

DIRECTOR

DR. PASCUAL E. ALFERILLO

ANUARIO

# REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA

## TOMO 8

---

2023



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



EDITORES  
FONDO EDITORIAL



# **ANUARIO REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA**

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba

**DIRECTOR**

DR. PASCUAL E. ALFERILLO

NÚMERO 8 AÑO 2023



Anuario Revista Jurídica Región Cuyo : Argentina / Gustavo Carranza Latrubesse ... [et al.] ; Director Pascual Eduardo Alferillo. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : IJ Editores, 2025.

440 p. ; 23 x 15 cm.

ISBN 978-631-302-083-6

1. Derecho. I. Carranza Latrubesse, Gustavo II. Alferillo, Pascual Eduardo, dir.

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 14 - JUNIO 2023.....	11
<b>EDITORIAL</b>	
Pascual E. Alferillo.....	13
<b>DOCTRINA</b> .....	15
<b>UN CASO PARADIGMÁTICO DE VIOLACIÓN A LA PRIVACIDAD</b> Abg. Mag. Gustavo Carranza Latrubesse (invitado).....	17
<b>UTOPIA Y REALIDAD EN LA OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL</b> SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS DE LOS FALLOS CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE LA REELECCIÓN DE LOS GOBERNADORES Dr. Pascual E. Alferillo.....	53
<b>LA SOCIOAFECTIVIDAD COMO REQUISITO DE IDONEIDAD PARA SER TUTOR/A DE LAS NNYA</b> Abg. Mag. Nadia Anahí Tordi.....	73
<b>AUTONOMÍA Y CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE VIOLENCIA</b> Abg. Carlos Emilio Neirotti.....	83
<b>LA LIMITACIÓN DE LOS RUBROS INDEMNIZABLES EN LA RESPONSABILIDAD POR ACCIONAR LÍCITO DEL ESTADO PROVINCIAL MENDOCINO A PROPÓSITO DE UN FALLO DE LA SALA PRIMERA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA PROVINCIAL</b> Dr. Abel A. Albarracín.....	97
<b>DAÑOS CAUSADOS POR CONDUCTAS LÍCITAS</b> Dr. Gustavo Ordoqui Castilla (Uruguay - invitado).....	125

<b>REFLEXIONES SOBRE LA TÉCNICA PARA CALCULAR EL PORCENTUAL DE LA INCAPACIDAD SOBREVINIENTE CUANDO COEXISTEN DAÑO FÍSICO Y PSÍQUICO, EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL</b>	
Dr. Pascual E. Alferillo.....	155
<b>¿CONSTITUYE EL INHIBIDOR DE ALARMAS UN AGRAVANTE DEL HURTO CALIFICADO (ART. 163 INCS. 3° Y 6°)?</b>	
Dr. Rubén E. Figari.....	173
<b>LITIGACIÓN ORAL EN EL PROCESO PENAL Y TEORÍA DEL CASO</b>	
Abg. Mag. Pablo Guido Peñasco.....	191
<b>LA AUDIENCIA INICIAL REMOTA EN EL PROCESO LABORAL Y SU EVENTUAL APLICACIÓN POSPANDEMIA</b>	
Directores: Abg. Raúl Alberto Oyola   Abg. Mgter. Dante Carlos Granados   Equipo de investigación: Abgs. Juan Manuel Piedecasas   Fernando Javier Pérez   Est. Débora Ariadna Pérez Bianchi   José Gabriel Farina.....	221
<b>TENDENCIAS LEGISLATIVAS EN LAS REFORMAS AL CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA Y VIOLENCIA FAMILIAR DE MENDOZA</b>	
Abg. Tomás Donato.....	249
<b>E-JUSTICIA: ALTERNATIVA DE MODERNIZACIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LATINOAMÉRICA</b>	
Abg. Magistrado Edgardo Torres López (Perú - invitado).....	267
<b>REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA - NÚMERO 15 - OCTUBRE 2023.....</b>	273
<b>EDITORIAL</b>	
<i>IN MEMORIAM</i> DEL DR. ALDO GUARINO ARIAS	
Abg. Mag. Pablo Peñasco   Dr. Pascual Eduardo Alferillo.....	275
<b>DOCTRINA.....</b>	279

<b>LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA DESDE LA CONCEPCIÓN, EL RESPETO DEBIDO A LA VIDA Y LA EUTANASIA</b> Eduardo A. Sambrizzi.....	281
<b>LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE Y LOS RUIDOS MOLESTOS</b> Gustavo Carranza Latrubesse.....	291
<b>LA TRANSPARENCIA EN LA GESTIÓN DEL GOBIERNO MUNICIPAL: UNA SENDA PARA RECUPERAR LA CONFIANZA EN EL SISTEMA</b> Germán M. Farina.....	321
<b>RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y ANÓNIMA</b> ACTIVIDAD RIESGOSA DE GRUPOS. CAUSALIDAD Y FUNDAMENTOS Valeria Moreno.....	329
<b>LA DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: EL <i>FORUM NON CONVENIENS</i> (FNC)</b> Pablo E. de Rosas.....	349
<b>LA IMPOSICIÓN DE COSTAS A LOS ABOGADOS</b> NATURALEZA JURÍDICA Dr. Pascual E. Alferillo.....	363
<b>ACERCA DE LAS CAUTELARES INCOMPETENTES POR FUERA DEL CONCURSO PREVENTIVO</b> Dr. Lisandro Hadad.....	385
<b>ALEGATOS DE APERTURA O LECTURA DE LA ACUSACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL ARGENTINO</b> Pablo Peñasco.....	395
<b>IMPORTANCIA DEL DESPACHO SANEADOR PARA LA GARANTÍA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL</b> Francisco A. Jongh Sarmiento.....	415

## STAFF

### **Director:**

Dr. Pascual Alferillo

### **Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba**

#### **Mesa Directiva (2022 - 2025):**

Presidente: Dr. Armando S. Andruet (h)

Vicepresidenta: Dra. Marcela Aspell

Secretario: Dr. Juan Manuel Aparicio

Tesorero: Dr. Manuel Cornet

Director de Publicaciones: Dr. Juan Carlos Palmero

Revisor de cuentas: Dr. Efraín H. Richard

#### **Presidentes Honorarios:**

Dr. Juan Carlos Palmero

Dr. Julio I. Altamira Gigena

#### **Secretario Técnico:**

Dr. Christian G. Sommer

#### **Mesa Directiva (2016 - 2019):**

Presidente: Dr. Julio I. Altamira Gigena

Vicepresidente: Dr. Armando S. Andruet

Secretaria: Dra. Marcela Aspell

Tesorero: Dr. Guillermo Barrera Buteller

Director de Publicaciones: Dr. Juan Carlos Palmero

Revisor de cuentas: Dr. Efraín H. Richard

Secretario Técnico: Dr. Christian G. Sommer

#### **Presidente Honorario:**

Dr. Juan Carlos Palmero



## **Instituto de la Región Cuyo**

### **Director:**

Dr. Pascual E. Alferillo

### **Vice Director:**

Ab. Aldo Guarino Arias

### **Secretarios:**

Dra. Mariel Molina (Mendoza)

Ab. Pablo Peñasco (San Rafael - Mendoza)

Dr. Juan Carlos Pandiella (San Juan)

Ab. Eugenia Bonna (San Luis)

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

### **Directores anteriores**

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

Dr. Alejandro Pérez Hualde (Mendoza)

### **Académicos Correspondientes de Cuyo**

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

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

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

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

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

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

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

Dr. Alejandro Pérez 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 14 - JUNIO 2023



## EDITORIAL

Dr. Pascual E. Alferillo\*

Publicar el ejemplar N° 14 de la *Revista Jurídica de la Región Cuyo*, implica celebrar siete años de participación activa en el mundo académico, publicitando trabajos de juristas consagrados, como también, el pensamiento de jóvenes abogados que se inician en la investigación de los distintos temas del derecho.

Sin lugar a hesitación, esta amalgama de experiencia y juventud, asegura para el futuro, el protagonismo social de actores jurídicos de excelencia ante un mundo complejo en las relaciones intersubjetivas que exigen soluciones no tradicionales para superar conflictos novedosos.

La profunda problemática actual, se focaliza en discernir si, la anomía es generada por el descreimiento de la sociedad en las normas jurídicas vigentes por no satisfacer con sus soluciones, los nuevos requerimientos o, por no creer en el Derecho como instrumento ordenador de las relaciones sociales.

La problemática no es menor, sino por el contrario marca a una sociedad en crisis de valores que es atravesada por un desarrollo tecnológico que permite solucionar distintos problemas, cuya satisfacción, antes eran de exclusiva incumbencia humana, por una parte. Y, por otro, poner en crisis la participación del hombre en tareas que le eran asignada, generando el paro de su actividad por exclusión.

En función de estas observaciones, que por cierto tienen mayor profundidad para su estudio, premiar la vocación de quienes procuran superarse todos los días, buscando la mejor calidad en cada actuar de su vida, es un deber primario que, en la Revista, se visibiliza por la participación en la misma.

---

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

A la par, es un deber ineludible, expresar a todos, en este séptimo año de existencia de la Revista, el agradecimiento de la Dirección y de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, por el esfuerzo realizado.

DOCTRINA





## UN CASO PARADIGMÁTICO DE VIOLACIÓN A LA PRIVACIDAD

Abg. Mag. Gustavo Carranza Latrubesse

### I. Introducción: los hechos y circunstancias

Sin entrar, por ahora, a analizar la intencionalidad de quienes tienen a su cargo el juzgamiento de las conductas funcionales de jueces y fiscales en el ámbito de la provincia del Chubut (Argentina), Consejo de la Magistratura (CM), Superior Tribunal de Justicia (STJ), Tribunal de Enjuiciamiento (TE), como de las opiniones que se vierten, con bastante ligereza por la prensa escrita, radial y televisiva, bueno es, en razón de la verdad y la Justicia, que nos ocupemos de un tema de trascendencia institucional.

El hecho vierte sus efectos negativos y ominosos no sólo en las instituciones mencionadas, incluida la prensa, cuyo ‘amarillismo’ exuda su habitual veneno que, más de una vez, ocupó al juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS, Corte federal), doctor Carlos Santiago Fayt, ya fallecido (La omnipotencia de la prensa), sino que incide, directa y dolorosamente, en la dignidad de la persona que sufre sus embates, confundiendo lo principal y lo accesorio, lo esencial que el ordenamiento intenta salvaguardar, instalando en el fárrago de lo trivial y absurdo de que se quejaba, con razón, el genial Discépolo, al sostener en buen lunfardo, que estamos todos manoseados y en el mismo lodo, embarrados, equiparados en una suerte de desgracia universal.

Me refiero a la situación padecida por una juez en lo penal que motivada en la situación vivida por un imputado, participe en un delito grave, bajo la jurisdicción del tribunal que ella misma integraba, se vio involucrada en una situación que la ponía, en apariencia, en una actitud de cierta intimidad con el citado, en una entrevista en lo que habría de ser el más recoleto rincón de la privacidad que uno puede esperar: un aula carcelaria; vigilada por personal policial y una cámara

destinada a dar seguridad a los allí reunidos; un ámbito destinado a su visita autorizada en un penal provincial.

Un funcionario del penal editó en su celular un video, en que aparece la señora juez de espaldas a la toma y se ve aproximar a ella la cabeza del detenido, donde la imaginación de cada quien puede pretender que aquella recibe un beso. El hecho tomó estado público porque el autor de la toma lo cedió a sus superiores, éstos al STJ y allí pasó a las redes sociales y, así, la privacidad, la dignidad, el honor, el pudor de la señora, se convirtió en el tema de actualidad de los opinadores que tienen fácil acceso a la audiencia pública. El comentario, ‘horrorizado’, de que una juez se besaba con un preso, inundó la televisión, la radio y se multiplicó en millones de personas en todo el mundo, que creyeron la verdad de la noticia.

Otra vez, la prensa hizo posible que la apariencia se convirtiera en realidad; y los torpes de siempre (“Persona que muestra falta de entendimiento para comprender las cosas”), ávidos consumidores del ‘chupete electrónico’ que la TV dispensa, y los que aprovecharon la circunstancia para lograr alguna ventaja (un senador y un intendente, en pugna ambos por la gobernación de la provincia), encontraron en la ‘defensa de la moralidad pública’ que el CM, ante quien formularon sendas denuncias, prestara su débito funcional con evidente desvío. Su presidente, requerido por un periodista de Cadena 3 (Córdoba, AM 700), manifestó sin haber oído a la encartada, que el hecho era ‘gravísimo’. Un ministro del STJ, que inició un sumario para la investigación de la conducta de la señora juez, no del hecho ilícito del penitenciario que editó el video, pronunció su dictamen condenatorio ante la prensa sosteniendo que ‘no todos los jueces eran iguales’ a esta mujer; que, en rigor, preocupada por la situación del condenado, quería escribir sobre su proceso y sus circunstancias y le requería la conformidad para ello.

Los torpes e imprudentes, los que se atreven a tirar piedras teniendo techos de vidrio, condenan según la apariencia; pero, si ellos son jueces y tienen a su cargo la investigación de las conductas, la torpeza se convierte en la violación de los deberes de funcionario público y en la alteración más abyecta que es el abandono de la imparcialidad, garantía esencial del debido proceso legal (art. 8.1, Convención ADH; art. 18, CN). El resultado es la violación de los derechos a la intimidad, al desconocimiento de las agresiones contra la mujer, el honor, el prestigio, el pudor de una mujer, que el ordenamiento vigente en Argentina protege desde su cúspide normativa y el Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) en sus laderas.

Nuevamente el árbol impidió ver el bosque, oculto detrás. Lugar común en la literatura popular argentina que vuelve a ser útil para mostrar que los prudentes investigan, allí donde los torpes opinan. Quienes opinaron se quedaron con la inmediatez del árbol que cercenaba la visión del bosque, las circunstancias en las que la apariencia tomaba visos de verdad y, ésta, la verdad, se desplazaba al ámbito de la nada misma.

Así las cosas, sin que a nadie le competa introducir sus narices curiosas en la vida privada de las personas, otra vez las instituciones de Chubut mostraron sus fallencias. Los que hicieron públicas sus opiniones condenatorias, apenas conocida la 'noticia', fuera de la investigación minuciosa de los hechos, integran la pléyade de corruptos que pululan, tanto en el CM como en el STJ. En éste, ya es paradigmático que nadie cumple con la CN, con la Convención ADH, con el PIDCP, entre otros instrumentos internacionales de igual jerarquía que la CN (arts. 31 y 75, inc. 22, CN), con la Constitución del Chubut, con los Códigos Procesales Civil y Penal, con la doctrina cimera de la Corte IDH y la de la Corte federal. Impera el voluntarismo judicial, que todo lo corrompe pues se hace a expensas de las normas superiores del ordenamiento. Me consta, por haber participado en una causa, cómo y cuánta es la corrupción normativa, que se protege a magistrada que no se excusa, luego de recusada, siendo cuñada de la abogada apoderada del demandado y, el mismo presidente que la apaña, dictamina en su favor en el CM, donde prevalece la voluntad de un colega de sala de aquélla. Los consejeros populares, legos, se alinean políticamente en favor de los designios de las autoridades. Su actuación, así, no sirve para nada y se convierten en cómplices de variados atropellos.

Además de su ilegitimidad de origen, los nuevos miembros del STJ se sienten liberados de las normas y reparten sus iniquidades según sea el interesado; tergiversan con descaro y conciencia de su propia impunidad, las normas vigentes y le hacen decir lo que no dicen; ya los he denunciado públicamente con el mote que el art. 29, CN, le asigna a los que ponen en manos de gobierno, persona o grupos de personas, la vida, el honor y el patrimonio de ciudadanos y habitantes, de 'infames traidores a la Patria'.

El art. 5º, CN argentina, impone a los gobiernos de provincia tres condiciones para el sostenimiento de su gobierno y de sus instituciones: la educación primaria (inexistente durante meses), el régimen municipal, y la administración de justicia. La pertenencia política al partido gobernante en la Nación, no habilita la debida intervención federal y el Pueblo sufre el agravio a sus derechos y libertades. Es

en este ámbito perverso en que se desarrolla el drama de esta mujer, cuya condición de tal, es menospreciada, agraviada y violentada en su privacidad, en su dignidad, en su honra, en su pudor, en sus derechos y libertades. Y, siempre, por las más altas autoridades judiciales y, por cierto, violando las garantías de la CN, de la CADH y de la ley.

Adelanto, a título de simple ejemplo, que la ley nacional 24.660, en su art. 158, promueve la comunicación de los internos condenados, con familiares, amigos, instituciones, etc., como medio de alcanzar su reinserción social; el párrafo segundo dice: “En todos los casos se respetará la privacidad de esas comunicaciones, sin otras restricciones que las dispuestas por juez competente”.

Los controles que se efectúen sobre los internos, según las etapas de socialización previstas en la ley citada, deben ser autorizados por el juez interviniente.

Aunque para muestra basta un botón, el art. 2 de la Ley de protección de datos personales, los define como: “Información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables”.

El art. 4.2, establece: “La recolección de datos no puede hacerse por medios desleales, fraudulentos o en forma contraria a las disposiciones de la presente ley”.

Y el art. 5.1, en concordancia con normas del CCC, establece: “El tratamiento de datos personales es ilícito cuando el titular no hubiere prestado su consentimiento libre, expreso e informado, el que deberá constar por escrito, o por otro medio que permita se le equipare, de acuerdo a las circunstancias”.

Además, la Provincia del Chubut adhirió a la Ley nacional 27.499 (conocida como ‘Ley Micaela’, en homenaje a Micaela García, asesinada en 2017 a los 21 años de edad), conforme a la Ley VIII N° 129. Aquella ley impone a las autoridades de los tres poderes del Estado Nacional, formarse en la temática de perspectiva de género, con la declarada intención de resolver las desigualdades entre hombres y mujeres. Llama la atención que las autoridades intervinientes en los procedimientos abiertos en perjuicio de la señora juez, no respeten el propósito de la ley, a la que adhirió la provincia; en momentos en que escribo estas notas, el Colegio Público de Abogados de Comodoro Rivadavia lleva a cabo unas jornadas sobre “Programa de Capacitación en perspectiva de género en el marco de la Ley Micaela 27.499”, en las que interviene el Aula Virtual del Poder Judicial de la Provincia.

Pareciera que el doble discurso de “haz lo que yo digo y no lo que yo hago”, sea la prédica del Poder Judicial de la Provincia del Chubut.

Hago constar que la Comisión IDH ha sostenido, con razón, en causa que involucra a Argentina, que: “Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio “pro actione”, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción” (Inf. N° 105/99, Caso N° 10.194, “Palacios, Narciso c. Argentina”; énfasis añadido).

Es de esperar que, en vía de una petición cautelar, la CIDH mantenga esta ya añosa doctrina, que no ha de interferir en el desarrollo de la cuestión de fondo.

## **II. La protección de la privacidad**

El art. 19, CN, contiene dos principios que son sustanciales para el ejercicio de las libertades: El principio de reserva que excluye de la acción de las autoridades las conductas privadas que no ofendan a terceros; en rigor, el viejo texto se refiere a la moral y al orden públicos y al derecho de terceros. Desde que no se postula una moral de Estado, que debe ser neutral en la materia, que no significa que los jueces no ponderen en sus sentencias las creencias y convicciones de hombres y mujeres de conciencia recta (juez Cardozo, CS de EEUU de América, repetida por la CS, 1986, en “Santa Coloma” y repetido por el juez argentino Rosentkrantz recientemente), y que el orden público es una categoría histórica, que requiere una referencia temporal precisa y determinada, la exigencia remanente y más valiosa es la no afectación a derechos de tercero, consagrándose así, según doctrina de la CS, que el brocardo latino *alterum non laedere* tenga allí su raíz constitucional.

El restante es el principio de legalidad, que protege el libre albedrío de la persona al ponerlo a resguardo de lo que no manda la ley ni le priva de hacer lo que ella no prohíbe.

En el ámbito recoleto de la cárcel en que se llevó a cabo la visita de la juez al condenado, se trató de lo que ella quería publicar y de la información personal que éste debía informar y autorizar. No hubo allí ninguna tercera persona afectada, ni tan siquiera la imagen de la Justicia, pues, en hipótesis, pudo decirse y hacerse cualquier cosa sin que nadie tuviera derecho a inmiscuirse en el ámbito privado. Y ‘nadie’ es nadie. Pero apareció uno, que integraba de algún modo la

custodia del lugar y del ámbito privado asignado a la visita, que copió y editó la escena, subrepticamente lograda sin que se hubiera intentado ocultar nada, pues había cámaras, perfectamente visibles, registrando la escena, que terminó en las redes sociales que, de inmediato, se viralizó, como se dice ahora para aludir a la difusión inusitada de una noticia. Ese hecho, ominoso, grave, perverso, no fue objeto de sanción ni de restricción alguna; media una investigación penal que se desenvuelve con la pesadez de lo que quiere ocultarse y nunca resolver. El daño ya se hizo, adquirió la superlativa incidencia en la vida privada de la señora juez, en su desempeño funcional, en su prestigio profesional, en su honor, en su honra, en su pudor; recibió como castigo anticipado la suspensión en el cargo, cuando en casos similares y por conductas graves otros jueces no la padecieron; mientras la infamia se reproducía en progresión geométrica y los jueces requeridos rechazaban sus pedidos de amparo, el STJ ordenó la reducción de sus haberes en un 50%; la Asociación de Magistrados guardó silencio, seguramente navegando a sotavento de los designios de las máximas autoridades del Poder Judicial. El silencio de los cobardes es siempre cómplice y, como en el poema de Bertold Brech, la reacción llega demasiado tarde.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), prevé la protección de la privacidad en términos que debieran despejar la nube que oculta la visión de los jueces. El art. 52, dice:

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.

El amparo por ella promovido fue, lisa y llanamente, rechazado; muchas de sus páginas llevan la convicción de mi letra. El fruto del árbol venenoso (el hecho ilícito de quien editó y publicó el video), que anula todo proceso por el vicio que encierra, fue desconocido. En tanto, la noticia se propagó por la prensa y los órganos encargados de asegurar las garantías de las personas y la valoración de las conductas de los jueces, miraron para otro lado. El violador de los derechos protegidos no padeció molestia alguna, en tanto se iba poco a poco por los caños el prestigio de la señora juez; y su triste y huérfana soledad quedó impune.

No es necesario que los jueces, como la madre macabea y sus siete hijos, ofrenden la vida antes que violar las leyes; basta que las cumplan y, sobre todo,

que las hagan cumplir. Para ser juez es necesario, antes que nada, ser buena persona; y lo es aquel que se preocupa por los demás, por sus derechos y, de modo especial, por sus desgracias. Si los jueces desconocen el injusto sufrimiento ajeno y no le ponen el remedio que la ley manda, no sirven para nada; sólo se sirven a sí mismos; y más que amar al prójimo como a sí mismos, no ha de bastar con que respeten evitar hacer daño a los demás, pues en sus manos está poner el remedio de la ley que, expresamente, impone recurrir a la prevención del daño (arts. 52, 1807, 1809, y cc., CCC).

Según creo, el Derecho universal protege la vida privada; cuando menos, el Derecho continental europeo, del que es recipiendario el Derecho argentino, lo hace, dando facultades a los jueces para asegurarla. Así, el art. 9 del CC francés<sup>1</sup>, establece:

Cada uno tiene derecho a que se respete su vida privada. Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces podrán prescribir toda clase de medidas tales como secuestro, embargo y demás, propias para impedir o cesar un ataque a la intimidad de la vida privada; en caso de necesidad estas medidas podrán ordenarse por procedimiento de urgencia.

Además, el art. 9-1<sup>2</sup>, establece:

Cada uno tiene derecho a que se respete la presunción de inocencia. Cuando con anterioridad a cualquier condena se presente públicamente a una persona como culpable de hechos que son objeto de una investigación o de una instrucción judicial, el juez podrá, incluso por procedimiento de urgencia, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, prescribir toda clase de medidas como la inserción de una rectificación o la difusión de un comunicado a fin de hacer cesar el ataque a la presunción de inocencia, y ello a expensas de la persona física o jurídica responsable del ataque.

El CC español contiene, por cierto, disposiciones sobre la protección de la vida privada, además de las garantías de la C española de 1978 (art. 19), cuyos números 1, 3 y 4, establecen:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

---

<sup>1</sup> Ley nº 70-643 de 17 de julio de 1970, art. 22. Diario Oficial de 19 de julio de 1970

<sup>2</sup> Ley nº 2000-516 de 15 de junio de 2000, art. 91. Diario Oficial de 16 de junio de 2000

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”

El art. 24 de la C española de 1978, es importantísimo, porque manda a hacer lo que no se hace aquí, aunque lo disponga y mande la ley, y asegura el principio de inocencia; dice: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

Por cierto, es lo que manda y el Estado se ha comprometido a respetar y a garantizar, el art. 25, Convención ADH, que se titula ‘protección judicial’. De él dice la Corte IDH: (...) la protección judicial constituye uno de los pilares básicos de la Convención Americana y del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática”<sup>3</sup>. Asimismo:

Ya he dicho que no se cumple por el STJ, pese a que está también prevista como de aplicación directa en el CPrPenal del Chubut, en los siguientes términos, que tampoco se respetan; me consta porque lo he planteado concretamente sin ningún resultado; el art. 1, CPrPenal del Chubut dice: “PRINCIPIO GENERAL. Rigen en el procedimiento penal todas las garantías y derechos consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los Tratados internacionales incorporados a su mismo nivel [Artículo 75 (22), C.N.] y en la Constitución de la Provincia [C.Ch.], Artículos 42 a 53, 18 (9), 19, 21 y 22, como normas superiores inderogables para los poderes públicos y los particulares [Artículo 31, C.N.; Artículo 10, C.Ch.], sin perjuicio de las que se ratifican y subrayan en el presente Código.

Dichas disposiciones son de aplicación directa y prevalecen sobre cualquier otra de inferior jerarquía normativa e informan toda interpretación de las leyes y criterios para la validez de los actos del procedimiento penal.

La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá ser hecha valer en su perjuicio.

---

<sup>3</sup> Corte IDH, Caso “Castillo Páez c. Perú”. Fondo. Sent. N° 34, 03/11/1997, párr. 82



El imputado, según la voluntad de los jueces, es sujeto privilegiado en el CPrPenal de Chubut, pese a que el art. 17, establece el principio de igualdad; dice, en lo que aquí interesa:

**IGUALDAD ENTRE LAS PARTES. IMPARCIALIDAD.** Se garantizará la intervención de las partes con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución de la Nación y de la Provincia, y en este Código.

Los jueces preservarán el principio de igualdad procesal, debiendo allanar todos los obstáculos que impidan su vigencia o lo debiliten.

Me consta que no se cumple, pues el mismo CPrPenal lo exhibe, ya que concede al imputado derecho (particularmente recursos) que no concede a las restantes partes del proceso. La víctima es convidada de piedra en el proceso penal del Chubut.

Otros CsCs, como el italiano de 1942 (arts. 5 a 10), el CC de Portugal (arts. 70 a 81); el CC suizo (art. 28, por Ley de 16/12/1983) y el BGB alemán (art. 823), contienen similares garantías.

El CC italiano de 1942, de gran influencia en el CCC argentino de 2015 refiere, como acto ilícito, en el art. 2043, con el siguiente texto: “Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno”.

Tiene gran semejanza con el art. 1717, CCC argentino, cuyo texto dice: “Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”.

Aunque el texto italiano apunta a la reparación del daño, el texto argentino pone énfasis en la ilicitud de la conducta (antijuridicidad); de allí que la ilicitud en la causación de la violación a la privacidad e intimidad, despeja –debiera despejar- en la actuación judicial como en la investigación del CM, la inmediata protección de los derechos violados a la señora juez, como a cualquier persona que resultara afectada. Así lo ordena, no sólo el art. 52, CCC, sino que resulta sin duda alguna, de los hechos y de las normas que regulan la prevención del daño, el principio de inocencia, el principio constitucional de reserva y el mismo principio de legalidad.

Y según se ha filtrado en el ámbito, tan poco serio, del CM, estaría a punto de imputar a la señora frente al TE, una falta que sustenta la remoción del cargo. De allí, la necesidad imperiosa de obtener una tutela más fuerte que los amparos

denegados, como la que ofrece el art. 25, del Reglamento de la CIDH. Tal vez y sólo eso, la vergüenza que evidencia el atropello a la ley y a la dignidad de la persona, sujete la voluntad lesiva de los órganos implicados (el animus nocendi es tan evidente como perverso, como inmensa la torpeza que anida en la mente y en el corazón de los personajes encargados de decidir, de quienes depende, en exclusiva, como en el circo romano, poner hacia arriba o hacia abajo, su pulgar decisorio; y siempre, al margen de la ley).

El autoritarismo, la impunidad y la torpeza lo evidencia, aunque las consecuencias de su atropello marcarán un hito valioso en la defensa de las libertades públicas; la impunidad como la mentira, tienen patas cortas y, alguna vez, la Verdad y la Justicia las alcanza. Sólo hace falta excitar las reservas morales que anidan en lo profundo del sistema; y, seguramente, en la inmensa conmiseración del corazón del Hombre. Como quería Edmund Burke: “Lo único que necesita el mal para triunfar es que los hombres buenos no hagan nada”.

La Corte IDH ha sido clarísima acerca de la observancia de este derecho: “Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana”<sup>4</sup>.

Pero quienes ejercen la más alta magistratura del Chubut jamás citaron una sentencia de la Corte IDH. Insisto, violan de modo permanente la CN, los instrumentos de igual jerarquía del art. 75, inc. 22, la Constitución del Chubut y sus valiosas disposiciones (arts. 9, 10, 18, 22); y los Códigos procesales.

Los países americanos protegen la intimidad a través de textos relevantes de sus propias constituciones. Así, la C de Ecuador establece, en el art. 66, puntos 19 y 20, que:

19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley.

20. El derecho a la intimidad personal y familiar.

---

<sup>4</sup> Corte IDH, Caso “Velásquez Rodríguez c. Honduras”. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 154; Corte IDH. Caso “Neira Alegría y otros c. Perú”. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, párr. 75; Corte IDH, “Caso Durand y Ugarte c. Perú”. Fondo. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 69

La Constitución de Perú, en su art. 1º, establece: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

El art. 2º, establece que toda persona tiene derecho, en lo que aquí interesa:

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.
7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

El art. 24, establece, derechos:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:
  - a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. (...)
  - e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

La Constitución de nuestro vecino Uruguay, establece en su art. 10, que:

Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

La Constitución de Paraguay repite, en su art. 9, el texto precedente; el art. 17, consagra la presunción de inocencia.

El CCC argentino prevé la reparación de los daños que la violación de los derechos irroga a la víctima; lo cito como aporte de su existencia. El art. 1738, CCC, es contundente:

Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Y el art. 1740, CCC, establece:

Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

No es nada de esto, por ahora, lo que la señora juez pretende. Es que se le ponga contundente fin a la infamia y, cuando menos, se paralicen los trámites persecutorios hasta tanto se determine la irrealidad del video engañoso, editado y alterado con algún propósito, seguramente aleve, que debe ser investigado. En el Caso “Vereda La Esperanza c. Colombia”. Exc. Prel., Fondo, Rep. y Costas, Sent. N° 341, de 31/08/2017, párr. 185, la Corte IDH sostuvo:

el deber de investigar es una obligación de medios y no de resultados, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.

Además, la investigación debe ser seria, objetiva y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, y eventual enjuiciamiento y castigo de los autores de los hechos.

La señora juez no estaba allí en ejercicio de su actividad funcional, sino en disposición de su actividad privada, de carácter académico (fue profesora en la Universidad de la Patagonia 'San Juan Bosco', en Comodoro Rivadavia, durante 4 años; ejerció la docencia en la Universidad Pública del Alto, La Paz, Bolivia, en Derecho internacional de los DDHH; en la Universidad del Caribe en Panamá, sobre tratamiento de la evidencia digital; en México y en España), que requería de la conformidad de la persona que habría de ser el sujeto de la investigación.

El art. 53, CCC, protege el derecho a la imagen, estableciendo que para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo, que se haga, es necesario su consentimiento, sin que se den ninguno de los supuestos de excepción previstos en la norma; entre otras razones, quien tomó, editó y publicó el video, no podía exhibir derecho alguno a dar información sobre un acto que era, esencialmente, privado, íntimo, reservado y de ningún modo autorizado a publicitar. Hasta ahora se desconoce la finalidad de su conducta, a menos que fuera inducida por alguna razón particular cuya justificación no aparece como plausible.

Se ha dicho, en la literatura doctrinaria sobre el nuevo CCC argentino, que se ha priorizado allí la protección de la persona, el reconocimiento de su dignidad es debido en toda circunstancia (art. 53, CCC). El art. 52, CCC, remite a la protección que le dispensa el nuevo contenido del CCC, que es la prevención del daño. Pareciera que los jueces convocados a la protección de sus derechos, tienen anteojeras que sólo les permite mirar las instrucciones que el poder del STJ les infunde; y no hace falta que reciban instrucciones verbales o escritas. La independencia de los jueces es asignatura pendiente en Chubut, a salvo muy escasas y honrosas excepciones.

El Tribunal Supremo español dijo alguna vez que:

no es el desacierto lo que se trata de corregir con la declaración de error judicial, sino la desatención del juzgador a datos de carácter indiscutible que provocan una resolución absurda que rompe la armonía del orden jurídico (citado por González Pérez, Jesús, Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, Civitas, Madrid, 1996, pp. 94 y ss.).

La Convención ADH establece, como garantía, en su art. 12, que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto 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.

Desde que el STJ desconoce la Convención ADH, probablemente no la leyeron nunca, pese a los 38 años de vigencia en Argentina, y alguna sentencia de la Corte IDH que mandó al Estado a que envíe a sus jueces y penitenciarios a estudiar Derechos humanos<sup>5</sup>, no les hace mella, como lo muestran los 9 años transcurridos desde esa sentencia, que también recuerda la obligación de investigar los hechos violatorios de derechos y de sancionar a los responsables.

Todavía no se sabe a ciencia cierta qué es lo que se le imputa a la señora juez, porque si se tratara de delito, no ha cometido ninguno. A lo mejor fue imprudente al realizar la visita que, de otro modo, no habría sido posible una conversación fluida con el sujeto de su investigación. Pero hay un *prius* de imprescindible análisis que cada órgano (CM, STJ, TE), debía y debe hacer antes de sostener ninguna imputación contra la magistrada, que era y es, proteger su investidura, su condición de mujer, su situación de víctima de un abuso que merece una rotunda sanción legal como es la prohibición de ventilar imágenes de estricta privacidad. Y no han hecho nada al respecto.

Hay violencia institucional contra una mujer, valerosa además como juez preocupada por la situación del condenado y aparentes violaciones que existieron en el proceso judicial que epilogó en su condena, cuestión ésta que nada tiene que ver con lo que los órganos intervinientes (CM, STJ, TE) tenían y tienen la obligación de investigar y proteger. ¿Cómo se explica que un intendente municipal y un senador de la Nación usen, como promoción política, el hecho publicitado, en lugar de ocuparse de condenar el abuso cometido por el que difundió el engañoso video?

La sabiduría popular indica que cualquiera saca leña del árbol caído. Los cobardes aprovechan 'la volada', como se dice aquí coloquialmente, para lograr algún provecho. Y los que guardan silencio devienen en cómplices de cada desatino que

---

<sup>5</sup> Corte IDH, Caso "Mendoza c. Argentina", Sent. N° 260, de 14/05/2013, párrs. 293, 298, 323, 332, 337 y punto resolutivo 23

va horadando la libertad de los argentinos. He instado, repetidamente, a los Colegios de Abogados de la Provincia a asumir el rol institucional de defensa del Estado de Derecho y de mejoramiento de la administración de justicia cuyo juramento han prestado, como todos los abogados al recibir su matrícula, quienes integran sus respectivos directorios; así lo impone la Ley de colegiación obligatoria, juntamente con la obligación de jurar por el respeto y aplicación de la CN y de la Constitución de la provincia. La declaración de la que alguna prensa se hace eco de que “la Justicia de Chubut ha sido herida de muerte”, es solo un lamento y una lápida que sólo lo recuerda un momento y, por tanto, no sirve casi para nada. La Corte Suprema de Justicia de Nación, agobiada con el ciento cincuenta (150) quejas diarias que le interpone el Estado Nacional sólo en cuestiones jubilatorias, para demorar el reconocimiento de los derechos de los jubilados, muchísimas, en cuestiones que la propia Corte ya ha resuelto, no muestra capacidad para ponerle coto al desmadre.

El nuevo Reglamento de la Comisión IDH (CIDH, art. 25), trae un suave viento de cambio con la posibilidad, muy atenuada con las limitaciones impuestas, para revertir el incremento del daño como son las Medidas cautelares. A ello dedicaré algunas líneas.

Debo repetir algunas ideas que, a mi petición, se introdujeron en uno de los recursos de amparo interpuestos.

En la garantía de la intimidad, que anida en el principio de reserva, no hay análisis posible alguno sobre el orden público o la moral pública. Solo subsiste el daño a un tercero, entendiéndose por tal tanto una persona humana o una persona jurídica que puedan exhibir un derecho vulnerado por la conducta íntima, protegida de las autoridades.

No cualquier ‘daño’ ni cualquier interés simple; sino un derecho subjetivo que resulte tutelado por una norma jurídica. Cualquiera fuera una conducta, pretensa de inferir daño, no puede ser motivo de investigación alguna si no la padece un tercero; y cuando su existencia en ominosa publicidad para engordar el morbo de la audiencia, toma estado público, se habrá violado el principio de reserva.

Bien ha dicho la CS, que hasta los hombres públicos –y la señora es solo una juez de provincia que nunca estuvo en la palestra pública-, tienen irrestricto derecho a la intimidad que está protegida, además, por normas derivadas de fuerte respaldo, como es el citado art. 52, CCC argentino, que protege la dignidad de la persona, y concede vías de inmediato respeto, como las acciones en prevención del daño.

En este caso en particular, se han tomado secuencias filmicas con un dispositivo electrónico exógeno, de un monitor que reproduce una cámara de circuito cerrado colocada con el supuesto fin de dar seguridad a las visitas de los internos de la institución penitenciaria y sin autorización ni expresa ni tácita de los intervinientes, como exige la ya citada Ley 24.660.

La imagen que se captó, es considerada un derecho personalísimo cuya disposición nunca se presume y, ese material, fue usado como prueba para fundar el inicio de un sumario y la resolución de cargos y, trascendió a los medios de comunicación sometiendo al escarnio público a la señora juez, violando en consecuencia su intimidad, el derecho a la imagen, su dignidad y su prestigio profesional.

El infame empleado del servicio penitenciario –quien se encuentra denunciado penalmente por dicho acto- ni cualquiera que lo hubiera alentado o de cualquier modo autorizado a publicitar su amañado video, carece de modo absoluto de ninguno de los atributos que la norma prevé para justificarlo.

La denuncia de ilegalidad que la señora invoca, se arrastra desde el inicio mismo del sumario N° 1974/2022 abierto por el STJ; y era y es requisito sine qua non de apreciación previa a toda decisión –de oficio o por denuncia- para analizar su conducta. Al no respetarse, como ha ocurrido allí, todas las normas, convencionales, constitucionales y legales, se han convertido en papel mojado, como los españoles dicen cuando las nulidades violan las garantías, las libertades, los derechos. El principio de reserva desaparece y su violación expande su virus anulatorio sobre todo procedimiento y sobre toda investigación ajena a la determinación de su existencia y de su reconocimiento. Es un límite sustancial al poder punitivo del Estado.

Recordé que Bidart Campos, con cita de Reinhold Zippelius, sostenía que “los hombres sólo son libres cuando disponen también de las condiciones materiales para el desarrollo de sus personas” (El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 1995, pág. 130).

Como lo hace también la normativa argentina, el art. 2.5 de la Ley orgánica española declara intromisión ilegítima en el ámbito de protección de la ley: “la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos”.

Y no es un exceso pensar que “La persona que pierde su intimidad, lo pierde todo”<sup>6</sup>. Ya había escrito John Stuart Mil, que:

---

<sup>6</sup> Milan Kundera, La insoportable levedad del ser.



La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano. (Sobre la libertad; On liberty, según su título original).

En concordancia con los arts. 1708, 1710, 1712, CCC argentino, el art. 51 del mismo, establece: “Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

¿Qué sería lo que las personas que integran los órganos del STJ, CM y TE no han entendido de este claro y terminante precepto? ¿Cómo es posible que uno de los ministros del STJ, el señor Báez, debiendo actuar en el sumario abierto, diga a la prensa que la conducta de la señora juez es ‘gravísima’?

Todo acto, judicial o administrativo que afecte derechos esenciales, es nulo, carece de efectos jurídicos y, es más, constituye un ilícito internacional del que deberá responder el Estado, en un todo de conformidad a las disposiciones aprobadas por la ONU, a propuesta de la Comisión de Derecho Internacional (53ª reunión). El art. 4, dispone:

Comportamiento de los órganos del Estado. 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

En lo que aquí interesa destacar, el art. 12 aprobado, dice:

Existencia de violación de una obligación internacional. Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.

Por si hiciera falta, recuerdo que, desconocidos los derechos de la Convención ADH por los obligados a aplicarla, lanza a las aguas procelosas de un procedimiento amañado el salvavidas del art. 29, inc. 'b', CADH, que obliga a la aplicación del Derecho interno en todo lo que resultare más beneficioso para la protección de la víctima<sup>7</sup>. En la sentencia del Caso "Ricardo Canese c. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 111, de 31/08/2004, párr. 180, dice: "De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, si alguna ley del Estado Parte u otro tratado internacional del cual sea Parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos". El mismo criterio sostiene nuestra CS: privilegiar la interpretación legal que "más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal"<sup>8</sup>. Se aplica también a la interpretación pro homine de los instrumentos internacionales (CS, Fallos 328:2056; 329:2265 y 5762; CS, 28/10/2021, "Vidal", Fallos 344:3156; CS, "Farina", Fallos 342:2344). Tobías recuerda que:

Los derechos personalísimos, en definitiva, se refieren a la integridad de la persona y a sus manifestaciones y facetas desde una perspectiva distinta a la de la persona como sujeto de derecho; ellos responden a la estructura y mecanismo jurídico típico de los derechos subjetivos, no sin ciertas particularidades que no alteran su esencia y que permiten calificarlos como derechos subjetivos especiales; es ésta la postura mayoritaria en la doctrina de los diversos países y se puede decir que unánime en la nacional<sup>9</sup>.

