C/ a. p.s. P/ Ejecuc. De Sentencia (alimentos), 12 de abril de 2.021, <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/camarasjuris/externo/index.php>

¹⁰ Cfr. Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, Exp. N.º 794/15 "N. M. A. CONTRA C. C. POR EJECUCION DE CONVENIO", 24 de Febrero del 2.017, <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/camarasjuris/externo/index.php>

del art. 2562 del Cod.Civ.yCom., sino que corre independientemente respecto de cada cuota desde la fecha en que ella es exigible “pues se trata de obligaciones periódicas, aquellas que, naciendo de una causa o antecedente único, brotan o germinan por el transcurso del tiempo, importando así cada una de las cuotas una deuda distinta”.¹¹

En este sentido se ha dicho que “se trata, en suma, de obligaciones separadas que conservan su individualidad; de ahí que el deudor puede pagar un período dejando impago otro, y corren los intereses moratorios respecto de cada cuota, desde la fecha fijada para su pago, e igualmente corre el plazo de prescripción independientemente respecto de cada cuota, desde la fecha en que debía ser abonada”.¹²

3. Condena a pagar los alimentos acumulados durante el juicio. Efecto retroactivo de la sentencia de alimentos.

El art. 669 del Cod.Civ.yCom. establece en forma expresa la retroactividad de la sentencia de alimentos y fija el momento a partir del cual es exigible el crédito alimentario.

Aunque el deber de los padres de alimentar a sus hijos es inherente a la responsabilidad parental y nace con ella (art. 658), no significa que desde ese momento sea exigible. Del mismo modo que el 548 para los parientes, el art. 669 fija el efecto retroactivo de la sentencia de alimentos al día de la interposición de la demanda o de la interpelación al obligado por medio fehaciente.

Conforme su tenor literal, el punto de partida de la obligación se configura cuando el acreedor exige su derecho en forma “fehaciente” al obligado (vgr. audiencia de mediación cuando está prevista como condición previa y obligatoria a la interposición de la demanda¹³ o carta documento). El modo fehaciente que exige la disposición facilita determinar la fecha del origen del crédito.

Sobre este aspecto, el fallo que se comenta resulta de suma importancia, por

¹¹ BOSSERT, Gustavo, Régimen jurídico de los alimentos, Astrea, Buenos Aires, 1993, N° 524, p. 478.

¹² MENDEZ COSTA, María Josefa, FERRER, Francisco A. M. y D'ANTONIO, Daniel Hugo, “Derecho de Familia”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2009, t. III-B p. 253.

¹³ Ampliar en Cámara de Apelaciones de Familia, N°512/21/11F “G. M. N. P., C. L. M. C/C. O. J. P/ALIMENTOSPROVISORIOS”, 4 de Mayo de 2.022, <http://www2.jus.mendoza.gov.ar/camaras-juris/externo/index.php>

cuanto, tal como lo sostuvieron los magistrados, para el efecto retroactivo hay que distinguir el plazo de prescripción aplicable y el comienzo de su cómputo. La condena a pagar el retroactivo implica que deben abonarse los alimentos acumulados durante el curso del juicio. De allí que el título es distinto, pues se ejecuta una condena judicial que es lo que da lugar a la actio iudicati.

Es decir, en el caso de la fijación de la prestación alimentaria, si bien las cuotas tienen una “causa única”, generan obligaciones independientes y, por ende, el plazo de prescripción y la exigibilidad funciona individualmente para cada una. En cambio, el retroactivo implica una condena a pagar una suma que se ha acumulado durante el juicio, con la particularidad que antes del dictado de la sentencia no se encuentra expedito el reclamo y, por ello, no puede correr aún la prescripción.

a) Plazo de prescripción.

La actio iudicati de los alimentos atrasados y acumulados durante el juicio prescribe a los cinco años, conforme con lo dispuesto por el art. 2560 del Cod.Civ.yCom.

No se aplica el plazo de dos años que regula el art. 2562 de ese cuerpo normativo, ya que no se trata de prestaciones que se devengan por años o plazos periódicos más cortos, sino que rige el plazo genérico de los cinco años de la condena judicial.

b) Punto de partida del plazo de prescripción.

El diez a quo del plazo de prescripción, como se indica en el fallo comentado, es el de la notificación de la sentencia, pues desde ese momento la obligación del pago del retroactivo se torna exigible.

Cabe traer a colación el argumento de la Cámara en tanto “Admitir lo contrario sería entender que podría prescribir una obligación que no ha nacido, v.gr. cuando el retroactivo excediera el plazo de prescripción.”

4. La legitimación en los juicios de alimentos y la suspensión de la prescripción.

La legitimación sustancial es parte fundamental de la demanda. Es la condición o calidad, en los procesos contradictorios y respecto del demandante, legitimada es la persona que conforme la ley sustancial está habilitada para que por una sentencia de fondo se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda y, respecto del demandado, en ser la persona habilitada para discutir u oponerse a la pretensión del demandante.¹⁴

En razón de ello la legitimación sustancial funciona como un presupuesto previo ineludible de admisión de la pretensión; es una condición de admisibilidad intrínseca del reclamo e imprescindible para el dictado de un pronunciamiento válido.

Esta premisa obliga a examinar diferentes supuestos:

a) Los alimentos debidos a los hijos menores de edad (art. 661) pueden ser reclamados por¹⁵:

i.- El otro progenitor en representación del hijo. Conforme al art. 26 del Cod.Civ.yCom., la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. Asimismo, el art. 677 CCyC explicita que los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados.

ii.- El hijo con grado de madurez suficiente, con asistencia letrada.

iii.- Subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.

En todos estos casos se aplica el artículo 2543 del Cód.Civ.yCom que regula la suspensión de la prescripción de las acciones entre las personas incapaces y con capacidad restringida y sus padres, tutores o curadores mientras dure la responsabilidad parental, la tutela o curatela (inc. c).

Es decir, conforme con esta norma la prescripción no corre (art. 2539 del Cod.Civ.yCom), porque se encuentra suspendida para los reclamos de alimentos que se deben a los hijos menores de edad, ya sea que la pretensión la interpongan

¹⁴ BIRRI, Vilma N.; Un tema vigente: la legitimación ad causam; LLPatagonia 2013 (febrero) , 710 Sup. Doctrina Judicial Procesal 2013 (marzo), 1; AR/DOC/239/2013.

¹⁵ Ver MOLINA DE JUAN, Mariel F., Alimentos a los hijos en el Código Civil y Comercial, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental 20/05/2015, 20/05/2015, 147 - LA LEY20/05/2015, AR/DOC/1303/2015.

los padres, tutores o curadores actuando en su representación legal, el hijo con asistencia letrada o cualquiera de los parientes o Ministerio Público que actúe también en su representación.

iiii. El supuesto de las personas menores de edad sin representantes legales.

En este caso, el artículo 2550 del Cod.Civ.yCom dispone la dispensa de la prescripción. Se trata de una hipótesis que no consiste en una alteración del transcurso de la prescripción, pues el tiempo no se suspende ni se interrumpe, sino que confiere al juez una facultad, si se dan ciertos casos que demuestran que no hubo inactividad o desidia, para otorgar un plazo de caducidad para interponer la demanda. Se diferencia además de la suspensión, pues de esta manera se borran las consecuencias de la prescripción cumplida y se presenta siempre al momento de finalización del plazo.¹⁶

El artículo dispone: “El juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción, si dificultades de hecho o maniobras dolosas le obstaculizan temporalmente el ejercicio de la acción, y el titular hace valer sus derechos dentro de los SEIS (6) meses siguientes a la cesación de los obstáculos.”

La norma se ocupa específicamente de las personas incapaces sin representantes legales, respecto de los cuales el plazo de seis meses se computa desde la cesación de la incapacidad o la aceptación del cargo por el representante.

b) Los alimentos debidos a los hijos entre 18 años y 21 años (conforme al art. 658 del Cod.Civ.yCom.) pueden ser reclamados por:

i.- El hijo, que ya es mayor de edad y ejerce sus derechos por sí mismo (art. 25 Cod.Civ.yCom.), sea que conviva con un progenitor o que viva solo.

ii.- El progenitor que convive con el hijo mayor de edad que tiene legitimación para obtener la contribución del otro. Puede iniciar el juicio alimentario o, en su caso, continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor.

En estos supuestos no se aplica la suspensión de la prescripción del art. 2543 del Cód.Civ.yCom y, por ende, con relación a la prescripción para el cobro de los alimentos impagos desde que el hijo alcanzó la mayoría de edad, se aplican los lineamientos generales esbozados en este comentario.

c) Los alimentos debidos a los hijos mayores de 21 años que se capacitan (conforme al art. 663 del Cod.Civ.yCom.) pueden ser reclamados por:

¹⁶ LÓPEZ HERRERA, Edgardo, Tratado de la Prescripción liberatoria, Tomo I, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2.00, p. 204.

i. El hijo mayor de edad, sea que conviva con el otro progenitor o que viva solo (art. 25 Cod.Civ.yCom.);

ii. El progenitor con el cual convive, que es quien afronta los gastos de subsistencia del beneficiario (vivienda, alimentos, servicios, etc.).

También en estos supuestos con relación a la prescripción para el cobro de los alimentos impagos se aplican las pautas desarrolladas y no rige la suspensión de la prescripción del art. 2543 del Cód.Civ.yCom.

d) El reembolso de lo pagado por el progenitor conviviente.

El último párrafo del art. 669 del Cod.Civ.yCom. admite el derecho al reembolso de lo pagado por el progenitor conviviente durante el tiempo anterior a la interposición de la demanda.

Este derecho implica que aquel padre o aquella madre que ha sostenido a los hijos ante el incumplimiento del otro, pueda reclamar, por derecho propio, la contribución por lo pagado en concepto de alimentos.

La acción de reembolso a que se refiere este artículo tiene un plazo de prescripción menor, pues el inc. e) del art. 2564 del Cod.Civ.yCom., establece que prescriben al año “los reclamos a los otros obligados por repetición de lo pagado en concepto de alimentos”.

Aunque la norma no lo dice, la aplicación de los principios de la prescripción liberatoria permite interpretar que el plazo de la prescripción debe comenzar a correr desde que el reclamante ha realizado los pagos.¹⁷

Esto implica que el progenitor que realizó los desembolsos podrá reclamarlos sólo por un año desde que fueron efectivizados.

En este supuesto podría resultar de aplicación lo dispuesto por el art. 2543 del Cod.Civ.yCom, en los incisos a y b, en cuanto regula la suspensión del curso de la prescripción entre cónyuges durante el matrimonio o entre convivientes durante la unión convivencial.

En la práctica podrían presentarse mayores casos en el supuesto de los cónyuges, que continúan unidos en matrimonio y uno de ellos es el que ha abonado los alimentos del hijo. Pero también podría presentarse en convivientes, cuando uno asumió la obligación que incumbía a ambos estando en unión convivencial

¹⁷ Cfr. MOLINA DE JUAN, Mariel F., Alimentos a los hijos en el Código Civil y Comercial, op. cit.

y luego solicita el reembolso, en los términos del art. 669 último párrafo del Cod.Civ.yCom. o del art. 549 que regula la repetición.

IV. Conclusiones

Las dos cuestiones analizadas en este artículo permiten arrojar las siguientes conclusiones.

1. Distinción entre las prestaciones periódicas y/o mensualidades y los alimentos acumulados durante el juicio por la condena a pagar el retroactivo.

A las cuotas alimentarias devengadas y adeudadas, fijadas por sentencia o por convenio, se les aplica la prescripción bianual del art. 2562 del Cod.Civ.yCom y el plazo corre independientemente respecto de cada cuota desde la fecha en que se tornó exigible.

A los alimentos acumulados durante el juicio y adeudados por la condena a pagar el retroactivo, se les aplica el plazo de la actio iudicati, siendo el genérico de cinco años conforme al art. 2560 Cod.Civ.yCom. El punto de partida del cómputo del plazo es el de la notificación de la sentencia que le otorga el carácter de exigible. Este es el criterio sentado por el Tribunal de Alzada que dictó el fallo comentado, acorde al análisis que efectuó de las normas implicadas en la materia.

2. Aplicación de la prescripción en los diferentes supuestos de reclamos de alimentos.

En este tema desarrollado resulta de suma importancia resaltar que, en las prestaciones alimentarias devengadas y adeudadas a favor de los hijos menores de edad, no corre el curso de la prescripción porque se encuentra suspendida en virtud de lo dispuesto por el artículo 2543 del Cód.Civ.yCom. La suspensión de la prescripción opera ya sea que el reclamo de los alimentos impagos lo interpongan los padres, tutores o curadores actuando en representación legal del hijo, este último con asistencia letrada o cualquiera de los parientes o Ministerio Público que actúe también en su representación. Sin perjuicio del supuesto particular de la persona menor de edad que carece de representante legal en donde puede resultar aplicable la dispensa de la prescripción (art. 2550 del Cod.Civ.yCom).

Finalmente, la acción de reembolso de lo pagado por el progenitor que asumió la obligación alimentaria, prescribe al año conforme al art. 2564 del Cód.Civ.yCom. El reclamo lo articula quien efectuó los pagos, presentándose

por derecho propio y sólo puede reclamar lo abonado en ese carácter hasta un año de su efectivización. Podría resultar de aplicación para este supuesto la suspensión de la prescripción prevista por el art. 2543 del Cod.Civ.yCom (incisos a y b).



LA DENUNCIA EXTEMPORÁNEA DEL SINIESTRO A LA LUZ DEL ESTATUTO CONSUMERIL Y SUS NUEVOS PRINCIPIOS

Gisela Riccardi
Diego S. González Vila

I. El contrato de Seguros como contrato de Consumo

El contrato de seguros, regulado por la Ley de seguros N° 17.418 (seguidamente LS) es sin lugar a dudas un contrato de consumo que se ve alcanzado por las normativas consumeriles, en todos sus aspectos, siempre y cuando el asegurado sea un consumidor en los términos del art. 1 LDC y 1092 del CCyC.

La LS sancionada en el año 1967, si bien contiene algunas normativas protectorias del asegurado (como el art. 56, 158, etc.), al igual que algunas resoluciones dictadas por la Superintendencia de Seguros de la Nación, se torna insuficiente a la hora de proporcionar una adecuada defensa de los derechos de los consumidores y de equilibrar la desigualdad existente entre el consumidor de seguros y la empresa aseguradora.

López Saavedra, por su parte, entiende que

“La Ley de Seguros, con una impronta reglamentarista y con sus normas inmodificables o modificables solamente en favor del asegurado, ofrece un marco técnicamente correcto y equitativo que apunta a la protección adecuada de los derechos e intereses de los asegurados; por su parte, esa protección se complementa con la que ofrece la Ley N° 20.091 —que como se sabe reglamenta minuciosamente el ejercicio de la actividad aseguradora y reaseguradora en cualquier lugar del territorio de la Nación— especialmente cuando la misma establece que la Superintendencia de Seguros de

la Nación debe controlar el funcionamiento de las aseguradoras locales, aprobando los textos de las pólizas que ellas utilicen antes de que lo hagan, velando porque sus cláusulas sean equitativas y ajustadas a la ley, determinando que las primas sean suficientes, verificando la solvencia de los aseguradores, etc., para todo lo cual ella cuenta con una estructura técnica, profesional y calificada y con las herramientas legales necesarias para una correcta y adecuada defensa de los intereses de los asegurados; y, finalmente, se señalaba que estaba la Ley N° 22.400 —Régimen de los productores asesores de seguro— que al introducir el concepto del asesor productor de seguros ha incorporado la figura de un verdadero profesional del seguro cuya función y sus obligaciones apuntan al debido asesoramiento del asegurado y, en definitiva, a la adecuada protección de sus intereses y derechos¹⁸.

Asimismo, en lo que respecta a la Superintendencia de Seguros de la Nación, se han dictado resoluciones tales como la N° 35.840 sobre orientación y asistencia al asegurado, la cual da lugar a la creación del Departamento de Orientación y Asistencia al Asegurado —DOAA— cuyo finalidad y objeto especializado es, sin perjuicio de la competencias de las distintas áreas de la misma, la tutela, promoción y defensa de los derechos de los asegurados, cumplir con todas las misiones y funciones previstas en dicha resolución y demás normas reglamentarias que en su consecuencia se dicten.

Sin embargo, más allá de que la legislación de Seguros contempla algunas normas protectorias de los asegurados consumidores, las mismas no son suficientes para su correcta protección y se torna imprescindible su coordinación dialógica con toda la normativa consumeril, es decir con la CN, los TTDH°, la LDC y el CCyC.

El Derecho del Consumidor nace como consecuencia de la necesidad de protección de la parte más débil de la contratación, ya que resultaba insuficiente la normativa de derecho común existente. Tal es su importancia que esta materia ha adquirido carácter constitucional y convencional a través de los arts. 42, 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional modificada en el año 1994.

¹⁸ LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M. “La Adecuada protección de los Asegurados. La Resolución 35.860 S.S.N.” LA LEY 23/08/2011.

El contrato de seguro constituye por antonomasia un típico contrato de consumo celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas por la aseguradora (cfr. arts. 984 a 989 del CCyC) siempre que el asegurado sea un consumidor en los términos de los arts. 1 de la LDC y 1092 del CCyC, [no así cuando el asegurado no resulte consumidor, no lo celebre como destinatario final, sea una empresa –aunque sea una PYME– o se contrate la póliza con relación a un interés asegurable sobre bienes que integran el proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros¹⁹, es decir, sobre su objeto comercial], de hecho nació como contrato de adhesión siendo uno de los primeros de su clase²⁰ ya que su contenido (póliza) es predispuesto en forma anticipada, estandarizada y unilateralmente por el asegurador, a través de condiciones generales uniformes, aplicables a todos los contratos de la misma clase de seguros quedando la opción para el asegurado entre adherir en bloque a las condiciones generales de la póliza o no adherirse al contrato.

En cuanto a la aplicación de la normativa consumerista a los contratos de seguros, en los autos “Álvarez Carlos Luis c/ Aseguradora Federal Argentina S.A. s/ ordinario”, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sostuvo que

“Es aplicable la Ley N° 24.240 al contrato de seguro y ello en grado de evidencia, como se infiere del hecho de que en tal contrato concurren los extremos tenidos en cuenta por el legislador a efectos de calificar una relación como relación de consumo y no existe en esa ley ninguna excepción que deje al margen de su aplicación a este convenio”²¹.

Asimismo, consideró que

¹⁹ COMPIANI, Fabiana, Capítulo “EL CONTRATO DE SEGURO Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR”, en la obra colectiva de PICASSO, Sebastián y VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto, Directores “Ley de Defensa Del Consumidor Comentada y Anotada” La Ley, Tomo II, La Ley, Bs. As. 2009, pág. 464.

²⁰ STIGLITZ, Rubén; “Derecho de Seguros”, Tomo II, parágrafo N° 377, donde cita a DONATTI quien explica que la primera póliza de seguros que se conoce es del año 1347; Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 419.

²¹ Expediente caratulado “Álvarez Carlos Luis c/ Aseguradora Federal Argentina S.A. s/ ordinario”. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala/Juzgado: C Fecha: 22/08/2012. Cita: MJ-JU-M-75191-AR | MJJ75191 | MJJ75191.

“Si bien autorizada doctrina ha negado la viabilidad de aplicar la ley de Defensa del Consumidor en este ámbito del seguro; y más allá de que esa doctrina se encuentra hoy ampliamente superada entre nuestros autores, lo cierto es que, de todos modos, no se advierten razones que la justifiquen pues la aplicación de aquel ordenamiento legal se encuentra subordinada a la concurrencia de un solo presupuesto, cual es que se verifique lo que esa misma ley denomina relación de consumo (art. 3), y a estos efectos, sólo es necesaria la intervención de sujetos que revistan las calidades de consumidor y proveedor en los términos de los arts. 1 y 2 de ese mismo cuerpo legal; normas que, superando la tradicional división entre el ámbito contractual y el extracontractual, denotan que al legislador sólo le ha importado proteger a quien –aun sin haber contratado–, asuma el rol de consumidor final del bien o servicio prestado”.

Es decir que, verificadas las calidades personales de los partícipes en el contrato, el contenido del mismo pasa a un segundo plano, pudiendo afirmarse como principio que, cualquiera que éste sea, habrá relación de consumo cada vez que se verifique la presencia de un consumidor final de bienes o servicios prestados por un proveedor en aquellos términos.

Finalmente, la Cámara asevera que el derecho del consumidor atraviesa de manera transversal prácticamente todo el universo de los contratos, resultando incalculable la cantidad de acuerdos que pueden revestir o no tal carácter, según se configuren o no los referidos presupuestos.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza en autos “Lavarello María Antonieta C/Caja de Seguros S.A.”, también dispuso que

“El contrato de seguro es un ‘contrato de consumo’ por lo que se aplica la Ley de Defensa del Consumidor que constituye un derecho ius fundamental operativo, cuyo microsistema protectivo es ‘autónomo’ (art. 3 LDC) y de ‘orden público’ (art. 65 LDC); que en la escala jerárquica se aplica el art. 42 CN, norma consumerista (Ley N° 24.240 y Ref.) y después – siempre que no se contradiga

con las normas anteriores que son jerárquicamente superiores – se aplica el Código Civil, Código de Comercio, Ley de Seguros, etc.”²²

Así se sostuvo que resulta plenamente de aplicación lo normado por el art. 1 de la Ley N° 24.240 ya que el tomador actúa como un simple intermediario de los intereses de las partes y, el asegurado, adquiere un servicio cual es el seguro, de una empresa dedicada a tal fin de modo tal que se encuentra comprendida en las previsiones del art. 2 de la citada norma legal.

La Corte explica que “La especial característica de ley de orden público que detenta la LDC encuentra su fundamento, no sólo en su propio texto (art. 65) sino en la base constitucional de la que nace, esto es del art. 42 de la Constitución Nacional”.

Por otro lado, asevera la Corte que el art. 42 de la Constitución Nacional ha dado rango constitucional a los derechos de usuarios y consumidores. En función de esta realidad, se ha destacado que existe un “Derecho Civil Constitucional” y los autores se inclinan por sostener que las disposiciones constitucionales son verdaderas normas de Derecho Privado, aunque su continente sea la Constitución²³.

La Ley de Defensa del Consumidor en su art. 3 despeja toda duda en torno a la normativa que debe prevalecer cuando estamos frente a un acto jurídico de consumo al que le es aplicable más de una norma:

“Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”;

²² Expediente caratulado “Lavarello, María Antonieta c/ Caja de Seguros S.A. p/ Cuestiones Derivadas de contrato de Seguro” S/ CAS. Fecha: 23/03/2012 – Tribunal: Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Sala N° 1.

²³ CROVI, Luis Daniel “El contrato de consumo: influencia de su actual regulación en los contratos civiles y comerciales”, RDPyC, 2009-1, pág. 423.

reglamentando junto con el art. 37 de la LDC y los arts. 1094 y 1095 del CCyC en nuestro ordenamiento normativo interno específicamente los principios pro consumidor y de prevalencia normativa del régimen legal más favorable para el consumidor que no es ni más ni menos que la aplicación del principio pro homine o favor persona que fue definido como

“un postulado en materia de derechos humanos que contiene una vertiente interpretativa y una vertiente normativa, permitiendo delimitar los derechos y resolver conflictos normativos sobre derechos. Dicho postulado tiene una consagración de derecho positivo en el derecho internacional de los derechos humanos, al incorporarse válidamente dichos tratados al derecho interno, se genera la obligación jurídica de su aplicación igualmente en el derecho nacional en el análisis de derechos fundamentales”²⁴,

en el mismo sentido Rodolfo Piza Escalante sostuvo, como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el “principio pro homine constituye un criterio fundamental que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen”²⁵. En la misma perspectiva, Mónica Pinto, señala que

“el principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre, por lo que en caso de duda, debe op-

²⁴ Nogueira Alcalá, Humberto “El Principio Pro Homine o Favor Persona en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno como regla de Interpretación y Regla de Preferencia Normativa”, pág. 5.

²⁵ Piza Escalante, Rodolfo. (1986), en su Opinión separada en Corte IDH. Opinión Consultiva OC 7/86. Exigibilidad de derecho de rectificación o respuesta, 29 de agosto de 1986.

tarse claramente por la interpretación que mejor proteja, asegure y garantice los derechos humanos en su conjunto, en una estructura coherente a la luz de los valores que los informan”²⁶,

que encuentra reconocimiento normativo en el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y en el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los que integran el selecto grupo de Convenios Internacionales con Jerarquía Constitucional previstos en el art. 75 inciso 22 de la CN.

De aquí se infiere que el Derecho del Consumidor constituye un micro sistema que debe integrarse con el resto del ordenamiento jurídico, prevaleciendo siempre la normativa más favorable a la parte más débil de la contratación.

En el caso antes citado, en relación al art. 3 de la Ley N° 24.240, la Justicia de Mendoza sostuvo que

“La primera regla que establece el texto se refiere a la aplicación de la ley y señala que debe efectuársela de modo integrado con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo. No dice que se integra con otras leyes, sino con las vinculadas al consumidor, con lo cual se reconoce la autonomía del microsistema. Esta regla es correcta porque la fuente constitucional confiere al Derecho de los consumidores el carácter iusfundamental, lo que significa que el sistema de solución de conflictos normativos no está guiado por las reglas de las antinomias legales tradicionales. Por ello no es lícito fundar la prevalencia de una ley en la circunstancia de que sea anterior, o especial, como se ha notado en numerosos casos”.

²⁶ Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos” [on line]. Archivo electrónico en la página del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo – Oficina en Venezuela. Disponible en la World Wide Web: http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/d_ata/300/332j.htm. Ver Pinto, Mónica. 1997. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (Comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Ed. CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, pág. 15.

En conclusión, el contrato de Seguros es un contrato de consumo y una relación de consumo cuando en ocasiones no existe contrato [por ejemplo la víctima de siniestro que no contrata con la aseguradora de su dañador tiene una relación de consumo respecto de esa aseguradora²⁷], al cual le es plenamente aplicable el Estatuto Consumeril²⁸ prevaleciendo siempre y en todos los casos, la norma que sea más favorable para el consumidor.

Incluso la propia autoridad de contralor de las aseguradoras (la Superintendencia de Seguros de la Nación, S.S.N.) ordenó a través de su importante Resolución N° 35.614/11 (t.o.), en su art. primero que todas las pólizas deben respetar y tener coherencia con la Ley N° 24.240 (t.o.), con lo cual reconoce que el contrato de seguro es una relación de consumo al cual se le aplica la Ley N° 24.240 (t.o.), la CN, los Tratados de derechos Humanos y el CCyC con todo vigor.

II. El art. 46 de la Ley N° 17.418 y su breve plazo

El art. 46 de la Ley de Seguros establece que

“El tomador, o derechohabiente en su caso, comunicará al asegurador el acaecimiento del siniestro dentro de los tres días de conocerlo. El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si interviene en el mismo plazo en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro o del daño”.

²⁷ En ese sentido coincidimos con las enseñanzas del maestro especializado en seguros, el profesor WALDO SOBRINO en su libro “SEGUROS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales”, Capítulo VIII “LAS VÍCTIMAS DE SINIESTROS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016, pág. 381 a 442, reiterando y ampliando su doctrina esbozada en su maravillosa obra anterior “CONSUMIDORES DE SEGUROS”, Acápite II.4.6. “La ampliación de los Consumidores de Seguros”, en especial, el acápite II.4.6.1. “Las Víctimas en particular”, Editorial La Ley, noviembre de 2009, pág. 157.

²⁸ Que funciona como piso mínimo de protección inderogable de orden público (cfr. Arts. 12 del CCyC y 65 LDC) de modo tal que cualquier legislación específica que regula la actividad del proveedor por ejemplo ley de tarjetas de crédito N° 25.065 (también LTC), Ley de seguros N° 17.418 (en adelante LS), Código Aeronáutico Ley N° 17.285 (seguidamente C.A.), Ley de navegación marítima N° 20.094 (de ahora en más LN), Ley de obra sociales N° 23.660 (también LOS), Ley de medicina prepa N° 26.682 (seguidamente LMP), etc., se aplicará al caso concreto únicamente si no contraría las normas y principios del Estatuto Consumeril tal como lo imponen los artículos 3 y 37 de la LDC y los artículos 1094 y 1095 del CCyC que ordenan la hermética [no es facultativo para los jueces, sino imperativo] de aplicar siempre en todos los litigios a resolver la normativa más favorable al consumidor (principio pro consumatore).

Asimismo, el art. 47 de este cuerpo legal, establece que el asegurado pierde el derecho a ser indemnizado, en el supuesto de incumplimiento de la carga prevista en el párrafo 1º del art. 46, salvo que acredite caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia.

La doctrina especializada tiene dicho que la carga impuesta por el art. 46 de la Ley N° 17.418 no tiene por objeto evitar perjuicios al asegurador sino ponerlo en condiciones de verificar las circunstancias en que se produjo el siniestro y poder adoptar medidas preventivas tendientes a evitar fraudes²⁹.

En suma, la importancia de la denuncia radica en que pueden existir supuestos en que el asegurado crea que se ha producido el siniestro como evento dañoso y, por el contrario, casos en que puede existir un siniestro que no sea valorado como tal. La carga legal queda ejecutada con la denuncia de su acacimiento aun cuando luego se verifique que el evento no importa técnicamente un siniestro, ya que sólo lo es el acontecimiento que, previsto en el contrato, haya causado un daño patrimonial al asegurado individualizado como riesgo contractual. Por otra parte, muchas veces una demora en verificar las condiciones denunciadas, puede determinar que se pierda contacto con muchas circunstancias o hechos que servirían a una exacta comprobación o que desaparezcan las pruebas necesarias³⁰.

En efecto, el titular pasivo de la carga puede excusar su demora invocando y acreditando el caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia.

En los Autos “Silva, Juan D. c/ Lefa, Coop. de Seguro Ltda.”, la Segunda Instancia sostuvo que el asegurado que efectúa la denuncia tardía del siniestro, pierde el derecho a ser indemnizado, pudiendo eximirse de dicha sanción, si acredita que el incumplimiento obedeció a un caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia. Respecto del caso fortuito y la fuerza mayor, la interpretación deberá ser restrictiva, debiendo caracterizarse por ser imprevisible, inevitable, ajeno al presunto responsable, ser posterior al nacimiento de la obligación y suponer un obstáculo invencible, como para que funcionen como eximentes. En cambio, en el caso de la imposibilidad de hecho sin culpa o negligencia, la interpretación es más amplia³¹.

²⁹ STIGLITZ, Rubén, “Derecho de Seguros”, Tomo II, segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As, 2001, págs. 89/140.

³⁰ Expediente caratulado “Saucedo c/ Caja de Seguros S.A...”, CNCom., Sala A, 19/07/07.

³¹ Expediente caratulado “Silva, Juan D. c/Lefa, Coop. de Seguro Ltda.”, C.N.Com., Sala E,

Por otro lado, en el caso “Battistin, Ángel Ricardo C/Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S.A. S/ordinario” la aseguradora también se agravió debido a que consideraba extemporaneidad de la denuncia del siniestro. La Cámara considero que el principio general contenido en el art. 47 de la Ley N° 17.418 consiste en que, si el acaecimiento del siniestro no es comunicado al asegurador dentro del plazo estipulado por el art. 46, caducan los derechos del tomador, asegurado o derechohabiente, en su caso. Tal carga no tiene por objeto evitar perjuicios al asegurador sino ponerlo en condiciones de verificar las circunstancias en que se produjo, adoptando medidas preventivas tendientes a evitar fraudes, etc.³².

Por lo tanto, podemos afirmar que un sector de la jurisprudencia tiene resuelto que, en caso de denuncia tardía del siniestro, expirado el perentorio plazo de 3 días (que son días corridos conforme art. 6 del CCyC), el asegurador no tendrá que acreditar culpa o negligencia del asegurado; pues le bastará con probar que la denuncia se hizo vencido el plazo estipulado, siendo necesario que manifieste expresamente su voluntad de no querer hacerse cargo del siniestro.

III. Flexibilización del Art. 46 de la ley de Seguros a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor y los nuevos principios de derecho en el ámbito consumeril: i) El derecho NO se presume conocido por el consumidor y ii) No hay des-obligación sin causa

Todo lo expuesto anteriormente lleva a plantear si el breve y estricto plazo de 3 días corridos (cfr. art. 6 CCyC) que fija el Art. 46 de la Ley N° 17.418 no ha de resultar injusto y abusivo a la luz la normativa de Protección y Defensa de los consumidores, pues obliga al consumidor de seguros, víctima de un siniestro a informar la ocurrencia del mismo en tal breve plazo perentorio bajo apercibimiento de perder totalmente su derecho a contar con la cobertura comprometida.

Esta normativa no resulta coherente con el Art. 42 de la Constitución Nacional el cual establece la obligatoriedad de proteger los derechos de los usuarios y consumidores en general y, en particular, la obligatoriedad de velar por la seguridad económica del consumidor o usuario.

25/03/1988.

³² Expediente caratulado “Battistin, Ángel Ricardo C/Comercio Compañía de Seguros a Prima Fija S.A. S/ordinario “19/04/2011 – CNCom. – Sala F.

Generalmente las personas víctimas de siniestros tardan algunos días más en recomponerse, y a veces la falta de denuncia no ha obedecido a un caso fortuito, fuerza mayor o imposibilidad de hecho. Y, frente a la imposibilidad de justificar dicho incumplimiento, los asegurados pierden su derecho.

La Ley de Defensa del Consumidor introduce en nuestro ordenamiento jurídico nuevos principios rectores de los contratos [y de las relaciones de consumo], los cuales, conforme lo ha establecido la jurisprudencia y la doctrina, son plenamente aplicables a los contratos de seguros. Estos principios adquieren un rango constitucional, lo cual nos lleva a replantearnos si aquellas instituciones ampliamente aceptadas años atrás, antes de la reforma constitucional de 1994, como ser la Ley de Seguros, hoy pueden continuar siendo aplicadas sin objeción alguna.

Sostiene Lorenzetti que

“El principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamenta el derecho del consumidor. En los casos que presentan colisión de normas, es importante tener en cuenta que no es la ley, sino la Constitución Nacional, la que es fuente principal del Derecho Consumerista. Se trata de uno de los denominados ‘derechos civiles constitucionalizados’, que tienen una historia de ascensos en el sistema de fuentes del derecho: nacen de las luchas sociales, ingresan por los umbrales normativos que son las decisiones jurisprudenciales aisladas, luego vienen las leyes especiales, los tratados, en algunos casos son reconocidos en el Código Civil y en la Constitución. De esta fuente surgen rangos normativos, en especial, su operatividad. La interpretación dominante es que no es necesaria una ley que reglamente el derecho para poder invocar su aplicación al caso concreto. En este sentido se ha dicho que la norma del art. 42 de la CN pone en cabeza de los consumidores y usuarios derechos plenos, los cuales son operativos sin necesidad de que se dicte una ley que los instrumente, lo que significa que el juez puede aplicarlos en el caso concreto y que su eficacia no está condicionada. En este sentido, el Derecho de los consumidores es un microsistema legal de protección que gira dentro del sistema del Derecho Privado, con base en el Derecho Constitucional. Por

lo tanto, las soluciones deben buscarse en primer lugar dentro del propio sistema y no por recurrencia a la analogía, ya que lo propio de un microsistema es su carácter autónomo y aún derogatorio de norma generales.

El microsistema está compuesto por las siguientes normas:

- La norma constitucional que reconoce la protección del consumidor y sus derechos;
- los principios jurídicos y valores del ordenamiento, ya que el microsistema es de carácter 'principiológico', es decir, tiene sus propios principios y por esta razón es que la Ley N° 26.361 señala que debe prevalecer la interpretación de los principios favorables al consumidor (art. 3^a);
- las normas legales infraconstitucionales, sea que exista un Código como en el caso de Brasil, o un 'estatuto del consumidor', compuesto por normas dispersas, como ocurre en el caso argentino; el elemento activante es la relación de consumo, es decir, que siempre que exista una relación de este tipo se aplica el microsistema"³³.

De esta forma el Sistema consumerista, tiene tres pilares básicos y fundamentales: (i) las normas constitucionales y convencionales [Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional] (arts. 42, 43 y 75 inciso de la CN); (ii) los principios específicos consumeristas; (iii) las normas legales infraconstitucionales (Ley N° 24.240, Ley N° 24.999; Ley N° 26.361, Ley N° 26.994, etc.) como el Código Civil y Comercial. Luego, en forma supletoria y complementaria se debe aplicar la Ley de Seguros en todo lo que no contraríe ni restrinja los derechos reconocidos en el Estatuto Consumeril.

En conclusión, la sanción impuesta al consumidor de Seguros por el art. 46 de la LS, resulta sumamente grave, excesiva, injusta e inequitativa. Si bien la falta de denuncia en tiempo y forma puede provocar daños al Asegurador, de ninguna manera aquello tendría que provocar la caducidad del derecho del asegurado, afectándolo gravemente en su aspecto económico y dejándolo sin

³³ LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores" 2^a edición actualizada, Año 2009, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 45.

cobertura a pesar de haber cumplido periódicamente con el pago de las primas del seguro.

Si bien el art. 46 de la LS es bastante tajante en este aspecto, hoy en día no pueden los contratos de seguros interpretarse y regirse solamente por normativas sancionadas en otras realidades económicas, sociales y culturales de nuestro país.

El maestro y siempre vanguardista Waldo Sobrino sostiene que todas las leyes dictadas con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1994, deben ser sometidas a un “Test de Constitucionalidad” y convencionalidad agregamos nosotros, para analizar si se encuentran en consonancia, con las nuevas mandas constitucionales y de los Tratados de Derechos Humanos. Y, opina que, en el caso particular de la Ley de Seguros, cuando la sometemos a dicho ‘test de constitucionalidad’, a través del paradigma de la normativa consumerista, se desprende claramente que existen varias normas que conculcan las mandas del Art. 42 de la Constitución Nacional y las pautas de las Leyes N° 24.240; N° 24.449; N° 24.999; N° 26.361; etc.³⁴.

En el actual contexto económico, social y cultural en que vivimos, el consumidor adquiere un rol fundamental en nuestro derecho y nuestra sociedad. Imponer sobre la parte débil del contrato, quien desconoce la dinámica propia del seguro (porque desconoce el derecho), una carga tan rigurosa como esta, implica desempoderar al usuario, debilitarlo y acentuar su desventaja económica, informativa, jurídica y técnica en la contratación.

Entonces si el consumidor desconoce el derecho o mejor dicho ignora sus derechos, ¿cómo conciliamos esa realidad fáctica con la ficción legal impuesta por el principio de que el derecho se presume conocido? Principio que a su vez tiene fundamento legal expreso en el art. 8 del CCyC.

Es que en la facultad de derecho siempre se enseñó (y lo que es peor, lo siguen enseñando), que el derecho se presume conocido [incluso por los consumidores] porque promueve la seguridad jurídica del sistema normativo [lamentablemente, tanto los alumnos, profesores y abogados egresados incluso de doctorados lo repiten automática e irreflexivamente], ahora bien, nosotros preguntamos ¿ese principio [ficción legal] promueve la seguridad jurídica del proveedor o la del consumidor? o de otro modo ¿ese principio no profundiza

³⁴ SOBRINO, Waldo Augusto. “Las modificaciones a la Ley de Seguros por aplicación de la normativa consumerista Art. 42 de la Carta Magna: Leyes 24.240”, octubre de 2010. Infojus: DACC100074.

aún más la asimetría legal, técnica, informativa y económica del consumidor en relación al proveedor de bienes y servicios?, si la respuesta es afirmativa entonces habrá que reformular ese principio (que se funda en una ficción legal opuesta a la realidad) pero si la respuesta es negativa la asimetría jurídica/técnica/informativa del consumidor se mantendrá inalterable. Advierta el lector que en este caso la respuesta es binaria, por sí o por no, o profundiza la asimetría o no la profundiza. Seguramente, a esta altura del ensayo, nuestro paciente lector habrá acertado en el nuevo principio que pregonamos en este trabajo, en consecuencia, si el principio de que el derecho se presume conocido por el consumidor profundiza la asimetría legal, técnica, informativa y económica en relación al proveedor, quiere decir que la única forma legal de intentar equipararla es mediante la formulación del principio de que EL DERECHO NO SE PRESUME CONOCIDO POR EL CONSUMIDOR³⁵, tal como lo afirmara, con la agudeza intelectual que lo caracteriza, el vanguardista y querido maestro y amigo Waldo Sobrino³⁶.

Es que si continuamos aplicando el principio de que el derecho se presume conocido por el consumidor, caemos en el siguiente absurdo: estamos exigiéndole al consumidor [no sólo los legos en derecho, sino, incluso los abogados y jueces que cada uno se dedica a su especialidad, ignorando en profundidad las otras ramas de derecho] que sepan las más de 27.000 normas con todos sus decretos reglamentarios, resoluciones de las entidades administrativas, circulares del B.C.R.A., códigos de fondo, códigos procesales. Es que ese absurdo jurídico (basado en una ficción legal) se evidencia aún más cuando el consumidor es un hipervulnerable³⁷, hipoconsumidor, subconsumidor³⁸ o consumidor especialmente vulnerable³⁹ como los menores de edad, los ancianos, los enfermos graves,

³⁵ Dada la trascendencia de ese principio que será objeto de un trabajo específico dedicado a su exclusivo tratamiento, en este espacio sólo desarrollaremos incipientemente lo necesario para la interpretación propuesta en el objeto de esta publicación.

³⁶ SOBRINO, Waldo; "SEGUROS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales", Capítulo IV "LOS NUEVOS PRINCIPIOS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL", acápite IV.1) "PRIMER PRINCIPIO: EL DERECHO NO SE PRESUME CONOCIDO POR LOS CONSUMIDORES" Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016, pág. 223 a 233.

³⁷ ARIAS, María Paula y URRUTIA, Liliana Aída Beatriz "Protección Jurídica de los Subconsumidores. Consumidores especialmente vulnerables (con referencias al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)", editorial Juris, 2017, pág. 39.

³⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, "Consumidores. Subconsumidores. Consumidores especiales", segunda edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pág. 101.

³⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "El Consumidor. Concepto. Modificaciones introducidas a la Ley N° 26.361", en Temas de Derecho de Consumo (VII Jornadas Internacionales de Relaciones

las personas en situación de urgencia, las personas con discapacidad, los analfabetos (incluso los analfabetos tecnológicos)⁴⁰. Es ridículo que se le exija a un jubilado lego en derecho (que quizás no terminó la escuela secundaria) que sepa la carga legal impuesta unilateralmente en la póliza de seguros de denunciar en 72 horas el siniestro bajo apercibimiento de la caducidad de sus derechos, ¿tiene esto sentido común? ¿es razonable esa exigencia?, obviamente que la respuesta negativa se impone.

Y no se diga que el consumidor de seguros está debidamente informado cuando se le entrega la copia de la póliza que tiene más de 15 páginas, inentendibles para el ciudadano común, discriminadas en condiciones generales y particulares (en el que unas modifican a las otras) porque la realidad es que ningún consumidor las lee y si lo hiciera, difícilmente comprendería la diferencia entre caducidades convencionales y exclusiones de cobertura, sobreseguro, infraseguro, cargas legales, citación en garantía, y muchas otras cuestiones técnicas del seguro, de hecho muchos abogados no especializados en seguros no conocen esas definiciones ni particularidades del seguro, es decir que la carga de denunciar el siniestro en 72 horas debe ser informada específicamente en un texto destacado con una letra de mayor tamaño y diferente color que el resto de la póliza, ubicado en la primer página o en el certificado de cobertura cuando menos, ya que el art. 4 de la LDC y el art. 1100 del CCyC ordenan que la información debe ser proporcionada con la claridad necesaria que permita la comprensión del consumidor asegurado, es decir, que habrá que analizar en el caso concreto si esa claridad exigida por la norma se cumplió de acuerdo a las circunstancias personales de cada consumidor, lo que difícilmente se logre con la entrega de la póliza estandarizada en las cláusulas uniformes.

En ese sentido la doctrina especializada enseña

“Pero además de los alcances de esta obligación del proveedor, se encuentra la forma en que debe ser cumplimentada, siendo que el Código exige una ‘claridad necesaria que permita su comprensión’. Vale la pena aclarar que el alcance y contenido de la información debida al consumidor debe siempre modularse sobre la

de Consumo: a Diez años de la Ley N° 17.250), acápite 3, “Consumidores especialmente vulnerables”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, pág. 16.

⁴⁰ SOBRINO, Waldo, “Internet y Alta tecnología en el Derecho de Daños”, ‘Los hipoconsumidores tecnológicos y los analfabetos funcionales de Internet’, Universidad, Buenos Aires, 2003, pág. 63.

base del consumidor concreto que participa en la relación o contrato de consumo y, además, con especial consideración a la naturaleza y finalidad del contrato (arg. arts. 281 y 1065). Son éstos, parámetros de los que no se puede prescindir para determinar el contenido y la modalidad del deber de información al consumidor. En efecto, el cumplimiento del deber no se satisface con una mera comunicación de datos, sino que implica el empleo de una modalidad con una razonable aptitud para que la información transmitida sea comprendida por el destinatario, o sea, como dice el precepto que se comenta, proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión⁴¹.

Ahora bien, decíamos que el art. 8 del CCyC cobija el principio inverso al propuesto en este trabajo, es decir, ampara la ficción legal de que el derecho se presume conocido, sin embargo, esa misma norma, nos brinda la “válvula de escape” de esa injusta e inequitativa ficción legal cuando dice “Principio de inexcusabilidad. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico” (énfasis agregado), razón por la cual, la excepción, que a decir verdad en las relaciones de consumo es la regla que difícilmente reconozca excepciones⁴², la autoriza el propio ordenamiento jurídico en las amplias pautas del deber de información, la buena fe, la finalidad tuitiva del Estatuto Consumeril, los principios y valores jurídicos [por ej. orden público consumeril, justicia, equidad, abuso de derecho y de posición dominante, primacía de la realidad sobre las ficciones legales, etc.], la dignidad del consumidor, intereses económicos del consumidor, las expectativas razonables del consumidor y la doctrina de los actos propios, reconocidos en los arts. 42, 43 y 75 inciso 22 de la CN, arts. 4, 34, 65 de la LDC y los arts. 1, 2, 9, 10, 11, 12, 13, 729, 961, 991, 1061, 1067, 1092, 1094, 1095, 1097, 1100, 1110, 1111 del CCyC.

Es que el art. 42 de la CN le reconoce al consumidor en la relación de consumo el derecho a la información adecuada y veraz (entre otros) para intentar disminuir la asimetría técnica, económica, informativa, fáctica y legal en relación

⁴¹ LORENZETTI, Ricardo Luis, Director; Coordinadores, DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo V, pág. 353, comentario a los artículos 873 y 874 de WAJNTRAUB, Javier, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

⁴² Salvo algún “caso de biblioteca”, basado nuevamente en una ficción legal.

al proveedor, por eso la norma constitucional presume (basado en la realidad, consagrando el principio de la primacía fáctica o verdad material por sobre las ficciones legales) que el consumidor no conoce el derecho aplicable a la relación de consumo en la cual se encuentra inmerso, lo que implica la consagración constitucional del siguiente principio: El derecho NO se presume conocido por los consumidores, por lo tanto, los proveedores de bienes y servicios [incluidas las aseguradoras] tienen el deber de informar [además de las características de los bienes y servicios comercializados] la normativa aplicable (tanto general como especial), bajo apercibimiento de que las leyes (sean derechos, cargas u obligaciones) no informadas al consumidor le serán inoponibles en tanto y en cuanto le restrinjan derechos o impliquen la caducidad de derechos que le concedía el ordenamiento jurídico que no le fue informado, es decir en todo aquello que pueda perjudicar al consumidor⁴³.

De ello se colige fácilmente que, si la aseguradora no le informó al consumidor que dispone de tres días corridos para hacer la denuncia de siniestro (arts. 6 CCyC y 46 LS), no puede luego, válidamente oponer la caducidad de derechos o declinar la cobertura (art. 47 LS) comprometida en la póliza al consumidor de seguros.

Esto es una aplicación concreta del principio de confianza, las expectativas razonables del consumidor y de la doctrina de los actos propios reconocida en el art. 1067 del CCyC ya que si la aseguradora no informó la carga legal de denunciar el siniestro en 72 horas corridas, es evidente que precluye la oportunidad de hacerlo y en consecuencia no está considerando trascendente para el seguro el cumplimiento de esa carga legal, por lo tanto, por aplicación del débito informativo del derecho desconocido por el consumidor (cfr. arts. 42 CN, 4, 34 y 37 LDC, 1100, 1111 del CCyC), todo aquello que no fuera informado previamente (incluyendo la normativa aplicable) por la aseguradora al consumidor, por el principio de buena fe (arts. 9, 729, 961, 991, 1061 del CCyC), por la aplicación de los actos propios, la protección de la confianza, las expectativas razonables del consumidor (art. 1067 del CCyC) y lo establecido por el art. 42 de la CN, no podrá ser invocado por la aseguradora frente al consumidor de seguros durante

⁴³ SOBRINO, Waldo; "SEGUROS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales", Capítulo IV "LOS NUEVOS PRINCIPIOS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL", acápite IV.1) "PRIMER PRINCIPIO: EL DERECHO NO SE PRESUME CONOCIDO POR LOS CONSUMIDORES" Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016, pág. 230 a 233.

la vigencia del contrato o al momento de la liquidación de un siniestro, en todo aquello que pueda perjudicar al consumidor⁴⁴.

La claridad del art. 1067 del Código Civil y Comercial es indudable cuando ordena “Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”, la doctrina glosando la norma ilustra

“Al respecto existe consenso en entender a la confianza como la exigencia que se impone a ‘todo aquel que con sus conductas o sus manifestaciones de voluntad, suscite en otro una razonable creencia con respecto a ellas’, estando ‘obligado a no defraudar esa expectativa’. Se insiste en que no se trata de honrar cualquier expectativa, sino aquella que sea objetivamente justificada conforme los antecedentes generados. Aplicando el estándar en la interpretación del contrato, el intérprete deberá apreciar la intención común de voluntad de acuerdo al sentido que ‘razonablemente’ pudieron haberle conferido. Aquí se observa el punto inevitable de contacto con la buena fe del art. 1061. Ello explica el porqué de la referencia efectuada en el texto en orden a que la interpretación debe proteger la lealtad que las partes se deben recíprocamente”⁴⁵,

en ese sentido la jurisprudencia de la CSJN reconoce esa doctrina cuando afirma

“Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior”⁴⁶.

Es que el débito informativo que recae en cabeza del proveedor se encuentra potenciado por el art. 4 de la LDC y el art. 1100 del CCyC, ya que el primero impone la obligación de informar “las condiciones de comercialización” (ha-

⁴⁴ Ibid., pág. 232 y 233.

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, Director; Coordinadores, DE LORENZO Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo IV, pág. 134, comentario al artículo 1067 de HERNÁNDEZ, Carlos A., Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

⁴⁶ Autos “Zarrillo, Osvaldo vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, de fecha 11/10/2005.

ciendo alusión claramente al derecho) mientras que el art. 1100 del CCyC además de las “condiciones de comercialización” impone la obligación de informar toda otra CIRCUNSTANCIA RELEVANTE, entonces claramente debemos definir qué significa circunstancia relevante, o dicho de otra manera, ¿es una circunstancia relevante la normativa aplicable?, obviamente que lo es, motivo por el cual, el proveedor dentro de las “circunstancias relevantes” debe informar el derecho aplicable a esa relación de consumo⁴⁷ bajo apercibimiento de que las leyes (sean derechos, obligaciones y/o cargas legales) no informadas al consumidor le serán inoponibles en tanto y en cuanto le restrinjan derechos o impliquen la caducidad de derechos que le concedía el ordenamiento jurídico que no le fue informado, es decir en todo aquello que pueda perjudicar al consumidor. El derecho a la información es esencial en la relación de consumo, por ello, la doctrina especializada indica que

“El deber de información es la columna vertebral del Derecho del Consumidor, ya que sólo sobre esa base el destinatario final puede tomar su decisión de contratar, al no participar de ningún aspecto de la concepción y puesta en el mercado de los bienes y servicios. El consumidor tiene en su falta de conocimiento uno de los aspectos más vulnerables por lo que las relaciones entre profesionales y consumidores entrañan un desequilibrio que suele generar inequidad y dado que no es una situación que haya de resolverse por sí sola, corresponde la intervención del Estado para que ello no suceda. Lo efectivo en el plano socioeconómico sería que el consumidor esté adecuadamente informado al celebrar un contrato, superando la ‘brecha informativa’, a lo que podemos agregar desde el punto de vista normativo que el deber de información “es el deber jurídico obligacional, de causa diversa, que incumbe al poseedor de la información vinculada con una relación jurídica o con la cosa involucrada en la prestación, o atinente a actividades susceptibles de causar daños a terceros o a uno de los contratantes, derivados de dicha información, y cuyo contenido es el de poner en conocimiento de la otra parte una cantidad de datos suficientes como para evitar los daños o inferioridad negocial que pueda ge-

⁴⁷ Ibid., pág. 230.

nerarse en la otra parte si no son suministrados. Esta obligación a cargo del proveedor adquiere, en materia de defensa del consumidor, el rango de derecho fundamental reconocido expresamente en el art. 42 de la Constitución Nacional, en tanto constituye un trascendental instrumento tendiente a conjurar la superioridad económica-jurídica que suelen detentar los proveedores⁴⁸.