No hay explicación alguna sobre la razón por la que el acto ilícito cometido por el policía que editó el video, no haya sido advertido, frente a toda la normativa antes relacionada. Ya enseñaba Vélez Sarsfield que el delito no genera efectos en la acción, porque no hay en él una relación jurídica; sólo responsabilidad en el autor. En la nota al art. 953, decía:

<sup>7</sup> Corte IDH, Caso "Masacre de Mapiripán", párr. 106: "la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos"; Corte IDH, Caso "Andrade Simón c. Bolivia", párr. 94: en algunos casos "se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en un caso específico"; Corte IDH, Caso "Masacre de Santo Domingo", párrs., 143, 196, 203, 209, 220, 221, 225

<sup>8</sup> CS, 23/04/2008, "Acosta", Fallos 131:858, Cond. 6°; CS, 17/05/2005, "Sánchez", Fallos 328:1602; CS, Fallos 329:2265; y CS, "F.A.L.", Fallos 335:197, Cons. 17

<sup>9</sup> Tobías, José W., en Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético. J.H. Alterini -dir.-, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 477

Más los hechos contrarios al derecho y a la moral, son puestos en la misma línea que los hechos imposibles, en el sentido que ellos no pueden ser objeto de una obligación eficaz, porque jamás se podrá invocar la protección de la justicia para asegurar su ejecución.

El art. 299 del CC de Paraguay, establece:

No podrá ser objeto de los actos jurídicos:

c) los hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral y a las buenas costumbres, o que perjudiquen los derechos de terceros.

La inobservancia de estas reglas causa la nulidad del acto y de igual, las cláusulas accesorias que, bajo la apariencia de condiciones, contravenga lo dispuesto por este artículo. Además de mi persuasión de que quienes obran de ese modo no conocen el Derecho vigente, aparece una intención alevé<sup>10</sup> en perseguir a la señora juez, cosa que su superior (STJ y Poder Judicial) no debiera hacer, poniendo en juego una verdadera injuria laboral, constitutiva de un claro hecho ilícito, civil, penal y administrativo. No es ocioso insistir en que las actuaciones de los órganos referidos (STJ, CM y TE), tienen como punto de partida el acto ilícito del carcelario, el video amañado, pero de la supuesta inconducta de la señora juez.

### III. La función de prevención del daño

Para quienes conocemos la evolución del Derecho de Daños, que está permanentemente *in fieri*<sup>11</sup>, estudiamos la CN, la Convención ADH, su corpus iuris y la doctrina federal de la CS, la incorporación al CCC argentino del derecho a obtener la prevención del daño, es una nueva vía de protección frente a la violación del *neminem laedere*.

---

<sup>10</sup> Se entiende como actuación realizada con deslealtad, en relación con personas con las que une una especial relación de amistad o vínculo, en cuyo caso es una circunstancia agravante identificada como la traición: poste-riormente se convertiría en alevosía” <https://dpej.rae.es>

<sup>11</sup> J.J. López Lacoiste, La responsabilidad civil extracontractual, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2010, pp. 266 y ss.

La exigencia de legitimación es, apenas, un suave requisito; pero el determinante de la acción y, de modo especial, de la protección que exige la ley para la defensa, es la inminencia del daño; y, si este se produjo, es una obligación universal hacer lo posible para remediarlo y evitarlo.

Algún autor español, como el muy prestigioso E. Llamas Pombo, descrea de la pertenencia al ámbito de la responsabilidad civil de este nuevo instituto, No es novedoso que nunca mereció la aprobación de Vélez Sarsfield, que extirpó de las normas de su CC, la *actio damni infecti* como lo sostiene con claridad en la nota al art. 1132, con el argumento de que:

La admisión de una acción preventiva en esta materia, da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria. Los intereses de los vecinos inmediatos a un edificio que amenace ruina, están garantizados por la vigilancia de la policía y por el poder generalmente concedido a las municipalidades de ordenar la reparación o demolición de los edificios que amenacen ruina.

#### **IV. Las garantías procesales**

La CS argentina ha sostenido la procedencia del recurso extraordinario cuando se trata de la violación de las garantías del debido proceso y de defensa en juicio. Ha sostenido que:

Si bien, por vía de principio, los agravios que remiten al examen de cuestiones de derecho común son ajenos, como regla y por su naturaleza, al recurso previsto en el artículo 14 de la ley 48, la Corte puede conocer en los casos cuyas particularidades hacen excepción a ese principio con base en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, en salvaguarda de las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> CS, 03/03/2022, “Vilte, Víctor Hugo s/ legajo de casación”, Fallos 345:123; cita, Fallos 321:1909 y 340:1283, y no frustren el alcance de la vía utilizada sin fundamentación idónea o suficiente, Fallos 313:1223; 320:2089; 323:1449; 324:3612; CS, 19/05/2015, “Albarenque, Claudio Dario s/ causa n° 115.904”; y CS, “Uzcátegui Matheus”, Fallos 339:408

“La vía federal es admisible si se advierte un apartamiento palmario de las constancias de la causa en desmedro de las garantías constitucionales del justiciable”<sup>13</sup>. La Corte Suprema impone allí el cumplimiento de los arts. 8.2.h, Convención ADH y el art. 14.5, PIDCP.

La regla de la exclusión que se aplica como consecuencia de la teoría del fruto del árbol envenenado, establece que los medios de prueba obtenidos en violación de las garantías constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos reconocidos por esta (art. 31, CN), no pueden ser tenidos como válidos ni utilizados como prueba de cargo.

La CS condenó el ingreso de un fotógrafo que tomó fotos del doctor Ricardo Balbín en una camilla de hospital en víspera de su muerte, y condenó a la revista que la publicara, además, como nota de tapa. Calificó a esa intrusión indebida como violación al derecho a la intimidad, que no cede frente al derecho a la información<sup>14</sup>.

Sostuvo que los personajes públicos pueden ser objeto de la prensa en lo atinente a su actividad,

pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión.  
(...)

Nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento... y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, y siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros.

El daño a tercero (art. 19, CN) marca el límite del libre albedrío; de lo lícito y de lo ilícito, civil y penal. Todas las normas vigentes apuntan a protegerlo.

Cuánto me gustaría que estos derechos, a la dignidad, a la privacidad, a la intimidad, como quería Alberdi, quedaran esculpidos en la frente de los violadores (ST), CM, TE), para recordarles cada vez que se miraran al espejo, no sólo su ignominia, sino la imperiosa necesidad de cambio<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> CS, 02/08/2022, “Arancibia”, Fallos 345:621; y CS, Fallos 313:558; 329:4770; 331:1488; 342:1249

<sup>14</sup> CS, 11/12/1984, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida”, Fallos 306:1892

<sup>15</sup> Juan Bautista Alberdi, Obras completas, t. V, Elementos del Derecho Público Provincial Argentino, edición de 1886, pp. 44-45, punto V

La CS argentina ha sostenido que admitir una prueba obtenida de modo ilegítimo, como fruto de un procedimiento viciado, de un acto no consentido: equivaldría a admitir la utilidad de medios ilícitos en la persecución penal, haciendo valer contra el procesado la evidencia obtenida con desconocimiento de garantías constitucionales, lo cual no es solo contradictorio con el reproche formulado, sino que compromete la buena administración de justicia al pretender constituirla en beneficiaria del hecho ilícito<sup>16</sup>.

El hecho ilícito, base de la formulación de los varios sumarios, es la toma y edición del video que, además de falso, no pudo ser efectuada sin el consentimiento expreso, escrito, de los interesados (tanto la señora juez como el interno).

Y dice la CS que tratándose de instituciones que hacen a las garantías constitucionales fundamentales determina la procedencia del recurso extraordinario (CS, Fallos 95:133; 99:158; 104:284; 105:183; 177:99; 246:132; 256:94; 259:307; 262:178; 300:921).

Es, en rigor, la aplicación de la doctrina del fruto del árbol venenoso, contenida en el art. 161, del CPrPenal del Chubut, cuyo texto dice:

No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial, ni utilizados como presupuesto de ella, los actos cumplidos con inobservancia de los derechos y garantías previstos en la Constitución de la Nación, en los tratados internacionales de protección de Derechos Humanos, en la Constitución de la Provincia y en este Código.

Tampoco podrán ser valorados los actos cumplidos con inobservancia de las formas, que obstan al ejercicio del derecho a la tutela judicial de la víctima o impidan el ejercicio de los deberes del fiscal, salvo que el defecto haya sido convalidado.

Es tan increíble el grado de ceguera, de desconocimiento de elementales garantías procesales; es tan inaudito el ánimo de dañar y de perseguir a cualquier costo la segregación de la señora juez, que será necesaria la intervención de la CIDH en vía cautelar, cuestión que me siento obligado a postular. Estoy, por cierto, dispuesto a tutelar con todas mis fuerzas el derecho a la privacidad, al honor, al resguardo del pudor de esta señora juez, a quien he conocido de lejos y no me une a ella otra cosa que el espanto de las arbitrariedades que conozco y

---

<sup>16</sup> CS, 27/11/1984, "Fiorentino", Fallos 306:1752.

combato, tanto en el STJ como en el CM<sup>17</sup>. Además de que se le ha negado la producción de prueba ofrecida, lo que contradice el art. 8.1 y siguientes de la CADH, tampoco es extraño que, tardía-mente, el CM invoque consentimiento de la señora respecto a las irregularidades apuntadas. A este respecto, recuerdo el texto del art. 162, CPrP que dice:

SANEAMIENTO. Todos los defectos deberán ser inmediatamente removidos, renovando el acto, rectificando el error o cumpliendo el acto omitido, de oficio o a petición del interesado. Cuando la invalidez se funde en la violación de una garantía establecida en favor del imputado, el procedimiento no podrá retrotraerse a etapas anteriores, salvo petición expresa del mismo. Se entenderá que el acto se ha sanado cuando, no obstante, la irregularidad, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados.

Y en ese kafkiano proceder se añade, todavía, que la investigada debería tomar a su cargo la ‘inversión de la carga de la prueba’, absolutamente vedada en todo proceso disciplinario y, por cierto, en la investigación penal. En un sistema acusatorio, como es el que rige en Chubut, no hay un proceso penal en curso que habilite una intervención fiscal, que acredite y pruebe la existencia de un acto ilícito, susceptible de generar responsabilidad de la señora.

Ha dicho con razón la Corte IDH, que a mi juicio habilita la inmediata intervención de la Comisión IDH en vía cautelar, pues hace al corpus iuris de la Corte, que le corresponde a ella imponer y tutelar, como órgano autónomo de la OEA:

La Corte reitera que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en el sentido de que dicho instrumento no permite que órgano administrativo alguno pueda aplicar una sanción que implique una restricción (por ejemplo, imponer una pena de inhabilitación o destitución) a una persona por su inconducta social (en el ejercicio de la función pública o fuera de ella) para el ejercicio de los derechos políticos a elegir y ser elegido: sólo puede serlo por acto jurisdiccional (sentencia) del juez com-

---

<sup>17</sup> Causa “S. c/ P.”, Expte. N° 25.317/2020 y Denuncia N° 11/2021 CM, y Acordada N° 2191/2022 CM, y consecuentes quejas a la CS, entre otras varias causas del STJ

petente en el correspondiente proceso penal. El Tribunal considera que la interpretación literal de este precepto permite arribar a esta conclusión, pues tanto la destitución como la inhabilitación son restricciones a los derechos políticos, no sólo de aquellos funcionarios públicos elegidos popularmente sino también de sus electores.<sup>18</sup>

En el párr. 107, la Corte IDH le hace saber a los jueces y órganos del Estado parte en la Convención, sus obligaciones respecto del cumplimiento de las normas de la misma, que me parece de utilidad, aunque ilusoria, vista la ceguera insidiosa de las personas que los integran:

En relación con lo anterior, la Corte recuerda que el control de convencionalidad ha sido concebido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. El control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Los jueces y órganos judiciales deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana, o bien solucionarlas a nivel interno cuando ya hayan ocurrido, teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana. Solo en caso contrario pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad. En ese sentido, un adecuado control de convencionalidad a nivel interno fortalece la complementariedad del Sistema Interamericano y la eficacia de la Convención Americana al garantizar que las autoridades nacionales actúen como garantes de los derechos humanos de fuente internacional.

---

<sup>18</sup> Corte IDH, Caso “Petro Urrego c. Colombia”, Excs. Prels., Fondo, Rep. y Costas, Sent. N° 406, de 08/07/2020, párr. 96



Eso será en la “Argentina año verde”, como se dice aquí, en tanto la Convención ADH, de igual jerarquía que la CN, no sea aplicada por las personas que integran los órganos que, en el caso (STJ, CM, TE) desenvuelven sus actividades sujetas, solamente, a sus pasiones y convicciones ajenas a las normas y a toda forma de respeto de las instituciones, derechos, garantías y libertades.

## V. Las medidas cautelares de la CIDH

Repetidamente y en cada presentación, la señora juez ha invocado la necesidad de que se investigue la ilicitud de la conducta del policía autor del video, en forma previa a cualquier investigación sobre la hipotética irregularidad de su visita. Cada petición, concreta y fundamentada, ha sido obviada o, lisa y llanamente, rechazada. A la Justicia del caso, se le cayó la venda de sus ojos y padeció, de golpe, hipoacusia súbita tan sospechosa como irreversible. Por cierto, con ello violó también el corpus iuris de la Corte IDH. Dice el Alto Tribunal trasnacional que: la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención, de conformidad con el artículo 1.1 de la misma.<sup>19</sup>

Y, para citar de las últimas que conozco, Corte IDH, Caso “Gómez Virula y otros c. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 393, de 21/11/2019, párr. 65, y Corte IDH, Caso “de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antonio de Jesús y sus familiares c. Brasil”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 407, de 15/07/2020, párr. 220. Sienta allí el siguiente principio:

La investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos. Igualmente, que la impunidad

---

<sup>19</sup> Corte IDH, Caso “Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros c. Honduras”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 304, de 08/10/2015, párr. 285; Corte IDH, Caso “Quispialaya Vilcapoma c. Perú”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 308, de 23/11/2015, párr. 132; Corte IDH, Caso “García Prieto y Otro c. El Salvador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 168, de 20/11/2007, párr. 103: “investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención”).

debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales del Estado, como individuales penales y de otra índole, de sus agentes o de particulares, de modo que para cumplir esta obligación, el Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad.

El art. 275, CCC argentino, establece: “Responsabilidad por los daños causados. El autor del dolo esencial o incidental debe reparar el daño causado. Responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo del tercero”.

Desde la primera de sus sentencias<sup>20</sup>, la Corte IDH se ha ocupado de exigir a los Estados parte en la Convención, el cumplimiento de sus obligaciones convencionales. En el párr. 93 de ese primer y esperanzador fallo, dijo:

(...) debe tenerse también en cuenta que la fundamentación de la protección internacional de los derechos humanos radica en la necesidad de salvaguardar a la víctima del ejercicio arbitrario del poder público. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional.

Los jueces sordos nada garantizan. No es la reparación del daño lo que a la señora juez interesa, sino la protección inmediata frente al escarnio padecido; para que cese, para que se aclare al mundo de modo suficiente que aquella visita no implicó otra cosa que el ejercicio de su libre albedrío al amparo del principio de reserva y que fue objeto de la violación de la garantía constitucional y legal de su privacidad e intimidad; y que nada le ha de reprochar el Estado hasta tanto se sustancie, de modo serio, legal, imparcial, un proceso penal en su contra con todas las garantías que ofrece el sistema normativo vigente (Corte IDH, Caso “Petro Urrego c. Colombia”, antes citado).

En este pronunciamiento de la Corte IDH, soberana en la interpretación de las garantías de la Convención ADH y de otros instrumentos en los que suele fundar sus decisiones, sostengo la necesidad de la protección cautelar inmediata e indispensable, de la Comisión IDH, tal como autoriza el art. 25 de su Reglamento

---

<sup>20</sup> Caso “Velásquez Rodríguez c. Honduras”, Sent. N° 1, de 26/06/1987

interno y los precedentes en que su intervención ha sido útil para la efectiva dispensa de la protección del sistema convencional. Retacear ese paraguas contra el abuso del poder público, acrecentará la sospecha sobre la irregularidad de su conducta, aunque la CN, la ley y la Verdad, la protejan de toda acción de las autoridades. Protección lábil, endeble, frágil, carente del effect útil tantas veces postulado por la Corte IDH, porque la permanencia en el escarnio multiplica sin razón los padecimientos que la acosan; las garantías del sistema, si no se ajustan a las circunstancias devienen inútiles, por tardías e insuficientes; el derecho al plazo razonable apunta a salvaguardar la inercia de la administración de justicia.

De este modo, la justicia transnacional superará en hipótesis como ésta, la que pueda dispensar el sistema interno pues, como se ha visto, la obnubilación<sup>21</sup> de las miradas de quienes deben juzgar, suman al escarnio su propio peso.

Un antiguo fallo de nuestra CS, otras veces repetido, decía con esperanza:

Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes -o, como en el caso, los actos del Poder Ejecutivo- en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos.<sup>22</sup>

Se dijo también allí, con cita de la ley de 16 de octubre de 1862, que: “Uno de los objetivos de la Justicia Federal es sostener la Observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales que esté en oposición con ella.”<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Obnubilación. “Estado de la persona que sufre una pérdida pasajera del entendimiento y de la capacidad de razonar o de darse cuenta con claridad de las cosas”.

<sup>22</sup> CS, 14/04/1888, “La Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo s/ Expropiación e inconstitucionalidad”, Fallos 33:162, 194

<sup>23</sup> Art. 3º, Ley 27, sancionada el 13 de octubre de 1862, promulgada el 16/10/1862 y todavía vigente

Pero son demasiado pesadas las puertas de la CS para obtener una decisión útil, efectiva y rápida. La especialización de la Comisión IDH, permite aspirar a un tratamiento efectivo y, según pienso, el escarnio que han de padecer con ello los personajes de los órganos intervinientes (STJ, CM, TE), puede abrir un panorama de esperanza sobre la necesidad de ser más cuidadosos y prudentes en la defensa de los derechos fundamentales de las personas sujetas a su jurisdicción y competencia; que, hasta aquí, se muestra ominosa, perversa, discriminatoria y sustancialmente injusta.

## **VI. La selectiva aplicación de la perspectiva de género**

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, fue aprobada por Ley 23.179, con la reserva de aplicación del art. 29 (no sometimiento a arbitraje). En el art. 1º de la Convención, se precisa como contenido de la discriminación, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, sobre la base de la igualdad con el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil y en cualquiera otra esfera.

El art. 2, inc. 'c', impone al Estado garantizar "la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación". La pregunta inmediata que, ante el supuesto fáctico mostrado por el video, un observador prudente se pregunta si la situación hubiera generado tanto revuelo mediático y jurisdiccional, si las personas allí expuestas hubieran sido de distinto sexo (juez varón, detenida mujer). Esto exhibe la discriminación que la Convención intenta erradicar de las concepciones 'machistas' que la alientan.

Quienes pensamos, con abstracción de la Convención, que la mujer es muy valiosa en la actuación pública, académica, profesional y política y que su discriminación resta energía y eficacia al desarrollo cultural del pueblo, y que es merecedora del respeto de sus derechos fundamentales que su condición de 'persona' tiene para el sistema de protección de los derechos humanos.

## VII. La violencia institucional contra la mujer

En el marco de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, la Corte IDH, en la sentencia del Caso “Véliz Franco y otros c. Guatemala”. Exc. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 277, de 19/05/2014, párr. 151, dijo que:

Los Estados deben procurarse la información pertinente sobre la situación de los derechos convencionales, ya que ello es necesario para poder evaluar las medidas o acciones que es preciso adoptar (...) En relación con los deberes estatales respecto al tratamiento de la violencia contra la mujer, el deber referido es también evidente en el ámbito de la aplicación de la Convención de Belém do Pará.

En la sentencia del Caso “López Soto y otros c. Venezuela”, Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 362, de 26/09/2018, párr. 131, sostuvo que:

Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de manera eficaz ante las denuncias.<sup>24</sup>

Agrega que: “La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer”.

En la misma sentencia, afirma con claridad, que: “Los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia”.

Es menester recordar, que tanto la Convención ADH cuanto la Convención de Belem do Pará, en la medida que han sido aceptadas sin reservas por el Estado argentino, su aplicación es obligatoria para todos los órganos que ejerzan funciones jurisdiccionales. El Estado es uno, representado por el Presidente de la Nación

---

<sup>24</sup> Cita: Corte IDH, Caso “González y otras (“Campo Algodonero”) c. México”. Exc. Prel., Fondo, Rep. y Costas. Sent. N° 205, de 16/11/2009, párr. 258.

en el ejercicio del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 1º, CN); la vigencia de las convenciones (art. 27, CN), constituyen la ley suprema de la Nación y las autoridades de provincia debe ajustarse a sus disposiciones (art. 31, CN). Da la triste impresión que quienes deben aplicar el Derecho vigente no sólo desconocen la normas de la Carta Constitucional, sino que, por añadidura, actúan y deciden en contradicción con las mismas. La CChu tiene en su texto tres artículos cuya transcripción aparece imprescindible, estrechamente vinculados con la vigencia de los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Nacional y las garantías que la CN asegura a todos los habitantes; el art. 9, dice:

Los derechos y garantías consagradas por esta Constitución no serán alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. El derecho es el fundamento del Estado y éste se autolimita frente a los derechos naturales del individuo y de las sociedades no estadales, anteriores al Estado mismo y que corresponden al hombre por su propia condición humana.

El art. 10, dispone:

Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ello asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces”.

Y el art. 22. Establece:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina.

Es responsable el funcionario o magistrado que ordene, consienta o instigue la violación de los derechos humanos u omita tomar las medidas y recaudos tendientes a su preservación. La obediencia a órdenes superiores no excusa esta responsabilidad.

Como es fácil apreciar, los órganos encargados por la Constitución de aplicar las leyes supremas de la Nación y de la provincia, hacen y edictan todo lo contrario a lo establecido en ellas. Obvio es que, al actuar de ese modo, violan el principio de legalidad del art. 19, CN, que tiene también su correlato en el art. 9 de la Convención ADH; tiene el mismo contenido que el art. 7 de la Constitución de Uruguay; y, por cierto, aquéllos están incurso en responsabilidades penales, civiles, administrativas e institucionales. Sólo que, sintiéndose impunes y lo serán en tanto nadie se atreva a levantarse contra ellos, el sistema de justicia en el Chubut seguirá siendo la demorada promesa de afianzarla, prevista en el Preámbulo de la CN de 1853.

Señala la Corte IDH, en el citado caso “López Soto y otros c. Venezuela”, que: Los Estados tienen la obligación de adoptar normas o implementar las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención de Belém do Pará, que permitan a las autoridades ofrecer una investigación con debida diligencia en casos de presunta violencia contra la mujer (párr. 218).

Y del Caso “González y otras (“Campo Algodonero”) c. México” surge con claridad que los Estados deben adoptar las normas necesarias para hacer efectivas las garantías establecidas en la Convención de Belém do Pará (párr. 285).

Llama la atención, como lo he indicado ya y cabe insistir en ello, que frente a la ley provincial que impone a las autoridades el conocimiento y práctica de la perspectiva de género, se aparten de su finalidad incurriendo en una nueva violación del ordenamiento vigente.

No puedo ocultar, como suele acontecer en el movimiento pendular de la Historia, que algunas actitudes de ciertas culturas de dicha perspectiva exceden, con creces, la finalidad de la igualdad perseguida en la ley. Pero denostar, por ello, la merecida igualdad en los derechos y libertades, constituye otro exceso inaceptable; en particular, cuando proviene de quienes están obligados a respetar y aplicar la ley vigente.

No en vano el inc. ‘d’ del mismo artículo, impone: “Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”.

El art. 15, potencia la necesidad de asegurar la igualdad de la mujer con el hombre frente a la ley.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, rige también en el ordenamiento

jurídico argentino. Sanciona cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (art. 1º); y que “sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra” (art. 2º, último párrafo).

Entre los derechos que le reconoce el art. 4º y, en lo que aquí interesa destacar, su texto dice:

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos.

El art. 7º, establece la condena de los Estados de toda situación que implique discriminación contra la mujer e impone:

abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

### **VIII. Necesidad de la protección trasnacional ante la ausencia de amparo nacional**

Para no abundar, lo hasta aquí expuesto autoriza, a mi honesto juicio, la intervención de la Comisión IDH, a través de la concesión de una cautelar que imponga al Estado Nacional y a la Provincia del Chubut, abstenerse de llevar adelante todo procedimiento contra la señora juez, antes de que se determine en forma definitiva la ilicitud del video publicitado; al mismo tiempo, sea repuesta en su cargo y se le abone íntegramente los haberes del cargo.



La CIDH, como órgano autónomo de la OEA, nació con el objeto de informar sobre el estado de los derechos fundamentales en los países de la región. Su función se amplió y precisó en la Convención ADH, otorgándole la competencia de intervenir ante la Corte IDH en protección de los derechos humanos garantizados en la CADH. Su organización resulta del Capítulo VII, Sección I de la CADH (arts. 34 a 40, ambos inclusive). Sus funciones resultan de la Sección II, donde el art. 41 la determina de la siguiente forma:

La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:

- a) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos;
- c) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d) solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e) atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten;
- f) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención, y
- g) rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos.

Sin duda, su función más difundida y que mayor expectativa genera en la protección de los derechos humanos, reconocidos en la CADH, es la referida en el inc.ºf. En la actualidad, con la puesta en vigor del nuevo Reglamento interno (art. 25), de disponer medidas cautelares en protección anticipada de derechos fundamentales violentados, expande la función protectora de aquellos derechos y genera en las personas una mayor expectativa frente a las violaciones estatales.

## IX. Conclusiones

Los hechos penosos de este caso, que afectan a una mujer, mercedora, además, de la protección de la ley y de los jueces por su condición de tal, es paradigmático, como reza el título de este artículo, desde que reúne los condimentos necesarios para convertirse en la antinomia de lo que es, si es que la conciencia de la gente asume que las ligerezas de la prensa, escrita, oral y televisiva, vuelve a ser o se convierte en, sólo un vehículo de conocimiento y del desarrollo de la cultura. No ha de ser en vano recordar, de nuevo, al juez Fayt, quien cita a Umberto Eco que opina que la televisión es un vehículo de falsas sugerencias que se relacionan con el sentido de lo inmediato, de lo dramático y de la participación; advierte que la televisión: “sabe que puede determinar los gustos del público e influir en los comportamientos, lo que confiere un inmenso poder a quienes controlan el medio”.

Sostiene luego, que: “la civilización democrática se salvará únicamente si hace del lenguaje de la imagen una provocación a la reflexión crítica, no una invitación a la hipnosis”.

Recuerda las reflexiones de Berenstein, quien, con Woodward, investigó el caso “Watergate”, que epilogó en la renuncia del presidente Richard Nixon (Fayt, 2001, pp. 299-309); sostiene este periodista que “informar es la mejor versión posible de la verdad”; agrega que el periodismo crea una cultura de “info-entrenamiento sórdido”, que es una cultura nueva de excitación periodística donde:

Le enseñamos a nuestros lectores y televidentes que lo trivial es importante, que el sensacionalismo y el disparate valen más que las noticias reales. No servimos a nuestros lectores y televidentes, los adulamos. Y somos condescendientes con ellos, dándoles lo que

creemos que ellos quieren y lo que calculamos que venderá y aumentará los ratings y los índices de lectura.

Si la ilustre Comisión IDH concede la medida cautelar, Chubut podrá tener la oportunidad de ver cambios en el sistema de administración de justicia, en una forma adecuada al contenido de las normas que protegen los derechos fundamentales; el Pueblo se animará a exigir a las autoridades el acatamiento a las disposiciones cimeras del ordenamiento; y los hombres buenos, aquellos que no persiguen ningún rédito individual, se animen a tomar partido y no a esperar que llamen a su puerta cuando ya sea tarde.

Según la frase que se atribuye a Ronald Reagan, “Nosotros el Pueblo le decimos al Gobierno qué hacer”. “Cuando el Estado se expande, la libertad se contrae. El hombre no es libre a menos que el gobierno sea limitado”.

Yo, particularmente, aspiro a más: Que la víctima sea, sin perjuicio de la actuación de la CIDH, verdadero sujeto del Derecho Internacional, y pueda plantear en forma directa ante la Corte IDH, la defensa de sus derechos, como es en el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Sólo así recuperaremos para los argentinos y habitantes de este suelo, un poco más de igualdad, de fraternidad y de libertad.



## UTOPIA Y REALIDAD EN LA OPERATIVIDAD DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS DE LOS FALLOS CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE LA REELECCIÓN DE LOS GOBERNADORES

Dr. Pascual E. Alferillo\*

### I. Introducción

En este segundo avance, sobre las reflexiones que despierta en los investigadores jurídicos, el análisis de la independencia del Poder Judicial, se ha seleccionado examinar la hermenéutica dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a los planteos relacionados con la posibilidad de extender la reelección en el cargo de gobernador.

Este tema, eminentemente político que diferenciamos de los asuntos comunes que se politizan (p./e. condenas por corrupción, robos, etc.), invita a investigar brevemente, en primer lugar, los criterios definidos por el Máximo Tribunal Federal para interpretar las normas, lo cual, permitirá en el análisis puntual de cada decisión adoptada verificar si se respetó o no el mismo, para cerrar estas ponderaciones comparando con la letra de la Constitución de la provincia de San Juan, donde se vislumbra un conflicto hermenéutico.

---

\* Alferillo, Pascual E., "Utopía 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, REVISTA JURIDICA DE CUYO 2022-1 del Instituto de la Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba. IJ GROUP. Este trabajo fue una introducción general a la problemática cuyos subtemas o temas puntuales serán desarrollados en nuevas entregas.

## II. Criterios interpretativos de la CSJN

Iniciada la tarea heurística en procura de desentrañar cuáles son los criterios sustentados por la Corte de Justicia de la Nación con relación a la interpretación de la ley, se destaca el criterio donde se indica que

(...) la interpretación debe hacerse armónicamente teniendo en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común, tanto de la tarea legislativa como de la judicial<sup>1</sup>.

Esta ponderación, se observa, es reiterada en los fundamentos expuestos en varios votos en disidencia, en los cuales se resalta la idea de una hermenéutica sistémica del ordenamiento jurídico argentino.

En palabras recientes del Ministro Rossatti, se expuso que

(...) las normas han de ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial; ello así, porque no debe prescindirse de las consecuencias 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 con el sistema en que está engarzada la norma<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> CSJN, “Díaz Cabral, Marcelo Gonzalo y otros c/ Estado Nacional (Min. de Justicia) s/ empleo público”, 675. XXXI. REX18/07/2006, Fallos: 329:2890; “Corradini, Nicolás Nazareno c/ Estado Nacional s/ empleo público”, C. 1695. XXXI. REX04/07/2006, Fallos: 329:2419, entre otros.

<sup>2</sup> CSJN, “Rina Iberia SI Suc Argentina C/ AFIP-DGI S/ Dirección General Impositiva”, CAF 037697/2013/CS00128/06/2022, Fallos: 345:533 (Disidencia del juez Rosatti). -Del dictamen de la Procuración General al que la disidencia remite-. En igual sentido se pronuncia el Ministro Rossatti (voto en disidencias) en “Miranda Castillo, Gloria Trinidad C/ Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social de la Nación S/ Amparo Ley 16.986”, FLP 031334/2014/1/RH00128/10/2021, Fallos: 344:3307; “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros”, COM 008283/2006/34/CS00106/11/2018, Fallos: 341:1511; Recurso Queja N° 1 - “Silva Leal Alicia C/ Comisión Nacional De Pensiones Asistenciales S/Amparos Y Sumarísimos”, CSS 015373/2014/1/RH00103/12/2020, Fallos: 343:1871; etc. También vota en este sentido en “B., C. B. Y otro c/ I.O.S.P.E.R. y otros s/ Acción de Amparo”, CSJ 000417/2018/CS00121/10/2021, Fallos:

Por cuanto:

(...) corresponde a los jueces -y especialmente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación- en los casos concretos sometidos a su conocimiento en una causa judicial, la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquellas lo permita<sup>3</sup>.

Sin perjuicio de las ideas generales que deben primar en la interpretación de la ley, en concreto se entendió que

(...) no cabe a la Corte apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, pues de hacerlo así olvidaría que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma, máxime si se trata de un precepto constitucional<sup>4</sup>.

Este criterio fue repetido cuando se proloquio que

(...) con arreglo a consolidados principios elaborados por la Corte en materia de interpretación de normas jurídicas, constitucionales y legislativas, la primera regla que rige esa labor hermenéutica a cargo del juzgador le impone atenerse a las palabras utilizadas en la redacción de los textos normativos; esa literalidad de la cláusula

---

344:2868; “Turismo Doss SA C/ En -AFIP- DGI -Resol 1/11 (Ngde) S /Proceso de Conocimiento”, CAF 022006/2013/CS00111/03/2021, Fallos: 344:307; entre otros. De igual modo se encuentra un sumario idéntico en una disidencia del Dr. E. Raúl Zaffaroni, en “Fisco Nacional - Dirección General Impositiva C/ Llamenos SA S/ Ejecución Fiscal”, F. 352. XL. RHE06/11/2007, Fallos: 330:4749. En este fallo, el Ministro de mención, también expresó que “tomar la letra de la ley y sostener en base a ella el dura lex sed lex o el fiat justitia, pereat mundus, cuando es poco dudoso que eso sea justitia, se respondía otrora con el summum jus summa injuria o el summum jus summast malitia y era posible seguir con la contraposición de máximas y acabar reduciendo el derecho a un art pour l’art poco edificante y escasamente compatible con un estado constitucional de derecho”.

<sup>3</sup> CSJN, “Etcheverry, Juan Bautista y otros C/ Estado Nacional S/Amparo Ley 16.986”, (Voto del juez Rosatti), CAF 049220/2015/1/RH00121/10/2021; Fallos: 344:3011.

<sup>4</sup> CSJN, “Banco de la Provincia de Buenos Aires C/ Dirección General Impositiva s/ D.G.I.”, B. 166. XL. REX11/12/2007, Fallos: 330:4988.

constitucional ha de llevarse a cabo teniéndose en cuenta que no es probable que se haya buscado alguna significación obscura o abstrusa de las palabras empleadas, sino más bien que se las haya aceptado en el sentido más obvio al entendimiento común en la colectividad en que han de regir pues no fue diseñada para pruebas de lógica, habilidad o visionarias especulaciones<sup>5</sup>.

Con otras palabras, se resaltó esta línea de pensamiento cuando se ponderó que

(...) el principio constitucional de la separación de poderes no consiente a los jueces el poder prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto, lo cual resulta aplicable también a la jurisdicción de la Corte, a la que la Constitución Nacional, por buenas razones, le ha vedado el análisis de las cuestiones de derecho común, de modo que en el ámbito que es propio de los jueces competentes para la interpretación de tales materias, las decisiones que ellos adopten deben ser aceptadas también por los jueces de dicho Tribunal, aun cuando de haber estado en aquel lugar hubieran preferido una solución diferente<sup>6</sup>.

Sin lugar a hesitación, las hermenéuticas reconocidas por la CSJN, resulta concordantes con el contenido del art. 3 Cód. Civ. y Com., cuando regula que “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. A tal efecto precisa en el art. 2 que “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”<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> CSJN, “Alianza Vamos Mendocinos C/ Lista Juntos por Mendoza - Alianza Cambia Mendoza S/ Impugnación de Precandidatos Elecciones Primarias - 2021 - Senador Nacional Suplente de la Alianza Cambia Mendoza”, CNE 005483/2021/CS00109/09/2021, Fallos: 344:2339.

<sup>6</sup> CSJN, “Estévez Cristian Andrés O Cristian Daniel S/Robo Calificado por el uso de Armas etc. - Causa N° 1669/1687-, E. 519. XLI. RHE08/06/2010, Fallos: 333:866.

<sup>7</sup> Se completa el mandato liminar con el contenido del art. 1°. Fuentes y aplicación Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean con-



Como se colige, el mandato del Cód. Civ. y Com., es genérico y marca una pauta concreta para todos los magistrados de la Argentina, sin distinguir jerarquía alguna, de la cual no puede prescindirse dado ello alejaría el pronunciamiento de la esfera de la razonabilidad.<sup>8</sup>

En síntesis, se advierte que la fina lectura del texto legal es el primer paso en una correcta hermenéutica de cualquier norma. A partir de ello, se podrá inferir cuál es la finalidad perseguida. Esta tarea se facilita cuando se deroga una norma dado que se puede comparar el texto anterior con el nuevo y, de ello, deducir la intencionalidad de la vigente.

### **III. Los fallos de la CSN sobre reelección de los gobernadores**

La transcripción de las principales pautas fijadas por la CSJN respecto del modo de interpretar la ley facilitará la comprensión del sentido de los fallos dictados, en los cuales se dirimió la posibilidad de extender la reelección de los gobernadores de las provincias.

#### *Caso provincia de Santiago del Estero*

En la provincia de Santiago del Estero se cuestionó la presentación como candidato a gobernador de quién había ejercido el cargo en el momento en el cual se verificó la posibilidad de ser reelecto por una sola vez. En esa oportunidad el razonamiento se focalizó sobre la norma transitoria que interpretaba el alcance del mandato que se estaba ejerciendo en el momento de la transición normativa. La CSJN se pronuncia, en primer lugar, resolviendo la cautelar y decide que

(...) corresponde suspender la convocatoria a elección de gobernador y vicegobernador de la Provincia de Santiago del Estero hasta tanto se

---

trarios a derecho.

<sup>8</sup> Ver. CSJN, Bodegas y Viñedos Rubino Hnos. S.A.C.I.F.A. C/ Mendoza, Provincia de S/ Acción de Inconstitucionalidad”, B. 121. XXIX. ORI01/11/1999, Fallos: 322:2780. En este pronunciamiento se dijo que “el estudio de la razonabilidad de las leyes en punto a su validez constitucional no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ellas contenidas y en modo alguno sobre la base de los resultados posibles de su aplicación, lo que importaría valorarlas en mérito a factores extraños a sus normas”.

dicte un pronunciamiento definitivo en la causa, si del art. 152 y la disposición transitoria sexta se deriva sin dificultad interpretativa alguna que la constitución adoptada por el pueblo de la provincia en 2005 establece la regla de una sola reelección consecutiva, y aclara específicamente que el período 2005-09, en el que el actual gobernador desempeñó ese mismo cargo, debe ser contabilizado como el primer período, por lo que ante la claridad del texto constitucional cualquier otra interpretación que se intente resulta violatoria de la voluntad constituyente provincial<sup>9</sup>.

El tribunal justifica su decisión sosteniendo que

(...) cuando se denuncia que han sido lesionadas expresas disposiciones constitucionales que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno, en el sentido que da a esos términos la Ley Fundamental -ante la postulación como candidato del actual gobernador pese a la regla de una sola reelección consecutiva de la constitución provincial- no puede verse en la intervención de la Corte una intromisión ni un avasallamiento de las autonomías provinciales, sino la procura de la perfección de su funcionamiento, asegurando el acatamiento de aquellos principios superiores que las provincias han acordado respetar al concurrir al establecimiento de la Constitución Nacional y que la Nación debe garantizar<sup>10</sup>.

A posteriori, siguiendo la doctrina de la “virtualidad de dictar pronunciamientos pese a los cambios normativos o fácticos”<sup>11</sup> la Corte Federal sostuvo, en el fallo defi-

---

<sup>9</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero. C/ Santiago del Estero, Provincia de s/Acción declarativa de certeza, U. 58. XLIX. ORI, 22/10/2013, Fallos: 336:1756. El tribunal también especificó que “corresponde admitir la medida cautelar innovativa requerida ante la postulación como gobernador de quien ya habría agotado la única reelección que autorizaba el art. 152 y la disposición transitoria sexta de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero si, en el estrecho marco de conocimiento que ofrece su dictado, aparece con suficiente claridad que si no se accediese al pedido formulado, y finalmente le asistiese razón a la actora, se podrían generar afectaciones que deben ser evitadas”.

<sup>10</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero. C/ Santiago del Estero, Provincia de s/Acción declarativa de certeza, U. 58. XLIX. ORI, 22/10/2013, Fallos: 336:1756.

<sup>11</sup> Ver CSJN: EDENOR S.A. y Otro C/ Buenos Aires, Provincia de S/ Acción Declarativa De Inconstitucionalidad, E. 380. XXXIX. ORI20/09/2022, Fallos: 345:951; R. P., C. A. c/ M. O., N. D. R. s/ Resolución internacional de menores, CIV 051117/2019/CS00106/05/2021, Fallos: 344:997; Escudero Maximiliano Daniel S/Recurso de Casación, E. 25. XLVII. REX23/03/2021, Fallos: 344:378; Monte-

nitivo, que

(...) cabe hacer lugar a la demanda entablada por un partido político contra una provincia y declarar la inhabilitación del gobernador para postularse como candidato a un tercer mandato consecutivo en las elecciones provinciales a realizarse, pues la circunstancia de que su renuncia a la candidatura haya modificado objetivamente la configuración fáctica que existía en el momento en que se dedujo la acción y que, en consecuencia, haya quedado materialmente satisfecha la pretensión esgrimida por la actora, no torna inoficioso el tratamiento del planteo, ni resta virtualidad al pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, ya que se presenta una situación de gravedad institucional que excede el mero interés de los litigantes y afecta de manera directa al de la comunidad, desde que se comprometieron instituciones básicas de la Nación, razón por la cual el Tribunal dictó la medida cautelar en tiempo oportuno a fin de preservar el correcto funcionamiento de las instituciones de acuerdo a las leyes que las rigen<sup>12</sup>.

En función de ello considera que corresponde

---

zanti, Néstor Luis C/ Caja De Previsión Social De Abogados De La Provincia De Buenos Aires S/ Varios, CSJ 004677/2014/RH00104/06/2020; Recurso Queja N° 2 - Car Market SRL C/ Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad Automotor y Créditos Prendarios S/Amparo Ley 16.986, FMP 021093261/2011/2/RH00128/06/2016, Fallos: 339:891; Díaz Paulo Vicente C/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. S/ Despido, D. 485. XLIV. RHE04/06/2013, Fallos: 336:593; Biagio Cereales SA C/ Bolsa de Cereales B.A. y Otro S/ Amparo Ley 16986, B. 67. XLIV. REX04/09/2012, Fallos: 335:1635; Agro Corredora SRL C/ AFIP - DGI S/Amparo, A. 393. XXXVIII. REX12/08/2008, Fallos: 331:1765; Avigo Liliana Noemí C/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y Otro S/Cobro de Sumas de Dinero, A. 1179. XXXVI. RHE03/12/2002, Fallos: 325:3243; García Haluzo Miguel Ángel C/ Iruzun Leda Mabel y Otro S/ Medidas Precautorias, 783. XXXVII. RHE12/09/2002, Fallos: 325:2275; Defensor del Pueblo de la Nación C/ Poder Ejecutivo Nacional - Secretaria de Comunicaciones S/Amparo - Expte N° 9159/98, D. 205. XXXIV. RHE20/11/2001, Fallos: 324:3948; Guida Liliana C/ Poder Ejecutivo Nacional S/ Empleo Público, G. 304. XXXIII. REX02/06/2000, Fallos: 323:1566; Ríos, Antonio Jesús, R. 2. XX.22/04/1987, Fallos: 310:819.

<sup>12</sup> CSJN, "Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero. C/ Santiago del Estero, Provincia de S/ Acción Declarativa de Certeza", U. 58. XLIX. ORI, 05/11/2013. El fallo de igual modo sostuvo que "cabe hacer lugar a la demanda entablada por un partido político contra una provincia y declarar la inhabilitación del gobernador para postularse como candidato a un tercer mandato consecutivo en las elecciones provinciales a realizarse, pues aunque aquél haya renunciado a su candidatura, se ha admitido la virtualidad de dictar pronunciamiento en circunstancias en que el cambio del marco fáctico o jurídico determina la ausencia de utilidad del fallo hacia el futuro, siempre que subsista el interés de las partes para los efectos jurídicos producidos durante el lapso anterior a esa variación"

(...) hacer lugar a la demanda entablada por un partido político contra una provincia y declarar la inhabilitación del gobernador para postularse como candidato a un tercer mandato consecutivo en las elecciones provinciales a realizarse, pues la prohibición de una nueva reelección para quien desempeñó por ocho años consecutivos el cargo de gobernador aparece como una alternativa que el constituyente provincial pudo válidamente diseñar para garantizar la alternancia y la posibilidad de acceso a los cargos públicos de otros integrantes del cuerpo electoral<sup>13</sup>.

Finalmente, advierte

(...) el exceso en sus facultades en que ha incurrido la jurisdicción provincial al declarar inconstitucional la cláusula transitoria sexta -según la cual, el mandato del gobernador local, en ejercicio al sancionarse la reforma constitucional provincial que fijaba la reelección por única vez, debía considerarse primer período-, resulta evidente, ya que mediante el pronunciamiento emitido se pretende suplir la voluntad constituyente expresada en dicha disposición, siendo imposible concebir un poder constituido que pueda, por designio o inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el poder constituyente<sup>14</sup>.

### *Caso provincia de Río Negro*

En el año 2019, se plantea en la provincia de Río Negro una litis interpretativa relacionada con el alcance de la normativa constitucional reguladora de la reelección del gobernador y vice.

La CSJN conoció el tema<sup>15</sup> y resolvió que,

---

<sup>13</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero. C/ Santiago del Estero, Provincia de S/ Acción Declarativa de Certeza”, U. 58. XLIX. ORI, 05/11/2013.

<sup>14</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero. C/ Santiago del Estero, Provincia de S/ Acción Declarativa de Certeza”, U. 58. XLIX. ORI, 05/11/2013.

<sup>15</sup> CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo”, CSJ 449/2019, 22/03/2019, Fallos: 342:287. El tribunal en este fallo juzgó que “corresponde a la competencia originaria de la Corte la acción contra la provincia a fin de hacer cesar el estado de incertidumbre en el que dicen encontrarse los actores respecto de la existencia, alcance y modalidades de una norma jurídica local que autorizaría al actual gobernador provincial a presentarse nuevamente

(...) cuando una Constitución prevé que, si el gobernador y el vicegobernador han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un período, corresponde únicamente concluir que el pueblo de la provincia -a través de sus constituyentes- estableció el límite de una sola reelección consecutiva para los cargos mencionados<sup>16</sup>.

Para justificar el decisorio sostuvo que

(...) una exégesis normativo-contextual de la expresión contenida en el art. 175 de la Constitución de la Provincia de Río Negro lleva a concluir que la sucesión recíproca a la que alude se refiere a la sucesión del cargo de gobernador a vicegobernador, o viceversa, y ello con independencia de que coincida el compañero de fórmula pero esta lectura veda la postulación como gobernador o vicegobernador a quien haya ejercido dos períodos consecutivos en cualquiera de los cargos mencionados<sup>17</sup>.

En otras palabras,

(...) la variable prohibida por el art. 175 de la Constitución de la Provincia de Río Negro es que quien haya ejercido dos períodos en ambos o uno de los cargos citados, sea electo como gobernador o vicegobernador, ya que ello implica su perpetuación por tres períodos consecutivos<sup>18</sup>.

Finalmente, la mayoría del tribunal advirtió

(...) el exceso en sus facultades en que ha incurrido la jurisdicción provincial al habilitar la oficialización de la candidatura del actual

---

como candidato para ocupar el mismo cargo, pese a ya haberlo ocupado durante dos períodos consecutivos, si los puntos sobre los que versa la causa entrañan una cuestión federal predominante.

<sup>16</sup> CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo”, CSJ 449/2019, 22/03/2019, Fallos: 342:287.

<sup>17</sup> CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo”, CSJ 449/2019, 22/03/2019, Fallos: 342:287.

<sup>18</sup> CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo”, CSJ 449/2019, 22/03/2019, Fallos: 342:287.

governador resulta evidente, ya que mediante el pronunciamiento emitido se pretende suplir la voluntad del constituyente expresada claramente en la previsión contenida en el artículo 175 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, ya que es imposible concebir un Poder Constituido que pueda, por designio e inercia, dejar sin efecto lo preceptuado por el Poder Constituyente<sup>19</sup>.

Esta litis, no tuvo una resolución unánime, sino que se expresaron dos disidencias.

Por una parte, Rosenkrantz consideró que

(...) no puede decirse que la inteligencia atribuida por el tribunal superior provincial al artículo 175 de la constitución de la Provincia de Río Negro resulte absurda o contradictoria si surge con nitidez del texto que la disposición contiene prohibiciones contra la repetición de ciertas elecciones, sea el caso de las mismas personas para el mismo cargo, sea el de las mismas personas que integran la fórmula para la elección de gobernador y vicegobernador pero intercambiadas pero no hay ninguna necesidad semántica que obligue a incluir en el significado del artículo la prohibición de que una persona pueda mantenerse con aptitud para ser elegida cuando no incurre en ninguna de las repeticiones claramente alcanzadas por su significado literal.<sup>20</sup>

A su vez, Highton de Nolasco, aclaró que

(...) el rechazo de la acción promovida no implica en modo alguno pronunciarse a favor o en contra del resultado que podría generar la interpretación de la corte local acerca del sistema de reelección o sucesión recíproca de los cargos de gobernador y vicegobernador de la Provincia de Río Negro ni implica pronunciarse sobre el acierto o error de la sentencia dictada por el superior tribunal provincial, sino

---

<sup>19</sup> CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo”, CSJ 449/2019, 22/03/2019, Fallos: 342:287.

<sup>20</sup> CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo”, CSJ 449/2019, 22/03/2019, Fallos: 342:287. (Disidencia del juez Rosenkrantz).

simplemente decidir que, en el ámbito de la jurisdicción que corresponde a la Corte Suprema, en el caso no se da un supuesto de gravedad que la habilite a adentrarse en una cuestión de naturaleza electoral provincial<sup>21</sup>.

### *Caso provincia de La Rioja*

En la misma época de elecciones que el caso anteriormente comentado, en la provincia de La Rioja, no se planteó, como objeto directo de la litis, la factibilidad o no de ampliar la reelección del gobernador y vice introducida en una enmienda a los arts. 120 y 171 de la Constitución de la provincia de La Rioja, sino que la pretensión introducida requería la declaración de la inconstitucionalidad de la ley provincial 10.161 por la cual la Legislatura provincial aprobó la enmienda; de los decretos que convocaron a la consulta popular en los términos del artículo 15 de la ley 5989; y del Acta del Tribunal Electoral Provincial del 29 de enero de 2019 que proclamó los resultados de la consulta popular e incorporó la enmienda al texto constitucional.

La CSJN recordó que

(...) si bien la Constitución Nacional garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal (arts. 5° y 122), las sujeta a ellas y a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (artículos 1° y 5°) y encomienda a la Corte el asegurarla (artículo 116) con el fin de lograr su funcionamiento y el acatamiento a aquellos principios que todos en conjunto acordaron respetar al concurrir a la sanción de la Constitución Nacional<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> CSJN, “Frente para la Victoria - Distrito Río Negro y otros c/ Río Negro, Provincia de s/ amparo”, CSJ 449/2019, 22/03/2019, Fallos: 342:287. (Disidencia de la jueza Highton de Nolasco)

<sup>22</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo”, CSJ 125/201922/03/2019, Fallos: 342:343. En el fallo también se dijo que El sistema federal diseñado por la Constitución Nacional establece que las provincias conservan su autonomía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados, se dan sus propias instituciones y se rigen por ellas sin intervención del gobierno de la Nación lo que implica que ellas deciden sus regímenes electorales y eligen sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios, y que el gobierno central -en el que se incluye a la Corte Suprema como autoridad federal- no puede intervenir en aquellos asuntos propios de la autonomía provincial”

En otras palabras,

(...) el equilibrio de los valores del federalismo con aquellos que sustentan el sistema republicano explican que la Corte intente ejercer su atribución de revisión judicial de las leyes provinciales con máxima prudencia y reserve esa delicada función a los más excepcionales supuestos, es decir, aquellos en los que se evidencia un ostensible apartamiento del inequívoco sentido de las normas de derecho público local del que resulten lesionadas instituciones fundamentales de los ordenamientos provinciales que hacen a la esencia del sistema representativo republicano que las provincias se han obligado a asegurar<sup>23</sup>.

A partir de estas premisas, resolvió que

(...) si el defecto en el modo de evidenciar la voluntad del pueblo a favor de la reforma aprobada por la legislatura local impacta de lleno en una de las condiciones constitutivas del sistema republicano, cual es la expresión de la soberanía popular como fuente de legitimidad de la ley corresponde hacer lugar a la demanda y declarar la invalidez del proceso de enmienda de los artículos 120 y 171 de la Constitución de La Rioja<sup>24</sup>.

Para fundamentar el decisorio la CSJN aseveró que

(...) si bien el derecho electoral tiende a garantizar la efectiva vigencia del principio democrático de la representatividad popular también tiene como finalidad conducir regladamente el conflicto que toda competencia por el poder supone, a través de medios pacíficos y ordenados según el imperio de las leyes y, en este aspecto, la normativa electoral busca dar certeza y poner fin a las disputas mediante la rápida definición de situaciones jurídicas que trascienden el interés de los partidos, y afectan el normal desenvolvimiento institucional<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo”, CSJ 125/201922/03/2019, Fallos: 342:343.

<sup>24</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo”, CSJ 125/201922/03/2019, Fallos: 342:343.

<sup>25</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo”, CSJ 125/201922/03/2019, Fallos: 342:343.



Concretamente consideró que “una exégesis normativo-contextual de la expresión contenida en el art. 177 de la Constitución de la Provincia de La Rioja lleva a concluir que al decir “primera elección general que se realice” se está aludiendo a la “primera elección general que se realice para cubrir el cargo cuya regulación constitucional se procura enmendar” en relación a la oportunidad en que debe realizarse la consulta popular”<sup>26</sup>.

En otras palabras, “tratándose de una pretendida modificación de la regulación referida al gobernador-vicegobernador, la “primera elección general” en cuya oportunidad debería tener lugar la consulta popular para concretar la enmienda es la “próxima elección de gobernador-vicegobernador”. Ello implica descartar la opción interpretativa que asimile “próxima elección general” con “cualquier próxima elección” o con la “elección provincial para un cargo determinado”<sup>27</sup>.

Para dar mayor enjundia jurídica a la sentencia se destacó que

(...) el mecanismo elegido para validar la expresión de la voluntad popular -aceptación de la enmienda a menos que el voto por el “No” sea mayoría por más del 35% sobre el total- resulta inconsistente con el que demanda un sistema republicano porque no resulta posible concluir que el “no rechazo” -entendido como aquel que engloba todo el padrón electoral de la provincia con la solitaria exclusión de quienes votaron por el “NO”- conformaba una expresión válida de voluntad soberana a favor de la enmienda que abría la posibilidad de una nueva elección del gobernador<sup>28</sup>.

Vale decir,

(...) si se busca de buena fe obtener la expresión republicana de la voluntad popular, es evidente que entre todas las posibles lecturas razonables que el legislador, el juez o el pueblo riojano hubiese querido dar al artículo 84 de la Constitución de La Rioja, no se encontraba aquella que establece que una enmienda resulta aprobada

---

<sup>26</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo”, CSJ 125/201922/03/2019, Fallos: 342:343.

<sup>27</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo”, CSJ 125/201922/03/2019, Fallos: 342:343.

<sup>28</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo”, CSJ 125/201922/03/2019, Fallos: 342:343.

cuando el 25,48% de los votantes registrados se expresaron por el “SI” y el 74,52% restante se expresaron por el “NO”, votaron en blanco o lisa y llanamente no fueron a votar<sup>29</sup>.

El voto de Rosenkrantz adhiere a los conceptos vertidos cuando precisa que

(...) el artículo 177 claramente dispone que la consulta popular obligatoria debe hacerse conjuntamente con (“en la misma oportunidad que”) la “primera elección general que se realice”, por lo que no puede ratificarse ninguna reforma sancionada por la Cámara de Diputados de la Provincia sin que exista un acto electoral distinto de la propia consulta en el que se someta a la decisión del electorado una elección de cargos o de autoridades. Más aun, en virtud de que la elección debe ser “general” la oportunidad en que se consulte al electorado no puede ser la realización de elecciones internas partidarias u otras posibles manifestaciones de la voluntad popular<sup>30</sup>.

En idéntico sentido se pronunció Highton de Nolasco al expresar que

(...) no caben dudas de que en el artículo 177 de la Constitución de la Provincia de La Rioja se tuvo la clara intención de hacer coincidir la consulta popular con la primera elección que se celebre dentro del calendario electoral, esté fijado o no, por lo que resultaría absurdo - y por tanto inadmisibles y contrario a un elemental principio hermenéutico-suponer que el constituyente redactó una norma vacía de contenido<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo”, CSJ 125/201922/03/2019, Fallos: 342:343.

<sup>30</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo”, CSJ 125/201922/03/2019, Fallos: 342:343.

<sup>31</sup> CSJN, “Unión Cívica Radical de la Provincia de La Rioja y otro c/ La Rioja, Provincia de s/ amparo”, CSJ 125/201922/03/2019, Fallos: 342:343. La señora Ministro completó su pensamiento expresando que “la Corte no se entromete en la autonomía provincial ya que si bien la Constitución Nacional garantiza a las provincias el establecimiento de sus instituciones y la elección de sus autoridades sin intervención del gobierno federal (artículos 5° y 122), las sujeta a ellas como a la Nación al sistema representativo y republicano de gobierno (artículos 1° y 5°) y encomienda al Tribunal el asegurarlo (artículo 116) con el fin de lograr su funcionamiento y el acatamiento a aquellos principios que todos en conjunto acordaron respetar al concurrir a la sanción de la Constitución Nacional”.

#### IV. Similitudes y diferencias con la normativa constitucional de San Juan

Para realizar el presente ejercicio académico, se comparará el texto actual del art. 175 de la Constitución de la Provincia de San Juan, donde se regula la factibilidad de reelección del Gobernador y Vice, con los textos de las constituciones que han pasado por el tamiz de ser interpretados en su alcance por la CSJN, con el propósito de construir algunas conclusiones.

En este sentido, cabe recordar que el texto 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”.

En la actualidad, el vigente art. 175 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”.

Teniendo presente ello y el contenido del caso surgido en la provincia de La Rioja, se debe descartar el cotejo sin más, dado que la CSJN no analizó el contenido del art. 120 modificado, sino que al declarar la invalidez del proceso de enmienda de los artículos 120 y 171, el texto original retomó su plena vigencia.

Ese texto expresa:

Art. 120º.- Duración del mandato. El Gobernador y Vicegobernador serán elegidos directamente por el pueblo de la provincia a simple pluralidad de sufragios.

Durarán en sus funciones el término de cuatro años, sin que evento alguno que lo haya interrumpido pueda motivar su prórroga. Podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un solo periodo 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.

De la literalidad del texto, surge, sin esforzar hermenéutica alguna, el concepto de binomio entendido éste como unidad entre el Gobernador y Vice. Tan es así que el artículo indica que podrán o no ser reelegidos y sucederse mutuamente.

En todos los casos de reelección, la norma expresamente, prohíbe ser reelecto nuevamente en cualquiera de los cargos, sino que debe pasar un periodo como mínimo.

La prohibición regulada en la Constitución de La Rioja es muy clara y taxativa, consagrando el concepto de binomio unificado. Por cierto, es, de igual modo, clara la diferencia con el vigente art. 175 de la Constitución de San Juan que no unifica los cargos de gobernador y vice, ni consagra prohibición alguna cuando existe sucesión.

De igual modo acontece, en el texto de la Constitución de Santiago del Estero, cuando regula en el art. 140 que “el Gobernador y Vicegobernador ejercerá sus funciones por el término de cuatro años, sin que evento alguno pueda motivar su prórroga”.

Y concretamente, en la temática objeto de estas reflexiones, el art. 139 estipula que “el Gobernador y Vicegobernador pueden ser reelectos o sucederse recíprocamente, por un nuevo período únicamente. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con intervalo de un período.

La prohibición constitucional para ser reelegidos por segunda o más veces, es literal, palmaria y concreta, razón por la cual no es necesaria una hermenéutica compleja para entender su mandato.

En cuanto a la Constitución de la provincia de Río Negro, el art. 174 especifica que

(...) el gobernador y el vicegobernador duran cuatro años en el ejercicio de sus funciones y cesan en ellas el mismo día en que expira el período, sin que pueda prorrogarse el término por evento alguno ni tampoco completarse cuando haya sido interrumpido por cualquier causa.

A su vez, en el art. 175 se regla que “el gobernador y el vicegobernador pueden ser reelectos o sucederse recíprocamente por un nuevo período y por una sola vez.

Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos sino con un período de intervalo”.

Esta reglamentación constitucional, de igual modo, es precisa en su texto en la prohibición de una segunda reelección y en la consagración del concepto de binomio.

En otras palabras, cuando el texto constitucional es claro en su redacción y preciso en su intencionalidad, la interpretación no puede ser de otro modo o tener un sentido distinto dañando la razonabilidad.

## V. A modo de conclusión

Este ejercicio académico, de comparar el texto de las constituciones provinciales, revisados por la CSJN, en cuanto al tema de la flexibilización de las limitaciones de la reelección con la letra del reformado art. 175 de la Constitución de la provincia de San Juan, lleva a las siguientes conclusiones:

La literalidad de los textos. Los textos de las constituciones de La Rioja, Santiago del Estero y Rio Negro contienen una expresa prohibición de extender la reelección del gobernador o vice (simultáneamente y recíprocamente) cuando habían sido reelecto.

Evidentemente, consagran textualmente el concepto de binomio unificado que limita las interpretaciones flexibles, tal cual fue resuelto por la CSJN.

El texto del art. 175 de la Constitución de San Juan, no contiene una norma expresa que consagre el concepto de binomio que queda explicitado, en las otras constituciones comparadas, cuando se hace referencia a la sustitución recíproca en la primera reelección. No lo consagra y, por ende, no debería ser incorporado o impuesto por vía interpretativa, dado que la jurisdicción no puede asumir el rol de legislador.

En este punto, corresponde resaltar que un modo de conocer cuál es la intencionalidad o *ratio legis* de una nueva norma que deroga la anterior, es comparar el texto nuevo con el sustituido. En ese caso, las normas y prohibiciones eliminadas marcan la idea de que el legislador no quería que esas regulaciones continuaran vigentes.<sup>32</sup>

Ello adquiere un valor jurídico diferente cuando se trata de prohibiciones, atento a la existencia del “principio de legalidad” consagrado en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales que indica que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido. Va de suyo, que ello, por su jerarquía de norma superior se aplica al contenido de las constituciones provinciales que están en un nivel inferior y, por tanto, son alcanzadas.

Con la Constitución nacional se advierten estas diferencias:

En cuanto a la composición del Ejecutivo nacional el art. 87 regla que “será desempeñado por un ciudadano con el título de “Presidente de la Nación”. Es evidente la idea que el Ejecutivo es ejercido por una sola persona, el Presidente.

---

<sup>32</sup> Un claro ejemplo ocurre con el recurso “in extremis” el cual, a pesar de su existencia pretoriana, cuando los códigos procesales son reformados no lo introducen en su texto, por lo cual debe entenderse que el mismo es desechado de los procedimientos recursivos.

En cambio, en el texto de la provincia de San Juan, ello no resulta tan claro dado que el art. 173 indica 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.

Sin perjuicio de ese detalle que no es esencial dado que es doctrina consolidada decir que el Poder Ejecutivo es unipersonal, la Constitución Nacional si introduce el concepto de binomio y una expresa prohibición de una nueva reelección cuando ha sido reelegido, en el art. 90

(...) el Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro 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 interpretación de una norma constitucional que no contiene una prohibición expresa, generará, sin duda y conforme a los intereses que la inspiren, interpretaciones disimiles. Ello, en el sistema republicano debe ser dirimido por la jurisdicción concediendo a la sociedad una hermenéutica definitiva.

Sin perjuicio de las reflexiones precedente, de *lege ferenda* queda en evidencia marcada que los ciudadanos seleccionados por la sociedad para cumplir algún cargo público procuran que su estadía en la función, si fuere posible, sea sine die, consagrando los personalismos en desmedro de las instituciones, como serían el fortalecimiento de los partidos políticos y el recambio democrático.

En función de ello, sin duda las normas que contienen limitaciones (prohibiciones) deben ser lo suficientemente claras en su mandato para no dejar abierta la posibilidad a interpretaciones flexibles y analizar si son conveniente, para un adecuado desarrollo institucional, reelecciones sucesivas como fue introducida por el “Pacto de Olivo” en la reforma constitucional nacional de 1994 o, por el contrato, eliminar esa posibilidad, como es el sistema adoptado en la provincia de Mendoza.

La idea de acotar el clásico sistema presidencialista y de las reelecciones indefinidas, ha fracasado en la práctica real de la democracia republicana y, ello, debe movilizar nuevas reflexiones.





## LA SOCIOAFECTIVIDAD COMO REQUISITO DE IDONEIDAD PARA SER TUTOR/A DE LAS NNyA

Abg. Mag. Nadia Anahí Tordi

### I. Introducción

En el presente trabajo me detendré a estudiar la figura de la tutela prevista en el art. 104 del Código Civil y Comercial (CCyC), propongo desmembrar su alcance y contenido, a fin de evaluar si puede habilitar el ingreso de la noción de socioafectividad como una herramienta para dar soluciones a diversas situaciones de niños, niñas y adolescentes ( en adelante NNyA), donde las guardas previstas por los arts. 643 y 657 del CCyC no son suficientes ya sea por el requisito de la temporalidad o por el de parentesco que establecen.

Como es sabido, uno de los principales cambios que postuló el CCyC, con relación al derecho de las familias fue la regulación sobre la responsabilidad parental y sus figuras derivadas. La nueva terminología no fue casual, su intención fue incorporar un cambio de paradigma y una nueva forma de pensar las relaciones familiares y el modo en que han de vincularse los/las progenitores entre sí, en ejercicio de su coparentalidad y en la relación con sus hijos/hijas, como también en numerosas normas se aceptó y otorgó efectos jurídicos a la noción de socioafectividad, sin embargo, no se la dejó ingresar en la regulación de las guardas, donde se estipuló como requisito expreso para su homologación u otorgamiento judicial acreditar la calidad de parentesco entre las NNyA y quien será designado/a guardador/a. Este valladar legal trajo consigo las numerosas declaraciones inaplicabilidad o inconstitucionalidad de los arts. 643 y 657 del CCyC<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ver Juzg. Familia N°3 MAR DEL PLATA, autos n° 55546 , “G. T. M. S/ GUARDA DE PERSONAS “ (29/12/2015) en <http://www.colectivoderec.hofamilia.com/fa-pcial-juz-flia-n3-mar-del-plata-inconstitucionalidad-d-el-art-657-guarda-a-un-p-ariante/>; Cámara de Apel. CyC de Morón, SALA II, “M. B. N. c. ... s/ guarda con fines de adopción”,10/08/2021, TR LALEY AR/JUR/126122/2021.

Por ello, propongo analizar, si a través del uso de la figura de la tutela, se puede permitir el ingreso de la socioafectividad como una herramienta para dar soluciones a determinadas situaciones de NNyA que no son cuidados por sus padres, y sí por referentes afectivos o comunitarios.

## II. La regulación de la tutela en el CCyC. Diferencias importantes con el régimen derogado

El CCyC regula el instituto de la tutela en su art. 104:

La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.

Se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del Libro Segundo. Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

En la actualidad se ha definido a la tutela, como la “institución subsidiaria (a la responsabilidad parental) dirigida brindar protección a la niña, niño o adolescente (NNyA) que carece de un adulto responsable que asuma su crianza”<sup>2</sup>. La finalidad de la tutela es la protección de las NNyA y su consideración como sujeto de derechos, que merece una protección especial, por ser persona en desarrollo.

---

<sup>2</sup> YUBA, Gabriela, “Cambios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de tutela y curatela”, DFyP 2014 (noviembre).

En cambio, en el código derogado la tutela estaba regulada en el art. 377 que decía: “La tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil”.

Advierto algunas diferencias sustanciales, entre la regulación actual con la prevista en el código civil derogado, que van a servir de base para determinar sí, por la vía de la tutela se puede encontrar la solución a diversas situaciones de NNyA que son cuidados por referentes afectivos y encuentran el valladar legal en los requisitos que prevén las guardas<sup>3</sup> de los arts. 643 y 657 del CCyC para darle continuidad o seguridad jurídica a su situación. Veamos.

i) En primer lugar, como mencioné, en relación al lugar que ocupan las NNyA, ya que, en el texto anterior, la tutela era un “derecho” que la ley confería a determinados parientes llamados para gobernar la persona y bienes del “menor de edad”, se la pensaba como un “derecho” de los parientes y no como un derecho de la persona menor de edad, hoy claramente el sistema se ha modificado y su finalidad es brindarle protección a las NNyA, esto es en consonancia con su consideración como sujetos de derechos y la influencia del paradigma de protección integral de derechos de NNyA<sup>4</sup>.

ii) En segundo lugar, la norma derogada preveía que para designar tutor a las NNyA no debían estar sujetos a la “patria potestad”, por lo que se requería que se hubiera privado a sus progenitores de la responsabilidad parental o que esta se hubiera extinguido por las causales establecidas en la ley. Hoy la norma dice que la tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de las NNyA que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que “ejerza la responsabilidad parental”, y como sabemos el CCyC, diferencia figuras derivadas de la responsabilidad: titularidad y ejercicio, cuidado personal y guarda a un tercero (art.640 del CCyC), por lo que entiendo que no hace falta

---

<sup>3</sup> No desconozco que existen autores que postulan el uso de la terminología “cuidado personal por un tercero” en vez de guardas como se hace alusión en este trabajo. Ver MIZRAHI, Mauricio L. “Cuidado personal de niños por terceros. Exégesis de los artículos 104, 643, 657, 674 y 702 del Código Civil y Comercial”, LA LEY 30/10/2019, 30/10/2019, 1, AR/DOC/2735/2019.

<sup>4</sup> Para ampliar ver HERRERA, Marisa, GIL DOMINGUEZ, Andrés y FAMÁ, María Victoria “Ley de Protección Integral de Derechos de niños, niñas y adolescentes. Comentada y Anotada GARCIA MENDEZ, Emilio (compilador) “Protección Integral de Derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la Ley 26061”, 1 ed. Del Puerto, 2006, Buenos Aires, 2006, GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMÁ María Victoria y HERRERA Marisa, “Derecho Constitucional de Familia”, 1ed., Buenos Aires, Ediar, 2006, CARDOZO, Gisela y MICHALEWICZ, Alejandro, “El paradigma de la protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes: en la búsqueda de la plena implementación”, 82, 23, TR LALEY AR/DOC/4157/2017.

que los progenitores se los prive de la responsabilidad parental ( art. 700 y 700 bis del CCyC) sino que bastará acreditar que están suspendidos de su ejercicio ( art. 702 del CCyC)<sup>5</sup>. Más adelante volveré sobre esta propuesta.

iii) Otra diferencia sustancial, es que en el código derogado el art.390 establecía quienes eran los parientes que ostentaban el derecho de ser designados tutores, así decía que la tutela legal correspondía únicamente a los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del “menor”, sin distinción de sexos. En la regulación actual se derogó la figura de la tutela legal<sup>6</sup>, por lo que no se menciona expresamente quienes son las personas llamadas para ejercerla, sino que queda en decisión de las/los jueces evaluar quien es mas idóneo para el cargo, persona que siguiendo este razonamiento podría ser un referente afectivo.

iv) Así las cosas, en el sistema derogado, se regulaban tres tipos de tutelas: la legal, dativa y testamentaria. La tutela legal fue derogada expresamente y en los fundamentos del Proyecto CCyC se explicó que:

(...) Se deroga la tutela legal, porque el discernimiento de la tutela es siempre judicial, y cualquier persona (parientes o no) puede estar en condiciones de cumplir el rol de tutor; carece, pues, de todo sentido práctico, que la ley, en abstracto y a priori realice una enumeración. Los parientes más cercanos no son siempre las personas más adecuadas para el cuidado de un niño o adolescente, sea porque hay otras personas con un vínculo afectivo más sólido, sea por problemas relativos a la edad, la salud, la situación laboral, por lo cual, es mejor que el juez evalúe sin condicionamientos, qué es lo más beneficioso para el niño o adolescente en cada situación concreta<sup>7</sup>,

por lo tanto, en el sistema actual existen dos tipos de tutela: la otorgada por los padres (art.106 CCyC) y la tutela dativa (art. 107 del CCyC), que es la decidida

---

<sup>5</sup> No desconozco que existen posturas que siguen sosteniendo la necesidad de declaración de privación de responsabilidad parental para designar tutores, ver FRATE, Yamila, “Análisis del plazo legal dispuesto en las guardas judiciales y sus consecuencias en los hechos”, DFyP 2022 (abril), 06/04/2022, 26, TR LALEY AR/DOC/1086/2022. MIZRAHI, Mauricio L. “Cuidado personal de niños por terceros. Exégesis de los artículos 104, 643, 657, 674 y 702 del Código Civil y Comercial”, LA LEY 30/10/2019, 30/10/2019, 1, AR/DOC/2735/2019.

<sup>6</sup> Ver HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ Silvia (Colaboradoras), “Manual de Derecho de las Familias”, Abeledo Perrot, 2da edición, CABA, 2019, p. 964 y ss.

<sup>7</sup> Ver [www.///D:/9.-Fundamentos- del-Anteproyec to-de-C%C 3%B3digo-Civil-y-y -Comerci al-de-la- Naci%C3%B3n.pdf](http://www.///D:/9.-Fundamentos- del-Anteproyec to-de-C%C 3%B3digo-Civil-y-y -Comerci al-de-la- Naci%C3%B3n.pdf)

por el juez/a ante la ausencia de designación paterna y es otorgada a la persona más idónea para brindar protección a la NNyA. En la evaluación de la idoneidad del tutor/a o los/las tutores, se tomarán en cuenta no solo las condiciones económicas y laborales sino también las afectivas, morales y sociales teniendo en cuenta su finalidad y la construcción de su proyecto de vida como un verdadero sujeto de derecho<sup>8</sup>, no se coloca como un requisito previo acreditar el parentesco sino basta constatar la idoneidad para el cuidado de las NNyA.

A raíz del análisis de estas diferencias troncales del régimen derogado con el actual, me permite pensar a la tutela como una figura de protección para las NNyA, como señalé, no hace falta acreditar la calidad de pariente- aquí es donde se abre la puerta a la noción de socio afectividad-, sino que el juez/a que deberá valorar la idoneidad de la o las personas que vayan a ejercer el cargo, o sea, sus condiciones morales, materiales y/o afectivas en relación a las NNyA, y que lo que decía sea acorde a su interés superior.

### **III. La socioafectividad como requisito de idoneidad para ejercer el cargo de tutor/a**

Como es sabido, hace tiempo que la noción de socioafectividad<sup>9</sup> ha irrumpido en las relaciones familiares, dicha noción tiene un componente social y afectivo que no se asocia al parentesco, “su desarrollo responde a la receptividad de manifestaciones de vivir en familia que encuentran su cauce en vínculos de apego significativos para la persona que conviven o no con vínculos parentales”<sup>10</sup>. Se ha dicho que la socioafectividad expone “...cómo lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social, y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos...”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> BUENO, Horacio E. y RACCIATTI FERRARI, Huilen, “Tutela, revinculación, identidad e interés superior del niño”, SJA 24/07/2019, 24/07/2019, 33, TR LALEY AR/DOC/1481/2019.

<sup>9</sup> Esta noción, si quiere disruptiva del escenario jurídico tradicional, proviene del derecho brasilero y abre la brecha para sentar posibilidades del ejercicio de derechos antes no reconocidos, a partir del desapego a las pautas netamente biológicas para dar lugar a las sociológicos del presente. Ver DUPRAT, Carolina, FERNÁNDEZ Silvia, GONZALEZ DE VICEL, Mariel y HERRERA Marisa en TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA, TOMO V-B, (Dir. KEMELMAJER- HERERRA -LLOVERAS) 1ed. Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016, p. 26.

<sup>10</sup> KRASNOW, Adriana: “La socioafectividad en el derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, Revista de Derecho (Valdivia), vol. 32, Nro. 1, junio de 2019, p. 71/94.

<sup>11</sup> HERRERA, Marisa: “Socioafectividad e infancia. ¿De lo clásico a lo extravagante?”, TRATADO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, Tomo I, FERNÁNDEZ, Silvia E. (Dir.), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, p. 975.

En nuestro sistema normativo, podemos encontrar varias normas que dan relevancia al elemento afectivo desde antes de la sanción del CCyC, así, en el art. 7 del decreto reglamentario 415/2006 de la ley n° 26061, se prevé que podrá asimilarse al concepto de familia "...a otros miembros de la comunidad que representen para las NNyA, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección".

En el CCyC, también existen una serie de normas que refieren a las nociones de "vínculo afectivo", "allegado" o "referente afectivo", tales como: el art. 59 que permite que el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud pueda ser otorgado por el "allegado" que acompañe al paciente, el art. 556 que determina como beneficiarios del derecho de comunicación a quienes justifiquen un "interés afectivo legítimo", el art. 607 establece que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no será dictada si algún familiar o "referente afectivo" ofrece asumir su guarda o tutela, siempre que tal solicitud sea adecuada su interés, el art. 608 que faculta al juez a escuchar "a los parientes y otros referentes afectivos" en el proceso de declaración de situación de adoptabilidad, el art. 646, inciso e) que estipula entre los deberes de los progenitores el de respetar y facilitar el derecho del hijo/a a mantener relaciones personales con los abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un "vínculo afectivo", entre otras.

Advierto que nuestro CCyC no fue ajeno al reconocimiento de efectos jurídicos a la socioafectividad, sin embargo, en los arts. 643 y 657, expresamente, consagró que en caso de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental las/los progenitores deben otórgaselo a un pariente y, en el supuesto de otorgamiento de guarda por el juez/a también se estipuló este requisito. Si bien en otra oportunidad<sup>12</sup> he sostenido que la interpretación de debe ser amplia y no reducido a los parientes obligados alimentarios, hoy en aras de realizar un análisis en conjunto con la figura de la tutela entiendo que una vía para sortear este valladar del parentesco puede ser nombrar tutor/a en vez de guardador/a, o transformar la guarda (donde ser declaró la inaplicabilidad o inconstitucionalidad del requisito del parentesco) en tutela.

Esta posible solución, surge del mismo art. 104 del CCyC que en su tercer párrafo dice:

---

<sup>12</sup> Ver TORDI, Nadia A. - DÍAZ, Rodolfo G., NEIROTTI, Carlos E., "Figuras derivadas de la responsabilidad parental: la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda a un tercero" LALEY, AP/DOC/248/20.

Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del NNyA puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los NNyA a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del NNyA en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

Esta norma ha sido cuestionada, se ha dudado si su aplicación habilita a convertir en tutor al guardador, entiendo que sería posible y viable, pero este tutor será pariente salvo que previamente se haya declarado la inconstitucionalidad o inaplicabilidad de dicho requisito. También otra discusión que se presenta es si esta transformación debe hacerse una vez vencidos los plazos previstos por los arts. 643 y 657 del CCyC, o si no sería necesario esperar su expiración<sup>13</sup>. Mizhari critica la norma y sostiene que podría el legislador haber sido más claro y prolijo en la redacción de dicho párrafo ya que su aplicación estricta, y sin modificaciones, podría plantear situaciones difíciles, con riesgo de afectar el interés superior del niño. Entiende que la tutela está excluida del tercer párr. del art.104 del CCyC y que las funciones que se adjudican al delegado o cuidador son esencialmente transitorias, lo que importa decir que únicamente tendrán validez durante los plazos de vigencia establecidos en los arts. 643 y 657 del CCyC. Aduce que las funciones tutelares se otorgan provisoriamente, ya no se exige como requisito previo la privación de la responsabilidad parental, privación que sí resulta indispensable si se quiere ingresar propiamente en la figura de la tutela<sup>14</sup>.

No comparto dicha postura. En primer lugar, como ya sostuve conforme la redacción del mismo art. 104 del CCyC no sería necesario privar a los proge-

---

<sup>13</sup> BURUNDARENA, Ángeles, en LORENZETTI, Ricardo L. (Dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. I, p. 462 y ss.; PAGANO, Luz, en BUERES, Alberto J., Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2014, t. 1, ps. 132-133; HERRERA, Marisa, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, ob. cit., t. IV, ps. 299 y ss.

<sup>14</sup> MIZRAHI, Mauricio L, "Cuidado personal de niños por terceros. Exégesis de los artículos 104, 643, 657, 674 y 702 del Código Civil y Comercial", LA LEY 30/10/2019, 30/10/2019, 1, AR/DOC/2735/2019.

tores de la responsabilidad parental, sino bastaría acreditar que no están en su ejercicio (art. 702 del CCyC), una de las casuales de suspensión del ejercicio es que hijo/a esté bajo el cuidado de un tercero, por lo que bastará acreditar dicha situación fáctica. En segundo término, entiendo que en aras de brindar seguridad jurídica a situaciones que pueden extenderse en el tiempo, y que no encuentran solución en la declaración de situación de adoptabilidad, se podrían transformar las guardas de los arts. 643 o 657 en tutelas, pero para garantizar los derechos de todos los actores involucrados: NNyA, progenitores, pariente o/ tercero referente afectivo, propongo realizar un proceso judicial, en el que se garantice el derecho de defensa, la escucha de las NNyA, y se acredite la idoneidad de la o las persona propuesta para ejercer el cargo de tutor/a y esa idoneidad va más allá de su condiciones morales y materiales, sino que juega un factor de relevancia el ser un referente afectivo significativo para la NNyA cuyos derechos se están decidiendo.

A mayor abundamiento, en los fundamentos del ante proyecto también se hizo alusión a este punto:

La mención al guardador obedece a que el anteproyecto recepta la figura de la guarda por un tercero, sea por delegación del ejercicio de la responsabilidad parental por parte de los padres, o por disposición judicial. En este contexto, el guardador puede ser investido con las funciones que se regulan en este título para el tutor u otra persona diferente a aquél. Esta coordinación de la figura de la tutela con la del guardador queda expresamente establecida en la disposición que inaugura el título sobre Tutela...A los fines de compatibilizar la guarda con la tutela, se dispone que si los padres han delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un tercero, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del NNyA, a elección del tercero. Los padres pueden elegir, pero no pueden eximir al tutor de hacer inventario, ni autorizarlos a recibir bienes sin cumplir ese requisito, ni liberarlos de rendir cuentas.

Por lo que advierto dos situaciones se pueden presentar i) que se solicite transformar la guarda por delegación o concedida por el juez/a (art. 643 o 657 del CCyC) en tutela (ter. párr. art. 104 del CCyC, ii) cuando los progenitores no



pueden cuidar a sus hijos y la figura de la delegación no es pertinente a su caso, puede tramitarse un proceso de tutela, donde se acredite que no ejercen la responsabilidad parental, se garantice la participación procesal y escucha de la NNyA, se acredite la idoneidad de la persona y dentro de esta idoneidad podrá hacerse alusión a que es un/a referente afectivo o comunitario y lo más conveniente para el interés superior de la NNyA es esta solución.

La primera propuesta ya fue resuelta en la jurisprudencia, en un caso en el que la abuela cuidada a sus nietos desde hacía mucho tiempo, porque su madre se los había dejado y el padre se encontraba privado de la libertad, la Cámara resolvió transformar la guarda prevista en el art. 657 del CCyC en una tutela y su fundamento fue otorgar un marco más definitivo a los niños y priorizando el principio de estabilidad o continuidad<sup>15</sup>.

La segunda idea, es una propuesta para tratar de dar una solución a situaciones complejas, de NNyA que seguramente han transitado el sistema de protección de derechos, se encuentran al cuidado de referentes afectivos con medidas de protección excepcionales y la declaración de situación de adoptabilidad no es viable en su proyecto de vida, por diferentes variables que pueden presentarse.