Es que un sistema normativo puede ser el más avanzado del mundo, pero será siempre ineficaz si los consumidores no conocen sus derechos porque esa es la única manera en la que pueden ejercerlos, nadie reclamará derechos que no sabe que le reconoce el ordenamiento jurídico, por ello, en el débito informativo es obligación de los proveedores de bienes y servicios informar claramente el derecho aplicable. Prueba de ello son los arts. 34 de la LDC reformado por la Ley N° 26.361 y el art. 1111 del CCyC, así el primero de ellos dispone

“Revocación de aceptación. En los casos previstos en los arts. 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último⁴⁹ (énfasis agregado),

a su turno el art. 1111 del CCyC con mejor técnica legislativa ordena

⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, Director; Coordinadores, DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo V, pág. 353, comentario a los artículos 873 y 874 de WAJNTRAUB, Javier, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015.

⁴⁹ Ver la aseguradora IÚNIGO ARGENTINA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA que comercializa seguros mediante su sitio web en www.iunigo.com.ar.

“Deber de informar el derecho a la revocación. El proveedor debe informar al consumidor sobre la facultad de revocación mediante su inclusión en caracteres destacados en todo documento que presenta al consumidor en la etapa de negociaciones o en el documento que instrumenta el contrato concluido, ubicada como disposición inmediatamente anterior a la firma del consumidor o usuario. El derecho de revocación no se extingue si el consumidor no ha sido informado debidamente sobre su derecho”,

advierta el lector que ambas normas transcriptas son claros ejemplos normativos del reconocimiento del principio referido a que el DERECHO NO SE PRESUME CONOCIDO POR EL CONSUMIDOR por ello le impone al proveedor de bienes y servicios la obligación de informar el derecho revocatorio bajo apercibimiento de la inalterabilidad de ese derecho en beneficio del consumidor.

Incluso en el derecho comparado se reconoce ese principio en el ámbito aeronáutico, así en el REGLAMENTO 261/04 DEL PARLAMENTO Y EL CONSEJO EUROPEO DEL 11/02/2004 por el cual se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos⁵⁰. Es una normativa de Derecho del Consumidor Comunitaria de Servicios de Transporte Aéreo de Pasajeros y sólo tiene aplicación en la Unión Europea sin que pueda hacerse valer ante otros países ajenos a la Comunidad, ya que la nacionalidad del consumidor es irrelevante a eso fines, así la norma europea dice expresamente “Que se debe informar exhaustivamente a los pasajeros de los derechos que les asisten en caso de denegación de embarque y cancelación o gran retraso de los vuelos para que así puedan ejercerlos con eficacia”.

Lo expuesto no hace más que acreditar la existencia del principio expuesto en este ensayo.

Si bien consideramos que con el principio desarrollado anteriormente el consumidor encuentra mucha protección, no debemos olvidar que también resulta abusivo que el asegurado para evitar la pérdida de su derecho a ser indemnizado deba soportar la carga de la prueba de demostrar haber sido víctima de

⁵⁰ Publicado oficialmente en el Diario de la Unión Europea L. 46 del 17 de febrero de 2004 y que comenzó a regir un año más tarde en febrero de 2005.

una fuerza mayor o un hecho imprevisible (como lo exige algún sector de la doctrina y jurisprudencia), conculcándose el inciso c) del art. 37 de la LDC que prohíbe invertir la carga de la prueba en cabeza del consumidor bajo apercibimiento de nulidad de la cláusula en cuestión.

Esto también lleva a concluir que el Art. 46, incluido en la póliza, constituye una cláusula abusiva en los términos del Art. 37 inciso b) e inciso b) del art. 988 del CCyC, ya que limita los derechos del consumidor ampliando los derechos de la entidad aseguradora tal como lo prohíben esas normas. Esto se pone de manifiesto al sancionar al asegurado con ni más ni menos que la pérdida de su derecho frente a la falta de denuncia en aquel breve e ilegal plazo, invirtiendo la carga probatoria en su perjuicio al tener que justificar dicho incumplimiento transgrediendo así el inciso c) del art. 37 de la LDC. Además, no debe olvidarse que la Ley N° 20.091 “De los Aseguradores y su Control” en su art. 25 ordena que

“El texto de las pólizas deberá ajustarse a los arts. 11, segunda parte, y 158 de la Ley N° 17.418, y acompañarse de opinión letrada autorizada.

La autoridad de control cuidará que las condiciones contractuales sean equitativas.

Las pólizas deberán estar redactadas en idioma nacional, salvo las de riesgo marítimo que podrán estarlo en idioma extranjero” (Énfasis agregado),

es decir que la propia ley que regula al organismo de control de las aseguradoras en cabeza de la Superintendencia de Seguros de la Nación impone la equidad en las cláusulas contractuales en todas las pólizas de seguro, otorgándonos otro argumento de relevancia para afirmar la inequitativa, injusta e ilegal caducidad de derechos del asegurado por omitir hacer la denuncia del siniestro en el plazo de 72 horas.

La jurisprudencia ha reconocido que el fundamento del art. 46 de la Ley de Seguros consiste en permitirle a la aseguradora realizar todas las tareas tendientes a la constatación del siniestro reduciendo los riesgos que puedan acontecer. Por ello, es lógico y justo pensar que una demora injustificada en la denuncia del siniestro puede acarrear daños a la aseguradora por el transcurso del tiempo,

pero, de ninguna manera puede implicar un desconocimiento total del siniestro dejando al asegurado sin cobertura, implicando sin más la caducidad de derechos del consumidor de seguros automáticamente.

Waldo Sobrino al respecto sostiene que existe un nuevo principio consumerista:

“No hay des-obligación sin causa por parte de las empresas (Compañías de Seguros); es decir, que: para desligarse de alguna obligación, la Aseguradora deberá demostrar el perjuicio sufrido por el incumplimiento del consumidor de seguros. Como consecuencia de ello es que el art. 47 hoy debería ser leído de la siguiente forma: si la denuncia el siniestro se realiza fuera del plazo de tres días, el apercibimiento del art. 47 no será –automáticamente– la pérdida de los derechos, sino que únicamente se reducirá la indemnización, en la medida del perjuicio sufrido por la Aseguradora, pesando sobre ésta (por aplicación de la ‘teoría de las cargas probatorias dinámicas’ –art. 53, L.D.C–), acreditar el daño concreto, directo y específico que hubiese padecido por dicha mora en la denuncia”⁵¹.

En ese senda, enseña Sobrino, así como el actual art. 726 del CCyC (de igual modo que el viejo art. 499 del CC) establece que “no hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico”, y la lógica consecuencia de la aplicación de los arts. 42, 43 y 75 inciso 22 de la CN (que impone como epicentro de tutela la persona humana, en especial, en su carácter de ser vulnerable, víctima y consumidor) y la protección intensificada en el CCyC existe el nuevo principio que impone No hay Des-Obligación sin causa, por lo tanto, ello implica que la empresas (proveedores), no pueden desobligarse (vgr. dejar de cumplir con sus prestaciones y responsabilidades legales), frente a los consumidores, si no existe

⁵¹ SOBRINO, Waldo; “Consumidores de Seguros”; Acápites II.4.7.7. “No hay des-obligación sin causa”, pág. 228 a 237, Editorial La Ley, noviembre de 2009 y del mismo autor en su nueva obra “SEGUROS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales”, Capítulo IV “LOS NUEVOS PRINCIPIOS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, acápite IV.2) “SEGUNDO PRINCIPIO: NO HAY DES-OBLIGACIÓN SIN CAUSA (DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS FRENTE A LOS CONSUMIDORES DE SEGUROS)” Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016, pág. 233 a 246.

una causa real, profunda, trascendente y determinante, que le cause un verdadero perjuicio (vgr. perjuicio sustancial)⁵².

Por ello, el art. 37 inciso a) de la LDC y los arts. 988 inciso a) y 1119 del CCyC con acierto anatematizan las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones [de la aseguradora] o limiten las responsabilidades o amplíen los derechos de las empresas, es decir, aquellas cláusulas que desnaturalicen los derechos de los consumidores son las que modifican lo normal, lo natural, razón por la cual, deben analizarse bajo el parámetro de la razonabilidad⁵³ de modo tal que como enseña Rezzónico⁵⁴ deben dejarse sin efecto las cláusulas o prácticas que vayan en contra de la naturaleza del contrato o los deberes esenciales, teniendo en cuenta el fin del contrato (que en el supuesto bajo análisis es mantener la indemnidad del asegurado conforme el art. 109 de la LS reforzando la protección constitucional del consumidor cfr. arts. 42 CN, 1094 y 1095 del CCyC) y que provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, por lo tanto, afirmamos sin hesitación alguna que desnaturalizan las obligaciones de las aseguradoras cuando pretendan ampliar sus derechos o limitar sus responsabilidades, sin una causa lógica y razonable que lo fundamente⁵⁵.

⁵² Ibid., pág. 236.

⁵³ MOSSET ITURRASPE, Jorge – LORENZETTI, Ricardo Luis, “Defensa del Consumidor (Ley N° 24.240)” ‘Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones’, parágrafo 3°, punto a) “El significado de la desnaturalización”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 244, citado en SOBRINO, Waldo, “SEGUROS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales”, Capítulo IV “LOS NUEVOS PRINCIPIOS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, acápite IV.2) “SEGUNDO PRINCIPIO: NO HAY DES-OBLIGACIÓN SIN CAUSA (DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS FRENTE A LOS CONSUMIDORES DE SEGUROS” Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016, pág. 236.

⁵⁴ REZZÓNICO, Juan Carlos, “Contratos con cláusulas predispuestas (Condiciones negociales generales), parágrafo N° 267 “Apartamiento del fin del contrato y de los deberes cardinales”, Astrea, Bs.As., 1987, pág. 378 y 379, citado SOBRINO, Waldo, “SEGUROS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales”, Capítulo IV “LOS NUEVOS PRINCIPIOS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, acápite IV.2) “SEGUNDO PRINCIPIO: NO HAY DES-OBLIGACIÓN SIN CAUSA (DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS FRENTE A LOS CONSUMIDORES DE SEGUROS” Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016, pág. 236.

⁵⁵ SOBRINO, Waldo, “SEGUROS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales”, Capítulo IV “LOS NUEVOS PRINCIPIOS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL”, acápite IV.2) “SEGUNDO PRINCIPIO: NO HAY DES-OBLIGACIÓN SIN CAUSA (DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS FRENTE A LOS CONSUMIDORES DE SEGUROS” Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016, pág. 237.

Por ello, con la aplicación de este principio el mero incumplimiento de las cargas por parte del asegurado [no hacer la denuncia en las 72 horas del art. 46 LS] no va a permitir que la aseguradora se exima de responsabilidad en forma automática sino que deberá acreditar los perjuicios sustanciales que sufrió, con lo cual no pueden existir eximiciones de responsabilidad meramente formales, es decir, no hay des-obligación sin causa⁵⁶, de lo contrario se incentiva el enriquecimiento sin causa de la aseguradora en los términos del art. 1794 del CCyC, porque percibió la prima durante la vigencia del contrato, no acreditó ni padeció ningún perjuicio de importancia y sin embargo, no cumple con la cobertura asumida en la póliza.

De la misma manera que no se puede alegar la nulidad por la nulidad misma, la aseguradora no puede desobligarse sin causa⁵⁷, o dicho de otro modo: no puede pretender la desobligación por la desobligación misma, si no tiene y acredita un perjuicio importante⁵⁸.

En Argentina existen varios fallos que trascienden los meros incumplimientos formales de los asegurados y exigen que efectivamente se hubiera producido un perjuicio sustancial a la aseguradora. En ese sentido hubo un precedente

⁵⁶ SOBRINO, Waldo, "SEGUROS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales", Capítulo IV "LOS NUEVOS PRINCIPIOS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL", acápite IV.2) "SEGUNDO PRINCIPIO: NO HAY DES-OBLIGACIÓN SIN CAUSA (DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS FRENTE A LOS CONSUMIDORES DE SEGUROS" Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016, pág. 237 y 238.

⁵⁷ Algo análogo afirmaba Isaac Halperín con relación a la culpa del asegurado. En efecto en la nota de elevación del Proyecto de Ley General de Seguros (de fecha 9 de junio de 1959), en el acápite IV, sostenía que "se eliminaba la causal de liberación de la Aseguradora, cuando el asegurado hubiera actuado con culpa, si la misma no influía en el siniestro", agregando que ello era "la aplicación de las reglas corrientes en materia de incumplimiento de obligaciones"; y en el caso que la conducta culposa, tuviera alguna vinculación con el siniestro, la prestación de la aseguradora, solamente se veía disminuida, en la proporción de dicha influencia (Ver HALPERIN, Isaac; "Ley General de Seguros", edición oficial del Ministerio de Educación y Justicia, Subsecretaría de Justicia, 1959, pág. 7, citado en SOBRINO, Waldo, "SEGUROS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales", Capítulo IV "LOS NUEVOS PRINCIPIOS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL", acápite IV.2) "SEGUNDO PRINCIPIO: NO HAY DES-OBLIGACIÓN SIN CAUSA (DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS FRENTE A LOS CONSUMIDORES DE SEGUROS" Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016, pág. 238.

⁵⁸ SOBRINO, Waldo, "SEGUROS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. Su relación con la Responsabilidad Civil, El Derecho del Consumo, La Constitución Nacional y los Tratados Internacionales", Capítulo IV "LOS NUEVOS PRINCIPIOS Y EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL", acápite IV.2) "SEGUNDO PRINCIPIO: NO HAY DES-OBLIGACIÓN SIN CAUSA (DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS FRENTE A LOS CONSUMIDORES DE SEGUROS" Tomo I, Ed. La Ley, Bs. As. Julio de 2016, pág. 238.

donde un asegurado manifestó que utilizaba el automóvil con fines particulares, pero en realidad lo usaba como remis. En ese caso, la aseguradora fue obligada a pagar el siniestro porque el vehículo había sido robado mientras una noche se encontraba estacionado en la calle, por lo tanto, si bien el asegurado no había dicho la verdad, la aseguradora no había tenido ningún tipo de perjuicio por dicho accionar⁵⁹.

En otro fallo se resolvió que “cuando los antecedentes pretendidamente ocultados o declarados falsamente por asegurado no tienen relación de causalidad con la producción del siniestro o sus efectos, es inaplicable el art. 5° de la ley de seguros 17.418”⁶⁰.

En el mismo sentido se falló en un caso de denuncia tardía del siniestro en la causa caratulada “M. J. C. v. Mapfre Aconcagua S.A. s/Daños y Perjuicios” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “F”, de fecha 18 de septiembre de 2005⁶¹, se sentenció que

“el cumplimiento tardío de la carga de denunciar el siniestro al asegurador resulta insuficiente para considerar perdido el derecho a ser indemnizado si, en virtud del hecho intervino la autoridad policial, con comunicación al juzgado criminal y el asegurador no ha invocado la producción de efectos negativos por la demora”⁶².

Esta es la solución adoptada en el derecho comparado, donde si bien prevén sanciones por la falta de denuncia del siniestro dentro del plazo establecido, reduciendo la indemnización del asegurado, las mismas no contemplan frente a este supuesto, la pérdida total del derecho a ser indemnizado.

Asimismo, los plazos previstos para realizar la denuncia tienden a ser más amplios.

Por su parte, en el Código Civil Italiano, en el Art. 1915-2, se establece que la caducidad de los derechos se aplica en los casos de dolo del asegurado; esta-

⁵⁹ Causa caratulada “Cubilla, Héctor v. La Mercantil Andina Compañía de Seguros”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala “G”, con primer voto del Dr. Carlos Alfredo Bellucci de fecha 10 de marzo de 2004.

⁶⁰ Expediente caratulado “Seta, José v. Paraná S.A. de Seguros” de fecha 06 de agosto de 2003, publicado en ‘El Derecho’ en fecha 12/12/2003.

⁶¹ Publicado en ‘El Derecho’ el 03/03/2006, pág. 6.

⁶² En el mismo sentido ver el precedente “Hilandería Asunción S.R.L. v. Omega Cooperativa de Seguros Limitada” publicado en LL, 1997-F-970/972.

bleciendo que, si la omisión de la denuncia fue por culpa, la Aseguradora podrá disminuir la indemnización, en proporción al perjuicio sufrido.

La Ley Belga sobre Contratos de Seguros Terrestres establece en el art. 21, Inciso 1º, que si el asegurado no cumple con la carga de denuncia del siniestro “...y de ello resulte perjuicio para el asegurador, éste tiene el derecho de pretender una reducción de su prestación, hasta la concurrencia del perjuicio que ha sufrido...”

La Ley Española de Seguros determina que no existe una sanción de pérdida de los derechos del asegurado; sino que únicamente la Aseguradora puede posteriormente, iniciar una acción por daños y perjuicios (Art. 16 de la Ley del Contrato de Seguro), donde se establece que en el caso de no realizar la denuncia del siniestro en el plazo de siete (7) días “...el asegurador podrá reclamar los daños y perjuicios causados por la falta de declaración...”

Es que la caducidad de derechos del asegurado no puede operar automáticamente ante la sola omisión en denunciar el siniestro en 72 horas corridas, ya que ello, además de lo indicado precedentemente, implica una transgresión a muchos artículos de la normativa consumerista, entre ellos el art. 42 de la CN cuando dice: “los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e INTERESES ECONÓMICOS; a una INFORMACIÓN ADECUADA Y VERAZ; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”, conculcando también las Directrices de la ONU para la protección del consumidor (en su versión ampliada de 1999) aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, Nueva York, 2003, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, que entre esos derechos está el de la CALIDAD, PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS INTERESES ECONÓMICOS DE LOS CONSUMIDORES.

Insistimos que esa caducidad automática ante la falta de denuncia del siniestro viola ostensiblemente los intereses económicos del consumidor de seguros, los que son reconocidos en el art. 42 de la CN, derecho que, siguiendo a Gabriel Stiglitz⁶³, posee tres contenidos o derivaciones: 1) La calidad de los productos y servicios de consumo, de modo que los consumidores obtengan el máximo rendimiento posible de sus recursos económicos, y para lograr ese cometido, los servicios deben proveer las ventajas y el confort para los que na-

⁶³ STIGLITZ, Gabriel, “Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios”, Juris, Santa Fe, 1998, pág. 34 y ss.

turalmente han sido concebidos y prestarse de modo que no generen alteraciones de ningún tipo a los usuarios [en el caso es asumir la cobertura comprometida ante la ocurrencia del siniestro asegurado], lo que no sucederá si la aseguradora puede desligarse de sus obligaciones ante la mera omisión formal de la denuncia de siniestro sin acreditar que padeció un perjuicio sustancial y trascendente y que le informó esa carga legal al consumidor; 2) La existencia de justicia contractual, que posibilite que los consumidores accedan a los bienes y servicios de consumo de acuerdo con las condiciones ofertadas o publicitadas, sin resignar sus justas expectativas o derechos, o haciendo sacrificios irrazonables, razón por la cual, en nuestra hipótesis de trabajo, queda en evidencia la irrazonabilidad de la pérdida de derechos del asegurado ante un mero incumplimiento formal al omitir la denuncia de siniestro en el breve e ilegal plazo de 72 horas corridas el cual es inoponible si no le fue informado al asegurado; 3) El derecho a obtener una adecuada y efectiva reparación o resarcimiento ante situaciones que le generen daño, derecho que es sustancialmente lesionado ante la falta de cobertura automática sin que la aseguradora deba acreditar el perjuicio sustancial y relevante que le causó la falta de la denuncia del siniestro por parte del asegurado en ese breve término.

IV. Conclusiones

1) El art. 46 y 47 de la LS junto a la doctrina y jurisprudencia ortodoxa elaborada a su respecto, no superan el TEST DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD (cfr. arts. 42, 43 y 75 inciso 22 de la CN), por ende, su vigencia queda supeditada a la aplicabilidad de los siguientes principios consumeriles: i) el Derecho NO se presume conocido por el consumidor y ii) No Hay Desobligación Sin Causa.

2) La falta de denuncia del siniestro en el plazo de 72 horas corridas por parte del asegurado no implica automáticamente la caducidad de sus derechos, sino que la aseguradora deberá acreditar que informó ese derecho al consumidor de seguros al momento de la adhesión a la póliza con la claridad necesaria que permita su comprensión por parte del consumidor (evaluando sus circunstancias personales) bajo apercibimiento de que las leyes (sean derechos, obligaciones y/o cargas legales) no informadas al consumidor le serán inoponibles en

tanto y en cuanto le restrinjan derechos o impliquen la caducidad de los derechos que le concede el ordenamiento jurídico que no le fue debidamente informado, es decir en todo aquello que pueda perjudicar al consumidor, ello así, por aplicación del principio de que el DERECHO NO SE PRESUME CONOCIDO POR EL CONSUMIDOR (cfr. arts. 42, 43 y 75 inciso 22 de la CN, arts. 4, 34, 65 de la LDC y los arts. 1, 2, 9, 10, 11, 12, 13, 729, 961, 991, 1061, 1067, 1092, 1094, 1095, 1097, 1100, 1110, 1111 del CCyC).

3) En virtud del principio NO HAY DES-OBLIGACIÓN SIN CAUSA, el mero incumplimiento de las cargas por parte del asegurado [no hacer la denuncia en las 72 horas del art. 46 LS] no va a permitir que la aseguradora se exima de responsabilidad en forma automática, sino que deberá acreditar los perjuicios sustanciales que sufrió, con lo cual no pueden existir eximiciones de responsabilidad meramente formales, es decir, no hay des-obligación sin causa, de lo contrario se fomenta un enriquecimiento sin causa por parte de la aseguradora según el art. 1794 del CCyC porque percibió la prima durante la vigencia del contrato, no acreditó ni padeció ningún perjuicio de importancia y sin embargo no cumple con la cobertura asumida en la póliza.

4) Finalizando este análisis, consideramos que dada la normativa constitucional y convencional vigente sumado a los principios desarrollados en materia consumeril y las tendencias en el derecho comparado, artículos como el 46 y 47 de nuestra Ley de Seguros deben ser aplicados y reinterpretados de manera más tuitiva, en favor del consumidor asegurado (débil de la relación de consumo), dependiendo de las circunstancias, flexibilizando asimismo el plazo de denuncia del siniestro a fin de ser coherentes con los principios tutelares del Derecho del Consumidor que no es ni más ni menos la protección de la parte más vulnerable de la contratación y evitar abusos por parte de las compañías aseguradoras.



SISTEMAS PROCESALES PENALES BASES HISTÓRICAS, LEGALES, DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES SISTEMA ACUSATORIO CON LITIGACIÓN ADVERSARIAL

Prof. Mgter. Pablo Guido Peñasco

I. Concepto y Nociones generales

1.1.- Nociones de proceso, proceso penal y de sistema

Para ingresar al estudio del sistema que comprende el tema central del presente trabajo de investigación científica, se deben precisar los conceptos de proceso judicial y proceso penal.

Un proceso, cuando menta una actividad humana...constituye una secuencia de acciones llevadas a cabo por personas, con el propósito de alcanzar una o varias metas determinadas.¹ Desde las ciencias jurídicas, el proceso se desarrolla en un plano estrictamente jurídico y tiene relación con la existencia de un conflicto (contiene una pretensión y una resistencia en el plano de la realidad social); también con el litigio (simple afirmación en el plano jurídico del proceso, de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, tenga o no existencia en ese ámbito). “No puede darse lógicamente un proceso sin litigio”². Además, el método del proceso contiene una serie o secuencia necesaria de actos que deben concatenarse en un orden lógico que no puede ser alterado: Afirmación – negación – confirmación – alegación.

Afirmación del pretendiente (actor o acusador); negación del resistente (demandado o acusado); confirmación (etapa confirmatoria, de pruebas); alegación

¹ Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal, Parte General, Sujetos Procesales. Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, Argentina, 2003, pág. 17.

² Alvarado Velloso, Adolfo: “Lecciones de Derecho Procesal Civil”, 2da. Edición 2018, pág. 35 Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

o conclusión (evaluación de las pruebas por cada parte y encuadramiento jurídico de los hechos). Desde este punto, considerando la existencia y el cumplimiento de la serie o secuencia enunciada, el objeto final del proceso es la sentencia.

Por otro lado, el proceso goza de plena legitimación y justificación porque la historia ha enseñado que es necesario organizar un método de debate sostenido en el diálogo cuya razón de ser “no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia” (Alvarado Velloso). Por lo tanto, la razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad determinada, para mantener la paz social, evitando que las personas hagan justicia por mano propia.

A partir de estas nociones, el proceso es el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad. En atención a las nociones precedentes, se ha definido al proceso como la serie lógica y consecencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que se utiliza como medio pacífico de debate dialéctico entre dos partes antagónicas ante un tercero que es imparcial, imparcial e independiente (Alvarado Velloso). En la misma dirección se sostiene que proceso es el método de debate dialéctico, pacífico y civilizado, en que dos partes contrapuestas discuten en perfecta igualdad, ante un tercero imparcial, imparcial e independiente, para arribar así a una solución heterocompositiva de la disputa³, destacándose la bilateralidad de la instancia como imprescindible para la existencia misma del proceso. El mismo autor también lo ha definido como la serie lógica y consecencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad (juez o árbitro)⁴.

Debe existir en el proceso, la dinámica correspondiente de la conducta de dos partes enfrentadas para cooperar en el desenvolvimiento de una serie de actos que están ligados causalmente para propiciar el conocimiento de un conflicto y su resolución.⁵

³ Puccinelli, Claudio R.: *Influencia de los Medios de Comunicación en los Procesos Judiciales*, Ed. Juris, Rosario, Santa Fe, Argentina, 2005 pág. 13.

⁴ Alvarado Velloso, Adolfo: *Introducción al estudio del Derecho Procesal –primera parte– T I*, reimpresión, Rubinzal Culzoni Editores SRL, Santa FE, Argentina, 1997, pág. 234.

⁵ Briseño Sierra, Humberto: *“Tratado de Derecho Procesal”*, Rubinzal Culzoni Editores SRL, Santa Fe, Argentina, t.I, pág. 89, citado por Claudio Puccinelli.

En materia procesal penal la mayoría de los autores han definido desde hace mucho tiempo al proceso penal como una

“compleja y progresiva actividad desplegada por órganos públicos pre dispuestos y por particulares autorizados u obligados de conformidad a las normas de derecho procesal penal, tendiente a la actuación del derecho penal sustantivo en el caso concreto, previa averiguación de la verdad sobre él”⁶.

En línea semejante y desde un punto de vista objetivo, se lo define como una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predisuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante el cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva⁷.

También se afirmó que el proceso penal es la secuencia de actos definidos y ordenados por la ley procesal penal, que llevan a cabo órganos públicos predisuestos y personas de derecho privado autorizadas para ello, con el fin de lograr la decisión final que solucione el caso, mediante la aplicación del Derecho Penal material y sobre la base del conocimiento correspondiente, adquirido durante el transcurso del procedimiento⁸.

Noción de sistema: Luego de repasar los conceptos de proceso y proceso penal, se hará una breve referencia a la noción de sistema, en el marco de las materias específicas que nos ocupan. Desde una perspectiva filosófica, se lo define como el conjunto de principios verdaderos o falsos reunidos entre sí, de modo que forman un cuerpo de doctrina.

“Es un conjunto de principios, normas o reglas, enlazadas entre sí, acerca de una ciencia o materia”.

⁶ Clariá Olmedo, Jorge A. : Tratado de Derecho Procesal Penal”, t. 1, Ediar Editores, Buenos Aires 1960, pág. 389.

⁷ Vélez Mariconde, Alfredo: Derecho Procesal Penal, T. II pág.114, 115; Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina, 1986.

⁸ Maier, Julio B.J.: obra citada, pág. 21.

También se lo ha definido como un “ordenado y armónico conjunto que contribuye a una finalidad”. “Técnica. Procedimiento o conjunto de los mismos utilizados en el desarrollo de un arte o ciencia”¹⁰.

Finalmente, la contradicción consistente entre las partes, conducida por un juez imparcial, es lo que marca la dinámica de este modelo, por ello mismo llamado adversarial.

Luego de habernos referido al proceso, proceso penal y sistema, ingresaremos a la investigación de los sistemas procesales penales, dejando constancia que

“El Derecho Procesal Penal toca de cerca al ser humano, sus valores y principales atributos jurídicos, que le permiten desarrollar su vida social. De allí que los sistemas de enjuiciamiento penal han ido a la par de la historia política y guardan correspondencia con ella”¹¹.

1.2. Antecedentes históricos: Sistema inquisitivo, mixto y acusatorio

Reacción frente al delito: 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, históricamente podemos referirnos a la venganza, la ley del Talión, la expulsión o destierro y la composición entre otras.

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

⁹ Ossorio, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Ed. Heliasta SRL, Buenos Aires, Argentina, 1898, pág. 710.

¹⁰ Ruy Díaz, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, misma editorial, Buenos Aires 2006, pág. 85 l.

¹¹ Borinsky, Mariano: Que es el sistema acusatorio. <https://www.infobae.com/opinion/2020/11/17/qu-e-es-el-sistema-acusatorio/>.

de un conflicto individual. No aparece aún la idea actual del proceso legal¹². 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 faida que por lo general era mantenido por lapsos temporales de importancia donde se practicaba la guerra¹³ (Soler, S. 1988). Con la evangelización y expansión de la iglesia, se incorporaron otros institutos en el modelo de partes germano, 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 Faída 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 públicas¹⁴ (Zaffaroni, E. 2006). De lo expuesto hasta aquí, puede verse que, en el pueblo germano, la venganza fue evolucionando hacia el sistema compositivo y su atenuación con el asilo eclesiástico.

¹² Peñasco, Pablo Guido: Víctimas de Delitos y sistemas de enjuiciamiento penal. Revista Jurídica Región Cuyo n° 11 – IJ Editores. Noviembre 2021. <https://ar.ijeditores.com/pop.p hp?option=articulo&Hash=04814315e1161f39fe0fbc48eee96377>.

¹³ Soler, Sebastián: Derecho Penal Argentino, Ed. Tea, Buenos Aires, Argentina, 1988.

¹⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl: Manual de Derecho Penal, Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006.

Ley del Tali3n: aunque no lo parezca, implic3 un avance considerable desde el punto de vista social, porque viene a establecer l3mites moderadores frente a los posibles excesos que la v3ctima o sus allegados pod3an causar con la venganza, ya que 3sta estaba ceñida a un equivalente del daño sufrido por el damnificado: ojo por ojo, diente por diente seg3n la ley Mosaica.

Esta idea base de la ley del Tali3n, fue incorporada por manifestaciones antiguas como el C3digo de Hammurabi, donde las medidas de las penas estaban fijadas en relaci3n directa con la proporci3n del delito y con la categor3a del inculpado. Sin embargo, este C3digo incorpor3 una novedosa medida, adem3s del principio talional, la venganza privada se sustituye por la actividad estatal, quien es el 3rgano de aplicaci3n, adem3s de considerar en el delito, la intenci3n o inexistencia de intenci3n por parte del sujeto activo¹⁵ (Ábalos, R. 2007; 25).

El C3digo de Hammurabi contiene el antecedente innovador para esa 3poca, de reemplazar la actividad del estado sobre la venganza particular.

La expuls3n de la paz: semejante a lo que actualmente se conoce como destierro, era la separaci3n y expuls3n de un individuo del grupo, familia, clan, tribu o grupo social a que pertenec3a: los efectos de esta medida eran sumamente graves porque el expulsado quedaba desprotegido, perd3a todos sus derechos en el pueblo que pertenec3a y quedaba sin amparo ni protecci3n de nadie, por lo tanto, pod3a ser tomado como esclavo por extranjeros o miembros de otras tribus o pod3a ser muerto.

Esta medida implicaba en muchos casos dejarlo indefenso frente a la venganza de la v3ctima o de su grupo social (sin perjuicio que otras veces pod3a eludirla), la medida de expuls3n signific3 una cierta limitaci3n a la reacci3n de venganza privada, como fue tambi3n la ley del Tali3n.

Con posterioridad, en ciertas regiones geogr3ficas europeas comenz3 a tener mayor aplicaci3n la composici3n y expropiaci3n del conflicto. Como puede verse, durante la antig3edad la forma de resolver los conflictos originados por el delito preve3a al proceso a partir ya sea de las costumbres de cada pueblo, o por las leyes de esas 3pocas remotas, donde la regla de aplicaci3n primitiva fue la venganza y luego sus formas evolucionadas seg3n se expuso.

B3sicamente, desde tiempo inmemorial, en rigor, desde la pacificaci3n de los pueblos, exist3a en los hechos una idea parecida a la que hoy tenemos del

¹⁵ Ábalos, Raúl W.: Derecho Procesal Penal, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2007. T.1.

proceso civilizado: dos personas (actor y demandado) discutiendo ante otra cuya autoridad personal o moral acataban¹⁶. En el orden penal ocurría otro tanto entre acusador y acusado. Parece ser que eran las propias partes quienes podían disponer libremente no solo del derecho en discusión sino también del método para discutir... a este sistema de libre disposición del método de debate se le asignó desde antaño la denominación de acusatorio en materia penal, pues nace a partir de la acusación que se hace contra alguien (Alvarado Velloso, pág. 82). Sin embargo, autores clásicos como Carmignani y Luchini escribieron que tanto el sistema inquisitivo como el acusatorio se han desarrollado durante siglos, de forma paralela, pero ajustándose a los cambios políticos y a los regímenes sujetos a los distintos gobiernos que imponían sus estilos con mayor o menor autoritarismo y respeto por los derechos individuales. Es criterio mayoritario que en Grecia y en Roma de la etapa republicana, el sistema tenía estructuras acusatorias, debido a que tanto la acusación como el rol del juez o el desarrollo del juicio eran arbitrales. La titularidad de la acusación permaneció largo tiempo en manos de la parte ofendida o de su grupo familiar, sin embargo con el transcurso de los años, en una época posterior, pasó a transferirse a la sociedad y a cada ciudadano en particular¹⁷.

Si bien existieron algunas disposiciones parciales que fueron antecedentes históricos de importancia como el que referimos anteriormente (en el caso del código de Hammurabi), no regularon expresamente sistemas procesales, los códigos antiguos como este último y las Leyes del Manú, salvo algunas disposiciones relacionadas con las pruebas testimoniales. En la Biblia (libro de Josué), se encuentran algunas referencias sobre los sistemas penales, mientras que los hebreos siguieron sus costumbres con procedimientos penales sumarios, empleando la oralidad y siendo públicos. El juez era un tribunal llamado Sanedrín, presidido por el sumo sacerdote¹⁸. Sin embargo, estos modelos no tuvieron trascendencia o repercusión en otros procedimientos penales.

Atenas fue la ciudad de Grecia antigua donde tuvo aplicación de importancia el proceso penal, respecto de determinados ciudadanos libres y frente a determinadas transgresiones del orden social. Tuvo un proceso con rasgos

¹⁶ Alvarado Velloso, Adolfo: Lecciones de Derecho Procesal Civil, Compendio del Libro Sistema Procesal: Garantía de la Libertad, adaptado a la legislación procesal de la Provincia de Mendoza por Eduardo Enrique De Oro, 2da Edición, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, págs. 81 y 82 año 2018.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón - T. II, Editorial Trotta, pág. 565.

¹⁸ Clariá Olmedo, Jorge. A.: Tratado de Derecho Procesal Penal, t. 1, citado, pág. 164.

similares al acusatorio puro, a partir de la existencia de legislación y normas consuetudinarias que lo regulaban, aunque se trataba de un proceso que no estaba generalizado, pero la concepción pública del derecho penal que generó la distinción entre delitos públicos y delitos privados permitió el ingreso de la acusación popular, la que confería legitimación a que todo ciudadano libre podía ejercer la acción penal en los delitos públicos en tanto que como contra partida, se establecían fuertes responsabilidades para asegurar la seriedad del sistema. “Si no se presentaba ningún acusador, por lo general el delito quedaba impune, salvo casos especiales...” – Además en Atenas existían los Arcontes (también nombrados como Thesmothetas)¹⁹, que podían comunicar los delitos al Senado o a la Asamblea del Pueblo, quienes designaban a un acusador popular. Este procedimiento vale la pena mencionarlo, porque significaba que introducían al juicio a un ciudadano de modo oficial, es decir que constituye un claro antecedente de la acusación pública (aunque en este antecedente histórico, lo fue de modo subsidiario y excluyente de la acusación popular). Es decir, en Atenas encontramos importantes antecedentes del sistema acusatorio y, además, un precedente del ejercicio de la acción penal pública de modo subsidiario.

Con respecto al rol o funciones del acusador, se destacan la reunión y ofrecimiento de pruebas de cargo ante el Tribunal. La etapa preparatoria era sencilla mientras que el juicio se desarrollaba bajo la forma oral y pública. Para destacar, estaba previsto el ejercicio efectivo de la defensa, el imputado debía prestar juramento de decir la verdad y contaba con el derecho a solicitar un plazo temporal a efectos de preparar su defensa.

En Roma los sistemas procesales penales se desarrollaron en función de los tiempos y épocas políticas. En la Monarquía quien juzgaba era el Rey, que actuaba directamente por sí o por sus representantes. El sistema de corte inquisitivo venido de la monarquía, se mantuvo durante la primera parte de la República Romana. El transcurso de los años y el sistema republicano permitieron el avance al sistema acusatorio romano, especialmente en el último siglo de la república, con mayor énfasis en el procedimiento conocido como *accusatio*, de tipo acusatorio puro. De allí proviene la denominación de “sistema acusatorio” empleado actualmente. Se caracterizó por haber tomado el modelo ateniense pero perfeccionado y mejorado en atención a las necesidades de la República Romana. Cualquier ciudadano romano que no fuera magistrado

¹⁹ Plutarco, *Vidas Paralelas*, citado por el Dr. Jorge Clariá Olmedo en ob. Cit. pág. 165.

podía presentar la acusación y elegía entre los acusadores al de mejor condición. Una vez designado, el pretor le daba atribuciones para investigar el hecho durante treinta días generando una verdadera instrucción. Luego el pretor fijaba fecha del juicio, que era oral y público, ante un tribunal conformado por jurados populares integrado por 32 a 75 personas sorteadas y que podían ser recusadas. El pretor dirigía al tribunal. La secuencia era: Acusación–defensa, pruebas de cargo–pruebas de descargo y votación de los jurados. Solo condenaban con mayoría de votos y el magistrado aplicaba pena. Se aceptaba defensa técnica y por lo general el acusado estaba en libertad durante el juicio. Si bien la *accusatio* se mantuvo durante muchos siglos en la República Romana y con el imperio, la realidad política de éste favoreció la vuelta al sistema inquisitivo donde la aplicación de la ley fue confiada a funcionarios del emperador que actuaban como sus delegados. Por ello sostuvo Ferrajoli que no por casualidad, las primeras formas del proceso inquisitivo se desarrollaron en la Roma imperial con las causas de oficio. Sin embargo, “tras la caída del impero romano, el proceso se vuelve acusatorio, confundándose en las primeras jurisdicciones bárbaras con los ritos de las ordalías y los duelos judiciales...” y evolucionando después en otras formas, especialmente a partir del siglo XII para desarrollarse y consolidarse en Inglaterra y en el mundo anglosajón en las formas del conocido *adversary system*, aunque en el continente europeo retomó nuevamente vigencia el sistema inquisitivo con las Constituciones de Federico II y en el proceso eclesiástico a través de la inquisición; proceso inquisitivo que se difundió luego del siglo XVI en todo el continente europeo y se generalizó para todo tipo de delitos.

Sin embargo, el ordenamiento inglés mantuvo la tradición acusatoria del sistema recibido de la República Romana. Esto, sumado a los postulados de la Revolución Francesa motivaron una leve expansión del sistema acusatorio en Europa que duró escaso tiempo, “ya que el código termidoriano de 1798 y después el napoleónico de 1808...” originaron el sistema mixto o proceso mixto resultante de la fusión entre acusatorio e inquisitivo. “El modelo napoleónico del proceso mixto se difundió durante los siglos XIX y XX en toda Europa, echando sólidas raíces, sobre todo en Italia”²⁰.

Por otro lado, además de lo expuesto anteriormente, se hará nueva referencia breve a lo ocurrido con el sistema germano, quienes no distinguieron entre el procedimiento civil y el penal. Era un proceso extremadamente ritualista, oral,

²⁰ Ferrajoli, ob. Cit. pág. 566.

público y contradictorio, pero con otros rasgos de fuerza inquisitiva. Se iniciaba por querrela del ofendido salvo casos de flagrancia, que permitía la prueba del clamor popular y el juramento de flagrancia del ofendido. La confesión daba lugar a la condena.

Según Clariá Olmedo, las normas legales y consuetudinarias de romanos y germanos se entremezclaron en la edad media con el derecho laico y de la iglesia y ocurría que habían procedimientos con tendencia acusatoria y otros inquisitivos o con ambos sistemas según las costumbres localistas, pero con el devenir de los siglos, el ejercicio de los poderes centrales de Europa fue eliminando paulatinamente de la región continental al sistema acusatorio, lo que no fue así en Inglaterra, que se mantuvo fiel a sus tradiciones, conservándolo y perfeccionándolo. Durante la edad media y moderna la Iglesia efectuó un aporte de importancia para el proceso, incluyendo conceptos técnicos de los procedimientos penales;

“fundado en la idea de salvar el alma mediante la confesión del pecado, sus primeros pasos fueron humanizadores mediante el atemperamiento de la crueldad que caracterizó a las costumbres germanas, introduciendo la composición y el juramento para reemplazar la venganza y las ordalías. En su seno nace el derecho de asilo y de la tregua de Dios como formas prácticas de evitar la venganza...”²¹,

todo ello sin perjuicio que el sistema inquisitivo fue de gran aplicación dentro de su orden.

Otro hecho histórico importante a destacar fue que, a partir de la implementación de la moneda como forma de pago en distintos pueblos, el sistema compositivo 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 recau-

²¹ Clariá Olmedo, ob. Cit. pág. 170.

dación “dinero de la paz”, ya que tenía como finalidad recuperar la protección de poder del estado. Sin embargo, el método compositivo 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 Judiciorum*), 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 (Nº 1.505); la *Nueva Recopilación Española* (Nº 1.567) y las *Ordenaciones Filipinas* (Nº 1.603) junto a las *Leyes de Indias* fueron la legislación influyente para nuestra región²² (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 impulsó 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

²² Zaffaroni, Raúl E., ob. Cit.

cruelles 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).

En Francia fue donde el sistema inquisitivo se desarrolló ampliamente en el ámbito legislativo, por medio de la Ordenanza Francesa de 1539, luego la Ordenanza de Luis XIV del año 1670 que instituyó al juez permanente y técnico, unipersonal para las fases de investigación y colegiado para el juicio, mediante el desarrollo de un procedimiento escrito, secreto, con el imputado detenido y mediante el sistema de pruebas legales tarifadas que se basaban en la confesión, testimonios, documentos e indicios y en ciertos casos se ordenaba la tortura.

En Alemania ocurrió algo semejante donde se puso en vigencia la “Constitutio Criminalis Carolina” (año 1532), citada como cumbre del sistema inquisitivo, donde se restringió la acusación, oralidad y publicidad hasta llegar luego a eliminarlas; se aplicaban torturas, el sistema de pruebas legales, etc. En España se desarrolló por el Fuero Juzgo, donde el rey ejercía las funciones judiciales nombrando a sus jueces, pero el procedimiento penal era acusatorio, con pruebas rendidas por las partes y caracterizado por la publicidad, aunque la nota inquisitiva era que se reglamentaba la tortura para evitar abusos y se admitió el asilo eclesiástico. A falta de pruebas se procedía al tormento. El Fuero Real sienta principios de acusación popular, pero contaba con tantas excepciones que no llegó a ser verdaderamente acusatorio. Luego se destacaron las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, que admitía procedimientos con características inquisitivas y acusatorias, como ciertos casos de separación de las funciones de investigar y juzgar. Sin embargo, las prácticas llevaron a la expansión del sistema inquisitivo en España que luego fueron trasladadas a América a través de la Nueva y la Novísima Recopilación y de las Leyes de Indias (Clariá Olmedo).

Como se indicó antes, la Revolución Francesa intentó la aplicación del sistema acusatorio inglés y lo logró por algunos años, sin embargo, la tradición inquisitiva tuvo más fuerza y ello se notó mediante la sanción del Código Napoleónico de 1808 que introdujo el sistema mixto, el cual, en razón del imperio francés y su influencia, tuvo repercusión en casi toda Europa.

Inglaterra: Mientras en Europa durante siglos, tuvo mayor aplicación el sistema inquisitivo y en muchos casos el acusatorio; también se verificaron en otros países y regiones, elementos alternados o ensamblados de cada uno, en Inglaterra hubo un celoso respeto por las libertades ciudadanas y durante la edad media y moderna se proyectó hacia la aplicación del sistema de enjuiciamiento penal. Según algunos autores, las bases de la *acussatio romana*, vigente durante la República, fueron respetadas y mantenidas indemnes por la tradición inglesa que las sostuvo a pesar de los embates de la política del continente europeo, aunque se opone a esta hipótesis otra sector doctrinario calificado al sostener que en Inglaterra y Gales fueron obstruidos tanto el fenómeno de la recepción del derecho romano como el ingreso de la Inquisición, porque para el siglo XIII Inglaterra ya contaba con un fuerte sistema de derecho común y de tribunales en manos del rey sobre los que no hubo influencia extranjera y además porque la clase profesional de juristas se desarrolló como gremio aparte, encabezó la lucha contra la recepción del derecho romano y le cerró el paso.²³ Cabe destacar que no existe un código procesal penal en Inglaterra.

“Las reglas se encuentran dispares en una serie de normas, algunas de ellas de más de siete siglos, y en una jurisprudencia variada y abundante... tampoco existe una norma fundamental escrita sino que se trata de una malla que combina distintas fuentes, la más antigua de las cuales es la famosa Carta Magna de 1215”²⁴.

Hasta el siglo XI el derecho inglés practicó la persecución privada que se desarrolló en el concepto de reparación del acusado a favor de la víctima. Posteriormente, cuando se afianzó el poder del Rey, se originó el concepto de los delitos contra el soberano y ello a su vez dio paso a las acusaciones públicas, pero jamás se le negó a la víctima el derecho a disponer de la persecución penal (Castex).

“El respeto a la libertad fue en Inglaterra más fuerte que toda tentación de cimentar el poder sobre bases absolutistas”²⁵. En tal sentido, el sistema impide

²³ Hendler, Edmundo S. – Director: *Sistemas Procesales Penales comparados*. Ed. Ah Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1999, pág. 275, 276.

²⁴ Castex, Francisco, *Sistema Acusatorio Material*, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, Argentina, 2013, pág. 47, citando a Churchill, *Historia de Inglaterra y de los pueblos de habla inglesa*, t. 1, pág. 211–221.

²⁵ Clariá Olmedo, ob. Cit. pág. 177.

a los jueces proceder de oficio; requiere de la acusación de los particulares, la investigación está a cargo de funcionarios dependientes de la Corona, luego en 1879 instituyó la Dirección de Acusaciones Públicas que interviene en determinados hechos marcados por la complejidad o su importancia o cuando no había ciudadanos que acusaran²⁶.

Durante siglos en Inglaterra se sostuvo y aplicó el Juicio por Jurados Populares. Tiene implementado el Gran Jurado cuya función de importancia era controlar las acusaciones para evitar juicios infundados o que progresaran acusaciones temerarias. Por su parte el tribunal de juicio es el jurado como se conoce, también llamado pequeño jurado, a quien se remitía la causa previo análisis por el Gran Jurado que se ocupaba, como dijimos, de declarar la admisibilidad o rechazo de la acusación. Las características del juicio acusatorio se destacaron por ser oral, público y contradictorio (Clariá Olmedo).

Durante el siglo XX el gobierno inglés le ha dado importancia a la eficiencia, economía y efectividad del sistema y su funcionamiento, lo que ha generado la preeminencia de dos sistemas o modelos distintos de sistemas procesales: 1.- El que se somete al principio del debido proceso legal y sus garantías a favor del imputado. 2.- Un modelo que responde primordialmente a las necesidades de control del delito y que puede tolerar errores policiales y judiciales si con ellos se alcanzan los objetivos de represión del delito²⁷. Se indica que en Inglaterra el 90 por ciento de los casos se resuelven por criterios de oportunidad, los imputados se declaran culpables para obtener un trato más beneficioso (condena menor), para evitar un juicio por jurados.

Cabe destacar que la tradición acusatoria y juradista se trasladó y afianzó en Estados Unidos y que, de modo reciente, tal cual se anticipó al principio, se ha registrado un importante movimiento de reformas en casi todos los países de América e incluso en la mayoría de las provincias de la República Argentina, que modificaron sus códigos procesales hacia el sistema acusatorio, con distintos grados o estados de avance. En Estados Unidos de Norte América, a raíz que los colonos ingleses introdujeron el Gran Jurado en su sistema legal, esta institución fue mantenida en América mientras que Inglaterra la dejó de implementar a partir de 1933. La Corte Estadounidense, en el caso *Wood vs. Georgia* (1962), sostuvo que el propósito del Gran Jurado es el de colocarse entre el Fiscal

²⁶ Giménez Asenjo, Enrique: *Derecho Procesal Penal*, Madrid t.1, pág. 88 citado por Clariá Olmedo.

²⁷ Sanders, A y Young, R.: *Criminal Justice*, Butterworths, Londres, 1994 pág. 12/18, citados por Hendler, ob. Cit. pág. 277.

y el Acusado a fin de examinar si las imputaciones se fundan en hechos y pruebas y no en el ejercicio de un poder intimidante o de malicia o de mala voluntad personal²⁸.

En Estados Unidos el Fiscal se desempeña como exclusivo titular de la acción pública. Los Fiscales Federales son funcionarios del poder ejecutivo y sus oficinas se organizan de modo centralizado y jerárquico.

“El representante del Poder Ejecutivo, con la conformidad del senado, designa en los 94 distritos judiciales a los fiscales que estarán a cargo de cada oficina. Todos los fiscales federales están sujetos al control del Departamento de Justicia del Poder Ejecutivo, a cargo de un representante del Estado denominado U.S. Attorney General”²⁹.

Una nota de distinción es el pleno ejercicio discrecional de la acción penal por parte de los Fiscales. Denominan el proceso penal como Adversarial System, donde el fiscal no se rige por el principio de legalidad procesal conforme nuestro art. 71 del C.P., y en consecuencia el Fiscal Federal ejerce la persecución penal con gran discrecionalidad. A todo ello cabe destacar que se excluye por completo a la víctima en cuanto a la decisión de persecución o no del delito.³⁰ Los actos procesales del Fiscal son controlados por un Juez y la víctima no tiene mayor intervención o es muy escasa. Puede ser un testigo eventual, generando de esta forma, su revictimización. Así, se presentan debates académicos sobre el tema de la víctima y sus derechos en el proceso penal que han generado distintos proyectos con vistas a lograr mayor ejercicio de sus derechos y la necesidad de su representación e intervención con asistencia legal.