La jurisprudencia, también se ha expedido sobre este tema y en un caso, en el que el organismo de protección de derechos había solicitado la declaración de situación de adoptabilidad de una niña, se dispuso su rechazo y resolvió de oficio otorgar la tutela de la niña a su progenitor afín, para así decidir dijo :

A fin de brindar estabilidad jurídica a la situación actual corresponde designar tutor al actual referente afectivo —progenitor afín—teniendo en miras su interés superior y atento haber demostrado éste último reunir los requisitos de idoneidad para dicho cargo y no encontrarse comprendido dentro de las causales del art. 110 del CCyC, en los términos y con las responsabilidades y deberes que establecen los arts. 104 y ss del CCyC; debiendo permitir el tutor designado que la niña mantenga con su familia extensa por línea materna, así como con su progenitora, adecuada comunicación en la medida que ello resulte beneficioso para la niña (art.

---

<sup>15</sup> CNCiv., Sala I, 06/09/2016, B. M., L. R. y otros s/ guarda, LA LEY 01/02/2017, 01/02/2017, 9 - LA LEY 2017-A, 202 - RCCyC 2017 (marzo), 03/03/2017, 109, AR/JUR/70598/2016. Ver también JzFlia-Tigre, Nro5, 14/05/2021, A. T. G. M. s/ guarda de personas (art. 234 del CPCC), RCCyC 2021 (octubre), 12/10/2021, 146, TR LALEY, AR/JUR/63590/2021.

9.3 CDN), en cumplimiento de lo previsto por el art. 555 del CCyC.<sup>16</sup>

Así las cosas, ambas soluciones ya han tenido aplicación en nuestro derecho actual, por lo que el peso del principio de realidad e interés superior sirven de norte para brindar soluciones a las más diversas situaciones que se puedan presentar.

#### **IV. Conclusiones**

Con todo, entiendo que la noción de la socioafectividad hace alusión al aspecto social y su interrelación con el afecto que pudiera existir en una circunstancia de tiempo y espacio determinado y pesa al momento de buscar la mejor solución para las NNyA en cada caso concreto. Es una noción que cada vez se hace más presente en el derecho de las familias y no puede ser dejada de lado al momento de pensar soluciones a las diversas situaciones que se puedan presentar en tribunales. Obviamente su aplicación y ponderación por los operadores del derecho debe ir de la mano con todos los postulados de la Doctrina de Protección Integral de Derechos de las NNyA: el principio de interés superior del NNyA, la consideración como sujeto de derechos, su derecho a ser oído y participar del proceso y la consideración del principio de capacidad progresiva.

---

<sup>16</sup> JdCNJPJyfF Rio Segundo, 10/12/2020, S. T. A. s/ control de legalidad de medida excepcional, La Ley Online; TR LALEY, AR/JUR/81911/2020.

## AUTONOMÍA Y CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE VIOLENCIA\*

Abg. Carlos Emilio Neirotti

### I. Introducción

Se hace necesario analizar si, conforme a los distintos instrumentos convencionales-internacionales, la Argentina está en condiciones de decir que posee legislación interna adecuada a las prescripciones de la CEDAW y las 100 Reglas de Brasilia que permitan a la mujer en situación de violencia, acceder de manera ágil, rápida y eficiente a los distintos dispositivos públicos según cada nivel estadual, con especial análisis en las normas locales de la provincia de Mendoza.

Asimismo, es una constante en la práctica forense que las personas que acuden a los juzgados competentes en la temática -de familia y violencia familiar- desistan de los procesos de violencia ya iniciados o pidan el levantamiento de medidas de protección de sus derechos ya dispuestas. O que, sin trámite previo, anuncien en los expedientes que han vuelto a tener trato, relación y/o convivencia con el agresor. Tales situaciones obligan al juez a ponderar la extensión de la intervención del Estado, y, como resulta lógico, entran en tensión la manda judicial originaria, con la autonomía personal de la mujer que ha sido beneficiaria de la protección, aspectos que deben ponderarse a la luz de su mayor o menor situación de vulnerabilidad.

Sobre estos ejes gira este trabajo, es decir, la denuncia y acceso a la justicia, por un lado; y el respecto a la autonomía personal de la mujer víctima, por el otro.

---

\* El presente trabajo fue elaborado en el marco del Proyecto de Investigación sobre "Los estándares del Sistema de Derechos Humanos en el proceso de violencia de género y familiar. Análisis del caso mendocino". COD E002-T1. Universidad Nacional de Cuyo, Res. 2118/2022.

## II. El acceso a justicia de las mujeres víctimas de violencia en las Américas

En el año 2007, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a través de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) presentó un extenso informe sobre el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas.

En este marco, la Relatoría sobre Derechos de las Mujeres de la CIDH, emprendió una serie de actividades de recopilación y análisis de información con la finalidad de obtener un panorama completo de los principales desafíos que las mujeres víctimas de violencia enfrentan cuando procuran acceder a recursos judiciales idóneos y efectivos. Estos estudios fueron plasmados en dicho informe.

El informe define el concepto de “acceso a la justicia” como el acceso de iure y de facto a instancias y recursos judiciales de protección frente a actos de violencia, de conformidad con los parámetros internacionales de derechos humanos. La CIDH ha establecido que un acceso adecuado a la justicia no se circunscribe sólo a la existencia formal de recursos judiciales, sino también que éstos sean idóneos para investigar, sancionar y reparar las violaciones denunciadas.

En este sentido la CIDH ha sostenido que una respuesta judicial efectiva frente a actos de violencia contra las mujeres, comprende la obligación de hacer accesibles recursos judiciales sencillos, rápidos, idóneos e imparciales de manera no discriminatoria, para investigar, sancionar y reparar estos actos, y prevenir de esta manera la impunidad.

El sistema interamericano de derechos humanos se basa en la premisa de que el acceso a los recursos judiciales idóneos y efectivos constituye la primera línea de defensa de los derechos básicos.

En este sentido, los instrumentos vinculantes como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará, afirman el derecho a las mujeres de acceder a una protección judicial que cuente con adecuadas garantías frente a actos de violencia.

En dicho marco, los Estados tienen la obligación de actuar con debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos.

El deber de los Estados de proveer recursos judiciales no se limita a una disponibilidad formal, sino que tales recursos deben ser idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas.

### *La noción de vulnerabilidad*

Los derechos humanos, especialmente los económicos, sociales y culturales, nacieron para remediar las carencias naturales de la persona. Hoy se los analiza con el lente de la vulnerabilidad. Se trata de una visión nueva y expansiva: la atención al concepto indeterminado de vulnerabilidad es reciente, creciente, y aparece en varios niveles (ambiental, económico, sociológico, político, etc.). Así la vulnerabilidad fue especialmente tenida en cuenta en la redacción del CCyC<sup>1</sup>

### *Vulnerabilidad versus autonomía*

Para la llamada teoría de la vulnerabilidad, la autonomía es un mito falso porque, generalmente, esa libertad está restringida por la vulnerabilidad, casi esencial a determinados sujetos. No comparto una afirmación tan categórica. En mi opinión – siguiendo a la Dra. Kemelmajer- el concepto de vulnerabilidad sirve para comprender que, como dice Carlos Nino,

(...) para que la autonomía pueda ser efectiva, para que la libertad pueda ser desarrollada, las personas debemos contar con opciones reales que muchas veces no podemos tener sin la ayuda del Estado, o sea, la autonomía puede salvarse, pero necesita auxilio<sup>2</sup>.

Elevar la problemática de la violencia al ámbito de los derechos humanos protegidos por las convenciones internacionales tiene importantes consecuencias:

Los supuestos de violencia deben tratarse como ataques a valores fundamentales del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, con el plus que éstos implican.

El primer valor atacado es la autonomía/libertad de la persona. De allí que cuando se hace mención a la violencia familiar, la protegida no es la familia como tal, sino la personalidad de cada uno de sus integrantes

---

<sup>1</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, La violencia en las relaciones de familia, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2022, Tomo I, p. 35

<sup>2</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, ob. cit. p. 35

La segunda base constitucional atacada es la igualdad.<sup>3</sup>

Entonces, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres con motivo de ser víctimas de violencia familiar requiere de una accionar del Estado más activo para ir en auxilio de ellas.

Ese accionar debe ir en consonancia con la Convención de Belém do Pará y de la CEDAW, que se traduzca en acciones positivas del Estado en ese sentido (cf. art. 75, inc. 23, CN).

El accionar del Estado, que ha sido requerido para ir en ayuda de la persona víctima, tiene distintas alternativas que repercuten en la importancia de su autonomía. Cuando la persona sólo acude a poner de manifiesto un hecho o una situación de violencia, pero posteriormente decide que no busca una medida de protección; ya que nos encontramos en un estadio procesal en el cual todavía no se ha comprobado ningún extremo denunciado, entonces su decisión deberá coincidir con la mirada estatal en respetar la no intervención judicial aunque puede ser derivada a otros efectores públicos -no judiciales- de orientación, acompañamiento y asesoramiento en relación a cuestiones de género.

Si con motivo de haberse iniciado un trámite judicial ante el juzgado de familia que corresponda se han llevado a cabo diligencias procesales de prueba, sea entrevista social, evaluación psicológica, testigos, etc., y de las mismas se comprueba un grado de vulnerabilidad tal en la víctima que amerita un accionar estatal, aunque la peticionante quiera desistir del pedido, luego de analizar la entidad del hecho o situación denunciada y la cronicidad de las circunstancias, se decide, muchas veces, de manera no coincidente con la víctima, es decir, resolviendo una medida de protección.

Igual temperamento se sigue en caso de que una vez dispuesta la medida de protección, la víctima acude al juzgado a pedir su levantamiento.

De ello se desprende que, a mayor gravedad, cronicidad del o los hechos que implique mayor vulnerabilidad, menor es el margen de autonomía de la víctima y mayor intervención -ayuda- estatal se verificará a través de sus distintos efectores. Más adelante, al analizar las características del proceso de violencia en el Código Procesal de Familia de Mendoza (en adelante CPF), volveremos sobre este aspecto.

---

<sup>3</sup> KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, ob. cit. p. 37

### III. Los principios procesales. Introducción

Cuando hablamos del procedimiento de violencia familiar, la comprensión de la desigualdad de género, su concepto y fundamentos son importantes para diferenciar el tratamiento legal y procesal correspondiente. Es que nacer y ser mujer u hombre es una condición que marca una diferencia y también la vida, las aspiraciones, la libertad, los sueños, las oportunidades y los riesgos. Esta constatación justifica por sí misma la necesidad de la aplicación de género en el Derecho, si de verdad se busca que la justicia sea posible, tanto para hombres como para mujeres y logre la verdadera reparación de las víctimas<sup>4</sup>.

#### *Los principios procesales y la perspectiva de género*

Los principios son directrices de aplicación para cada proceso de familia, como el de violencia familiar. La aplicación de los mismos dependerá de las situaciones de hecho entabladas en la justicia para ser dirimidas ante la autoridad judicial competente.

El principio de tutela judicial efectiva engloba a los demás. Las leyes de protección contra la violencia establecen un sistema de medidas que tiene como finalidad asegurar a las personas en situación de violencia la efectiva tutela jurisdiccional. Esto se relaciona con una actuación judicial activa que contemple las circunstancias de cada caso.

El principio de oficiosidad se aplica en razón de la importancia de índole social que tiene el procedimiento y el rol de la autoridad judicial como garante de la seguridad de las personas en situación de violencia.

El principio de inmediación es acorde a la idea de una autoridad judicial que se noticie directamente de lo ocurrido, dado que son procesos plagados de entramados sociales y vinculares que sólo el contacto directo de dicha autoridad con las partes puede desentrañar.

El principio de oralidad se encuentra relacionado con la tutela judicial efectiva y la inmediación y viene a plantear la necesidad de que los operadores escuchen en primera persona los planteos de las partes. Esto puede ser utilizado como insumo si la autoridad judicial lo considera conveniente.

---

<sup>4</sup> ORTÍZ, Diego Oscar en Tratado de géneros, derechos y justicia, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2021, p. 415.

Los principios de buena fe y lealtad procesal van de la mano cuando se habla de la conducta procesal de las partes. Éstos deben imperar en todo el procedimiento evitando reclamos infundados, incomparecencias sistemáticas e inmotivadas a las audiencias debidamente notificadas, negativa de información necesaria, etc.<sup>5</sup>

#### IV. El procedimiento de violencia

Así como los principios procesales se aplican en los procesos de familia en los que se tramitan cuestiones de fondo, también se deben aplicar en el procedimiento de violencia familiar (2, art. 4, CPF) donde se denuncian situaciones encuadradas como de violencia económica, ya que hay un encuadre de una situación en estos supuestos.

Ahora debemos pensar cómo impacta cada principio en este tema, como por ejemplo la tutela judicial efectiva, intermediación, oralidad, celeridad, oficiosidad, etc. Con respecto a este último principio citado, se ha dicho que los jueces disponen de un amplio margen de discrecionalidad para evaluar los hechos y el derecho en cada situación denunciada.<sup>6</sup>

El proceso de violencia familiar se halla signado por el principio de oficiosidad, en tanto -conforme el marco normativo vigente- es al magistrado a quien corresponde ordenar las medidas que estime contribuyen a dar mejor solución al conflicto, procurando proteger a la víctima, atacar la causa de la violencia, poner fin a las situaciones de vulneración de derechos denunciadas y prevenir la repetición de hechos de agresión.<sup>7</sup>

Normalmente, si la víctima es plenamente capaz, el juez toma la decisión sólo a petición de parte. No obstante, a veces, la actuación de oficio se justifica aún con víctimas plenamente capaces que se encuentran en una situación especial de vulnerabilidad.

---

<sup>5</sup> ORTÍZ, Diego Oscar en ob. cit. p. 416/417.

<sup>6</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Algunos aspectos procesales en leyes de violencia familiar, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, 2002-1, ag. 136; esta Sala, causas n° 53266 «T.R.H.» del 19.03.2009, n° 53626 «L.D.A.» del 03.08.2009, entre otras.

<sup>7</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída Algunos aspectos procesales en leyes de violencia familiar, en Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni, 2002-1, pág. 159; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, La medida autosatisfactiva, instrumento eficaz para mitigar los efectos de la violencia intrafamiliar, JA 1998-III-693; CNCiv., Sala G, en autos “P.G. c/ C. s/ Denuncia violencia familiar” del 20.02.1997; CNCiv., Sala A, en autos “S., P. s/ Art. 482 CC” del 30.09.1996, entre otros.



Con el mismo criterio, el juez puede mantener algunas medidas, aunque la persona denunciante, plenamente capaz, desista del proceso, si entiende que ese acto procesal priva de protección a una víctima en especial situación de vulnerabilidad, es decir cuando tiene su aptitud de autodeterminación abolida o limitada. En esta línea se percibe que la interpretación del desistimiento debe ser restrictiva.

En definitiva, el legislador nacional en el art. 4 de la Ley 24.417 y en el art. 26 de la Ley 26.485, de igual modo que el legislador de la provincia de Mendoza, en el art. 74 CPF de Mendoza, han optado por una concepción amplia y general. Es decir, otorgar al juez un amplio margen de discrecionalidad para enfrentar la cuestión conceptual cuando el conflicto se presenta.

Desde ya entendemos que discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad ni de intromisión del Estado en la intimidad de las relaciones familiares, sino que con este criterio se cumple con la manda constitucional de la protección integral de la familia, que se encuentra alojada en la norma del art. 14 bis de nuestra Carta Magna.

### *La denuncia de violencia familiar*

La denuncia consiste en una presentación en el marco de un procedimiento especial, que realiza una persona (legitimada activa), por la cual insta la actividad jurisdiccional a efectos de peticionar las medidas protectorias que correspondiesen acorde a la plataforma fáctica de su situación personal.

En esta línea de razonamiento, conforme a nuestro ordenamiento legal interno, en la Argentina se ha regulado la forma de acceso al poder judicial de las personas víctimas de violencia a través de la Ley 24.417 primero (1994)<sup>8</sup> y de la ley 26.485, después (2009).<sup>9</sup>

La primera de ellas pone en cabeza de la persona víctima el deber de denunciar algún hecho de violencia, como asimismo de los profesionales de la salud que tomen conocimiento de los mismos, siempre que constituyan un delito penal, en cuyo caso, están relevados del secreto profesional (cf. art. 1 de la Ley 24.417 y art. 156 C. Penal). Pero el art. 18 de la Ley 26.485 extendió los legitimados a de-

<sup>8</sup> Ley de Protección contra la violencia familiar. BO 3/01/1995.

<sup>9</sup> Ley de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales) BO 14/04/2009.

nunciar violencia contra las mujeres, sea o no en el ámbito doméstico, y aunque no constituya delito. En la órbita local de la provincia de Mendoza, la reglamentación de la denuncia está alojada en la norma prevista en el art. 77 y sg. del CPF.

En lo que ocupa al CPF debemos estar a las prescripciones de los arts. 81 y siguientes del CPF local. En lo atinente a la forma la misma puede ser oral o escrita. En cualquier caso, en la provincia de Mendoza, los lugares habilitados para recibirlas son el Poder judicial, ante la justicia de familia (en las secretaría especializadas de medidas de protección) o ante las oficinas o unidades fiscales; ante las comisarías de la policía, o ante otros organismos, entiéndase por tales a los Juzgados de Paz departamentales con competencia en los asuntos de familia y violencia familiar conforme la competencia que se les asigna en el art. 15 del CPF; a la Dirección de la mujer, Genero y Diversidad dependiente de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza; a la Dirección de Genero y Diversidad del gobierno de Mendoza y sus dependencias municipales de Áreas Mujer; estas direcciones poseen diferentes incumbencias en cuanto a que servicios prestan.<sup>10</sup>

A partir de la emergencia sanitaria por la pandemia a causa del COVID 19 se suma la denuncia virtual a través de un formulario que existe al efecto en la página del poder judicial de Mendoza, el cual una vez formulada la denuncia deriva a la denunciante al juzgado de familia competente debido al domicilio de la víctima, y allí se da trámite.

Para finalizar, el CPF prevé el tratamiento de la denuncia anónima en el art. 83, al prescribir que no se recibirán. Por eso, a fin de asegurar la protección de la identidad del denunciante, la Jueza o Juez podrá ordenar la reserva de su identidad.

La negativa a la recepción de denuncia anónima incluye la realizada en forma telefónica. Creemos que la motivación básica de esta disposición está destinada a evitar el uso incorrecto de este servicio con el fin de perjudicar a alguna persona por otro tipo de razones, que no tienen que ver con la violencia. Ello así por cuanto las legitimaciones previstas en la ley son amplias e incluyen la posibilidad de que denuncie un tercero cuando la víctima se encuentra imposibilitada, de allí que se han cubierto todas las posibilidades. Entonces, permitir la denuncia anónima abriría una puerta a la intervención judicial en supuestos ajenos a los previstos por la ley.

---

<sup>10</sup> Para ampliar, compulsar la información en la web del Poder Judicial de Mendoza [www.jus.mendoza.gob.ar](http://www.jus.mendoza.gob.ar)

Individualizado el camino legal, cabe hacer una aclaración importante. En ocasiones, frente a la denuncia de violencia familiar o doméstica, que es una modalidad de violencia según el art. 6 de la ley 26.485, se detecta la convergencia de varios de los tipos enunciados en el art. 5.<sup>11</sup> (económica, psicológica), verbal o ambiental, o se advierten en un proceso de alimentos en donde se denuncien este tipo de situaciones (recordemos que la destrucción de un bien, perturbación en la posesión del mismo o la negación de alimentos son supuestos de violencia económica conforme surge de la ley 26485 y el Decreto reglamentario 1011/2010).

Esta aclaración se hace porque la denuncia de violencia familiar tiene su propia estructura procesal<sup>12</sup> enmarcada en un tipo de proceso especial, y está destinada a obtener medidas de protección y sugerir la concurrencia a las partes a espacios institucionales específicos.<sup>13</sup>

Se ha dicho que la denuncia de violencia requiere la actualidad y gravedad de un hecho que amerite una decisión urgente, estos caracteres se pueden dar

---

<sup>11</sup> ARTÍCULO 5º — Tipos. Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: 1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física. 2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación. 3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin acceso genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres. 4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de: a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes; b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales; c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

<sup>12</sup> El procedimiento de violencia familiar es un proceso distinto a los demás, el juez o jueza para decidir mira lo ocurrido (la situación de violencia actual y/o pasada) para decidir por lo que puede ocurrir. Y en ese lapso entre presente y futuro, la urgencia es un elemento clave. Es el denominador común de un gran sector doctrinario que conceptualiza el tipo de proceso en el que se dictan las medidas cautelares. ORTIZ, Diego, La urgencia como elemento de decisión judicial, Revista de Pensamiento Civil, 21/05/18.

<sup>13</sup> El art 3 inc. a) del CPF de Mendoza plantea dentro de las características la especialidad de familia y la de violencia familiar. <http://www.saij.gob.ar/9120-local-mendoza-codigo-procesal-familia-violencia-familiar-lpm0009120-2018-11-13/123456789-0abc-defg-021-9000mvorpyel>.

perfectamente cuando se exponen situaciones de maltrato emocional, abuso en la administración y/o disposición de un bien ganancial, la destrucción de un bien prestado por la mujer en situación de violencia al agresor, limitación del recurso vivienda a una mujer mayor, incumplimiento alimentario constante<sup>14</sup> o la falta de documentación necesaria como el carnet de una obra social<sup>15</sup>, etc. En un precedente de la provincia de Santa Fe se ha dicho con buen criterio, que aquí no está en juego solamente un tema patrimonial, sino circunstancias que tienen que ver con la subsistencia misma de los hijos del accionado<sup>16</sup>.

Sin perjuicio de destacar el componente económico que subyace en muchas denuncias de violencia económica, la casuística local de la provincia de Mendoza nos indica que las más comunes son la psicológica, la emocional y la física; a poco de ahondar cada caso, surgen todos estos tipos de violencia que se encuentran ínsitas.

Del mismo modo, cada persona víctima de violencia, en la mayoría de los casos se encuentra inmersa en distintas vulnerabilidades (económicas, sociales, habitacionales, laborales). Así nos encontramos con mujeres (según las estadísticas son la mayoría de las que denuncian) que habitan viviendas precarias, o de reducidas dimensiones, con trabajos no registrados de escasos ingresos o sin trabajo, recibiendo la ayuda estatal a través de programas sociales, quedando a cargo del cuidado de varios hijos; todo lo cual requiere del operador jurídico capacitarse y agudizar la mirada para realizar un abordaje lo más completo posible, con la necesaria perspectiva de género.

Correlativamente, las medidas de protección solicitadas que tienen mayor frecuencia en la práctica forense se refieren a exclusiones de hogar y prohibiciones de acercamiento del agresor a la persona víctima, acompañadas por retiro de pertenencias y a veces alimentos urgentes.

También hay familias extensas de varios integrantes que habitan viviendas no adecuadas a la cantidad de personas que la integran, con construcciones pre-

---

<sup>14</sup> Generalmente las situaciones de violencia no se dan en un único acto, sino que se repiten a lo largo del tiempo en mayor o menor intensidad, pasando de un tipo de violencia a otro o dándose en convergencia. Por eso la ocurrencia de un solo acto de violencia física no puede estar desconectado de las situaciones de violencia psicológicas y ambientales anteriores para el dictado de una medida de protección. ORTIZ, Diego, La urgencia como elemento de decisión judicial, *Revista de Pensamiento Civil*, 21/05/18.

<sup>15</sup> Juzgado Comunitario Pequeñas Causas de Granadero Baigorria, 7-dic-2017M. c/ I. S. s/ violencia familiar, Expte. N° 172/2017, MJ-JU-M-109043-AR, MJJ109043

<sup>16</sup> Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, Sala II, 12/09/19.F. N. M. C/ D. F. G. S/ Ejecución de sentencia, CAUSA F4-7741 R.I.89/19

carias, a veces en condiciones de hacinamiento, todo lo cual deriva en conflictivos familiares que se mantiene en el tiempo y que, a la postre, acuden a la justicia para solicitar las medidas de protección que prevé la legislación para situaciones de violencia doméstica. Pero estos casos tienen a la base derechos económicos, sociales y culturales vulnerados, y por ello deberían canalizarse a través de otros efectores del Estado, sea nacional, provincial o municipal sin que sea la intervención del poder judicial la más adecuada para este tipo de conflictos. Para evitar la saturación del sistema judicial se requieren organismos de ayuda, asesoramiento u orientación de manera previa y obligatoria para las personas víctimas.

## **V. Retracción. Características del proceso de violencia familiar en el CPF**

El proceso de violencia en el Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza (CPF), es un proceso especial regulado en los arts. 68 a 101.

El art. 74 establece que es específico y de carácter proteccional y que los derechos vulnerados son de naturaleza indisponible.

Al respecto comparto lo dicho por María Delicia Ruggeri en el comentario al art. 74 del Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de Mendoza plantea dentro de las características la especialidad de familia y la de violencia familiar. Esta autora sostiene que, en cuanto a las características, debemos considerar su naturaleza proteccional en el sentido estricto del término, en tanto pretende hacer cesar los efectos de la violencia y proteger los derechos de la persona sometida a una situación de ese tipo. Ello en contraposición con la protección de otros derechos igualmente importantes, que tienen otras vías para su protección, tales como los patrimoniales, contractuales, etc.

Por otro lado, dice la norma, son de naturaleza indisponible. Los derechos indisponibles son los que no pueden ser objeto de conciliación, transacción, renuncia, etc. Una norma es indisponible cuando tutela derechos irrenunciables para las partes. Una posible interpretación de esta disposición es que partiendo del hecho de que los derechos vulnerados en el caso de la violencia familiar son indisponibles, por ejemplo, el derecho a vivir sin violencia, el derecho a la salud y la integridad física, no pueden renunciarse, ni transarse, ni negociarse por poseer la categoría de derecho humano; el juez en un proceso de violencia en el que la persona víctima diga que ya cesó la violencia, que se retracta o que quiere de-

sistir del proceso, debe verificar en forma previa la existencia de daño físico, psíquico o situación de peligro y el contexto en el que se produce la pretendida renuncia o retractación.

Ahora bien, en esa interpretación, se confunde la indisponibilidad del derecho con la indisponibilidad del proceso, lo que entendemos, es diferente. Tenemos claro que estos derechos son indisponibles, pero no compartimos la posición respecto del proceso. El proceso -en este fuero- puede ser desistido; seguramente habrán de tomarse ciertos recaudos por la condición particular que una verdadera víctima posee, pero ello no significa de manera alguna que haya perdido su autonomía personal y que como tal no pueda tomar esa decisión. Lo contrario sería perpetuar su posición desigual de poder, saliendo del control de quien ejerce violencia para pasar al control de quien supuestamente protege sus derechos.

No respetar su autonomía, suponiendo que su condición de víctima no le permite decidir, no es proteger sus derechos sino “tutelar” su persona y en consecuencia controlar sus decisiones. Esta consideración es coincidente con la formulada al momento de analizar la interacción entre vulnerabilidad y autonomía.

Otra posible interpretación es que la norma sea lo suficientemente clara y que haya querido decir que, frente a la retractación, desistimiento, etc., el juez debe, en forma previa a aceptar dicho desistimiento, verificar la existencia o no de daño, y analizar el contexto socio familiar en el que se produce, para aceptarlo o rechazarlo, y seguir interviniendo. Si aceptamos como correcta esta interpretación, entonces la renuncia no se refiere al derecho en sí mismo sino al proceso en el que se solicita protección.

Sigue diciendo la autora citada “Entendemos que aun cuando el derecho sea indisponible, la verificación judicial no debería estar dirigida a la existencia o no de daño, sino a asegurar la libertad y/o autonomía real de la víctima para decidir, puesto que el proceso es indisponible y por lo tanto sólo debe verificar -como garante de la protección que se le ha solicitado- que la pretensión no se encuentre condicionada por la particular y puntual situación de vulneración, dominación, dependencia o temor en la que se pueda encontrar esa persona, en este momento y en esa circunstancia”<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> RUGGERI, M. Delicia en FERRER y RUGGERI, Dir. Código Procesal de Familia y Violencia familiar de la provincia de Mendoza, Ed. ASC Librería jurídica S.A., Mendoza, mayo 2019, p. 463 a 465.

Si bien esta es la postura que compartimos y propiciamos para resolver situaciones procesales como las descriptas, es preciso concordarla con lo previsto por el art. 18 inc. c) del Código Procesal de Familia de Mendoza, que autoriza al magistrado a dictar las medidas de protección de derechos respecto de las personas en situación de vulnerabilidad.

En este sentido se ha pronunciado la Cámara de Apelaciones de Familia de Mendoza, al decir:

Corresponde ordenar el levantamiento de las medidas de protección de derechos dictadas a favor de la actora, si esta última se allana al pedido de levantamiento incoado por el demandado, teniendo en cuenta que dichas medidas se dispusieron en beneficio de la allanada; que no aparecen vicios de la voluntad en la manifestación del allanamiento y que en esta materia las resoluciones sólo hacen cosa juzgada formal, por lo que, de volver a mostrar el demandado conductas violentas hacia la actora, ésta podrá insistir en el pedido de nuevas medidas de protección. Lo contrario sería ir más allá de la función que en la materia le compete al Estado, implicando la violación del derecho a la intimidad y a la autodeterminación -libertad para elegir el propio plan de vida- respetando el principio de “autonomía de la persona humana”, consagrado constitucionalmente (art.19 CN)<sup>18</sup>.

En cambio, en otro pronunciamiento el mismo Tribunal donde se observa una situación fáctica diferente, ha dicho:

El rechazo del levantamiento de la prohibición de acercamiento, ante la supuesta reconciliación de la mujer tutelada con el demandado incidentante -quienes han vuelto a convivir y esperan un hijo- no constituye una intromisión estatal injustificada porque no se acreditó que las circunstancias que justificaron su dictado hubieran cesado. Además, la falta de comparencia al proceso de la mujer -en primera como en segunda instancia- no permite despejar las dudas acerca de su verdadera voluntad y clarificar si sus deseos son genuinos o

---

<sup>18</sup> CAF de Mendoza, autos N° 25/16 P. M. A E C/M. G. J. P/VIF (LEY-6672), Sumario 5503, 19/10/2016, inédito.

están manipulados o de alguna manera influenciados o derivan de otras circunstancias (desigualdad de poder, situación de inferioridad o vulnerabilidad frente al embarazo, necesidad económica, etc.)<sup>19</sup>

En definitiva, recuérdese que la jurisdicción adopta estas medidas ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de las personas en situación de vulnerabilidad y su finalidad es la preservación o restitución del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Esta facultad incluye a NNyA con relación a las medidas previstas en la Ley 26.061, como así también a las víctimas de violencia familiar en relación a las medidas de protección aquí analizadas.

## VI. Cierre

Podemos afirmar que existe un procedimiento de protección contra la violencia familiar especial, tanto en la legislación de fondo como el procesal local, que en líneas generales se complementan.

Las legitimaciones para denunciar son amplias y no hay contradicciones al respecto entre la legislación nacional y la provincial.

Se trata de un ámbito donde se incorpora la noción de vulnerabilidad para limitar la autonomía personal de la persona víctima de violencia. Como contrapartida aparece la actuación del Estado -en formato de ayuda- en sus diferentes dispositivos, uno de ellos es a través de la recepción de la denuncia y el despacho de medidas de protección emanadas del Poder Judicial, para acompañar a la denunciante.

A mayor vulnerabilidad de la víctima habrá menor espacio para su autonomía y, correlativamente mayor intervención Estatal con actuación oficiosa del poder judicial; pero el principio de oficiosidad no será de aplicación automática, sino que estará circunscripto a verificar la gravedad y/o cronicidad del hecho denunciado y analizar las pruebas recolectadas, para autorizar o no la facultad de disposición del proceso y de las medidas dispuestas por parte de la denunciante.

---

<sup>19</sup> CAF de Mendoza, autos N° 198/19 COMPULSA EN AUTOS N 3221/17/11F I. J. B. CONTRA B. M. E. POR MEDIDA DE PROTECCION DE DERECHOS, Sumario 8641, 28/10/2019.



## LA LIMITACIÓN DE LOS RUBROS INDEMNIZABLES EN LA RESPONSABILIDAD POR ACCIONAR LÍCITO DEL ESTADO PROVINCIAL MENDOCINO A PROPÓSITO DE UN FALLO DE LA SALA PRIMERA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA PROVINCIAL

Dr. Abel A. Albarracín

### I. Introducción

El fallo que analizo (así como las resoluciones judiciales precedentes del Juzgado de Primera instancia y de la Cámara de Apelaciones intervinientes), sienta a criterio del suscripto un importante antecedente en relación al alcance de los rubros indemnizatorios y la eventual limitación legislativa de los mismos en materia de responsabilidad por el accionar lícito del estado provincial en el marco de la previsión del art. 10 y 11 de la Ley N°8968 (que encuentra sus análogos en los arts. 4 y 5 de la ley N°26.944).<sup>1</sup>

Cabe señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha respondido, en este tema, siempre a conceptos claros, precisos y congruentes, siendo oportuno recordar que en los precedentes “Corporación Inversora Los Pinos”, “Cantón” y “Motor Once” consideró que no corresponde el resarcimiento del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita, mientras que, por el contrario, lo admitió en los precedentes “Sánchez Granel” (aunque resolvió sobre cuestiones propias de responsabilidad contractual) y “Juncalán Forestal”.

Con posterioridad, en los casos “El Jacarandá” y “Zonas Francas” afirmó que no había fundamento para limitar la reparación al daño emergente con exclusión

---

<sup>1</sup> En el desarrollo de los aspectos generales de este título, se han seguido los lineamientos extraídos de “Ley de responsabilidad del Estado de la Provincia de Mendoza”, Fernando Simón, Abel Albarracín. Ed. ASC, 1° ed., Mendoza. 2019. Capítulo II, “Responsabilidad Extracontractual por actividad legítima”, y las citas doctrinarias y jurisprudenciales a las cuales se remite en el mismo.

del lucro cesante, aunque en aquellos casos entendió que no se habían acreditado los daños en concepto de lucro cesante, criterio reiterado en el precedente “Malma Trading”.

Tampoco es pacífica la doctrina en relación a este tema. Comadira<sup>2</sup> (antes de la sanción de la Ley N°26.944) consideró que era conducente la extensión a las situaciones de responsabilidad por obrar estatal lícito, la aplicación de la teoría de la expropiación, con fundamento en los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional. Frente a ello, el derecho de propiedad queda comprometido toda vez que el accionar legítimo estatal que el administrado debe tolerar, genera un daño especial, cuyas consecuencias no es lícito que este soporte en beneficio común sin ser indemnizado, so pena de, en caso contrario, violar el principio de igualdad ante la ley.

Para este autor, la Constitución (y los Tratados Internacionales de DDHH) justifican la indemnización, pero no su alcance, concluyendo que si bien el art. 17 de la Carta Magna tutela el derecho de propiedad, no se puede extraer de su texto una presunta obligación de reparación integral en cualquier supuesto de responsabilidad por daño.<sup>3</sup>

Señaló que la Convención Americana de Derechos Humanos, (Pacto San José de Costa Rica), en su art. 21 sobre derecho a la propiedad privada, en su inc. 2, preceptúa que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”, con lo cual se puede observar que no fija de antemano el alcance de la reparación, y que puede variar según cada legislación, sin perjuicio de que debe ser justa, y cuya finalidad persiga la utilidad pública o el interés social<sup>4</sup>, considerando que en razón de la coincidencia estatal por la actividad lícita, el art. 10 de la Ley de Expropiaciones 21.499 (que excluye la indemnización del lucro cesante<sup>5</sup>) tenía suficiente “fuerza

<sup>2</sup> COMADIRA, Julio R., “Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, Capítulo XIV. “Imprudencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito: fuerza expansiva de los principios de la expropiación”, pp. 415/416.

<sup>3</sup> COMADIRA, Julio R., “Derecho...”, ob. cit., pp. 436.

<sup>4</sup> Debe recordarse así mismo, que respecto de este Tratado se genera una situación particular, en tanto la ley N° 23.054 -por la cual ingresa al ordenamiento nacional la CADH- contempló la reserva realizada en su momento por la República Argentina, por la cual no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno, ni tampoco se considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de utilidad pública e interés social, ni lo que estos entiendan por indemnización justa (PTN, Dictámenes 238:87).

<sup>5</sup> En este marco, adquiere relevancia el hecho de que el art. 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones N° 21.499 sí prevé la extensión resarcitoria, limitándola al daño emergente, disponiendo que “la in-

expansiva” como para proyectar sus alcances de modo directo a toda situación indemnizatoria generada por el actuar administrativo regular.<sup>6</sup>

Entonces, al excluir el lucro cesante, el autor que reseño, entendió que el artículo gozaba, en razón de la coincidencia estatal por la actividad lícita, de la suficiente “fuerza expansiva”, destacando que si el art. 17 de la Constitución Nacional estableciera la reparación plena, todas las normas infra constitucionales que no dispongan la reparación del daño emergente y el lucro cesante resultarían contrarias a la norma fundamental.

Esta es materia de las “leyes que reglamenten su ejercicio”, las que en distintas órbitas han fijado criterios de indemnización atendiendo a criterios lógicos: reparación más amplia en supuestos de antijuridicidad y culpabilidad (responsabilidad por actividad ilícita) y limitada en casos de actividad legítima (responsabilidad por actividad lícita), aunque la extensión del quantum dependerá de la reglamentación legal efectuada por el legislador, en el marco de los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional.

A su vez, Marienhoff opinaba que la amplitud o la extensión de la indemnización dependían fundamentalmente del origen y naturaleza del derecho lesionado por la conducta del Estado. Si tal derecho fuera de origen y naturaleza “común” (civil o comercial), el resarcimiento debe ser integral, comprendiendo tanto el daño emergente como el lucro cesante. En cambio, si fuera de origen y naturaleza “administrativa”, la indemnización sólo debe comprender el daño emergente.<sup>7</sup>

Considero que en nuestro sistema la reparación del lucro cesante sólo procedía -por principio- cuando la naturaleza del derecho agraviado era de naturaleza común (civil o comercial), pero no cuando era de naturaleza administrativa. Esto último, como criterio general, se refiere a la actividad lícita del Estado, en la que se excluye el pago de lucro cesante, toda vez que así lo requería la justicia distributiva, poniendo como ejemplo las distintas normas en el derecho público que no reconocen el pago del lucro cesante. En cambio, cuando es por actividad ilícita, también existe la obligación de resarcir el lucro cesante.

---

demnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata de la expropiación. No se tomarán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos, ganancias hipotéticas, ni el mayor valor que pueda conferir al bien la obra a ejecutarse. No se pagará lucro cesante. Integrarán la indemnización el importe que correspondiere por depreciación de la moneda y el de los respectivos intereses”.

<sup>6</sup> COMADIRA, Julio R., “Derecho...”, ob. cit., pp. 439.

<sup>7</sup> MARIENHOFF, Miguel S., “Nuevamente acerca del lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado”, LL 1991-C-1080; pp. 1080.

Así, los de naturaleza administrativa se regirían por criterios de justicia distributiva (justicia establecida por el Estado) donde no rige el principio de reparación integral de daños y perjuicios. Por lo tanto, si se reconociera a título de indemnización o resarcimiento lo desmesurado, trasunta una actitud que desvirtúa la idea de justicia, porque quiebra el equilibrio pleno que ella supone. Entonces, reconocer lo desmesurado o excesivo a favor del cocontratante vulnera la noción de justicia y desconocimiento de que tal tipo de prerrogativa le pertenece por principio al Estado.<sup>8</sup>

En este orden de ideas, y refiriéndose concretamente a un caso de extinción de un derecho de origen y naturaleza administrativa, operada por vía de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, puntualizó que la indemnización sólo comprendía el daño emergente, no así el lucro cesante. Esto así, toda vez que el fundamento mismo de la potestad estatal para extinguir sus actos administrativos creadores de derechos revocados por las razones antes enunciadas se halla ínsito en el propio fin esencial del Estado, o sea, la protección del interés general o público.<sup>9</sup>

Así mismo, señaló que las disposiciones legales sobre expropiación se aplican en materia de revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no por analogía, porque ese es también el régimen propio y directo de este tipo de revocación de actos o contratos administrativos, en tanto la revocación por dichos motivos no es otra cosa que la expropiación referida específicamente a la extinción de un derecho de origen y naturaleza administrativo, y recuerda que ese modo de extinguir tales derechos constituye una potestad propia de la Administración Pública.

En una postura contraria a las precedentemente desarrolladas, Bianchi consideró que el Estado debe, al igual que todo contratante, otorgar un resarcimiento pleno cuando su obrar ha producido un perjuicio, aunque dicha conducta no sea precisamente antijurídica. Al comentar el fallo “Sánchez Granel”, indicó que el pronunciamiento mayoritario se ajustaba a la más moderna corriente jurídica, según la cual ya no debía considerarse al Estado como un ente superior a las restantes personas del derecho y eximirlo, por tanto, de obrar debidamente y conforme a las mismas reglas a las que traban relaciones jurídicas con él, ya sean contractuales o extracontractuales.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> MARIENHOFF, Miguel S., “Nuevamente...”, ob. cit. pp. 1085.

<sup>9</sup> Conf. MARIENHOFF, Miguel S., “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado (lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia),” ED 114-949; pp. 949.

<sup>10</sup> BIANCHI, Alberto B., “Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad contractual del Estado”, ED 111-550.

Por su parte, Cassagne postuló recientemente que:

(...) el principio de la justa indemnización conduce a que las diferentes formas de restitución por daños causados por la actividad legítima del Estado, ya sea esta de naturaleza administrativa (unilateral, contractual o reglamentaria) como legislativa, implican siempre restablecer la igualdad en proporción a las cosas y si bien, en un acto jurídico o contrato, pueden coexistir relaciones de justicia conmutativa con las derivadas de un modelo distributivo, resulta equivocado identificar el derecho público con la justicia distributiva, dejando inaplicables las reglas de la restitución propias de la justicia conmutativa que son las únicas que permiten recomponer la desigualdad y cumplir de ese modo con el principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 CN) y con el consiguiente deber de reparar, dado que no es justo que una persona sufra un sacrificio especial cuando no está obligada a soportar el daño.<sup>11</sup>

A su vez, Perrino reconoció que en ninguna de las disposiciones de la Ley Fundamental ni de los tratados internacionales que por el art. 75 inc. 22, que tienen jerarquía constitucional, se enuncia en forma expresa el derecho a percibir una indemnización integral de todos los perjuicios que pueda sufrir un afectado por una medida estatal dañosa (entre ellos, el lucro cesante), aunque sostuvo que ello no es razón suficiente para desconocer el derecho a su reconocimiento con base constitucional.<sup>12</sup>

En ese orden de ideas, consideró que, como regla, el lucro cesante no debe ser excluido de la reparación cuando el Estado ocasiona perjuicios por actuaciones lícitas, aunque no quita que pueda ser equitativamente restringido en su extensión, teniendo en consideración las circunstancias de cada caso, ya que, así como le parece irrazonable e injusto descartarlo por principio en todos los casos, ya que ello acarrearía el despojo del derecho de propiedad del afectado, también lo estima así reconocerlo sin limitación alguna. Ello es así toda vez que la repara-

<sup>11</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “El principio general de la justa indemnización en la responsabilidad del Estado ¿justicia conmutativa o distributiva?”, LL del 14/9/2015, pp. 1 y ss.