1.3.- Conceptos de los sistemas procesales penales acusatorio, inquisitivo, mixto

Como puede verse precedentemente, con esta breve reseña, los procesalistas en materia penal vienen luchando contra 700 años de legislación procesal inquisi-

²⁸ Introducción al Derecho de los Estados Unidos, 2da edición, pág. 195, citado por Castex, obra cit. pág. 53.

²⁹ Ríos Torres, Procesos penales en los Estados Unidos, pág. 94,95, citado por Castex, ob. Cit. pág. 53

³⁰ Bovino, Alberto: Ingeniería de la verdad, Procedimiento Penal Comparado, pág.13,17, citado por Castex, ob. Cit. pág. 54.

tiva en procura de un proceso acusatorio³¹. En la República Argentina, durante los primeros años del siglo XX, rigieron códigos procesales penales de corte inquisitivo. Luego comenzó un proceso de reformas destacadas por la introducción de sistemas mixtos y posteriormente, ya en la década de 1990, las legislaciones locales comenzaron a volcarse al sistema acusatorio. Ferrajoli llama inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa.

Señala diferencias importantes entre ambos sistemas: el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad, el sistema inquisitivo tiende a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, acaso compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados de enjuiciamiento³².

Básicamente el sistema penal acusatorio es un sistema con litigación adversarial donde intervienen una o más partes a cargo de la acusación y la otra a cargo de la defensa; que ejercen sus pretensiones oralmente, mediante el planteo de la acusación y todos los actos consecuentes y su resistencia por el desempeño de la defensa, en plenas condiciones de igualdad o paridad de armas, frente a un tribunal imparcial, imparcial e independiente, que con base en las pruebas y el derecho, resuelve la condena, no condena o absolución del acusado.

Definiciones más sencillas sostienen que “el sistema penal acusatorio es un sistema adversarial donde las partes se enfrentan en igualdad de oportunidades ante un juez imparcial, quien, con base en las pruebas y argumentos, decide si condena o absuelve” (Wikipedia).

La doctrina ha escrito definiciones al decir que en el proceso acusatorio el individuo ocupa un primer plano. El legislador ha pensado, al establecer este sistema de enjuiciamiento, en la libertad y dignidad del hombre, a partir de los cuales el papel del estado es secundario, ya que es puesto al servicio de los individuos y tiene la función de resolver los conflictos existentes entre ellos, donde el Juez actúa como un árbitro que se mueve a impulso de las partes; no hay actividad procesal anterior a una acusación particular tanto del damnificado o de

³¹ Puccinelli, Claudio: obra citada pág. 19.

³² Ferrajoli, Luigi: Derecho y Razón – T. II, Editorial Trotta, pág.564.

cualquiera del pueblo y la prisión preventiva es excepcional. Es decir, se lo entiende como un sistema procesal de tipo individualista que con el devenir de los años, fue vulnerado por las ideas socialistas (Vélez Mariconde)³³.

Desde la escuela clásica de Derecho Penal Italiano, Francesco Carrara destacó que el sistema acusatorio fue la forma primitiva en los juicios criminales porque prevalecía en el delito y la pena el concepto del interés privado y se basa en el principio de que nadie puede ser llevado a juicio sin una acusación que otro sostenga en contra de él ante las autoridades competentes. Originariamente

“solo acusaba el ofendido o sus parientes, pero luego cuando en el delito se reconoció una ofensa social, la facultad de convertirse en acusador se extendió a cualquier persona capaz, siendo sus caracteres la plena publicidad de todo el procedimiento, la libertad personal del acusado hasta la sentencia definitiva, la paridad absoluta de derecho y poderes entre el acusador y el acusado, la pasividad del juez en el recogimiento de pruebas, sean de cargo o de descargo y la continuidad de contexto”³⁴.

“Precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”³⁵.

Para completar esta definición, destacamos que también comprende casos de tribunales conformados por jurados populares donde el sistema de valoración de pruebas es la íntima convicción.

Además, se lo ha distinguido por la neta diferenciación de la función re-quirente respecto de la decisoria;

³³ Vélez Mariconde, Alfredo: Derecho Procesal Penal, t. I, Marcos Lerner Editora Córdoba SRL, Argentina, 1986, pág. 21.

³⁴ Carbone, Carlos Alberto: Principios y Problemas del Proceso Penal Adversarial, citando a Carrara, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2019, pág. 23.

³⁵ Ferrajoli, Luigi: Derecho y Razón - T. II, Editorial Trotta, pág.564.

“igualmente, porque la interposición y contenido de la acción, es la que determina el ámbito de la jurisdicción, la que carece de iniciativa y no puede actuar de oficio. Acusador y acusado se encuentran situados en un pie de igualdad, enfrentados a través de un contradictorio en cuyo transcurso aportarán sus postulaciones, acreditaciones y alegaciones, de manera pública y actuada, frente a un tribunal que se sitúa como un tercero imparcial e imperativo y que expresará su decisión conforme al convencimiento alcanzado en las deliberaciones”³⁶.

Un tema para destacar se refiere a la conocida comparación entre el sistema de enjuiciamiento inquisitivo y el acusatorio. Importante doctrina postula terminar con tal referencia al sostener que no corresponde hablar de proceso penal inquisitivo, “puesto que no debe ser considerado éste como un verdadero proceso al violar el elemental requisito de que el juez sea un tercero imparcial entre dos partes parciales, en pie de igualdad y de contradicción”. Concluyen esta idea tan fuerte diciendo que “El proceso acusatorio es el verdadero proceso”³⁷.

II. Características del sistema acusatorio

2.1.- Situación histórica:

Atenas (antigua Grecia), República Romana, Inglaterra, Estados Unidos y luego en expansión a casi todos los países de América.

2.2.- Finalidad del proceso:

la protección y vigencia de los derechos fundamentales del individuo. “El estado aparece al servicio de los miembros de la sociedad y su misión es resolver conflictos entre individuos”³⁸.

³⁶ Vázquez Rossi, Jorge E.: Derecho Procesal Penal. Tomo I Conceptos Generales. Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2004, pág. 189–190.

³⁷ Montero Aroca, Juan: El Derecho Procesal en el Siglo XX, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, año 2000, pág. 106.

³⁸ Vélez Mariconde, obra cit., citado por Coussirat, Jorge y Otros autores: Manual de Derecho Procesal Penal, Ed. Jurídicas Cuyo, 2008 t. 1 pág. 49.

2.3.- *Composición del Tribunal.*

Jurisdicción penal: es ejercida por tribunales populares. Históricamente fueron asambleas del pueblo, también tribunales colegiados, tribunales constituidos por jurados o más conocidos como jurados populares. Así, el tribunal se desempeña como árbitro entre dos partes con posiciones distintas: parte acusadora (Fiscal, particular ofendido como querellante exclusivo, acción popular) y parte acusada (imputado asistido por su defensor), que se enfrentan para el logro de sus pretensiones. Una característica fundamental del sistema es que el juez, asamblea o jurado, es un tercero que, “como tal, es imparcial (no parte), imparcial (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e independiente (no recibe órdenes) de cada uno de los contradictores”³⁹.

Vale destacar algunos antecedentes históricos que permiten entender con más claridad las ventajas del jurado popular: en épocas de la monarquía los campesinos eran juzgados por sus pares también campesinos, el juicio se llevaba a cabo por un jurado de hombres del mismo lugar.

“Este jurado de pares permitía al enjuiciado confiar en la imparcialidad y la justicia de su fallo, pues nacidos en el mismo territorio, criados con las mismas costumbres, podían comprender mejor porqué el presunto delincuente había violado la ley. Y en la simpleza de este argumento residió y reside actualmente el sistema de jurados en el enjuiciamiento inglés”⁴⁰.

Con semejantes criterios se juzgaba a los nobles: que eran juzgados por otros nobles entre sí con el sistema de jurados. Más adelante en la historia, a fines del siglo XVIII Becaría proclamó al sistema de los jurados como mejor sistema de juzgamiento, con el método de la íntima convicción, motivo por el cual no puede ser compelido a dar cuenta severa de su veredicto. El jurado era el verdadero juez de los hechos a partir de la valoración de pruebas que se incorporaran debidamente en el debate. Tales razones justifican el mantenimiento e invariabilidad del juicio por jurados en países adelantados como Estados Unidos de Norte América e Inglaterra, hasta los tiempos presentes (Ábalos, p. 417). En conse-

³⁹ Alvarado Velloso, ob. Cit., pág. 87.

⁴⁰ Ábalos, Raúl W. Derecho Procesal Penal, t. 2, Ed. Jurídicas Cuyo, pág.416, Mendoza, Argentina, 2008.

cuencia, el tribunal puede ser colegiado (técnico o jurado popular), sin embargo, actualmente se admite la intervención del Juez en salas unipersonales. Es posible que el tribunal sea unipersonal con un sistema acusatorio, siempre y cuando se garantice su imparcialidad, imparcialidad e independencia.

2.4.- Sujetos de la persecución penal

Si bien históricamente la persecución penal estaba en manos de personas de existencia física, que eran originariamente la víctima o el ofendido penalmente por el delito (derecho Germano antiguo); también hubo sistemas que reconocieron la acción popular donde se autorizada a cualquier ciudadano el ejercicio del derecho a la persecución penal (Grecia, Roma, Sistema Anglosajón y parcialmente en la ley de enjuiciamiento criminal Española). Con el avance de los siglos se implementó la intervención del Órgano de Acusación Pública. En la actualidad, a partir que cualquier persona puede denunciar, el órgano de acusación es el Ministerio Público Fiscal. Si la denuncia es respecto a delitos de acción pública, la acción será ejercida por el representante del M.P.F., si son delitos de acción privada, solo se admite el ejercicio de la acción a cargo del ofendido como querellante exclusivo. La gran mayoría de legislaciones procesales admiten la intervención de la víctima como querellante particular en delitos de acción pública o dependientes de instancia privada. Lo característico del sistema acusatorio con respecto a los órganos de acusación, es que además de la función de acusar, tienen potestad para promover el inicio del proceso de oficio o previa recepción de renuncias y son los encargados de la dirección de la instrucción, actualmente conocida como investigación penal preparatoria. Los Fiscales cuentan en los códigos procesales modernos, con amplias facultades para ello, las que se distinguen o deben distinguirse y separarse con claridad, de las atribuciones jurisdiccionales propias del tribunal. De este modo se logra concretar un postulado elemental del sistema que consiste en la división entre funciones de investigación y acusación (M.P.F., querellante) con las tareas de juzgar y sentenciar (tribunal).

2.5.- *Obligaciones y facultades del Tribunal*

Además de lo expuesto al hablar de la jurisdicción, queremos destacar las obligaciones de los integrantes del tribunal para desempeñarse con imparcialidad, independencia e imparcialidad, las que son de alcance tanto para el juez técnico como de los jurados populares.

“El tribunal presencia una contienda, la que se desenvuelve frente a los jueces técnicos o jurados populares, donde son meros observadores, sin poder alguno de intervención ya sea para lograr el ingreso de información, hacer preguntas a las personas que declaren u ordenar de oficio medidas de pruebas. Carecen de atribuciones para esto. Solo podrán dictar el veredicto de culpabilidad o no culpabilidad, en tanto que un juez técnico, en el juicio por jurados, podrá actuar como director del proceso para controlar la actividad de las partes. Para el caso que el juicio se lleve a cabo ante jueces letrados, ya sea en colegio o salas unipersonales, éstos tendrán facultades de dirección y dictado de la sentencia, pero no se admite que dispongan la incorporación de pruebas de oficio (carecen de facultades autónomas de investigación y prueba), ni podrán llevar a cabo actos para que se incorpore información al proceso mediante interrogatorios al imputado y testigos. Las leyes, por lo general, solo autorizan a efectuar preguntas aclaratorias de modo excepcional, siendo que dicha función es reconocida a la parte acusadora y a la defensa técnica. Tendrán facultades de dirección del proceso, como se sostuvo precedentemente”.

2.6.- *Situación del acusado - Ejercicio del derecho de defensa*

El imputado “es un sujeto de derechos colocado en una posición de igualdad con el acusador; cuya situación jurídica durante el procedimiento, no varía hasta la condena...”⁴¹.

⁴¹ Maier, Julio B. J. Derecho Procesal Penal T 1 Fundamentos. Editores del Puerto S.R.L., 2da Ed., 4ta reimpresión, C.A.B.A. 2012.

En el sistema acusatorio, si bien el imputado, durante el proceso es una persona sobre la cual recae un estado de sospecha suficiente o donde podrán presentarse elementos de convicción suficientes en su contra que lo incriminen; goza generalmente de libertad durante el proceso y la prisión preventiva es una excepción, ello como consecuencia del reconocimiento del estado de inocencia hasta que una sentencia lo declare culpable, previo haberse llevado a cabo un juicio justo.

Con respecto al ejercicio del derecho de defensa, es considerado como un derecho fundamental a tal punto que ha sido consagrado con fuerza de garantía constitucional para la gran mayoría de países y estados que implementaron este sistema. En nuestro país se lo reconoce de modo expreso por el art. 18 de la C.N. logrando mayor fuerza con los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

2.7.- Ejercicio de los derechos de las partes

Desde el inicio del proceso las partes tienen facultades para el ejercicio de los derechos y atribuciones que las leyes reconocen, con pleno respeto a las reglas del contradictorio, bilateralidad e igualdad de armas resultantes de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio e igualdad ante la ley. Durante la etapa de investigación, el órgano de acusación se encuentra legitimado para ejercer y promover la acción penal, podrá ordenar medidas de coerción previstas mientras que la defensa podrá solicitar su control jurisdiccional, cuando considere que afectan sus derechos. En el mismo sentido, se autoriza el control del proceso por los jueces para garantizar la situación de igualdad de las partes. El Ministerio Público o el querellante (particular o exclusivo), tienen a cargo la acusación y por lo tanto la carga de la prueba sobre los extremos de la misma.

2.8.- Características del proceso en la etapa de investigación y del juicio

La etapa de la investigación tiende a permitir el ejercicio efectivo de las garantías constitucionales del imputado, si bien la mayoría de los códigos procesales establecen su carácter escrito y oral para los casos en que se lleven a cabo audien-

cias de control u otras previstas en las mismas leyes procesales, como audiencias de anticipos probatorios, audiencias multipropósito, de controles jurisdiccionales, de prisión preventiva y de control de la acusación, estos actos se cumplen oralmente, en tanto que la recepción de pruebas testimoniales u otras, en general es por escrito durante la I.P.P. Es decir que la etapa de investigación actualmente es en gran parte escrita y también oral, aunque destacamos que la tendencia es que tanto las actas como otros actos procesales durante la etapa de instrucción, sean documentados en video filmaciones con audios, de modo que se procura eliminar el expediente para emplear en su lugar un legajo que cada parte llevará con conocimiento y aviso de su contenido a la contraria, para resguardar el juego limpio y la buena fe procesal.

En cambio, la etapa preliminar y del juicio, se llevan a cabo mediante audiencias orales, públicas, contradictorias y continuas, salvo los casos excepcionales autorizados por la legislación. Así, cobran importancia por medio de la oralidad, la elaboración de una teoría del caso y todos aquellos actos relevantes como los alegatos de apertura y/o la formulación de acusación, las declaraciones de imputados, testigos, peritos, la incorporación de pruebas materiales por intermedio de testimonios, los incidentes u otros planteos durante el desarrollo de la audiencia de juicio; los alegatos de cierre o clausura y el veredicto por el Jurado Popular o la sentencia, si la dicta un Tribunal técnico.

Cabe destacar que, como consecuencia de la oralidad, en el sistema acusatorio el juicio es público, lo que a su vez permite garantizar la contradicción entre los órganos de acusación y defensa además de la continuidad e inmediatez del tribunal y de las partes. La oralidad con el empleo de lenguaje claro junto al carácter público de las audiencias, confiere transparencia, promueve el control de los actos de administración de justicia y mejora la calidad de los mismos.

El tiempo que se emplea para el desarrollo de los actos del juicio es fundamental para proteger la memoria de los jurados o jueces técnicos, de los defensores y de la parte a cargo de la acusación. El carácter continuo del juicio, también conocido como la "continuidad del proceso", hace referencia a que el juicio se lleve a cabo en un lapso breve de tiempo y sin dilaciones que entorpezcan el dictado de sentencia dentro de la mayor brevedad. En razón que los alegatos finales o de cierre se exponen inmediatamente después de clausurada la etapa de recepción de pruebas, lo que acontece de forma sucesiva a testimonios

(calificados y que habiliten con sus deposiciones la incorporación de otras pruebas materiales, documentales, informativas, etc.), la continuidad del proceso es elemental para proteger la memoria tanto de los sujetos procesales como de los miembros del tribunal técnico o del jurado popular, quienes luego de los alegatos, pasarán a deliberar para el dictado del veredicto o sentencia. Sumado a esta característica, también se respeta la regla técnica de concentración del tribunal, que se refiere a que los jueces que dicten veredicto o sentencia deben haber presenciado el debate desde su comienzo hasta su fin.

2.9.- Sistema de Valoración de Pruebas

en el acusatorio adversarial, para el juicio por jurados populares, impera el sistema de valoración probatoria de la íntima convicción, lo que significa que quienes resuelven no deberán explicar los fundamentos de su veredicto ni el razonamiento empleado para arribar al mismo. Tampoco se deben mencionar cuales fueron las pruebas que utilizó el jurado ni dar a conocer públicamente los motivos, argumentos o razones de sus fundamentos. La íntima convicción implica conferir al jurado popular, el poder de dictar el veredicto por estar convencido íntimamente, más allá de toda duda razonable, que el acusado debe ser declarado culpable o no culpable.

Las razones, motivos o fundamentos del veredicto tienen como base el juicio oral, público, contradictorio y continuo que se llevó a cabo en presencia de los jurados populares. El veredicto no es un producto resultante de la arbitrariedad o capricho porque el sistema de valoración probatoria sea la íntima convicción. El veredicto del jurado popular es un acto jurisdiccional muy serio, resultante de toda la prueba expuesta oralmente en las audiencias del juicio, de las argumentaciones de las partes tanto en alegatos de apertura y finales; en las incidencias u objeciones formuladas. El veredicto también tiene como base argumental y de razonabilidad, las instrucciones impartidas por el juez técnico, tanto iniciales como instrucciones finales, las que constituyen verdaderas normas que motivan su dictado. También el veredicto es el resultado de una deliberación que sin dudas es exigente en cuanto al análisis de todas las evidencias y pruebas expuestas en el juicio, porque cuando el sistema adoptado es del jurado clásico, será necesaria la unanimidad de doce personas para la declaración de culpabi-

lidad en tanto que en los otros sistemas, se requieren mayorías considerables según las leyes locales de cada provincia o estado, que generalmente son exigentes con respecto al número de jurados y el porcentaje necesario. Por lo tanto, el sistema de la íntima convicción como método de valoración de pruebas en los juicios por jurados populares, es coherente y se sustenta en todos estos institutos que confieren legitimidad plena al veredicto.

Si el tribunal es técnico, integrado por jueces abogados, el método valorativo de pruebas es el de la sana crítica racional o libre convicción. “El tribunal debe llegar a una decisión luego de una meritución de los elementos de juicio incorporados y esa valoración razonada debe ser explicitada. En otras palabras, el Tribunal debe explicar, debe dar las razones de por qué valora de determinada manera...y dar las razones por las que estima probado el hecho, la autoría del imputado, el encuadre legal...los motivos de la pena...”⁴², lo que facilita el control de la sentencia por las partes y por cualquier interesado, al mismo tiempo que se cumple con los requisitos constitucionales de publicidad de los actos de gobierno del poder judicial.

2.10.- *La sentencia*

Como se expuso, si el juicio fue por jurados populares, la decisión final es el veredicto, se logra cuando exponen su decisión y voluntad los integrantes del jurado popular ya sea por unanimidad o por mayoría, según sea el sistema legislado. Se arriba al veredicto, por votación secreta y el resultado se hace público mediante la lectura a viva voz del veredicto.

Si el juicio se llevó a cabo ante un tribunal técnico, la decisión final es la sentencia que se dicta inmediatamente de concluida la audiencia de juicio, cuando así lo dispone el tribunal y pasa a una deliberación secreta, luego de la misma dicta sentencia que es leída a viva voz en la sala. Los fundamentos de la sentencia podrán ser expuestos oralmente por el presidente y ministros del tribunal en ese mismo acto o diferir su lectura su fuere necesario dentro del plazo que la legislación procesal lo autorice.

⁴² Coussirat, Guajardo, Peñaloza, Quiroga: Manual de Derecho Procesal Penal, t. 1, pág. 57, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2008, Mendoza, Argentina.

2.11.- *Actos y desarrollo del proceso*

Como consecuencia de las características precedentes, puede sostenerse que el Sistema Acusatorio posibilita un acercamiento e incluso mayor participación ciudadana en la administración de justicia, respondiendo a lo que la sociedad legítimamente reclama: un servicio que brinde respuestas en tiempos útiles, que sea transparente, que acompañe a la víctima, que abandone el expediente papel, que llegue al núcleo de las grandes organizaciones criminales; en suma, que sea más eficiente, accesible y humano⁴³.

III. Sistema Inquisitivo

3.1.- *Ubicación en la historia*

Tuvo su máxima expresión en la Edad Media. En esa época se mezclaban las normas religiosas con las jurídicas, la idea de delito y pecado, a lo que se suma que el Derecho Canónico tuvo mucha trascendencia hacia el derecho común y por lo tanto los delitos eran considerados acciones contrarias al orden del príncipe que a su vez tenía autoridad proveniente de Dios, lo que implicaba la necesidad de imponer sanciones por medio de procedimientos penales dotados de mucho rigor. Si a ello se suma que durante muchos siglos se acudía a la prueba de confesión, la imposición de la tortura como vía para su logro se incrementó, cuya aplicación era coherente con las características del sistema: escrito, secreto, con desigualdad de armas especialmente para el ejercicio de la defensa y las atribuciones probatorias y de investigación para el tribunal. El sistema inquisitivo logró vasta aplicación durante los siglos XII al XV. Luego comenzó a ser atenuado con el iluminismo y la revolución francesa.

3.2.- *Finalidad del proceso*

considerando la ubicación histórica en que se originó y logró aplicación el sistema inquisitivo, como se explicó antes, fue utilizado como herramienta o mé-

⁴³ Borinsky, Mariano, nota citada.

todo de los gobiernos autoritarios y absolutistas de la época para sostener y mantener el poder que ejercían. Por lo tanto, la finalidad del proceso era la protección de los intereses del poder.

3.3.- *Jurisdicción*

Es ejercida por magistrados permanentes, por lo general en salas unipersonales. Antiguamente, representaban a quien ejerce el poder de modo absoluto y/o de un modo central. Actualmente, son jueces técnicos que ejercen funciones de investigación y jurisdiccionales. Es decir que el tribunal tiene facultades autónomas de investigación o de pruebas. Admite la doble instancia.

3.4.- *Acción*

Ejercida en la historia del sistema inquisitivo, por un procurador real, pero se podía promover de oficio por un magistrado cuando tuviera conocimiento de una denuncia secreta, admitiendo que el mismo sujeto tuviera a cargo el ejercicio de acción y jurisdicción. Es decir que el órgano jurisdiccional puede ejercer la acción penal ya sea si ha sido promovida por un procurador (fiscal en el sistema mixto), o directamente de oficio, lo que implica el ejercicio conjunto de las facultades de investigación y resolución respecto de la situación del acusado. Es decir, se atribuye al mismo tribunal las funciones de investigación, juzgamiento y dictado de sentencia.

3.5.- *Impulso procesal*

El Juez tiene poder absoluto de impulso procesal, de investigación de la verdad, lo que le permitía ejercer discrecionalmente o bajo otros criterios, las actividades procesales necesarias para el avance del caso y pone en riesgo el derecho de toda persona acusada a un proceso penal rápido o al cumplimiento del plazo razonable del proceso judicial.

3.6.– *Medidas de coerción en el sistema inquisitivo se imponen como regla o como criterio general*

Ej.: detención, incomunicación, prisión preventiva, etc.

3.7.– *Derecho de defensa, Posición de las partes*

Como consecuencia de las características anteriores, la situación procesal del imputado y de su defensor están en evidente desproporción o desigualdad con relación al mismo órgano de la acusación, que es el propio tribunal. El derecho de defensa tiene limitaciones reales o en otros casos no se respeta o no se facilita, todo ello por las características del proceso inquisitivo: escrito, secreto, facultad del tribunal de rechazar pruebas sin fundamentos o sin control por otros tribunales e impedimentos para el control de las pruebas de cargo.

3.8.– *Sistema de valoración de pruebas*

Rige el sistema de la prueba tarifada o sistema de pruebas legales o positivo, es decir aquellas pruebas establecidas por una ley que le otorga valor, ejemplo “a confesión de parte, relevo de prueba”, o “testigo único, testigo nullus” que significa que un solo testigo no aportaba prueba suficiente.

3.9.– *Trámite, publicidad y contradictorio*

El proceso tramita por escrito, no hay publicidad, es secreto y no existe o es muy limitado y/o restringido el contradictorio entre las partes.

IV. Sistema mixto

A modo de resumen, con motivo de la reacción frente al sistema inquisitivo, luego de la Revolución Francesa, el sistema acusatorio no logró su aplicación

plena, porque la fuerza de la costumbre procesal tenía mucho peso. El sistema mixto es aquel en donde se aplican diversos institutos del sistema inquisitivo de manera atenuada. “Es una reunión o yuxtaposición de elementos inquisitivos y acusatorios”, aunque prevalecen los acusatorios (Vélez Mariconde).

4.1.– Históricamente, si bien existen antecedentes del sistema en el derecho romano imperial, se lo ubica con un hecho del siglo XIX puntual que fue la sanción del Código Napoleónico de 1808, el que tuvo repercusión en varios países de Europa.

En la República Argentina, el primer sistema mixto de notoriedad fue con el Código de la Provincia de Córdoba en 1939 y muchos años posteriores, con el C.P.P. de la Nación en 1992.

4.2.– Finalidad en el sistema mixto: “...satisfacer los intereses de la sociedad en el descubrimiento y el castigo de la delincuencia y...la preservación de las libertades individuales del sujeto sometido a proceso”⁴⁴.

4.3.– Jurisdicción: el sistema se caracteriza por tener dos etapas bien diferenciadas, la de investigación llamada instrucción formal a cargo de un Juez de Instrucción (tiene por objeto reunir elementos para dar base a la acusación o al sobreseimiento) y la segunda etapa, del juicio (plenario) cumplida por un tribunal de jueces técnicos. Las facultades jurisdiccionales son ejercidas por el juez de instrucción en la primera etapa y por el tribunal de juicio en la segunda.

4.4.– Acción penal: su ejercicio se le atribuye al órgano estatal de acusación que es el Ministerio Público sin perjuicio que en algunos países se reconoció facultades de acusación a los damnificados y se permitió la intervención de los mismos como actores civiles. Una vez promovida la acción penal por el Fiscal, es el Juez de Instrucción quien sigue adelante llevando a cabo los actos de investigación, pero al momento de clausurarla, es el Fiscal quien ejerce la acusación requiriendo la citación a juicio. Sin embargo, en la etapa del juicio, el tribunal tiene facultades para disponer la producción de pruebas e interrogar testigos. En este sistema son los jueces quienes comienzan los interrogatorios, haciéndolo de un modo amplio y profundo, generalmente, dejando sin preguntas o con poco margen, para que formulen los sujetos procesales.

4.5.– Derechos y facultades de las partes: durante la instrucción, el Juez dirige la misma; el proceso transita una etapa en ciertos momentos secreta, limitadamente pública, donde las pruebas que ofrezcan podrán ser rechazadas si el

⁴⁴ Coussirat, Guajardo, Peñaloza y Quiroga: ob. Cit. pág. 65.

Juez de Instrucción las considera impertinentes o inútiles, lo que implica que la bilateralidad y regla técnica del contradictorio no logra plena aplicación. En la etapa del juicio oral y público, la igualdad de armas entre los sujetos procesales logra mayor operatividad, sin embargo, tienen rasgos inquisitivos las atribuciones de los jueces autorizados a formular preguntas a testigos y de este modo generar la introducción de información. El juicio es oral, público, contradictorio y continuo.

4.6.– Valoración de pruebas: se aplica el sistema de la libre convicción o sana crítica racional.

4.7.– Sentencia: el juicio de única instancia, culmina con el dictado de la sentencia sin embargo se admiten y regulan recursos extraordinarios de casación, inconstitucionalidad y revisión⁴⁵.

En función de todo lo que se ha expuesto hasta ahora, vale la pena recordar lo sostenido por Francesco Carrara con respecto al sistema acusatorio, quien destacó que fue la forma primitiva en los juicios criminales porque prevalecía en el delito y la pena el concepto del interés privado y se basa en el principio de que nadie puede ser llevado a juicio sin una acusación que otro sostenga en contra de él ante las autoridades competentes. Esta idea central del sistema, tiene pleno encuadramiento jurídico en la República Argentina a partir de las normas constitucionales que surgen de los pactos internacionales de derechos humanos y de principios con la misma supremacía contenidos en la C.N., que parten de la garantía a favor de las víctimas a tener una tutela judicial efectiva y pleno acceso a la jurisdicción. Es decir, el punto de partida del sistema procesal de enjuiciamiento penal acusatorio con litigación adversarial, es el reconocimiento de los derechos de víctimas u ofendidos ante la afectación o perjuicio a los bienes jurídicos que protege el derecho penal a favor del afectado, para formular acusación (que en este sentido comprende las actividades de promover la acción penal, impulsar su ejercicio para reunir evidencias y luego, si hay pruebas, acusar).

Por lo tanto, pasamos a estudiar los fundamentos legales del reconocimiento de los derechos de las víctimas, como partes legitimadas en el sistema acusatorio, para denunciar, intervenir durante el proceso con plenas facultades para proponer diligencias, participar, en audiencias, ser escuchada, formular acusación y solicitar un castigo en un proceso penal cumplido con resguardo de la bilate-

⁴⁵ Vélez Mariconde, Alfredo, ob. Cit. pág. 23.

ralidad, el contradictorio, la igualdad procesal y ante un tribunal imparcial, independiente e imparcial.

V. Bases legales con jerarquía constitucional del sistema acusatorio

5.1.- *DADyDH: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: DERECHO DE JUSTICIA.* art. XVIII.- Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

5.2.- *DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos:* art. 8.- Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley

5.3.- *CEDH: Convención Europea de Derechos Humanos* (se cita a modo de referencia, no tiene jerarquía constitucional para nuestro país): Art. 13. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

5.4.- *DADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos:* art. 8.- Garantías judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Art. 25.- Protección judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

5.5.- PIDCyP: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: art. 14.-

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un pleito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgadas sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido indultada por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Como puede advertirse, las normas citadas resaltan el derecho de las personas que hayan sufrido vulneración de bienes jurídicos reconocidos y protegidos por la ley, para lograr una efectiva tutela judicial con pleno acceso a la jurisdicción, en condiciones de plena igualdad para el ejercicio de sus atribuciones procesales y frente a tribunales técnicos o jurados populares independientes a imparciales.

La interpretación sistemática y conjunta de estas normas con el resto de las disposiciones constitucionales, permitieron obtener resoluciones de casos que sentaron jurisprudencia para destacar a continuación.

VI. Jurisprudencia internacional que reconoce principios y reglas técnicas del sistema acusatorio

6.1.- Con evidente criterio acusatorio, en consonancia con el sistema en análisis, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido expresamente el derecho al contradictorio, la bilateralidad e igualdad de armas en el proceso penal, al proteger la participación de víctimas y de sus herederos forzosos, por violaciones a los derechos humanos, de acceder a la justicia a efectos de proveerles una reparación. Esta doctrina fue sentada en los casos “Velázquez Rodríguez vs. Honduras (29.7.1988) y en sentido similar: Fairén Garbí y Solís

Corrales vs Honduras (26.6.1987); Loayza Tamayo vs. Perú (16.9.1997); Suárez Rosero vs. Ecuador (12.11.1997); Castillo Páez vs. Perú (22.11.1998); Kawas Fernández vs. Honduras (3.4.2009) y muchos más.

6.2.- En *Bulacio vs. Argentina* (18.9.2003) la C.I.D.H. afirmó que la investigación y sanción de los responsables, reivindica la memoria de la víctima, da consuelo a sus deudos, significa reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos acaecidas y entraña compromiso que hechos como esos no vuelvan a ocurrir (Párr. 105), que la víctima a quien también amparan los derechos de que el juicio se lleve a cabo en un plazo razonable, se descubra la verdad y se sancione a responsables (párr. 114); que la tutela judicial efectiva exigen que los jueces eviten dilaciones indebidas que produzcan impunidad, frustrando la debida protección de los derechos humanos...las víctimas deben tener acceso a todas las etapas del proceso (párrafo 121).

6.3.- En el caso *La Cantuta vs. Perú* (29.11.2006), los familiares de las víctimas cuestionaron el sobreseimiento de jueces militares y lograron llevar el caso ante la C.I.D.H., la que desconoció los efectos de la cosa juzgada del sobreseimiento y mandó a asegurar que los familiares de las víctimas tengan pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias y que el estado no puede argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de los hechos. Entre otras consideraciones para destacar, se sostuvo que el derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar una decisión en un plazo razonable.

6.4.- En “*La masacre de la Rochela vs. Colombia* (11.5.2007)”, la Corte reiteró que el acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares, a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables pues el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes. El estado sino investiga de manera adecuada y sanciona a los responsables, viola el deber de respetar los derechos reconocidos por la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, tanto de la presunta víctima como de sus familiares, impide que la sociedad conozca lo ocurrido, propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares (párr. 148).

6.5.– En Zambrano Vélez, vs Ecuador (4.7.2007), se concluyó que el derecho a investigar no se contrapone al derecho que tienen las víctimas y sus familiares a ser oídos y a participar ampliamente en el procedimiento (párrafo 120).

“La Corte ha establecido que el deber de investigar no debe ser asumido por el Estado como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciática procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. Esto último no se contrapone con el derecho que tienen las víctimas de violaciones a derechos humanos o sus familiares, a ser escuchados durante el proceso de investigación y el trámite judicial, así como a participar ampliamente de los mismos”.

6.6.– En Albán Cornejo vs. Ecuador (22.11.2007), la C.I.D.H., destacó un punto elemental relacionado con el sistema de enjuiciamiento acusatorio: la efectiva participación del querellante aunque se trate de casos en los que no estén comprometidos delitos de lesa humanidad sino otras figuras penales. Se trató de un caso de homicidio culposo por mala praxis médica. Se fijó la siguiente doctrina judicial: que el estado ecuatoriano no aseguró el acceso efectivo de las garantías y protección judiciales de los padres de la víctima (en violación a los arts. 8.1 y 25 C.A.D.H.), en tanto tuvo una actitud pasiva durante el proceso de investigación y trasladó a las presuntas víctimas la carga de realizar diversas diligencias para preparar la acción penal e impulsar la investigación para el esclarecimiento de los hechos y no realizó un enjuiciamiento oportuno y mandó pagar la indemnización.

VII. Fallos de la CSJN y doctrina judicial que consagra el sistema acusatorio

7.1.– Si hay un precedente de la CSJN que implicó un giro destacado hacia la consolidación del sistema procesal penal que analizamos, fue el dictado el 17 de abril del 2004 cuando el Máximo Tribunal Falló en causa “Mostaccio, Julio Gabriel s/homicidio culposo”⁴⁶, remitiéndose a los fundamentos expuestos en fallos anteriores, como “Cáceres”, precedente que a su vez remite al conocido caso “Tarifeño”. El proceso se refiere a la sentencia dictada por un Juzgado Co-

⁴⁶ CSJN Mostaccio, Julio Gabriel s/homicidio culposo – M. 528. XXXV <https://sjconsulta.cjn.gov.ar/sjco nsulta/docume ntos/verDocumento ById.html? idDocumento=5534771>.

rreccional de la Provincia de Mendoza que condenó al imputado, a la pena de seis meses de cumplimiento efectivo y cinco años de inhabilitación especial para conducir vehículos automotores, como autor del delito de homicidio culposo (conforme art. 84 del C.P.). Lo notorio fue que el Fiscal, cuando alegó, se abstuvo de solicitar pena y pidió la aplicación del nuevo C.P.P. para esa fecha, es decir del sistema acusatorio establecido por Ley N° 6730 de la Provincia. No obstante, la abstención del Fiscal, el Juez Correccional dictó la sentencia condenatoria frente a la que se dedujeron recursos extraordinarios de inconstitucionalidad y casación ante la SCJ de Mza, que rechazó el recurso de casación en cuanto al fondo del planteo razón por la cual la defensa planteó el remedio federal que fue concedido. Así la CSJN, por mayoría, declaró procedente el recurso extraordinario federal y dejó sin efecto el pronunciamiento que había sido objeto de impugnación. Al fundar su decisión, el Tribunal se remitió a los precedentes “Cáceres” que a su vez remite a “Tarifeño”⁴⁷.

Entre las numerosas enseñanzas de estos fallos, podemos mencionar la nulidad de las sentencias condenatorias cuando el representante del MPF, con fundamentos y razonabilidad, solicite la absolución del imputado.

Si bien el poder judicial a través de los tribunales tiene atribuida la jurisdicción, lo que implica la potestad de juzgar en un proceso penal, resolviendo el conflicto entre las partes, en materia penal el estado es representado por el MPF para el ejercicio de la acción penal y por otro lado se encuentra el Juez como tercero imparcial, no comprometido con las posiciones de las partes, que es quien tiene la función de resolver el litigio con imparcialidad. Esta división de competencias garantiza el principio de contradicción y la realización eficiente del derecho de defensa del imputado. El modelo procesal delineado por la C.N. distingue claramente la función de perseguir y acusar de la función de juzgar y penar, las cuales son independientes y distintas y cada una de éstas está a cargo de órganos diferenciados y autónomos⁴⁸.

En el precedente al que remitió el fallo, se dispuso: “3°) Que esta Corte tiene dicho reiteradamente que en materia criminal la garantía consagrada por el art.

⁴⁷ Peñasco, Pablo Guido: Consolidación del sistema procesal penal acusatorio adversarial a partir de la jurisprudencia de Mendoza. Proyección de los principios de litigación de la Ley de Juicio por Jurados Populares al Proceso Penal común. Revista Jurídica Región Cuyo, Argentina, N° 7, octubre 2019. https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=081b4cba455e129f46_acc4b26e39103f.

⁴⁸ Fallos actuales en materia penal, Corte Suprema de Justicia de la Nación. Reseñas y Comentarios, dirigido por José Antonio Buteler, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2007, pág. 46.

18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:155 7, entre muchos otros). 4º) Que en el sub lite no han sido respetadas esas formas, en la medida en que se ha dictado sentencia condenatoria sin que mediase acusación. En efecto, dispuesta la elevación a juicio (fs. 414/416 del principal), durante el debate el fiscal solicitó la libre absolución del sujeto pasivo del proceso (fs. 507/508 del mismo cuerpo), y, pese a ello, el tribunal de juicio emitió la sentencia recurrida, por lo que corresponde decretar su nulidad y la de las actuaciones posteriores que son consecuencia de ese acto inválido” (voto de los Ministros Petracchi, Belluscio y Bacque)⁴⁹.

7.2.– En el caso Quiroga, Edgardo Oscar s/causa 4302 CSJN 13–12–2004⁵⁰, donde se declaró la inconstitucionalidad del art. 348 del C.P.P.N., se profundizó el modelo acusatorio adversarial, toda vez que dicho fallo sentó la doctrina que la función de ejercicio de la acción o pretensión punitiva del estado le corresponde exclusivamente al MPF en la etapa de la investigación penal preparatoria. Asimismo, sentó dos grandes conclusiones: por un lado, que los Jueces no deben acusar ni los Fiscales deben Juzgar; por otro lado, se expuso la necesidad de asegurar la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal, consagrada por el art. 120 de la C.N.

Si bien, por lo general los Ministerios Públicos integran el poder judicial y sus representantes cumplen la función asignada, los fiscales ejercen su trabajo desde una posición muy distinta y diversa con respecto a los jueces, por esa razón, entre otras, una de las grandes doctrinas judiciales resultantes de este fallo fue que NI EL FISCAL PUEDE JUZGAR NI EL JUEZ PUEDE ACUSAR, porque se declaró inconstitucional el art. 348 del CPPN en la parte que habilitaba a la Cámara de Apelaciones a resolver la contienda entre el Fiscal de Instrucción y el Juez cuando este último no estuviere de acuerdo con el requerimiento de sobreseimiento practicado por el MP.

7.3.– Lineamientos básicos del sistema acusatorio: La CSJN, al precisar qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la Constitución Nacional, ha dicho que esa norma exige observancia de las formas

⁴⁹ CSJN en el caso: Tarifeño, Francisco, 29–12–1989. <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?u secase=mostrarHjFallos& falloId=64137>.

⁵⁰ Quiroga, Edgardo Oscar s/causa 4302 CSJN 13–12–2004– <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?u secase=mostrarHjFallos& falloId=70230>.

sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros), y dotó así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, en consecuencia, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (Fallos: 234:270). Que de ello se sigue que la exigencia de acusación, como forma sustancial de todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto o contenga distingo alguno respecto del carácter público o privado de quien la formula (Fallos: 143:5 y 321:2021)...la etapa del debate materializa claramente principios de puro cuño acusatorio dada la exigencia de oralidad, continuidad, publicidad y contradictorio, los cuales no sólo responden a un reclamo meramente legal sino que configuran verdaderos recaudos de orden constitucional (arts.18 y 24 de la Constitución Nacional; art. 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)⁵¹.

7.4.- El juez que intervino como Juez de Instrucción no debe integrar el Tribunal de Juicio en la misma causa. (Quien instruye no debe juzgar en el mismo caso): El fallo concluyó declarando que es inconstitucional el art. 88 de la Ley N° 24.121 en cuanto suprimió como motivo de inhibición del juez el hecho de que en el mismo proceso hubiere pronunciado sentencia o auto de procesamiento.

La supresión por la Ley N° 24.121 de la causal de recusación consistente en que el juez que interviene en el juicio haya dictado el auto de procesamiento se encuentra en pugna con el art. 8° párrafo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵².

7.5.- En sentido semejante que el anterior, corresponde el apartamiento del juez integrante de la Cámara de Apelaciones para intervenir en el Tribunal del Juicio:

⁵¹ CSJN, 12/6/2007, "Recurso de hecho deducido por Amodio, Héctor Luis", (Highton, Fayt, Petracchi, Argibay y Maqueda - mayoría que se pronuncia por la inadmisibilidad formal de recurso sin entrar al fondo de la cuestión - ; Lorenzetti y Zaffaroni -disidencia sobre la improcedencia y pronunciamiento sobre el fondo-) <http://www.csjn.gov.ar/docus/docum entos/ nov ed ades. jsp>.

⁵² CSJN, 17/5/2005, "Llerena, Horacio". CSJN, 8/2/2006, "Nieva, Francisco".

“Si se aduce que la sentencia condenatoria confirmada por el voto mayoritario de los mismos jueces que habían intervenido en el proceso –en el caso, revisando el auto de procesamiento– afecta una garantía del derecho internacional, cuál es la imparcialidad del tribunal, el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la Ley N° 48, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado Argentino frente al orden jurídico supranacional (dictamen del Procurador al que adhiere la Corte)”.

“Cabe dejar sin efecto la sentencia de la Cámara de Apelaciones que confirmó una condena con el voto mayoritario de los mismos jueces que habían intervenido en la revisión del auto de procesamiento, ya que al implicar esas decisiones un estudio minucioso de la cuestión –respecto de las consideraciones de hecho, prueba, calificación legal y determinación de responsabilidad desde el punto de vista de la culpabilidad–, verosímilmente pudo haberse afectado la posibilidad de un reexamen de la condena sin prejujuicio del caso, esto es, la imparcialidad del Tribunal (dictamen del Procurador al que adhiere la Corte)”.

“La revisión de una sentencia condenatoria por los mismos jueces que intervinieron previamente en la apelación del auto de procesamiento no garantiza la vigencia plena de la garantía de la doble instancia, la cual exige que magistrados que no conocieron anteriormente el hecho revisen las decisiones del inferior (dictamen del Procurador al que adhiere la Corte)”.

“Debe ser descalificada la sentencia de la Cámara de Apelaciones que confirmó una condena penal con el voto mayoritario de los mismos jueces que con anterioridad desestimaron las nulidades planteadas por la defensa y revisaron el auto de procesamiento, por resultar contraria a la garantía que tiene toda persona de ser juzgada por un tribunal imparcial” (voto de la doctora Argibay)

“Resulta incompatible con la garantía de imparcialidad la circunstancia que sea un mismo juez el que intervenga en la instrucción del proceso y el que actúe en la etapa de juicio”.

“Quien debió emitir un juicio de verosimilitud podría quedar psíquicamente condicionado para emitir un juicio de certeza”, generando ello un “temor de parcialidad”.

“No podrá formar parte del tribunal quien haya intervenido anteriormente, de cualquier modo, o en otra función o en otra instancia en la misma causa” ... “ni quienes hayan participado en una decisión posteriormente anulada por un tribunal superior”.⁵³

7.6.- Necesidad de existencia y sostenimiento de la acusación para el dictado de sentencia de condena – Acusación – Juzgamiento:

“La separación de las funciones de acusar y juzgar constituye, por otro lado, un principio asentado en los precedentes del Tribunal desde la perspectiva del derecho de defensa en juicio (doctrina de Fallos: 237:158; ver asimismo Fallos: 308:1557), perfeccionándose luego en la exigencia de acusación a partir de la prueba producida en el debate como forma sustancial del debido proceso, tal como se desprende de la doctrina iniciada en ‘Tarifeño’ y a la que remití al inicio. De ello se sigue que la exigencia de acusación, como forma sustancial en todo proceso penal, salvaguarda la defensa en juicio del justiciable, sin que tal requisito tenga otro alcance que el antes expuesto (Fallos: 143:5 y 321:2021). Y no sólo eso, sino que es el único instrumento que tiene el Estado para provocar una decisión de culpabilidad o inocencia. Desde esta perspectiva, las consecuencias que, tanto para el a quo como para el fiscal ante esa instancia, se derivan de una serie de preceptos contenidos en las leyes procesales locales –y que a la postre permitirían la condena del imputado cuando el fiscal pidió su absolución– van en desmedro de los recaudos exigidos por la doctrina de V.E. para asegurar las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso, e implican un apartamiento infundado de los precedentes de la Corte, especialmente cuando, como en este caso, dicha posición ha sido expresamente invocada por los apelantes (Fallos: 307:1094; 329:2614)” (dictamen del Procurador General de la Nación al que se remitieron los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni)⁵⁴.

⁵³ CSJN, 8/08/2006, “Dieser, MaríaG. y Fraticelli, Carlos A. – homicidio calificado”, LL, 18/08/2006.

⁵⁴ CSJN “Cardenas Almonacid, José Rolando y otros”, Fallos 332:391, 17/3/2009. <http://www.csjn.go.v.ar/jurisp/js/p/fallos.do?usec ase=mostrar Documento&falloI d=4470>.

7.7.– Sentencia y alegatos: nulidad y validez. Lo escueto no indica lo arbitrario:

“Para privar de validez a una sentencia de absolución, porque los jueces no advirtieron que el dictamen del fiscal era nulo, es necesaria la verificación razonada de esa tacha de modo que resulte patente y manifiesta. Más aún en este caso, en el que la cámara juzgadora examinó el punto y juzgó, por mayoría, que el alegato estaba fundado, y ajustado a las comprobaciones del proceso, de un proceso que estaba ‘pasando’ ante los sentidos de esos jueces. A mi modo de ver, el fallo confunde ausencia de fundamento de un acto con el acierto o error de estos fundamentos. En resumen, puede ser escueto el alegato fiscal, pero en la medida en que no se demuestra una arbitrariedad palmaria, ni que, como correlato, la sentencia de absolución sea tachable por ese vicio, los fundamentos de la nulidad resultan solo aparentes y encierran una indebida sustitución de la función requirente, con grave desmedro del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez y para siempre, su situación frente a la ley penal (Fallos: 272:188)”⁵⁵.

7.8.– Si el sujeto procesal puede intervenir en la causa, tiene el amparo del debido proceso legal: Caso Otto Wald (CSJN 21.7.1967), todo aquel a quien la ley le otorga personería para actuar en un proceso litigioso, se encuentra amparado por la garantía constitucional del derecho del debido proceso (art. 18 CN), que existe un derecho constitucional otorgado por igual a todos los litigantes y que se expresa en la posibilidad de obtener una resolución fundada en juicio previo conforme el ordenamiento jurídico. Luego este estándar fue seguido en el caso Higinio Panciroli (15.9.1981). Por lo tanto si la víctima u ofendido tiene plenas atribuciones para intervenir en el proceso penal, no corresponde restringir sus facultades de participación, como lo hacen numerosos códigos procesales penales del país⁵⁶.

7.9.– Igualdad de trato en el proceso: En el caso Sociedad Civil Deportivo Morón vs. Cigarroa (12.5.1977), la CSJN sostuvo que se agravia la garantía constitucional de la defensa en juicio que tiene todo aquel a quien la ley le reconoce

⁵⁵ CSJN 5. “Gilio, Juan”, Expte. G.931.XLII, 19/11/2009. <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?method=verDocumento&id=675936>.

⁵⁶ CSJN Otto Wald (CSJN 21.7.1967) <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/consultaSumarios/buscarSumariosFallo.html?idSumario=105991>.

personería para actuar en juicio, sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado, si se restringen sus derechos de participación⁵⁷.

7.10.- Validez de la acusación sostenida por el querellante particular aun cuando el MPF no la sostenga: Caso Francisco Santillán (CSJN 13.8.1998), donde el alto tribunal recordó el concepto de un procedimiento judicial según la redacción del art. 18 de la C.N., para lo cual se exige que se observen las formas sustanciales del juicio relativas a acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales, dotando así de contenido constitucional al principio de la bilateralidad, base sobre la cual debe el legislador, reglamentar el proceso criminal. De tal forma que admitió la acusación del particular ofendido por el delito, a pesar de que no había acusado el Ministerio Público Fiscal. En el tramo procesal previsto en el art. 393 del CPPN (alegato sobre pruebas y a los efectos de que se formule acusación) podría ocurrir que:

1) El fiscal solicite absolución y no existe querrela: en este caso la petición de la fiscalía resulta vinculante para el tribunal de juicio.

2) El fiscal requiere absolución y que la querrela formule acusación: esta situación es la que generó la doctrina “Santillán” (Fallos 321:2021 rta. 13-8-98), decidiéndose que debe arribarse a la sentencia que puede ser condenatoria o absolutoria, por los siguientes fundamentos más salientes: a) La acusación puede ser de carácter pública (Fiscal) o privada (querellante); b) Si al querellante se le reconoció personería para actuar en juicio, está amparado por la garantía del debido proceso legal previsto en el art. 18 CN por lo que posee el derecho de obtener una sentencia fundada y c) El pedido de absolución del fiscal no desampara al tribunal de juicio del ejercicio de la jurisdicción⁵⁸ (López, Jorge A., 2010).

7.11.- Se confirmó el criterio acusatorio que legitima la condena si existe acusación previa ya sea pública o privada: El precedente fue el caso Edgardo Sabio (CSJN S. 58, XLI - 11.7.2007): el Fiscal postuló la absolución de los encartados en los alegatos finales y que por ello el Tribunal de Juicio no podía condenar, en tanto que el Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro sostuvo que al haber variado la integración de la CSJN, el precedente Santillán no lo consideraba vigente. El querellante recurrió el fallo ante la CSJN, que sostuvo

⁵⁷ Franceschetti, Gustavo; Gamba, Silvia: El Querellante. Nova Tesis, Editorial Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2010, pág. 99.

⁵⁸ CSJN “Santillán, Francisco Agustín”, Expte. S.1009.XXXII, 13/8/1998.http://www.infojus.gob.ar/jurisprudencia/FA98001245-SUA0074312-santillan_recurso-federal-1998.htm.

que la sentencia de la corte provincial carecía de fundamentación suficiente, pues no aplicó un precedente (Santillán), con argumentos meramente conjeturales, que desconocen la conveniencia de asegurar la permanencia y estabilidad de las decisiones de la Corte, más allá de los cambios circunstanciales de su integración, en tanto no se aleguen fundamentos o medien razones que hagan ineludible su modificación⁵⁹.

7.12.– El querellante particular tiene facultades de intervención y para deducir recursos: Caso Oroz y Baretta (CSJN 13.4.1989), el querellante particular interpuso recurso extraordinario contra la resolución de sobreseimiento definitivo de los imputados, lo que fue denegado por la Cámara de Apelaciones en lo Penal competente por lo que el querellante dedujo el recurso correspondiente ante la SCJ de Buenos Aires que declaró mal concedido la impugnación y rechazó el planteo de inconstitucionalidad, por lo que dedujo recurso extraordinario ante la CSJN que dio lugar al planteo y ordenó dejar sin efecto la sentencia apelada de sobreseimiento. Sostuvo que negar al querellante particular la facultad de deducir recurso extraordinario en un caso de que medie cuestión federal, resulta violatorio de los arts. 5 y 31 de la C.N.– Además afirmó que debe ser obviada la restricción reglamentada por la norma (procesal), en casos en donde se veda a los querellantes particulares la interposición de recursos extraordinarios locales, aún en los casos en que planteen cuestión federal⁶⁰.

7.13.– Reconocimiento pleno a las facultades para recurrir a favor de la víctima como querellante: Caso Carlos Juri (CSJN 26.12.2006), se fijó la siguiente doctrina judicial: el ofendido tiene la facultad como querellante particular para recurrir en casación, porque el Ministerio Público puede recurrir en todos los supuestos, en los casos de sentencia absolutoria, cuando haya pedido la condena del imputado a más de tres años de pena privativa de libertad... mientras que el artículo... habilita al querellante a recurrir en los mismos casos que el acusador público; y luego manifestó que el criterio del tribunal casatorio implica, para la víctima, un cercenamiento de las normas internacionales sobre garantías y protección judicial previstas en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶¹.

⁵⁹ Franceschetti, ob. Cit. pág. 139.

⁶⁰ Oroz y Baretta (CSJN 13.4.1989) Franceschetti, Gustavo; Gamba, Silvia: El Querellante. Nova Tesis, Editorial Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2010, pág. 140.

⁶¹ Carlos Juri (CSJN 26.12.2006), citado por Franceschetti, Gustavo; Gamba, Silvia: El Querellante. Nova Tesis, Editorial Jurídica, Buenos Aires, Argentina, 2010, pág. 145.

7.14.- El desempeño del rol de querellante como acusador particular, debe ser ejercido de modo coherente durante todo el proceso: En el caso Edgardo y Juan Carlos Del 'Olio (CSJN 11.7.2006), el tribunal oral condenó a uno de los imputados cuando el Fiscal había solicitado la absolución, por lo que la defensa planteó casación que fue desestimada, motivo por el que la causa llegó al Máximo tribunal del país por vía de recurso de queja. Sostuvo la Corte que estaba en tela de juicio el alcance del art. 18 de la C.N., por lo que admitió el recurso y dijo que la decisión del Juez Instructor de dar por decaído el derecho a responder la vista del requerimiento de elevación a juicio trajo aparejado para la parte querellante la pérdida de los derechos procesales vinculados al acto precluido. Si el particular ofendido no concretó objetivamente y subjetivamente su pretensión, no podrá integrar legítimamente una incriminación que no formuló previamente.

Esta doctrina judicial enseña que la acusación responde al mantenimiento coherente de una posición acusadora durante todo el proceso penal⁶². Concretamente en el caso, se revocó la sentencia condenatoria porque no había existido una acusación válida, toda vez que el MPF no requirió la imposición de condena en los alegatos finales y si bien el querellante sí lo hizo, éste no había presentado su acusación en oportunidad en que se le corrió la vista del art. 346 del CPPN, es decir que el razonamiento fue el siguiente: si el querellante no presentó acusación al momento en que fue notificado del requerimiento fiscal, no es válida la condena sobre la base de un alegato donde peticionó la misma, sin haber acusado en la etapa intermedia.

7.15.- Legitimidad y validez para elevar la causa a juicio con la sola acusación del querellante particular: En autos Jorge Bernstein (CSJN 29.4.2008), durante el proceso la víctima postulaba la elevación de la causa a juicio mientras que el Fiscal de grado había pedido el sobreseimiento y se decidió admitir que la causa siguiera su curso y fuera elevada a juicio con la sola acusación del querellante. Se afirmó que la materia en tratamiento era el mismo tema analizado en oportunidad de fallar los casos Santillán y Quiroga, a cuyos fundamentos remitió en honor de la brevedad confirmando la resolución apelada que había permitido la elevación de la causa a juicio con la sola pretensión del querellante particular⁶³.

⁶² CSJN caso Edgardo y Juan Carlos Del 'Olio (CSJN 11.7.2006) - "Del 'Olio, Edgardo Luis y Del 'Olio, Juan Carlos", Expte. D. 45. XLI, 11/7/2006. <http://www.cij.gov.ar/d/sentencia-SGU-138123910.pdf>.

⁶³ CSJN - Jorge Bernstein (CSJN 29.4.2008) - B, J. H.; M M S.A. y otros s/ inf. Ley N° 24.769. S.C.

7.16.– Se ratifica el criterio anterior. Es posible elevar una causa a juicio con la sola acusación del querellante particular: En el caso Mauricio Fermín (CSJN 22.7.2008)⁶⁴, el ministerio público Fiscal solicitó el sobreseimiento del nombrado mientras que el querellante instó la elevación de la causa a juicio, por lo que se efectuó la consulta al Fiscal de Cámara quien solicitó el sobreseimiento, no obstante el Juez de Instrucción ordenó elevar la causa a juicio. Cuando la recibió el Juzgado Correccional, se sobreseyó al imputado por considerar que el dictamen del Fiscal de Cámara era vinculante. La querrela apeló y la Cámara de Apelaciones declaró la nulidad del sobreseimiento y la inconstitucionalidad del sistema de consulta al Ministerio Público Fiscal. La defensa recurrió en casación y el proceso llegó a la CSJN por vía de queja quien admitió el recurso.

Cabe destacar que, en la actualidad, la doctrina sentada en estos fallos fue receptada por el legislador en el C.P.P.F., arts. 270 y 272, que autorizan al querellante a formular acusación, aunque el MPF solicite sobreseimiento.

VIII. Conclusiones generales

8.1.– Si desde tiempos inmemoriales fue necesario establecer las vías para resolver las reacciones frente al delito, estableciendo procesos que eran necesarios para mantener la justicia y resguardar la integridad u otros derechos de las personas afectadas, el proceso goza de legitimidad porque procura lograr la justicia en el caso concreto por vías pacíficas, considera la situación de las víctimas e imputados y demás partes involucradas; los que son postulados que responden al sistema acusatorio con litigación adversarial.

8.2.– El proceso en general procura erradicar toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad determinada para mantener la paz social, evitando que las personas hagan justicia por mano propia.

8.3.– El sistema acusatorio emplea como método el debate dialéctico, pacífico y civilizado, que respeta la igualdad de partes ante un tercero que es imparcial, imparcial e independiente.

B. 1178, L. XXXIX. – Citado por Franseschetti, ob. Cit. pág. 131.

⁶⁴ CSJN F. 654. XLII. RECURSO DE HECHO Fermín, Mauricio s/ causa N° 2061.

8.4.- La historia nos ha enseñado las infracciones a estos postulados, causadas con el sistema inquisitivo y sus consecuencias y en menor medida con el sistema mixto.

8.5.- En todo proceso judicial y en el proceso penal, se deben respetar la dignidad y libertad de la persona humana; el individuo debe ocupar el primer plano, lo que se logra con mayor amplitud mediante el sistema acusatorio.

8.6.- El respeto por la igualdad de armas o igualdad de vías para el ejercicio de los derechos de los intervinientes; la necesidad de una acusación sustentada en prueba, el pleno despliegue de la defensa, la oralidad, publicidad y continuidad del mismo, la resolución por parte de un juez o tribunal separado de las partes, independiente, imparcial y sin interés alguno más que la justicia y aplicación de las leyes, son notas que distinguen al sistema acusatorio con litigación adversarial.

8.7.- Los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (tratados internacionales de derechos humanos), la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la C.S.J.N., constituyen un plexo normativo y de doctrina judicial que permite sostener que el sistema acusatorio es el que debe ser aplicado y lograr plena operatividad en la República Argentina.

8.8.- El Sistema Acusatorio con litigación adversarial, requiere la división con absoluta claridad, de las funciones requisitoria y judicial, entre un fiscal que investiga y acusa y un juez que resuelve, lo que constituye una vía para asegurar una mejor administración de justicia.

8.9.- El Ministerio Público Fiscal, que desde la reforma de 1994 al art. 120 de la Constitución Nacional cumple un rol independiente en la promoción de la acción penal y en defensa de los intereses de la sociedad, tiene en el nuevo sistema, instrumentos para descomprimir el proceso, para ejercer una persecución penal selectiva que le permita llevar a juicio lo verdaderamente trascendente, siguiendo lineamientos internos de política criminal⁶⁵. Para ello, y bajo ciertas condiciones, se le permite disponer de la acción, prestar conformidad para distintos criterios de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba y proponer la resolución de casos por medio de juicios abreviados.

8.10.- El sistema acusatorio con litigación adversarial, de distintos grados o generaciones, se ha implementado por medio del C.P.P.F. (vigente parcial-

⁶⁵ Borinsky, Mariano: nota citada.

mente) en el territorio nacional y en numerosas provincias, con los C.P.P. de la República Argentina.

8.11.– El sistema acusatorio respeta el principio de libertad del imputado durante el proceso; los nuevos códigos establecen criterios específicos para habilitar la prisión preventiva, detención domiciliaria u otras medidas de coerción, al mismo tiempo que confieren, en la mayoría de los instrumentos, la efectiva participación de la víctima en actos significativos del proceso, como en las audiencias de prisión preventiva.

8.12.– Se asegura la intervención de la víctima en el proceso como querrelante particular y se consagran sus derechos en procura de su efectividad.

8.13.– “Se establece el deber de los jueces y fiscales de resolver el conflicto surgido como consecuencia del hecho punible, dando preferencia a las soluciones que mejor se adecuen al restablecimiento de la armonía entre sus protagonistas y a la paz social” (Borinsky).

8.15.– Mediante la incorporación de los criterios de oportunidad, se habilita al MPF, defensa, imputado, víctimas, la realización de acuerdos para lograr la resolución del conflicto originado por el delito en vistas a la aplicación de la ley y la armonía social entre sus protagonistas, lo que favorece la administración de justicia.

8.16.– Se establece el método de audiencias orales como obligatorio para resolver incidentes y cuantos actos fueren necesarios a favor del avance procesal y la decisión definitiva, a partir de las reglas de celeridad y eficacia. Todas las cuestiones importantes se resuelven por audiencias orales. Se tiende a la eliminación del expediente escrito, se implementa su informatización en soporte digital para promover la despapelización y simplificación.

8.17.– Se dividen claramente las funciones de resolución y juicio a cargo de los Jueces y de mero trámite y administración a cargo de las Oficinas Judiciales, que adoptan distintos nombres como Oficinas de Gestión de Audiencias o de administración o de trámites.

8.18.– Se establecen plazos perentorios y fatales para que el proceso penal tenga una duración razonable.

8.19.– Se atribuye al Ministerio Público Fiscal un rol mucho más activo, con amplias facultades de investigación penal a partir de la plena vigencia de las garantías constitucionales y bajo el control de los jueces. Los fiscales cumplen, entre otras, tareas de ejercicio de la acción penal de modo claro y contundente,

teniendo la carga de presentar acusación cuando las pruebas habiliten un juicio serio a partir del grado de convicción que otorguen las evidencias y pruebas, lo que requiere la incorporación de técnicas de litigación que permitan un mejor análisis mediante la elaboración de la teoría del caso, la preparación del juicio, evaluación y propuesta de pruebas, acuerdos o convenciones probatorias, criterios de oportunidad, audiencias orales, presentación del caso a través de alegatos de apertura, técnicas de interrogación y contra interrogación, objeciones, alegatos finales u otras herramientas de litigación que anteriormente no se utilizaban en nuestro país.

8.20.- La participación ciudadana en la administración de justicia se incrementa no solo por el ejercicio de los derechos reconocidos a las víctimas, sino con la implementación de juicios por jurados populares en numerosas Provincias Argentinas.

REFLEXIONES SOBRE LA AMPLIACIÓN DEL INSTITUTO DEL "CORRIMIENTO DEL VELO SOCIETARIO" A LAS PERSONAS JURÍDICAS*

Dr. Pascual E. Alferillo

I. Introducción

La clásica conceptualización de las "personas jurídicas" como una estructura con capacidad jurídica autónoma de sus miembros integrantes que tienen un estatus jurídico diferente como personas humanas, impone una serie de requisitos especiales para darle plena identidad.

Entre ello, es trabado de un modo particular el relacionado con su capacidad económica para tráfico mercantil y, en paralelo, la responsabilidad de sus administradores y representantes.

Sin embargo, en el marco de la responsabilidad de la propia persona jurídica como en la de sus directores y administradores, a veces, ese límite de incum-bencia puede ser traspasado rompiendo esa estructura cerrada, autosuficiente que tiene una persona jurídica, especialmente en lo relacionado con su respon-sabilidad frente a los propios socios y terceros.

Esta temática adquiere en nuestro tiempo una dimensión distinta, aten-diendo que las personas jurídicas constituidas en sociedades y en empresas en muchas de sus actividades se relacionan con otras empresas para cumplir con sus objetivos. Ello, genera que se deba discutir hasta donde alcanza la respon-sabilidad de cada participe en las sinergias, en las delegaciones o subcontrata-ciones.

* *Temática expuesta como Miembro del Tribunal de la tesis en el Relatorio del posdoctorado de Roger Vidar Ramos sobre el tema "La Teoría del Levantamiento del Velo Societario en los litigios comerciales (Arbitrales y Judiciales)" dado en la Pontificia Universidad Católica do Paraná de Brasil (PUCPR), el 22 de febrero 2022.*

También cuando se presentan sucursales de banco, entidades o empresas extranjeras que mantienen la imagen de ser una extensión de sus centrales, pero tienen una estructura autónoma con otro régimen de responsabilidad.

A modo de ejemplo, en contra de lo tradicionalmente conocido, la Ley N° 26.944 en su art. 6 regula que el Estado no debe responder, ni aún en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.

Por ello, en algunas hipótesis particulares donde el deber de lealtad y de debida diligencia no esté presente en el accionar de una persona jurídica en el cumplimiento de sus objetivos estatutarios podrá despejarse los límites de la responsabilidad de los integrantes de la sociedad, como la de sus directores y administradores⁶⁶.

Ello, es lo que se conoce coloquialmente en el argot jurídico, como el “corrimiento del velo societario”, cuyos requisitos y matices se procurará examinar brevemente para destacar una novedad propia del Código Civil y Comercial.

⁶⁶ Roger Vidal Ramos, “La Teoría del Levantamiento del Velo Societario en los litigios comerciales (Arbitrales Y Judiciales)”, inédito, gentileza de su autor, en sus conclusiones sostiene “La buena fe contractual implica negociar y ejecutar los contratos sin la presencia de conductas fraudulentas y de engaño que generen el incumplimiento grosero del pago. En una economía globalizada, la práctica contractual permite que empresas peruanas y extranjeras, sin formalizar contratos y con la presencia de órdenes de compra, puedan contratar (bienes y servicios) bajo el ámbito de la confianza y reciprocidad, la misma que se extiende a las empresas vinculadas o del «grupo empresarial o económico», generándose en algunas ocasiones relaciones comerciales con menor formalidad y respaldado por la presencia de una excelente reputación e imagen corporativa de la empresa líder o «hermano mayor». Sin embargo, al momento de la ejecución del pago (prestación dineraria), el contratante fiel ingresaría al inicio de un camino muy largo donde ante el requerimiento de pago, la respuesta será la negativa, de rechazo e incluso un silencio absoluto, marcando el inicio del largo camino del litigio a fin de rechazar el ejercicio de abuso y fraude en contra del pago de obligaciones dinerarias lícitas. – La práctica contractual de la buena fe guarda relación absoluta con la teoría del levantamiento del velo societario. La buena fe permite perseguir y sancionar al contratante infiel trasladándole la carga económica a quien se aprovechó del beneficio de una prestación, sin haber pagado la contraprestación. Bajo la función punitiva y limitativa, la buena fe permite al juzgador o árbitro rasgar el velo societario (nunca de oficio) a pedido de parte (pretensión) a fin de recuperar la licitud y atribuir responsabilidad ante el impago de obligaciones dinerarias. – Todo acto con fraude incluye la presencia de mala fe, que consiste en la intención de perjudicar a otro, de eludir la normal aplicación de una ley imperativa o acuerdo contractual. El ordenamiento jurídico peruano sanciona (la conducta de mala fe, el fraude y el abuso contractual) y permite, bajo el paraguas de la aplicación excepcional de la teoría del levantamiento del velo societario, generar la solidaridad del pago de obligaciones dinerarias”.

II. Antecedentes normativos y jurisprudencial

La diferenciación entre la responsabilidad de la sociedad y la limitación de la de los socios, fue explicada adecuadamente cuando se precisó que

“al ser la personalidad jurídica una herramienta para el desarrollo de los negocios, resulta fundamental clarificar las pautas para mantener su vigencia como técnica de atribución de la titularidad diferenciada, ya que esto, es clave para asegurar los beneficios sociales de mantener la ‘empresa’ como actividad económica lícita y viable, encontrándose en ello comprometido el orden público. Esta política es central para erradicar instrumentos jurídicos enfermos que no tienen utilidad alguna para el conjunto social y sí, existe por parte del conjunto interés en que el Estado ejerza dicho poder en defensa de la ética en los negocios y la buena fe que necesariamente debe morar en la autonomía de la voluntad, pues herida la buena fe no puede válidamente esgrimirse la existencia de dicha autonomía”⁶⁷.

En otras palabras, la eliminación de los límites de la responsabilidad civil de los socios cuando se presentan las circunstancias excepcionales que lo justifica, tiene como premisa justamente la existencia de una garantía legal que le pone un coto a su responsabilidad en función de su participación.

Por ello, la Ley N° 19.550, de Sociedades Comerciales, es muy cuidadosa en regular la responsabilidad comenzando por el contenido de su art. 39 donde establece que las sociedades de responsabilidad limitada y por acciones, el aporte debe ser de bienes determinados, susceptibles de ejecución forzada.

⁶⁷ Carreira González, Guillermo, “El corrimiento del velo societario y la desprestigiada buena fe”, La Ley 15/12/2008, 6; La Ley N° 2009-A, 40. El autor completa su pensamiento sosteniendo que: “la personalidad jurídica otorgada por el art. 2 de la Ley N° 19.550 (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319), es un beneficio que la ley otorga al comercio como uno de los principales motores de la economía, sin embargo, no reviste el carácter de absoluto. En efecto, la limitación de la responsabilidad de los accionistas en una sociedad comercial, —en especial de las anónimas— es una excepción al principio general de unidad y universalidad del patrimonio consagrado en nuestro Código Civil y siguiendo en este punto a Ricardo A. Nissen sólo puede tener vigencia cuando presenta los siguientes requisitos: a. Que la sociedad se encuentre suficientemente capitalizada, esto es, que el capital social, concebido como garantía de los acreedores, guarde relación con el pasivo de aquella o con el nivel de gastos de la compañía. b. Que toda la actuación de la sociedad esté enderezada a la consecución de fines societarios, entendidos éstos como la obtención de bienes y servicios (arts. 1 y 54 de la Ley N° 19.550) (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319)”.

Como se colige, la naturaleza de los bienes facilita su ejecutabilidad en caso de que la sociedad deba responder por daños ocasionados a terceros.

De igual modo, la Ley N° 19.550 regula, con especial preocupación, los casos en los cuales se determina la responsabilidad por daño que se le pueden ocasionar a la propia sociedad, a sus socios o terceros, generado por los responsables de administrar las sociedades como por la propia sociedad.

Las hipótesis pueden ser ordenadas de la siguiente manera.

2.1. Responsabilidad de los socios y controladores por daño a la sociedad

Por su parte, el art. 54 expresamente regla que el daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. En este primer párrafo la hipótesis reglada está vinculada con el accionar inapropiado de los socios y de quienes tienen el control de la sociedad. En este caso, quién es socio o simplemente controlante, responde por su accionar contrario a derecho por el menoscabo padecido por la propia sociedad que debían técnicamente administrar con cuidado. El sujeto pasivo del daño es la persona jurídica.

En el segundo párrafo del art. 54 se establece que “el socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva”. El uso en provecho propio del socio o del controlante, de bienes societario genera la obligación de no solo restituir íntegramente lo indebidamente usado, sino de los beneficios obtenidos.

Este comportamiento recuerda el contenido del derogado art. 1740 del Código Civil en el cual se reprobaba y calificaba de mala fe, a la renuncia a la sociedad realizada por el socio cuando conociera algún negocio a realizar por la sociedad y se anticipa para realizarlo en provecho propio⁶⁸.

⁶⁸ Alferillo, Pascual E., La “mala fe”, 122 *Vniversitas*, 441–482 (2011). El autor en ese trabajo comento que “en el art. 1740, se regula que la renuncia a la sociedad será de mala fe, cuando se hiciera con la intención de obtener exclusivamente algún provecho o ventaja que hubiese de pertenecer a la sociedad. En el artículo siguiente sanciona que la renuncia hecha de mala fe, es nula respecto de los socios, por lo que ganare el renunciante en el negocio que ha tenido en miras al renunciar pertenece a la sociedad, pero si perdiese en él, la pérdida es de su sola cuenta. En este caso, no aparece con ni-

Finalmente, en el tercer párrafo del art. 54 se reglamenta la inoponibilidad de la personalidad jurídica, cuando se estatuye que

“la actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extra societarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”.

Con relación al punto la doctrina judicial entendió con criterio flexible que

“es suficiente acreditar la irregularidad registral para correr el velo societario resulta aplicable el art. 54, Ley N° 19.550, a la persona jurídica empleadora que mantiene a un trabajador en condiciones de registración irregular, pues si una sociedad se sirve del incumplimiento de una norma para beneficiarse, perjudicando a su vez a los terceros – en la especie un trabajador–, ello habilita a descubrir el velo societario, y responsabilizar a las personas físicas que tienen responsabilidad en mal uso de la ficción societaria”⁶⁹.

También, se precisó que

“la prueba aportada por los accionados, quienes se han limitado a invocar la normativa societaria que salvaguarda su responsabilidad frente a las obligaciones contraídas por el ente jurídico que integran, sin hacerse cargo del fraude que por la evasión de normas la-

tidez un conocimiento de determinada situación fáctica, sino que se puntualiza fuertemente la intención de aventajar en el negocio a la sociedad a la cual pertenece. Pero indagando un poco más profundamente, la ley pretende proteger la palabra empeñada por el socio ante los otros para procurar obtener una utilidad común en función de los aportes realizados. Es decir, aspira a resguardar la buena fe lealtad con que se debe ejecutar el contrato, en este caso de sociedad. Para intentar sacar ventajas de un negocio que pertenecía a la sociedad, el socio tuvo conocimiento del mismo en su calidad de tal y mal utiliza esa información en un proyecto de lucro personal. Esta es la conducta que básicamente reprueba la ley y tilda de mala fe”.

⁶⁹ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, “Pasqualini, Fiorella v. Beautymax S.A. y otros”, 31/05/2012, SJA 10/10/2012, 82 SJA-2012/10/10-82, JA 2012-IV JA-2012-IV, AP/JUR/1401/2012.

borales y tributarias se les enrostrara y demostrara, en especial frente a los fallidos intentos de ejecución del crédito laboral reconocido, autorizarían a considerarlos responsables directos por aplicación de la doctrina del ‘descorrimiento del velo’ societario, ante la utilización de la sociedad que integraran, en su propio beneficio⁷⁰.

Con fuerte claridad conceptual se especificó que

“la negativa a acceder al registro adecuado de la relación laboral hace responsable al administrador de la sociedad [] por la contratación clandestina, por omisión de un deber legal de actuar regularmente que viene impuesta por el contrato y relación de trabajo, y su cargo en la sociedad comercial, sin que ello se trate de un descorrimiento alguno del velo societario sino de la responsabilidad por el hecho propio de quien, en tanto persona física, ha actuado como autor, partícipe, consejero o cómplice de actos ilícitos efectuados por medio de una persona jurídica, a sabiendas y con intención de dañar personalmente al trabajador⁷¹.”

En el proceso de evolución de la jurisprudencia se observa un cambio de criterio con la aplicación de una hermenéutica restrictiva cuando se apuntó que “para poder aplicar una causal de responsabilidad en materia societaria de orden excepcional, como es el extender la condena a los demandados en su carácter de directores y socios de la sociedad anónima empleadora, es necesario acreditar

⁷⁰ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, “Muñoz, Yanina V. c. Klas, Juan y otro”, 12/09/2005, IMP 2006-1, 241, AR/JUR/4385/2005. En el mismo sentido: La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, Muñoz, María Soledad v. Desara S.A. y otros, 02/04/2012, SJA 08/08/2012, 85 SJA 2012/08/08-85, JA 2012-III, 145 JA 2012-III-145, AP/JUR/828/2012, dijo que “la negativa a acceder al registro adecuado de la relación laboral hace responsable al administrador de la sociedad en los términos del artículo 1081, CCiv. por la contratación clandestina, por omisión de un deber legal de actuar regularmente que viene impuesta por el contrato y relación de trabajo, y su cargo en la sociedad comercial, sin que ello se trate de un descorrimiento alguno del velo societario sino de la responsabilidad por el hecho propio de quien, en tanto persona física, ha actuado como autor, partícipe, consejero o cómplice de actos ilícitos efectuados por medio de una persona jurídica, a sabiendas y con intención de dañar personalmente al trabajador”.

⁷¹ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, “Muñoz, María Soledad v. Desara S.A. y otros”, 02/04/2012, SJA 08/08/2012, 85 SJA 2012/08/08-85, JA 2012-III, 145 JA 2012-III-145, AP/JUR/828/2012.

la presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley, que, prevaliéndose de dicha personalidad, afecte el orden público laboral o evada normas legales⁷².

2.2. El parámetro para medir el comportamiento de un buen administrador o representante de la sociedad

En cuanto a la responsabilidad de los administradores y representantes de sociedad en el art. 59 se establece un parámetro para medir su gestión cuando les impone que "deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios". Previendo que "los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión".

2.3. Responsabilidad de los directores en las Sociedades Anónimas

Por su parte, en el marco regulatorio de la Sección V dedicado a las Sociedades Anónimas, el art. 274 regula la responsabilidad de los directores cuando estatuye que

⁷² CSJN, "Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro", pág. 1013. XXXVI.03/04/2003, Fallos: 326:1062, Id SAIJ: FA03000090. (Del dictamen del Procurador General de la Nación que la Corte hace suyo). El tribunal completa su pensamiento expresando que "es descalificable la sentencia que condenó solidariamente a los socios de la sociedad anónima (art. 54 de la Ley N° 19.550), si no se acreditó que se tratara de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley, que, prevaliéndose de dicha personalidad, afectara el orden público laboral o evadiera normas legales, ni están reunidos los elementos necesarios para considerar que entre los codemandados a título personal y el actor existía un contrato de trabajo". En el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, Reichmann, Fernando J. c. Kinedyne South América S.A. y otro, 16/10/2003, DJ 2004-1, 1003, AR/JUR/4804/2003. Este tribunal juzgó que "no cabe extender la responsabilidad de una sociedad comercial por obligaciones laborales - en el caso, debido a un despido sin causa- a sus socios o gerentes, en los términos del art. 274 de la Ley N° 19.550, si no se acreditó que dicho ente se haya constituido para defraudar los derechos de los acreedores o utilizado para lograr fines ajenos a la finalidad societaria, sin que la existencia de un crédito de naturaleza laboral evidencie por sí sola un uso abusivo o fraudulento de la personalidad jurídica, siendo su diferenciación con la de los administradores el eje sobre el cual se asienta la regulación de las sociedades anónimas".

“responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”.

La responsabilidad de los Directores, tiene un frente muy amplio y se dirige a los daños que pudieren ocasionar en la vida interna de la sociedad anónima y, también, hacia terceros.

Para valorar el comportamiento en la gestión de los Directores remite al art. 59, en el cual se exige una diligencia como un buen hombre de negocios.

En el segundo párrafo se regula que

“sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubieren asignado funciones en forma personal de acuerdo con lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia. La decisión de la asamblea y la designación de las personas que han de desempeñar las funciones deben ser inscriptas el Registro Público de Comercio como requisito para la aplicación de lo dispuesto en este párrafo”.

Se diferencia perfectamente, cuando existe un Directorio colegiado, la responsabilidad del conjunto con la individual del director al cual se le encomendó una tarea específica.

Pero, se especifica que la decisión asamblearia de encomendar una tarea específica a un director debe tener toma de razón en el registro de rigor para ser operativa con el dañador. Lo cual implica que, si no fuere registrada, el Directorio colegiado, será responsable del daño producido por uno de ellos.

Finalmente, se regula que

“queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diera noticia al síndico antes que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial”.

Marcar la disidencia con la decisión que genera el daño, actúa como eximente de responsabilidad, lo cual es una acertada decisión de la ley, por cuanto advierte de cuáles son los detalles anómalos que se le endilga a la resolución societaria adoptada por su Directorio.

En la doctrina judicial se trató el tema cuando se marcó que

“cuando una sociedad anónima realiza actos simulatorios ilícitos tendientes a encubrir un contrato de trabajo, o articula maniobras para desconocer una parte de la antigüedad o para ocultar una parte del salario, resulta pertinente extender la responsabilidad patrimonial de la entidad a los directores por vía de lo dispuesto en el art. 274 de la ley de sociedades (Adla, XLIV-B, 1319); pero no porque deba caer el velo societario sino porque éstos organizaron maniobras que no sólo estaban dirigidas a incumplir obligaciones contractuales sino, además, a causar lesiones en el patrimonio del trabajador y en sus derechos previsionales, a defraudarlos personalmente y a defraudar el sistema de seguridad social”⁷³.

En el mismo sentido que

“el socio gerente de la sociedad de responsabilidad limitada empleadora debe ser condenado solidariamente por los créditos derivados del despido indirecto en el que se colocó un trabajador, si se encuentra demostrado que existió una relación laboral registrada defectuosamente y la evasión de aportes previsionales, pues debido a su cargo resulta palmaria su necesaria participación para la configuración del fraude a la ley laboral y no existen elementos que justifiquen su ajenidad ante dicha situación”⁷⁴.

⁷³ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII, “Díaz, Ricardo D. c. Distribuidora Del Norte S.A. y otros”, 06/09/2001, DT 2001-B, 2312, AR/JUR/333/2001.

⁷⁴ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX, “Escobar, Julio Ricardo y otro c. Argayo S.R.L. y otro”, 28/04/2009, La Ley Online, AR/JUR/21103/2009. (Del voto del Dr. Balestrini).

III. El tratamiento dado en el Código Civil y Comercial

La figura del “corrimiento del velo societario” para satisfacer reclamos de terceros por daños padecidos sea de la misma sociedad, de sus administradores o gerentes, es un clásico del derecho mercantil, pero se debe tener presente la unificación acaecida con la sanción del Código Civil y Comercial, su aplicación ha tenido una sana ampliación.

En ese sentido, es dable recordar que el art. 141 define que “son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”, incluyendo en el art. 148 a las sociedades, las asociaciones civiles, etc. entre las personas jurídicas privadas.

Por su parte, el art. 143 precisa que

“la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros. Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial”.

Esta normativa, además de precisar la autonomía de las personas jurídicas, limita la responsabilidad de sus miembros de un modo similar al régimen de las sociedades.

Así, fue entendido por la CSJN, cuando juzgó que

“la personalidad diferenciada de la sociedad y sus socios y administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que ésta configura un régimen especial porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía”⁷⁵.

Sin embargo, introduce en el art. 144 introduce la inoponibilidad de la personalidad jurídica de las personas jurídicas cuando

⁷⁵ CSJN, “Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro”, pág. 1013. XXXVI.03/04/2003, Fallos: 326:1062. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–.

“la actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”.

Tobías cuando comenta este artículo diagnostica que la inoponibilidad en el ámbito de las personas jurídicas como instituto reconocido judicialmente nace como una respuesta del sistema legal a los abusos originados por el enmascaramiento del ser humano detrás de la figura de una persona jurídica, que mal utiliza la figura de la misma y sus atributos, para obtener indebidas ventajas individuales con exclusividad y en perjuicio de terceros, por lo general para eximirse de responsabilidad [...] En definitiva, se está en presencia de una regla de moralización de las relaciones jurídicas y de control de orden público que sirve para responsabilizar a los integrantes de la persona jurídica⁷⁶.

Esta normativa comentada, es concordante con el art. 1763 cuando establece que “la persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones”.

A ellos, el Código Civil y Comercial, en el art. 159 les impone actuar con un deber de lealtad y diligencia⁷⁷.

⁷⁶ Tobías, José W., comentario al art. 144 en Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, 2ª edición actualizada y aumentada, Jorge H. Alterini (Director general), Ignacio E. Alterini (Coordinador), Tomo I. Arts. 1 a 224, La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires, 2016, pág. 1136. El autor detalla: “El cotejo literal permite advertir algunas diferencias: (el Código Civil y Comercial dice: “...el que este destinada” y en la LSG “...que encubra la consecución...”; el Código Civil y Comercial: “...fines ajenos y la LSG, “...fines extrasocietarios...”; como se vio, el Código Civil y Comercial “... para frustrar derechos de cualquier persona...” y finalmente, en el Código Civil y Comercial se dice: “...se imputa a quienes a títulos de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos...” y en la LSG “...se imputará directamente a los socios o controlantes que la hicieron posibles...”.

⁷⁷ Ver: Art. 159 Cód. Civ. y Com. – Deber de lealtad y diligencia. Interés contrario. Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia. No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha

IV. Reflexiones finales

Las breves consideraciones expuestas, permiten extraer algunas conclusiones que se pasan a exponer:

1. En la actualidad, la clásica normativa de la Ley N° 19.550 y la del Código Civil y Comercial, deben ser interpretada en forma sistemática, dado que una sociedad, en cualquiera de sus tipos, es, básicamente, una persona jurídica (art. 148 Cod. Civ. y Com.).

2. En función de ello, el art. 144 del Código Civil y Comercial actúa como una norma genérica y su régimen es de aplicación a todas las personas jurídicas privadas, incluyendo, por cierto, a las sociedades.

3. Ahora bien, partiendo de la diferenciación de la personalidad de los socios de la sociedad que integran y la limitación de su responsabilidad, como garantía para una adecuada estructuración de las empresas, se podría anticipar que, estrictamente, el instituto del “corrimiento del velo societario” o pérdida del beneficio de exclusión de la responsabilidad personal, se configura cuando por acciones u omisiones de la sociedad, ejecutadas por sus representantes, controlantes o directores, la misma es complaciente y se beneficia con el accionar antifuncional o, directamente, contrario a la ley. En estos casos, todos los socios deben responder individualmente con su patrimonio a la par de la responsabilidad societaria.

Este criterio, implica que no se comparte el criterio de la doctrina judicial que hace referencia al “corrimiento del velo societario” cuando existe una conducta de su representante, administrador o director, dado que estos responden en forma directa por su responsabilidad y la sociedad (no sus socios) por el accionar de los mismos, conforme art. 1763 Cód. Civ. y Com. Además, va de suyo, que la garantía de responsabilidad limitada no incluye a los mismos, sino es otorgada por la ley para los socios de las personas jurídicas.

4. El art. 144 Cód. Civ. y Com., tiene un criterio muy amplio para imputar responsabilidad, además de la sociedad, a quiénes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, hicieron posible la actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar dere-

operación. Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica.

chos de cualquier persona. Ellos, responderán en forma solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

El corrimiento de la garantía para que todos los socios respondan por los daños ocasionados, debe tener como presupuesto un grado de complacencia de la sociedad que permite el accionar inadecuado de sus socios controladores, representantes o directores, para beneficiarse del actuar antifuncional de los mismos⁷⁸.

En el resto de las hipótesis reguladas, no existe estrictamente corrimiento de la personalidad cerrada de la persona jurídica sino responsabilidad individual de sus representantes por mal desempeño de su función que por aplicación del art. 1763 debe responder también la sociedad, pero no los socios.

5. El art. 54 Ley N° 19.550 contempla dos situaciones de daño generados por el socio o controlante: a) a la propia sociedad. b) a terceros. En esta última hipótesis, se regla la inoponibilidad de la personalidad jurídica en favor del damnificado, pero de un modo limitado.

6. En el art. 59 Ley N° 19550 se fija el parámetro para medir el cumplimiento de los deberes de los administradores y los representantes de la sociedad, cuando no cumplieren son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión. Su contenido es concordante con el art. 159 Cód. Civ. y Com., que actúa como norma general.

7. En el art. 274, destinado para endilgarle a los Directores responsabilidad ilimitada y solidaria hacia la sociedad, los accionistas y terceros cuando mal desempeñen su cargo. Únicamente queda exento de responsabilidad el director que participó en la deliberación o resolución o que la conoció, si deja constancia escrita de su protesta y diera noticia al síndico antes que su responsabilidad se denuncie al directorio, al síndico, a la asamblea, a la autoridad competente, o se ejerza la acción judicial.

⁷⁸ Existe una línea jurisprudencial que exige para el corrimiento del velo societario, de modo más estricto, que se acredite la existencia de una sociedad ficticia o que tenga fines fraudulentos: Ver: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX, Díaz, "Ángela Noemí c. By Free S.R.L. y otros", 28/02/2007, La Ley Online, AR/JUR/957/2007; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX, "Ávila, Marta A. c. Instituto Privado de Nutrición y Metabolismo S.A. y otro", 19/12/2006, La Ley Online, AR/JUR/9083/2006; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX, "Santillán, Walter E. c. Goleen Chef S.A. U.T.E. y otros", 14/12/2006, LA LEY 10/05/2007, 7, DJ 2007-II, 648, AR/JUR/9618/2006; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX, "Tolnay de Hagymassy, Juan Cristóbal c. Centenary S.A. y otros", 26/10/2006, La Ley Online, AR/JUR/6982/2006; Tribunal del Trabajo Nro. 2 de Avellaneda, "Silva, Elvira v. Smykalo, Nicolás y otro", 31/05/2006, 70025443; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IX, "Antón, Dardo A. c. Álvarez Hnos. S.R.L. y otros", 30/06/2005, DT 2006 (enero), 85, AR/JUR/3913/2005; entre otros.

En síntesis, la extensión del corrimiento de la garantía de responsabilidad limitada o inoponibilidad de la personalidad, a todas las personas jurídicas (en general) incorporado por el Código Civil y Comercial, debe ser calificado como un acierto, en la línea de moralizar la actuación de las mismas.

REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA - NÚMERO 13 - DICIEMBRE 2022





EDITORIAL

Dr. Pascual E. Alferillo

El cierre del presente año genera reflexiones comparativas entre la situación de crisis sanitaria pasada por la pandemia del Virus Covid 19, la rápida respuesta de la ciencia que permitió morigerar sus letales efectos en un término razonable y la situación actual que conduce a una nueva normalidad social.

La primera pregunta que debemos hacer es si el hombre cambió en su esencia o si por el contrario, el sentido egoísta, materialista y de búsqueda irrefrenable del lucro se mantiene intacta en su esencia que impide construir una sociedad presidida por el respeto de la libertad del otro ser humano, al cual se considera que debe tener los mismos derechos para acceder a los beneficios del bienestar material y espiritual en un pie de igualdad. Pero, se puede colegir que nunca que podrá construir una sociedad libre y en pie de igualdad de oportunidades, sin que exista en todos, el sentimiento de la fraternidad, que es el sentimiento del amor, del buen afecto, por los otros seres vivientes.

La realidad social, económica y política a veces hace claudicar a la fe y a la esperanza, pero el sentido de vivir en su esencia impone el deber de no renunciar a la idea de construir un mundo mejor para el porvenir.

Es por ello, que se debe ponderar de un modo peculiar el esfuerzo realizado por quienes organizaron las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la ciudad de Mendoza en setiembre de 2022 que siguiendo la tradición jurídica *ius privatista* examinó con seriedad los distintos temas para legar conclusiones para los tiempos.

En este contexto anual, el recuerdo perenne, primero, a la nobleza de bien de Carlos Parellada como persona y padre de familia. Segundo, al dedicado profesor que ilustro los claustros cuyanos, nacionales y extranjeros con su saber jurídico. Y, tercero, al jurista que transmitió con gallardía y sapiencia, su pensamiento en distintos temas.

La partida de Carlos es una prueba más de la finitud de la vida que pone en su justo lugar a las debilidades humanas y resalta la trascendencia vital de otros valores del vivir que se olvidan.

Hasta siempre, te dicen los integrantes del Instituto de la Región Cuyo de la ACADERC.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y SUS LÍMITES EN MATERIA SOCIETARIA

Humberto Vargas Balaguer

I. Introducción

En el derecho societario actual la tendencia es otorgar mayor preeminencia a la autonomía de la voluntad, dejando de lado la rigidez y ataduras con las que estuvo signado el sistema en otras épocas.

Acorde a estos tiempos, en nuestro país se ha flexibilizado sustancialmente la legislación, dando un amplio margen a la autonomía de la voluntad.

Reflejo de ello es el Código Civil y Comercial (CCyC). Al respecto, el profesor Richard expresa que

“el CCyC ha generado un sistema en torno a las personas jurídicas, sin duda aplicables a todas las sociedades, que ha venido a ratificar la concepción de un régimen de mayor libertad en la configuración de las relaciones de organización, con mayor responsabilidad en cuanto a no generar daños”¹.

Un cambio radical en tal sentido es el nuevo régimen de la Sección IV del Capítulo I –Sociedad Simple– de la Ley General de Sociedades (LGS), que consagra una regulación flexible y permisiva de las sociedades no constituidas regularmente, basada en la libertad contractual y de formas.

¹ RICHARD, Efraín Hugo, “Autonomía de la voluntad y normas imperativas”, en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario-X Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2019, t. I, pág. 23; “Autonomía de la voluntad en la configuración de sociedades. Las normas imperativas y las crisis patrimoniales con la suspensión del art. 94, inc. 5°, LGS, por la Ley de Emergencia”, LL, 2020-A-594, Cita Online: AR/DOC/10/2020.

Lo mismo ocurrió con la sociedad por acciones simplificada (SAS), Ley N° 27.349, que adoptó como eje de su regulación a la autonomía de la voluntad.

Ahora bien, la autonomía no es un derecho absoluto –ninguno derecho lo es– sino que está limitada por normas imperativas que, como tales, son indisponibles y no pueden ser suprimidas por acuerdo de partes.

La cuestión a determinar pues, son los límites a la autonomía negocial en materia societaria, temática que fue abordada y debatida en el XV Congreso Argentino de Derecho Societario y XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, celebrado en Córdoba durante los días 26 al 29 de octubre de 2022.

Se aclara que el estudio realizado en este ensayo se enfoca en la LGS y no en la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor (LACE), sin perjuicio de destinar unos párrafos finales al respecto.

II. Autonomía de la voluntad

La autonomía de la voluntad o autonomía privada es considerada en Argentina –al igual que en la gran mayoría de las naciones– como un principio general del Derecho, de fuente constitucional².

Como afirma el maestro peruano Fernández Sessarego³, ella es el núcleo generador de las relaciones jurídicas.

De Castro y Bravo considera que la autonomía de la voluntad, en un sentido muy general, es el “poder de autodeterminación de la persona”. Luego, al precisar la noción de la denominada “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad”, el jurista español la define como

“Aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”⁴.

² VARGAS BALAGUER, Humberto G., *Garantías modernas en el Código Civil y Comercial*, Astrea, Bs. As., 2021, pág. 172.

³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Reflexiones en torno a la ‘autonomía de la voluntad’”, LL, Sup. Act 29/05/2003, 1, Cita Online, AR/DOC/10470/2003.

⁴ DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, págs. 11/12.

Díez-Picazo y Gullón, quienes aclaran que en puridad no es del todo correcto la expresión “autonomía de la voluntad” sino que corresponde hablar de “autonomía privada”⁵, consideran que este principio significa “tanto como autorregulación o autorreglamentación, y esta el poder de dictarse a uno mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse a uno mismo”.

Sin embargo, la autonomía de la voluntad no es un principio absoluto puesto que si se le otorga tal carácter significaría reconocer el imperio sin límite del arbitrio personal.

De ahí que, según expresan Díez-Picazo y Gulló, la cuestión de la autonomía privada radique en el señalamiento de los límites,

“De tal manera que no sean tan amplios que otorguen al individuo una libertad desmesurada con la consiguiente perturbación del orden ni tan angostos que lleguen a suprimir la propia autonomía”⁶.

Los autores en comentario señalan tres límites a la autonomía de la voluntad: la ley, la moral y el orden público. Pero, a este respecto, subrayan que lo primero que se observa es “la falta de fijeza absoluta de los límites de la autonomía”. Ellos son líneas fluctuantes porque

“Tanto el concepto de orden público como la concreción de lo moral o inmoral en materias de derecho privado, son variables que están en función de la coordenadas históricas vigentes”⁷.

El CCyC, en los arts. 958, 959 y 960, presenta un claro reforzamiento de la autonomía de la voluntad.

⁵ DIEZ-PICAZO, Luis - GULLON, Antonio, Sistema de derecho civil, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1984, v. I, pág. 375.

⁶ DIEZ-PICAZO - GULLON, ob. cit., págs. 378/379.

⁷ DIEZ-PICAZO - GULLON, ob. cit., pág. 379. A los efectos indicados, los autores hispanos manifiestan que es relevante el papel del juez como intérprete de las corrientes sociales, políticas o económicas de la época.

III. Normas imperativas en materia societaria

Expone Richard que las normas o leyes se clasifican en imperativas o supletorias. Una ley es imperativa cuando no es posible sustraerse a lo que obliga o prohíbe, y es supletoria cuando lo dispuesto por la norma puede ser cambiado o modificado según la voluntad de las personas intervinientes en la situación jurídica por la ley elaborada o regulada. Las normas que son imperativas para sus destinatarios, las que se les imponen sin posibilidad de pacto o decisión en contra, se fundan en que sus efectos deben producirse con independencia del querer de las personas. No es la voluntad de las partes la que constituye el derecho aplicable, sino la voluntad de la ley, coincidente o no con aquella de las partes⁸.

No hay sistema jurídico que prescinda de la aplicación de normas imperativas. Pero ningún sistema jurídico está integrado totalmente por normas imperativas, ni únicamente con disposiciones de autodecisión y autorregulación de los derechos.

En materia societaria, apunta Calcaterra, las normas imperativas se justifican en la necesidad de la comunidad de garantizar la seguridad jurídica de las relaciones de la sociedad como sujeto y como contrato, y en cuanto tales, imponen un límite a la autonomía de la voluntad. La mayoría de las normas imperativas de la Ley N° 19.550 no son límites sino tutelas, pues buscan garantizar el equilibrio de intereses entre la sociedad y los terceros y entre los socios entre sí, a fin de cumplir un presupuesto básico del carácter contractual de las sociedades: el objeto en cuanto actividad de la sociedad y su causa fin⁹.

Manóvil, por su parte, indica que las normas imperativas, restrictivas de la autonomía de la voluntad, deben responder a la protección de un interés que el legislador entienda que, por algún motivo, lo requiera¹⁰.

Pues bien, a los fines de dar respuesta al interrogante formulado al inicio del presente, debemos partir del orden de prelación normativa del art. 150 del CCyC, que establece que las personas jurídicas privadas se rigen por: 1) las normas imperativas de la ley especial (micro sistema); en su defecto, 2) las normas

⁸ RICHARD, Efraín Hugo, "Autonomía de la voluntad en la configuración de sociedades. Las normas imperativas y las crisis patrimoniales con la suspensión del art. 94, inc. 5°, LGS, por la Ley de Emergencia", LL, 2020-A-594, Cita Online: AR/DOC/10/2020.

⁹ CALCATERRA, Gabriela S., "Alcance y sentido de las normas imperativas en la ley 19.550", LL, 25/04/2022, 4, Cita Online: AR/DOC/1303/2022.

¹⁰ MANÓVIL, Rafael M., "La SAS y las normas generales de la Ley de Sociedades", LL, 2019-C-823, Cita Online: AR/DOC/718/2019.

imperativas del CCyC (régimen general); 3) las cláusulas del contrato con sus modificaciones y las del reglamento (autonomía negocial); 4) las normas supletorias de la ley especial, y 5) las normas supletorias del CCyC.

Ello así, en primer término, hay considerar las normas imperativas de la LGS.

Previo a determinar cuáles detentan ese carácter en particular en el ordenamiento societario, es necesario tener en cuenta tres aspectos-reglas-principios centrales del contrato de sociedad generador de una persona jurídica, a saber:

- a) la tutela de terceros. No causar daños a terceros (*alterum non laedere*¹¹);
- b) la causa fin del contrato (arts. 281 y 1013 del CCyC), que no solo debe existir al tiempo de su formación, sino también en ocasión de su ejecución; la falta de causa puede provocar diferentes ineficacias (art. 1013).

En el contrato societario, la causa fin es la comunidad de riesgos, lo que se desprende del art. 1 de la LGS, al expresar que los socios "...se obligan a realizar aportes...participando de los beneficios y soportando las pérdidas", y

- c) el objeto del contrato (arts. 279 y 1003 del CCyC), como actividad para cuya realización la sociedad se constituye.

En consecuencia, y en vista de esos tres ejes centrales, son indisponibles todas las cuestiones atinentes a la causa fin del negocio societario, al objeto en cuanto actividad, al capital social, a las causales de disolución, al proceso de liquidación, al régimen de responsabilidad de la sociedad, de sus socios, controlantes y administradores.

Como derivación de lo expuesto, en nuestra opinión, son normas imperativas de la LGS los artículos: 13 (cláusulas nulas), 18 (objeto ilícito), 19 (objeto lícito, con actividad ilícita), 20 (objeto prohibido), 32 (participaciones recíprocas), 54 (dolo o culpa del socio o del controlante), 59 (diligencia del administrador: responsabilidad), 94 incs. 4° y 5°, 96, 99, 100 (conservación de la empresa), 101/112 (liquidación), 157 (gerencia: responsabilidad), 274 (mal desempeño del cargo).

Asimismo, y de acuerdo al art. 150 del CCyC, deben considerarse las normas imperativas de la ley general, entre otras, artículos: 9 (buena fe), 10 (abuso del derecho), 12 (orden público y fraude a la ley), 279 (objeto del acto jurídico), 281 (causa del acto jurídico), 961 (buena fe contractual), 1003 (objeto del con-

¹¹ Principio general que regula cualquier disciplina jurídica y al que la Corte Suprema de Justicia le asigna jerarquía constitucional (art. 19, CN), Fallos, 308:1167.

trato), 1004 (objetos prohibidos), 1013 (causa del contrato), 1014 (causa ilícita), 1061 (intención común).

En suma, las normas aludidas marcan los límites a la autonomía negocial en el ámbito societario.

IV. La autonomía de la voluntad y el art. 13 de la LGS

IV.1. En el ámbito de la LGS

Cierta doctrina postula que en virtud de la autonomía de la voluntad los socios pueden apartarse de las denominadas cláusulas leoninas del art. 13 de la LGS, al considerarlas disponibles. No compartimos este criterio.

Según lo referimos anteriormente, el art. 13 es una norma imperativa y, como tal, no admite pacto en contrario de las partes, toda vez que supondría la afectación de un rasgo esencial del contrato plurilateral de sociedad, cual es la causa fin; elemento estructural de cualquier contrato que, en el esquema societario, es la comunidad de riesgos, donde los socios corren con un riesgo común participando de los beneficios y soportando las pérdidas. El mismo se encuentra consagrado en el art. 1 de la LGS. También en el art. 1 del Proyecto de reforma de la LGS del año 2019, redactado por la Comisión designada por Decreto DPP - 58/18 del Honorable Senado de la Nación.