<sup>12</sup> PERRINO, Pablo E., “La responsabilidad estatal lícita y la indemnización del lucro cesante”, JA, Doctrina, del 11/11/2009. Del mismo autor, ver Perrino, Pablo E., “La regulación de la responsabilidad por actividad estatal legítima en la Ley N°26944”, Suplemento Responsabilidad Civil y Seguros, LL 2014-XII-31 y ss.

ción no puede constituirse en una fuente de beneficio o enriquecimiento para el afectado, quien no podría pretender que se le resarza más que el equivalente de lo que en realidad pierde por la actuación estatal lícita lesiva de sus derechos.

Barra<sup>13</sup> estimó que el lucro cesante, junto con el daño emergente, debe integrar la indemnización que se establezca a cargo del Estado como consecuencia de su actividad lícita, es decir que tal indemnización debe ser integral cualquiera fuera la naturaleza del derecho lesionado por el comportamiento estatal; en cambio, estimó que la amplitud o extensión de esa indemnización, es decir si ha de comprender solo el daño emergente o también el lucro cesante, depende fundamentalmente, del origen y naturaleza del derecho lesionado por la conducta del Estado: si tal derecho fuere de origen y naturaleza “administrativa” la indemnización sólo debe comprender el daño emergente; pero si el derecho de referencia, fuese de origen y naturaleza “común” (civil o comercial), el resarcimiento debe ser integral, comprendiendo tanto el daño emergente como el lucro cesante.

## II. La regulación legislativa a nivel nacional y provincial antecedentes

En relación a la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, el anteproyecto del Código Civil y Comercial, en su art. 1766, disponía que:

(...) el Estado responde, objetivamente, por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas. La responsabilidad solo comprende el resarcimiento del daño emergente; pero, si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro.

Esta norma propuesta: 1) dejaba sentado expresamente que no se debe violar el principio de igualdad reconocido en el art. 16 de la Constitución Nacional y, por tanto, no se deben sacrificar intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas; 2) receptaba el criterio general de que en principio, este tipo de responsabilidad solo comprendía el resarcimiento del daño emergente,

---

<sup>13</sup> BARRA, Rodolfo C., “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”, Capítulo IV, en ED, 8/4/91.

con la exclusión del lucro cesante; y 3) generaba una excepción al principio antes aludido: se refería al caso en que, si se afectaba la continuación de una actividad, el Estado debería compensar el valor de las inversiones que no hayan sido amortizadas, con la limitación de que “su giro” fuera razonable (el juez debería ponderar en el caso concreto esa “razonabilidad” del giro).

Este último criterio se dirige en la misma línea de los últimos precedentes de la Corte Suprema reseñados, “El Jacarandá”, “Zonas Francas Santa Cruz” y “Malma Trading”, en el sentido de que el resarcimiento de ese rubro lucro cesante se acredite con cierto grado de certeza, y, por lo tanto, se considere razonable para su giro.

Independientemente de lo expuesto, cabe señalar que el proyecto finalmente remitido por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, que fue sancionado por la Ley N° 26.994, modificó los artículos antes mencionados. En tal sentido, el art. 1764 quedó redactado de la siguiente forma: “Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del capítulo 1 de este título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”. Por su parte, el art. 1765 indica que “Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

En este contexto, la normativa sobre responsabilidad del estado por su accionar lícito, culmina con una salvedad reiterada en la jurisprudencia respecto de la ausencia de disposición que regule expresamente el alcance de la reparación en la actividad lícita del Estado.

En efecto, como se ha analizado, en el fallo “Cantón” se hacía mención a que “...ante la falta de normas expresas sobre el punto...”, el modo de responder por la actividad del Estado mencionada era el establecido en instituciones análogas (art. 16 del Código Civil), aceptándose que la expropiación era la que guardaba mayor semejanza. En esta misma línea, en el caso “Motor Once” en el dictamen de la procuradora fiscal, y en el caso “El Jacarandá” en el voto de la doctora Highton de Nolasco, se señaló que “...ante la ausencia de una solución normativa singularizada para este tipo de responsabilidad estatal...”, debía recurrirse a los principios de leyes análogas. De esta forma, la norma supera la discusión sobre la aplicación analógica de la ley de expropiaciones, toda vez que prevé el alcance de la reparación por la actividad lícita del Estado.

Sin perjuicio de ello, considero disvaliosa la solución propiciada por la Ley de Responsabilidad del Estado Nacional (Ley N° 26.944). Por el contrario, creo

que mayor corrección presentaba la redacción del anteproyecto del Código Civil y Comercial en lo que se refiere al alcance de la reparación por parte del Estado por su actividad lícita.

Entrando al análisis de los artículos, ambos poseen dos partes diferenciadas que tratan la cuestión de la responsabilidad por accionar lícito del estado en forma GENERAL y en ESPECIAL, la responsabilidad por accionar judicial legítimo.

En relación a la primera parte del art. 5 de la Ley N° 26.944 y 10 de la Ley N° 8968, tiene aspectos sustanciales análogos, pero con una diferencia esencial que torna al precepto local en superador del nacional. En efecto, ambos prevén: 1) el carácter excepcional de esta responsabilidad 2) la limitación de los rubros indemnizatorios.

En relación al primer punto, se ha dicho que:

...Debe interpretarse que en principio la actividad legítima del estado, se debe considerar causa jurídicamente relevante de un daño, en virtud de que la actuación del Estado lo es conforme los tratados internacionales, Constitución, leyes, decretos, reglamentos, o sea sobre una base jurídica determinada y por ende genuinamente justa. En el ámbito del derecho común, sería la manifestación de lo que se denomina la justificación que elimina o neutraliza la antijuridicidad (arts. 1717 y 1718, CCC, entre otros) y que se identifica como “ejercicio irregular de un derecho (...) Excepcional implica que no es regla general, que se aparta de lo ordinario o de lo común, pero no es extraordinario ni ausente. La excepcionalidad otorga fundamento a los requisitos más estrictos que se requiere para la procedencia de la ilegítima y la restricción de los rubros indemnizables, y lo que cabe es considerar si dichas restricciones son constitucionalmente razonables y justas...”<sup>14</sup>

En similar sentido, ha expresado Enrique Veramendi<sup>15</sup> en que su interpretación no puede ser otra que

---

<sup>14</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset, PIDECASAS, Miguel A., en “Responsabilidad por Daños, CCCN, Ley N° 26.944”, Rubinzal Culzoni, Bs. As., Santa Fe, 2017, pp. 587.

<sup>15</sup> VERAMENDI, Enrique, “Ausencia del deber jurídico de soportar el daño y la responsabilidad del Estado”, La Ley 09/06/2016, 09/06/2016, 1 - La Ley2016-C, 1182, Cita Online: AR/DOC/1629/2016.



(...) una simple reafirmación de la regla, tradicionalmente sostenida por la Corte Suprema, según la cual el ejercicio de sus poderes propios por parte del Gobierno Nacional no es, en principio, fuente de indemnización para los particulares perjudicados por ello;<sup>16</sup> pero ello desde luego no excluye el derecho al resarcimiento en los casos en que se cumplen los extremos para tenerlo por configurado.

Respecto del segundo punto, cabe recordar que tanto la norma provincial (que expresa “No procede la reparación del lucro cesante causado por actividad legítima, ni se tendrán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas”) como la nacional (que reza “En ningún caso procede la reparación del lucro cesante. La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas) limitan los rubros indemnizatorios, importando una opción legislativa de las soluciones que la jurisprudencia ha diseñado y que han sido reseñadas precedentemente.

Así las cosas, en relación a los alcances de la reparación por los daños ocasionados por su actividad lícita, se excluye expresamente en ambos regímenes el “lucro cesante”, “o sea las ganancias dejadas de percibir, en términos del CCCN, beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención...”<sup>17</sup> y solo se podrá apartar de esta disposición si se considera “inaplicable” al caso concreto o “inconstitucional.”<sup>18</sup>

Estaría también excluida la denominada “pérdida de chance” (entendida como la posibilidad, dentro de las expectativas legítimas del reclamante, probable, en el marco del curso ordinario de las cosas y las circunstancias del caso, con suficiente verosimilitud y razonablemente considerada, de que un hecho hubiere sucedido o bien existido y que se frustró por un factor subjetivo u objetivo atribuible a otro, generándose una consecuencia económica negativa, con suficiente grado de certidumbre que lo torna indemnizable<sup>19</sup>) en tanto los ordenamientos

---

<sup>16</sup> Ver CSJN; Fallos: 256:241, 258:322, etc. Ver también REIRIZ, María Graciela, “Responsabilidad del Estado”, Eudeba, Buenos Aires, 1969, pp. 65, y la jurisprudencia allí citada.

<sup>17</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset y PIEDECASAS, Miguel A., en ob. cit. pp. 587.

<sup>18</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset y PIEDECASAS, Miguel A., en ob. cit. pp. 587.

<sup>19</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset y PIEDECASAS, Miguel A., en ob. cit. pp. 590.

refieren a que no son indemnizables las “ganancias hipotéticas” (art. 1738 del CCCN) y el “daño moral” (“Afecciones espirituales legítimas” y que se indemnizan como consecuencias “no patrimoniales”, con montos que guardan relación con satisfacciones sustitutivas y compensatorias” -art. 1741 CCCN<sup>20</sup>-).

Ahora bien, entiendo que la ley provincial es superadora respecto de la nacional, en tanto: a) si bien parece restringir la reparación en caso de responsabilidad lícita al daño emergente, agrega que en caso que sea afectada la continuación de una actividad, la reparación del daño emergente incluirá la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro (artículo casi idéntico al 1766 del proyecto de CCCN presentado por la Comisión redactora); y, b) Agrega que aunque no se resarce el lucro cesante ni circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas, cuando “...se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas, el juez podrá fijar prudencialmente esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños”.

La CSJN, en el caso “Rebesco”<sup>21</sup> y la Cámara Cont. Admin. Sala V en “Ortolani”<sup>22</sup> ejemplifican cómo en el marco de la responsabilidad lícita del Estado pueden llegar a configurarse daños extrapatrimoniales que deberán ser resarcidos, aun frente al texto legal de la Ley N° 26.944.

Se lee en este último fallo citado:

(...) cualquiera fuere la analogía entre el supuesto abordado por la ley de expropiaciones y los casos del sacrificio de derechos individuales como consecuencia de la actividad extracontractual del estado, ella podría tener andamio en los casos en que se lesionan derechos de índole patrimonial. En cambio, no parece que dicha analogía pueda sostenerse cuando el derecho sacrificado se relaciona con la salud, o la integridad psicofísica de una persona.

---

<sup>20</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset y PIEDECASAS, Miguel A., en ob. cit. pp. 590.

<sup>21</sup> CSJN. Fallo: 318:385. “Luis Mario Rebesco vs. Policía Federal Argentina, sentencia del año 1995.

<sup>22</sup> C.CONT ADM. FED. SALA V. Ortolani, Javier N. y otro c. EN -M. Salud de la Nación y otros s/ daños y perjuicios (01/07/2014).

### **III. El caso sub examine: SCJMZA SALA PRIMERA, AUTOS N° CUIJ: 13-04158084-9/1(010304-53457) MUNICIPALIDAD DE GUAYMALLEN EN J° 260.065/53.457 LA EFECTIVA S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE GUAYMALLEN P/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR DAÑOS Y PERJUICIOS P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL"**

El fallo en análisis transitó las tres etapas provinciales de análisis judicial, habiéndose ventilado ante el Juzgado de Primera Instancia, Cámara de Apelaciones y finalmente, a través de recurso extraordinario ante la Suprema Corte de Justicia Provincial (Sala Primera), siendo el eje del debate el reclamo de lucro cesante y daño comercial por parte de la actora (Estación de Servicio La Efectiva), en virtud del cierre parcial de la calle donde se encuentra ubicada la explotación comercial, para realizar trabajos de repavimentación y de reemplazo de cañerías.

En este marco, desarrollaré los principales argumentos sostenidos por las partes en el proceso, así como los fundamentos explicitados por los tribunales intervinientes en las distintas instancias, para dar resolución al conflicto.

## **IV. PRIMERA INSTANCIA (1er. Juzgado de Gestión Asociada).**

### *1. Posición de la Actora: La Efectiva SA.*

a) La Efectiva S.A. interpone demanda de daños y perjuicios contra la Municipalidad de Guaymallén, a fin de que le abone la suma de \$825.702 en concepto de indemnización. Reclama daño emergente \$825.702 (dentro del cual incluye la facturación dejada de percibir y el daño comercial por pérdida de clientela). La actora es propietaria de una estación de servicio, que se ubica sobre la vereda oeste de calle Alberdi, entre Saavedra y Bandera de los Andes. Dicha intersección se mantuvo cortada sin previo aviso desde el 26/05/17 al 7/06/17 para realizar nueva carpeta asfáltica y reemplazo de cañerías.<sup>23</sup>

b) Entiende aplicable la Ley N°26.944 y, por lo tanto, plantea la inconstitucionalidad de la misma. Sostiene que existe un solo derecho de daños; que el Estado tiene que indemnizar por los daños que ocasione con su obrar lícito, incluido el lucro ce-

---

<sup>23</sup> Dato que surge de la lectura de los hechos, hay 3 estaciones de servicio sobre calle Alberdi en un radio de 5 cuadras.

sante, no porque el accionar administrativo sea contrario a derecho, sino porque el sujeto damnificado no tiene el deber jurídico de soportarlo. Afirma que su reclamo es de daño emergente, ya que se reclama el valor objetivo del bien y no una proyección de ganancias que sería el lucro cesante.

## *2. Posición de la Demandada: Municipalidad de Guaymallén*

El Municipio de Guaymallén, quien desarrolla las obras, solicita el total rechazo de la acción, ya que entre otros fundamentos (y en lo que interesa a este trabajo), considera que no se dan los requisitos de la responsabilidad civil.

Afirma que corresponde aplicar las normas de responsabilidad por actividad lícita del Estado, establecidas en nuestra Ley provincial N° 8968 y no las normas de derecho común. Refiere que la actora reclama daños hipotéticos y futuros, que no corresponde compensar por ley.

Indica que la obra reporta beneficios a la actora porque, por las dimensiones de las obras, la calle Saavedra se convertiría en el principal acceso de Capital a Guaymallén, lo que equivaldría a mayores ingresos de flujo vehicular (Fiscalía de Estado adhiere a la contestación del Municipio).

## *Fallo de primera instancia: Sentencia de fecha 13/09/18 (Dra. Fabiana Martinelli).*

a) Resuelve aplicar los presupuestos de la responsabilidad: se aplica el Nuevo Código y la Ley N° 8968.

b) Indica que corresponde analizar el caso conforme doctrina del fallo “Torres” por lo que es necesario que quede acreditado: a) que exista un daño cierto y actual mensurable en dinero debidamente acreditado; b) que el mismo sea imputable materialmente a la actividad de un órgano estatal; c) que exista relación de causalidad directa e inmediata entre la actividad estatal y el daño; d) que la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo y e) que exista un sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad.

c) Siguiendo el precedente establecido in re “Juncalán” a partir de la sentencia dictada en el caso “El Jacarandá”, la extensión del resarcimiento debe atender a las características particulares de cada situación, no existiendo como principio, fundamento para limitarlo al daño emergente con exclusión del lucro cesante, sin perjuicio de requerir la prueba exhaustiva de su existencia.

d) Al resolver, hace lugar a la demanda por la suma de \$1.531.428,22, a efectos de resarcir el daño patrimonial directo producido por el accionar lícito del Estado en la realización de la obra<sup>24</sup> INCLUYENDO como Daño Emergente rubros relativos a utilidades dejadas de percibir por la actora y daño comercial (que en principio serían realmente “lucro cesante”).

## **V. SEGUNDA INSTANCIA: 4ta. CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL Y MINAS**

Frente a la sentencia de primera instancia, interponen Recurso de Apelación la Municipalidad de Guaymallén, Fiscalía de Estado y la Perito Contadora Yanina Gisel Angelini (por sus honorarios).

### *1. Agravios de Municipalidad de Guaymallén:*

Se agravia en primer lugar en que el Juez “A Quo” pareciere haber calificado la ganancia dejada de percibir y el daño comercial como daño emergente cuando ambos constituyen un lucro cesante y pérdida de chance (cuyo resarcimiento está expresamente excluido por la legislación provincial aplicable conforme lo resalta la Fiscalía de Estado en su expresión de agravios).

Crítica que se hubiere aplicado en su totalidad el CCCN, cuando el 20/5/2017 entró en vigencia la Ley N° 8968, no siendo susceptible conforme el art. 10 la indemnización de daños por lucro cesante y menos por pérdida de chance.

En síntesis, se queja que la sentencia no cumple con el primer presupuesto de la responsabilidad del Estado por sus hechos omisivos (ver fallo Torres, 1989); no es interpretada la responsabilidad del Estado por obrar lícito con criterio res-

---

<sup>24</sup> Rubro solicitado como utilidades dejadas de percibir por la actora y daño comercial. (Daño Emergente)

trictivo, no se han analizado los supuestos daños conforme a una clasificación del CCCN y de serlo; su interpretación no es acorde a derecho.

*Fallo de la Cámara de Apelaciones: fecha 29/10/19 (Dres. Ábalos, Leiva y Ferrer).*

Recuerda que CSN ha ratificado y consolidado su tradicional doctrina de la responsabilidad del Estado por hechos lícitos que sacrifican intereses particulares e imponen al damnificado una carga desproporcional o sacrificio especial, que está en pugna con la garantía de igualdad constitucional y el derecho de propiedad.<sup>25</sup>

Considera que es preciso que además de darse todos los requisitos generales para responsabilizar por el daño (esto es imputación material del acto o hecho a un órgano del Estado, daño resarcible y relación causal adecuada, con la sola excepción de la antijuridicidad), se hallen presentes dos exigencias específicas: sacrificio especial (o singular) por parte del damnificado y ausencia de deber jurídico de soportar el daño.

Considera que más allá del esfuerzo impugnativo de las recurrentes, existe un PERJUICIO EXTRAORDINARIO que la demandada no está obligada a soportar y que el hecho generador está fuera de discusión (esto es, que la Calle Saavedra estuvo cortada en forma total desde el 25/4/2017 al 7/6/2017, permaneciendo con posterioridad habilitada una sola mano de circulación, situación que le produjo a la actora una disminución en sus ventas al menos desde el 25/4/2017 al 30/6/2017). Reconoce aplicable el art. 10 de la Ley 8968<sup>26</sup> ya que las nuevas disposiciones legales resultan aplicables de manera inmediata a una situación en curso de desarrollo, pues no afectan las consecuencias consumadas de hechos pasados.

---

<sup>25</sup> PIZARRO, Ramón D. "Responsabilidad del Estado y del funcionario público", Ed. Astrea, Bs. As., 2013, t.I, Cap. IX, § 91 y ss., p.447 y ss.

<sup>26</sup> Art. 10: Carácter excepcional. La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. Alcance de la reparación. Esta responsabilidad sólo comprende el resarcimiento del daño emergente, entendiendo por tal los perjuicios causados respecto del valor objetivo del bien que sean consecuencia directa e inmediata de la actuación legítima del órgano estatal, con el alcance de la indemnización prevista en el Decreto Ley N° 1.447/75. En caso que sea afectada la continuación de una actividad, la reparación del daño emergente incluirá la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro. No procede la reparación del lucro cesante causado por actividad legítima, ni se tendrán en cuenta circunstancias de carácter personal, valores efectivos ni ganancias hipotéticas. Sin embargo, cuando se afectare la vida, la salud o la integridad física de las personas, el juez podrá fijar prudencialmente esos rubros, debiendo explicitar las concretas razones de equidad que estuvieren acreditadas y obliguen a no dejar indemne esos daños. Responsabilidad judicial. Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.

Cuestiona la calificación que la Magistrada de Primera Instancia asigna a ciertos rubros reclamados, ganancias dejadas de percibir y daño comercial- como daño emergente, categorización que se juzga parcialmente errada. Las ganancias dejadas de percibir por la actividad lícita del Estado constituyen sin duda alguna un lucro cesante, en tanto el daño comercial, aún en el supuesto que se hubiere admitido, habría sido en principio un daño emergente futuro, no resultando indemnizables ninguno de ellos a tenor del art. 10.

Frente a ello, concluye considerando que la limitación de la responsabilidad del Estado, excluyendo la indemnización del lucro cesante, constituye una franca violación al derecho a no ser dañado y a una reparación integral que rige en el derecho de daños, cuya jerarquía constitucional fue consagrada por la CSN en numerosos fallos, entre otros “Santa Coloma”<sup>27</sup> y “Aquino.”<sup>28</sup>

Abreva finalmente, en los antecedentes jurisprudenciales que la CSJN ha producido reconociendo la posibilidad de reparar íntegramente al damnificado aún en el supuesto de la actividad lícita del Estado, esto es; Juncalán Forestal Agropecuaria S.A. Fallo 312:2266; Estancias Marré SAIAF, Fallo 316:1428y Prada, Iván Roberto, Fallo 368:1465, entre otros.

En consecuencia, entiende que corresponde declarar la inconstitucionalidad e inconveniencia del art. 10 de la Ley 8968 en lo que respecta a la no precedencia del lucro cesante, y condenar a la Municipalidad de Guaymallén al pago reclamado reconociendo rubros legalmente vedados (aunque disminuye el monto de condena).

**VI. Sala primera de la Corte: SCIMZA SALA PRIMERA, AUTOS N° CUII: 13-04158084-9/1(010304-53457) “MUNICIPALIDAD DE GUAYMALLEN EN J° 260.065/53.457 LA EFECTIVA S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE GUAYMALLEN P/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR DAÑOS Y PERJUICIOS P/ RECURSO EXTRAORDINARIO PROVINCIAL.”**

Frente al fallo de la Cámara interviniente, la Municipalidad de Guaymallén y Fiscalía de Estado de la provincia, deducen Recurso Extraordinario Provincial.

---

<sup>27</sup> CSJN. Fallo 308:1160. “LUIS FEDERICO SANTO COLOMA Y OTROS”, Sentencia del año 1986.

<sup>28</sup> CSJN. Fallo 327:3753. “AQUINO C/ CARGO SERVICIOS INDUSTRIALES SA”, Sentencia del año 2004.

### *1. Agravios de la Municipalidad de Guaymallén:*

Afirma que no es verdad que en el caso de autos se haya acreditado la existencia de un daño que haya significado un verdadero sacrificio especial o desigual que la actora no está obligada a soportar y que aun cuando así se entendiera, la norma del art. 10 de la Ley N° 8968 no es inconstitucional y resulta de plena aplicación. El Tribunal de Segunda Instancia declara la inconstitucionalidad de la Ley N° 8968, aunque sólo en su art. 10, dando por constitucional los demás artículos y sobre todo la excepcionalidad de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito, por lo que el escrutinio para su procedencia debe ser más estricto.

Manifiesta que yerra la Cámara al interpretar los fallos de la Corte, no sólo porque rechazan el lucro cesante (fallo “Malma”), sino porque determinan la existencia de dos requisitos que no ha acreditado la actora, a saber, “sacrificio especial” y “ausencia del deber de soportar las cargas”.

Entiende que, en el caso, no se afectó la continuidad de la empresa de la actora, no se le impidió ejercer el comercio, y su afectación se limitó a una cierta disminución de la facturación, por lo que mal puede resultar fundamento de una declaración de inconstitucionalidad del art. 10 de la Ley N° 8968, confrontar el mismo con una ley nacional (C.C.C.N.) que resulta inaplicable

Considera que el daño causado por la actividad lícita del Estado sólo se deberá indemnizar si él por sus características constituye una afectación irrazonable o extraordinaria de la propiedad (fallo “Malma”), siendo relevante destacar que la conducta del municipio no se dirigió a un particular concretamente, sino que el obrar lícito afectó, no sólo al actor, sino a toda la comunidad de Guaymallén.

### *2. Agravios de Fiscalía de Estado:*

Expresa que la sentencia afectará a todo justiciable que se encuentre en situación de soportar un daño por actividad lícita del Estado, lo que implica que el órgano judicial tenga facultades para dictar sentencias que significan reemplazar la voluntad del legislador y ello afecta el principio republicano de gobierno que tiene como paradigma la división de poderes.



Sostener indemnizaciones integrales de ganancias hipotéticas que, aunque esperables son inciertas, haría que la actividad lícita del Estado se resienta en forma sustancial.

En materia de daños por actividades lícitas rige el principio de justicia distributiva y no el principio de reparación integral de dañoso. El lucro cesante no tiene cabida en la justicia distributiva.

La jurisprudencia mayoritaria citada por el tribunal de apelación en su sentencia para dar fundamento a su dictum es anterior a las leyes que rigen la responsabilidad y ha sido superada, tanto por la ley nacional como por la provincial.

### *3. SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DE LA S.C.J. PROVINCIAL: 22/10/20 (Dres. Gómez - preopinante-, Llorente y Day).*

Respecto del sacrificio especial, señala que se disiente con la opinión del Tribunal que precede atento que, en la expresión de agravios de Fiscalía se manifiesta expresamente que se trata de un sacrificio general diferenciado con un beneficio especial.<sup>29</sup>

El derecho sacrificado será compensado económicamente en el supuesto en que, mediando una actividad conforme el orden jurídico, los órganos competentes a partir de una ponderación del interés público involucrado, cercenan, limitan o restringen el ejercicio de tal derecho con una mayor intensidad que lo que la vida en comunidad exige.

Lo hasta aquí expuesto resulta suficiente para el rechazo de la acción por ausencia de uno de los presupuestos de la responsabilidad, esto es, el sacrificio especial.

Recuerda las Doctrinas en relación a la reparación del Lucro Cesante: Doctrina que niega la reparación del lucro cesante; 1. “Para la doctrina administrativista mayoritaria, en la Argentina hay razones como para producir ese apartamiento y hacer jugar otros criterios, diferentes al de la reparación integral, en orden a limitar o restringir los rubros resarcibles”<sup>30</sup>; y 2. Doctrina que propicia

<sup>29</sup> En este punto y a párrafo seguido: “no toda actividad lícita del Estado que cause un daño, genera obligación de reparar; es imprescindible que un trato desigualitario haga cargar al administrado con un daño que debe ser distribuido entre otros”. (Expte. N° 53267, “Fiscal en J° Fecunda S.R.L.” 28/06/1994. L.S. 247-132).

<sup>30</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset, PIEDECASAS, Miguel. Responsabilidad del Estado.” “Responsabilidad por daños”. Tomo X. Rubinzal Culzoni Editores. 1° edición. Santa Fe. 2018. PP. 421/422. En esta obra,

la reparación plena; esta posición, afirma que en estos casos corresponde un resarcimiento amplio de los perjuicios, comprensivo del lucro cesante cuyo contenido se encuentra amparado por el derecho de propiedad que la Constitución Nacional garantiza (arts. 14 y 17).

Efectúa un breve resumen de Jurisprudencia de la CSJN reconociendo que no existen la materia jurisprudencia uniforme, en tanto se lee: “De este modo, podemos señalar que en los precedentes

Corporación Inversora Los Pinos”, “Cantón” y “Motor Once” consideró que no corresponde el resarcimiento del lucro cesante en los supuestos de responsabilidad del Estado por su actividad lícita. Por el contrario, lo admitió en los precedentes “Sánchez Granel” y “Juncalán Forestal”. Con posterioridad, en los casos “El Jacarandá” y “Zonas Francas”, afirmó que no hay fundamento para limitar la reparación al daño emergente con exclusión del lucro cesante, aunque en aquellos casos entendió que no se habían acreditado los daños en concepto de lucro cesante. Finalmente, en el precedente “Malma Trading” el Máximo Tribunal sostuvo que no se encontraba acreditada la condición de especialidad del daño para admitir la responsabilidad del Estado por su actividad lícita (...)”<sup>31</sup>

Afirma además que “la constitución justifica la indemnización, pero no su alcance. Afirma que si bien el art. 17 de la Carta Magna tutela el derecho de propiedad, no se puede extraer de su texto una presunta obligación de reparación integral de cualquier supuesto de responsabilidad por daño. La Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica, en su art. 21 sobre derecho a la propiedad privada, en su inc. 2, preceptúa que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”, con lo cual se puede observar que no fija de antemano el alcance de la reparación y que puede variar según cada legislación, sin perjuicio de que debe ser justa, y cuya finalidad persiga la utilidad pública o el interés social.”<sup>32</sup>

Continúa afirmando que

---

se citan dentro de esta posición autores como Marienhoff, Cassagne, Comadira, Reiriz y en alguna medida, Ghersi.

<sup>31</sup> SIMÓN, Fernando, ALBARRACÍN, Abel. “Ley de responsabilidad del Estado de la provincia de Mendoza.” Ed. ASC. 1° ed. Mendoza. 2019, pp 143.

<sup>32</sup> COMADIRA, citado en “Ley de responsabilidad del Estado de la provincia de Mendoza.” SIMÓN, Fernando, ALBARRACÍN, Abel. Ed. ASC. 1° ed. Mendoza. 2019, pp 144.

El art. 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones N° 21.499 sí prevé la extensión resarcitoria, limitándola al daño emergente (...) Entonces, al excluir el lucro cesante, el autor que vengo reseñando, entendió que el artículo gozaba, en razón de la coincidencia estatal por la actividad lícita, de la suficiente “fuerza expansiva” como para proyectar sus alcances de modo directo a toda situación indemnizatoria generada por el actuar administrativo regular. En este contexto, cabe advertir que si el art. 17 de la Constitución Nacional estableciera la reparación plena, todas las normas infra constitucionales que no dispongan la reparación del daño emergente y el lucro cesante resultarían contrarias a la norma fundamental. En esta línea, entendió que el constituyente garantizó el derecho de propiedad sin fijar de antemano cómo debería ser la reparación en el supuesto en que él fuese violado o debiese ceder por razones de bien común. Esa es materia de las “leyes que reglamenten su ejercicio”<sup>33</sup>

La posición de quienes exigen una suerte de acatamiento absoluto al principio de reparación integral en materia de daños, aun con las modulaciones apuntadas, en algunos casos suelen no advertir que, en el supuesto de la indemnización de daños provenientes de la actividad regular del Estado, la antijuricidad no se halla presente en el acto que da origen a la vinculación causal que provoca el perjuicio.

En tal caso, si se exigiera la reparación en términos exclusivos del derecho de daños, bien podría el Estado, que en el caso de obrar de modo legítimo, regularmente y en orden a un interés social evidente, postular la aplicación del art. 10 del C.C.C.N.<sup>34</sup>

La constitucionalidad de las reglas que delimitan los alcances de la reparación en esta materia debe ser juzgada, por lo expuesto, en razón del deber (en el caso, municipal) de atender necesidades generales del conjunto social en materia de conservación y optimización del uso común de las calles y no de modo excluyente en los intereses individuales de los frentistas de esas mismas calles.

Las leyes de responsabilidad del Estado Nacional y Provincial, han optado por una de las dos posturas jurídicamente posibles, la más restrictiva en cuanto a la extensión del resarcimiento en el caso de la Ley Nacional de Responsabilidad

<sup>33</sup> Ídem anterior pp. 144/45.

<sup>34</sup> CCCN. Artículo 10. Abuso de derecho. El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto ...”

y una posición intermedia en el caso de la Ley Provincial N° 8968. Esta última postura, en abstracto, no puede ser tildada de inconstitucional ni inconvencional.

El art. 10 de la Ley N° 8968 no brinda una posición absoluta que niegue el lucro cesante o no tenga en cuenta circunstancias personales en ningún caso, sino que permite estar al daño concreto sufrido en cada caso para analizar la justicia del pago de esos rubros.

No encuentra que en el caso se verifique una restricción irrazonable al derecho de propiedad de la actora que justifique la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad efectuada en las instancias anteriores.

Hace lugar a los recursos planteados, revoca sentencia.

## VII. Algunos fundamentos adicionales para el caso en análisis

A los fundamentos esgrimidos por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, considero que pueden adicionarse algunos complementarios que refuerzan la procedencia de la postura limitativa de los rubros indemnizatorios en esta materia y que contribuyen a sostener la constitucionalidad de la norma provincial cuestionada a saber:

ES UN REGIMEN EXCEPCIONAL en virtud de la causa a la que responde (accionar legítimo del estado que elimina la antijuridicidad). Como tal, su procedencia y la verificación de los recaudos para ello y el alcance de la reparación son restrictivos y especiales (resulta llamativo en este sentido que la Cámara de Apelaciones señale la existencia de “relación de causalidad adecuada” cuando la Ley y la doctrina de la CSJN ha requerido para este supuesto “relación de causalidad exclusiva”), no respondiendo ni a los factores tradicionales de atribución de responsabilidad (que aquí es el sacrificio especial y la ausencia del deber de soportar el daño) ni al principio general de reparación integral (previsto tanto en el art. 1740 del CCCN como en el art. 5 de la Ley N°8968<sup>35</sup> que expresamente la excluye para este tipo de responsabilidad).

De hecho, autorizada doctrina ha dicho al respecto que:

---

<sup>35</sup> Art. 5°. Alcance de la reparación. La reparación del daño debe ser plena, de conformidad a lo previsto por el artículo 1740 del CCyCN, salvo las limitaciones que establece esta ley, que surjan de leyes especiales o resulten razonables de conformidad a los principios de atenuación de la responsabilidad previstos por el artículo 1742 del CCyCN.

(...) Debe interpretarse que en principio la actividad legítima del estado, se debe considerar causa jurídicamente relevante de un daño, en virtud de que la actuación del Estado lo es conforme los tratados internacionales, Constitución, leyes, decretos, reglamentos, o sea sobre una base jurídica determinada y por ende genuinamente justa. En el ámbito del derecho común, sería la manifestación de lo que se denomina la justificación que elimina o neutraliza la antijuridicidad (arts. 1717 y 1718, CCC, entre otros) y que se identifica como “ejercicio irregular de un derecho” (...) Excepcional implica que no es regla general, que se aparta de lo ordinario o de lo común, pero no es extraordinario ni ausente. La excepcionalidad otorga fundamento a los requisitos más estrictos que se requiere para la procedencia de la ilegítima y la restricción de los rubros indemnizables, y lo que cabe es considerar si dichas restricciones son constitucionalmente razonables y justas...<sup>36</sup>

b) Esta posición es conteste con el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico no todo daño es reparado integralmente por lo que la limitación legal en este supuesto no puede considerarse inconstitucional en términos generales. el hecho de que ambas normativas (nacional y provincial) limiten en principio el alcance de la indemnización que deriva de los daños producidos por accionar lícito del estado, no pueden devenir necesariamente en inconstitucionales, sin analizar el caso concreto, toda vez que la imposición de las mismas en forma razonable, impedirían tal conclusión. De hecho, el mismo CCCN, que predica expresamente en el mentado art. 1740, el principio de la “reparación plena”, establece también diversas excepciones en que la misma puede ser morigerada (vg: art. 1742, por razones de equidad; 1750 por daño involuntario; 1718 inc. c), por estado de necesidad; de fuente convencional (art. 1743), lo que también ocurre en normas especiales (vg: daños nucleares, Convención de Viena de 1963, ratificada por Leyes N° 17.048 y N° 25.313 -art. V-; transporte aéreo nacional, Código Aeronáutico, Ley N° 17.285 -arts. 144, 145 y 160-; transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, Convenio de Atenas, Ley N° 22.718 -arts. 7°, 8°, 278, 331) y ello no autoriza a sancionar o presumir de inconstitucionales las mismas, toda

---

<sup>36</sup> ITURRASPE, Jorge Mosset, PIDECASAS, Miguel A., en “Responsabilidad por Daños. CCCN. Ley N° 26.944.” Rubinzal Culzoni. Bs. As. Santa Fe. 2017. pp. 587.

vez que si el estado respondiera por el lucro cesante ilimitado cada vez que lleva a cabo una actividad lícita que provoca daños, pronto se agotarían los recursos fiscales, y hasta podrían no llegar a resarcirse las hipótesis comunes de responsabilidad estatal, esto es, por lo actos ilícitos. Ello constituiría una solución disvaliosa, pues no resultaría justo que el Estado se convierta en un eterno asegurador de todos los daños y menos todavía de los provocados al perseguir una finalidad de interés público, en una medida mayor que el valor objetivo de la cosa o derecho afectado y de los perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación o de la revocación por razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

c) Comparto el criterio sustentado por la SCJ Provincial de que si bien es cierto que el derecho de propiedad ha sido también alcanzado y protegido por los diversos instrumentos (conf. artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH-), el alcance de tal protección no está definido en los mismos. De hecho, es relevante recordar y agregar que respecto de este último Tratado, el cual posee una amplia aplicación en nuestra jurisprudencia en virtud de la propagación del control de convencionalidad, se genera una situación especial, en tanto la Ley N° 23.054 —por la cual ingresa al ordenamiento nacional la CADH— contempló la reserva realizada en su momento por la República Argentina, por la cual no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno, ni tampoco se considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de utilidad pública e interés social, ni lo que estos entiendan por indemnización justa (PTN, Dictámenes 238:87<sup>37</sup>). Por tal motivo, a priori y en forma general, no podría invocarse a la Convención y a su jurisprudencia para fundamentar la pretendida INCONVENCIONALIDAD, o, por ejemplo, para cuestionar los rubros RAZONABLEMENTE excluidos del reconocimiento en la indemnización. No puedo dejar de señalar además que los fallos traídos al proceso por la Cámara de Apelaciones interviniente (Aquino y Santa Coloma) responden a cuestiones derivadas de in-

---

<sup>37</sup> PTN. Expropiación. Derecho de propiedad. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Violación. Denuncia. Improcedencia. Tratados y Convenios Internacionales. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Competencia. Procuración del Tesoro de la Nación. Dictamen. Funcionarios que pueden pedirlo. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto. Fecha: 2001-07-20.

constitucionalidad el primero (art. 39 de la Ley N°24.557) y a un accidente ferroviario el segundo (muerte de tres niñas), es decir que está presente el elemento “antijuridicidad” y no se trata de responsabilidad por accionar legítimo del estado.

d) A lo expresado en el punto anterior debe agregarse que no puede considerarse inconvencional (como lo hace la Cámara de Apelaciones interviniente en su fallo) la elección limitativa legislativa nacional y provincial, toda vez que además de lo expresado en el punto precedente, la conceptualización del daño en los procesos ante la CIDH deviene siempre de actividad antijurídica dañosa desarrollada por el Estado Argentino, no de daños derivados del accionar lícito del mismo.

e) Existiendo ahora NORMA EXPRESA que impone limitación en los rubros indemnizatorios en el caso de daños producidos por la actividad legítima del estado, - y desapareciendo en consecuencia una de las principales críticas que se hacía a la aplicación analógica de estos conceptos derivados de la institución expropiatoria-, la razonabilidad de la misma -test necesario a tenor de la previsión de art. 28 de la C. Nacional- y la exclusión del lucro cesante, no puede avizorarse “prima facie” y en general como inconstitucional ni inconvencional, tal como la afirmó la SCJ Provincial en el fallo analizado, toda vez que adquieren plena y legal vigencia los conceptos que la misma CSJN ha afianzado en relación a la materia expropiatoria y que refieren a “indemnización justa” como equivalente a “valor objetivo” del bien.

f) Entiendo que la actual existencia de este razonable plexo jurídico (nacional y provincial) que rigen la materia relativa a la responsabilidad extracontractual por accionar legítimo del estado (nacional y provincial), controvierte la postura que, frente a ausencia de norma expresa en la materia, sostenía la CSJN al afirmar la inexistencia de “fundamento” para limitar los rubros indemnizatorios en estos supuestos (hoy, las leyes Nros. 26.944 y 8968, respectivamente, y las disposiciones razonablemente limitativas que contienen al respecto –y que fueron sostenidas por ese tribunal en diversos fallos antecedentes).

g) Sin perjuicio de lo expuesto creo oportuno señalar que la Ley N°8968, en su art. 10 es superadora de la previsión del art. 5 de la Ley N°26.944 y avanza en el sentido de dotar de razonabilidad la normativa limitativa indemnizatoria, toda

vez que prevé expresamente la facultad de los jueces de reconocer los rubros vedados en caso de que el bien afectado sea la vida, la salud o la integridad física y psíquica de las personas, marcando así una evidente diferencia de tratamiento cuando lo que está en juego es un derecho meramente patrimonial frente a uno personalísimo como los enunciados (aspecto que la escasa jurisprudencia nacional ha sorteado con la posición adoptada en el fallo “Ortolani” citado sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada; esto es el art. 10 de la Ley N°26.944).

Cabe así afirmar que, como principio, la reparación por el actuar lícito del Estado debe limitarse al daño emergente, debiendo recordarse -como afirmaba el art. 1766 del anteproyecto del Código Civil y Comercial- que el Estado debe responder por los daños derivados de sus actos lícitos al sacrificar el interés de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas.

Sin embargo, en ciertas circunstancias particulares cabe exceptuar dicho principio general, en tanto se podría llegar a situaciones injustas. Como ejemplo puede citarse la excepción estipulada en el anteproyecto del Código Civil y Comercial que afirmaba que “si es afectada la continuación de una actividad, incluye la compensación del valor de las inversiones no amortizadas, en cuanto hayan sido razonables para su giro cuando se afecte la continuación de una actividad” o cuando, como lo prevé el art. 10 de la Ley N°8968 de la provincia de Mendoza, se encuentran lesionados derechos personalísimos como la vida, salud o integridad psicofísica de las personas.