Dicho elemento (comunidad de riesgos) es lo que distingue a la sociedad de otros contratos, en particular, los contratos asociativos¹².

En torno al dispositivo legal en cuestión, manifiesta Brunetti que los supuestos allí previstos violentan la causa del contrato de sociedad¹³. Zunino, por su parte, sostiene que principios de justicia distributiva, de intangibilidad del capital social, y aun preceptos constitucionales que hacen al derecho de propiedad, inspiran la sanción de nulidad con que el artículo tacha a estas estipulaciones¹⁴.

¹² COLOMBRES, Gervasio R., Curso de Derecho Societario, Abeledo Perrot, Bs. As., 1972, pág. 167; RICHARD, Efraín Hugo, "Concepto de Sociedad", en XIV Congreso Argentino de Derecho Societario-X Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Rosario, 2019, t. I, págs. 192/193; MANÓVIL, Rafael M., "La SAS y las normas generales de la Ley de Sociedades", LL, 2019-C-823, Cita Online: AR/DOC/718/2019.

¹³ BRUNETTI, Antonio, Tratado del derecho de las sociedades, Uteha, Bs. As., 1960, t. I, pág. 261.

¹⁴ ZUNINO, Jorge O., Régimen de sociedades comerciales, 26ª edición, Astrea, Bs. As., pág. 23.

IV.2. En relación a la SAS

Conforme se manifestó supra, el art. 13 de la LGS es una norma indisponible y, por tanto, si los socios adoptan uno de los tipos legales de la Ley N° 19.550, no pueden apartarse de las cláusulas leoninas.

Ahora bien, ¿cómo juega este art. 13 de la LGS en relación a la SAS?

A nuestro juicio, la respuesta surge claramente del art. 33 de la LACE que expresa: “Supletoriamente, serán de aplicación las disposiciones de la Ley General de Sociedades, 19.550, en cuanto se concilien con las de esta ley”.

Es decir, en la SAS la ley especial es la LACE, y subsidiariamente se aplica la LGS, en tanto sea compatible con aquella.

Armonizando el citado art. 33 de la LACE con el art. 150 del CCyC, en la SAS rige el siguiente orden normativo: 1) normas imperativas de la LACE; 2) normas imperativas del CCyC; 3) instrumento constitutivo; 4) Capítulo I de la LGS y normas de la SRL atinentes a los órganos sociales (cfr. art. 49, LACE); 5) normas supletorias del CCyC.

Por ende, el art. 13 de la LGS resulta de aplicación subsidiaria en las SAS, vale decir, impera sólo en los casos de que sus incisos no hayan sido derogados por las partes en el instrumento constitutivo¹⁵.

V. Apostilla final en torno a la causa fin en las sociedades

La realidad negocial y la evolución del concepto de sociedad imponen reexaminar y redefinir la causa fin del contrato de sociedad (riesgo común: participación en los beneficios y en las pérdidas).

El camino puede estar en el Proyecto de reforma de la LGS de 2019, que si bien en el art. 1, primer párrafo, realza la comunidad de riesgos como elemento causal de la sociedad, a la par de la causa fin de obtener utilidades a distribuir entre los socios con la consiguiente carga de soportar las pérdidas, en el segundo párrafo proyectado, titulado “Sociedades con otras finalidades”, admite cualquier destino para los beneficios, incluso la previsión en el contrato social o estatuto del no reparto de utilidades entre los socios, con el voto unánime de ellos.

¹⁵ RICHARD, Efraín Hugo - SALA MERCADO, José P., “El sistema de prelación normativa desde una perspectiva societaria”, en XV Congreso Argentino de Derecho Societario-XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 2022, t. I, pág. 179.

De esta manera, sería posible la existencia de sociedades sin objeto lucrativo o con un propósito múltiple, que significaría una notable transformación del concepto mismo de sociedad tal como se lo ha venido reconociendo tradicionalmente, desdibujando las clásicas fronteras entre sociedades y asociaciones¹⁶.

Esa redacción, incluso abarcaría a las Empresas B o Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (Sociedades BIC), de naturaleza híbrida pues tiene un propósito de beneficio social y ambiental, en paralelo al económico.

Sin perjuicio de que las empresas de triple impacto son plenamente admisibles a la luz de la normativa societaria vigente (arts. 1 y 3, LGS), pudiendo adoptar (si es sociedad a constituirse) o adaptarse (si es sociedad ya constituida) a cualquiera de los tipos previstos en la LGS, entendemos conveniente que cuenten con un marco legal específico que les dé certeza jurídica y mayor cobertura a los administradores, a quienes se les amplía el deber de actuación ya que en la toma de decisiones no solo deben considerar a los socios o accionistas, sino también a los “stakeholders” o “grupos de interés”¹⁷. Sobre el tópico, en Argentina existen tres proyectos de ley que tienden a regular las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo (BIC), los que cuentan con media sanción de la Cámara de Diputados de la Nación, girados a la Comisión del Senado¹⁸.

¹⁶ ROSITTO, Eugenio Ángel, “Algunas consideraciones sobre la causa del contrato de sociedad”, en XV Congreso Argentino de Derecho Societario-XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 2022, t. I, pág. 331.

¹⁷ VARGAS BALAGUER, Humberto G., “Empresas B: ¿Hacia un nuevo tipo societario?”, RCCyE, Año V, N° 4, Agosto 2014, pág. 127; “Empresas B: Actuación y responsabilidad de los administradores. Propuestas para un futuro régimen legal”, en XIII Congreso Argentino de Derecho Societario-IX Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Mendoza, 2016, t. I, pág. 499.

¹⁸ BASUALDO, María Eugenia, “Reflexiones sobre los proyectos de ley de las Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo”, en XV Congreso Argentino de Derecho Societario-XI Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba, 2022, t. II, pág. 205. Tales proyectos son: 1) Expte. N° 1780/2021, Proyecto de Ley de Sociedades de Beneficio e Interés Colectivo con Impacto Social y Ambiental; 2) Expte. N° 1840/2021, Marco Jurídico Regulatorio para las Empresas de Beneficio e Interés Colectivo; 3) Expte. N° 2045/2021, Proyecto Ley de Sociedades y Cooperativas de Beneficio e Interés Colectivo. A los que hay que agregar el presentado en la Cámara de Diputados, Expte. N° 0737-D-2021.

**LA FRUSTRACIÓN DEL FIN E IMPOSIBILIDAD
DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.
CONCLUSIONES DE LAS XXVIII JORNADAS
NACIONALES DE DERECHO CIVIL**

Dr. Pascual E. Alferillo

I. Introducción

La convocatoria de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil – 2022, invitó, como trabajo previo, a formular nuevas reflexiones sobre la temática seleccionada para compartir las conclusiones particulares con la doctrina ius privatista.

En esta oportunidad, ocupa la preferencia el tema del “cumplimiento e incumplimiento de la obligación por frustración del fin e imposibilidad de cumplimiento”.

Evidentemente, el propósito de indagar en temas amplios impone el deber de delimitar o al menos de ordenar, el desarrollo a los fines de una adecuada exposición de las meditaciones.

En ese sentido, estudiar la dualidad cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones sería por demás amplio, atento a la cantidad de subtemas que contiene, razón por la cual se estima que la idea correcta es analizar el incumplimiento en las dos alternativas que propone el título de la convocatoria.

La primera parte sería el “incumplimiento” de la obligación cuando se produce la frustración de su fin. Y, en segundo lugar, cuando existe imposibilidad de cumplimiento.

En ambos casos, se produce el no cumplimiento de la obligación que podríamos anticipar, sería justificado legalmente, para diferenciarlo del incumplimiento simple y llano que no tiene descargo alguno para para excluirlo de las consecuencias sancionatorias previstas en el Código Civil y Comercial.

A partir de ello, corresponde analizar las hipótesis justificadas legalmente de no satisfacción del interés del acreedor o tercero, para buscar los puntos en común, si existieren, y las diferencias que las caracteriza y separan.

Esta es la tarea propuesta como desafío en esta breve investigación que será completada acompañando las conclusiones a las que arribó la Comisión 2 en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Mendoza desde el 22 al 24 de setiembre de 2022, para que el lector tenga un primer acceso a esta importante temática.

II. La problemática de la frustración de la causa fin de las obligaciones II.1. La causa fuente y la causa fin de las obligaciones

Código Civil y Comercial tuvo la intención de definir en su normativa una posición doctrinaria sobre el tema de la causa en las obligaciones al poner énfasis en su art. 726 que “no hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico”. Es decir, procuró marcar que la obligación tiene únicamente, causa fuente desestimando, aparentemente, a la causa fin.

Cuando se comentó el artículo se ponderó que

“El art. 726 especifica que no hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Se reglamenta, así, la causa fuente de las obligaciones, sin tener en cuenta la influencia jurídica que pudiere tener la causa fin en la teoría general de las obligaciones. En el campo de las obligaciones, explica Zannoni, “todo vínculo de carácter obligacional reconoce o se explica en razón de un hecho externo y antecedente que es su fuente (causa fuente) [, pero] esa obligación no es un fin en sí misma, sino que constituye el medio para lograr ese fin (causa fin)””.

De igual modo, para Llambías, el tercer elemento esencial es la causa eficiente, esto es, el hecho que la ha originado. No es posible pensar en una obligación que exista porque sí y sin dependencia de un hecho antecedente que la

haya producido. La evolución histórica de las fuentes de las obligaciones desde el derecho romano, donde se reconocían al contrato y al delito, se completa, en las Institutas de Justiniano, con el agregado de las categorías de los cuasicontratos y los cuasidelitos, para incluir, finalmente, a la ley.

A esta clasificación modernamente se la tilda de incompleta porque subdivide a los hechos ilícitos e incluye al cuasicontrato, que es una figura que podría ser calificada como un anti contrato por no responder a su tipicidad.

Frente a ello se redujeron las fuentes solo a los actos jurídicos y la ley, criterio que se consolidó y ha sido receptado en el art. 726, donde se reconoce la génesis de las obligaciones en los hechos a los cuales la ley le confiere capacidad para ser origen de estas, entre los cuales están los actos jurídicos.¹⁹

Este debate ya era conocido al momento de redactar el Código Civil, en particular las normas contenidas en los arts. 499 a 502. Ello, fue motivo de análisis en las fuentes consultadas por Vélez Sársfield, desde sus primeros comentaristas. Así, por ejemplo, se rescata el comentario que expone en la nota del art. 499 cuando comenta que

“El Cód. francés y los demás códigos que lo han tomado por modelo, han confundido las causas de los contratos con las causas de las obligaciones. Como éstas nacen, a más de los contratos y cuasicontratos que son los actos lícitos, de los actos ilícitos, delitos y cuasidelitos, y de las relaciones de familia, la causa de ella debe hallarse en estas fuentes que las originan, y no sólo en los contratos”.

En sentido concordante, Varela –primer comentarista del Código Civil en su versión Nueva York– al transcribir distintas citas, señalaba que

¹⁹ Alferillo, Pascual E., en Tratado de Derecho Civil y Comercial, 2a edición, Andrés Sánchez Herrero (Director) Pedro Sánchez Herrero (Coordinador), Tomo II Obligaciones, Títulos, Valores y Defensa del Consumidor. Pascual Eduardo Alferillo María Valentina Aicega Carlos Eduardo Tambussi, Ed. La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires, 2018, pág. 24. El autor enumera las siguientes fuentes de las obligaciones: Hechos y actos jurídicos (arts. 257, 258, 259). El contrato (art. 957). En el Título V del Libro Tercero se regulan las “otras fuentes de las obligaciones”: Responsabilidad civil (arts. 1708 y 1711 a 1715) y (arts. 1716 y sigs.). Gestión de negocios (art. 1781, 1782, 1786, 1787, 1784, 1785, 1788). Empleo útil (art. 1791). Enriquecimiento sin causa (art. 1894). Pago indebido (art. 1796, art. 1798). Declaración unilateral de voluntad (art. 1800 y 1801 y 1802). Promesa pública de recompensa (art. 1803). Concurso público (art. 1807). Garantías unilaterales, (art. 1810). Títulos valores, (art. 1815 y 1816).

“No hay obligación que no proceda de alguna causa, y que por lo regular no consista en algún hecho precedente del obligado: que non propriis viribus consistat. Las fuentes ó causas de las obligaciones las describe Justiniano. en el siguiente párrafo. Aut enim ex contracta sunt, aut quasi ex contracti, aut ex maleficio, autquasi ex maleficio.

Esta clasificación exacta desde el punto de vista de aquel derecho no lo es tanto juzgada á la luz de los nuevos principios. La ley aprecia hoy en el delito algo más que un acto privado capaz de producir obligaciones civiles. Lo que hablando de estas enseña la ciencia es que sus fuentes son dos, la convención o un hecho personal²⁰.

Más adelante, transcribiendo a Marcadé comenta que

“El cuarto y último elemento necesario, es una causa lícita de la obligación. Hemos tenido ya ocasión de decir que no se ha de entender por causa de la obligación, en el lenguaje del derecho, lo que se llamaría la causa del contrato, ó también la causa de la obligación en el lenguaje ordinario.

Cuando os vendo una hacienda, la causa del contrato ó de mi obligación, si se quiere, el motivo que me ha determinado á comprometerme, será ya la necesidad en que me encuentro de pagar cantidades considerables, ya el proyecto de adquirir rentas ó casas en reemplazo de mis tierras, á fin de aumentar mis rentas, ya el dotar á mi hija. Pero, en derecho, estos motivos primeros no se consideran; y solo el motivo último é inmediato de la obligación es el que constituye su causa jurídica, cuando me obligo á entregaros mi hacienda, mi motivo inmediato, la causa jurídica de mi obligación, es la obligación que vos mismo contraeis de pagarme una cantidad de dinero, cualquiera que sea el empleo á que destine esta cantidad. Lo mismo cuando consiento en entregaros mi casa de Paris, en cambio de vuestro terreno de Auteule importa poco que ya me proponga hacer de este terreno un viñedo ó construir en él una casa

²⁰ Varela, Luis V., *Concordancias Fundamentos del Código Civil Argentino*, Tomo IX, Libro Segundo, De los derechos personales en las relaciones civiles, Buenos Aires, H. y M. Varela Editores, 1874, pág. 38.

de recreo para vivir en ella ó de construir una casa de inquilinato, poco importan en fin, los motivos que me han hecho obrar: en todos los casos únicamente la obligacion que teneis de entregarme este terreno es lo que forma la causa de mi obligación de entregaros mi casa”²¹.

Este párrafo es muy didáctico para comprender, parafraseando al autor de cita, que “el motivo que me ha determinado á comprometerme” es una razón que no era tenida en cuenta, sino “solo el motivo último é inmediato de la obligación es el que constituye su causa jurídica”. Como se colige, no se está haciendo referencia en esta explicación a la causa fuente de la obligación sino a una “causa fin” común con la del contrato que le dio nacimiento.

La interpretación del alcance del término “causa” en los artículos del Código Civil generó la visión encontrada entre los juristas argentinos. Un sector, enumerada Zannoni, se enrolaron Llerena, Machado, Colmo, Lafaille, Bordas, De Gasperi, Busso, Mosset Iturraspe, Molinario y Videla Escalada sosteniendo que se alude a la causa fin de la obligación. Luego de resaltar las pequeñas diferencias que existen entre ellos, destacó que

“Sin embargo, es oportuno advertir que todos estos autores, tradicionalmente llamados causalistas en una simplificación del lenguaje, entienden explícita o implícitamente que la causa es trascendente en las obligaciones cuyo origen, antecedente o fuente es el contrato, o, más

²¹ Varela, Luis V., *Concordancias Fundamentos del Código Civil Argentino*, cit., pág. 83. El autor completa el pensamiento cuando dice “§ VIII El Dr. Veles Sarsfield, cita respecto á este artículo, lo que dice Marcadé en el número 400 de su *Explicacion del Código Napoleon*, lo que traducimos de la pág. 355 del tomo 4o de dicha obra edicion París 1866). Es lo siguiente:[...] En los contratos sinalagmáticos, siempre la obligacion de una parte es la causa de la obligacion de la otra: la causa de cada obligacion es lo que forma el objeto da la otra obligacion.—Cuando el contrato es unilateral, en el que solamente hay una obligacion, la obligacion, si es á título oneroso, encuentra su causa en la abstención de cualquier ventaja procurada por ja otra parte; si esta obligacion única se contrae gratuitamente su causa, es el deseo de una parte de servir á la otra.

La ley no pide que la causa primitiva que, de hecho, ha determinado á la parte a contratar, tenga tal ó cual carácter, no se ocupa de ella; solamente en la causa inmediata de la obligacion es en donde exige que no haya nada de ilícito. Así, cuando me obligo á entregaros mi campo por la cantidad de 10,000 francos que me procuro con el único objeto de hacer cometer un crimen, mi obligacion para con vos no es menos válida y no podria rehusar entre garos el campo que os he vendido. Pero cuando prometiese á Pedro pagarle 10,000 francos por precio del crimen que me promete cometer, entonces mi obligacion seria nula por falta de causa lícita, como lo seria la suya por falta de objeto lícito, y ninguno de los dos podria obligar al otro á su ejecucion”.

ampliamente, un acto jurídico. En otras palabras, sólo en aquellas obligaciones que nacen de un acto de voluntad puede hablarse del fin, de la volición o de los motivos determinantes que son su fundamento”²².

Por su parte, en el otro grupo militan, referenciaba Zannoni, Salvat, Galli, Barcia López, Risolia, Boffi Boggero, Rezzónico, Llambías, Salas y Trigo Represas argumentando que los artículos del código aluden a la fuente de las obligaciones. Explicaba que

“A esta doctrina se la suele rotular de anticausalista, porque considera que la noción de fin o finalidad de la obligación es estéril y, por lo tanto, innecesaria. Es estéril porque si se trata de obligaciones contractuales, la licitud del fin de la obligación está presupuesta en la intencionalidad del acto jurídico mismo (art. 898) que, por definición, requiere esa licitud (art. 944 Cód. Civ.). Es también estéril porque si por fin de la obligación contractual se entiende, al estilo del causalismo clásico, la prestación debida, su objeto, en suma, la licitud de éste es exigencia consagrada respecto del objeto de todo acto jurídico (art. 953). De modo que tanto la ilicitud de los fines o móviles determinantes, como del objeto, llevan a la ineficacia de la obligación porque hieren el presupuesto del acto jurídico que es su fuente. En otras palabras, aunque no existiesen los arts. 500 al 502, la consideración del fin y del objeto de la obligación están presupuestos en la intencionalidad y el objeto de los actos jurídicos: de ahí su innecesariedad”²³.

²² Zannoni, Eduardo A., comentario al art. 499 en Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, Tomo 2, Augusto C. Belluscio (Director), Eduardo A. Zannoni (Coordinador), Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1979, pág. 562.

²³ Zannoni, Eduardo A., Comentario al art. 499 en Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, cit., pág. 564. A fs. 567, el autor señala que “el codificador ha pergeñado en el Código Civil un complejo normativo relativo a la causa en que el término puede referirse tanto a la fuente de la obligación como a su fundamento, su finalidad o función que la obligación realiza. Esto será indiscutible allí cuando aluda a la causa de los contratos y deberá dilucidarse el sentido de la expresión causa cuando, como en los artículos se alude a la causa de las obligaciones en general. Por eso es atendible la posición que asume López de Zavalía en este tema, al considerar que en cada caso debe examinarse cuál es el problema concreto que se ha tratado de resolver por la ley. E incluso, que no debe extrañar que en un determinado texto legal se resuelven simultáneamente cuestiones de causa-fuente y de causa-fin”.

Avanzando en el tiempo y sancionado el Código Civil y Comercial, en un trabajo que destaca la evolución técnica del tratamiento del tema de la causalidad, Morea entiende ab initio que

“Provisoriamente, conviene anticipar que por causa fin entendemos a la razón o motivo determinante del acto jurídico. A diferencia del objeto que responde a la pregunta: ¿qué se debe?, la causa se proyecta sobre otra: ¿para qué se debe?”²⁴.

En sus primeras conclusiones, Morea expone que

“El Código Civil y Comercial despeja la incertidumbre jurídica que gravita alrededor de este asunto. Sin rodeos, la nueva norma se confiesa causalista y regula a la causa fin como elemento del acto jurídico (arts. 281 a 283) y, particularmente, de su especie principal: el contrato (arts. 1012 a 1014). En tanto que la causa fuente aparece asociada a la obligación (art. 724 del Código Civil y Comercial).

En esta inteligencia, el legislador opta por una regulación de la causa fin del acto jurídico totalmente separada de la causa fuente de la obligación, la cual se halla reglamentada en los arts. 724 a 760 del nuevo Código, dentro del Título I correspondiente a las obligaciones en general. Y, para disipar cualquier atisbo de duda, incorpora una definición de causa fuente en el art. 724: “Causa. No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico”²⁵.

²⁴ Morea, Adrián O., “La regulación de la causa fin en el Código Civil y Comercial (y su potencial incidencia en la doctrina de la SCBA)”, LLBA 2015 (noviembre), 1071, cita: TR LALEY AR/DOC/3948/2015. En autor comenta que “en suma, la codificación anterior padecía la tensión lógica entre una metodología criticable que ubicaba la regulación de la causa fin –para quienes eran partidarios de esta noción– dentro de la Sección Primera correspondiente a las obligaciones, y un complejo integral de razones que aconsejaban emplazar la causa fin dentro del acto jurídico. Esta contradicción no encerraba una cuestión meramente bizantina, sino que revestía gran trascendencia práctica. En efecto, cada vez que la palabra “causa” aparecía en la norma civil como derecho aplicable al caso (pago sin causa –art. 792 a 795, enriquecimiento sin causa, error sobre la causa principal del acto –art. 926–, causa de las disposiciones testamentarias –art. 3832–, los cargos como causa final de un legado –art. 3841–) los jueces debían preguntarse si ella se refería a la causa eficiente (causa de la obligación) o causa fin (causa del acto jurídico). Y, consecuentemente, debían determinar cuáles eran las disposiciones normativas que regulaban el régimen atinente a cada una de ellas”.

²⁵ Morea, Adrián O., “La regulación de la causa fin en el Código Civil y Comercial (y su potencial incidencia en la doctrina de la SCBA)”, cit. En autor comenta que “en suma, la codificación anterior

Esta idea queda cerrada en el colofón de la investigación cuando dice que, en síntesis, puede extraer las siguientes conclusiones respecto a la regulación de la causa fin en el nuevo Código: La definición expresa de un concepto de causa fin. La ubicación de la causa fin dentro de la teoría del acto jurídico. La consideración de la causa fin como elemento esencial del negocio. La distinción conceptual entre la causa fin y la causa fuente. El tratamiento legislativo separado entre la causa fin (ubicada en la regulación del acto jurídico) y la causa fuente (ubicada en la regulación de la obligación). La consagración positiva de la teoría del neocausalismo mixto, dual o sincrético, según el cual la causa fin queda constituida por los fines inmediatos del acto jurídico –en su consideración técnica particular y global– y los motivos determinantes –y “causalizados” en caso de que nos encontremos ante actos bilaterales– de los otorgantes. El núcleo del régimen jurídico aplicable a la causa fin, comprensivo de la presunción de existencia, veracidad, licitud de la causa y otros efectos, se halla concentrado en artículos que regulan exclusiva e indubitablemente a este elemento. La proyección generalizada de la causa fin sobre diversas disposiciones normativas relativas al acto jurídico y al contrato como especie. Las consecuencias derivadas de la ausencia, defecto o frustración de la causa fin aparecen previstas en el nuevo régimen. Ellas son nulidad, readecuación y extinción del acto jurídico, según el caso. El reconocimiento expreso del instituto de la frustración del fin del contrato”²⁶.

padecía la tensión lógica entre una metodología criticable que ubicaba la regulación de la causa fin –para quienes eran partidarios de esta noción– dentro de la Sección Primera correspondiente a las obligaciones, y un complejo integral de razones que aconsejaban emplazar la causa fin dentro del acto jurídico.

Esta contradicción no encerraba una cuestión meramente bizantina, sino que revestía gran trascendencia práctica. En efecto, cada vez que la palabra “causa” aparecía en la norma civil como derecho aplicable al caso (pago sin causa –art. 792 a 795, enriquecimiento sin causa, error sobre la causa principal del acto –art. 926–, causa de las disposiciones testamentarias –art. 3832–, los cargos como causa final de un legado –art. 3841–) los jueces debían preguntarse si ella se refería a la causa eficiente (causa de la obligación) o causa fin (causa del acto jurídico). Y, consecuentemente, debían determinar cuáles eran las disposiciones normativas que regulaban el régimen atinente a cada una de ellas”

²⁶ Morea, Adrián O., “La regulación de la causa fin en el Código Civil y Comercial (y su potencial incidencia en la doctrina de la SCBA)”, cit. El autor comenta que “en suma, la codificación anterior padecía la tensión lógica entre una metodología criticable que ubicaba la regulación de la causa fin –para quienes eran partidarios de esta noción– dentro de la Sección Primera correspondiente a las obligaciones, y un complejo integral de razones que aconsejaban emplazar la causa fin dentro del acto jurídico.

Esta contradicción no encerraba una cuestión meramente bizantina, sino que revestía gran trascendencia práctica. En efecto, cada vez que la palabra “causa” aparecía en la norma civil como derecho aplicable al caso (pago sin causa –art. 792 a 795, enriquecimiento sin causa, error sobre la causa

El posicionamiento del autor asocia la “causa fuente” con la obligación, reservando la “causa fin” para los actos jurídicos en general y para los contratos en particular, pero se estima que la definición dada por el art. 724 del Código Civil y Comercial tiene una sustancial diferencia con el tratamiento regalado por el Código Civil que no la definió porque entendía Vélez Sársfield, siguiendo a Freitas, que “las definiciones son impropias de un código de leyes, y no porque haya peligro en hacerlo, pues mayor peligro hay en la ley que en la doctrina”.

En efecto, en sentido contrario, el art. 724 del Cód. Civ. y Com., define que la obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés.

Como se infiere, se destaca como relevante que la obligación está destinada a satisfacer un interés lícito del propio acreedor o de un tercero (beneficiarios), derecho que es tutelado concediéndole la facultad de alcanzar forzosamente la satisfacción de dicho interés.

Frente a ello: ¿satisfacer el interés del beneficiario: ¿es o no una causa fin?

El significado de destinar, conforme la RAE es: 1. tr. Ordenar, señalar o determinar algo para algún fin o efecto... 4. tr. Dirigir un envío a determinada persona o a cierto lugar²⁷.

La inclusión del término “destinada...” implica que la obligación tiene un fin, una razón de ser que es la satisfacción del interés legítimo del beneficiario de la prestación.

Ahora bien, este “fin” o “propósito” de la obligación puede ser considerado como una “causa fin” en el sentido dado por el art. 281 Cód. Civ. y Com., cuando conceptualiza que

“La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”.

principal del acto –art. 926–, causa de las disposiciones testamentarias –art. 3832–, los cargos como causa final de un legado –art. 3841–) los jueces debían preguntarse si ella se refería a la causa eficiente (causa de la obligación) o causa fin (causa del acto jurídico). Y, consecuentemente, debían determinar cuáles eran las disposiciones normativas que regulaban el régimen atinente a cada una de ellas”.

²⁷ <https://dle.rae.es/destinar#DTzRYFc>

Sin lugar a duda que no se puede negar que la obligación para ser tal tiene una causa fin, pero sostenemos que la misma no es autónoma, ni independiente de la causa fin del acto jurídico o contrato que la genera.

En el estudio doctrinario puro de una obligación se podría decir que la “causa fin” de la misma es indefinida, existe sin precisión, no se encuentra individualizada. En cambio, cuando realmente nace para el mundo jurídico, la causa fin de la fuente (acto jurídico o contrato) se prolonga y determina, al unísono, la causa fin de la obligación.

Este detalle es muy importante y tiene fuerte impacto en doctrinas que se estiman superadas como es creer en que las obligaciones de medios y de resultado son ontológicamente diferentes, cuando en realidad es la fuente la que define su calidad.²⁸

De igual modo, es relevante cuando se reclama daño moral derivado de la celebración de un contrato, dado que el contenido del mismo es previsible para las partes, razón por la cual las molestias o agravios derivado del incumplimiento están en el marco de la previsibilidad, pero no así cuando se agredió la causa fin última del pacto que puede generar menoscabo en el bienestar espiritual²⁹.

Es por ello que el art. 281 Cód. Civ. y Com., en su segunda parte agrega que “también integran la causa [fin] los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes”. Es decir, se autoriza a visibilizar, hacer conocer a la contraria, cuál es la causa fin, la razón de ser, la finalidad inspiradora de la ce-

²⁸ Alferillo, Pascual E. en Tratado de Derecho Civil y Comercial, 2ª edición, cit. pág. 190 y sig.; comentario art. 1768 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, 2ª edición actualizada y aumentada, Tomo VIII, Jorge H. Alterini (Director general), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 433 y sig. (Ver arts. 1768, 773 y 774 Cód. Civ y Com., entre otros).

²⁹ Alferillo, Pascual E., “El daño moral contractual y el origen de la ilicitud”, LLGran Cuyo 2011 (marzo), 113. En este trabajo se reflexionó con vinculación al tema en desarrollo: “todo contrato contiene distintos tipos de intereses de las partes que procuran su satisfacción mediante el acuerdo de voluntades, están explícitos en el texto del pacto y, por ende, son conocidos por las partes. Estos intereses son los propios del contrato que cuando son incumplidos generan molestias o inquietudes típicas del mundo de los negocios. En cambio, los intereses vinculados al objeto del pacto tienen una relación con el mismo, pero no forman parte de las obligaciones e intereses que tipifican el contrato y normalmente no tienen carácter económico. Por ejemplo, cuando una persona adquiere una casa con la intención de constituir en ella su hogar al momento de contraer nupcias, el interés contractual propiamente dicho, es la adquisición del bien y el vinculado, su propósito que sea la sede de su vida matrimonial. Como detalle trascendente para una correcta valoración del daño moral de origen contractual es necesario verificar si el interés está o no en el convenio de un modo expreso o implícito, como acontece en el caso de la elaboración de la torta o en la confección del vestido de la novia para la boda. En estos casos, el sujeto conoce que su incumplimiento contractual va a afectar otros intereses vinculados al objeto del contrato”.

lebración del acto jurídico o contrato. En esta alternativa, el incumplimiento del contrato hace responsable al deudor no solo de la vulneración de los intereses previstos y acordado, sino de los menoscabos sobre los motivos exteriorizados, entre ellos el daño moral.

En síntesis, la obligación tiene causa fin, pero la misma no es autónoma, ni independiente de la causa fin del acto jurídico o contrato que la genera.

A partir de reconocer la vinculación, se puede ingresar a conocer el tratamiento legislativo dado a la frustración de la causa fin en los contratos por ser directamente aplicable a la frustración del fin de la obligación.

Estas ideas fueron plasmadas en una ponencia presentada en la Comisión 2 de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil proponiendo que

“1. Las obligaciones tienen causa fin íntimamente relacionada con la causa fin de la fuente que le da origen. 2. Se caracteriza por que es la que “satisface el interés del acreedor o de un tercero beneficiado” que es identificada e individualizada por la fuente. 3. La “causa fin” de la obligación es abstracta hasta el momento que se concreta la celebración del contrato (causa fuente). 4. La causa fin de la obligación y de su fuente, nacen al unísono: en el momento de su creación. 5. La frustración de la causa fin de la fuente, en particular de los contratos y actos jurídicos, influye directamente en la frustración de la causa fin de la obligación”.

II.2. La frustración de la causa fin en los contratos

De un modo relevante, en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en el año 1991 y organizadas por la Universidad Notarial Argentina de Buenos Aires, el tema fue tratado científicamente por la doctrina nacional en la Comisión nº 3 Contratos: Frustración del fin del contrato.

En el punto I se expusieron las posiciones sobre la noción de frustración del fin:

Para la mayoría, la frustración del contrato era un capítulo inherente a la causa; entendida ésta como móvil determinante, razón de ser o fin individual o subjetivo que las partes han tenido en vista al momento formativo del negocio.

En cambio, para la primera disidencia, la frustración del fin no en todos los casos alude a la causa, enmarcándose más bien en el respeto al consentimiento de los contratos como una causal objetiva vigente.

En la segunda disidencia, se consideró que la frustración del fin del contrato debe ser concebida sin recurrir a la noción de causa y se funda en el fin que integra inequívocamente el contenido contractual y por ende se refleja en su sinalagma genético.

En el segundo punto, se fijó que la teoría de la “frustración” debe distinguirse de la imprevisión, de la imposibilidad de cumplimiento, o del caso fortuito o fuerza mayor, del error y de la cláusula resolutoria, en razón de tratarse de un instituto autónomo.³⁰

Este criterio fue aceptado en la doctrina judicial cuando dijo que

“La diferencia entre la teoría de la frustración del fin del contrato y el caso fortuito o fuerza mayor es clara: la primera afecta al sentido o razón de ser de la prestación o a la causa fin del contrato, en tanto que los segundos imposibilitan el cumplimiento de la prestación contractualmente convenida”³¹.

En el mismo sentido, se precisó que

“La diferencia entre la teoría de la frustración del fin del contrato
—en el caso, invocada por un productor de cigarrillos como causal

³⁰ Krieger, Walter, “Parecido no es lo mismo: diferencias entre la teoría de la imprevisión, la excesiva onerosidad sobreviniente, la imposibilidad del cumplimiento y la frustración del fin del contrato”, DJ 27/01/2010, 129. El autor concluía analizando el derogado código que “todo lo hasta aquí escrito nos permite formular las siguientes conclusiones: 1) Mientras la teoría de la imprevisión es un instituto propio del derecho administrativo; la excesiva onerosidad sobreviniente, la imposibilidad de pago y la frustración del fin son institutos propios del derecho privado que se expanden a otras ramas del derecho. 2) La finalidad de teoría de la imprevisión es la continuidad del contrato, siendo la resolución la última de las soluciones posibles; en los otros tres casos analizados, la regla es la extinción del contrato y la excepción su supervivencia. 3) Si bien existen puntos en común entre todos los institutos y todos brindan soluciones sobre hechos posteriores a la celebración del contrato, los mismos deben ser aplicados solamente en el caso para el cual han sido pensados y no mezclando uno con el otro. Ello así por cuanto las soluciones dadas por ellos, son también distintas dependiendo del caso en el que nos encontremos. 4) Como propuesta de lege ferenda, habría que adecuar la legislación argentina a los principios de UNIDROIT con la finalidad de garantizar la supervivencia del contrato en los casos de excesiva onerosidad sobreviniente, siendo el principio de continuidad la norma y la extinción la excepción”.

³¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, “José Morandera S.A. v. Nobleza Piccardo S.A.”, 22/05/2001, 30011888.

de rescisión de un contrato de distribución– y el caso de fuerza mayor reside en que la primera afecta al sentido de la prestación o a la causa fin del acuerdo, motivando que ella, pudiendo ser cumplida pierda su razón de ser, mientras que la segunda imposibilita el cumplimiento de las obligaciones contractualmente convenidas”³².

Pasado el tiempo y concretada la reforma total del derecho privado en el Código Civil y Comercial, se reguló, en el art 1090, que 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.

El requisito de superar el riesgo asumido (previsible) en el acto contractual induce a traer a colación como parámetro, el contenido del art. 1728 donde se establece que en los contratos se responde por las consecuencias que las partes previeron o pudieron haber previsto al momento de su celebración. Cuando existe dolo del deudor, la responsabilidad se fija tomando en cuenta estas consecuencias también al momento del incumplimiento.

Como se infiere, no es suficiente que la alteración del propósito o fin del contrato haya sido modificada, por una circunstancia extraordinaria ajena a la voluntad de las partes contratantes, sino que es necesario que supere el nivel del “riesgo asumido” por la damnificada al suscribir el pacto.

Esta alocución debe ser cuidadosamente interpretada en su alcance dado que el art. 1012 Cód. Civ. y Com., remite, entre otros, al art. 281 el cual precisa que, básicamente, la causa en los actos jurídicos es el fin inmediato autorizado por la legalidad determinante de la voluntad.

Pero esta causa fin, de igual modo, puede ser ampliada por una de las partes al explicitar, en el contenido del acto, los motivos que inducen a la celebración del mismo mientras sean lícitos.

³² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, “José Morandeira S.A. c. Nobleza Piccardo S.A.”, 22/05/2001, La Ley 2001-F, 423, RCyS 2001, 535, AR/JUR/1875/2001.

E, igualmente, se considera incorporado al acto, de modo tácito o implícitamente, cuando el motivo sea esencial para las partes intervinientes.

La causa fin que caracteriza a un determinado tipo de acto jurídico será uniforme, pero pueden adquirir características singulares, si las partes exponen las motivaciones particulares que la inducen a la celebración del mismo. Todo este contenido del acto delimita el riesgo que asume cada parte puesto que es esencial que el mismo sea plenamente conocido, con la excepción que estuviere implícito por ser esencial para ambos. Además de ello,

“Al obligarse, los interesados tienen en cuenta determinadas circunstancias económicas y sociales imperantes, las que pueden lisa y llanamente desaparecer por acontecimientos externos e imprevisibles, que tornan excesivamente injustas y desproporcionadamente gravosas las obligaciones asumidas”³³.

Con relación a la causa fin que caracteriza el acto, la doctrina judicial expresó que

“Entregar la cosa es la principal obligación que el contrato de venta impone al vendedor; su cumplimiento constituye la causa fin de la obligación correlativa del comprador de pagar el precio”³⁴.

En sentido similar, se especificó

“La principal motivación del propietario de un vehículo de confinarlo en depósito a un garaje, es evitar que sea sustraído por terceros. Tal propósito, que constituye la causa fin en el contrato, se

³³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, “Clemente, Pascual M. y otro v. Belas, Roberto M.”, 09/09/2004, 70016137. El fallo completa sus consideraciones expresando que “desde esta perspectiva, si el deudor cumplió regularmente y en un momento dado del desarrollo del plan prescricional, por un acto de gobierno, se devaluó la moneda que antes era convertible a la par con el dólar estipulado como moneda de pago, cargar sobre esa parte todo el peso de la contingencia, esto es, del quiebre profundo que resintió la ecuación económica instrumentada en esa moneda, implicaría tanto como sostener que por su condición de deudor queda privado de toda justicia y equidad, confinándolo a la ruina. Bajo tales pautas, resulta equitativo distribuir los sacrificios, debiendo soportar ambas partes y en partes iguales, la brecha cambiaria existente entre el dólar y el peso”.

³⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, “Báltico Producciones S.A. v. Municipalidad de Olavarría”, 16/06/2005, 70023165.

presume conocido por el guardador, quien por ello no puede omitir la adopción de las medidas de seguridad necesarias y conducentes para el eficaz cumplimiento de sus obligaciones”³⁵.

De modo equivalente, se entendió aplicable cuando se juzgó que

“Toda vez que la “causa fin” del contrato de provisión e instalación de software suscripto por las partes fue –precisamente– la de instalar un sistema de software que fuese funcional y eficiente a los requerimientos mercantiles de la sociedad actora, habiéndose acreditado las deficiencias en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la proveedora, corresponde confirmar la sentencia apelada en cuanto hizo lugar a los daños y perjuicios reclamados y dispuso la resolución del contrato en cuestión”³⁶.

A partir de la delimitación de que se entiende por “causa fin” en los actos jurídicos permite comprender de mejor modo el contenido del art. 1090 Cód. Civ. y Com. que es la consagración del pensamiento expuesto por la mayoría en las jornadas de referencia cuando requería, como presupuesto de admisibilidad, la

“Existencia de un acontecimiento anormal; sobreviniente; ajeno a la voluntad de las partes; que no haya sido provocado por ninguna de ellas; que no haya sido generado en la mora de ellas; que incida sobre la finalidad del contrato de manera que malogre el motivo

³⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, “Acuario Cía. de seguros c. Gestoso Carracedo, Manuel”, 11/08/1998, La Ley 1998-F, 233, RCyS 1999, 619, DJ 1999-1, 1101, AR/JUR/3375/1998.

³⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Méndez y Petrillo S.R.L. v. Calipso Software S.A.”, 11/06/2009, 35031819. Se puede agregar la doctrina del fallo dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, “Viale, Salvador M. c. Escalante Posse, Rafael M.”, 18/05/1986, DJ 1987-1, 204, AR/JUR/1553/1986, cuando consideró que “la urbanización es una causa fin o motivo determinante de la adquisición de inmuebles en zona residencial y por tanto su conservación es a la vez un derecho y una obligación del titular o poseedor, quien tiene el derecho de oponerse a toda violación de las normas que preservan la zona y la obligación de cumplir esas normas que en definitiva suponen una restricción en miras al mantenimiento de caracteres urbanísticos residenciales. A este derecho y restricción ha de sumarse un mayor valor del inmueble comprendido en la zona calificada, que a su turno determina una mayor carga de contribuciones y tasas”.

que impulsó a contratar, al punto que desaparezca interés o utilidad en la subsistencia del contrato”³⁷.

Por otra parte, si se cumplimentan todos y cada uno de los requisitos de viabilidad de la causal, se autoriza a la parte damnificada para que requiera la operatividad de la resolución comunicando su declaración extintiva a la otra.

En cambio, cuando la frustración de la finalidad es temporaria, por principio general, no será procedente la resolución del contrato. Únicamente, el Cód. Civ. y Com., autoriza, como excepción, que hay derecho a la misma sólo si se impide el cumplimiento oportuno de una obligación cuyo tiempo de ejecución es esencial.

En el derecho vivo de los tribunales se verificó que

“La frustración del fin del contrato es admisible en nuestro derecho como causa de rescisión de un contrato cuyo cumplimiento o cuya continuación de cumplimiento ha perdido sentido y razón de ser, por haber sobrevenido ciertas características que generan una nueva situación distinta de la existente al tiempo de la celebración del mismo”³⁸.

De igual modo,

“Las medidas económicas tomadas por el gobierno nacional a fines de 2001 y principios de 2002 configuran un claro supuesto de “frustración del fin del contrato” respecto de quienes confiaron en la paridad cambiaria –\$ 1 = U\$S 1– y en el mantenimiento de la convertibilidad”³⁹.

³⁷ Las minorías agregaban: b.1.- Disidencia: Además de los presupuestos anteriores, añade que los acontecimientos deben haber modificado la base objetiva del negocio. c.- La causa debe haber sido declarada en el “campo” jurídico, conocida y aceptada por las partes.

³⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, “José Morandeira S.A. v. Nobleza Piccardo S.A.”, 22/05/2001, 30011888. El fallo completo su fundamento expresando que “La frustración del fin del contrato es admisible en nuestro derecho como causal de rescisión del vínculo –en el caso fue invocada por una productora de cigarrillos como causa de rescisión de un contrato de distribución– cuyo cumplimiento o continuación de cumplimiento ha perdido sentido y razón de ser por haber sobrevenido de ciertas características que generan una nueva situación distinta a la existente al tiempo de la celebración del contrato (arts. 1604 inc. 4, 1522 y 1772, Cód. Civil)”.

³⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Méndez, Lucía v. Estado Nacional y otro”, 18/12/2007, 35021738.

También se invoca la causal, cuándo juzgaron que

“Siendo que las medidas económicas tomadas por el gobierno nacional, a fines del año 2001 y principios del año 2002, configuran un supuesto de “frustración del fin del contrato”, respecto de quienes confiaron en la paridad cambiaria y en el mantenimiento de la convertibilidad, sería antifuncional y gravoso exigir el cumplimiento del contrato –en el caso, caución bursátil– en la moneda de origen”⁴⁰.

En cuanto a las consecuencias, en las conclusiones de las XIII Jornadas Nacionales antes individualizadas, se precisó que la resolución importaba que las prestaciones cumplidas por una de las partes, antes de producido el acontecimiento frustrante, serán repetibles, con excepción de los gastos realizados por la otra, en la medida de su relación causal con la prestación a su cargo.

La pretensión aludida es bien satisfecha por el Cód. Civ. y Com., en el contenido de los arts. 1079 inc. b, 1080, 1081 y 1082 que, en general, indican que la resolución produce efectos retroactivos entre las partes y no afecta el derecho adquirido a título oneroso por terceros de buena fe que, las partes deben restituirse, en la medida que corresponda, lo que han recibido en razón del contrato, o su valor, conforme a las reglas de las obligaciones de dar para restituir, y a lo previsto en el artículo siguiente y que si se trata de la extinción de un contrato bilateral la restitución debe ser recíproca y simultánea quedando las prestaciones cumplidas firmes y producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes.

En otras palabras, las aspiraciones de lege ferenda de la doctrina nacional han sido receptado en el Código Civil y Comercial al consagrar la frustración del contrato como figura autónoma.

De semejante modo, el criterio fue receptado por la jurisprudencia cuando sentenció que

“La frustración del fin del contrato generada por circunstancias extraordinarias ajenas al riesgo asumido por la parte afectada permite a esta última solicitar la resolución del acuerdo, solución expresa-

⁴⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Vázquez, Adolfo c. Álvarez y Compañía Actividades Bursátiles Sociedad Colectiva”, 03/08/2005, La Ley 10/01/2006, I, La Ley 2006-A, 413, AR/JUR/3387/2005.

mente consagrada por el art. 1090 del Código Civil y Comercial –que si bien no se aplica al caso se tiene en cuenta en tanto expresa la intención del legislador, pauta esencialísima de interpretación de la ley–⁴¹.

En algún momento, anterior a la sanción del Código Civil y Comercial, no se tenía en claro el efecto resolutorio de la verificación de la causal de “frustración del fin del contrato”.

En ese sentido, se estimó que

“Queda “prima facie” demostrado que el incremento de la cotización de la moneda extranjera estadounidense con relación a nuestro peso superó las expectativas que una persona con diligencia razonable habría tenido al momento de contratar. Y es lógica la inferencia de su impacto en el incremento de la prestación a cargo de la locataria; todo lo que podría configurar la situación de excesiva onerosidad a la que alude el artículo 1091 del Cód. Civ. y Comercial. De esta forma, en este marco cautelar, deviene aplicable el instituto de la frustración del fin del contrato, en virtud del cual el juez se encuentra autorizado a revisarlo –lo que implica ajustar su contenido– para lograr que el acreedor obtenga la natural satisfacción de su crédito con el límite del razonable cumplimiento de aquella finalidad”.⁴²

En sintonía con el criterio, se manifestó que

“Tratándose de un mutuo hipotecario celebrado entre particulares en el que el deudor tiene comprometida su vivienda única y familiar, y el acreedor conoce el motivo de la contratación, debe aplicarse el instituto de la frustración del fin del contrato, en virtud del cual el Juez se encuentra autorizado a revisarlo para lograr que el

⁴¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “M. V. T., B. y otro c. Julia Tours S. A. y otro s/ daños y perjuicios”, 24/08/2015, RCCyC 2015 (noviembre), 138, RCyS 2015-XII, 117, DJ 02/03/2016, 68, RCyS 2017-IV, 65, AR/JUR/28309/2015.

⁴² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, “H. B. de B. A. c. Z. S. A. s/ Medidas precautorias”, 14/09/2020, La Ley 28/10/2020, 3, AR/JUR/37205/2020.

acreedor obtenga la natural satisfacción de su crédito con el límite del razonable cumplimiento de aquella finalidad⁴³.

De igual guisa, se dijo que

“Es constitucionalmente admisible recomponer, en el contexto de la emergencia –leyes 25.798 y 26.167 (Adla, LXIII-E, 4978; LXVII-A, 36)–, un mutuo hipotecario a favor de la parte débil, pues, la protección de los consumidores, la vinculación del contrato con derechos fundamentales de la persona, la tutela de la vivienda familiar, la frustración del fin del contrato o la evidencia del abuso del derecho son la base de un “orden público de protección de la parte débil”, por lo que no se afecta la igualdad cuando el legislador elige a un grupo de sujetos para protegerlos especialmente, por su vulnerabilidad⁴⁴.

Quizás, la idea de recomponer el equilibrio contractual provenga de no existir perfiladas las características de la figura de la frustración de la causa fin del contrato. Ello quedó plasmado en el fallo que se dijo que

“La normativa correspondiente a la emergencia económica es inconstitucional porque afecta el derecho de propiedad y la posición contractual de un modo no tolerado por la Constitución; lo que ocurre cuando el contrato se vincula con derechos fundamentales inherentes al estatuto de protección de la persona, a los consumidores o a la vivienda familiar o existe abuso del derecho o frustración del fin del contrato⁴⁵.

⁴³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra”, 15/03/2007, La Ley 20/03/2007, 7, La Ley 2007-B, 415, Sup. Esp. Pesificación de Créditos Hipotecarios 2007 (marzo), 62, AR/JUR/145/2007. (del voto de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni).

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fecred S.A. c. Mazzei, Osvaldo Daniel y otro”, 06/05/2008, La Ley 20/05/2008, 7, IMP 2008-11 (junio), 999, DJ 04/06/2008, 327, DJ 2008-II, 327, ED, 4, Sup. Const- 2008 (julio), 21, AR/JUR/1231/2008. (del voto del doctor Lorenzetti).

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fecred S.A. v. Mazzei, Osvaldo D. y otro”, 06/05/2008, 35021766. –del voto en disidencia del Dr. Lorenzetti–.

En la resolución no hay recomposición sino la disolución del contrato que tiene consecuencias diferentes.

Por esa razón, la conclusión de esta primera parte, indica que cuando se frustra el fin de la obligación es porque se frustró la causa fin que inspira a su causa fuente. En consecuencia, no hay incumplimiento de la obligación porque produce el desvinculo entre las partes cuando se comunica la voluntad resolutoria del pacto.

II.3. Conclusiones de la Comisión 2 en las XXVIII Nacionales de Derecho Civil

En la segunda parte de las conclusiones se trató el tema bajo el título: “Frustración de la causa fin del contrato caracterización de la figura”.

Al respecto en el primer punto se procuró fijar posición respecto del concepto de finalidad de contrato, sosteniéndose las siguientes posiciones:

1) Posición a

Por “finalidad del contrato” debe entenderse la utilidad que debía proporcionar una de las prestaciones, según su naturaleza o el acuerdo inequívoco de las partes (Gianfelici).

2) Posición b

La frustración del fin del contrato se aplica a aquellas situaciones en las que se han malogrado expectativas del acreedor de la prestación pendiente de naturaleza homogénea con las de cualquier otro acreedor en igualdad de circunstancias y que fueron presupuestas o conocidas por el deudor (Puga).

3) Posición c

La frustración del fin del contrato es un remedio inherente a su eficacia funcional y correspondiente a la causa fin, entendida esta en su concepción objetiva y subjetiva, como elemento esencial del contrato (Pizarro, Gesualdi, Cuervo, Miquel, Bonino, Alterini, Alferillo, Furlotti, Miramonte, Carignano, Zinkgraf, Moreno, Silverati, Rafanach, Wayar, Mia).

1) Ámbito de aplicación

La frustración del fin del contrato es aplicable a los contratos “onerosos”, de ejecución diferida o continuada (unanimidad).

2) Autonomía conceptual

En el C.C.C.N., la frustración del “fin del contrato” está regulada, acertadamente, como un instituto autónomo, por lo cual debe distinguírsela de la resolución por incumplimiento, la imposibilidad de cumplimiento y la imprevisión (unanimidad).

Efectos

Posición a

1) La frustración del fin solo admite el remedio resolutorio y no su adecuación. (Unanimidad).

2) Agregado de los Dres. Gianfelici, Puga, Miquel, Silverati, Viramonte: No genera el deber de indemnizar, aunque el deudor tiene la facultad de exigir al acreedor el reembolso de los gastos que haya realizado, hasta el momento de la resolución.

Frustración temporaria

1) La regla es que la imposibilidad sobrevenida objetiva, absoluta y temporaria, así como la frustración temporaria del fin no extinguen la obligación, salvo la hipótesis de plazo esencial o cuando la imposibilidad sea de duración imprevisible. (Unanimidad).

De lege ferenda: corresponde modificar el art. 1090 in fine en concordancia con el art. 956 C.C.C.

Imposibilidad moral

Posición a)

La imposibilidad moral se verifica cuando pese a no existir imposibilidad material ni legal, es moralmente reprochable exigirle al deudor el cumplimiento de la prestación y extingue la obligación en los mismos casos y con los efectos de los arts. 955 y 956 C.C.C.N. Surge del art. 1732 in fine (Pizarro, Furlotti, Osola, Moia, Miquel, Cuervo, Zinkgraf, Moreno, Silverachi, Rufanch).

Posición b)

Cuando existe un caso incontrovertible de inexigibilidad de la prestación por imposibilidad moral, según las exigencias de la buena fe del art. 1732, surge la idea de la no culpa en la imposibilidad de cumplimiento (Wayar).

Posición c)

La imposibilidad moral no es imposibilidad propiamente dicha, en los términos del 955 C.C.C. (Viramonte, Carignano).

Legitimación para la frustración

Solo está legitimado para reclamar la frustración de la finalidad “la parte perjudicada”, correspondiendo entenderse por tal, al acreedor de la prestación que devino frustrada (unanimidad).

Vías procesales para el planteo de la frustración del fin

a) La frustración del fin puede esgrimirse por vía judicial o extrajudicial. El debate judicial puede hacerse efectivo por vía de acción o de excepción (unanimidad).

b) La acción declarativa constituye una opción útil para a hacer valer la pretensión judicial destinada a que se declare la frustración del fin del contrato (Moia, González Zavala).

De lege ferenda

No es conveniente la promoción de la frustración del fin por vía extrajudicial (abstención Miquel).⁴⁶

III. La imposibilidad de cumplimiento de la obligación

III.1. Preliminar. Antecedentes

La figura de la imposibilidad de pago, durante la vigencia del derogado Código Civil fue regulada de un modo pormenorizado en los arts. 888 a 895. Se la caracterizaba precisando que la obligación se extingue cuando la prestación que forma la materia de ella viene a ser física o legalmente imposible sin culpa del deudor.

Esa normativa fue analizada por Llambías bajo los siguientes términos: Este tópico se relaciona con la necesidad de la existencia del elemento objeto de la obligación para que pueda concebirse la existencia misma del vínculo obligatorio. Pues, así como nadie puede estar obligado a satisfacer algo que no tiene posibilidad de existir, igualmente cesa la obligación por la desaparición de un objeto que fuera posible anteriormente. La diferencia está en que una imposibilidad de objeto originaria impide la constitución misma de la obligación, que sería, por esa falla, una obligación jurídicamente inexistente; mientras que una imposibilidad sobreviniente no perjudica la validez anterior de la obligación, aunque disuelve el vínculo para el futuro, por la desaparición de su objeto⁴⁷.

⁴⁶ <https://drive.google.com/file/d/156W2Lpw4JL9XOWMLH4Tuieg6LjCuXjXl/view>

⁴⁷ Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo III, Convenciones liberatorias. Hechos extintivos. Prescripción. Actos ilícitos., Buenos Aires, Perrot, 1973, § 1987, pág. 283. Ver:

Por su parte, Salvat opinaba que la obligación se extingue cuando se ha hecho imposible física o legalmente: físicamente, por ejemplo, si la cosa que debe entregarse ha quedado destruida; si un pintor célebre que debe pintar un cuadro pierde la vista; si la cosa debida ha desaparecido y no se sabe dónde se encuentra; etc. Legalmente, por ejemplo: si la cosa debida ha sido puesta fuera del comercio, si se trata de la construcción de un edificio a cierta altura y después de contraída la obligación, una nueva ordenanza municipal prohíbe que se edifique hasta esta altura o exige una altura mayor, etc.⁴⁸

Díez Picazzo y Gullón comentan que la pérdida de la cosa constituye, en efecto, el supuesto legal de la imposibilidad sobrevenida de cumplir por causa posterior al nacimiento de la obligación de darla o entregarla. Esa imposibilidad impide la satisfacción del acreedor, origina la extinción del deber del deudor y produce su liberación, si se produce la pérdida de acuerdo en determinados presupuestos legales. Pero también se considera las obligaciones de hacer pues se desencadenan los mismos efectos cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible⁴⁹.

Estas nociones permiten examinar el régimen actual previsto en el Código Civil y Comercial, el cual contiene una serie de normas (art. 724, 955, 956, 1730, 1732, entre otras) que deben ser analizadas y concordadas para comprender adecuadamente el régimen del código.

III.2. La imposibilidad definitiva. Concepto y requisitos

El art. 955 del Cód. Civ. y Com. dispone que la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva de la prestación, producida por caso fortuito o fuerza mayor, extingue la obligación, sin responsabilidad. Si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización por los daños causados.

Luis María Rezzonico, Estudio de las Obligaciones en nuestro Derecho Civil, Séptima Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1956, pág. 528; entre otros.

⁴⁸ Salvat, Raymundo M., Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones. en general. Tomo III, 6ª ed. actualizada por Enrique V. Galli, Buenos Aires, TEA, 1956, pág. 375.

⁴⁹ Díez – Picazo, Luis y Gullón, Antonio, Sistema de Derecho Civil, Volumen II (tomo I) El contrato en general. La relación obligatoria, décima edición 2012, reimpresión 2013, Tecnos, Madrid, España, pág. 195.

Anteriormente, la figura era denominada como “imposibilidad de pago”. En su lugar, en el régimen actual, la designa “imposibilidad de cumplimiento”. Es decir, la obligación nace como jurídicamente posible, tiene existencia y eficacia, pero su objeto se transforma de cumplimiento imposible por caso fortuito o fuerza mayor.

Se debe tener en cuenta que el art. 955 del Cód. Civ. y Com. tiene una vinculación directa con el art. 1732, en el cual se regla la imposibilidad de cumplimiento precisando que el deudor de una obligación queda eximido del cumplimiento, y no es responsable, si la obligación se ha extinguido por imposibilidad de cumplimiento objetiva y absoluta no imputable al obligado. La existencia de esa imposibilidad debe apreciarse teniendo en cuenta las exigencias de la buena fe y la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos.

La reiteración del tratamiento es severamente observada por Alterini y Alterini⁵⁰. Sin perjuicio de ello, es ineludible repasar los lineamientos básicos que estructuran al caso fortuito o fuerza mayor, que tienen tratamiento específico en el art. 1730, dentro del marco unificado de la responsabilidad civil⁵¹. Ello por cuanto, es la causa indicada que produce la extinción de la obligación sin responsabilidad.

Sin perjuicio de esta opinión se debe considerar que el art. 955 Cód. Civ. y Com., está inserta en el régimen de las obligaciones en general. Y, en su texto, se hace referencia a la imposibilidad de la prestación producida por caso fortuito o fuerza mayor.

A partir de ello se abren dos frentes de análisis.

El primero relacionado qué se debe entender por prestación porque ella padecerá la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y definitiva.

⁵⁰ Alterini, Jorge H. y Alterini Ignacio E., comentario al art. 1732 en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, 2ª edición actualizada y aumentada, Tomo VIII, Jorge H. Alterini (Director general), Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, pág. 144. Los autores señalan lo siguiente: “No se comprende la introducción en el Código del art. 1732 ante la existencia de los arts. 955 y 956. Si se trató de una pretendida reiteración de pautas, el resultado no se correspondió con lo que se aspiraba. El art. 955 se hace cargo de la imposibilidad absoluta y el art. 956 de la imposibilidad temporaria, mientras que el art. 1732 no incluye esa matización temporal. [...] si hay coincidencia sustancial en los tratamientos, aunque más parcializada el del art. 1732, se robustece nuestra creencia sobre la sinrazón de esta nueva preceptiva que desacompañadamente aparece en la norma glosada tampoco podría explicarse la inesperada aparición en el art. 1732 de la referencia a la buena fe y al ejercicio abusivo de los derechos, pues tanto uno como otro instituto, no sólo son predicables al tratar la imposibilidad de cumplimiento, sino que hacen las veces de directrices con vocación expansiva (arg. arts. 9º, 10, 729)”.

⁵¹ Alferillo, Pascual E., comentario al art. 1730, en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, 2ª edición actualizada y aumentada, cit., pág. 131.

Y el segundo, vinculado con la idea restrictiva que solo se tiene en cuenta la imposibilidad proveniente de caso fortuito o fuerza mayor, sin aceptar otras alternativas.

En cuanto a la primera, se comentó de conformidad con el contenido del art. 725, Cód. Civ. y Com., la prestación constituye el objeto de la obligación. Esta aseveración determina cuál es el objeto de la obligación, pero no precisa “qué” es la “prestación”, dejando abierta a la hermenéutica doctrinaria y jurisprudencial la determinación de su contenido. La respuesta exige un análisis y compatibilización de las ideas mayoritarias expresadas por los autores frente a la normativa regulada en el Código Civil y Comercial.

La diferencia esencial entre las posturas se focaliza en la ubicación que se le da al interés que satisface al acreedor.

Un sector fusiona, la conducta debida con dicho interés bajo la denominación de prestación, entendida como equivalente de objeto de la prestación.⁵²

En cambio, otros interpretan en forma disímil, y bajo denominaciones diferentes, el contenido (conductas de las partes) del objeto de la obligación (bien que satisface el interés del acreedor).

En esa dirección, Zannoni sostenía que

“El contenido de la relación obligatoria resulta de la correlación entre el deber del deudor y el poder del acreedor (sujetos de la relación) en punto a la obtención del objeto de la relación”⁵³.

⁵² Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, Tº 1, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, págs. 143/146. Al respecto se comentó que, para estos autores, dentro del objeto de la obligación, fusionan y luego separan conceptualmente: la conducta debida del interés perseguido por el acreedor. En sus palabras: entienden que la prestación está compuesta por “el comportamiento debido por el deudor”. Por ello aclaran que “la prestación es, sin embargo, mucho más que la mera conducta del obligado. Esta conducta debe satisfacer el interés del acreedor, que constituye en esta materia, un elemento esencial, tanto en la estructura como en el funcionamiento de la obligación”. Y que “el interés del acreedor debe ser buscado, principalmente, dentro del propio título generador de la obligación. La causa fuente generadora de la obligación se erige en un elemento objetivo revelador del interés del acreedor”.

Para esta posición el concepto de objeto es más amplio y engloba a la “prestación” (conducta debida del deudor) junto al interés del acreedor que es caracterizado por su causa fuente. En cambio, en la definición legal del art. 725, la “prestación” y objeto de la obligación, es conceptualmente equivalente. Como se colige no es lo mismo.

Así sería, siguiendo las ideas de Pizarro y Vallespinos, literalmente para el Código Civil y Comercial el objeto de la obligación estaría constituido por la conducta debida por el deudor porque ello es la prestación. De este modo, se eliminaría del objeto de la obligación al interés del acreedor.

⁵³ Zannoni, Eduardo A., *La obligación. Concepto, contenido y objeto de la relación jurídica obligatoria*, Astrea, Buenos Aires, 1984, pág. 46. Ver: Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar y López Cabana,

Agrega esto otro:

“Es que la conducta debida, y correlativamente el cumplimiento de ella, no constituye, en sí misma, el objeto de la relación jurídica obligatoria. El acreedor no satisface su crédito con la conducta debida por el deudor sino, con el bien o utilidad que constituye su interés”⁵⁴.

Es decir, la satisfacción del interés del acreedor constituye el objeto de la relación jurídica obligatoria.

Esta línea de pensamiento es adoptada por un importante sector de la doctrina nacional⁵⁵, destacándose que tiene la ventaja de individualizar con claridad cuál es el bien que satisface al acreedor.

De este examen se excluyen las teorías que entienden que la prestación está compuesta exclusivamente por la conducta debida por el deudor.

Más allá de las diferencias conceptuales entre las dos posiciones prevalecientes respecto del contenido de la prestación, se puede inferir que ambas en-

Roberto, Derecho de obligaciones. Concepto y naturaleza. Elementos. Efectos. Teoría del incumplimiento, Tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1990, pág. 94 bis. También, Von Tuhr, Andrea, A., Tratado de las obligaciones, Tomo I, traducido del alemán y concordado por W. Roces, Madrid, Reus, 1934, pág. 3. Este autor enseñaba que “la obligación tiene por contenido aquella prestación que el deudor puede reclamar y el deudor tiene que cumplir. Por prestación el acto del deudor que ha de redundar en beneficio del acreedor y que consiste en mas de las veces, en producir y poner a disposición de éste un resultado material. Así concebida la prestación del deudor, es decir, como medio para la consecución de un resultado a que el acreedor tiene derecho, se explica que el crédito pueda hacerse efectivo por mediación de un tercero, siempre y cuando que la prestación de éste asegure al acreedor el mismo resultado que la del deudor le procuraría”

⁵⁴ Zannoni, Eduardo A., La obligación, cit., pág. 60.

⁵⁵ Alterini, Atilio A., Ameal, Oscar y López Cabana, Roberto, Curso de Obligaciones, Tomo I, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, págs. 46 y sigs., n° 90 y sigs., Derecho de obligaciones. Concepto. Naturaleza. Elementos. Efectos. Teoría del incumplimiento. Tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1990, pág. 16; Borda, Guillermo A., “Problemas de la culpa contractual”, La Ley, 111, pág. 925; Boffi Boggero, Luis María, Tratado de las Obligaciones. Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 1973, pág. 211; Belluscio, Augusto C. “Obligaciones de medios y de resultado. Responsabilidad de los sanatorios”, La Ley, 1979-C, pág. 30; Zannoni, Eduardo A., “Obligaciones de medios y de resultado (Observaciones críticas a un distingo conceptual a propósito de un fallo)”, Jurisprudencia Argentina, 1983-II, pág. 169, y La obligación. Concepto, contenido y objeto de la relación jurídica obligatoria, cit., pág. 94; Wayar, Ernesto C., Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I, Concepto. Naturaleza. Elementos. Efectos. Teoría del incumplimiento, Buenos Aires, Depalma, 1983, pág. 128; Alferillo, Pascual E., “La carga probatoria de la responsabilidad profesional de los abogados”, La Ley Gran Cuyo, 2009 (junio), pág. 447, y “La carga probatoria en la mala praxis médica”, La Ley, 11/03/2013, pág. 3, Llambías, Jorge J., Tratado de derecho Civil. Tomo I. Teoría General de la obligación. Efectos de las obligaciones. Teoría general de los privilegios, 2.ª ed. act., Buenos Aires, Perrot, 1973, págs. 11 y 27, entre otros.

tienden que el Código Civil y Comercial, al describir en el art. 725, los requisitos a cumplimentar por la prestación objeto de la obligación (material y jurídicamente posible, lícita, determinada o determinable, susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés patrimonial o extrapatrimonial del acreedor) hace referencia al bien (arts. 15 y 16) que satisface el interés del acreedor y no a la conducta debida por el deudor.

En función de ello, se puede aseverar que la imposibilidad física o jurídica afectará al bien que satisface el interés del acreedor o del tercero beneficiario de la obligación de un modo definitivo o temporalmente.

El art. 1732 se diferencia del art. 955, por la ubicación dentro del marco de la función resarcitoria de la responsabilidad, razón por la cual reitera los adjetivos calificativos de la imposibilidad de cumplimiento, como es objetiva y absoluta, pero omite la característica de sobrevenida y definitiva. Se podría justificar ello, en función que este artículo incluye, además de la contractual, dentro la responsabilidad civil unificada, a la emergente de delitos y cuasi delitos.

Ahora bien, cuando se hace referencia a una imposibilidad de cumplimiento “objetiva”, no hace referencia directa al objeto de la obligación, sino que se refiere a una cualidad de la imposibilidad que indica que para su acaecimiento no intervino ninguno de los sujetos partícipes de la relación obligacional. Es ajena a la voluntad de ellos.⁵⁶

Otro de los detalles importantes, se centra en analizar las consecuencias de la verificación de la imposibilidad de cumplimiento de una obligación en su relación o participación en los contratos.

En ese sentido, los arts. 955 y 1732 Cód. Civ. y Com., imponen la sanción de extinción de la obligación sin responsabilidad para el deudor, razón por la cual no será exigible el pago.

Ahora bien, si esa obligación forma parte de un contrato, sin lugar a duda, al extinguirse, aniquilar o suprimir su existencia produce la extinción misma del contrato porque se diluyó o destruyó el acuerdo de voluntades que le dio vida.

La figura de la “extinción del contrato” se encuentra mencionada en catorce artículos del Código Civil y Comercial y está relacionada con la desaparición

⁵⁶ RAE. objetivo, va. 1. adj. Perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir. 3. adj. Fil. Que existe realmente, fuera del sujeto que lo conoce.

de uno de sus requisitos esenciales, como es el acuerdo de voluntades que dio origen a la obligación extinta por imposibilidad de cumplimiento.

Las partes, en la hipótesis de extinción definitiva y objetiva, no pueden reclamar la resolución de un contrato que dejó de existir para el mundo jurídico, sino cualquiera de ellos puede pedir se declare extinto el mismo.⁵⁷

Por ello, el régimen de responsabilidad se modifica sustancialmente cuando es imputable al accionar del obligado, en cuyo caso, por ser subjetiva, se podrá ponderar si la conducta fue actuada de buena fe o con abuso de los derechos⁵⁸.

Es decir, en los términos del art. 955, si la imposibilidad sobreviene debido a causas imputables al deudor, la obligación modifica su objeto y se convierte en la de pagar una indemnización de los daños causados. En otros términos, se configura una novación legal (art. 941 Cód. Civ. y Com.).

De retorno, al contenido del artículo antes mencionado, como se expresó, la causa de la imposibilidad de cumplimiento se focaliza en un hecho imprevisible e inevitable que caracteriza al caso fortuito o fuerza mayor, razón por la cual corresponde su tratamiento.

III.2.1. Caracterización y requisitos del caso fortuito o fuerza mayor

En el marco de las causales eximentes de la responsabilidad resarcitoria se encuentra regulado el caso fortuito y fuerza mayor. Esta circunstancia excepcional puede ser alegada, además de la hipótesis contenida en el art. 955, en la prevista en el art. 1722, donde se autoriza invocar a la causa ajena para liberarse de la atribución de responsabilidad fundada en los factores objetivos de atribución, excepto disposición legal en contrario.

La norma considera que es un caso fortuito o fuerza mayor, tratándolos como sinónimos⁵⁹, al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado.⁶⁰

⁵⁷ Sánchez Herrero, Andrés, "La facultad resolutoria y la imposibilidad de cumplimiento de la prestación", ADLA 2015-09, 155, TR LALEY AR/DOC/726/2015.

⁵⁸ Cuando es objetiva por cierto que estos parámetros no se tienen en consideración.

⁵⁹ Cazeaux, Brebbia, Alterini, Mosset Iturraspe, Zannoni, Temas de Derecho Civil, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, pág. 116. En las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil – 1978, en la recomendación del tema II, se dijo que "el Código Civil argentino utiliza indistintamente los términos caso fortuito y fuerza mayor asignándoles idénticos efectos", pág. 115.

⁶⁰ Gianfelici, Mario César, "Caso fortuito, caso de fuerza mayor y la responsabilidad civil de los propietarios de los establecimientos educativos", La Ley1999-D, 589, Responsabilidad Civil Doctrinas

Esta norma sigue el lineamiento tradicional (art. 514 Cód. Civil derogado) regulado en el marco de las obligaciones que, sin perjuicio de ello, era adoptado por todo el sistema, tanto en responsabilidad contractual como la aquiliana dado que interrumpe el nexo causal. En este sentido, la nueva regulación sitúa a la norma dentro de la función resarcitoria de la responsabilidad civil comprendiendo con ello tanto a la contractual como a la aquiliana.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que son requisitos del caso fortuito o fuerza mayor: a) que el suceso sea imprevisible, b) inevitable, c) actual y d) inimputable al deudor.⁶¹

El coordinador del Tema II en las Quintas Jornadas de Derecho de San Rafael (1978), Roberto H. Brebbia en su informe para el plenario expresó que los

Esenciales, Tomo IV, 01/01/2007, 175. Este autor señalaba en sentido contrario al sentido unívoco de “caso fortuito” y “fuerza mayor” que “sucede que la doctrina predominante, o unánime, apegada a los dogmas, considera que “caso fortuito” y “fuerza mayor” expresan un concepto único, que excluye la relación de causalidad material. Por ello, seguramente, el legislador de 1997 ha creído que bastaba con referirse simplemente al “caso fortuito”, cuando en rigor correspondía aludirse, específicamente, al “caso de fuerza mayor”.

Apreciamos que de no interpretarse allí adecuadamente la expresión “caso fortuito”, puede conducir a que se admita como eximente al caso fortuito, sentido estricto, el que excluye la relación de culpabilidad, con lo cual, se desvirtuaría el régimen de responsabilidad objetiva que se pretendió implementar, desembocando en el análisis de la culpa. El fallo en análisis es una buena demostración de ello, ya que justamente en sus considerandos incurre en tal yerro cuando al referirse a los requisitos y la apreciación del caso fortuito, trae una cita que expresa “el parámetro para determinar la previsibilidad es la diligencia que exige la obligación de que se trata. El Código Civil impone una diligencia en concreto apropiada a las circunstancias del caso, art. 512”.

¿Cómo se eximirá el propietario del establecimiento acreditando el simple caso fortuito, cuando, este es, precisamente, el que se quiso poner en sus hombros? Para apreciar la desprolijidad conceptual y terminológica basta con que se tenga en cuenta que ya en el régimen anterior, de base subjetiva, el caso fortuito era liberatorio, según antes dijimos. Como, asimismo, que, en materia de responsabilidad contractual, que también es por regla subjetiva, la eximente es igualmente el caso fortuito (conf. art. 513, Cód. Civil).

Insistimos: la norma debió decir “caso de fuerza mayor”, o bien, utilizar una expresión análoga que lo implicara. No lo dice, pero al menos, así deberá interpretarse y aplicarse si es que no se quiere traicionar el propósito del legislador”.

⁶¹ En las Quintas Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil – 1978, en la Comisión II se recomendó que “el caso fortuito como causa exonerativa de responsabilidad debe revestir los siguientes requisitos: 1). Imprevisible 2) No debe obedecer a culpa del presunto responsable. 3) Despacho a: Extranidad o exterioridad del hecho (Mosset Iturraspe, Garrido, Kemelmajer de Carlucci, Goldemberg) Despacho b) El caso fortuito o la fuerza mayor requerirá el carácter de exterioridad, sólo en los presupuestos de responsabilidad objetiva. En la responsabilidad subjetiva – fundamentada en la culpa – el caso fortuito puede ser interno o externo (Brebbia, Compagnucci de Caso) 4) Debe mediar un nexo de causalidad adecuada entre el caso fortuito y el daño. Aclaración conceptual de los doctores Mosset Iturraspe, Garrido, Goldemberg y Kemelmajer de Carlucci: En puridad, más que hablar de “causa exonerativa”, “eximente”, o denominaciones similares que apuntan a una excusa de la persona a quién se atribuye responsabilidad, se trata de “hecho extraño” y por tanto de falta de los presupuestos configurativos de la responsabilidad civil”. Cazeaux, Brebbia, Alterini, Mosset Iturraspe, Zannoni, Temas de Derecho Civil, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, pág. 116.

“Elementos esenciales de este instituto: Imprevisibilidad e inevitabilidad. La inevitabilidad tiene especial atingencia con relación a la fuerza mayor, en tanto que la imprevisibilidad juega en relación relevante con el caso fortuito. Pese a esta sutil caracterización, las dos denominaciones –“caso fortuito” y “fuerza mayor”–, se emplean en forma indistinta en el Código Civil, es decir, cuando el Código habla de una se refiere también a la otra”⁶².

a) *Imprevisibilidad*

Con relación a la imprevisibilidad del acontecimiento Cazeaux - Trigo Represas dicen que

“Debe tratarse de un hecho que un hombre de mediana prudencia no tenga por qué suponer que ocurrirá, (...). Determinar lo que el deudor ha debido o no prever es una cuestión relativa, que tendrá que ser apreciada en cada caso por los jueces. No se trata de un deber ilimitado de prever. En este mundo todo puede acontecer, pero lo que el individuo está obligado a prevenir es lo razonable”⁶³.

En sentido concordante, Bustamante Alsina, señala que “el hecho debe ser imposible de prever. Esta imposibilidad de prever debe ser apreciada objetivamente en relación a un deber normal de prever”⁶⁴.

En palabras de Alterini-Ameal-López Cabana, la imprevisibilidad “es tal cuando resulta imposible de prever porque no hay razón para pensar que sucederá”⁶⁵.

⁶² Cazeaux, Brebbia, Alterini, Mosset Iturraspe, Zannoni, *Temas de Derecho Civil*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1980, pág. 81.

⁶³ Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones 1*, 2da. Edición, 1ra reimpresión Aumentada y Actualizada, Librería Editora Platense, La Plata, Buenos Aires, 1979, págs. 506/507; Trigo Represas, Félix A., “El caso fortuito como eximente en la responsabilidad por riesgo de la cosa”, *La Ley* 1989-D, 457, *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II*, 01/01/2007, 1091.

⁶⁴ Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Novena edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997, pág. 317.

⁶⁵ Alterini, Atilio Aníbal - Ameal, Oscar J - López Cabana, Roberto M., *Curso de Obligaciones*, T° I, cit., pág. 357.

Por su parte, Borda especifica que

“Si el contratante, obrando con la prudencia de un hombre inteligente, hubiera podido prever, al tiempo de contratar, el acontecimiento que luego le impediría cumplir, es responsable. Por eso no puede hablarse de caso fortuito cuando las circunstancias que se invocan ya existían al tiempo de contratar o son la consecuencia de acontecimientos normales”⁶⁶.

b) Inevitabilidad

Los profesores Pizarro y Vallespinos entienden que “el hecho debe ser inevitable o irresistible, lo cual supone que, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, resulte insusceptible de ser contrarrestado por el sujeto”⁶⁷. Es decir, le agregan la característica de irresistible, lo cual impone como deber la necesidad de demostrar que se opuso al hecho razonablemente y, a pesar de ello, no pudo evitar su consumación.

Por su parte, Alterini-Ameal-López Cabana entienden que

“Un hecho es irresistible cuando, aunque haya sido efectivamente previsto, no puede ser evitado, a pesar de la diligencia que haya sido puesta para ello. Para evaluar esta diligencia es menester tener presente que el Derecho no le requiere al deudor ser un superhombre, Trazan... porque no exige la vis máxima sino solamente la vis major”⁶⁸.

En cuanto a la importancia de este requisito Bustamante Alsina señala que

⁶⁶ Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil – Obligaciones, Tomo I, 9na edición, actualizado por Alejandro Borda, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 117. En idéntica posición: Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones, Tº 2, cit., pág. 293. Estos autores enseñan que “el hecho debe ser objetivamente imprevisible para el agente, según la experiencia de vida, conforme al curso normal y ordinario de las cosas. Se trata de una cuestión de hecho, que debe ser valorada por los jueces caso por caso, atendiendo a las circunstancias, con amplio poder de apreciación”.

⁶⁷ Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones, Tº 2, cit., pág. 294.

⁶⁸ Alterini, Atilio Aníbal – Ameal, Oscar J - López Cabana, Roberto M., Curso de Obligaciones, Tº I, cit., pág. 358.

“El rasgo de inevitabilidad o irresistibilidad es el definitorio del casus, pues lo imprevisible es relevante en la medida en que por ello mismo hace inevitable el acontecimiento que no se pudo prever”⁶⁹.

Idéntica idea desarrollan Cazeaux – Trigo Represas al decir que

“Es éste el requisito decisivo, pues aun lo previsto cuando es inevitable puede exonerar de responsabilidad. Es el evento que el deudor, por más precavido que sea, no puede contrarrestar. Debe tratarse, eso sí, de una verdadera imposibilidad de cumplir la prestación, porque si lo que mediara fuera nada más que una dificultad, la *difficultas praestandi*, aun siendo grave, pero que no hiciera imposible la obligación no bastaría para contribuir esta causal excusatoria”⁷⁰.

De igual modo se pronuncia Borda al advertir que

“Esta es la nota esencial del caso fortuito. Puede ocurrir, en efecto, que el acontecimiento sea previsible y aún que el deudor lo haya previsto; pero ello ordinariamente no tiene relevancia si no importa una fuerza invencible. Decíos ordinariamente porque si al contraer la obligación el deudor sabía que el acontecimiento irresistible podría o debía acontecer según el curso ordinario u normal de las cosas, entonces su responsabilidad se mantiene no obstante la fuerza irresistible”⁷¹.

Por otra parte, Cazeaux - Trigo Represas vinculan la inevitabilidad con la imposibilidad de cumplimiento diciendo que

⁶⁹ Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, Novena edición ampliada y actualizada, Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1997, pág. 317.

⁷⁰ Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones* 1, 2da., cit., págs. 506/507; Trigo Represas, Félix A., “El caso fortuito como eximente en la responsabilidad por riesgo de la cosa”, *La Ley* 1989-D, 457 - *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales* Tomo II, 01/01/2007, 1091.

⁷¹ Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Tomo I, 9na edición, actualizado por Alejandro Borda, *La Ley*, Buenos Aires, 2008, pág. 117.

“Debe tratarse de una verdadera imposibilidad de cumplir con la obligación porque si lo que mediara fuera nada más que una dificultad, la *difficultas praestandi*, aun siendo grave, pero no hiciera imposible la obligación. No bastaría para contribuir esa causal exculpatoria”⁷².

A ello, Borda le agrega que

“La imposibilidad debe ser absoluta, es decir, la que lo sería para cualquier persona y no solamente para el deudor. Eso significa que la cuestión debe apreciarse con criterio objetivo y no subjetivo, la debilidad de carácter, timidez, etc., del deudor no autorizan a considerar como fuerza mayor lo que no es lo es para una persona de carácter y diligencias normales”⁷³.

También entiende que

“La imposibilidad puede ser física (destrucción de la cosa prometida por el hecho de un tercero o de la naturaleza, tal como un rayo, granizo, etc.) o jurídica. El ejemplo de esta última es el hecho del príncipe, como sería una expropiación de un inmueble que le impide al propietario cumplir con la promesa de venta que había suscripto con otra persona”⁷⁴.

⁷² Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., *Derecho de las obligaciones* 1, 2da., cit., pág. 508. Estos autores describen distintos casos, del siguiente modo: Imposibilidad absoluta o relativa.

Por regla general se exige que se trate de una imposibilidad absoluta, es decir que lo sea para todo el mundo y no sólo para la persona del obligado. Pero en las prestaciones no genéricas, una imposibilidad relativa, o sea que sólo afecto al deudor, puede constituir casus. Por ejemplo, un pintor famoso contratado para pintar un cuadro queda ciego.

Imposibilidad total y parcial. La regla general es que la imposibilidad parcial no impide el cumplimiento de la parte de prestación posible cuando el acreedor se allana a recibir el cumplimiento de esa manera y siempre que no se desnaturalice la obligación para el otro contratante.

Imposibilidad definitiva o temporaria. En términos generales se considera que debe tratarse de una imposibilidad definitiva. Si solamente fuera temporaria, inmediatamente de cesado el impedimento el obligado deberá cumplir la prestación, salvo que la obligación hubiera perdido su razón de ser para alguna de las partes.

Imposibilidad física y moral. La doctrina no sólo computa los supuestos de imposibilidad física, sino también los de imposibilidad moral. En la jurisprudencia francesa se cita el ejemplo del cabaret de París que dejaron de funcionar durante el día que se declaró la guerra de 1914. Había posibilidad física de realizar el espectáculo, pero fue tal la conmoción que provocó el estallido de la guerra que los tribunales liberaron de responsabilidad a los empresarios.

⁷³ Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Tomo I, cit., pág. 118.

⁷⁴ Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil – Obligaciones*, Tomo I, cit., pág. 119.

Para cerrar este punto resulta importante transcribir en pensamiento de Vanni de Bonome cuando sugiere que

“Lo fundamental es el carácter de inevitable, pues si el hecho se pudo evitar no se habría configurado la imposibilidad de cumplimiento que habilitaría el efecto liberatorio. Tanto en la legislación cuanto en la doctrina y jurisprudencia, el *casus* es definido en forma abstracta, descripto dentro de conductas estándares que se presumen en los integrantes de una comunidad. Un hecho se considera entonces imprevisible, cuando un hombre de mediana prudencia no tuviera porqué suponer que normalmente habrá de ocurrir. En consecuencia, se estima que nadie está obligado más que a prevenir lo razonable e impedir lo posible, aplicando la atención, cuidados y esfuerzos normales”⁷⁵.

c) Actualidad

Otro de los presupuestos para que el hecho sea considerado caso fortuito se relaciona con la temporalidad del mismo por cuanto se estima que “es menester que se trate de un hecho presente y no de una simple amenaza o de una imposibilidad eventual. Así no sería caso fortuito la amenaza de boicot”⁷⁶. En otras palabras, “es preciso que el hecho constitutivo del caso tenga incidencia actual y que no trasunte meramente una amenaza o una imposibilidad eventual”⁷⁷ y que además “se trate de actualidad lógica antes bien que cronológica”⁷⁸.

Por ello, se debe entender que el hecho debe ser sobreviniente al nacimiento de la obligación no congénito sino contemporáneo al momento en que se lo invoque⁷⁹.

⁷⁵ Vanni de Bonome, Liliana, “Caso fortuito y fuerza mayor. Modificación de los contenidos “imprevisible” e “inevitable” a la luz de la nueva tecnología”, DJ08/10/2014, 1, AR/DOC/3032/2014.

⁷⁶ Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., Derecho de las obligaciones 1, 2da., cit., pág. 509; Trigo Represas, Félix A., “El caso fortuito como eximente en la responsabilidad por riesgo de la cosa”, La Ley 1989-D, 457 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2007, 1091.

⁷⁷ Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones, T° 2, cit., pág. 295.

⁷⁸ Alterini, Atilio Aníbal – Ameal, Oscar J - López Cabana, Roberto M., Curso de Obligaciones, T° I, cit., pág. 358.

⁷⁹ Alterini, Atilio Aníbal – Ameal, Oscar J - López Cabana, Roberto M., Curso de Obligaciones, T°

d) Inimputabilidad del deudor

De igual modo se coincide “para que el evento constituya casus tiene que ser ajeno a la conducta del deudor”⁸⁰. Vale explicar que debe ser

“Ajeno o extraño al presunto responsable o al deudor. El hecho debe ser ajeno –en el sentido de extraño– al sindicado como responsable o al deudor en el incumplimiento obligacional, lo cual supone que se produzca fuera de su esfera de actuación, por la cual él debía responder y que no lo sean imputable”⁸¹.

En expresiones de los profesores Alterini-Ameal-López Cabana, “el hecho debe ser extraño al deudor, vale decir, ha de producirse “en el exterior de la esfera de acción por la cual el deudor debe responder”⁸².

Ahora bien, en el tiempo actual se debe tener en cuenta la evolución de la ciencia que permite prevenir situaciones que antes eran imposibles de anticipar. Un ejemplo de ello, es el terremoto que Cazeaux-Trigo Represas traían como ejemplo de caso fortuito. Al respecto se debe tener en cuenta que hoy se conoce perfectamente las zonas que tienen mayor sismicidad en donde las construcciones deberán cumplir con determinados parámetros que están calculados para resistir temblores de alto nivel de dañosidad. Si no se cumple, no se podrá argumentar que la situación era imprevisible.

En el mismo sentido cabe recordar que en alguna época se diferenciaba entre la inflación estructural que era predecible de la inflación extraordinaria, que como hecho del príncipe (Estado único emisor de moneda) no podía ser anticipada, motivo por el cual esta segunda era aceptada como fuerza mayor para contemplar soluciones de equidad cuando se verificaban.

Es por ello que resultan oportunas las reflexiones de Vanni de Bonome cuando dice que

I, cit., pág. 359.

⁸⁰ Cazeaux, Pedro N. - Trigo Represas, Félix A., Derecho de las obligaciones I, cit., pág. 510; Trigo Represas, Félix A., “El caso fortuito como eximente en la responsabilidad por riesgo de la cosa”, La Ley 1989-D, 457 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2007, 1091.

⁸¹ Pizarro, Ramón Daniel - Vallespinos, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones, Tº 2, cit., pág. 295.

⁸² Alterini, Atilio Aníbal – Ameal, Oscar J - López Cabana, Roberto M., Curso de Obligaciones, Tº I, cit., pág. 358.

“Actualmente el análisis de la culpabilidad del presunto obligado debe hoy examinarse con otros parámetros y criterio más estricto, tomando en consideración no sólo la magnitud del siniestro o de la fuerza desplegada por el agresor, que es el dato habitualmente mensurable por la doctrina y jurisprudencia para determinar si se configuró o no el *casus*, sino también la posibilidad de prevenir o evitar el hecho o disminuir sus consecuencias dañosas, mediante la utilización de la tecnología actualmente existente.

Y si el potencial obligado desechó la utilización de la misma o no la aplicó tal vez para disminuir costos, esta circunstancia generaría su responsabilidad por omisión y no le permitiría eximirse alegando que el hecho humano o natural que provocó el daño era “inevitable” o “imprevisible”⁸³.

III.3. *La imposibilidad temporaria*

El art. 956 del Cód. Civ. y Com. establece que la imposibilidad sobrevenida, objetiva, absoluta y temporaria de la prestación tiene efecto extintivo cuando el plazo es esencial, o cuando su duración frustra el interés del acreedor de modo irreversible.

Como se verifica que prevé las mismas características exigidas por el art. 955 Cód. Civ. y Com., pero, en lugar de ser definitiva, es temporal. Esta imposibilidad transitoria es la que sucede durante un lapso de tiempo, pero en el futuro puede ser cumplida, cuando desaparezcan las causas que impidieron su efectivización.

Al respecto, explicaba Llambías que una imposibilidad transitoria no es suficiente para liberar al deudor, aunque sí para eximirlo de responsabilidad por el daño moratorio que pudiera experimentar el acreedor por la falta de cumplimiento en tiempo propio. Sin embargo sería abusivo de parte del deudor mantener la existencia indefinida de la obligación incumplida, sin cargo para él, cuando el pago tardío que ulteriormente pueda efectuar resulta carente de suficiente interés para el acreedor: de ahí que se reconozca al acreedor la facultad, en esa hipótesis, de asimilar la imposibilidad temporaria a la definitiva para obtener la disolución del vínculo obligacional, lo que le puede convenir por llevar aparejada la disolución de sus propias obligaciones correlativas⁸⁴.

⁸³ Vanni de Bonome, Liliana, “Caso fortuito y fuerza mayor. Modificación de los contenidos “imprevisible” e “inevitable” a la luz de la nueva tecnología”, cit.

⁸⁴ Llambías, Jorge J., Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo III, cit., § 1991, págs. 288/289.

Usualmente, la imposibilidad temporaria no extingue la obligación. Sin embargo, el art. 956 Cód. Civ. y Com., prevé dos excepciones a esa regla: cuando se trata de un plazo esencial y cuando la demora lleva a frustrar el interés del acreedor.

El plazo es esencial cuando el tiempo en que debe cumplirse la prestación es un elemento determinante para satisfacer el interés del acreedor. Al no cumplirse en esa fecha, la prestación será inútil, porque carece de interés para el accipiendo.

De igual modo acontece cuando el plazo no es esencial, pero la demora que produce la imposibilidad sobrevinida, objetiva, absoluta y temporaria para cumplir con la prestación frustra el interés del acreedor. En tal caso, el acreedor podrá solicitar que se declare la imposibilidad como definitiva produciendo, simultáneamente, la extinción del contrato.

Sobre este punto, Calvo Costa asevera que la imposibilidad temporaria no exonera al deudor, sino que –salvo que con ella se frustre definitivamente el interés del acreedor– sólo produce una suspensión de los efectos de la relación jurídica durante el período en que persista dicha imposibilidad (v.gr., que no deba abonar el deudor intereses moratorios por no haber cumplido en el plazo pactado); pero, una vez que el evento que provocaba la imposibilidad temporaria desaparezca, los efectos de las obligaciones asumidas se reanudarán automáticamente⁸⁵.

III.4. Conclusiones de la Comisión 2 en las XXVIII Nacionales de Derecho Civil

En la primera parte de las conclusiones se consideró:

De lege lata

1) La problemática del cumplimiento e incumplimiento de una obligación no debe ser dissociada de la consideración y el análisis de su causa generadora (unanimidad).

De lege ferenda

Es recomendable la regulación orgánica de una teoría general del incumplimiento (unanimidad).

⁸⁵ Calvo Costa, Carlos A., “Imposibilidad de cumplimiento, caso fortuito y fuerza mayor. Importancia y aplicación en situaciones de emergencia”, La Ley 28/04/2020, 1, La Ley 2020-B, 1038, RCyS 2020-V, 3, TR LaLey AR/DOC/1187/2020.

A partir de ello se ponderó:

2) Cuando el incumplimiento obligacional se produce dentro de un contrato se suman a los mecanismos previstos en el art. 730 CCCN, otros remedios jurídicos diversos que la ley otorga al contratante afectado, que pueden asumir alcances y efectos muy variados según la regulación realizada para ciertas tipologías contractuales. (Unanimidad).

3) Frente al incumplimiento, los remedios previstos por el ordenamiento jurídico integralmente considerado constituyen instrumentos esenciales que deben utilizarse, para la defensa de la seguridad y celeridad del tráfico. (Unanimidad).

4)

Posición a:

Producido el incumplimiento obligacional y en su caso contractual, es el acreedor quien tiene como regla, la facultad de elegir cuál de las vías para la tutela de su interés ha de utilizar, dentro de los límites que el sistema permite, en particular los que surgen del principio de la buena fe y de la regla que veda el ejercicio abusivo del derecho. (Pizarro, Gesualdi, Miquel, Cuervo, Viramonte, Ossola, Carignano, Zinkgraf, Puga, Etienot, Eslava, Picasso Netri, Wayar, González Zavala, Moya, Moreno, Silverati, Ruffanacht, Bonino, Furlotti).

Posición b:

Producido el incumplimiento obligacional, el acreedor debe en primer lugar intentar obtener la ejecución específica de la obligación, sin perjuicio de su facultad de reclamar la resolución. (Gianfelici, Alterini y Alferillo).

5)

Posición a:

Cuando la imposibilidad sobrevenida objetiva y absoluta es imputable al deudor, la obligación de pagar el contravalor económico de lo adeudado no es una nueva obligación nacida de una suerte de novación legal, sino la primitiva que ha cambiado su objeto. Su régimen jurídico no varía por lo que el plazo de prescripción, los privilegios en su caso son los mismos. Además en su caso el deudor deberá indemnizar al acreedor los daños causados a raíz del incumplimiento siempre que concurren los presupuestos de la responsabilidad civil. (Pizarro, Gesualdi, Cuervo, Viramonte, Carignano Zinkgraf, Bonino, Furlotti, Puga, Etienot, Wayar, Slava, Moreno Silverati, Rupanach, Ossola, González Zavala, Moia, Alterini).

Posición b:

Frente a la imposibilidad sobrevenida objetiva y absoluta imputable al deudor, la obligación primitiva se extingue y nace una nueva de indemnizar los daños causados al acreedor siempre que concurren los presupuestos de la responsabilidad civil, esto no obsta a que se mantengan los privilegios y garantías correspondientes a la primera obligación. (Gianfelici, Alferillo).

6)

Posición a:

En los arts. 888, 955 y 1732 la imputabilidad es objetiva y se refiere al nexo causal. (Pizarro, Gesualdi, González Zavala, Ossola, Furlotti Miguel, Viramonte, Carignano, Puga).

Posición b:

En los arts. 888, 955 y 1732, la imputabilidad se refiere tanto a la relación de causalidad como al factor de atribución. (Moia, Zinkgraf, Gianfelici, Wayar, Cuervo, Alferillo, Bonino, Alterini).

7) Las acciones derivadas del incumplimiento obligacional y contractual prescriben a los cinco años, mientras que la acción para reclamar los daños correspondientes prescribe a los tres años. Esta situación resulta intolerable y absurda y debe ser corregida de inmediato por el legislador, por vía de la unificación de los plazos. (Unanimidad).⁸⁶

IV. A modo de colofón

Tomando como punto de partida el título de la convocatoria de la XVIII Jornada Nacional de Derecho Civil para la comisión de obligaciones: “Cumplimiento e incumplimiento de la obligación por frustración del fin e imposibilidad de cumplimiento” invita a la reflexión para compartir algunas conclusiones.

En primer lugar, se descartó el tratamiento del cumplimiento, por razones por demás lógicas dado que la verificación o no de las causales de frustración o de incumplimiento tienen relevancia para verificar su influencia en el incumplimiento de la obligación.

Esta decisión permitió observar que estaba el análisis frente a dos regímenes distintos, en su tipificación como en sus consecuencias.

⁸⁶ <https://drive.google.com/file/d/156W2Lpw4JL9XOWMLH4Tuiieg6LjCuXjXl/view>

Por un lado, todo lo relacionado con la “frustración del fin” en las obligaciones que nos condujo directo a la histórica polémica relacionada sobre el posicionamiento respecto de si las obligaciones tenían “causa fin” además de la “causa fuente”.

Luego de repasar las posiciones y fundamentos de las dos tendencias (causalistas y anticausalistas) y el contenido normativo del Código Civil y Comercial, donde se destaca que en el art. 726 se regula expresamente la “causa fuente” que derive de algún hecho idóneo para producirla, se llegó a la conclusión, luego de examinar la definición de obligación dada en el art. 724, donde se precisa que la prestación debida está destinada a satisfacer un interés lícito (en favor del acreedor o de un tercero) que tiene “causa fin”, tiene un propósito que justifica su existencia.

Sin embargo, la “causa fin” de la obligación es abstracta hasta el momento que se concreta la celebración del contrato (causa fuente) con el cierre del acuerdo de voluntades. A partir de ese instante queda identificada la “causa fin” de la obligación integrante del contrato que satisface el interés del acreedor.

En función de ello, la frustración de la causa fin de la fuente, en particular de los contratos o actos jurídicos, influye directamente en el malogro de la causa fin de la obligación.

Verificada la frustración definitiva de la “causa fin” del contrato, la parte perjudicada solo puede comunicar la extinción del mismo produciendo su resolución, con lo cual desaparece el vínculo obligacional, razón por la cual no puede existir incumplimiento.

Si fuere temporal no da derecho a comunicar la extinción del pacto y, por ende, a su resolución, sino cuando impide el cumplimiento oportuno de la obligación, cuyo tiempo de ejecución es esencial.

En cuanto a la otra hipótesis prevista para su análisis, la “imposibilidad de cumplimiento” de la obligación se vislumbra de la normativa del Código Civil y Comercial, dos hipótesis.

La primera, cuando se verifica una imposibilidad, física o jurídica, de carácter definitiva, producida por caso fortuito o fuerza mayor, prevista en el art. 955, extingue la obligación sin responsabilidad, para el deudor. Por cierto, al extinguir una de las obligaciones principales contenidas en el acto jurídico o contrato, éste sigue la misma suerte dado que desarticula el acuerdo de voluntades que le dio origen.

En la imposibilidad de cumplimiento temporal no se extingue automáticamente la obligación sino subsiste hasta la eliminación del impedimento, mientras en el plazo que dure la demora, no se produzca en vencimiento de un plazo esencial o se pierda el interés que satisfacía al acreedor. En estos casos, comunicado que sea el acontecimiento se produce la extinción de la obligación por “imposibilidad de cumplimiento”, extendiendo su efecto a la fuente que le dio origen.

Y, la otra alternativa, se verifica cuándo la imposibilidad es imputable al deudor a título de culpa, dolo o mala fe, en cuyo caso se convierte en la de abonar el resarcimiento de los daños causado, conforme establece el art. 1733 Cód. Civ. y Com.

En síntesis, las figuras estudiadas destacan un final anómalo de las obligaciones que se extiende y afecta a la fuente que integra o se vincula, receptando con una visión moderna soluciones para las vicisitudes por las cuales atraviesa la dinámica obligacional.

Estas ideas compartidas con las de los notables juristas que participaron de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, permitieron la emisión de notables conclusiones que se constituirán en una nueva base para futuras reflexiones de los juristas y de la doctrina judicial.



ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA CRISIS DEL SISTEMA DE AHORRO PREVIO PARA LA ADQUISICIÓN DE AUTOMOTORES

Esteban Vásquez Soaje

Entre los aspectos conflictivos que presentan los sistemas de ahorro previo para la adquisición de vehículos, ha generado mucha inquietud en los últimos años el de la determinación del valor móvil que corresponde adoptar, mes a mes, para establecer la cuota parte que deben aportar los suscriptores ahorristas o adjudicatarios, para la formación del fondo de adjudicaciones¹.

En el contexto de crisis recurrentes que atraviesa la economía de nuestro país, con disparadas del tipo de cambio y picos extremos de inflación, es previsible que resurjan conflictos motivados por el incremento significativo de los precios de los vehículos y –consecuentemente– de las cuotas que deben abonar los adherentes a estos sistemas de círculo cerrado. Como es sabido, los planes de ahorro previo para adquisición de automotores se basan precisamente en la contribución mensual de cada uno de los adherentes, equivalente a una parte proporcional del valor del bien, proporción que es igual al número de meses de duración del plan.

Ciertamente, el repaso de jurisprudencia y el conocimiento de algunos expedientes nos han hecho conocer situaciones que, vistas desde la situación particular del suscriptor, aparecen como susceptibles de provocar gran inquietud².

¹ Para la caracterización del contrato de ahorro previo para la adquisición de automotores, puede verse: Farina, Juan M.: “Contratos comerciales modernos”; Astrea, 1999, pág. 569 y ss.; Nicolau, Noemí Lidia: “El sistema de ahorro para fines determinados por círculos cerrados y sus problemas en la emergencia”, en Revista de Derecho de Daños – Efectos de la emergencia sanitaria en las relaciones de consumo, Rubinzal-Culzoni, Año 2020. Pág. 437 y ss.; Lorenzetti, Ricardo Luis: “Tratado de los Contratos – Parte Especial”; Rubinzal-Culzoni, 2021, T° I, pág. 736 y ss.

² Así, en “Buffa, Mirian Gladys c. Chevrolet S.A. de ahorros para fines determinados y/o General Motors de Argentina SRL, y/o Chevrolet Maipu SA. y/o Q. R. R. s/ Acción del consumidor”, la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Goya en fecha 01/07/2020, el incremento de la cuota había pasado de absorber aproximadamente el 18 % de los ingresos de la actora, al 38 %

En determinados períodos, los incrementos de la cuota de algunos planes no sólo supera significativamente la variación registrada en los índices de variación salarial, sino también a la inflación. Los sobresaltos de la economía han sido desmesurados, pero sus consecuencias perniciosas parecen haberse abatido sobre los suscriptores de planes de ahorro con particular ferocidad.

Puede objetarse que, en muchos casos, por detrás de los valores generales, las realidades particulares podrían no ser tan rigurosas, pues en ocasiones el adherente al plan no es el que mayores ingresos aporta al grupo familiar, o al menos no es el único aportante. Para evaluar la consistencia de la objeción, sería conveniente indagar si entre las condiciones de adhesión al plan, se exige demostrar que la cuota no exceda cierta proporción del ingreso familiar, y en su caso, si se controla el cumplimiento de esa exigencia.

También se puede observar que, en la historia argentina, nadie puede desconocer que los desbordes inflacionarios son una realidad cíclica, recurrente³. Además, los ciclos entre una y otra crisis parecen cada vez más cortos, por lo que la adhesión a un plan de ahorro de 84 cuotas mensuales –siete años– supone una perspectiva muy optimista o hasta audaz, especialmente si el valor de la cuota representa al momento de la adhesión, un porcentaje considerable del ingreso familiar.

Frente a estas realidades, han resurgido⁴ planteos que atribuyen a maniobras de las terminales automotrices, la causa de las penurias que atraviesan los suscriptores de los planes de ahorro. Se apoyan en un sector influyente de la doc-

(cita: TR LALEY AR/JUR/38314/2020). En otro caso en el que nos tocó intervenir, de la documentación acompañada surgía de que el incremento del valor base había sido del 86 % entre abril de 2018 y abril de 2019; en el mismo período, la cotización del dólar estadounidense se había disparado un 112 %, y la inflación acumulada –según la evolución del Coeficiente de Estabilización de Referencia publicado por el BCRA– había sido de 50.47 % (<http://www2.jus.mendoza.gov.ar/listas/proveidos/vertexto.php?ide=9051990880>). Entre el 1° de abril de 2018 y el 1° de abril de 2019 el Coeficiente de Variación Salarial que publica el INDEC, mostró un incremento de sólo el 37,29 %.