De esta forma, entiendo que los jueces deberían ponderar en cada caso el alcance de la indemnización, aunque teniendo en cuenta que el principio general es la exclusión de los rubros que no estén comprendidos dentro del concepto de “daño emergente”. De este modo, en ciertos casos podría reconocerse el lucro cesante, toda vez que, en algunas situaciones, si se reconociera únicamente el daño emergente, se arribaría a una notoria injusticia. Todo ello en la línea de lo que ha resuelto la Corte Suprema en los casos “El Jacarandá”, “Zonas Francas” y “Malma Trading”, pero recordando siempre que una carga que no debe obviar quien pretende el resarcimiento integral es probar y acreditar el daño en concepto de lucro cesante.

En este sentido, el Alto Tribunal ha puesto de relieve que quien invoca ciertos hechos como fundamento de su pretensión tiene la carga de acreditarlos, y si no logra cumplir con ella, mediante la actividad probatoria desarrollada durante el juicio, corre el riesgo de que su acción sea rechazada.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> CSJN; 29/4/2008, “FEUERMANN, ROBERTO V. EN ANA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Fallos:



Por lo tanto, considero que si en un caso particular se encuentra debidamente acreditado el daño en concepto de lucro cesante, el juez podría declarar la inconstitucionalidad del art. 5 de la Ley de Responsabilidad del Estado (o arribarse a solución interpretativa análoga a la del fallo “Ortolani” en tanto sea similar la causa) a fin de resguardar la supremacía constitucional, ya que de lo contrario, de no repararse adecuadamente los daños ocasionados por el obrar lícito del Estado, podrían afectarse los principios de igualdad y propiedad reconocidos constitucionalmente.

h) Todo lo dicho no impide reconocer la necesidad de la procedencia de la indemnización, la que, conforme parámetros largamente establecidos por la CSJN, debe ser “justa” (Fallos 326:2329)<sup>39</sup> recaudo que surge implícito pero incontestable de la Constitución, atento a que los constituyentes, al utilizar la palabra indemnización sin limitarla en su contenido, asentaron un concepto amplio que envuelve a todos los perjuicios y daños, dando a la contraprestación del expropiante una calidad verdaderamente justa.

Centrados ahora en el actual marco legal existente, y de evidente analogía con el previsto en la Ley de Expropiaciones, la manda constitucional impone la necesidad de “indemnización justa”, mas no necesariamente “integral” o “plena”.

En efecto, el máximo tribunal federal ha sido preciso al entender que

(...) El principio de “justa” indemnización, basado en la garantía de la propiedad (artículo 17 de la Constitución Nacional) exige que se restituya íntegramente al propietario el mismo valor de que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser posible, adquirir otro bien de similares características” (Fallos 326: 2329;<sup>40</sup> 317: 377<sup>41</sup>, en similar sentido, ver Fallos 305: 407<sup>42</sup>; 305: 1897<sup>43</sup>; 302: 1406<sup>44</sup>; 300: 762<sup>45</sup>; 298: 463<sup>46</sup>; 298: 550<sup>47</sup>; 296: 546<sup>48</sup>; 296:

---

331:881).

<sup>39</sup> CSJN. Fallo “AGUA Y ENERGIA ELECTRICA S.E. v. GUSTAVO MONTELPARE”. 2003.

<sup>40</sup> Ídem nota 1.

<sup>41</sup> CSJN. Fallo “FRUCTUOSO BENITEZ y Otra v. DIRECCION NACIONAL DE VIALIDAD”. 1994.

<sup>42</sup> CSJN. Fallo “NACION ARGENTINA v. SANTO DOMINGO S.A.” 1983.

<sup>43</sup> CSJN. Fallo “NACION ARGENTINA v. SANTO DOMINGO S.A.” 1983.

<sup>44</sup> CSJN. Fallo “TOMAS MARIA DODERO v. MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES”. 1980.

<sup>45</sup> CSJN. Fallo “MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES”. 1978.

<sup>46</sup> CSJN. Fallo “PROVINCIA DE CATAMARCA v. S.A. SANTA ISABEL”. 1977.

<sup>47</sup> CSJN. Fallo “DIRECCION NACIONAL DE VIALIDAD v. LUIS CLEMENTE MARIANI”. 1977.

<sup>48</sup> CSJN. Fallo “MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES v. CONSORCIO LIMA

55; 281: 354<sup>49</sup>; 268: 112<sup>50</sup>), por lo que la indemnización no podrá erigirse como una fuente de pérdidas o de ganancia para el expropiado (Fallos 305: 1897).<sup>51</sup>

La condición de “justa” ha permitido caracterizar a la indemnización expropiatoria como una “deuda de valor” (como lo ha sostenido Miguel Marienhoff) considerando que no representa una deuda de cantidad o pecuniaria.

Conteste a ello, la doctrina judicial ha sostenido que

(...) la indemnización otorgada al expropiado constituye en los términos como lo han legislado los artículos 17 de la Constitución Nacional, 10 de la ley 21.499 y 2511 del Código Civil una de las denominadas deudas de valor, en las que el dinero representa solamente la medida del objeto de la prestación, el cual consiste en una determinada utilidad que el deudor debe procurar al acreedor (...) (Fallos 307: 2006).<sup>52</sup>

En un sentido análogo, posteriormente se expresó que

(...) la indemnización en materia expropiatoria debe entenderse como el resarcimiento de todo lo necesario para que el patrimonio del expropiado quede en la situación que tenía antes de la expropiación, la que traduce un cambio de valores: el expropiado deja de ser propietario de la cosa o bien objeto de la expropiación y se convierte en titular de una suma de dinero (Fallos 329:5467<sup>53</sup>; 337:70<sup>54</sup>).

Este precepto, el cual se encuentra íntimamente relacionado con el “valor objetivo”, permite tener en consideración la cuantía del bien a expropiar. En efecto, al ser una deuda de valor, su carácter se mantendrá hasta que se realice el pago

---

1686/1688”. 1976.

<sup>49</sup> CSJN Fallo “PROVINCIA DE BUENOS AIRES v. RICARDO BONABELLO”. 1971.

<sup>50</sup> CSJN Fallo “PROVINCIA DE SANTA FE v. CARLOS AURELIO NICHI”. 1967.

<sup>51</sup> Ídem nota 5.

<sup>52</sup> CSJN Fallo “ROBERTO TELLO Y OTROS v. PROVINCIA DE BUENOS AIRES”. 1985.

<sup>53</sup> CSJN Fallo “S.A. COMPAÑIA AZUCARERA TUCUMANA”. 2006.

<sup>54</sup> CSJN Fallo “SCHOO DEVOTO DE MARINO, SUSANA ENRIQUETA ELENA C / D.N.V. S/ EXPROPIACIÓN”. 2014.

total de la indemnización, lo cual permite una determinación ulterior acerca de su monto. Es aquí donde radica el fundamento por el cual se abona el monto “actual” de los bienes que resultan ser abarcados por la expropiación.

Según la opinión de la Corte, el valor objetivo es lo que la cosa realmente vale para la generalidad en el mercado de los bienes de esa especie, correspondiente al lugar expropiado y al tiempo de la desposesión (Fallos 217: 804)<sup>55</sup> y que debe ser entendido como el valor a plaza y al contado, ajustado a las cualidades intrínsecas de la cosa, teniendo en consideración las circunstancias de lugar y tiempo (Fallos 237: 38<sup>56</sup>) En relación al presente tema, es preciso destacar un reciente fallo de la CSJN Fallo, 344:3330<sup>57</sup> donde resuelve aplicar por analogía el régimen legal de las expropiaciones para determinar el “valor objetivo” de un bien, los efectos de resarcir a su propietario por la privación de parte de su derecho de dominio a raíz de una servidumbre administrativa.

i) Concluyo adhiriendo a lo expresado por Mariana Catalano en su artículo “Nueva Ley de Responsabilidad del Estado. Análisis de su articulado en relación a la jurisprudencia de la Corte y al proyecto de la Comisión de Reformas al Código Civil” cuando expresa

El capítulo de la responsabilidad del Estado por actividad lícita es el que más vaivenes ha generado en cuanto a la extensión de la reparación. Sin embargo, los presupuestos de la responsabilidad no han sido tan polémicos, pues la doctrina los fue puliendo prolijamente, partiendo de la base de admitir que el “alterum non laedere” no podía operar como principio justificativo de la responsabilidad del Estado, sino que debía encontrarse un fundamento más acorde a la especial naturaleza del vínculo existente entre aquel y los administrados. Surge entonces la noción de la igualdad en las cargas públicas y del sacrificio especial como fuentes del deber de indemnizar cuando, en la marcha de los asuntos públicos, el Estado genera un perjuicio que el particular no está obligado a soportar. El basamento constitucional del deber de resarcir se muda del art. 19 a los arts. 16 y 17 de la Ley Fundamental.

---

<sup>55</sup> CSJN Fallo “CONSEJO AGRARIO NACIONAL v. MARGARITA MOSSO DE CASALE”. 1950

<sup>56</sup> CSJN Fallo “NACION ARGENTINA v. VALDEMAR DÜRING LAUSEN” 1957.

<sup>57</sup> CSJN. “TRANSPORTADORA GAS DEL NORTE SA - INC. DERECHOS EXT. II Y OTRO C/ RESOLUCIÓN 526/04 ENARGAS Y OTRO S/ INTERLOCUTORIO” de fecha 28/10/2021

A diferencia del derecho privado, donde rigen criterios de justicia conmutativa, en el derecho público se aplican, en principio, criterios de justicia distributiva, señala con agudeza la jueza Highton de Nolasco en “El Jacarandá”,<sup>58</sup> donde la mayoría (con cita de Fallos: 308:2626 y 317:1233, entre otros) señaló que

La lesión de derechos particulares susceptibles de indemnización no comprende los daños que sean consecuencias normales de la actividad lícita desarrollada, puesto que las normas que legitiman la actividad estatal productora de tales daños importan limitaciones de carácter general al ejercicio de todos los derechos individuales singularmente afectados por dicha actividad. Por lo tanto, solo comprende los perjuicios que, por constituir consecuencias anormales -vale decir, que van más allá de lo que es razonable admitir en materia de limitaciones al ejercicio de derechos patrimoniales-, significan para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar sin la debida compensación económica, por imperio de la garantía consagrada en el art. 17 de la Constitución Nacional.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> CSJN; 27/08/2005, La Ley, 21/12/2005.

<sup>59</sup> CATALANO, Mariana, “Nueva Ley de Responsabilidad del Estado. Análisis de su articulado en relación a la jurisprudencia de la Corte y al proyecto de la Comisión de Reformas al Código Civil”, Publicado en:RCyS2014-XII, 5, Cita Online:AR/DOC/4035/2014.

## DAÑOS CAUSADOS POR CONDUCTAS LÍCITAS

Dr. Gustavo Ordoqui Castilla

### I. Presentación del tema

Nuestras primeras palabras son de agradecimiento y felicitaciones al Dr. Pascual Eduardo Alferillo, Director del Instituto de la Regional de Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, por la invitación a participar en la realización de la Revista Jurídica de Cuyo N° 14.

Como lo señaláramos en otra ocasión (ORDOQUI CASTILLA. Derecho de Daños T I pág. 459 Ed La Ley Montevideo 2013) el estudio del daño como fenómeno jurídico se suele hacer circunscribiéndolo exclusivamente a la órbita de la responsabilidad extracontractual y contractual. Se ha considerado de utilidad analizar, aunque más no sea en forma sintética, el estudio del daño en aquellos casos en que aparece relacionado causalmente con un comportamiento lícito, adquiriendo relevancia jurídica a pesar de estar desvinculado de su habitual compañera, la conducta ilícito-culposa.

No podemos desconocer que hay casos en que el resarcimiento no responde a un daño ilícito. Actualmente los juristas se encuentran afectados por el peso de la tradición que los lleva necesariamente a relacionar correlativamente ambos conceptos. Poco a poco se están dando cuenta de que el resarcimiento aparece relacionado no sólo con conductas ilícitas, sino también con actos lícitos.

Cierto es que la obligación de resarcir el daño no se hace derivar por ley exclusivamente de actos ilícitos, sino también, muy a menudo, de actos permitidos por ella, y, por tanto, lícitos. Pensar que detrás de un resarcimiento siempre existe una obligación o norma violada, es lo que lleva a hacer caer en una petición de principios y a excluir a priori la categoría de actos lícitos dañosos, precisamente por haber partido de falsos preconceptos.

Se ha sostenido que sólo excepcionalmente el ordenamiento jurídico reacciona ante daños lícitos y que, en realidad, no serían más que un apéndice anómalo de la responsabilidad civil.

A nuestro modo de ver, no se trata de una excepción a la ratio iuris de la responsabilidad civil, ya que el fenómeno que estudiaremos cuenta con una estructura y una función que le es típica según los casos, y, por tanto, le corresponde su lugar dentro del derecho de las obligaciones y, en particular, dentro del Derecho de Daños.

A poco que analicemos el daño causado por una conducta lícita advertiremos que estamos ante una relación jurídica en la cual por un lado se ejercita un derecho y, por otro, la obligación de compensar no cumple una función sancionatoria respecto del que ejercita el derecho, sino que se trata de protegerse esfera jurídica del afectado, dándole en dinero o especies lo que supuso una disminución patrimonial que la norma entiende debe considerarse a los efectos resarcitorios.

Se trata de un tema de elaboración doctrinaria reciente que se basa en el estudio de una serie de casos en los cuales, a pesar de haberse actuado conforme a derecho, se hizo necesario prever una compensación de los daños que se causaban con tales actitudes. Como ejemplos introductorios, téngase presente lo que disponen los artículos 576 y 1847 del C.C.:

Si el que tiene un acueducto en heredad ajena, quisiere introducir mayor volumen de agua en él, podrá hacerlo indemnizando de todo perjuicio a la heredad sirviente (...) El que encarga una obra para la que el obrero debe poner los materiales, puede a su arbitrio rescindir el contrato, aunque la obra ya esté empezada a ejecutar, indemnizando al obrero de todos los gastos y trabajos, y de todo lo que hubiera podido ganar en la misma obra (ver N° 5).

## II. Terminología

El lenguaje es la más rica y compleja herramienta de comunicación entre los hombres. No siempre, empero, esa herramienta funciona bien. La terminología es un conjunto de símbolos convencionales utilizados para dar a entender una idea, por tanto, el significado de una expresión dependerá de un acuerdo, de una convención.

Cuando una palabra individualiza fenómenos jurídicos dispares se vuelve vaga e imprecisa; peligrosa y equívoca a los fines pedagógicos. Esto es lo que ha ocurrido en el ámbito del derecho extracontractual con el término “responsabilidad”, siendo

utilizado para individualizar fenómenos jurídicos totalmente diversos. En una época, el término “responsabilidad” individualizaba un presupuesto de hecho bien determinado (daño causado por una conducta ilícita culposa) y su correspondiente sanción (obligación de resarcir).

Hoy se utiliza el mismo término, pero al solo efecto de querer señalar la existencia de una obligación de resarcir, sin importar cómo esté conformado el presupuesto de hecho que la condiciona. De esta forma, a nuestro modo de ver, el término ha perdido en parte su utilidad y razón de ser, se ha vuelto un rótulo oscuro y confuso, como ha señalado algún autor “un verdadero monumento a la esterilidad”.

Una técnica jurídica prolija, útil a los efectos pedagógicos, aconseja utilizar el término “responsabilidad” sólo en aquellos casos en que el daño causado por una conducta ilícito-culposa aparezca como el supuesto de hecho para la obligación de resarcir. Y ésta, a su vez, desempeñe una función sancionatoria. No podemos admitir que el mismo término se utilice para individualizar fenómenos jurídicos que son antagónicos totalmente, en la fuente de la obligación, en sus elementos estructurales y funcionales.

Como veremos, la obligación de compensar los daños causados por conductas lícitas, tema que normalmente se individualiza como una “responsabilidad por daños lícitos”, tiene una estructura peculiar, ya que su presupuesto de hecho se da con prescindencia de una conducta ilícito-culposa; y una función específica, pues la suma de dinero debida no es por motivos sancionatorios-resarcitorios, sino más bien “compensatorios”, respondiendo a un criterio que pretende resolver los conflictos de interés conforme a las máximas emergentes de una justicia distributiva.

No menos inexacto es sostener, como lo ha hecho eran parte de la doctrina, especialmente la italiana, que el daño es por sí lícito, ilícito o injusto, pues esta calificación en realidad no apunta al daño, sino a otro aspecto del delito o cuasi-delito que es la conducta del sujeto.

El daño puede o no adquirir relevancia jurídica en compañía de la conducta de un sujeto, pero aun en este último caso, no es correcto calificarlo como lícito o ilícito ya que no es la causa sino la consecuencia del comportamiento del agente, y sólo éste es factible de ser calificado como tal.

En síntesis, no consideramos conveniente individualizar el tema a estudio, ni con el término “responsabilidad”, ni con el concepto de “daño lícito”. En su lugar proponemos hablar de la obligación de compensar los daños causados por conductas lícitas.

### III. Daños susceptibles de asumir relevancia jurídica

Como viéramos, la teoría moderna referente al derecho extracontractual ha desplazado el punto neurálgico de la responsabilidad que antes se apoyaba en la conducta ilícito-culposa, hacia el daño relevante jurídicamente.

En la estructura de todo daño advertimos que puede deslindarse un aspecto material (el menoscabo, el perjuicio...) y un aspecto formal, que no es el ilícito o lo lícito, sino más bien el efecto jurídico que produce: la reacción que adopta el ordenamiento jurídico en sus diversas manifestaciones, ya sea contrarrestándolo con la obligación de resarcir o de compensar, o bien exonerando al causante del daño de toda repercusión patrimonial. Tal lo que ocurre, por ejemplo, con la hipótesis prevista en el artículo 81 del C.C. para el caso de los esponsales: “No se puede alegar esta promesa ni para pedir que se efectúe el matrimonio ni para demandar indemnización de perjuicios”. A fin de percibir la verdadera dimensión jurídica del daño y sus diversas manifestaciones, proponemos el análisis del siguiente esquema:

A) Daño “sin” relevancia jurídica a los efectos resarcitorios. Existen diversos casos en los cuáles si bien se da un menoscabo o un perjuicio, éste no es considerado por el ordenamiento jurídico relevante a los efectos resarcitorios, tal lo que ocurre si, por ejemplo, destruyo un objeto de mi propiedad, que integra mi esfera patrimonial, y sobre la cual nadie tiene derechos. No hay duda de que materialmente produzco un daño, pero al no trascender de mi esfera patrimonial, no adquiere relevancia jurídica a los efectos resarcitorios.

B) Daño “con” relevancia a los efectos resarcitorios o compensatorios. Es todo aquel que operando como presupuesto de hecho recibe una respuesta del ordenamiento jurídico sea de tipo represivo (resarcitorio) o compensatorio. El daño puede tener su origen en los “actos” de un sujeto o en un “hecho” (cosas, mal estado de un producto, potencialidad de una máquina, animales). En estos casos la relevancia jurídica se adquiere a partir del momento que se afecta la esfera jurídica de otro sujeto.

Dentro de este último grupo corresponde deslindar:

I) Daños causados por conductas lícitas o ilícito-culposas. Son aquellos en que el daño tiene su origen en un “acto”, una conducta imputable a un sujeto capaz. Aquí la relevancia jurídica se adquiere cuando, al recaer en una esfera jurídica diversa de la del autor de la conducta, recibe una respuesta del ordenamiento jurídico en cualquiera de sus manifestaciones. Es a partir de este momento



que entramos en la esfera de lo lícito y lo ilícito. Por tanto, toda calificación de licitud o ilicitud presupone siempre una actividad humana. Daños causados por conductas lícitas son aquellos que aparecen relacionados con una conducta permitida por el ordenamiento jurídico y respecto de la cual la norma responde en algunos casos con la obligación de compensar<sup>1</sup>.

Una cosa es que se justifique el causar un daño a una persona (por ej. al sacar un tesoro) y otra es calificar esa conducta como antijurídica a los efectos civiles en la medida en que ella ocasiona un daño. Este daño desde el punto de vista de la víctima no encuentra justificativo.

Cuando una conducta permitida causa un daño, genera una situación antijurídica.

Lo importante para decidir si una conducta es o no contraria a derecho, será comprobar si ha producido una lesión, o generado un resultado disvalioso. Considera luego que el *factum* dañoso merecerá o no la calificación de antijurídico.

Esta antijuridicidad puede estar determinada por el hecho de que la conducta sea contraria a derecho, o bien porque el resultado o la situación resultante no lo estén.

En nuestra opinión lo antijurídico o ilícito es la conducta del que causa el daño, y otra cosa diferente es la consecuencia de esta conducta, que es precisamente el daño. No nos parece recomendable confundir o considerar como un fenómeno o un *factum* único la causa (conducta antijurídica) con la consecuencia (daño). El calificativo de justo o injusto que se le pueda dar al daño no se refiere a la conducta del que lo causa, sino a la situación en que se encuentra aquél a quien se le ha causado. Lo injusto es padecer daño causado por una conducta ilícita (antijurídica) sin que se logre la reparación adecuada.

Entendemos que el fenómeno del daño causado por una conducta lícita no puede encararse como antijurídico contemplando el perjuicio que se le causa a la persona afectada, porque el que causa el daño realiza una conducta permitida por el orden jurídico y en cuanto tal, nunca puede ser vista como antijurídica.

---

<sup>1</sup> En el derecho civil argentino, un brillante autor de Rosario, Vázquez Ferreyra, en su obra *Responsabilidad por Daños*, pág. 147, señala que es cierto que el Derecho tolera y hasta permite el desarrollo de ciertas actividades que pueden resultar perjudiciales para terceros, pero ello no le quita el carácter antijurídico de la acción cuando ésta es causa de un daño injustificado. En estos casos la responsabilidad no nace porque el acto esté prohibido por la ley expresamente, sino porque está vedada la ejecución u omisión de conductas que puedan interferir en la esfera patrimonial o moral de otra persona, generando el entuerto perjudicial o dañoso, lo cual es así en virtud de que la ejecución de una actividad lícita no conlleva, como indispensable corolario, la licitud de todas las consecuencias resultantes, ni legítima indiscriminadamente todos los perjuicios causados.

La antijuridicidad (ilicitud) la consideramos un presupuesto de la responsabilidad concurrente pero diferente del daño. Como bien señala Zannoni (El Daño en la Responsabilidad Civil, ob cit pág. 3), puede haber daños no antijurídicos que, por ello, no generan obligación de reparar (legítima defensa) e, inversamente, puede haber conductas antijurídicas que no provoquen daños (conducir sin libreta de chofer).

En otro orden pensamos que la idea de calificar a los denominados daños ilícitos como antijurídicos en atención al perjuicio sufrido por el afectado, supone encarar el problema desde las nuevas ópticas que nos propone el denominado “Derecho de Daños”, pensado sobre la base de proteger a una víctima injustamente afectada. Ocurre que en los denominados daños causados por conductas lícitas no existe tanto una víctima que deba protegerse, sino un reordenamiento de la tutela de intereses en atención a los valores que se entienda prioritario tutelar, desarrollándose todo en el marco de la licitud.

II) Daños atribuidos. Quedan aquellos casos en que el daño no es la consecuencia del ejercicio de un derecho, ni tampoco está vinculado a una conducta ilícito-culposa, pero a pesar de ello, el ordenamiento jurídico se lo atribuye a determinado sujeto en consideración a una particular situación jurídica en que éste puede encontrarse, en su relación con lo que causa el daño (cosas o persona).

La exigencia social de cooperación impone la reparación de daños por hechos lesivos (incluso fuera de los actos puramente ilícitos) de los que se responde en función del poder de control que se tiene sobre la causa del suceso que ha resultado dañoso para otro. Y aunque falte en concreto un comportamiento lesivo imputable a uno de los miembros de la comunidad, a éste se refiere el hecho lesivo en virtud de la particular situación en que se encuentra, y a veces también en atención a exigencias de la equidad distributiva.

Mientras en los actos de autonomía privada, la razón de la eficacia obligatoria va unida a la función inmanente de cooperación que caracteriza el tipo, en estas otras situaciones de hecho, la eficacia obligatoria encuentra su razón suficiente en las exigencias de pacífica convivencia, de equidad distributiva o de la reparación del daño que la conciencia social moderna advierte en medida cada vez mayor.

El derecho de las obligaciones no es como creyeron los pandectistas y civilistas del siglo XIX y creen algunos todavía hoy, por desgracia, bajo el persistente influjo del individualismo liberar el reino de la voluntad, al contrario, es el reino de la ‘socialidad’: un reino en el que el orden jurídico cuanto más desarrollado se encuentre, tanto más protege la solidaridad humana y el bien común.

Los criterios utilizados para atribuir una obligación de reparar (resarcir, compensar) se han apoyado en diversos presupuestos de hecho: haber creado un riesgo, una situación de peligro, la “garantía” por el accionar de otros, el deber de prevención ... etcétera.

III) Daño temido. El ordenamiento jurídico no sólo ha reaccionado contra los daños causados, sino que en ocasiones ha instrumentado los medios necesarios para que este daño no llegue a producirse. Téngase presente lo regulado, por ejemplo, por los artículos 620, 612 del CC uruguayo: “si un edificio o pared amenazara ruina, podrá ser el propietario obligado a su demolición o a ejecutar las obras necesarias para evitar que se arruine...”. La tendencia actual del derecho extracontractual es a ampliar los instrumentos de tutela preventiva del daño. Más vale prevenir que curar.

A esta altura bien puede comprenderse que el daño relacionado con una conducta ilícito-culposa no es más que una especie del género daño jurídico, si bien la más comentada. La más conocida, no la única. Quienes, toda su vida, tuvieron los pies sobre la tierra, muy posiblemente piensen que este planeta es el centro del universo, y que todo lo demás se mueve en su entorno. Hoy sabemos que la tierra no es más que una parte del inmenso universo.

Con el daño ha ocurrido algo muy similar, como siempre se ha estudiado dentro de la esfera de la responsabilidad civil no se le ha sabido ver más que vinculado a una conducta ilícito-culposa, y siendo presupuesto de hecho para la obligación de resarcir como sanción.

Se trata pues de demostrar que existe una gama muy variada de situaciones jurídicas en las que “el daño” aparece totalmente al margen de la clásica figura de la responsabilidad civil, no como una excepción o una anomalía de ésta, sino con su autonomía estructural y funcional, evidenciando que conforma un universo más vasto en el cual su presentación en el fenómeno de la responsabilidad civil no aparece más que como un planeta dentro de aquella inmensidad.

#### **IV. Clasificación de los actos lícitos**

Mazzola (I nuovi danni, Ed Cedam Milán, 2008, pág. 110) entiende que no todos los actos lícitos son igualmente inicuos o privados de consecuencia dañosa para terceros. Que el acto sea lícito por ser autorizado por la norma o consentido no quiere decir que no pueda dañar a un tercero. Así, los actos lícitos se pueden cla-

sificar en tres categorías: a) el acto lícito sin consecuencias jurídicas o perjudiciales para terceros, que son la gran mayoría; b) los que pueden causar daños a terceros; y c) los que pueden dañar a terceros y sus consecuencias generar derechos de protección al tercero afectado. Solo en este caso se puede hacer referencia a daños lícitos indemnizables. Para Torregrossa (ob.cit.) se estaría en estos casos ante un acto lícito que provoca daños jurídicamente relevantes.

Mazzola (ob.cit., pág.111) considera que entre el área de lo lícito y de lo ilícito surge un “*tertium genus*” que es el lícito relevante a los efectos resarcitorios. El acto lícito que daña refiere a un interés merecedor de tutela que se ubicaría según este enfoque, entre lo lícito y lo ilícito. Según Torregrossa (Il problema della responsabilità da atto lecito, Ed Giuffrè Milán, 1964, pág. 179) se trata de un acto lícito que provoca daños jurídicamente relevantes.

En nuestra opinión, los actos solo pueden ser lícitos o ilícitos. -Lo que sucede es que hay actos lícitos que causan daños que no son resarcibles y otros que causan daños que si son resarcibles según la ponderación de los interés realizados y tutelados por el orden jurídico.

## **V. Fuente de la obligación de compensar un daño causado por una conducta lícita**

A la luz de lo regulado por el artículo 1246 del C.C.: “las obligaciones nacen ya por disposición de la ley...”. Teniendo en cuenta que la obligación de compensar un daño surge en ciertos casos del ejercicio de un derecho, bien podría pensarse que la fuente de la obligación está en la ley. Consideramos que, si ésta fuera la solución a dar para el interrogante planteado, se incurriría en un error, a pesar de que sea la misma norma la que nos conduzca a él.

La ley por sí sola no da lugar al nacimiento de la obligación. Para que ésta surja es necesario que se dé el “presupuesto de hecho” (hecho operativo) al que la norma vincula con la obligación de compensar. El hecho y la norma aparecen siempre una situación de interdependencia y no de antítesis. Es preciso abandonar la concepción que, con innegable simplismo, pero sin la debida justificación, considera a la ley como fuente de las obligaciones.

La ruptura con el criterio de la consideración estricta de la ley como fuente de las obligaciones, tiene reflejo en el Código Civil Italiano de 1942, cuando establece que “las obligaciones derivan del contrato, del hecho lícito o de cualquier

otro acto o hecho idóneo para producirlas, de conformidad con el ordenamiento jurídico” (art. 1173).

El ordenamiento jurídico da lugar al nacimiento de las obligaciones mediante la previsión de determinados supuestos a los que incorpora ese efecto jurídico. Por tanto, la fuente de las obligaciones está en el supuesto de hecho determinado, en cuanto la norma le atribuye relevancia jurídica en su realización concreta.

¿Cuál es el hecho operativo que la norma considera fuente de la obligación de compensar en el caso del daño causado por una conducta lícita?

La convivencia en sociedad lleva a que se generen conflictos de intereses entre sus integrantes, respecto de los cuales al derecho compete dar solución. Para ello existen dos caminos: a) Proteger el ejercicio de un derecho respecto del otro, sea tutelando al que causa un daño en ejercicio de un derecho, o bien amparando al perjudicado, asistiéndolo con la obligación de reparar a cargo del que causa el daño. b) Proteger el ejercicio de ambos derechos tratando de lograr un verdadero equilibrio entre intereses contrapuestos. Es en función de esta hipótesis que se configura el hecho operativo que nos ocupa. Lo peculiar de la relación jurídica configurada radica en que, al mismo tiempo, en un mismo plano, se reconoce a un sujeto una situación jurídica activa, y a otro se le protege de las lesiones que pueda ocasionarle la conducta lícita.

Se amparan, concomitantemente, el ejercicio de los derechos tanto del que causa el daño como los del perjudicado, logrando que, a pesar de ello, persista un equilibrio en sus respectivos estados patrimoniales.

La nómina de fuentes de las obligaciones es, en nuestro derecho, enunciativa y no taxativa. Tal como sostuvimos en otra ocasión (Ordoqui Castilla, Lecciones de derecho de las obligaciones, t. I, Ed Del Foro Montevideo, 1997, pág. 111), por un lado, el art. 1246 del C.C., al referir a las fuentes de las obligaciones, lo hace a vía de ejemplo, precediendo en cada uno de los grupos, el término “como”, dando a entender que existen otras fuentes dentro del grupo y que se da el ejemplo o el caso principal.

En este sentido, el art. 473 del mismo cuerpo normativo, al referir a los derechos personales, también presentados como posibles fuentes de obligaciones, los presenta como “los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley han contraído las obligaciones correlativas; ...” Aquí, en forma genérica se alude a las fuentes de las obligaciones como “hechos suyos o la sola disposición de la ley”.

En el caso puntual que nos ocupa de los daños lícitos que generan obligación de resarcir, se está ante una verdadera fuente de obligaciones, en cuanto tal, similar al contrato y a la obligación de resarcir que surge del ilícito extracontractual (delito o cuasidelito). Es una fuente no identificada como tal y por ello, en términos de Mazzola (*Responsabilità civile d'atti liciti*, Milán, 2007, Ed. Giuffrè, pág. 12) una fuente innominada de obligaciones.

La obligación no contractual, no derivada de un hecho ilícito, es una fuente no referida en el art. 1246 del C.C., salvo en la remisión genérica a la ley como fuente de las obligaciones, pero, como lo criticara Betti (*Teoría general de las obligaciones*, pág. 11), la ley en realidad no es fuente de obligaciones, sino que es un término elíptico para dar a entender que la norma liga una obligación a un acto o hecho de la persona. La ley no crea jamás efectos jurídicos por sí sola, sino que vincula o califica una situación de hecho y le impone un tratamiento jurídico correlativo.

Mazzola (*ob.cit.*, pág. 18) diferencia entre el acto idóneo para producir obligaciones jurídicas de conformidad al orden jurídico y el acto idóneo para producir obligaciones “por” voluntad de la ley.

En un caso la obligación no nace de la voluntad de la ley en forma expresa y en el otro sí.

La obligación de resarcir daños lícitos es una fuente de obligaciones que no surge del acuerdo de partes ni del acto ilícito, no teniendo referencia expresa en el art. 1246 del C.C. en tanto no consideramos acertado técnicamente sostener que el origen de una obligación se pueda fundar sólo en la ley. Se trataría así de una “obligación *secundum iuris*”, o sea, que surge del orden jurídico. En ciertos casos se deben reparar daños físicos pues ello opera como presupuesto idóneo para producir obligaciones y el orden jurídico lo reconoce como tal (obligaciones *ex legge*). Una cosa es que el orden jurídico reconozca obligaciones como ocurre, por ejemplo, con el denominado contrato de hecho, o con las obligaciones de reparar daños lícitos, y otra es que estas obligaciones surjan por imperativo legal concreto.

En nuestra opinión, la obligación de resarcir daños lícitos es una fuente de obligaciones no enunciada en forma expresa en el art. 1246 del C.C. en el entendido de que la ley en sí no opera como fuente de obligaciones sino como determinante de hechos o actos que pueden actuar como fuentes.

## VI. Estructura y función de la obligación de compensar los daños causados por conductas lícitas

### *Presentación del tema*

En toda relación jurídica suscitada a raíz de la existencia de un daño causado por una conducta lícita tendremos:

- a). Un daño con las mismas características jurídicas que lo individualizan como tal en los casos en que va precedido de una conducta ilícito-culposa. O sea que estamos en presencia de un menoscabo o de un perjuicio que se caracteriza por ser cierto, directo, actual.
- b). Vinculado causalmente.
- c). Con la actividad de un sujeto que, a pesar de que implica el ejercicio de un derecho que le es tutelado por el ordenamiento jurídico (y por tanto lícita), lesiona el derecho subjetivo de un tercero.

### *Acto lícito*

Surge inmediatamente el interrogante de decidir cuándo podemos considerar a una actividad como lícita. Si pretendemos dar una respuesta a esta pregunta, teniendo presente por ejemplo, el artículo 10, inciso 2° de la Constitución de la República Oriental del Uruguay: “ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella prohíbe”, podríamos efectuar el siguiente razonamiento teniendo en cuenta que cuando el derecho no obliga a abstenerse de cierto comportamiento éste debe ser considerado permitido, la licitud o ilicitud de la conducta que causa un daño dependerá de que ésta sea o no contraria a una norma jurídica. En consecuencia, estaríamos ante un daño causado, por una conducta lícita toda vez que la conducta que lo genera no contravenga una norma de Derecho.

Si por otra parte partimos del contexto del artículo 1319 del C.C., con la interpretación que suele darle la jurisprudencia y gran parte de la doctrina, en el sentido de que contiene la obligación genérica de no dañar (*nominem laedere*), podríamos llegar a sostener que un daño causado por una conducta lícita es todo aquel que fue cometido sin transgredir dicho precepto de conducta.

Consideramos que en esta forma de razonar existiría un error en su presupuesto, o sea, en el verdadero alcance que tiene el artículo 1319 del C.C. En efecto, si intentarnos una interpretación lógica sistemática entre lo que dispone esta norma y lo que acusan los artículos 7 y 72 de la Constitución de la República, pronto constataremos que más que una obligación de no dañar (deber de conducta negativo) lo que existe es la obligación de respetar la vida, la integridad física, la seguridad, la propiedad de nuestros semejantes (deber de conducta positivo). En consecuencia, se considera conducta lícita toda aquella que se desarrolla de conformidad con las exigencias impuestas por el derecho vigente.

Por otra parte, pensamos que la conducta ilícito-culposa no debe ser analizada exclusivamente en el sentido “contra ius”, es decir, que suponga en el comportamiento del agente una transgresión a la norma jurídica, sino que también debe ser estudiada en el sentido non iure, es decir, toda actitud asumida en ausencia de un derecho reconocido. Es así que la conducta ilícito-culposa no supone sólo la transgresión de un derecho, sino también la prevalencia del derecho del sujeto pasivo ante el accionar sin derecho por parte del sujeto activo.

Pensamos que el camino correcto se transita invirtiendo el contexto del artículo 1319 del C.C., pues al decirnos que “todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquél por cuyo dolo, culpa, negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo” está señalando que, como regla, salvo texto expreso, todo daño causado por una conducta lícita no debe ser compensado.

De lo expuesto se deduce que nuestro ordenamiento jurídico ha autorizado toda conducta que causa un daño, salvo que este comportamiento sea ilícito-culposo, y, a menos que exista un texto expreso que así lo indique (normas permisivas) el daño causado por una conducta lícita no genera en el lesionado un derecho a compensación.

En realidad, no es que el orden jurídico autorice a dañar salvo que incurra en un ilícito sino que, en ocasiones, el daño que se causa parte del ejercicio de un derecho. Es lícito todo acto u omisión realizada dentro de lo permitido o no prohibido por el orden jurídico en su integralidad. Abarca este concepto no sólo lo no prohibido por la ley sino por el orden jurídico como un todo, conformado por las normas con carácter general, los principios generales, las buenas costumbres, la moral, el orden público. El acto voluntario pasa a ser lícito o ilícito cuando comienza a ser jurídico y tiene relevancia como tal en el relacionamiento social.



Puede ocurrir que la ley legitime en forma expresa ciertos actos y, no obstante que estos puedan llegar a causar daño, se diferencia entre actos lícitos simples, por no ser prohibidos y los lícitos por ser permitidos en forma expresa. Solo es posible referir los actos lícitos al proceder de personas imputables pues, de no ser así, el acto deja de ser voluntario y de tener relevancia como tal sin poder ser considerado lícito ni ilícito. Sólo del accionar imputable se puede deducir la calificación de licitud o ilicitud en el comportamiento.<sup>2</sup>

Scognamiglio<sup>3</sup> ha sostenido que es una confusión generalizada limitar la responsabilidad a lo ilícito. Responsabilidad o ilicitud para muchos es todo uno. Precisamente, la figura del daño lícito resarcible como tema propio de la responsabilidad civil confirma la no exclusiva coincidencia de la figura del ilícito con la categoría de la responsabilidad civil.

En un primer momento de la responsabilidad civil buscaba un fin sancionatorio y de allí la relevancia central de lo ilícito. Hoy lo central es el daño y su indemnización, lo que lleva a ampliar el ámbito de la responsabilidad y del mismo derecho de daños inclusive al resarcimiento de aquellos que en ciertas circunstancias pueden ser lícitos. Una cosa es resaltar la importancia del ilícito en la responsabilidad civil y otra es asignarle una función totalitaria, de forma que no se concibe responsabilidad sin ilicitud, enfoque que es esencialmente errado.

En doctrina se ha discutido cuál es la relación entre la responsabilidad civil y el daño lícito resarcible. Para unos, es una categoría autónoma; para otros, es una forma de responsabilidad civil.<sup>4</sup>

Tucci<sup>5</sup> ve en estos daños lícitos resarcibles un caso de responsabilidad civil pues ellos responden a la “ratio iure” de este instituto que es la de reparar el daño, pero con la peculiaridad de que se reconoce a un sujeto una situación jurídica activa y, al mismo tiempo, se protege el interés de otro sujeto a obtener un resar-

---

<sup>2</sup> En términos de Torregrossa (Il problema della responsabilità de atti liciti, Ed Giuffrè Milán, 1964, pág. 179), se está ante un acto lícito que causa daños jurídicamente relevantes. Así, entre lo ilícito resarcible y lo lícito no resarcible, aparece la categoría de lo lícito resarcible. El daño, para ser relevante a los efectos resarcitorios, no tiene porqué en forma imprescindible, estar causado por un acto ilícito. Puede tener relevancia resarcitoria como efecto jurídico sin ser ilícito. No hay razón para limitar el daño resarcible a que haya sido causado por un acto ilícito.

<sup>3</sup> Voce: Illecito en Novissimo Digesto Italiano, ed. UTET, Torino, t. XV, pág. 638

<sup>4</sup> Bianca (ob.cit., pág. 556) entiende que la idea de que la responsabilidad surja de un acto lícito aparece íntimamente contradictoria en cuanto la realización de un acto autorizado por la ley no puede justificar ninguna consecuencia en términos de responsabilidad pues es una noción basada en la conducta ilícita.

<sup>5</sup> “La responsabilità del danno da atto licito nell diritto civile” en Rivista di Diritto Civile, 1967, pág. 229

cimiento por el daño lícito sufrido. El centro de la responsabilidad hoy está en el daño y no en el ilícito. Existiendo un daño, es tema de responsabilidad civil, sea éste lícito o ilícito, siempre que tenga relevancia jurídica.

El resarcimiento puede ser indemnizatorio o compensatorio. Existe daño de un lado y derecho a que sea compensado, del otro. Se trata de situaciones en que coexisten derechos o intereses inconciliables, contemplándolos en ambas partes.

Como destaca Mazzola<sup>6</sup>, a uno se le concede tutela inmediata (aceptando el acto que realiza) y al otro se le tutela en forma mediata (consintiendo la reparación del derecho sacrificado).

Se contempla la situación de ambos buscando entre ellos un equilibrio. En realidad, el centro del tema está en que el orden jurídico en ciertos casos tiene la necesidad de tutelar derechos inconciliables, pero que deben coexistir.

Se debe tutelar ambas, situaciones por razones de interés social. Aparece al mismo tiempo un acto lícito, un daño relevante jurídicamente y la obligación de compensarlo.

Para Franzonni<sup>7</sup>, la función de la responsabilidad civil está en revertir un daño injusto y no en recomponer una conducta ilícita. Por eso, la compensación del daño lícito cuando corresponda, forma parte de la responsabilidad civil.