³ Esa parece ser la opinión del voto minoritario en la causa “Buffa” de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Goya, en el que se dice que “...no puede sospecharse siquiera que haya aparecido o sobrevenido alguna cuestión novedosa con virtualidad para sorprender a la actora con el transcurso del tiempo, pues desde el comienzo estuvo previsto el ajuste de las cuotas por el valor del bien, en un contexto de inflación crónica que padece la Argentina en forma reiterada y cíclica: que por eso mismo no escapa al menos avisado” (TR LALEY AR/JUR/38314/2020).

⁴ Ya hace casi 40 años, Guillermo Peyrano advertía que eran las empresas terminales las que creaban las sociedades de ahorro y préstamo, conservaban una participación mayoritaria en el paquete accionario de las mismas, promovían la formación de los grupos de ahorristas y se operaba una auténtica contraposición de intereses entre los ahorristas-mandantes y la sociedad de ahorro y préstamo-mandataria (conf. Peyrano Guillermo F.: “Ahorro y préstamo para fines determinados. La desviación de su finalidad y la protección del ahorrista”; LA LEY 1984-C, 1202).

trina, que sin privarse –en algunos casos– de expresiones altisonantes⁵, analizan con aguda severidad las características y el funcionamiento del sistema de ahorro para adquisición de automotores en cuotas.

Desde el punto de vista contractual, se señala la inadecuación conceptual del sistema, pues se estructura en torno a un contrato asociativo, aunque en la realidad práctica es un contrato de cambio entre el ahorrista y el grupo económico conformado por la fábrica automotriz, la sociedad administradora, concesionarias, aseguradoras, etc.⁶

Ya en 1988 Mario y Roberto Gianfelici⁷ observaban un forzamiento de la figura contractual del mandato, para acomodar en ella la verdadera operación que se realizaba: el mandato otorgado por los adherentes a la sociedad administradora era irrevocable, la administradora –que generalmente pertenecía a la empresa terminal– no estaba obligada a rendir cuentas al mandante de las ganancias resultantes del negocio, y aseguraba a la fabricante la colocación regular de sus productos, a los precios que ella fijara⁸; existía la posibilidad de que la administradora favoreciera el interés del grupo económico al que pertenecía, en desmedro de sus mandantes, lo que podía dar lugar a la invalidez del negocio en virtud del art. 1918 CCivil. Señalaban los autores, además, con respecto a la supuesta conformación de un ente asociativo mutualista por el conjunto de suscriptores, que éstos perseguían un fin individual –la adjudicación del bien– y que la causa inmediata de la prestación a su cargo –el pago periódico–, era propia de un contrato de cambio y no de un contrato asociativo.

En las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en la Universidad de Belgrano en 1987, la Comisión N°3 trató la problemática del sistema de ahorro para fines determinados, y el dictamen de mayoría consideró que se trataba de una operatoria jurídica compleja que involucraba una pluralidad de contratos de diverso tipo (VII); que el “grupo de suscriptores” no tenía calidad de sujeto

⁵ Así, Guersi Carlos Alberto y Muzio Alejandra Esther: “Compraventa de automotores por ahorro previo”, Astrea, Bs. As., 1996, consideran que el sistema es “diabólico” porque el suscriptor entrega el dinero, pierde la titularidad del capital, no tiene la libre disponibilidad, no recibe intereses y aún le cobran por administrarle su dinero (pág. 82).

⁶ Véase al respecto, Nicolau Noemí Lidia en Stiglitz Gabriel y Hernández Carlos (Directores): “Tratado de Derecho del Consumidor”, págs. 379/380; La Ley, 2015, según la cita de González Vila, Diego S.: “La tutela del consumidor en los planes de ahorro automotor”; Ed. ASC, 2021, págs. 24/25.

⁷ Véase Gianfelici, Mario C. y Gianfelici, Roberto E.: “Círculos de ahorro para la adjudicación directa de bienes y las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil”; LA LEY 1988-D, 768.

⁸ Obsérvese la coincidencia entre estos autores, y Guillermo Peyrano, quien se refería a la “singular mandataria que, si perjudica los intereses de sus mandantes, obtiene mayores beneficios para el grupo económico que integra” (ob. cit. en nota 3).

(VIII.2); en cuanto al fin inmediato, que “Es conveniente aludir a un ‘Sistema de comercialización’, que consiste en la integración de grupos de consumidores, sobre la base de aportes periódicos de sumas de dinero destinadas a formar un ‘fondo común’ administrado por un tercero, empresario, y destinado a la adquisición de bienes o servicios” (IX); en cuanto al régimen jurídico, que a fin de tutelar el equilibrio entre las prestaciones, eran de aplicación las normas del Código Civil que prevenían el abuso del derecho, la lesión y la excesiva onerosidad sobreviniente (XIII); que la problemática formaba parte de una cuestión más vasta y compleja: la protección de los derechos del consumidor (XIV.1) y que era necesaria la sanción de normas que regularan de manera integral todo lo atinente a la protección de los derechos del consumidor (XIV.2)⁹.

Con el dictado de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias, se ha reconocido en los suscriptores de planes de ahorro el carácter de consumidores, siempre que la adquisición del automotor sea para su utilización con carácter de destino final, en tanto que a la administradora, a la concesionaria y a la empresa fabricante se las nuclea en la cadena de comercialización propia de este tipo de negocios, y sometidas a la ley referenciada¹⁰.

Más recientemente, ya bajo la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación que incorpora la regulación de los contratos conexos (arts. 1073 al 1075), María Paula Arias sostiene que el denominado sistema de ahorro previo para fines determinados incluye diversos contratos que resultan conexos entre sí por una causa supracontractual común, como es la de colocar el automóvil en el mercado. Que funciona como un verdadero contrato de cambio. Que no son los ahorristas quienes promueven la formación de estos sistemas, sino la misma empresa terminal la que, necesitada de colocar sus productos, crea la sociedad de ahorro y préstamo para que ésta se encargue de conseguir los interesados, sea directamente o por intermedio de los concesionarios de la terminal. Que este contrato se ha transformado en un instrumento destinado a asegurar las ventas de la empresa terminal y a producir las mayores utilidades posibles al

⁹ Véase “Conclusiones de los Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil 1927-2003”; Ed. La Ley, 2005, págs. 86/87.

¹⁰ Puede verse –entre otros–: Ghersi, Carlos A: “Compraventa de automotores por ahorro previo” en Picasso - Vásquez Ferreyra (Directores): “Ley de defensa del consumidor comentada y anotada”; Ed. La Ley, 2011, T° III, pág. 549. Junyent Bas, Francisco - Garzino, María Constanza: “La tutela del consumidor en la capitalización y ahorro previo para fines determinados”; LA LEY 2013-C, 1065; Nicolau, Noemí Lidia: “El sistema de ahorro para fines determinados por círculos cerrados y sus problemas en la emergencia”, en Revista de Derecho de Daños – Efectos de la emergencia sanitaria en las relaciones de consumo, Rubinzal-Culzoni, Año 2020. Pág. 437 y ss.

conjunto económico, integrado por la fabricante, la administradora y la concesionaria. Señala la Dra. Arias que la Inspección General de Justicia reconoce la existencia del conjunto económico, ya que en el art. 6º del anexo A de la Res. Gral. 8/2015 dispone que

“La responsabilidad de las entidades administradoras se extiende a las consecuencias de los actos de sus concesionarios, agentes o intermediarios, como así también de los agentes de los fabricantes e importadores de los bienes a adjudicar con relación a la suscripción o ejecución del contrato o título aprobado”.

Y advierte la autora que la red contractual configurada en los sistemas de ahorro previo permite superar el principio de la relatividad de los contratos previsto en el art. 1021 del Cód. Civ. y Com. y extender la responsabilidad en forma solidaria tanto al fabricante como al distribuidor, comerciante, administrador del plan de ahorro, concesionaria, etcétera¹¹.

Las voces que señalan a las fábricas de automóviles como promotoras del desajuste, exponen diversas facetas del sistema que, por cierto, muestran opacidad o merecen aclaración¹².

En los últimos años, la disparada del tipo de cambio a partir de marzo de 2018 repercutió en la espiralización ascendente de la inflación, y tuvo un efecto explosivo en el mercado automotor. Si bien en ese año la producción total tuvo una caída de sólo el 6,759 % y se incrementaron las exportaciones, las ventas de unidades a concesionarios experimentaron un derrumbe significativo (cayeron un 22,9 %), lo que seguramente fue determinante para que en el año siguiente

¹¹ Arias; María Paula: “Los sistemas de ahorro previo para la adquisición de automotores, el consumidor ahorrista y la emergencia económica”; LA LEY 06/11/2020, 1; TR LALEY AR/DOC/2397/2020.

¹² Diego S. González Vila cita un fallo de la Cámara Civil de Apelaciones de Gral. Roca (Río Negro), en la causa: “Blanes Pereyra María Eugenia y ots. c/ Volkswagen S.A. de Ahorro Para Fines Determinados s/ Acciones Individuales Homogéneas”, en el que se alude al reconocimiento de las diferencias entre el precio que se utiliza para la determinación de las cuotas de automóviles vendidos por el sistema de planes y los precios a los que las distintas concesionarias venden los mismos vehículos mediante los otros tipos de operatorias, así como también que la demandada es una sociedad controlada por la fabricante de los vehículos y autopartes que vende en los términos del art. 33 de la Ley N° 19.550. Que el capital accionario de la demandada está casi exclusivamente en manos de Volkswagen S.A., con una ínfima participación de Seat S.A., la automotriz española que produce los otros vehículos que se colocan por los autoplanes que ésta administra (“La tutela del consumidor en los planes de ahorro automotor”; Ed. ASC, 2021, pág. 38).

la producción se contrajera un 32,5 %, y las ventas a concesionarios se precipitaran en caída libre en 2019, un 45,5 %¹³.

Desde abril de 2018, se multiplicaron los reclamos y protestas de los adherentes a planes de ahorro, porque los incrementos de las cuotas no guardaban relación con la inflación informada por el INDEC. Pero adicionalmente, se denunciaba que tampoco guardaban equivalencia con el aumento del dólar estadounidense; que el valor móvil de los automóviles no bajaba, aunque la cotización oficial del dólar registrara descensos considerables en algunos meses del año 2019. En su obra sobre el tema, el Dr. Diego S. González Vila denuncia “... un aumento descabellado, irracional y desmedido sin limitación alguna en el precio de lista del bien tipo”¹⁴. Y asegura que “... los pagos de las cuotas de los planes de ahorro cayeron estrepitosamente, entrando en mora una importante cantidad de suscriptores”¹⁵.

No se hicieron esperar los planteos judiciales en contra de las administradoras de círculos de ahorro previo, de las automotrices y de las concesionarias. Ciertamente, en un contexto de crisis tan aguda, de distorsiones de los precios en relación con la evolución de la inflación, las “relaciones carnales” entre administradoras-mandatarias y terminales-proveedoras, generaron un caldo de cultivo óptimo para el florecimiento de la desconfianza y las sospechas conspirativas¹⁶.

Uno de los reclamos que se han efectuado en sede judicial, consiste en que

¹³ Los datos están tomados de los informes de prensa que se publican en la página web de la Asociación de Fabricantes de Automotores –ADEFAs– <https://adefa.org.ar/>.

¹⁴ “La tutela del consumidor en los planes de ahorro automotor”; Ed. ASC, 2021, pág. 104.

¹⁵ Ob. cit., pág. 106. El autor incluye un detallado recuento de noticias publicadas en los portales web de periódicos de distintos puntos del país, y concluye –razonablemente a nuestro modo de ver– que los precios de lista emitidos por las terminales automotrices no fueron consentidos por el mercado.

¹⁶ El tema puede no ser sencillo, si se contemplan objetivamente distintos aspectos. Nos permitimos sugerir, por ejemplo: a) los efectos que la brusca disparada del tipo de cambio y la caída en espiral de las ventas, tienen en la microeconomía de las automotrices, que deben afrontar un incremento del costo de sus insumos importados y el sostenimiento de sus gastos fijos, con las rigideces propias de nuestro régimen laboral; b) las posibilidades de las fábricas de determinar unilateralmente el precio de sus productos, dadas las particularidades que tiene la competencia en el mercado automotor argentino; c) la seriedad de las denuncias según las cuales las terminales lanzaron a través de su red de concesionarias, importantísimos descuentos y/o bonificaciones en las unidades comercializadas, pero no en aquellas que se vendían a través de planes de ahorro (véase, con respecto a esto último: Diego S. González Vila, ob. cit., pág. 107); d) si ante el supuesto desplome en el pago de las cuotas de los planes de ahorro, las administradoras lograban reunir en cada grupo los fondos para la compra al contado de las unidades sorteadas; en caso contrario, quién financiaba la diferencia.

la sentencia declare la nulidad de la cláusula de definición del valor móvil –también, consecuentemente, de los aumentos de cuota impugnados–, y que el tribunal integre dicha cláusula conforme a un parámetro objetivo para computar los aumentos, de manera que mantengan el equilibrio del contrato hasta su finalización.

Las demandas han incluido planteos de medidas cautelares diversas, en las que se ha peticionado desde el congelamiento de las cuotas en un valor retroactivo al momento de la disparada inflacionaria, a otras alternativas más moderadas que habilitan el reajuste desde ese punto, conforme a distintos criterios; y en general, la suspensión o prohibición de las ejecuciones prendarias contra los suscriptores adjudicatarios.

La respuesta de los Tribunales a esas cautelares ha sido también diversa, como veremos más adelante. Pero antes de ello, es necesario aclarar que, a fines de 2019, se dictó la Ley N° 27.541, que declaró la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. El art. 60 de dicha ley, dispuso que el BCRA realizaría una evaluación sobre el desempeño y las consecuencias del sistema de préstamos UVA para la adquisición de viviendas y los sistemas de planes de ahorro para la adquisición de vehículos automotor, sus consecuencias sociales y económicas, y estudiaría mecanismos para mitigar sus efectos negativos, en los que se atendería al criterio del esfuerzo compartido entre acreedor y deudor.

Meses después, con la pandemia de COVID-19, la Inspección General de Justicia –autoridad de aplicación que fiscaliza el funcionamiento de las Administradoras de Ahorro Previo para Fines Determinados– dictó la Resolución General N° 14/2020, por la cual –en cuanto aquí interesa– dispuso que las entidades administradoras de planes de ahorro bajo modalidad de “grupos cerrados”, deberían ofrecer a los suscriptores ahorristas y adjudicados titulares de contratos cuyo agrupamiento se hubiera producido hasta la fecha de vigencia de esa resolución, la opción de diferir la alícuota y las cargas administrativas de hasta un máximo de 12 cuotas consecutivas por vencer al momento de ejercerse la opción. La opción de diferimiento ofrecida debería mantenerse por un plazo que, conforme a sucesivas resoluciones dictadas por el organismo, se fue postergando hasta el 31 de marzo de 2023 (Resoluciones Generales N° 38/2020, 51/2020, 5/2021, 11/2021, 20/2021, 3/2022 y 12/2022).

El régimen permitió optar por el diferimiento a los suscriptores con contratos vigentes, en período de ahorro y adjudicados –hubieran éstos recibido o no el vehículo–, y también a aquellos cuyos contratos se hallarán extinguidos por renuncia, rescisión o resolución desde el 1º de abril de 2018 hasta la fecha de vigencia de la resolución, los cuales deberían al momento de ser adjudicados cancelar el importe de las cuotas en mora. No podrían optar los suscriptores que hubieran promovido causas judiciales y obtenido medidas cautelares con incidencia sobre el pago de sus cuotas y que se mantuvieran en tal situación a la fecha de vencimiento del plazo para ejercer la opción. Para quienes obtuvieran tales medidas después de haber optado por el diferimiento, éste quedaría sin efecto.

Volviendo a la respuesta de los tribunales a los planteos cautelares, podemos decir que ha sido dispar. Algunos fallos en instancia de apelación han acogido o confirmado las medidas que limitan la cuota del plan de ahorro¹⁷. En otros casos, la cautelar ha sido rechazada¹⁸, o se ha reconocido que es ajustado a derecho adecuarla a la Resolución 14/2020 de la IGJ¹⁹.

¹⁷ Por ej. 1) C2aACComLa Plata, sala II: “Tamburella, Pablo Roberto c. F.C.A. S.A. de ahorro para fines determinados y otro/a s/ Materia a categorizar”, del 18/03/2021 (Cita: TR LALEY AR/JUR/6658/2021); la limitación es en función del sueldo percibido por el adherente y se fija un 30 % de ese ingreso; se desestima la queja referida a la intromisión en competencia de la IGJ. 2) CNACom, sala C; “Cativa, Eduardo Antonio c. Volkswagen S.A. de Ahorro p/f determinados s/ incidente art. 250”, del 19/11/2021 (Cita: TR LALEY AR/JUR/184563/2021), rechaza el recurso de apelación de la administradora, contra la medida dispuesta en apelación por la misma Cámara; 3) CACCyL de Goya. “Buffa, Mirian Gladys c. Chevrolet S.A. de ahorros para fines determinados y/o General Motors de Argentina SRL, y/o Chevrolet Maipu SA. y/o Q. R. R. s/ Acción del consumidor”, del 01/07/2020 (Cita: TR LALEY AR/JUR/38314/2020): la mayoría del Tribunal considera razonable y factible la decisión de retrotraer las cuotas del plan de ahorro a enero del 2019, sin afectar a los demás ahorristas, para conformar la superación del problema (provisoriamente), con esfuerzo compartido; 4) CACCyMinería San Juan, sala III. “Larrea, Mario Adolfo c. Volkswagen S.A. de ahorro para fines determinados y otros s/ Incumplimiento de Contrato – (legajo de apelación)”, del 05/08/2022 (Cita: TR LALEY AR/JUR/133903/2022); el Tribunal entiende que adherir al diferimiento previsto en la Resolución N° 14/2020 de IGJ y sus sucesivas prórrogas, implica consentir aumentos desmesurados y verse impedido de promover o continuar procesos judiciales que cuestionen tales aumentos, por los propios actos del ahorrista que acepta los diferimientos.

¹⁸ CNACom, sala B: “Pereyra Martínez, Javier Marcelo c. Volkswagen S.A. de ahorro p/f determinados y otro s/ incidente art. 250” del 10/09/2021 (Cita: TR LALEY AR/JUR/138605/2021) hace lugar al recurso de la Administradora, porque resulta improcedente reducir las cuotas de planes de ahorro, cuyo importe se conviene que esté en relación con el número de suscriptores y el valor móvil de la unidad cuya adquisición se pretende, para posibilitar la continuidad de las adjudicaciones a los demás ahorristas. No obstante, el Tribunal reconoce haber admitido recientemente la modificación cautelar de la cuota, en un caso que involucraba el derecho a la salud de rango constitucional y jerarquía superior a las leyes.

¹⁹ C2aACCom La Plata, Sala II. “Ríos Campos, Angélica Lucia c. Circulo de Inversores S.A. de Ahorro Para Fines Determinados s/ Incidente del art. 250 CPCC”, del 22/12/2020 (Cita: TR LALEY

Entendemos que el estudio de las causas, con la prueba debidamente rendida, permitirá a los tribunales, al momento de dictar la sentencia definitiva, arrojar luz sobre los severos cuestionamientos formulados al sistema de ahorro previo en general, y al desempeño de las administradoras en cada caso particular.

Intertanto, consideramos que la inflación elevada constituye un factor distorsivo de cualquier operatoria de compraventa a plazo²⁰, especialmente por la vigencia de las normas que prohíben la indexación²¹. En este contexto adverso, difícilmente aparezcan inversores dispuestos a financiar la compraventa de bienes durables, en condiciones que no sólo resulten redituables para los financistas, sino que también ofrezcan seguridad y sean atractivas para los consumidores. Las operatorias de círculos cerrados evidentemente han permanecido a través de los años porque muchos suscriptores han encontrado en ellos, además del método para acceder a un bien valioso, un refugio para conservar el valor de sus ahorros. Las tasas negativas que ofrecen los plazos fijos bancarios, el déficit fiscal crónico, el intento infructuoso del BCRA de esterilizar la emisión monetaria a través de instrumentos como las LELIQ –de crecimiento exponencial en los últimos años–, pintan un panorama sombrío para las inversiones financieras. El entorno económico debería mover a los protagonistas del negocio automotor –terminales, concesionarias y administradoras de ahorro previo– a movilizarse para recuperar la credibilidad de este instrumento, pues sin él, probablemente el sector vea muy reducido el mercado doméstico para la colocación de su producto.

Estimamos que al resolver medidas cautelares sobre el recalcule de las cuotas de los planes de ahorro se debe tener especialmente presente la jurisprudencia de la Corte Federal según la cual las decisiones deben estar precedidas de un razonable juicio de ponderación en el que no debe prescindirse de las con-

AR/JUR/67707/2020); CCyCom Jujuy, Sala III – “Romero, Luciana Gabriela c. FCA S.A. de ahorro para fines determinados s/ Acción emergente de la ley del consumidor”, del 06/09/2021 (Cita: TR LALEY AR/JUR/142460/2021).

²⁰ Ya lo decía Juan Carlos Rezzónico hace casi 40 años: “El creciente deterioro de nuestro signo monetario, debido a una pertinaz inflación determinada mensualmente por dos números dígitos y las altas tasas de interés, ha arruinado, prácticamente, la venta a crédito con pago del precio en mensualidades. A un modo operativo en que se concedía un crédito entregándose el bien (televisor, heladera, automóvil) y percibiéndose el saldo del precio en cuotas sin indexar (10, 20, hasta 40 o más) se sustituye un sistema en que es necesario que antes de entregar el bien se pague, se ahorre. A partir de ello puede haber diversas modalidades y estaríamos tentados de llamar a estos sistemas como de “crédito del comprador”, en el sentido que éste deberá estar armado de una gran confianza en la empresa con la que contrata, pues el momento de entrega del bien puede hacerse de interminable llegada e inquietudes, estando su operación embarcada en una nave que surca la inseguridad económica, la inestabilidad” (“El contrato interferido económicamente”; LA LEY 1985-D, 905).

²¹ Arts. 7 y 10 Ley N° 23.928, texto según Ley N° 25.561.

secuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en que está engarzada la norma²².

Al respecto, si corresponde reconocer en quien solicita una medida cautela, el carácter de consumidor, no debe perderse de vista que también pueden serlo otros suscriptores que integran el mismo grupo. Las legítimas expectativas de éstos, de acceder a la propiedad del vehículo, pueden verse afectadas por la protección que se brinda a los reclamantes, si la falta de cumplimiento de los demandantes impide la continuidad de las adjudicaciones o –peor aún– conduce a la liquidación de los grupos.

Cuando los grupos pierden su capacidad de autofinanciarse, es imaginable que las administradoras continúen soportando la adquisición de unidades con sus propios recursos o con financiamiento externo, a fin de evitar que el incumplimiento de las adjudicaciones desaliente a los ahorristas más perseverantes y cesen masivamente los aportes al fondo común. Tampoco descarto que la financiación provenga de las mismas terminales automotrices –sea que éstas tengan o no participación societaria en las administradoras–, ya que ellas tienen interés en el mantenimiento del sistema, pues les asegura un ritmo de colocación de sus productos en el mercado, y fuera de las épocas de crisis, representa un método de financiación de sus ventas que no les requiere inmovilizaciones de capital.

Sin embargo, aunque esto sea así, cabe suponer –a falta de datos concretos– que las administradoras y/o las terminales no poseen un fondo inagotable para financiar las crisis; y que, como ocurre con otras inversiones que se apoyan en el flujo de los ahorros del público, no es imposible que la difusión de la desconfianza entre los ahorristas llegue a provocar una debacle del sistema.

El comprensible deseo de proteger al consumidor demandante, puede mover a adoptar decisiones que perjudiquen el derecho de quien integra el mismo grupo de ahorro, y sólo está representado en el proceso por la administradora del círculo. La demonización de las administradoras, y su consideración como parte de un conjunto económico con las automotrices y su red de concesionarias, invisibiliza el rol que corresponde a las primeras como representantes de aquellos integrantes del grupo de ahorristas que no reclamaron la medida cautelar, y que posiblemente no son parte del proceso. Obsérvese que si los pe-

²² CSJN, Fallos 234: 482; 302:1284.

tionantes de medidas cautelares, son adjudicatarios que ya están disfrutando del uso de sus vehículos, es merced al financiamiento que han obtenido de los otros ahorristas. ¡Qué absurdo sería si la protección –o sobreprotección– de unos, redundara en la frustración de los derechos de los otros!

Si se lee con detenimiento la Resolución N° 14/2020 de la IGJ, se observará que para imponer el diferimiento de hasta 12 cuotas, se han tenido en cuenta “las críticas circunstancias de la economía nacional”, “la pérdida de poder adquisitivo de vastos sectores de la población dentro de los que se encuentran los suscriptores de planes de ahorro por ‘círculos cerrados’”, “las actuales condiciones de financiamiento de los mismos expresadas por el sector automotriz”, la voluntad de “favorecer la preservación del sistema en tanto instrumento social y económicamente útil para acceder a bienes de consumo durable”, y la necesidad de “la adopción de medidas que resguarden la capacidad de pago de los suscriptores en tanto ello puede ser apto para aumentar las probabilidades de recaudar en los grupos de suscriptores los fondos necesarios para la adjudicación de los bienes”.

La interpretación del conjunto de contratos conexos que contribuyen a la conformación del sistema de ahorro previo, desde nuestro punto de vista, aunque reconozca el contenido de cambio que subyace en la operatoria, no puede desentenderse de la obligación asumida por los adherentes, de contribuir con su ahorro a financiar el sistema. De manera que, aunque se admita la existencia de un conjunto económico conformado por la terminal automotriz, su red de concesionarias y la administradora del plan, no se puede trasladar a dicho conjunto la obligación de financiar la venta de los automóviles, porque obviamente no es ese el sentido apropiado que surge del grupo de contratos, ni era esa la función económica ni el resultado perseguido al conformar el sistema.

Los reclamos por el supuesto incumplimiento de parte de las administradoras, de exigir a las terminales automotrices que les trasladen los descuentos que ofrecen a otros canales de comercialización de sus productos, deben ser probados puntualmente respecto de cada período mensual acerca del cual se cuestiona el valor de la cuota. Adviértase que, si se hubiera acordado una cautelar que dispusiera el recalcule de la cuota retroactivo al inicio de la crisis y hasta la finalización del proceso, y en la etapa probatoria se hubiera probado que en uno o dos meses hubiesen existido descuentos a otros canales de comercialización, no trasladados al valor móvil, la cautelar resultaría totalmente des-

proporcionada si –como es habitual– el juicio se hubiera prolongado por un año o más.

Conclusiones

Los cuestionamientos al sistema de ahorro previo para la adquisición de vehículos no son novedosos y se encuentran antecedentes en la doctrina desde hace 40 años.

En el contexto inflacionario tan afianzado en la economía de nuestro país, el sistema de ahorro previo constituye una alternativa valiosa para permitir el acceso a la propiedad de vehículos 0Km, y canalizar hacia ese mercado los recursos de ahorristas que no resultan atraídos por otras alternativas de inversión.

Terminales, concesionarias y administradoras de ahorro previo deberían movilizarse para recuperar la credibilidad de este instrumento, útil para la colocación de su producto en el mercado doméstico.

El otorgamiento de medidas cautelares de recálculo de las cuotas de planes de ahorro previo debe manejarse con suma prudencia, a fin de evitar que la tutela al consumidor peticionante resulte desproporcionada con respecto a los motivos invocados que fundan el reclamo, y reduce en perjuicio de otros consumidores adherentes al sistema, que integran el mismo grupo, y cuyos intereses deben ser representados por la administradora.

La solución a la crisis no puede consistir en trasladar a las terminales automotrices la carga de financiar a los grupos de ahorro previo, pues –sea mítico o real su poderío económico– ello no es compatible con la correcta aplicación del régimen de contratos conexos al sistema de ahorro para fines de determinados.

COMENTARIOS A LAS CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN 8: SUCESIONES. XXVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL - MENDOZA - 2022

Tomás Donato

I. Metodología de la Comisión

Debe destacarse el trabajo realizado por las autoridades de esta Comisión. Bajo la presidencia de los Dres. Iglesias, Orlandi y Ugarte, se estableció un plan de trabajo que agrupó en tres grandes ejes las 46 ponencias¹ que fueran recibidas para el tema «Mecanismos de planificación sucesoria. Pactos sobre herencia futura. Empresa familiar».

Todos los ponentes tuvieron la posibilidad de exponer sus argumentos ante el auditorio, para luego procederse a la votación entre los miembros titulares. Tras una larga y fructífera jornada, se presentaron al plenario 51 conclusiones².

II. Eje Pactos sobre herencia futura

El principio general en materia contractual establece que están prohibidos aquellos pactos que tengan por objeto la herencia futura o derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares. El fundamento no es otro que evitar la especulación sobre los efectos de la futura muerte de una persona.

La novedad vino de la mano del CCyC que –en su art. 1010– habilitó su celebración cuando mediante ellos se procure la conservación de las unidades de gestión empresarial. Aquí aparece un reconocimiento del valor que tiene para la sociedad en su conjunto que las empresas –organizadas bajo algún tipo so-

¹ Pueden consultarse en <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisión-8-sucesiones>

² Pueden consultarse en <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/conclusiones>

cietario o no— trasciendan de generación en generación y que no fenezcan con la muerte del fundador o director de la empresa.

En nuestro país, las empresas familiares aportan un significativo número de puestos de trabajo, como así también al PNB³. Mediante esta excepción normativa se busca proteger la continuidad de la empresa familiar, pero supedita su validez a la no afectación de la legítima hereditaria ni los derechos del cónyuge.

Integrantes del pacto de herencia futura

En la conclusión 1⁴ se determinó que el pacto no sólo puede ser concertado entre herederos legitimarios, sino también con los legítimos. Es decir, debe interpretarse en forma amplia la legitimación para su celebración puesto que pueden o no existir descendientes, ascendientes o cónyuge⁵ del titular de la empresa.

Nada obstaría a que los llamados a suceder por la ley, puedan ser parte sobre los acuerdos para conservar la unidad productiva.

La última oración del art. 1010 CCyC determina que estos pactos son válidos, aunque no haya intervenido el futuro causante y su cónyuge. La conclusión 2 proponía la conveniencia de que el disponente y cónyuge intervengan en estos pactos, pero fue rechazada por 16 votos en contra, 13 a favor y 8 abstenciones.

En el debate de esta ponencia surgió que no era pertinente establecer recomendaciones cuando el ordenamiento explícitamente habilita esta posibilidad.

2.1. Colación

La conclusión tercera aprobó de lege lata que el pacto sobre herencia futura no presupone una dispensa de colación, salvo que se haya formulado expresamente. Ello resulta coherente con las previsiones de los arts. 2385 y 2414 CCyC, en los que se establece la necesidad de que la dispensa o mejora sea expresamente establecida en el acto de que se trate.

³ Callegari, Mariana y Musich, Máximo. El Protocolo Familiar como herramienta idónea para instrumentar la planificación sucesoria. Ponencia presentada en la Comisión 8: Sucesiones. XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Disponible en <https://www.jornadasnacionalesderechocivil.org/ponencias/comisión-8-sucesiones>

⁴ Aprobada por 37 votos a favor, 2 abstenciones.

⁵ Art. 2444 CCyC: Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge.

Puede notarse en la Comisión una marcada tendencia a garantizar que los herederos reciban en pie de igualdad, aún por sobre la conservación de la empresa familiar. Es que podría suscitarse el caso de que el heredero continuador de la unidad productiva –establecido mediante el pacto– reciba más de su porción legítima. Aquí estaba la oportunidad para proponer una interpretación que fuera más favorable a ese heredero, de tal forma que ese exceso se impute a la porción disponible del causante, aunque no se hubiera establecido expresamente. Una suerte de dispensa tácita de colación que lo desobligara de tener que compensar a sus coherederos.

A esa tésis podría llegarse por analogía del art. 2461, párrafo segundo, del CCyC. En él se establece la mejora tácita cuando se hubiere simulado un negocio oneroso entre causante y heredero legitimario. La conclusión 25 dejó clara la postura de la Comisión: la interpretación de esa mejora debe ser restrictiva y no puede ampliarse a otros supuestos. Y fue determinante en la conclusión 26 donde, de lege ferenda, entendió que este artículo debe ser derogado (29 afirmativos, 1 abstención y ninguno en contra).

Entiendo que esa interpretación restrictiva es un exceso. Exigirle al causante que expresamente establezca su intención de beneficiar a uno de sus legitimarios por sobre otros, es una potencial fuente de futuros de conflictos.

También se pierde de vista el objetivo de promover la conservación de la empresa familiar. No creo que se justifique imponerle al titular de la unidad productiva la mención explícita de su intención de mejorar al legitimario que cree más apto para la continuidad del negocio. Si el ordenamiento lo admite para casos de simulación, más aún debería posibilitarse para casos en que el pacto es franco.

La interpretación aprobada carga sobre el continuador de la unidad con más obligaciones, olvidando que es éste quien está materializando el fin perseguido por el art. 1010 CCyC de conservación la empresa familiar. Se me representa más justo que sea beneficiado con una mejora tácita en estos casos.

Partición por ascendientes mediante donación

Con la sanción de la Ley N° 27.587, se reformaron diversos artículos del CCyC sancionado en 2015. Ello provocó un reperfilamiento de las acciones de colación y reducción.⁶ Sin embargo, la reforma olvidó el art. 2417 CCyC.

⁶ Al respecto: Ferrer, Francisco (Coord.). Dossier de Derecho Sucesorio. La ley 27.587 de reformas al Código Civil y Comercial en materia de sucesiones. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2021. Donato, Tomás. Legítima, donaciones, reducción y colación. Estado de situación luego de la reforma del

La partición por los ascendientes es un mecanismo de planificación sucesoria mediante el cual una persona que tiene descendientes efectúa la partición de sus bienes entre ellos, ya sea a través de donación o de testamento.⁷ El art. 2417 CCyC establece la posibilidad del descendiente que ha nacido después de la partición por donación, que ha sido omitido o que ha recibido menos de su porción legítima, de ejercer la acción de reducción contra los donatarios beneficiados con esta partición.

Esta solución ya no es coherente con el art. 2386 CCyC (reformado por Ley N° 27.587)⁸, puesto que ahora la única acción posible entre colegitimarios es la colación. Mediante la conclusión 27, se aprobó la interpretación del art. 2417 CCyC conforme la reforma de la Ley N° 27.587.

Sostener que procedería la acción de reducción contra los colegitimarios implicaría una excepción anómala en el nuevo sistema de colación absoluta, en donde la reducción queda sólo reservada para donaciones efectuadas a terceros que no revisten la calidad de legitimarios –y con las restricciones impuestas en los arts. 2454, 2457, 2458 y 2459 CCyC–.

Todavía subsisten las dudas en torno a la naturaleza de la acción de entrega de la legítima (art. 2450 CCyC) y si la preterición en la partición por ascendientes habilita su procedencia o si queda subsumida en la acción de colación.

2.2. Legítima

El inveterado y constante debate entre la facultad de disponer libremente de los bienes a título gratuito y la porción legítima asegurada a ciertos parientes del causante volvió a reeditarse con motivo de la planificación sucesoria.

La conclusión sexta resultó categóricamente rechazada (3 afirmativos y 18 negativos). Dilatar en el tiempo la entrega de su porción legítima a quienes no continúen en la empresa familiar –aun cuando fuera bajo parámetros y pautas preestablecidos– no es una interpretación que deba ser admitida.

CCyC (Ley N° 27587). Revista Jurídica Región Cuyo – Argentina – Número 12 – Junio 2022. IJ-MMMCXII-173.

⁷ Arts. 2411 a 2423, Capítulo 7, Título VIII, Libro Quinto, CCyC.

⁸ Art. 2386 CCyC. Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero.

Interesante es el debate que trae la conclusión séptima. ¿Sería posible que la legítima hereditaria cediera para lograr una protección de las herederas vulnerables? Entiendo que sí, considerando los importantes instrumentos internacionales que imponen la protección de las mujeres. El amplio rechazo a esta ponencia pudo estar motivado por su alejamiento de los pactos de herencia futura –tema propuesto para este año–.

La conclusión 36 fue aprobada en el sentido de interpretar que existe una barrera infranqueable que protege todo intento de vulneración o fraude a la legítima hereditaria. Ese valladar estaría en los arts. 1010, 1670 y 12 CCyC.

Por 23 votos negativos se rechazó que los mecanismos de planificación sucesoria –cualquiera de ellos– impliquen un punto de partida para la deconstrucción del instituto de la legítima hereditaria. La conclusión 42, con su rechazo, deja en claro que no debe interpretarse a la ampliación de la autonomía de la voluntad del causante como un punto de partida para, en un futuro, refuncionalizar la porción legítima.

En este nuevo debate sobre legítima, la balanza parece inclinada en favor de su protección. La autonomía de la voluntad debe ceder ante ella, inclusive cuando pudiera garantizar la conservación de la empresa familiar.

2.3. *Forma de los pactos*

En relación a la forma que deben revestir los pactos de herencia futura, se rechazó la propuesta que recomendaba su otorgamiento por escritura pública para garantizar la identidad de las partes, la fecha cierta, valor probatorio, inalterabilidad y conservación del pacto.

Así fue resuelto en una ajustada votación de 13 afirmativos, 15 negativos y 7 abstenciones. La comisión se inclinó por la libertad en las formas de celebrar los pactos de herencia futura del art. 1010 CCyC.

2.4. Efectos de los pactos

Muy interesante resulta la conclusión décima, en cuanto aprobó que la naturaleza de los pactos del art. 1010 CCyC es de tipo contractual. Ello es un acierto puesto que reúne todos los requisitos de esos actos jurídicos.

Ahora bien, en ella también se menciona que este contrato tiene elementos esenciales –comunes– y otros especiales⁹. Serían elementos tipificantes específicos: a) legitimación: pueden ser parte el futuro causante, su cónyuge y/o los herederos legitimarios o legítimos. b) objeto: una explotación productiva o participaciones societarias. c) causa fin: este contrato tiene la finalidad específica de conservar la unidad productiva. Sólo la ausencia de alguno de éstos podría acarrear la nulidad.

El problema aparece respecto de la última oración del art. 1010 CCyC, cuando parece supeditar la validez del pacto a que no se vea afectada la legítima hereditaria o los derechos del cónyuge. Las conclusiones 11 y 12 aprobaron que la lesión a la legítima no habilita a los legitimarios a reclamar la nulidad del acto, sino que se activarán las acciones de protección que el ordenamiento pone a su disposición.

Ello resulta acertado en tanto el pacto habilitado en el art. 1010 no supone una institución de la calidad de herederos, ni tampoco implica una transmisión de bienes. Es un negocio entre vivos en el que sus efectos comienzan desde la muerte del causante titular de la empresa¹⁰. Y será a partir de ese momento en que se realizarán los cálculos para determinar la liquidación de la comunidad de ganancias (para el caso de matrimonio bajo el régimen de comunidad) y la legítima global y particular de cada legitimario.

Esta interpretación de la normativa resulta consistente con el principio de conservación del contrato –Art. 1066 CCyC–, priorizando la validez del acto jurídico que pretende conservar la empresa familiar y evitar futuros conflictos.

Debe tenerse presente que la protección con la que cuenta el legitimario contra otros colegitimarios es exclusivamente la acción de colación. La reducción ya no está habilitada entre ellos¹¹. Sin embargo, nada obsta al ejercicio de

⁹ San Lorenzo, Facundo José. Validez del pacto de herencia futura. Ponencia presentada en la Comisión 8: Sucesiones.

¹⁰ Cesaretti, María. El objeto del pacto de herencia futura. Incorporación de bienes ajenos a la unidad productiva a los efectos de la compensación. Ponencia presentada en la Comisión 8: Sucesiones.

¹¹ Ib. nota 8.

la reducción contra otras donaciones que hubiera realizado el causante a terceros que no revistan la calidad de legitimarios.

2.5. Objeto de los pactos

El art. 1010 CCyC otorga grandes posibilidades de acuerdos entre los involucrados. Al no requerir la intervención del futuro causante ni de su cónyuge, pueden darse múltiples situaciones. Un pacto sólo entre los legitimarios, entre éstos y el cónyuge, entre algunos legitimarios y/o entre algunos legitimarios y el futuro causante.

Si la empresa de titularidad del futuro causante se mantiene en su patrimonio –puesto que el pacto no supone transmisión de bienes– cabe preguntarse cuál es el contenido de este pacto.

La conclusión 16 rechazó que el objeto de este pacto fueran derechos eventuales (29 negativos, 9 abstenciones y ninguno en contra). Es que el objeto es esa empresa familiar, que tiene existencia actual.

Pero entonces ¿sobre qué se pacta? Entiendo que es un tema álgido. No debe olvidarse que el causante conserva la propiedad de la empresa. Si él no interviniera en el pacto, y sólo lo hicieran sus legitimarios, el objeto de este contrato está sujeto a todo tipo de vaivenes que pueden ir desde su extinción –por avatares del giro comercial– o que sea el mismo futuro causante quien decida desprenderse de la unidad durante su vida.

En el caso anterior podríamos pensar que estamos frente a un contrato supeditado a un plazo determinado incierto: la muerte del causante. O también podríamos considerarlo como sujeto a la condición suspensiva de que la unidad productiva subsista al momento de la muerte del titular.

Ahora bien, tampoco surgen certezas cuando el futuro causante sí ha formado parte del pacto. Si el titular de la empresa familiar que ha suscripto ese contrato luego enajena la unidad en vida ¿Qué acciones les quedarían a los legitimarios que también lo suscribieron? ¿Podrían intentar alguna medida conservatoria que impidiera esa venta? Todas dudas que no fueron planteadas en estas Jornadas.

Lo que sí fue aprobado por una gran mayoría (34 afirmativos contra 2 negativos) es la aplicación de los arts. 1090 y 1571 CCyC a estos pactos. La con-

clusión 15 fue motivada por la ponencia de los Dres. Arianna y Ocampo.¹² En ella los autores postulan que, debido a su naturaleza contractual y a su ejecución diferida, puede frustrarse la causa fin por alteraciones extraordinarias de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración. Ejemplifican con el supuesto de muerte o incapacidad del heredero cuyas habilidades han sido tenidas en cuenta por el causante.

Polémica resulta la inclusión del art. 1571 CCyC. En él se establecen causas por las que las donaciones pueden ser revocadas por el donante, la conocida ingratitud. El pacto de herencia futura establecido en el art. 1010 CCyC no implica una donación, por ello resultaría mucho más coherente seguir las conclusiones 14 y 34. Es decir, que se prevea en el mismo pacto la facultad del futuro causante de rescindir unilateralmente o incorporar cláusulas para la revisión, actualización, adecuación e incluso de extinción.

La expresión «pueden establecer compensaciones en favor de otros legitimarios» del art. 1010 CCyC fue también motivo de análisis. La conclusión 19 aprobó que pueden incluirse en el objeto de estos pactos, además de la unidad productiva o las participaciones sociales, otros bienes del acervo o propios de los coherederos.

Ello resulta lógico a los fines de garantizar la porción legítima de quienes no vayan a formar parte de la unidad productiva. Sin embargo, la inclusión de bienes que no forman parte del acervo podría generar conflictos a la hora de efectuar la partición de los bienes causante. Si llegado ese momento, el colegitimario que se obligó a entregar un bien propio en compensación, no lo hiciera –porque ya no es de su titularidad o por renuencia–, ¿podría intentar una acción de colación con fines de obtener su porción legítima aun cuando eso pusiera en peligro la continuidad de la unidad productiva? Considerando la finalidad tuitiva de la continuación de la unidad económica, entiendo que debe estarse por la solución que resulte menos lesiva de aquella finalidad.

Tampoco genera certezas sobre cuál sería la naturaleza jurídica de esa compensación. Es que la unidad productiva será recibida por los beneficiados del pacto en su carácter de sucesores, puesto que aquella integra el acervo del causante. Pero los bienes ajenos –propios del legitimario– que se incorporen al pacto, ¿a título de qué serán recibidos? El pacto podría constituir el título mismo de adquisición o bien podría considerarse que estamos en presencia de un contrato preliminar que incluye la promesa de celebrar otro (art. 995 CCyC).

¹² Arianna, Carlos y Ocampo, Guillermo. Ponencia presentada en la Comisión 8: Sucesiones.

Múltiples dudas que pueden presentarse a la muerte del causante, momento en que entrarán en funcionamiento las previsiones del pacto sobre herencia futura.

2.6. Pacto y atribución preferencial

Con principal origen en la ponencia de la Dra. Jorgelina Guilisasti¹³, la comisión se abocó en las conclusiones 22, 23 y 24 sobre la atribución preferencial.

Vale decir que el CCyC incorporó ciertos modos de realizar la partición y terminar con la indivisión hereditaria. Así estableció –en el art. 2380– la posibilidad del cónyuge o del heredero de solicitar la atribución preferencial del establecimiento agrícola, comercial, industrial, artesanal o de servicios que constituye una unidad económica; en cuya formación participó.

Las variaciones terminológicas entre este artículo y el 1010, deben interpretarse en sentido armónico y comprensivo de todas las situaciones de empresas familiares. El primero alude al establecimiento y el art. 1010 hace referencia a explotación productiva.

Ahora bien, la atribución preferencial opera en el ámbito de la partición, sin importar la voluntad de los restantes herederos. Constituye una excepción al principio de partición en especie (Art. 2374 CCyC) e igualdad de las hijuelas (Art. 2377 CCyC). La Dra. Guilisasti se plantea si el juez se encuentra obligado a conceder la atribución preferencial cuando es solicitada por el cónyuge o el heredero; o si, por el contrario, tendría algún grado de discrecionalidad para concederla o no (lo que ella llama AP facultativas y de derecho).

Considerando que el fin del ordenamiento en este punto es la conservación de la unidad productiva, no caben dudas de que el juez sólo podría rechazarla cuando existan razones graves y fundadas.

Sí presenta dudas el requisito legitimante para exigir la atribución. Es que el art. 2380 habla de participar en la formación del establecimiento. ¿Qué pasaría si el heredero o el cónyuge efectivamente hubieran sido fundadores, pero luego tuvieran escasa participación en su conducción? Es decir, ¿podría existir una suerte de privilegio de los fundadores por sobre quien efectivamente conduce la explotación comercial?

¹³ Guilisasti, Jorgelina. Las atribuciones preferenciales como herramientas de planificación sucesoria para la conservación de la empresa familiar. Ponencia presentada en la Comisión 8: Sucesiones.

Debe tenerse en claro que, cuando la atribución preferencial ha sido instrumentada mediante un pacto del art. 1010, no hay dudas y debe estarse a lo pactado¹⁴. Aquí lo interesante está en la posibilidad de conservar la unidad productiva aun cuando no se hayan celebrado acuerdos previos a la muerte del titular.

Pero la atribución preferencial del art. 2380 presenta un serio inconveniente: la imposición final de «pagar el saldo al contado». Es decir, en caso de no existir acuerdo unánime sobre la forma de pago, quien se beneficie con la atribución debe pagar el saldo al contado, sin posibilidad de que el juez pueda ordenar algún tipo de flexibilización.

Esa última disposición no resulta coherente con el espíritu conservacionista de la empresa familiar consagrado en los arts. 1010 y 2377 CCyC. Con acierto, y por unanimidad, la conclusión 23 estableció de lege lata que el pacto posibilita que el saldo no sea pagado al contado e incluso puede prever garantías.

Por su parte, y de lege ferenda, obtuvo aprobación la idea de modificar el art. 2380 para diferenciar los casos de atribución preferencial de derecho, de las facultativas en relación con las empresas familiares.¹⁵ Como así también considerar a quien efectivamente participa en la explotación, más allá de si ha participado como fundador o no.

III. Palabras finales

Hasta aquí unas muy breves consideraciones sobre algunas de las conclusiones que tuvieron lugar en estas prolíferas Jornadas. Queda todavía mucho por comentar y analizar.

Debo insistir en las felicitaciones a las autoridades de la comisión. Estas conclusiones han sido producto, también, de su titánico trabajo de coordinación.

¹⁴ Conclusión número 22, XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión 8 – Sucesiones.

¹⁵ Conclusión número 41, XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Comisión 8 – Sucesiones.

LA FUNCIÓN PREVENTIVA Y LAS NORMAS PROCESALES

Juan Carlos Pandiella Molina

I. Introducción

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.¹

II. Disposiciones procesales en el C.C. y C.

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 conchs. Cód. Civ. y Com.); 2) que debe distinguirse de los

¹ Leiva, C.F., "La función preventiva en el derecho de daños", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2006, 1ª ed., pág. 96.

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.²

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.

En este nuevo cuerpo normativo, entre las tantas novedades que se presentan, está la de incluir muchas disposiciones procesales, que, según un gran referente del Derecho Procesal, como es el maestro Ronald Arazi, son “la gran mayoría acertadas”³.

Sin perjuicio de ello, 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 familia⁴, y 1735 para los procesos de daños⁵; 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 tí-

² Galdos, J., “Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales” -RCyS, 2019-I.

³ Arazi, R., “Aciertos y comentario crítico del Código Civil y Comercial”, La ley on line, 2015, 812.

⁴ 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.

⁵ 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.

tulo 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 sólo 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”⁶

La temática que se aborda 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.

Para una mayor claridad de nuestros colegas creímos conveniente realizar un cuadro comparativo entre las medidas cautelares y las sustanciales.

⁶ De los Santos, M., “Medida Autosatisfactiva y medida cautelar (Semejanzas y diferencias entre ambos institutos procesales)”. Revista de Derecho Procesal- Medidas Cautelares(1), 1998, 31.

CAUTELARES	SUSTANCIALES
<ul style="list-style-type: none"> • 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), • 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) 	<ul style="list-style-type: none"> • 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.).

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.

III. Acción de tutela preventiva en el Código Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza

El art. 3º, apartado II del Cod. Procesal Civil Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza en su inc. 2) 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.⁷

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 C.C. y C., 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.

Señala 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.⁷

Analizaremos los “Presupuestos de la pretensión preventiva” de la norma en comentario siguiendo el pensamiento de la colega Claudia Milanese⁸, 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 pro-

⁷ Milanese, C. “Comentario al artículo 3” En Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la provincia de Mendoza: analizado, concordado, comentado y jurisprudencia; Oralidad, Monitorio, Juan Pablo S. Civit, Gustavo A. Colotto(directores) y De Rosas Pablo E. (coordinador), Ed. ASC, Mendoza, 2019, pág. 74 y ss.

⁸ Véase Milanese, Claudia, ob. cit., págs. 75-80.

ducción 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 sí 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 sólo 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 CCyC, 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 de la 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 provisorio 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).

IV. Jurisprudencia

Los tribunales de la Provincia de Mendoza en relación a este artículo se han expedido de la siguiente manera.

El Superior Tribunal de esta Provincia, sostuvo:

“Este remedio procesal, en principio, será ejercido por las partes de este proceso. En ciertos casos, los terceros podrían recurrir, incluso, sin haber intervenido en primera instancia. En este orden de ideas, el tercero adherente simple es un sujeto que sin estar legitimado para demandar o ser demandado, defiende un derecho ajeno (del actor o del demandado) pero en un interés propio, no propone una nueva demanda que amplía la materia litigiosa, ni deduce en el proceso en el que interviene su propia pretensión; no hace valer un derecho suyo, en posición autónoma, sino simplemente sostiene las razones de un litigante contra el otro, que para que la intervención del tercero adherente simple sea admitida en el proceso, se debe probar un interés, que existe cuando la decisión haya de influir jurídicamente en favor o en contra, mediata o inmediatamente sobre sus relaciones, sean de derecho privado o públicas y que el tercero adherente simple se encuentra legitimado para apelar la sentencia recaída en un proceso de amparo, aunque no haya participado en primera instancia y la parte coadyuvada no apele, siempre que demuestre sufrir un perjuicio o gravamen a raíz de la resolución judicial”.⁹

En otro fallo de Cámara se sostuvo:

“El Código Civil y Comercial proporciona una opción específica para lograr la protección temprana de derechos, impidiendo el daño o la amenaza de daño, o bien haciéndolo cesar, no por un carril excepcional como es el amparo, sino por otro, sujetos a las reglas comunes, que admite, incluso, el dictado de medidas cautelares (art. 1713, Cód. Civ. Com.)”¹⁰

⁹ SC de Mendoza, sala I, expte. N° 60.047, “Exprinter Banco S.A. en J: Recurso de queja s/Inconstitucionalidad”, 02/12/1996, pleno, LS 269 - 080.

¹⁰ Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza,

La Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza ha sostenido que

“La función preventiva del daño asume características particulares que la distinguen de litigio dispositivo clásico, y le confiere facultades al juez para imponer o no conductas al agente que no han existido hasta ese momento o que, incluso, no fueron peticionadas en su oportunidad. Es decir que, a diferencia del proceso dispositivo, podrá transgredir dicho estricto marco cognoscitivo ordenando o fijando el medio más idóneo para garantizar la obtención de la finalidad preventiva, a los fines de evitar que un perjuicio se produzca o en su caso se agrave y como tal resulta soberano para disponer al mismo tiempo y en su carácter de “mandato preventivo”, medidas de carácter excepcionales con el objeto de cumplir dicha finalidad, que pueden o no coincidir con la finalidad o la pretensión requerida por accionante”.¹¹

Como conclusión del comentario a este artículo de la ley ritual de la Provincia de Mendoza, siguiendo el pensamiento de Leiva¹², podemos señalar que de una primera lectura del art. 3º, ap. II conduciría a pensar que aquí se consagra la medida autosatisfactiva; sin embargo, esta categoría procesal no ha sido incorporada al Código de Mendoza, básicamente, porque se requiere para que esta proceda la existencia de un perjuicio inminente e irreparable, lo que no es necesario en esta acción preventiva. Esta puede plantearse en casos donde no haya urgencia, aunque sí una amenaza de daño, y el propio artículo brinda la posibilidad de que se otorguen medidas inaudita parte en casos de suma urgencia y gravedad manifiesta.

Además, es destacable que el justiciable puede elegir la vía del procedimiento de conocimiento previsto en el Código Procesal, tal como se deja a salvo en el último párrafo del art. 3º, ap. II, con lo cual se soluciona un problema que podía presentarse si se interpretan las normas de los distintos procedimientos

expte. N° 54.895, “Saez, Fernando y otros c/Gobierno de la Provincia de Mendoza p/Acción de amparo”, 28/10/2019.

¹¹ Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario de Mendoza, expte. N°13-04636235-1, “C. F. J. Y R. F. C/ C. M. V. P/Acción preventiva”, 09/09/2019.

¹² Leiva, C. F., “La regulación de la acción de tutela preventiva en el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza”, LLGran Cuyo, 2021 (agosto), 1.

en forma rígida y flexible, adecuándolas en la interpretación a los requerimientos del caso concreto, y no se tiene en cuenta las particularidades de la pretensión preventiva deducida y la funcionalidad o no de este procedimiento tan acotado en su conocimiento, sin perjuicio de las facultades de reconducción de pretensiones que tiene el juzgador.

V. Conclusiones

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”.¹³

Proponemos que las legislaciones provinciales incorporen normas, como la comentada de la Provincia de Mendoza, que regulen el trámite procesal que corresponde dar a una acción de tutela preventiva prevista en el art. 1711 del C.C. y C.

Por último, señalamos que este tema fue propuesto como ponencia en la “Comisión 3 – Derecho de Daños – Responsabilidad derivada en la Pandemia.

¹³ Calamandrei, P., “Introducción al estudio sistemáticas de las providencias cautelares” (S. S. Mendo, Trad.), Ed. Omeba, Buenos Aires, 1945.

Función preventiva de Daños” en las últimas Jornadas de Derecho Civil celebradas recientemente en la Provincia de Mendoza, fue receptada como conclusión de dicha comisión por unanimidad de los miembros participantes de la misma.



MANIFESTACIONES O DECLARACIONES ESPONTÁNEAS EN CUESTIONES PENALES CON RELACIÓN A AUTORES, PARTÍCIPES Y PERSONAS QUE PODRÍAN ABSTENERSE DE DECLARAR

Pablo G. Peñasco

I. Concepto

Por espontáneo se entiende lo que es voluntario, de propio movimiento. Las manifestaciones o declaraciones espontáneas son aquellas expresiones verbales o mediante el empleo de lenguaje por señas u otra forma de comunicación, donde la persona expresa con libertad y de manera voluntaria, que fue el autor o partícipe de uno o más hechos de trascendencia penal o que ha tenido alguna otra participación o que de alguna manera colaboró y/o prestó ayuda anterior o posterior al delito que se investiga. También puede expresarse espontáneamente una persona, sobre el conocimiento de otras personas que han intervenido en el hecho penal o sobre la existencia de evidencias o pruebas pertinentes, aquellos testigos que por distintas situaciones, tienen facultades legales de abstenerse de declarar.

Se trata de manifestaciones generalmente expuestas cuando alguna persona cursa comunicación a los números telefónicos de emergencias públicas expresando que cometió un delito y/o que tuvo participación en el mismo, o cuando avisa a las fuerzas de seguridad públicas sobre la existencia de un suceso delictivo; también cuando los funcionarios policiales llevan a cabo medidas en el lugar del hecho, momentos inmediatos posteriores a su consumación o tentativa o bien con posterioridad, cuando se llevan a cabo acciones de investigación o de producción de pruebas fuera de la sede del Tribunal o de las Unidades Fiscales y escuchan las mismas. Asimismo se han verificado cuando la persona que las expone, arriba a una Comisaría o Unidad Fiscal reconociendo ser el autor

del delito o que tuvo participación; cuando fue aprehendido y es trasladado o cuando se encuentra en las instalaciones Policiales o Fiscales.

II. Naturaleza Jurídica de las manifestaciones espontáneas

Son indicios que habilitan el empleo de medios probatorios para lograr evidencias tendientes al conocimiento del hecho procesal relevante o que pueden ser valorados en conjunto con otras pruebas para la resolución de un caso en el supuesto que fueran válidas. Constituyen un aporte de elementos que puede orientar las actividades de investigación policial o del Fiscal. No son declaraciones indagatorias ni constituyen una confesión desde el punto de vista técnico procesal. Pueden contener uno o varios datos aportados en forma voluntaria, es decir que son puestos en conocimiento de la autoridad preventora o Fiscal con libertad por parte de la persona que los aporta, sin que fueren resultado de intimidación, violencia física, tortura, vejaciones, coacción o conducta semejante de algún funcionario del estado para obligarlo a efectuarlas.

III. Valor Probatorio

Las manifestaciones o declaraciones espontáneas pueden tener valor probatorio como indicio, conforman datos que por lo general tienen fuerza orientativa de la investigación policial o de la investigación Penal Preparatoria; son fuente de pruebas, es decir que a partir de su conocimiento se podrán disponer a solicitar la producción de otros medios probatorios tendientes al logro de evidencias conducentes al conocimiento del hecho base del proceso.

En consecuencia, no tienen fuerza convictiva individual para fundar una sentencia de condena, sino que deberán ser complementadas por las evidencias que corresponda para arribar a un estado de conocimiento mucho más allá de toda duda razonable.

IV. Importancia

Con motivo de distintas reformas procesales que han prohibido a las Fuerzas Públicas de Seguridad recibir o tomar declaraciones indagatorias, muchos efectivos policiales creen que la información brindada libre y voluntariamente por sospechados o imputados en instantes inmediatos posteriores a su aprehensión, no puede ser documentada o instrumentada y que por ello deben hacer “oídos sordos”, hasta esperar la indagatoria o intimación formal, donde luego las mismas personas se abstienen de declarar por distintas razones.

Así, puede existir un conocimiento erróneo de este tema a tal punto que no se ha dado importancia a la necesidad de dejar asentadas con claridad en acta u otro instrumento habilitado, las manifestaciones espontáneas del encartado. Esto puede ir acompañado que por error, se omite comunicarlas al Ayudante Fiscal o Fiscal y en consecuencia, en ciertas oportunidades, el caso presentará mayor complejidad para su resolución. El error señalado, puede obedecer a distintas razones: porque los efectivos no han comprendido el verdadero alcance de las manifestaciones espontáneas y las consecuencias que pueden generar a partir de su adecuada instrumentación, todo ello bajo la falsa creencia que los únicos dichos que pueden considerar son los que el imputado exponga en indagatoria; o sencillamente porque no tienen la voluntad ni vocación que su trabajo les exige, para dejar adecuada constancia de lo que dijo el prevenido, ni de cumplir con los siguientes pasos que, mayormente son nuevas medidas de prueba que se llevarán a cabo en razón y como consecuencia de las declaraciones espontáneas que escucharon.

Lo que la ley actual exige a los funcionarios policiales e impone como obligación, es investigar a fondo los delitos dentro del tiempo que previsto y con la debida intervención judicial (ver arts. 96, 97, 243 y concordantes C.P.P.F.; CPP de Mza arts. 333 Ley N° 6.730 en concordancia con los arts. 27 inc. 7, Ley N° 6.722 de la Provincia de Mendoza). Esa investigación consistente en el logro de medios que orienten la misma, como lo son las manifestaciones espontáneas del imputado, deben ser correctamente instrumentadas para permitir que se cumplan con los actos procesales consecuentes, siempre que se trate de información de utilidad y que la comentada espontaneidad no sea producto de golpes, amenazas, torturas o cualquier método vejatorio y/o coactivo, toda vez que existen abundantes precedentes donde por resoluciones judiciales se invalidaron

y nulificaron distintas pruebas y diligencias llevadas a cabo por considerarse que fueron el resultado de haber conocido la información a través de medios o situaciones irregulares¹⁴.

En consideración a la naturaleza jurídica de las manifestaciones espontáneas y su valor probatorio, cabe destacar que tanto las actas policiales labradas al inicio de la mayoría de los procesos penales como la correcta documentación de las manifestaciones espontáneas de personas vinculadas a un proceso, tiene directa relación con la eficacia de la investigación penal toda vez que generalmente contienen indicios que permiten orientar el curso de la causa en procura del logro de sus fines.

V. Criterios de la CSJN y otros tribunales sobre la validez y alcance de las manifestaciones espontáneas

En general, existiendo condiciones normales de quien se expresa, los precedentes jurisprudenciales han admitido las manifestaciones espontáneas.¹⁵

¹⁴ Rocamora, Sergio R., Investigación Fiscal y Control Jurisdiccional, Ed. Nuevo Enfoque 2010, pág. 295: “En efecto, el personal policial actuante procedió a hacer constar a fs. 18 que el endilgado A.... espontáneamente declaró haber participado en el hecho, individualizando además al resto de los coautores y partícipes, siendo llamativo sin embargo, que esa “declaración espontánea” fuera prestada por quien se encontraba privado de su libertad sin que se hiciera constar que se le hubieran hecho saber sus derechos fundamentales y curiosa y perplejamente habiéndose hecho constar que esa declaración espontánea fue realizada frente a las preguntas efectuadas por el personal policial. Cabe preguntarse entonces en esta instancia ¿Qué espontaneidad puede haber si la declaración lo fue en virtud del interrogatorio realizado por el personal policial?; y si tal declaración carece de valor ¿Qué facultad tenían los instructores para solicitar en su mérito el allanamiento y posterior detención de los co imputados S.... y R....? Desde ya anticipo que ninguna. Lo narrado revela que el proceder policial se encontró viciado respecto de los endilgados S.... y R..... a partir de aquella declaración de fs. 18, que por lo demás ni siquiera se encuentra firmada por los involucrados....puede señalarse también que el endilgado A....no ratificó en sede judicial su declaración prestada en sede policial....” (autos 1622/142.052, 25-8-2005, originarios del Primer Juzgado de Instrucción y resueltos por la 2da. Cámara del Crimen de la 2da. Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza). “...las expresiones vertidas por uno de los imputados ante el subcomisario de la seccional provincial, carecen de valor probatorio, e imponen la obligación funcional de ordenar la extracción de testimonios, ante la eventual comisión de delitos de acción pública por las irregularidades advertidas en los primeros tramos de la investigación...” (Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala I, autos 24.904, 24-11-204 “Ortiz, Cristian Eduardo s/nulidad interloc. Men.1/2, publicada en Nuevo Pensamiento penal y citada por Rocamora, Sergio R.).

¹⁵ Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, sala A, 21.1.94 “Lucero, Héctor y Otro L.L. 1995-B, 639, citado por el Dr. VEGA, Dante en Investigación Penal Preparatoria, Ed. Mediterránea, Córdoba 2008, pág. 204. “Las declaraciones espontáneas sobre hechos, lugares, personas, etc., vertidas ante la policía en su función de prevención, son válidas y constituyen una consecuencia de la obligación de investigar que el art. 183 del Código Procesal Penal le impone. Por su parte, la Cámara

La Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dictado varias sentencias interesantes en la materia, elaborando criterios que parten del caso “Minaglia”, relacionadas en gran parte con las declaraciones espontáneas. (ver fallos 315:2505 – Cabral – 317:241 – Jofré– y fallos 317:956 – Schettini, Alfredo y ot.–), donde se ha sostenido que son válidas las manifestaciones espontáneas aunque el imputado se encuentra detenido, siempre que fueren producto de su libre voluntad; que fueren ratificadas por personal policial y testigos presenciales; que los exámenes médicos no revelaron alteraciones físicas o psíquicas o que fuere golpeado para lograr dichas declaraciones. Es decir que lo importante es que las manifestaciones se expongan sin ningún tipo de coacción, sin perjuicio de la detención, siempre y cuando la misma sea legítima; ello implica que la

“Restricción procesal de la libertad del imputado no impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de una comunicación espontánea del detenido, siempre que no sea producto de la coacción...”¹⁶

Por lo tanto no se deben presentar indicadores que pongan en serias dudas la libertad y espontaneidad con que las manifestaciones fueron comunicadas. Cabe mencionar que en el caso Minaglia, igual se dejó constancia de la posición de la minoría, que indicó que la sola coerción legal en sede policial inhibía la libertad del imputado, salvo que sus dichos fueran ratificados en sede judicial, de manera tal que para que las declaraciones espontáneas del encartado tuvieran valor legal, debía corroborarlas o ratificarlas en sede judicial y además, el órgano jurisdiccional debía analizar circunstanciadamente la declaración, para descartar que no fueron producto de coacción. Sin embargo, esta postura no ha sido la que históricamente el Máximo Tribunal Nacional ha mantenido a lo largo de los años en los casos de referencia.

Vale destacar algunos de los fundamentos sostenidos por la CSJN al decir que conforme a la propia jurisprudencia, las manifestaciones que una persona detenida efectúa ante la autoridad policial, dadas ciertas circunstancias y con un alcance acotado, resultan válidas. Ese criterio fue establecido en el precedente “Cabral” (Fallos: 315:2505), y luego confirmado en los casos “Jofré” (Fallos: 317:241) y “Schettini” (Fallos: 317:956).

Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, Sala B. 15-9-2005 en la causa “Nuñez del Prado, Hugo” (L.L. 2005- F, 423), dijo que el “art. 184 inc. 10 del Código Procesal Penal de la Nación en cuanto prohíbe a la prevención recibir declaración indagatoria al imputado, no implica que esté vedado legalmente al personal policial recoger cualquier manifestación del encartado, siempre que no medie coacción para la obtención de los dichos de aquél”.

¹⁶ Rocamora, Sergio R., ob., cit. Pág. 297.

En “Cabral” la Corte Nacional afirmó que los dichos espontáneos que un detenido efectúa ante la autoridad policial no deben ser considerados como aquel tipo de declaraciones vedadas por el art. 316, inc.1° del Código de Procedimientos en Material Penal. Sentado ello, se fijó el siguiente estándar:

“La mera comunicación de ese dato, en la medida en que no sea producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a sostener, como señala el a quo, que la restricción procesal antes mencionada impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de esa comunicación” (considerando 4°). Por su parte, para fundar la ausencia de coacción se tuvo en cuenta que el informe pericial respectivo no hacía presumir que el imputado hubiese padecido apremios y, a su vez, que éste, al momento de ser indagado, no había efectuado denuncia alguna en ese sentido (considerando 5°). “Este criterio fue reiterado en las sentencias que esta Corte dictara en las causas “Jofré” y “Schettini”, siendo esta última de especial trascendencia para dar sustento al rechazo formal que aquí se decide, en tanto en aquella oportunidad se aplicó el estándar de “Cabral” a un caso en el que se dieron circunstancias análogas a las de este expediente. Corresponde destacar, en primer lugar, que en “Schettini” el procedimiento que luego culminaría con la condena del recurrente por el delito de tenencia simple de estupefacientes, había tenido su origen en los dichos espontáneos de un co procesado, quien había indicado que los estupefacientes que se habían secuestrado en su poder los había comprado en el domicilio de aquél, y, en segundo término, que ese co procesado, al momento de ser indagado, negó la comisión del hecho que se le imputaba. Fijado ello, se indicó que de las constancias del expediente surgía que los dichos espontáneos que habían permitido identificar el domicilio del recurrente habían sido producto de la libre voluntad de aquél que los había proferido, quien “se encontraba legalmente detenido ante la comprobación de un delito y el procedimiento que originó esa situación fue ratificado por el personal policial y los testigos presenciales; el examen médico no reveló alteraciones psíquicas o fí-

sicas; el oficial de policía que intervino en la investigación, al ser interrogado en sede judicial acerca del modo en que se había obtenido la información del domicilio de Llambay (el recurrente), explicó que cuando detuvo a Schettini éste refirió que habitualmente compraba cocaína a un tal Jorge, de quien suministró su dirección”.

Y respecto del modo en que había declarado el co procesado en sede judicial y su incidencia respecto de solución del caso se señaló que

“Si bien en sede judicial Schettini negó la pertenencia del envoltorio secuestrado y dijo no conocer a Llambay, no aportó elemento alguno que condujese a pensar en una comunicación formulada bajo coacción” (ídem)¹⁷.

Que, siguiendo a la posición de la mayoría de la C.S.J.N., conocida por los casos “Cabral, Jofré y Schettini”, para que las declaraciones espontáneas sirvan para orientar una investigación y como fuentes de pruebas, debe estar ausente la coacción, lo que se demostrará con informe médico de salud mental y corporal de quien brindó esas manifestaciones; que al momento de ser indagado no haya efectuado denuncias de apremios; que el funcionario policial ratifique en sede judicial haber escuchado las manifestaciones espontáneas explicando cómo fueron obtenidas.

Con el tratamiento precedente del criterio del máximo Tribunal del país, han quedado en claro las dos posiciones que existen sobre la temática y siguiendo los presupuestos indicados por la posición de mayoría que legitima las manifestaciones espontáneas de personas sospechadas de criminalidad, distinguiéndolas claramente de las declaraciones indagatorias, es necesario concientizar a integrantes de las Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de Ministerios públicos Fiscales, para que sean instrumentadas correctamente todas aquellas manifestaciones espontáneas que fueran conocidas por los funcionarios que intervienen en los primeros momentos de investigación de un hecho delictivo o durante cualquier etapa, siempre que las mismas revelen datos pertinentes y conducentes para la investigación penal. El hacer “oídos sordos” a este tipo de

¹⁷ CSJN, 4/9/2007, “Minaglia, Mauro Omar y otra si infracción ley 23.737 (art.5 inc. c)”.

información cuando fuere informada con plena libertad del implicado, constituye un serio incumplimiento de las obligaciones correspondientes, lo que se profundizará a continuación.

VI. Necesidad de documentarlas cuando su contenido es conducente para el conocimiento del hecho investigado

Las declaraciones espontáneas pueden aportar información conducente porque en general, implican el aporte de datos por el autor, co autores o cómplices del delito, donde frecuentemente se identifican a los demás partícipes, lugares o pruebas que favorecen el conocimiento histórico del suceso criminal. En caso de que sea así, que su contenido tenga valor de interés para el proceso, es necesario que sean debidamente documentadas, que los efectivos de las fuerzas de seguridad públicas intervinientes o funcionarios del M.P.F. dejen constancia con el mayor detalle posible de todas las manifestaciones, datos e información que se aporte. Usualmente se labran actas policiales de procedimiento que son firmadas por el declarante y los funcionarios que percibieron las manifestaciones espontáneas, sin embargo es posible que no se logre la firma del propio expositor, en cuyo caso la ratificación de las actas por los efectivos policiales y testigos que hubiera oído las mismas, serán recaudos importantes para que en la audiencia de debate puedan ser informadas al tribunal por las personas que escucharon.

Asimismo, se considera válido el empleo de dispositivos digitales para documentar las manifestaciones espontáneas como video filmaciones con teléfonos celulares, frecuentemente empleados al documentar inspecciones o procedimientos de aprehensión, constatación o simples medidas de investigación, siempre que ingresen con recaudos formales posteriores como una declaración del funcionario policial o de la fuerza pública que efectuó la video filmación y de otro testigo. También se consideran válidas aquellas expresiones registradas en los dispositivos instalados en movilidades policiales, manifestaciones que sean registradas y grabadas durante el traslado de personas o cuando son documentados los procedimientos.

En numerosos casos se aportaron manifestaciones espontáneas de personas autoras de delitos que llamaron a los números telefónicos de emergencias policiales e informaron que habían consumado el delito o que tuvieron alguna par-

ticipación, dando aviso a la Fuerza Policial para que se cumplieran las acciones correspondientes. En razón que todas estas comunicaciones telefónicas son registradas y almacenadas, se ha admitido su empleo en juicio mediante su reproducción o por el testimonio ante el Tribunal, de los policías que recibieron los llamados, lo que tiene plena legitimidad.¹⁸

Asimismo, en casos de violencia contra la mujer, de hechos de violencia intrafamiliar, etc., se ha reconocido valor procesal a las declaraciones testimoniales cumplidas por efectivos policiales de guardia en un hospital público, que escucharon espontáneamente al acusado dar detalles relacionados con la muerte de su esposa, en cuanto al lugar donde estaba el arma de fuego empleada para el homicidio y el testimonio de vecinos del acusado, que inmediatamente luego del crimen, escucharon sus explicaciones de lo sucedido¹⁹.

VII. Últimos pronunciamientos y doctrina judicial de Estados Unidos de Norte América

Los fallos más recientes han acompañado la doctrina judicial sentada por la CSJN en los precedentes “Cabral”, “Jofre”, “Schettini” y “Minaglia”, enriqueciéndola con mayores argumentos relacionados con la necesidad que deben ser ponderadas las manifestaciones espontáneas en cada caso en particular, teniendo en cuenta las características especiales del proceso.

Se ha sostenido en pronunciamientos posteriores que:

“...Conforme a la doctrina jurisprudencial del máximo tribunal, las manifestaciones que una persona detenida efectúa ante la autoridad policial, dadas ciertas circunstancias y con un alcance acotado, resultan válidas. Ese criterio fue establecido en el precedente “Cabral” (Fallos: 315:2505) y luego confirmado en los casos “Jofre” (Fallos: 317:241), “Schettini” (Fallos: 317:956) e in re: M. 3710. XXXVIII. Minaglia, Mauro Omar y otra s/ infracción ley 23.737 –art. 5 inc. c)– (Fallos 330:2801)”.

¹⁸ Expte. N° P- 502.778/18 “F. c/CASTRO P., R. O. p/Homicidio agravado por el vínculo y por mediar violencia de género”, Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la 2da. Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza, juicio por jurados populares.

¹⁹ Expte. N° P-500.747/18, “F. c/ ACUÑA V. p/ Homicidio Doblemente Agravado...” Tribunal Penal Colegiado n° 1 de la 2da. Circunscripción Judicial, Provincia de Mendoza, juicio por Jurados Populares.

“Así en “Cabral”, la Corte afirmó que los dichos espontáneos que un detenido efectúa ante la autoridad policial no deben ser considerados como aquel tipo de declaraciones vedadas por el art. 316, inc. 1 del Código de Procedimientos en Material Penal (ley 2372). Sentado ello, se fijó el siguiente estándar: “La mera comunicación de ese dato, en la medida en que no sea producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a sostener, como señala el a quo, que la restricción procesal antes mencionada impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de esa comunicación” (considerando 4)”.

“Como puede observarse la disquisición de la Corte se basa en una premisa fundamental, y es que la persona que declara se encuentra detenida o privada de la libertad por parte de la autoridad; en esa situación de privación de la libertad vierte sus dichos autoincriminantes. En otras palabras, el declarante se encuentra en situación de detención y ello presupone que hubo elementos vehementes en su contra para la imputación de un delito”.

“Nada de eso pasa en el presente caso, pues Aranda, previo a su presentación en la Fiscalía General de Morón, solamente había sido mencionado en las redes sociales, pero no aparecía como sujeto pasivo de investigación por parte de las autoridades”. “Cuatro días después del homicidio, espontáneamente, se constituyó en el edificio donde se ubica aquella fiscalía, en busca de un juez (una autoridad judicial) que lo escuche, acompañado de su familia, para manifestar que él había estado en el lugar del crimen”²⁰.

En este caso, quien se presentó a la Fiscalía espontáneamente y reconoció su participación en el delito, fue una persona que no estaba imputada, sino que era mencionado en las redes sociales como tal, y las manifestaciones fueron escuchadas por los policías que se encontraban en el organismo. Además se le practicó examen de salud mental que no arrojó elementos para sospechar que había sido coaccionado para expresar lo que dijo.

²⁰ Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 12 de la Capital Federal CCC 49642/2014/TO1, ///nos Aires, 28 de abril de 2015. Sentencia dictada por los Sres. jueces de cámara, Dres. Darío Martín MEDINA –quien presidió el debate– Claudia Beatriz MOSCATO y Luis Oscar MARQUEZ.

El fallo en comentario es interesante porque además ingresa al estudio del derecho comparado sobre el tema que nos ocupa y las atribuciones policiales en este orden, al decir que:

“Es atinado rememorar, en este aspecto, que en el derecho constitucional norteamericano, antes de la implementación de las “reglas Miranda” citadas por el defensor (que prescribe la lectura de derechos a quien se encuentra en estado de detención), ya existía un estándar constitucional profiláctico contra declaraciones compulsivas autoincriminantes, provocadas especialmente por la policía. Antes de evaluar la aplicación a este caso de la doctrina que emana del denominado caso “Miranda vs. Arizona (384 US 436)” conviene poner en evidencia que el sistema de los Estados Unidos no es igual al nuestro, ya que allí la Corte Suprema –a través de la doctrina que emana de sus fallos– admite los interrogatorios policiales, bajo ciertas reglas y con la obligación de probar su cumplimiento a los funcionarios policiales. Como dichas reglas sólo son exigibles cuando una persona es detenida, la policía puede válidamente interrogar a personas para esclarecer un hecho, como así también recibir declaraciones autoincriminatorias cuando son efectuadas de manera voluntaria, pero el Estado tendrá –en estos casos– la carga de probar la real voluntariedad (“Rhode Island v. Innis”, 446 US 291)”.

“Así, por ejemplo, convalidó declaraciones de una persona que había sido convocada a la estación policial y entrevistada como un testigo más, porque no era considerado sospechoso, extremo que se estableció durante el interrogatorio. El tribunal entendió que la circunstancia de estar en custodia o no (lo que determina la obligación o no de efectuar las advertencias de Miranda) depende de las circunstancias objetivas del interrogatorio y no de las sospechas que durante un interrogatorio puede albergar la policía; por ende, como todo indicaba que se trataba de un interrogatorio a un testigo la Corte lo convalidó (“Stansbury v. California”, 511 US 318 –1994–)”.

“El estándar que en definitiva fijó aquella Corte, que fue conocido como “totalidad de las circunstancias”, alude al deber de examinar

las circunstancias que rodean una declaración autoincriminatoria para –de este modo– determinar si fue obtenida voluntariamente”. “Así se debe analizar si hubo abuso físico, amenazas, interrogatorios policiales extenuantes, si la detención conlleva además incomunicación; o si se hizo caso omiso al pedido de declarante para comunicarse con un abogado”.

“En cuanto a las características personales también se tiene en cuenta la estabilidad emocional y grado de educación, entre otras.” (el resaltado es del suscripto) “Este estándar constitucional, por su propia naturaleza, resulta difícil de precisar; por ello mismo raramente la presencia de un factor o circunstancia de las mencionadas sea determinante por sí, sino que se debe verificar una combinación entre varias de ellas (Jerold Israel y Wayne R. LaFave en *Criminal Procedure. Constitutional Limitations* pág. 185, ed. West Publishing Co. 1993)”.

“En el presente caso, reiteramos, el imputado Aranda no se encontraba detenido, se acercó espontáneamente a declarar y no hay signos de que hubiera sufrido abusos físicos o que hubiera sido sometido a un interrogatorio extenuante”. “Por el contrario, el trato fue digno, no se le otorgó estatus de detenido y estuvo en todo momento comunicado y acompañado de su familia”²¹.

Luego se refiere a posibles amenazas que el acusado habría sufrido por particulares y que debido a las mismas es que se habría presentado espontáneamente, al sostener que

“...Es sabido que la garantía contra la autoincriminación compulsiva, es una reacción contra la arbitrariedad histórica del Estado, ya sea aplicando torturas para obtener una confesión, o apremios por parte de la actividad brutal de la policía, y/o del Estado inquisitivo a través de sus funcionarios públicos o personas en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia. Por ello resulta inadmisibles que se pretenda la nulidad

²¹ T.O.C. 12 CAPITAL FEDERAL CCC 49642/2014/TO1, fallo citado, 28 de abril de 2015. Sentencia dictada por los Sres. Jueces de Cámara, Dres. Darío Martín MEDINA –quien presidió el debate– Claudia Beatriz MOSCATO y Luis Oscar MARQUEZ.

y la aplicación de la regla de exclusión y del fruto del árbol envenenado (CSJN “Rayfort”) con sustento en una hipotética amenaza sufrida por Aranda por parte de particulares, al parecer unos vecinos suyos”.

“Aquellos remedios constitucionales –la doctrina del fruto del árbol envenenado y la regla de exclusión– para disuadir la autoincriminación compulsiva, son una garantía constitucional contra el Estado inquisidor y abusivo, no contra particulares”.

“Aún en la hipótesis de que se hubieran producido las amenazas de vecinos, ello no podría aparejar una nulidad porque no se verifica ningún precepto vulnerado; en todo caso, tendría incidencia probatoria, es decir sobre el valor y mérito del dato que comunicó y sin perjuicio de la extracción de testimonios que pudiera disponerse para investigar las supuestas amenazas”.

En otro pronunciamiento jurisdiccional relacionado con el rapto, abuso sexual y homicidio agravado de una niña, la Policía de la Provincia de Córdoba interrogó a quien podría ser el autor cuando se encontraban en plena labor de intensa búsqueda de la menor de edad. La causa mereció sentencia del S.T.J. de Cba quien sentó la siguiente doctrina:

“Para considerar válida la declaración del imputado que permitió hallar el cadáver de la niña...lo central pues, será determinar si la declaración a la policía fue voluntaria o –como denuncia el quejoso– producto de coacción...”.

“El dato a partir del cual se encontró el cuerpo de la niña, fue brindado voluntariamente en el marco de la actuación policial urgente dirigida a la búsqueda de la niña presuntamente raptada por el imputado...el personal policial, en cumplimiento de la atribución-deber de investigar los hechos delictivos, interrogó sobre una circunstancia de un hecho delictivo en flagrante comisión, esto es, la sustracción y retención de una niña que no aparecía y que en principio –de no haber sido víctima de algún otro delito contra su

persona, como también parecía factible— se hallaría privada de su libertad en algún lugar que solo el imputado conocía...”²²

En razón de las consideraciones doctrinarias, de jurisprudencia, precedentes de la CSJN, de Tribunales Nacionales, de Superiores Tribunales de Justicia de Provincias e incluso de jurisprudencia comparada, podemos arribar a las siguientes:

VIII. Conclusiones

1.- Las manifestaciones o declaraciones espontáneas son indicios que habilitan el empleo de medios probatorios para lograr evidencias tendientes al conocimiento del hecho procesal relevante. Constituyen en ciertos casos, un aporte que puede orientar las actividades de investigación.

2.- La Policía en Función Judicial por orden de autoridad competente o, en casos de urgencia, por denuncia o iniciativa propia, deberá investigar los delitos de acción pública, impedir que los cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, individualizar a los culpables y reunir las pruebas útiles para dar base a la acusación o determinar el sobreseimiento. En consecuencia, la Policía tiene la atribución-deber de documentar correctamente las declaraciones o manifestaciones espontáneas de las que tome conocimiento.

3.- La CSJN ha elaborado criterios que parten del caso “Minaglia”, relacionadas en gran parte con las declaraciones espontáneas. (ver fallos 315:2505 – Cabral – 317:241 –Jofré– y fallos 317:956 –Schettini, Alfredo y ot.–), donde se ha sostenido que son válidas las manifestaciones espontáneas aunque el imputado se encuentre detenido, siempre que fueren producto de su libre voluntad; que fueren ratificadas por personal policial y testigos presenciales; que los exámenes médicos no revelaren alteraciones físicas o psíquicas o que fuere golpeado para lograr dichas declaraciones.

4.- Para la validez de las mismas debe estar ausente la coacción, lo que se demostrará con informe médico de salud mental y corporal de quien brindó

²² T.S.J. de Córdoba, Sentencia n° 218, 31-5-2016 “Peralta, Omar p.s.a. abuso sexual con acceso carnal, homicidio calificado-Recurso de Casación”. (Tarditti, Cáceres y López Peña), citado en Hairabedián, M y otros: Jurisprudencia Penal de la C.S.J.N. y del T.S.J. de Cba., 2da edición 2019, pág. 41; editorial Mediterránea, Cba., 2019.

esas manifestaciones; que al momento de ser indagado o intimado no haya efectuado denuncias de apremios; que el funcionario policial ratifique en sede judicial haber escuchado las manifestaciones espontáneas explicando cómo fueron obtenidas o conocidas, entre otros recaudos a tener en cuenta según las circunstancias de cada caso.

5.- Las manifestaciones o declaraciones espontáneas válidas favorecen la eficacia procesal, razón por la cual es necesario que quienes las reciban, dejen clara constancia documental de éstas, sin perjuicio que los registros de audios, video filmaciones o grabaciones en procedimientos policiales registrados, han sido considerados idóneos para su ponderación judicial según las características de cada evidencia y casos.

6.- Los últimos pronunciamientos jurisdiccionales que reconocieron su validez, se han dictado en armonía con la doctrina judicial sentada por la C.S.J.N. sobre esta temática.



EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES Y SU APLICACIÓN EN EL PROCESO PENAL

Nadia Anahí Tordi

I. Introducción

En el presente trabajo pretendo estudiar la conexión entre el principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes (NNyA) cuando son víctimas de un delito contra su integridad física, para detenerme a analizar su participación en algunos momentos del proceso penal en clave constitucional convencional.

Como es sabido, el proceso penal actual se sustenta en la modalidad adversarial bajo la teoría del caso¹, que propone un juez o jueza imparcial, que solo puede decidir sobre la prueba arribada por las partes (fiscalía y defensa) y producida en debate, sin embargo desde la práctica cotidiana advierto que existen ciertas normas procesales que cercean la participación, escucha o permanencia de personas menores de edad, en especial me detendré en el análisis de dos momentos del proceso penal: i) el inicio de la actividad investigativa, ya que el art. 72 del Código Penal, establece la actuación de oficio del órgano jurisdiccional si las NNyA han sido víctimas de delitos contra su integridad física y ii) el fin de aquella actividad, como es el momento de la realización del debate, ya que existen normas procesales como el art. 376 del Código Procesal Penal de Mendoza que prohíbe el ingreso de NNyA a las salas de debate. Entiendo que dichas normas necesariamente deben ser revisadas a la luz del paradigma constitucio-

¹ El sistema acusatorio en su modalidad adversarial es un modelo que propone la construcción de la verdad en el proceso penal, en el marco de audiencias orales sucesivas que se estructuran en torno a la lógica del debate o competencia entre versiones o teorías frente a un tercero imparcial que es el juez. Se caracteriza por el imperio de los principios no hay juicio sin partes y el juez nunca interviene de oficio (MAGNAFICO, David "Audiencias Orales", Mendoza, 1ed. ASC, 2018, pág. 17).

nal convencional de los derechos humanos, en especial la Doctrina de Protección Integral de Derechos de NNyA. Advierto que, dicho impulso de oficio o restricciones de acceso, aplicados en su extremo afectan los derechos de las NNyA que han sido víctimas de delitos y han manifestado su deseo no instar la actividad investigativa del Estado, o a la inversa han expuesto su voluntad de participar en el debate, escuchar testigos, o presenciar alegatos. Por eso en estas breves líneas me detendré a analizar el principio de autonomía progresiva, su necesaria ponderación y utilización por los operadores jurídicos que trabajan en el derecho penal.

II. El principio de autonomía progresiva de NNyA

Uno de los ejes fundamentales del sistema de Protección Integral de Derechos de NNyA que se inaugura a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN) es el principio de autonomía progresiva de NNyA para el ejercicio de sus derechos, en función a su desarrollo y madurez. Este principio, se funda en los arts. 3, 5, 12 de la CDN, en la Opinión Consultiva n° 17/2002 de la Corte IDH y se incorpora en las normas nacionales en los arts. 3, 24 y 27 de la Ley de Protección Integral de Derechos de NNyA (N° 26.061) y en el art. 26 del Código Civil y Comercial (CCyC). Se ha dicho que este principio/derecho obliga, por un lado, a dejar a tras la categorización binaria de capacidad vs. incapacidad que preveía el código civil derogado y por el otro lado, a resignificar la tradicional función de representación universal, legal y necesaria de los progenitores en el ejercicio del derecho de sus hijos/hijas² y esa resignificación entiendo debe ser ponderada también en el derecho penal, como estudiaré en el apartado siguiente.

Por lo tanto, la autonomía progresiva de NNyA no se encuentra inserta en moldes rígidos, sino que exige una valoración compleja de cada caso que se nutre de pautas que, en principio, funcionan como conceptos jurídicos indeterminados. Explica Molina de Juan, su finalidad es doble, por un lado, estimular el proceso formativo de las NNyA y por el otro, respetar la condición de sujeto

² FAMÁ, María Victoria "Participación procesal de niñas niños y adolescentes a la luz del principio de capacidad progresiva: incidencia en los procesos penales sobre delitos contra su integridad física" Buenos Aires, JusBaires, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, Consejo Magistratura, 2019, pág. 65 y ss.

de derechos y sus competencias en cada momento determinado. Es que la persona menor de edad no es una tabula rasa desde que nace hasta que alcanza la madurez cognitiva y psicológica, sino que debe transitar un proceso evolutivo en el cual ir construyendo su autonomía. Si no lo hace, no se lo estimula o se lo trata como un incapaz, ese camino será más difícil y el resultado probablemente incompleto. Por eso, el protagonismo de la persona menor de edad en las cuestiones de su interés debe incrementarse gradualmente y acomodarse en función de la decisión a tomar y del alcance y magnitud de sus consecuencias³.

La Corte IDH ha analizado este principio y ha puesto de resalto la diferencias que surgen en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que las NNyA poseen. Destacó que la capacidad de decisión de un niño de tres años no es igual a la de un o una adolescente de dieciséis años⁴. Dijo entonces que

“El aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo o en el judicial, debe tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos”⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico actual, las NNyA ejercen sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que el CCyC habilita de manera paulatina y conforme a su edad y grado de madurez el ejercicio por sí de sus derechos.

Así en el art. 26 del CCyC se prevé que:

“La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto

³ MOLINA DE JUAN, Mariel, “Autonomía progresiva y responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial argentino” elDial.com - DC204D, 26/11/2015.

⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Estándares internacionales latinoamericanos en materia de infancia. Visión jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En FERNÁNDEZ (Coord.) Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, Abeledo Perrot. Bs. As. T 1. 2015, pág. 131

⁵ Corte IDH Mendoza y ots vs. Rca. Argentina, 14/05/2013. N° 143.

de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

La norma establece un juego de dos reglas, por un lado, un principio general que es que las personas menores de edad actúan a través de sus representantes legales y una excepción que se va apoderando de la regla y que implica que si la persona menor de edad cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que les son permitidos por el ordenamiento jurídico y allí ingresa con fuerza casi de regla el principio de la capacidad progresiva. Si bien, la norma se detiene de manera más detallada en el campo del consentimiento para decisiones sobre el propio cuerpo, me pregunto si puede proyectarse en el campo de derecho penal, sobre todo cuando la persona menor de edad ha sido víctima de un delito, y cuenta con edad y grado de madurez suficiente y por estas condiciones solicita no instar la acción penal contrario a lo que establece el art. 72 del Código Penal o a la inversa desea participar más activamente por sí (puede ser con su abogado) de alguna o en todas instancias de la investigación penal preparatoria y posterior juicio penal. Para ello, en el acápite siguiente me detendré en el análisis de algunas consideraciones sobre la participación de NNyA en el proceso penal.

III. La participación de NNyA víctimas de delitos en los procesos penales a la luz del principio de autonomía progresiva

La participación de las NNyA en los procesos penales cuando han sido víctimas de delitos, sobre todo de delitos contra su integridad física, es un tema que se encuentra en constante debate ya sea desde la doctrina⁶ como desde las mismas prácticas judiciales. La Corte IDH, no ha sido ajena al tema, ha dicho que una interpretación armónica e integral del derecho a ser oído de NNyA, junto con el principio de autonomía progresiva, conlleva a garantizar la asistencia jurídica de las NNyA víctimas en los procesos penales. En este sentido, el acceso a la justicia no solo implica habilitar los mecanismos necesarios para que las NNyA puedan denunciar, sino que incluye la posibilidad de que participen activamente en los procesos judiciales, con voz propia y asistencia letrada, en defensa de sus derechos, según la edad y grado de madurez⁷.

La Corte IDH, advierte que las NNyA víctimas, en particular de violencia sexual, pueden experimentar graves consecuencias físicas, psicológicas y emocionales causadas por el hecho violatorio de sus derechos, así como una nueva victimización a manos de los órganos del Estado a través de su participación en un proceso penal, cuya función es justamente la protección de sus derechos. En este sentido, si se estima que la participación de las NNyA es necesaria y puede contribuir con la recolección de material probatorio, deberá evitarse en todo momento la revictimización y se limitará a las diligencias y actuaciones en donde su participación se estime estrictamente necesaria y se evitará la presencia e interacción de aquellos con su agresor en las diligencias que se ordenen. Se debe tomar en cuenta el interés superior de las NNyA, no solo se debe evitar la revic-

⁶ Ver PEREL, Martín, "Vías (judiciales o administrativas) para hacer efectivo el derecho a ser oída/o de niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal y su vínculo con el impulso de la acción penal", en BENDEL, Yael en Debates en torno a la acción penal en los delitos contra la integridad sexual de niñas, niños y adolescentes, Ed. JusBaires, Buenos Aires, 2019, págs. 37-48. BENDEL, Yael, "Análisis sobre la regulación de la instancia de la acción penal en los delitos contra la integridad sexual de NNyA. La protección jurídica de las víctimas y el rol de los organismos de protección", DPyC 2020 (julio), 08/07/2020, 143, TR LALEY AR/DOC/1907/2020. BENDEL, Yael, "Aspectos jurídicos relevantes de la situación de NNyA víctimas de abusos sexuales", DPyC 2020 (febrero), 26/02/2020, 87, TR LALEY AR/DOC/4175/2019; TERRAGNI, Martiniano y FREEDMAN, Diego, "Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos y su recepción en el derecho argentino", en AA.VV., Acceso a la justicia de niños y niñas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas de testigos y violencias, JUFESUS, IADC, UNICEF, 2009, pág. 8.

⁷ Corte IDH, "Caso V. R. P., V. P. C. y otros vs. Nicaragua", sentencia del 8 de marzo de 2018 (párr. 161).

timización, sino que, a través de las protecciones especiales y acompañamiento especializado, se deberán generar las condiciones adecuadas para que la NNyA pueda participar de forma efectiva en el proceso penal⁸.

Explica Bendel, que la Corte IDH expone una línea argumental que apunta a un necesario reconocimiento de la progresiva autonomía de la voluntad de NNyA en el ejercicio de los actos jurídicos referidos a sus derechos en su calidad de víctimas en materia penal. Señala que los Estados deben dar seguridades especiales, contextos y herramientas apropiadas para que NNyA ejerzan con efectividad esos actos en función de su autonomía progresiva. De allí que sostiene que, si la denuncia es un acto procesal en sí mismo que tiene determinados efectos, y resulta previsto para el universo de víctimas de delitos, las NNyA deberían estar en condiciones de practicarla válidamente en determinadas condiciones por sí solos/as. Del mismo modo, la participación personal en el proceso en un rol formal (v.gr., querellante), de acuerdo con el fallo de la Corte, también debe estar disponible, en determinadas condiciones y circunstancias, para NNyA⁹.

Con todo, es aquí donde pretendo detenerme para analizar algunas normas de fondo y de forma del derecho penal que deben ser estudiadas desde el principio de autonomía progresiva: como es el art. 72 del Código Penal y el art.376 del Código Procesal Penal de Mendoza.

El art.72 del Código Penal, luego de la última reforma¹⁰, estableció que los delitos previstos por los arts. 119, 120 y 130 del Código Penal (delitos contra la integridad física), cuando la víctima fuere menor de dieciocho años de edad o haya sido declarada incapaz se procederá su instancia de oficio, o sea que no debe el o la fiscal esperar el impulso procesal de parte para iniciar su actividad investigativa. Si bien, la finalidad de la norma es proteger a las personas menores de edad o incapaces que han sido víctimas de estos delitos, no permite diferenciar una situación de abuso simple, de un abuso gravemente ultrajante y coloca en la misma posición a una persona menor de edad víctima, de tres años, que no cuenta con la misma edad y grado de madurez que una de dieciséis años. Advierto que, si se la interpreta y aplica en su rigor formal, puede generar la intervención e intromisión estatal aun cuando la persona no lo desee y esta vo-

⁸ Ibidem (párr. 164).

⁹ BENDEL, Yael, "Análisis sobre la regulación de la instancia de la acción penal en los delitos contra la integridad sexual de NNyA. La protección jurídica de las víctimas y el rol de los organismos de protección", DPyC 2020 (julio), 08/07/2020, 143, TR LALEY AR/DOC/1907/2020.

¹⁰ Ley N° 27.455 (25/10/2018).

luntad sea genuina y conforme a su edad y grado de madurez, se corre el riesgo de caer en una revictimización secundaria por parte del Estado. Por ello es necesario interpretar y aplicar el principio de autonomía progresiva por los operadores del derecho penal, con la finalidad escuchar a la NNyA, garantizar su participación y evitar su revictimización.

El art. 376 del Código Procesal de Mendoza prevé expresamente la prohibición de ingreso a la sala de debates de “los menores de catorce años, los dementes y los ebrios”¹¹, la norma procesal derogada establecía dicha prohibición a “menores de dieciocho años”¹², más allá de su imprecisión terminológica, advierto que es una norma, que también debe ser interpretada a la luz del principio de autonomía progresiva. Me pregunto qué sucede si la persona menor de edad con edad y grado de madurez desea escuchar algún testimonio sobre el hecho que denunció o denunciaron sus progenitores, o autoridades del establecimiento educativo¹³ o impulsó la/el fiscal de oficio, o expresamente manifiesta su deseo de escuchar los alegatos de las partes, asesor/a, o la sentencia que dictan y fundamentan los jueces/ juezas de manera oral. Si nos guiamos por lo establecido, no podrían ingresar a la sala de debates y una solución podría ser que la conecten de manera virtual. No la comparto, advierto que el derecho a participar por las NNyA en los debates penales, no se puede reducir a una participación virtual o pensar que está salvado con la participación por parte de sus representantes legales o del asesor/a de NNyA. Entiendo que, si la persona cuenta con edad y grado de madurez suficiente y solicita participar, se garantiza su seguridad y está acompañado por una persona de su confianza, se le debe permitir ingresar y escuchar lo que acontece en la sala de debate, conforme los mismos derechos que las/los adultos víctimas de delitos (sin la presencia del imputado). Advierto que la ley en aras de proteger no puede cercenar derechos a las NNyA, que, si se les garantizan a las personas adultas, a modo de ejemplo la Ley N°

¹¹ Está regulado en forma similar en los art. 373 CPP de Córdoba y art. 332 CPP C. Rica.

¹² Ver art. 396 Ley N° 1.908 CPP de Mendoza (derogado),

¹³ En Mendoza se cuenta con la Ley N° 9.054, que establece que en su art. 1 que ante la advertencia de indicadores de certeza y/o altamente específicos, que hagan presumir la existencia de abuso sexual o maltrato hacia un niño, niña o adolescente, que curse estudios en instituciones educativas de gestión estatal o privada en la Provincia, las autoridades de las instituciones educativas o el profesional o funcionario competente, deberán comunicar en forma conjunta tal situación al Asesor/a de Personas Menores e Incapaces en turno, a fin de que éste formule la pertinente denuncia ante la Unidad Fiscal que correspondiere, inste la acción penal y/o realice los actos urgentes en salvaguarda de los derechos afectados del menor y también a la Autoridad Administrativa de protección de derechos en el ámbito local, de conformidad con el art. 30 de la Ley Nacional N° 26.061.

27.372 de Derechos y garantías de las personas víctimas de delitos, establece que las personas víctimas de delitos tienen derecho a:

“Que se respete su intimidad en la medida que no obstruya la investigación, a ser asistida en forma especializada con el objeto de propender a su recuperación psíquica, física y social, durante el tiempo que indiquen los profesionales intervinientes; a ser informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento; a intervenir como querellante o actor civil en el procedimiento penal...; a aportar información y pruebas durante la investigación, a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, y en aquellas que dispongan medidas de coerción o la libertad del imputado durante el proceso, siempre que lo solicite expresamente; a ser notificada de las resoluciones que puedan afectar su derecho a ser escuchada, etc.” (art. 5).

Todos estos derechos deben ser también garantizados a las NNyA cuando han sido víctimas de delitos, si bien encontrar la vara justa, para que la garantía no se transforme en una intromisión o revictimización es difícil, el ponderar y valorar el principio de autonomía progresiva de cada NNyA en cada situación en particular puede ser una solución para garantizar sus derechos de ser oído, participar y evitar revictimización.

IV. Conclusiones

En el presente trabajo he podido constatar que, existe una clara tensión de algunas normas penales con las disposiciones de la CDN y el principio de autonomía progresiva, entiendo que este principio que tiene su base convencional debe ser también utilizado por los operadores del derecho penal, al momento de aplicar las normas analizadas, en cada caso concreto. Si bien la instancia de oficio prevista por el art. 72 del Código Penal fue porque el legislador quiso fijar una política criminal de investigación y de protección de derechos de NNyA, sugiero que en su aplicación se pondere y considere las diferencias de cada caso

en particular, no es lo mismo una situación de abuso simple, que una de abuso gravemente ultrajante, como uno cometido por algún miembro del grupo familiar que por un tercero, todas estas situaciones y sobre todo la escucha y autonomía de las NNyA deben ser tenidas en cuenta al momento de instar la actividad jurisdiccional. Al mismo tiempo con la prohibición de ingreso a una sala de debate, el legislador pretendió evitar una situación de revictimización de las NNyA pero sí la persona lo solicita, y tiene edad y grado de madurez, creo que también el criterio de autonomía progresiva debe ser utilizado en el caso concreto.

En definitiva, intento poner en evidencia algunas de las tensiones propias de la regulación en estos asuntos de relevancia, lo difícil que es encontrar el equilibrio entre la intervención oportuna y evitar la revictimización, entiendo que en aras de procurar la actuación eficaz en cada caso particular, la clave consistirá en resolver las contradicciones –protección vs. autonomía– sin caer en posiciones rígidas, procurando aplicar el derecho conforme los paradigmas constitucionales y convencionales de la Doctrina de Protección de Integral de Derechos de las NNyA.