Tucci<sup>8</sup> entiende que la obligación resarcitoria no se limita al aspecto sancionatorio y ello se constata no sólo en los casos de daños lícitos resarcibles sino también en los casos de responsabilidad objetiva en los que no se considera la conducta del agente y existe la obligación de reparar un daño.

### *El daño y la conducta lícita.*

En realidad, en el derecho se advierte la necesidad de tutelares intereses que, en principio, aparecen como inconciliables. Por ejemplo, en ocasiones es necesario tutelar el derecho de resarcir un contrato de arrendamiento de obra y, por otro lado, tutelar el derecho del contratado a no perder las ganancias legítimamente esperadas (art. 1847 del C.C.). Aparecen como intereses opuestos que es conveniente tutelar. El legislador anticipa la tutela de uno y regula o prevé cómo tutelar el interés del afectado, generalmente estableciendo una obligación de reparar el daño que causó el ejercicio lícito del derecho.

---

<sup>6</sup> Ob.cit., pág. 147

<sup>7</sup> Ob.cit., pág. 117

<sup>8</sup> Ob.cit., pág. 256 a 259

La relación entre el daño y el ilícito se prestó para grandes controversias jurídicas enfrentándose a aquellos que en todo daño ven una lesión a un interés y por tanto a un ilícito y los que presentan a la figura del daño diferente del lícito. Ambos requisitos: daño e ilicitud con la relación causal se necesitan para llegar a un caso de responsabilidad, pero no deben confundirse uno con el otro.

Se ha criticado la figura del acto lícito dañoso por considerarla como “categoría ambigua” que abarca los casos en los que el ordenamiento jurídico consiente al sujeto ejercitar sus derechos y, si causa un daño, debe el resarcimiento correspondiente. La ambigüedad, según Mazzola<sup>9</sup> y Alpa<sup>10</sup> puede verse en que por un lado se ejercita un derecho, pero por otro se entiende que el daño que se causa es injusto y debe ser resarcido. Pueden presentarse estos casos como excepcionales dentro de la categoría general de la responsabilidad civil dependiendo en cada caso del texto habilitante y no debería presentarse como categoría autónoma general.

En realidad, la identidad de esta figura estaría en que el orden jurídico prioriza un derecho sobre otro, pero, además, considera el interés sacrificado y por eso establece la obligación de indemnizar. Considera que el daño sea justificado más allá que se legitima el derecho del que los causa y por ello debe indemnizarse.

Estas ambigüedades han llevado a que respecto a esta figura se sostengan distintas posiciones:

- a) reconocer autonomía respecto a la responsabilidad civil o sea aquí la indemnización no responde un ilícito,
- b) para otros es una forma de responsabilidad civil,
- c) otros como Bianca consideran que es una categoría contradictoria por no poder referirse a responsabilidad por acto lícito cuando la ilicitud es requisito esencial de la responsabilidad.

Mazzola<sup>11</sup> destaca que este fenómeno se puede explicar sosteniendo que la norma legitima cierto acto, pero no la posible consecuencia dañosa y si esto ocurre procede a ser indemnizada. Quien ejercita un derecho debe hacerse cargo de los daños causados a un tercero en estos casos. En realidad, la responsabilidad por acto lícito y la responsabilidad por acto ilícito son dos aspectos distintos, pero esencialmente complementarios a la responsabilidad civil pues ambos refieren al

---

<sup>9</sup> Ob.cit., pág. 125

<sup>10</sup> La responsabilità civile in Trattato di diritto civile, tomo IV, Ed Giuffrè Milán, 1999, pág. 29

<sup>11</sup> Ob.cit., pág.138

daño jurídicamente relevante que finalmente termina siendo reparado. Como bien destaca Mazzola<sup>12</sup> el legislador puede decidir que una parte pueda en ocasiones dañar, pero reparando el daño causado o bien que ciertos daños que se causan estén privados de tutela y no sean reparables. Así, el daño puede derivar de actos consentidos para el orden jurídico y en algunos casos puede exigirle al que daña lícitamente que repare y en otro se trata de daños que se deben tolerar. Tal lo que sucede cuando se autoriza por ejemplo una obra necesaria en un lugar que afecta al medio ambiente.

Aparece el concepto de daño injusto presentado por Bianca<sup>13</sup> como la lesión de un interés jurídicamente protegido en la vida de relación. Puede originarse en un interés *sine iure* (sin justificación del orden jurídico) o “*contra ius*” (lesionando normas jurídicas). Así, el daño es injusto cuando no tiene causa de justificación.

En la propuesta tradicional es fundamental acercar el daño a lo ilícito o antijurídico o injustificado pues, así, se justifica la función sancionatoria.

Hoy el daño pasa a valer en sí y no depende del tipo de conducta que lo cause, sino que, en ocasiones, adquiere relevancia resarcitoria en sí y por sí. Por ello, el daño se puede clasificar en daño irrelevante (ajurídico), daño ilícito o injusto y daño jurídicamente relevante. Este último tiene efectos jurídicos resarcitorios no obstante no provenir de una conducta ilícita.

Cierto sector de la doctrina<sup>14</sup> presenta al daño lícito resarcible como una figura de excepción respecto de la regla que es que se debe reparar el daño ilícito. En realidad, este enfoque no es correcto pues el daño lícito no es una excepción sino una regla general que se da cada vez que se causa un daño a partir del ejercicio de un derecho y que se dispone la tutela de la parte afectada por el ejercicio de ese derecho. Con carácter general, como señala Bianca (ob.cit., pág. 682), quien ejerce un derecho no es responsable si lesiona el interés de un tercero. El derecho prioriza en ciertos casos un derecho sobre el otro y es posible pensar en estos casos en daños lícitos que, por cierto, no pueden presentarse como excepcionales.

Pero sí puede ocurrir que en ciertos casos se establezca que, no obstante ser lícito el ejercicio del derecho, genere la obligación de reparar el daño que se haya causado. El ejercicio de un derecho excluye la ilicitud y opera como causa de justificación y, en ocasiones, es determinante de la obligación de reparar el daño causado.

---

<sup>12</sup> I nuovi danni, ob cit pág. 93

<sup>13</sup> Diritto Civile, t. V, ob. cit, pág. 582

<sup>14</sup> Alpa, “La responsabilità civile”, en Trattato di diritto civile, t. IV, ob cit, pág. 99 y ss.

Ciertos autores fundan la figura del daño lícito en la necesidad de tutelares intereses inconciliables<sup>15</sup> del que ejerce el derecho y del afectado. El legislador presenta como daño lícito algo que normalmente es ilícito y en cuanto tal resarcible. No sanciona, pero obliga a indemnizar. Se está ante de una categoría especial de daño y de responsabilidad objetiva.

Para aproximar la figura de la reparación por daños lícitos a la responsabilidad civil, se ha propuesto en doctrina la denominada teoría de la dicotomía, conforme a la cual el acto lícito dañoso en realidad se presenta como desdoblado en una faceta lícita, que parte de la autorización de la conducta, y luego le sigue una faceta ilícita, que es la que se da cuando se causa la lesión que justifica la obligación de resarcir.<sup>16</sup>

Tucci<sup>17</sup> considera que el daño lícito forma parte de la responsabilidad civil y que la consecuencia resarcitoria del daño no tiene por qué ser siempre sanción a un ilícito. Sostiene el autor que la responsabilidad por acto lícito no es excepcional en cuanto no deroga la ratio de la responsabilidad civil que está en reparar un daño. Partiendo de una visión amplia de la responsabilidad el daño lícito forma parte de ella.

Franzonni<sup>18</sup>, entiende que un acto no es lícito sólo porque la ley autorice el proceder. Una cosa es el poder o el derecho conferido al sujeto y otra, cómo lo ejerza. Lo que califica la conducta no es la norma que autoriza el proceder sino el resultado de esta acción, que puede terminar siendo lesiva (o ilícita).

Mazzola<sup>19</sup>, critica a Franzonni, y creemos que, con razón, pues éste no explica cómo un acto lícito deviene ilícito por su consecuencia que tiene la peculiaridad de ser admitida por el derecho. No todo daño, en tanto tal, evidencia una ilicitud por ser daño. O, dicho de otra forma, no se puede deducir a la inversa: que se concluye en un daño y que, por tanto, la conducta era ilícita.

---

<sup>15</sup> ver Mazzola, ob.cit., pág. 148

<sup>16</sup> Torregrossa, ob.cit., pág. 76. Según este enfoque, como lo destaca Mazzola (ob.cit., pág. 154), el acto comienza siendo lícito y termina, a la hora de dañar, siendo ilícito. La licitud de la autorización de la conducta no eliminaría la ilicitud del daño mismo (ver Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, ob cit, pág. 18

<sup>17</sup> Ob.cit., pág.249 a 250

<sup>18</sup> Dei fatti illicite, ob cit, pág. 215

<sup>19</sup> ob.cit., pág. 155

## VII. Fundamentos jurídicos de la obligación de compensar daños causados por conductas lícitas: normas permisivas

### *Presentación del tema*

Pueden tenerse los siguientes ejemplos de daños lícitos que no generan un derecho compensatorio en el perjudicado: el comerciante que debido al buen desempeño que desarrolla en su ramo resta clientela a negocios similares causándoles graves daños, el propietario que edifica en un terreno lindero privándose de la vista al mar llegando incluso a afectar el valor de mi inmueble.

En algunos casos, el legislador consideró conveniente, a fin de lograr una convivencia en sociedad más justa, imponer una obligación de compensar a quien causa un daño mediante una conducta lícita amparando de esta forma a las dos partes en conflicto. Para ello ha utilizado normas que denominamos permisivas, algunas de las cuales se enuncian en el literal “3”. La obligación de compensar que surge como respuesta del ordenamiento jurídico al ejercicio de una actividad lícita que causa un daño, se caracteriza por desempeñar una función consistente en lograr un equilibrio que modere o neutralice el posible incremento de un patrimonio en perjuicio de otro. Al tutelarse tanto el ejercicio del derecho como la situación del perjudicado, se busca que, en definitiva, ninguno de ambos patrimonios resulte menoscabado.

Pensamos que en todos estos casos el legislador aparece orientado por un criterio que sustenta soluciones conforme a pautas emergentes de una “justicia distributiva”. Guiarse por las pautas que señala una justicia distributiva supone asignar proporcionalmente a los miembros de la sociedad los beneficios y las cargas dimanantes del bien común. En una primera época se consideró como intangible la relación: norma-sanción. Hoy es admitido que, junto a la norma establecida para resolver conflictos de interés, pueden aparecer toda otra serie de “medidas jurídicas” que no responden precisamente a los caracteres de una sanción. Dentro de la órbita del derecho civil podemos distinguir:

- a) Medidas de prevención o de seguridad: para tratar de evitar el mal ejercicio de los derechos subjetivos se han regulado, por ejemplo, institutos tales como la interdicción, la inhabilitación.
- b) Medidas represivas: mayor importancia histórica y práctica que las medidas preventivas tienen las represivas, que consisten en la irrogación de un

mal a quien haya lesionado los intereses de otro sujeto. Dentro de este tipo de medidas se ubican las denominadas “sanciones civiles” que son fundamentalmente dos: el resarcimiento o la indemnización y la pena privada (cláusula penal).

Mientras la primera cumple una función predominantemente satisfactoria (respecto del titular del interés protegido) la segunda cumple una función aflictiva respecto del titular del interés sacrificado).

c) Medidas de garantía: se suscitan en aquellas situaciones jurídicas a raíz de las cuales aparece obligado a reparar quien, a pesar de no haber incurrido en una conducta ilícito-culposa, se le atribuyen ciertos hechos o actos jurídicos teniendo en cuenta la relación jurídica existente entre aquél y éstos. Tal lo que ocurre en el caso de “saneamiento por evicción”; la responsabilidad del padre por actos de hijos... (arts. 1324 y 1326 del C.C.).

d) Medidas de equidad: están también aquellos casos -particularmente los que hoy tenemos a estudio- en los que a pesar de que el sujeto haya actuado en forma totalmente lícita, el Derecho le impone la obligación de compensar los daños que pudo causar con su acción, fundándose básicamente en un criterio de justicia distributivo y tratando de restaurar el equilibrio de los intereses que han entrado en conflicto.

Como resulta de lo expuesto, la obligación de compensar que las normas permisivas imponen ante ciertos daños causados por conductas lícitas, no cumple una función sancionatoria, ni supone una situación de garantía, sino que trata de imponer un equilibrio entre intereses contrapuestos tutelados por el Derecho.

Pensamos que acierta Rodota<sup>20</sup> al sostener que la responsabilidad por daños lícitos se funda en el principio de la justicia distributiva y en el principio de la solidaridad.

Bianca<sup>21</sup> considera que es impropio el uso del término responsabilidad por acto lícito pues la responsabilidad solo responde a actos ilícitos. Como señala Visintini<sup>22</sup>, en estos casos el daño en sí es injusto en cuanto objetivamente afecta a un bien protegido por el orden jurídico, y por ello es de justicia que se disponga la reparación a pesar de que la conducta que lo causa sea tutelada y, por tanto, lícita.

---

<sup>20</sup> Il problema de la responsabilità civile, ob cit pag. 41 a 68

<sup>21</sup> Diritto Civile. La responsabilità. Ob cit, pág. 557

<sup>22</sup> Ob.cit., pág. 295

### *Nuestra opinión*

Cuando la norma legitima exigir la reparación del daño ocasionado por una conducta considerada lícita, en realidad pondera la situación desde el punto de vista del afectado y entiende injusto que éste deba sufrir un daño. Tucci<sup>23</sup> considera que en estos casos el daño no es ilícito, pero es injusto que lo asuma el que lo padece y, por tanto, la norma pone una obligación resarcitoria para evitar injusticias o afectaciones irracionales. La suma de dinero no se aplica como sanción o resarcimiento sino como compensación para evitar un perjuicio injusto. Visintini<sup>24</sup> afirma, en criterio que se comparte, que no es contradictorio reconocer que un daño provenga del ejercicio de un derecho y, no obstante, deba ser resarcido. Bianca (ob.cit., pág. 222) aclara que el daño es en sí injusto por cuanto es objetivamente lesivo de un bien jurídico, pero la conducta que lo causa puede ser lícita o estar respaldada por el orden jurídico.

### **VIII. Normativa**

De lo ordenado por el artículo 10 de la Constitución, se infiere que en principio todo daño causado por una conducta lícita está permitido y no genera una obligación de compensar. El principio general es que, si la conducta no es ilícita por no atacar el orden público o no dañar a un tercero, está exenta de la autoridad judicial, o sea, sobre lo hecho o actuado de esta forma no hay reclamo posible. Para apartarse del criterio general hace falta una norma que establezca el deber de reparar a pesar de que la conducta que daña sea lícita. Ocurre que, frente a este principio general, el ordenamiento jurídico ha regulado específicamente ciertos conflictos de interés en los cuales a la parte que se faculta a causar un daño, concomitantemente, le impone la obligación de compensarlo. Ello se ha realizado a través de las normas que hemos denominado “permisivas”.

Visintini<sup>25</sup> destaca cómo el Código Civil en varios casos prevé indemnizaciones a favor del propietario a favor de los perjuicios soportados por la actividad que realiza un tercero previstas o tuteladas por la ley.

---

<sup>23</sup> “La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile”. Rivista di Diritto Civile, 1967, pág., 297

<sup>24</sup> Trattato della responsabilità contrattuale, Milán, Ed. Cedam, 2009, t. III, pág. 295

<sup>25</sup> Ob cit, pág. 291



El Código Civil uruguayo tiene varias disposiciones de esta naturaleza, tal el caso, por ejemplo, de los artículos siguientes:

Artículo 1847: El que encarga una obra para la que el obrero debe ponerlos materiales puede a su arbitrio rescindir el contrato, aunque la obra ya esté empezada a ejecutar, indemnizando al obrero de todos los gastos y trabajos y de todo lo que hubiera podido ganar en la misma obra.

Artículo 576: Si el que tiene un acueducto en heredad ajena quisiera introducir mayor volumen de agua en él, podrá hacerlo indemnizando de todo perjuicio a la heredad sirviente; si para ello fueren necesarias nuevas obras se observará respecto de éstas lo dispuesto en el artículo 572.

Artículo 563: El propietario de fuente o manantial no puede cambiar su curso, cuando provee el agua necesaria a los habitantes de una sección, villa o pueblo; pero si el vecindario no ha adquirido por prescripción o de otro modo el uso del agua, puede reclamar el propietario una indemnización que será determinada por peritos (arts. 350, 489, 490, 491, 492, 554 y 563, Cód. Rural uruguayo).

Artículo 581: El propietario de un predio enclavado y que no tiene salida a la calle o camino público, puede reclamar paso por los predios vecinos para la explotación del suyo, pasando el valor del terreno necesario y resarciendo todo otro perjuicio (arts. 283, 687, 699 y sigs. y 724, Cód. Rural uruguayo).

El vínculo que lleva al propietario a tener que dejar usar su predio aun cuando sea indemnizado, es una “obligación propter rem”.<sup>26</sup> Lo cierto es que en estos casos la propiedad aparece limitada por la tutela de los derechos de los terceros. Lo que se debe pagar no es por el acceso al bien sino por los eventuales perjuicios que se puedan causar.

Artículo 588: Si el camino público se pusiera accidentalmente intransitable, sea cual fuere la causa, los propietarios contiguos debe-

---

<sup>26</sup> Ordoqui Castilla, Lecciones de derecho de las obligaciones, t. I, pág. 94

rán dar paso por su fundo, durante el tiempo indispensable para la compostura del camino; salvo el derecho a ser indemnizado convencionalmente o a juicio de peritos por la respectiva Junta Económico Administrativa.

Artículo 723: Cualquiera podrá pedir al dueño de una finca el permiso para cavar en el suelo para sacar dinero o alhajas de las que alegare pertenecerle y estar escondidas en él; y si señalarse paraje en que están depositados y diere competente fianza de que probará su derecho sobre ellos, y de que abonará daños y perjuicios al dueño de la finca, no podrá éste negar el permiso ni oponerse a la extracción de dichos dineros o alhajas.

Artículo 492: “Nadie puede ser privado de su propiedad sea mueble o raíz sino por causa de pública utilidad, calificada por ley, previa la correspondiente indemnización, sin perjuicio de lo que al respecto establezcan leyes especiales” (ver art. 32, Constitución de la Rep. O. del Uruguay).

El Código Rural Uruguayo presenta también diversas hipótesis de normas permisivas:

Artículo 60, inciso 2º: “Tratándose de servidumbre de desagüe el propietario podrá deducir su reclamación en cualquier tiempo en que considere que lo perjudica. “En la servidumbre de extracción de materiales la indemnización comprende una justa compensación de los daños y perjuicios causados”.

Artículo 90, inciso 1º: “Todo propietario puede, bajo su responsabilidad, hacer quemazones en el campo, ya para limpiarlo de yuyales, insectos o animales dañinos, ya con cualquier otro objeto útil, pero si por sobrevenir viento cuando no lo había por cambiar el que hubiese, o por cualquier otra causa inculpable o natural, el fuego excediese sus límites e invadiese otra propiedad, está obligado a la reparación de todos los daños y perjuicios que ocasionare”.

Artículo 371: “A toda autorización para calicatas precederá siempre la constitución de un depósito en metálico de 100 a 2000 pesos, según los casos para responder de los daños y perjuicios que se ocasionen y de la reparación de las cosas al ser y estado que tenían antes, si no se llevase a cabo el alumbramiento”.

Artículo 380: “Si las aguas sobrantes de las fuentes, cloacas y establecimientos públicos de las poblaciones hubiesen sido aprovechadas por los dueños de los terrenos inferiores por el tiempo de veinte años, no podrán las municipalidades alterar el curso de aquellas aguas ni impedir la continuación del aprovechamiento sino por causa de utilidad pública, debidamente justificada y previa indemnización de daños y perjuicios”.

Artículo 414, inciso 2º: “El dueño de objetos emergidos en aguas de propiedad particular solicitará del dueño de éstas el permiso para extraerlos, el cual no podrá negarse cuando se afiance la indemnización de daños y perjuicios. En caso de negativa, concederá el permiso el juez de paz o teniente alcalde más inmediato previa fianza a su satisfacción y bajo la responsabilidad del solicitante”.

El Código de Minería Uruguayo (ley 10.327) presenta casos similares:

Artículo 18: “Todo habitante de la República con ciudadanía legal o natural o toda sociedad debidamente constituida y con domicilio en el país, puede obtener licencia para efectuar estudios y trabajos de exploración encaminados al descubrimiento de sustancias minerales útiles en determinada zona del territorio nacional, excluidas de estas zonas las concesiones mineras ya en vigencia, pero con la obligación de resarcir los daños y perjuicios que ocasionase con motivo y a causa de sus trabajos en los predios objeto de la investigación”.

Artículo 37: “Los concesionarios responderán de todos los daños y perjuicios que se originen a causa de sus trabajos, aun cuando prueben haber adoptado todas las precauciones para evitarlos. La Inspección

General de Minas, previamente al otorgamiento de la concesión, le exigirá una garantía prudencial por las responsabilidades en que puede incurrir”.

Artículo 49: “Las servidumbres se constituirán previa indemnización, no sólo del valor del terreno ocupado, sino de todo perjuicio real, ya se cause éste a los dueños de los fondos superficiales ya a cualquier otro. “Deberá a ese fin el concesionario deslindar mediante una planimetría detallada a la escala de 1:200.000 la superficie que necesita, presentándola con la memoria justificativa correspondiente a la Inspección General de Minas”.

En la esfera del Derecho Público puede tenerse presente el artículo 32 de la Constitución (Expropiación):

La propiedad es un derecho inviolable pero sujeto a lo que dispongan las leyes que se establecerán por razones de interés general. Nadie puede ser privado de un derecho de propiedad sino en los casos de necesidad o utilidad pública establecidos por una ley y recibiendo siempre del Tesoro Nacional una justa y previa compensación (...) “Cuando se declare la expropiación por causas de necesidad o utilidad públicas, se indemnizará a los propietarios por los daños y perjuicios que sufrieron en razón de la mora, se consume o no la expropiación.”<sup>27</sup>

La actividad ordenada a satisfacer intereses generales, que provoca un daño a un particular-, debe ser resarcida por la misma comunidad que es la beneficiada

---

<sup>27</sup> La exigencia de justa y previa compensación por el daño lícito expropiatorio del Estado se funda en el principio de justicia distributiva (bien común) según el cual la carga necesaria para la obtención de una utilidad colectiva debe distribuirse proporcionalmente entre todos los miembros de una colectividad y no recaer toda ella sobre uno solo. En la medida en que el acto estatal lícito perjudique a una persona en forma desigual y desproporcionada con respecto al resto o generalidad de los administrados, nace la obligación de resarcir por parte del Estado. Entra en juego el principio de la igualdad ante las cargas públicas y el principio del respeto de los derechos de propiedad que, en su aplicación integral, se proyecta sobre todos los daños causados a los particulares en la medida en que éstos no tengan porqué soportarlos. En otro orden, es de señalar que el Estado en el desarrollo de sus funciones y actuando conforme a derecho puede llevar a causar daños a los ciudadanos que, sin llegar a suponer una conducta ilícita, afecten el principio de la igualdad de trato o de distribución de las cargas públicas

por el daño causado, de forma que el perjuicio causado por el interés general no lo soporten sólo algunos, quebrando el principio de igualdad consagrado constitucionalmente 9. La carga necesaria para la obtención de una utilidad colectiva, no debe recaer sólo sobre algunos, sino sobre toda la colectividad. Además, como dijéramos, si a una persona se le afecta su propiedad por causas de interés general, debe resarcírsele el perjuicio causado (art. 32, Const. Rep. O. del Uruguay).

El art. 47 de la Constitución, al ordenar “La protección del medio ambiente es de interés general; las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores”. Como se advierte, la disposición sólo protege al medio ambiente en la medida en que se produzcan daños “graves”, lo que importa que, si no son graves, los mismos deben tolerarse y pueden configurar daños lícitos en la medida en que se identifiquen como molestias que deben ser toleradas.

## **IX. Algunas aplicaciones doctrinales de la obligación de compensar daños causados por conductas lícitas**

### *Presentación del tema*

La doctrina ha tenido que explicar y resolver diferentes casos en los cuales, a pesar de carecerse de una “norma permisiva”, existe una actividad tutelada por el ordenamiento jurídico que causa un daño que es preciso compensar, no tanto por motivos sancionatorios, sino más bien para mantener el equilibrio patrimonial de los sujetos que sustentan un conflicto de intereses.

Arrastrando el falso preconcepto de que toda obligación de reparar debe estar precedida de una conducta ilícito-culposa, tanto la doctrina como la jurisprudencia aunaron esfuerzos para encontrar el razonamiento o el concepto que lograra presentar aquella actividad como ilícito-culposa y, por tanto, fuente de la obligación de resarcir conforme al criterio tradicional.

Planteamos a continuación diferentes casos -con carácter meramente enunciativo y sin el ánimo de proponer soluciones definitivas- en los cuales la doctrina se ha referido a la existencia de obligaciones de compensar que responden a conductas lícitas que causan daños.

a) Para justificar la obligación de compensar los daños que causa la revocación de una propuesta contractual dentro de la enormidad de criterios sustentados para justificar dicha compensación, están quienes han sostenido que, si bien el Derecho tutela la libre voluntad contractual principalmente en la etapa de las tratativas, ello no excluye que esta actividad tutelada por el Derecho pueda causar daños lícitos que deben ser compensados.

b) “El derecho de revocar o rescindir un contrato” supone para algunos un daño lícito que puede, según los casos, estar contrarrestado con la obligación de compensar (art. 1847 del CC), y en otros, puede faltar esta obligación (art. 1634, revocación de la donación por ingratitud del donatario; art. 2087 del CC, revocación del mandato; art. 2093 del CC, cuando faculta al mandatario a renunciar al mandato, pero si causare daño al mandante debe repararlo).

c) Que los daños causados “en estado de necesidad” deben ser compensados es algo que muy pocos ponen en tela de juicio. No obstante, ello, son muy variados los criterios propuestos para que dicha obligación quede justificada frente al ordenamiento jurídico.

### *Ejercicio de un derecho y el daño lícito*

En ocasiones el orden jurídico confiere derechos y protege su ejercicio. Si se ejerce el derecho en forma legítima o acorde al fin para el que fue reconocido, puede suceder que en ciertos casos se causen daños lícitos, o sea, a partir del ejercicio lícito del derecho reconocido por el orden jurídico en ocasiones es posible dañar.

Si, por ejemplo, se ejerce correctamente el derecho de informar, se puede llegar a afectar el honor y el buen nombre de una persona sobre la que se difunde información de que habría incurrido en un delito de estafa. El ejercicio de un derecho y la ilicitud son conceptos antitéticos pues el primero excluye al segundo. Si la norma no regula otras consecuencias, el ejercicio lícito de un derecho que causa daños no trae como consecuencia su reparación.

Si el derecho no se ejerce acorde al fin o valores para los que fue reconocido, se puede incurrir en abuso de derecho y el daño causado debe ser resarcido.<sup>28</sup>

Lo que se debe destacar es que el hecho de que se ejerce un derecho no exonera en todos los casos de la obligación de reparar un perjuicio pues puede ocurrir

---

<sup>28</sup> Ordoqui Castilla, *Abuso de derecho*, Bogotá, Ed. Javeriana, 2010

que la propia norma que legitima el ejercicio de un derecho imponga la obligación de indemnizar el daño causado. El que ejerce un derecho no incurre en ilicitud siempre que lo ejerza dentro de los fines para los que fue reconocido.

### *Obligación restitutoria y los daños lícitos*

Albaneses<sup>29</sup> señala que en el orden jurídico existe la obligación de restituir como efecto de ciertos institutos como el enriquecimiento sin causa o el pago de lo indebido (art. 1308 y ss. de C.C.) en situaciones que no pueden verse como contractuales ni como extracontractuales, pudiéndose hacer referencia a un “tercer sector” que se denomina “Derecho restitutorio”.

Se trata de evitar una ventaja injustificada. No hay propiamente ilicitud, pero se debe restituir dinero o beneficios a los que se ha accedido injustificadamente por razones de justicia.

Mazzola<sup>30</sup> afirma que la obligación de restituir en estos casos garantiza la reparación de una alteración injustificada. En la medida en que se afecte el interés de otro, aún dentro de la legalidad, si el orden jurídico lo dispone se debe compensar este perjuicio considerando la entidad real y cierta del mismo. Se trata de restablecer una situación de desequilibrio en la protección de intereses o valores afectados por una razón de equidad y no como sanción. Se responde generalmente en estos casos tratando de que se satisfagan exigencias de justicia distributiva.

Cuando la norma ordena la obligación restitutoria, en institutos tales como el enriquecimiento sin causa o el pago de lo indebido (cuasi contratos), lo que busca es restablecer un equilibrio de intereses afectados.

Aplicando la normativa del enriquecimiento sin causa (art. 1308 del C.C.), la diferencia sustancial está en que en la responsabilidad civil se trata de reparar el daño causado por una conducta ilícita mientras que en el enriquecimiento sin causa se considera la restitución del enriquecimiento generado por actos lícitos. En el art 1308 del C.C. no se prevé resarcir un daño sino restituir un beneficio indebido al que se ha accedido.

---

<sup>29</sup> “L’Obbligazioni restitutorie”. Le Obbligazioni, Franzoni, Torino, Ed. UTET, 2005, pág. 183 y ss.

<sup>30</sup> Responsabilità civile d’atti illeciti dannosi, Milán, Ed. Giuffrè, 2007, pág.25

Son fuentes de obligaciones diferentes, pero ello no quiere decir que no puedan concurrir, acercarse a sus fines: restitutorios e indemnizatorios.

Lo que tienen de común la responsabilidad civil y el enriquecimiento sin causa es que son una reacción del orden jurídico a una afectación injustificada del patrimonio, pero la diferencia está en que en un caso se hace a través de la reparación del daño causado por una conducta ilícita, y en el otro se actúa a través de la restitución de un beneficio indebido generado como consecuencia de un proceder lícito.

Albanese<sup>31</sup> sostiene que la restitución o exigencia de devolución trata de restablecer la situación de hecho o de derecho que caracterizaba la posición del sujeto antes de generado el empobrecimiento injustificado. No se trata de reparar un daño sino de reintegrar un patrimonio o beneficio injustamente obtenido. La ausencia de justa causa lleva a que el afectado por el enriquecimiento sin causa sufra un empobrecimiento o disminución patrimonial que para algunos es un verdadero daño injusto.

El daño en el enriquecimiento sin causa es diferente al daño en la responsabilidad civil pues apunta a restituir enriquecimientos o a nivelar empobrecimientos. Hay una pérdida sin causa que se recupera y no tanto un daño que se repara. La acción de restitución no contempla el daño sino el retorno de lo trasladado en forma injusta. Corresponde aclarar, además, que en el enriquecimiento sin causa no se pondera una relación causal. La ratio en el enriquecimiento sin causa está en evitar que un sujeto obtenga sin causa ni justificación un incremento de su patrimonio en daño a otro sujeto que lo ve disminuido o dañado sin razón.

## **X. El daño lícito y su COMPENSACIÓN**

Cuando el daño, aún originado en conductas lícitas, es resarcible, el criterio de reparación no es diferente a cómo debe ser la reparación del daño causado con carácter general por conductas ilícitas. Así, cuando el Estado expropia un bien y debe resarcir, la propia Constitución se remite al criterio de la justa (y previa) indemnización. Queda claro que la indemnización debe ser justa no obstante responder a un acto lícito.

---

<sup>31</sup> Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa, Padova, Ed. Cedam, 2005, pág. 101



La reparación debe abarcar, en consecuencia, los daños que sean consecuencia directa o mediata, con especial referencia a los daños emergentes y al lucro cesante.

En otro orden, no podemos olvidar que en el art. 21 de la ley 15.737 (Pacto de San José de Costa Rica), al regular el derecho a la propiedad privada se establece:

Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de una indemnización justa por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos, y según las formas establecidas por la ley.

La suma de dinero que se entrega como consecuencia del daño lícito no responde a una sanción en respuesta a un ilícito o inconducta sino al hecho de que se entiende necesario compensar el daño causado, más allá de que el mismo sea lícito. No es una mera distinción formal sino sustancial. La consecuencia de reparar un daño lícito se funda básicamente en razones de equidad o justicia distributiva y no se trata de dar respuesta, como sanción, a una conducta irregular. Por ello se prefiere aludir a una compensación cuando se refiere a la reparación de daños lícitos y no tanto a una indemnización en la medida en que ésta responde, principalmente, a la reparación de daños ilícitos.

Como se advierte, son formas de resarcimiento de daños con fundamento bien diferente pues, por un lado, preocupa el daño causado por el ilícito y por otro, el daño que, sin ser ilícito, es injusto quede sin reparación. En la reparación del daño lícito se prioriza, además del criterio de justicia, un criterio de vigencia del principio restitutorio pues muchos casos de daños lícitos parten de que alguien se apropia de algo de otro que es imprescindible restituir, al menos en su valor. Con respecto al criterio de evaluación del daño lícito resarcible, Torregrossa<sup>32</sup> afirma que la compensación debe sustituir integralmente el contenido del derecho sacrificado. Aquí opera un criterio rector o una solución acorde a la justicia distributiva aplicable al caso. En esta situación la equidad es la que marca el criterio de medición del daño. A la equidad en la reparación de daños lícitos se alude expresamente en el art. 32 de la Constitución y en el art. 21 de la ley 15.737 ya referidos al aludir a una justa indemnización. También en el art. 492 del C.C. se establece que ninguna persona puede ser privada de sus bienes sin una justa indemnización.

---

<sup>32</sup> ob.cit., pág. 108.

Podemos señalar, de la interpretación sistematizada de los arts. 32 de la Constitución, 42 del C.C. y 21 de la Ley 25.737, un criterio general conforme al cual cuando se afecta injustamente un bien de una persona, procede una justa indemnización. La ratio de indemnización del daño por acto lícito está en la equidad y en el principio de la justicia distributiva o de solidaridad social (ver Rodota, *Il problema della responsabilità civile*, ob cit pág. 41 y 68).

## **XI. Prescripción**

En materia de prescripción no existe, para la reparación de daños lícitos resarcibles un plazo especial o particular como el que rige, por ejemplo, en materia extracontractual a la luz de lo previsto en el art. 1332 del C.C., a través del cual se concreta un plazo de cuatro años contados desde la perpetración del hecho ilícito para configurar la prescripción. Siendo una situación diversa y sin un régimen particular, corresponde aplicar los principios generales del art. 1216 del C.C. para acciones personales, estableciendo que las mismas prescriben a los veinte años, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales.

## **Conclusión**

En definitiva, al margen de la reparación como sanción al daño causado por una conducta ilícito-culposa, existen otra serie de situaciones en las que se impone esta obligación de reparar el daño causado por conductas lícitas, no para sancionar o para proteger a una víctima, sino para lograr una interrelación de intereses, conforme a las pautas que surgen de la justicia distributiva, lo que implica asignar proporcionalmente a los miembros de la sociedad los beneficios y las cargas dimanantes del bien común.

El orden jurídico cuenta con situaciones en las que aparecen intereses controvertidos y en su ejercicio es necesario, por razones de justicia distributiva es necesario amparar ambos aun cuando sean contrapuestos.

A un sujeto se le atribuye el deber de reparar un daño aun cuando su proceder se entienda legítimo y ello porque el orden jurídico entiende conveniente proteger los dos intereses que se controvierten en el ejercicio de derechos.

## REFLEXIONES SOBRE LA TÉCNICA PARA CALCULAR EL PORCENTUAL DE LA INCAPACIDAD SOBREVINIENTE CUANDO COEXISTEN DAÑO FÍSICO Y PSÍQUICO, EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Dr. Pascual E. Alferillo

### I. Introducción

La doctrina de los tribunales, cuando trata temas vinculados a la valoración y cuantificación de daños, siempre brinda la posibilidad de motivar nuevas reflexiones sobre distintos temas que, conforme a la trama fáctica del caso, deben resolver.

En esa dirección, se estima relevante revisar el modo de calcular el porcentaje que se debe incorporar a la fórmula prevista en el art. 1746 del Cód. Civ. y Com., cuando el hecho dañador produce en el sujeto víctima, daño a su integridad física como a la integridad psíquica.

Vinculado con ello, en primer lugar, se debe dejar constancia que el artículo de mención, avaló la posición de quienes pregonaban la autonomía conceptual y resarcitoria del daño a la psique propiamente dicho.

La previsión normativa, tiene la dualidad de fijar una pauta rígida para el cálculo en la incorporación de una fórmula de la matemática financiera, pero, a la par, deja abierta a la hermenéutica jurisdiccional y de los autores, el modo de precisar cada uno de los elementos que integran la fórmula, como es la edad de supervivencia, el interés de retorno, los aportes de la víctima y, finalmente, el porcentual de incapacidad a resarcir.

Este último elemento de la fórmula del art. 1746 Cód. Civ. y com., es seleccionado para realizar estas reflexiones, puntualmente, cuando el hecho dañador genera -en simultáneo- menoscabo de la integridad física y de la psíquica.

Sin perjuicio de los conceptos precedentes, expresar que, como lógica consecuencia de ello, quedó reglado por la norma sustancial, el desvinculo del daño psíquico del perjuicio, tradicionalmente denominado, como moral.

Finalmente, resaltar en este introito, el contenido del art. 772 Cód. Civ. y Com., que prevé el momento de la metamorfosis de las obligaciones de las obligaciones de valor en obligaciones dinerarias. Esto a los fines de la definición de cual tasa de interés es aplicable.

## **II. El método "Balthazar" para cuantificar daños diferentes en la integridad psicofísica de la persona**

Conforme el contenido normativo del art. 1746 Cód. Civ. y Com., únicamente se especifica que se debe incorporar a la fórmula de la matemática financiera, como elemento esencial, el tipo y el grado de la incapacidad sobreviniente que padece la víctima en forma definitiva.

En esa dirección, se debe tener en cuenta que, tanto, la minusvalía física como la psíquica, se deben determinar en un porcentual que pasará a formar parte de la formula.

La jurisdicción deberá ponderar, esencialmente, el dictamen emitido por la prueba pericial la que, para estar completa, en el estado actual de evolución de la ciencia, debe contener como conclusión final de su informe, el porcentaje de incapacidad padecido por la víctima, en su integridad física o en la psíquica, por el hecho dañoso.

Esta exigencia es sustancial para cuantificar adecuadamente el perjuicio psicofísico definitivo, pero no así para evaluar el monto resarcitorio del daño moral, atento que actualmente se considera que es un menoscabo del bienestar o equilibrio espiritual sin llegar a configurar una patología.

Esta graduación en porcentaje puede ser simple o compleja.

Es simple cuando se informa la producción de un solo tipo de incapacidad: física o psíquica.

En cambio, el cálculo del porcentaje de incapacidad será complejo cuando coexistan dos tipos de incapacidades diferentes en la víctima y se reclame su resarcimiento.

Al respecto se debe tener presente como punto de partida para introducirnos al método Balthazar que, el grado de incapacidad conjunto no debería ser el resultado de la suma simple de las dos minusvalías. Por ejemplo: si se da el 40 % por la incapacidad física y 20 % por la psíquica, no debería ser el 60 % de incapacidad sobrevenida.

Esta complejidad, aún puede ser mayor cuando se informen porcentuales diferenciados para incapacidades distintas de la misma naturaleza, como es el caso de las físicas, como se podrá apreciar en el párrafo siguiente.

El Tribunal Supremo de España en un fallo señero de gran relevancia, explica pormenorizadamente, como es el desarrollo del método Balthazar para determinar el porcentaje de la incapacidad resarcible conforme a su sistema de valor del punto. El juez ponente dijo: “Esta Sala, en sentencias, entre otras, de 30 abril 2012 (Rec. núm. 652/2008) y de 26 octubre 2011 (Rec. 1345/2008), tiene declarado que el apartado Segundo del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, sobre la explicación del sistema de indemnización por accidentes de tráfico -dentro de la letra b), que alude a las indemnizaciones por lesiones permanentes- contiene una referencia al modo de proceder para calcular la puntuación conjunta que ha de corresponder al perjudicado que sufra diferentes lesiones permanentes; todas ellas concurrentes por derivar del mismo accidente de tráfico. Con ese fin se fija una fórmula y unas reglas que han de ser observadas para la correcta aplicación del sistema, cuya vulneración es revisable en casación por tratarse de una norma jurídica sustantiva.

En el caso presente, partiendo de la fórmula legal prevista para las secuelas concurrentes  $[(100-M) \times m] / 100 + M$ , donde “M” equivale a la secuela con puntuación de mayor valor y “m” a la secuela con puntuación de menor valor; de modo que el valor resultante de la primera operación debe integrar el valor “M” en la segunda y sucesivas - sin que la puntuación total pueda exceder de 100 puntos- y donde la correspondiente a los perjuicios estéticos debe sumarse aritméticamente a la puntuación resultante de las incapacidades permanentes, su correcta aplicación da lugar a las siguientes operaciones:

- 1) 100-20, multiplicado por 4, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 20, daría 23,2, que se redondea a 24. M sería este resultado en la siguiente operación.

- 2) 100-24, multiplicado por 6, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 24, daría 28,56, que se redondea a 29. M sería este resultado en la siguiente operación.
- 3) 100-29, multiplicado por 7, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 29, daría 33,97, que se redondea a 34. M sería este resultado en la siguiente operación.
- 4) 100-34, multiplicado por 8, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 34, daría 39,28, que se redondea a 40. M sería este resultado en la siguiente operación.
- 5) 100-40, multiplicado por 8, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 40, daría 44,8, que se redondea a 45. M sería este resultado en la siguiente operación.
- 6) 100-45, multiplicado por 8, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 45, daría 49,4, que se redondea a 50. M sería este resultado en la siguiente operación.
- 7) 100-50, multiplicado por 8, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 50, daría 54. M sería este resultado en la siguiente operación.
- 8) 100-54, multiplicado por 10, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 54, daría 58,6, que se redondea a 59. M sería este resultado en la siguiente operación.
- 9) 100-59, multiplicado por 10, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 59, daría 63,1, que se redondea a 64. M sería este resultado en la siguiente operación.
- 10) 100-64, multiplicado por 10, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 64, daría 67,6, que se redondea a 68. M sería este resultado en la siguiente operación.
- 11) 100-68, multiplicado por 10, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 68, daría 71,2, que se redondea a 72. M sería este resultado en la siguiente operación.
- 12) 100-72, multiplicado por 10, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 72, daría 74,8, que se redondea a 75. M sería este resultado en la siguiente operación.
- 13) 100-75, multiplicado por 10, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 75, daría 77,5, que se redondea a 78. M sería este resultado en la siguiente operación.

14)  $100 - 78$ , multiplicado por 10, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 78, daría 80,2, que se redondea a 81. M sería este resultado en la siguiente operación; y

15)  $100 - 81$ , multiplicado por 12, el resultado dividido entre 100 y añadido a su resultado 81, daría 83,28, que se redondea a 84, cantidad que constituye la puntuación conjunta.

En consecuencia, el motivo ha de ser estimado pues tal puntuación es de 84 y no de 100, como afirma la sentencia, ni de 80 como pretende la parte recurrente”.

Esta explicación que, tiene como base una ecuación con basamento científico, se analizó con los guarismo aportado por un fallo llegando a un resultado similar con la adopción del siguiente razonamiento:

Cuando existen en simultáneo estas incapacidades, se aplica una formula denominada “Balthazar” o método de la capacidad restante que simplificada se puede realizar del siguiente modo: del total de la capacidad de la víctima se resta la incapacidad de mayor porcentual (en el caso sería la psíquica, que es informada en el 25%, razón por la cual queda un remante de capacidad del 75%). A ello se le calcula a cuánto asciende el porcentual de incapacidad siguiente y se resta (en el caso se calcula el 5% de 75, que significa 3,75 que se le resta a 75 y resulta un remanente de capacidad del 71,25%). En el caso comentado se suma un porcentaje del 0,66% de carácter físico-odontológico, razón por la cual debemos hacer el siguiente cálculo: el 0,66% de 71,25 equivale a 0,47025, quedando un remante de capacidad del 70,77975 y una sumatoria de incapacidades del 29,22025 %.

### **III. La recepción del método Balthazar en el sistema jurídico nacional**

#### *En la normativa*

Un estudio integral de la historia de la aplicación del método Balthazar en nuestro sistema jurídico, conduce a la Ley N° 24.557 de Riesgo de Trabajo, en cuyo art. 7 regula cuando y como se tipifica la incapacidad laboral temporaria. Esta hipótesis, conforme el contenido del art. 1746 Cód. Civ. y Com., no está reglada en el mismo.

En cambio, el art. 8 que estatuye la incapacidad laboral permanente (ILP), precisa algunos detalles trascendentes. Así en el inc. 1 precisa que “existe situación de Incapacidad Laboral Permanente (ILP) cuando el daño sufrido por el trabajador le ocasione una disminución permanente de su capacidad laborativa”. En el siguiente, especifica que “la Incapacidad Laboral Permanente (ILP) será total, cuando la disminución de la capacidad laborativa permanente fuere igual o superior al 66 %, y parcial, cuando fuere inferior a este porcentaje” .

Y, el inc. 4° fija como pauta que “el Poder Ejecutivo nacional garantizará, en los supuestos que correspondiese, la aplicación de criterios homogéneos en la evaluación de las incapacidades dentro del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones (SIJP) y de la LRT”.

Para concretar estos objetivos se dictó el Decreto 659/1996, de cuyo texto se extrae que especifica los criterios de utilización de las tablas de incapacidad laboral precisando: “La incapacidad que surgiere de una enfermedad profesional o de un accidente de trabajo se medirá en porcentaje de la capacidad funcional total del individuo.

En los trabajadores que, en los exámenes de ingreso, se constaten limitaciones anatómo funcionales, éstas deberán ser asentadas en su legajo personal, siendo el 100 % de la capacidad funcional del trabajador, su capacidad restante.

Esto implica, por lo tanto, que para la evaluación de la incapacidad de un trabajador afectado por siniestros sucesivos se empleará el criterio de la capacidad restante. Es decir que el cálculo de la segunda minusvalía se debe realizar sobre el saldo de capacidad hará sobre el total de la capacidad restante.

En cuanto a la evaluación de la incapacidad de un gran siniestrado, producto de un único accidente se empleará también el criterio de capacidad restante, utilizando aquella de mayor magnitud para comenzar con la evaluación y continuando de mayor a menor con el resto de las incapacidades medibles”.

El desarrollo de la doctrina judicial laboral ha tenido influencia en el ámbito civil a partir de la vigencia del art. 1746 del Cód. Civ. y Com., donde se regla el modo de cuantificar la incapacidad psicofísica sobreviniente permanente.

Por ello, conocer su alcance y aplicación adquiere una particular importancia cuando convergen para determinar el porcentual de incapacidad, daños a la integridad física y a la psique en una misma víctima.



## *Aplicación del método Balthazar en el ámbito laboral*

### Interpretación restringida de su aplicación

El recorrido por el contenido de los fallos dictados en el fuero laboral, en los cuales se trata la aplicación del método Balthazar se advierte una hermenéutica restringida, a partir de la cual se excluye su aplicación en una importante cantidad de hipótesis.

Ello, debe ser analizado con cuidado en el ámbito civil, donde ab initio, no se elaboró un baremo específico con la descripción y tabulación de los menoscabos psicofísicos que puede padecer una víctima civil (no alcanzada por la normativa laboral), razón por la cual, normalmente se aportan como prueba, dictámenes donde se especifican, en forma diferenciada el porcentaje de la incapacidad física y el grado de la minusvalía la padecida en la psique.

En consonancia con lo anticipado, se verifica que la línea interpretativa mayoritaria sostiene que “es sabido que la fórmula conocida como de “la capacidad restante” no resulta aplicable a los casos en los cuales los porcentuales de incapacidad derivan de afecciones en distintas regiones o funciones del organismo humano pero que se verificaron en forma contemporánea, por cuanto no se trata de la ponderación de hechos traumáticos sucesivos en los que pudiera determinarse la existencia de una minoración previa (en igual sentido esta Sala SD 101814 del 22/5/13, “Ríos Miño, Denis Filemón c/Provincia ART S.A.”) .

En mismo pronunciamiento explica que

el método basado en la conocida fórmula de “Balthazard” sólo podría aplicarse cuando un trabajador, que tiene su capacidad laboral disminuida sufre un nuevo infortunio laboral, en cuyo caso –y conforme a dicho método– el grado de minusvalía que corresponde a este último no debe aplicarse sobre el 100% de capacidad (total), sino sobre la restante que surge de descontar a ese 100% la incapacidad definitiva y permanente derivada del hecho anterior (ver, sobre este aspecto, Liliana H. Litterio, “Valoración de las incapacidades múltiples”, DL, Errepar- DLT – T. VIII, págs. 507/514, trabajo citado por la Sala IV de la CNAT, Sentencia 93849 del 29/12/08 in re “Orcellet, Hernán A. c/Club Almirante Brown s/accidente”), todo lo cual no

se configura en autos, en tanto que la accionada persigue el descuento de minusvalías verificadas como producto de un mismo hecho traumático.

Otro tribunal de la jurisdicción precisó que

(...) el método de la capacidad restante es aplicable a los casos en los cuales los porcentuales de incapacidad obedecen a diferentes orígenes, que se verificaron en forma sucesiva (no de manera contemporánea). En consecuencia, dado que –reitero-, en el caso, las dolencias (física y psíquica) detectadas por el experto reconocen como único origen el accidente denunciado en el inicio –conforme se desprende el informe pericial médico y su aclaración producidos en autos-, corresponde determinar la incapacidad obrera total efectuando la sumatoria directa de los parciales de incapacidad física y psíquica determinados, tal como se efectuó en la anterior instancia.

Completa su criterio expresando que “el Decreto 659/96 establece los siguientes supuestos: en los trabajadores que, en los exámenes de ingreso, se constaten limitaciones anátomo funcionales, éstas deberán ser asentadas en su legajo personal, siendo el 100% de la capacidad funcional del trabajador su capacidad restante y en los casos de siniestros sucesivos, no siendo estos supuestos aplicables al caso. Al mismo tiempo, si bien prescribe en cuanto “a la evaluación de la incapacidad de un gran siniestrado, producto de un único accidente se empleará también el criterio de capacidad restante, utilizando aquella de mayor magnitud para comenzar con la evaluación y continuando de mayor a menor con el resto de las incapacidades medibles”, lo concreto es que el Decreto no dice cómo debe aplicarse el método de capacidad restante (o si esta se aplica) en caso de invalideces múltiples que no tengan la magnitud incapacitante de una gran siniestrado, teniendo en consideración por lo demás, que la fórmula de Balthazard tiene por finalidad evitar que la suma de incapacidades por invalideces múltiples excedan el 100%, no siendo éste el caso de marras” .

Para cerrar las citas de este criterio, se puede traer a colación en fallo que sostuvo: “La fórmula de Balthazard para establecer la incapacidad integral del trabajador es empleada para aquellos casos en que un segundo accidente, separado

en el tiempo del primero, afecta al mismo órgano, aparato o sistema –incapacidades múltiples sucesivas monofuncionales- pero no frente a incapacidades múltiples conjuntas polifuncionales.” (Sala X CNAT, Montiel Antonio A. c/ Tintorería Industrial del Sud SA, SD del 29/5/2002; Sala V Esteche Espinola Fidelina c/ Centro de Ingenieros y otro s/ Accidente Acción Civil, SD 75044 del 17/04/2013”).

Sin duda, la sumatorio lineal favorece al trabajador concretando en los fallos el principio *in dubio pro operario*, razón por la cual se ha generalizado una interpretación restringida de la aplicación del método Balthazar en el ámbito laboral, sobre la base de una tautología legal, porque es bien sabido que para estimar la incapacidad sobreviniente de una víctima cuando la misma ya trae en su historia clínica antecedentes de otra situación traumática que le ha producido discapacidad, su capacidad inicial nunca podría ser del 100%, sino la remante.

La reglamentación es por demás clara cuando el Decreto 659/96 y sus reformas con claridad especifican, en su parte *in fine*, lo siguiente: “Criterios de utilización de las tablas de incapacidad laboral distintos supuestos

La Incapacidad que surge de una enfermedad profesional o de un accidente de trabajo se medirá en porcentaje de la capacidad funcional total del individuo.

En los trabajadores que, en los exámenes de ingreso, se constaten limitaciones anatómo funcionales, éstas deberán ser asentadas en su legajo personal, siendo el 100 % de la capacidad funcional del trabajador, su capacidad restante.

Esto implica, por lo tanto, que para la evaluación de la incapacidad de un trabajador afectado por siniestros sucesivos se empleará el criterio de la capacidad restante. Es decir que la valoración del deterioro se hará sobre el total de la capacidad restante.

En cuanto a la evaluación de la incapacidad de un gran siniestrado, producto de un único accidente se empleará también el criterio de capacidad restante, utilizando aquella de mayor magnitud para comenzar con la evaluación y continuando de mayor a menor con el resto de las incapacidades medibles”.

Va de suyo que, el no empleo por la jurisdicción laboral del método Balthazar, deja abierto muchos interrogantes interpretativos.

Finalmente citar el pensamiento de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, cuando expresó que

(...) el Juez de grado decidió que no aplicaría la fórmula en cuestión -y cuando la Sala confirmó tal extremo del pronunciamiento- se ex-

plicó por qué no resultaba procedente el método en relación a las dolencias auditiva y psiquiátrica, pero se omitió por completo la justificación de por qué no procedía entre éstas y la dolencia antecedente de columna.

Esta falta de fundamentación, agravada incluso por constituir un apartamiento injustificado de un dictamen pericial, se erige como un supuesto concreto de arbitrariedad de sentencia, y resulta suficiente para descalificar el pronunciamiento impugnado con el alcance referido.

#### **IV. Fallos para introducirnos a la problemática en sede civil**

La trascendencia que se le concede en sede laboral a la aplicación o no del método Balthazar para determinar el grado de incapacidad que padecen las víctimas de accidentes del trabajo regladas por la Ley de Riesgo del Trabajo, ha generado el dictado de una importante cantidad de sentencia de las cuales se han seleccionado, por su contenido, las pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la de Santa Fe para comprender la problemática en su aplicación en sede civil.

En esa búsqueda, el fallo mendocino expresa que

(...) la sentencia que acogió la demanda por cumplimiento de un contrato de seguro de accidentes personales, determinando mediante sumatoria lineal de las incapacidades parciales la existencia de un 68% de incapacidad total, no puede ser considerada arbitraria porque la aseguradora reconoció la existencia de una incapacidad del 53,26%, utilizando el criterio de la capacidad residual o método Balthazar, lo que no denota una diferencia de tal magnitud que pueda justificar su invalidación.

Ello, por cuanto, “ante la falta de previsión en la póliza de seguros por accidentes personales, respecto a que el cálculo del porcentaje de incapacidad debía realizarse conforme el método Balthazar o de la capacidad restante, la elección de otro método por parte del Tribunal -método de suma directa- no puede ser

tildada de arbitraria, toda vez que el método de la capacidad restante es sólo una manera de efectuar el cálculo y es tan válido como otros posibles”.

Agregando, para fundamentar que

(...) la sentencia que determinó el grado de incapacidad mediante la sumatoria de los porcentajes de cada miembro u órgano perdido no puede ser considerada arbitraria porque la cláusula del contrato que prescribe que la indemnización total no puede exceder el 100% de la Suma Asegurada para invalidez total permanente, sólo se justifica en caso que la sumatoria sea directa, puesto que el método de la incapacidad restante nunca puede exceder el 100.

Como se colige, este tribunal le quita toda importancia a la diferencia existente entre un 68% de incapacidad sobreviniente obtenido mediante la sumatoria lineal, contra un 53,26%, resultante del criterio de la capacidad residual.

Más allá que no es un justificativo adecuado, desechar la importancia jurídica y económica que realmente tiene a la diferencia porque la misma no supera el 100%, es necesario recordar que la Ley de Riesgo del Trabajo en el art. 8 precisa en el 66% la diferencia entre la incapacidad laboral total y permanente cuando sea igual o superior, de la parcial cuando es inferior. En otras palabras, es crucial la precisión del porcentual para un fallo justo.

Ni decir de la diferencia resultante, si en el ámbito civil se aplica la fórmula del art. 1746 con otro guarismo. A modo de ejemplo, a una víctima de 30 años que gana \$ 100.000 al tiempo del accidente, resulta: si se aplica el 53,26% de incapacidad la suma de \$ 28.692.282,24 y si el porcentual es del 68%, el resarcimiento ascendería a \$ 36.633.030,28.

La diferencia de las sumas resarcitorias resultantes, es sustancial y no un mero dato sin trascendencia jurídica como indica la sentencia transcrita.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que “es arbitraria la sentencia que elevó el porcentaje de incapacidad al 67,28% de la total obrera, destacando que de la prueba pericial se desprendía una minoración física del 52,28% y psíquica del 15%, pues al proceder de ese modo soslayó el límite del 65% establecido en el decreto 659/1996 —según la redacción dada por el decreto 49/2014— para las incapacidades de carácter permanente y parcial, cuya superación se debió claramente a la incidencia de los factores de ponderación y no a la

cuantificación de la minusvalía en sí” . Continúa el fallo proloquiando que “el texto del decreto reglamentario 49/2014 ha procurado impedir que se transforme en total una incapacidad parcial mediante la suma de los factores de ponderación cuya determinación permite cierto margen de discrecionalidad por parte de los peritos, pues, de no ser así, una minoración superior al 66% podría dar lugar a un reclamo de retiro por invalidez”.

En igual sentido, en voto individual se dice que “el art. 8 de la LRT establece una distinción entre incapacidad parcial, cuando es inferior al 66%, y total, cuando supera ese porcentaje; y esto ha procurado impedir que se transforme en total una incapacidad parcial mediante la suma de los factores de ponderación, cuya determinación permite cierto margen de discrecionalidad por parte de los peritos. De no ser así, una minoración superior al 66% podría dar lugar a un reclamo de retiro por invalidez. En el caso, el trabajador sufrió la amputación de un dedo de su mano hábil, que habría sido restituido. La magnitud del daño no sería tal que justifique su retiro del mundo activo, pero al reconocérsele un 67,28% de incapacidad, el afectado estaría en condiciones de iniciar los trámites jubilatorios. Al limitar la minoración a un 65%, esto ya no sería factible (de la sentencia de la Corte a la que no adhiere el Dr. Rosenkrantz).

## V. Aplicación del método Balthazar en el ámbito civil

1. Primer dilema. No existe pauta normativa para calcular el porcentual de incapacidad cuando existe convergencia de daños psicofísicos.

El art. 1746 Cód. Civ. y Com., cuando desarrolla el contenido de la fórmula de la matemática financiera para calcular la cuantía dineraria del resarcimiento de una incapacidad sobreviniente, únicamente exige que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables.

En todas las formulas propuestas se indica que la incapacidad sobreviniente debe ser determinada con un porcentaje que integrará la formula.

Pero, la evolución científica influyo para entender que la incapacidad de la víctima podía provenir, tanto, del deterioro de su integridad física como de la plenitud psíquica.

Sin embargo, no regula solución alguna en su normativa, para cuando convergen ambos tipos de menoscabos, como podría ser el dictado de un baremo similar al elaborado para los accidentes del ámbito laboral en la Ley de Riesgo y sus reglamentaciones.

Esta falencia normativa generó, dos interpretaciones. La primera, precisa que la incapacidad total se determina mediante la suma lineal de los porcentajes de las incapacidades, informados por los peritos. Y, la segunda, mediante la adopción del método Balthazar.

Con relación a la primera opción, más allá de las cuestiones médico científicas que se le pueden endilgar, en algunas hipótesis la sumatoria lineal puede superar el “total persona”. El 100%. Ello, per se la invalida como una respuesta científica y jurídica apta para precisar el porcentual de incapacidad a resarcir.

En cuanto al método Balthazar o de capacidad remanente, en su regulación laboral, tiene en cuenta exclusivamente la incapacidad obrera. Es decir, pondera, la pérdida de la capacidad para las tareas específicas donde sufrió el accidente.

Pero en el ámbito civil se ha consolidado el criterio integral, por el cual no solo deben evaluarse la minusvalía para el trabajo sino también los impedimentos para el desarrollo de su vida cotidiana. Es una tarea de mayor complejidad.

Ello quedó plasmado cuando se dijo que la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva, pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida.

El punto que merece un replanteo en estas meditaciones jurídicas, es el criterio plasmado por la CSJN en el caso Grippo se comentó que “fija una pauta para razonar cuándo la cuantía determinada para resarcir los daños antes referenciados cumple con los preceptos constitucionales de ser una reparación plena; e introduce otro principio liminar como es el derecho a que todo ser humano, sea o no trabajador, cuando resulte dañado, sea medido con el mismo parámetro, el criterio integral o humanista, al juzgarse en el considerando 6° que las consideraciones señaladas, ponderadas a la luz del prisma del derecho a una reparación integral, este tribunal entiende que resulta ineludible que, al tiempo de determinar el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente y valor vida, los magistrados intervinientes tengan en cuenta como pauta orientadora las sumas indemni-

zatorias que establece el régimen de reparación de riesgos del trabajo para esos mismos rubros, lo que coadyuvará con arribar a una decisión que —más allá de las particularidades propias de cada régimen indemnizatorio— no desatienda la necesaria armonía que debe regir en el ordenamiento jurídico, cuando no se evidencian razones de entidad para un proceder diferente” .

## VI. La recepción en la doctrina judicial civilista

La viabilidad de aplicar o no, el método Balthazar, sin lugar a hesitación, se focaliza en la hipótesis prevista en el art. 1746 Cód. Civ. Com., cuando se presentan en forma conjunta, para ser valorador y cuantificados, daños a la integridad física y psíquica de la persona.

Al respecto, se puede citar, como opinión favorable, cuando se dijo que

(...) la ponderación de las concretas dolencias y su verdadera incidencia en la vida diaria extremos que cabe valorar principalmente, más allá de las estimaciones matemáticas de ciertos baremos autoriza a admitir que la persona cuyo conjunto de afecciones la invalidan en un 67 %, según fórmula de Balthazar, hallase incapacitado de manera total e inhabilitado para el normal desempeño de sus tareas habituales.

En otra jurisdicción, se ponderó que “para determinar el porcentaje de incapacidad, el procedimiento correcto impone partir del porcentaje de incapacidad mayor, y calcular la incidencia de las demás incapacidades sobre la capacidad restante”.

En sentido contrario, se sostiene que “para cuantificar la incapacidad sobrevenida en los supuestos de concurrencia de secuelas incapacitantes el juez no está obligado a seguir el método Balthazar o de la incapacidad restante sino que puede recurrir a otras fórmulas de cálculo igualmente válidas, verbigracia, el de la suma directa o lineal de los distintos porcentajes de incapacidad (sigue 51.593 Garro...)”.



## VII. A modo de reflexiones finales

El breve repaso por los antecedentes generados por la normativa y la hermenéutica judicial, se pueden extraer algunas conclusiones:

1. El método Balthazar o de la capacidad remanente es introducida al plexo jurídico argentino en la normativa dictada en la Ley N° 24.557 de Riesgo de Trabajo, cuando al ser reglamentada, mediante el Decreto 659/1996 (y sus reformas), se marcan algunas pautas que indujeron a una hermenéutica judicial restringida en su aplicación por los tribunales.
2. La sanción del art. 1746 del Cód. Civ. y Com., en cuyo texto se incluyen, para ser cuantificados los menoscabos a la integridad física como a la psíquica, circunstancia que cuando se verifican coetáneamente porque derivan de un mismo hecho dañador genera la necesidad jurídica de buscar un modo, un método, lo más científico y justo posible, para precisar cuál es el porcentaje final de incapacidad padecido por la víctima.
3. A partir de ello, se comenzó a vislumbrar, en el ámbito civil, que la determinación del porcentual, cuando existen incapacidades múltiples, podía realizarse con la aplicación de dos métodos: el lineal (suma directa) y el de la capacidad restante (Balthazar).
4. La diferencia sustancial entre la normativa del Código Civil y Comercial y la Ley de Riesgo de Trabajo, se verifica que ésta contiene en su reglamentación un baremo donde se discriminan pormenorizadamente las minusvalía físicas y psíquicas que pueden padecer los trabajadores, precisando el porcentual que corresponde en cada caso. En cambio, la ley civil nada dice ni reglamenta sobre el particular, razón por la cual, las discapacidades de las personas humanas serán definidas por la jurisdicción en base a la prueba aportada, en especial, tomando en consideración los informes periciales emitidos por los profesionales médicos y psicólogos.
5. En otros términos, el Código Civil y Comercial, en el texto del art. 1746 no define cual será en método aplicable para determinar el porcentaje del daño padecido por la víctima, especialmente cuando existe una convergencia de minusvalía de tipo física en forma conjunta con la psíquica o cuando existen diversos menoscabos del mismo tipo. Razón por la cual, algunos fallos, han validado el uso de uno u otro, indistintamente.

6. Sin embargo, afinando las observaciones críticas, se anticipó que el método de la suma directa, al brindar la posibilidad que el total ascienda a más del 100%, marca per se, su deficiencia técnica, porque el ser humano no puede acumular y superar en incapacidades el total de su capacidad.

7. Otro detalle, muy importante que alcanza a los dos sistemas en estudios, se pone en evidencia cuando se considera que el daño al ser humano puede afectar una o las dos integridades que lo conforman que tienen naturaleza propia y diferenciada científicamente: la física y la psíquica . Pero, en la actualidad, no se tiene certeza o información científica que indique cual es el porcentual de capacidad que le corresponde a cada una de las integridades en el todo de la capacidad humana.

A partir de ello, se debe reflexionar:

7.1. Cuando un perito informa, verbigracia, que se tiene una minusvalía física incapacitante, del 20% se estima, sin más, que es del total, del 100%. Como se colige, de las aseveraciones antes expuestas, en ese pleno de capacidad está también incluida la psíquica, razón por la cual se la estaría incluyendo sin tener fundamento científico de que también es afectada.

7.2. De igual modo acontecería, cuando se determine que se ha configurado una discapacidad psíquica (neuronal, psiquiátrica o psicológica) y se fija el porcentual sobre el total de la capacidad de la persona. En este caso, se integra a la integridad física.

7.3. La razón de este equívoco, como se sostiene, es la falta de precisión científica de cuál es del total de la capacidad del ser humano, la parte porcentual que le corresponde a la física del total. Y cual, es la porción, de la capacidad psíquica. A nadie escapa, la íntima vinculación entre la esfera psíquica y la física, la recíproca influencia entre ellas. Los pronunciamientos conocidos donde se trata el tema, normalmente, hacen referencia a cómo el padecimiento físico trae como consecuencia, en algunos casos, el padecimiento psíquico, fijando sus respectivos porcentajes de minusvalía sobre el total de la capacidad de la persona. Por ejemplo, cuando a un deportista le amputa un miembro inferior o, a un pintor, su brazo hábil.

7.4. A partir de este razonamiento, sin duda, la sumatoria lineal duplica el porcentual fijado para un tipo al incluir el otro. Es por ello, que se puede llegar a una suma de incapacidad mayor a la capacidad plena del ser humano.

7.5. Por otra parte, el método de la capacidad remante, adolece del mismo defecto, porque de igual modo, no discrimina cual en el porcentual de la capacidad total de la persona que se debe asignar a la integridad física y cual a la psíquica. Pero, disminuye el error de cálculo, al deducir la incapacidad con más alto porcentual de la capacidad que tenía la víctima al momento del hecho. A ese resultado, se le deduce la incapacidad siguiente en importancia y, así, sucesivamente. Con ello, no supera jamás el 100% de la capacidad plena humana.

8. En función de las razones expuestas, se estima que

8.1. Es una aspiración de deseo que la ciencia, en general y la médica con sus especialidades en particular, determinen científicamente, si ello fuere posible, cual es la incidencia, en porcentual, de la integridad física y de la psíquica, respectivamente, del total de la capacidad humana. En otros términos, del 100% de capacidad qué porcentual correspondería a la física y que porción a la psíquica.

8.2. De ese modo, la disminución debería ser conforme al tipo de incapacidad empleando el método Balthazar. A modo de ejemplo, si se estipulase que, del total de capacidad, el 60% es física y las incapacidades informadas de esta naturaleza, serían del 20% y 10%. La cuenta debería ser extraer el 20 % de 60= 12% que restado quería en 48% de capacidad remante. A su vez, a esta suma se le debería extraer el 10% que daría: 4,8%. Restado de 48% = 43,2% de capacidad remante y un subtotal de incapacidad física del 16,8%.

8.3. De existir, en simultáneo, los dos tipos de incapacidades, las cuentas se hacen en forma independiente y finalmente se suman. Así, siguiendo con el ejemplo anterior, la incapacidad psíquica informada por el perito sería del 20%. Entonces le deberíamos restar del 40% el 8% quedando una capacidad remanente del 32%.

8.4. Así, siguiendo con el ejemplo, la incapacidad total sería del 24,8%.

8.5. Por cierto, la aspiración de deseo expuesta, es que la ciencia tenga el desarrollo técnico suficiente que permita precisar la injerencia porcentual de la integridad física diferenciada de la integridad psíquica, como máxima aspiración. De mínima, cuando haya influencia entre los menoscabos padecidos de distinta naturaleza que se explique adecuadamente la misma, para una correcta ponderación del porcentaje de incapacidad mediante el

método Balthazar que se estima actualmente como el más adecuado, conforme las reflexiones realizadas.

## ¿CONSTITUYE EL INHIBIDOR DE ALARMAS UN AGRAVANTE DEL HURTO CALIFICADO (ART. 163 INCS. 3° Y 6°)?

Dr. Rubén E. Figari

### I. Introducción

No resulta para nada novedoso afirmar que habitualmente las nuevas tecnologías e incluso el ingenio humano, acompañado de éstas, vayan a la vanguardia de las contingencias que se estructuran como tipos penales en el ámbito del derecho – en este caso penal – y que por lo tanto ante el rezago de éste se producen ciertas lagunas que tienen que ser llenadas por el legislador o en su defecto por el juzgador siempre y cuando no se produzca una interpretación in malam partem que conduzca a no superar el test de constitucionalidad.

Concretamente me voy a referir al supuesto de los delitos cometidos con inhibidores de frecuencia en vehículos dejados en la vía pública.

Antes que nada, es preciso adentrarse en lo que técnicamente significa un “inhibidor de frecuencia” más conocido, coloquialmente, como “inhibidor de alarmas”.

Como punto de partida se puede acudir al diccionario de la RAE que define este artefacto como “aparato electrónico que emite ondas electromagnéticas para bloquear el funcionamiento de dispositivos electrónicos en sus proximidades”.

Si se toma este concepto en forma literal, se puede apreciar que se está frente a un aparato del tipo electrónico, el cual en líneas generales funciona específicamente para bloquear la señal emitida mediante ondas electromagnéticas, y entre los distintos aparatos electrónicos que se utilizan, están aquéllos que mediante un control remoto (vulgarmente hablando), que emite un determinado tipo de ondas, se activa algún sistema de bloqueo determinado. Por ejemplo, el sistema que se requiere para activar la alarma de un vehículo.

Es decir, que es un objeto que se basa en un sistema que envía una señal de un centro de transmisión hacia el receptor destinado y que, en este caso, tal dispositivo tecnológico, tiene como finalidad obstaculizar la comunicación del dispositivo interceptado.

Por su parte, Xataca<sup>1</sup> define el objeto de los inhibidores de frecuencia, al indicar que:

Tienen un objeto muy claro y sencillo: impedir comunicaciones en ciertas frecuencias. Pero como no es sencillo bloquear un aparato para que no se pueda comunicar otro, la información para impedir ese tránsito de información y similar a un ataque de DDoS: Introducir en la frecuencia indicada ruido, información inútil que sature la banda impidiendo que la información verdadera no llegue. Los inhibidores pueden ser empleados para interferir distintos tipos de comunicaciones o dispositivos, desde redes móviles, radares de velocidad, bluetooth, GPS e infrarrojos. Pero a pesar de su variedad de uso, todos los inhibidores son realmente sencillos. Se basan en un circuito que cuenta con un oscilador que genera señal, un generador de ruido, una etapa de ganancia para dar suficiente potencia y finalmente una a varias antenas que transmiten lo generado por la placa.

En concreto, es un dispositivo cuya finalidad es impedir u obstaculizar el servicio de otro dispositivo cuya destinación es transmitir comunicación, es decir, una especie de sabotaje en el servicio comunicacional de que se trate. También, resalta de la cita, que estos vienen en distintas presentaciones y distintas formas, pues no existe una sola versión en el mercado y los hay de distintas clases para distintas funciones de inhibición y comercialmente es de fácil acceso para todas las personas. El ente nacional de comunicaciones en Argentina (ENACOM)<sup>2</sup> expresa:

---

<sup>1</sup> XATACA (2016. Actualizado el 2018). “Cómo funcionan los inhibidores de frecuencia y por qué está prohibido su uso”. Disponible en el siguiente link: <https://www.xat-aka.com/otros-dispositivos/como-funcionan-los-inhibidores-de-frecuencia-y-por-que-es-ta-prohibido-su-uso> (fecha de consulta 14/12/22).

<sup>2</sup> ENTE NACIONAL DE COMUNICACIONES (ENACOM) es: “un ente autárquico y descentralizado que funciona el ámbito de la Secretaría de Modernización de la Nación. Su objetivo es conducir el proceso de convergencia tecnológica y crear condiciones estables del mercado para garantizar el acceso de todos los argentinos a los servicios de internet, telefonía fija, móvil, radio y postales y televisión. ENACOM fue creada en el 2015 a través del decreto 267 en el cual se establece su rol regulador de las comunicaciones con el fin de asegurar que todos los usuarios cuenten con servicios de calidad”.

“los inhibidores son equipos que generan ruido en la frecuencia de operación de otros equipos. No genera comunicación, sino todo lo contrario, por tanto, no son considerados equipos de comunicación y no se registran”. En fin, se trata de unos dispositivos que bloquean el normal funcionamiento de los aparatos que generan comunicación, cuyo objetivo es impedir su finalidad. Otro aspecto importante aportado por este organismo gubernamental argentino, en materia de telecomunicaciones, es que éstos no son registrados por las empresas de comunicaciones autorizadas, de allí la falta de control y regulación en la Argentina.

Otra cuestión desde el punto de vista de las definiciones fue el 14 de septiembre de 2010 en el Senado de la Nación<sup>3</sup>, cuando se estaba analizando en el parlamento argentino profundizar sobre la seguridad bancaria, y en donde particularmente se habían señalado algunas cuestiones sobre estos inhibidores. Se puede hacer hincapié en lo dicho por el Ingeniero Ariel Garbarz, quien había manifestado que el tema de los inhibidores no es nuevo, más precisamente dijo: “[E]s un aparato que se utiliza en muchos bancos en los mal llamados países del primer mundo, principalmente en los Estados Unidos. Son inhibidores de señal que se llaman Jammer. Así se llaman y así se compran, no como inhibidores”.

Agregando en aquella oportunidad que los jammers, están aprobados por el Federal Communications Commission (FCC), que es el organismo que regula todos los aparatos de telecomunicaciones – en Estados Unidos – y no interfiere en ningún sistema de alarma y en ningún sistema interno de transmisión bancaria.

Continuando con su aporte en el Congreso, el ingeniero hizo hincapié en que había que tener precaución en la potencia de esos equipos. Informó que la recomendación que se hace en los Estados Unidos, cuyos edificios y salas donde está el público en general y en donde se produce el riesgo de conexión entre un delincuente que está adentro y otro que está afuera del banco, también han sido estudiados, y tienen que ser como máximo de 8 watts de potencia.

Tómese en cuenta que no deja de ser un artefacto cualquiera, máxime si se subraya el alcance que tiene este aparato, el poder y también si se observa con cierto detenimiento que no hay regulación en nuestro país sobre el manejo, uso y venta de este objeto<sup>4</sup>, o sea no hay un debido análisis y estudio – dentro de las

---

Información disponible en su página oficial, en el siguiente link: <https://www.enacom.gov.ar/institucionales>, p. 33

<sup>3</sup> Cuyo extracto se puede observar a través de <http://www.senado.gov.ar/upload/9362.pdf>.

<sup>4</sup> Se puede adquirir libremente, por ejemplo, en Mercado Libre: “Kit 2 Handy Baofeng Uv82 10w Bi-

perspectiva jurídica – de profundidad como para entender y conocer en qué situación se encuentra la sociedad, en términos de seguridad ciudadana, sobre este elemento que para nada demuestra ser inofensivo. Ello sin perjuicio de tener presente que se ha firmado una resolución administrativa por parte del Poder Ejecutivo el 17 de mayo del año 2019.-

Al inhibidor en Estados Unidos, más precisamente conocido como jammer, hay organismos no gubernamentales, que se han tomado el tiempo de conceptualizar, informar, advertir y proporcionar aquellos datos de interés al respecto.

Al referirse a la utilización de los inhibidores de frecuencia, se advierte una orfandad en cuanto a materia de legislación como en materia de su penalización en nuestro país y, por ello, la comunidad y las autoridades judiciales se enfrentan con ciertas dificultades procesales para su correcta investigación.

Algunas dependencias carcelarias han dispuesto el uso de bloqueadores con la consecuente problemática de deterioro de la calidad de las comunicaciones móviles en el radio de estos establecimientos, pero con el fin inmediato de que los reclusos no utilicen los celulares no incautados.

En países como Estados Unidos, p. ej., la utilización de los inhibidores o bloqueadores de señal es ilegal. Asimismo, también informa que el uso ilegal de dichos inhibidores conlleva sanciones económicas de hasta US\$112.500 por cada transgresión, además, de la confiscación del equipamiento e, incluso, la cárcel. La prohibición del uso de inhibidores alcanza también al uso público por parte de Estados y agencias gubernamentales locales, incluyendo las leyes locales y las Agencias de Aplicación.

Se advierte que hay organizaciones que han expuesto la problemática en este sentido:

El bloqueo de radiocomunicaciones mediante bloqueadores (jammers) funciona con equipamientos que generan una interrupción deliberada de dispositivos electrónicos. Un bloqueador transmite en la misma frecuencia que los teléfonos móviles y las radiobases, interrumpiendo la señal por medio de interferencias entre el dispositivo y la red móvil. Es decir, este tipo de bloqueadores hace que cualquier dispositivo inalámbrico que funcione en esas frecuencias sea inutilizable.



Esta información es recabada sobre informes de organismos que se encargan de hacerle saber a la población, sobre la existencia y problemática que afecta a los países sobre el uso de estos artefactos. Otro de estos organismos que informan sobre la situación estudiada es el llamado GSMA<sup>5</sup>, ente que expone algunos lineamientos interesantes sobre la problemática de estos bloqueadores en las cárceles.

En dicho informe se comenta someramente sobre Argentina que la instalación de un bloqueador de señal tipo jammer en la cárcel Piñero de la provincia de Santa Fe generó significativos impactos en los servicios de comunicaciones móviles de la población aledaña, por lo que el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) ordenó el apagado de éste<sup>6 7</sup>.

## II. Forma en que se opera el inhibidor

Ya en el análisis de la investigación de este tipo de delitos, se puede señalar que hoy en día, en cuanto a la novedad delictiva, el modus operandi sería el activar el inhibidor de frecuencia en el momento justo en el que se intenta activar un sistema de seguridad (este sería el ejemplo del activado de alarma de un vehículo). Modalidad “Pandora” que consiste en que, a través de un software, se le cargan codificaciones electrónicas con las que pueden vulnerar a los vehículos sin llamar la atención y llevarse objetos que encuentren en el interior. Permite al delincuente abrir el vehículo y dejarlo como lo encontró, cerrado y con alarmas activadas. De esta manera, el conductor demora en notar que su auto fue vulnerado, y en algunos casos, puede producirse una desconfiguración de la computadora que impide ingresar o poner el vehículo en marcha. Esta modalidad suele utilizarse en espacios con muchos autos como los estacionamientos de centros comerciales y supermercados, pero sobre todo en espacios muy concurridos donde la gente está apurada y comete descuidos.

---

<sup>5</sup> La GSMA representa los intereses de los operadores móviles de todo el mundo, reuniendo a casi 800 operadores con unas 300 compañías del amplio ecosistema móvil. Estas empresas incluyen fabricantes de teléfonos y dispositivos móviles, empresas de software, proveedores de equipamiento y empresas de internet, así como también, organizaciones de sectores adyacentes de la industria (www.gsma.com).

<sup>6</sup> El informe se llama “Uso de jammers en centro penitenciarios: Características, impactos y alternativas de solución” Elaborado en el año 2017.

<sup>7</sup> Arrieta Cano Franco, “Investigación sobre los delitos cometidos con inhibidores de frecuencia en vehículos dejados en la vía pública”, LL Online, DPyC 2020 (noviembre), 209

Justamente allí es donde aprovechando, las situaciones tan frecuentes que se dan en donde el propietario del vehículo no intenta hacer un control del cerrado manualmente, como sería verificar que el auto haya quedado debidamente cerrado, confía que al activar presionando el sistema de alarma como lo hace habitualmente, su vehículo ya quedó resguardado de posibles ataques en su contra.

Básicamente es en el momento en el que el propietario del vehículo se aleja de éste, y en donde el delincuente, que utilizó este inhibidor de frecuencia, burla ese sistema y aprovecha fácilmente, el ingresar al vehículo de manera normal y sin problemas, pudiendo o no tanto sustraer algún elemento de valor, como también realizar el hurto del propio automotor.

Ahora bien, no sólo el sujeto activo se encuentra ante una modalidad que se ejecuta, como el ejemplo que se dio, con los vehículos con sistema de alarma eléctrico, sino que podría darse también contra cualquier otro tipo de artefactos o inmuebles que se enciendan o activen mediante la misma manera, como los que funcionen a través de la transmisión de este tipo de ondas eléctricas.

La problemática jurídica que se observa reside en que se produce un conflicto entre los jueces y fiscales de cara a calificar penalmente esta conducta, ya que, nuestro ordenamiento sustantivo, no tiene previsto el reprimir estos hechos delictivos y, por lo tanto, allí se genera un vacío, por lo que corresponde su búsqueda de manera implícita.

### **III. Visión jurídica-penal del tema**

¿A cuento de qué viene toda esta ilustración sobre los inhibidores de alarma para perpetrar delitos contra la propiedad? -

De acuerdo al art. 163 inc. 3° reformado por la ley 24.721 dice: se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes: ... 3° cuando se hiciere uso de gonzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiese sido sustraída, hallada o retenida.

Esta agravante recae sustancialmente en los medios comisivos especiales que designa la norma y que son utilizados por el sujeto activo para derribar o anular la protección preconstituida mediante la cual el tenedor del bien la ha protegido. Lo cual presupone una cierta habilidad, destreza o fraude.

En primer término se debe tener en claro que para la aplicación de la agravante de que se trata se debe partir del presupuesto básico de la existencia de un lugar o recinto cerrado, cuya entrada, ya sea puerta, ventana u otra abertura tiene una cerradura con llave echada y aquélla no es cualquier modelo de cierre sino que consiste en un mecanismo que se cierra y se abre mediante una herramienta o instrumento denominado llave, de modo que es menester que el obstáculo pueda ser superado sin utilizar fuerza, simplemente haciendo funcionar normalmente la llave, caso contrario se estaría en presencia de un supuesto de robo.

En este inciso queda incluida no sólo la ganzúa o llave falsa, sino también cualquier utensilio capaz de abrir una cerradura, mecánica, eléctrica o electrónica sin romperla ni forzarla.

El avance de los instrumentos electrónicos en la utilización de franquear estas defensas constituidas si bien no ha dejado de lado el concepto de ganzúa y llave falsa las ha puesto en un lugar secundario y más bien básico.

Pues la ganzúa consiste en un instrumento que dada sus características está destinado a abrir diferentes cerraduras, haciéndolas funcionar; puede ser de alambre o de cualquier otro material doblado en un extremo a modo de garfio que sin llegar a constituir una llave y utilizado con cierta habilidad, sirve para abrir la cerradura, pues conduce a hacer funcionar su mecanismo.

En cuanto a la llave falsa se tiene por tal aquélla que en principio no ha sido destinada para abrir cerraduras por quien tenía derecho a hacerlo y vendría a ser una réplica de la verdadera fabricada expresamente con desconocimiento del dueño. Se dice que este concepto está determinado más por el destino que se le da que por su naturaleza física, ya que es llave falsa toda aquélla que no está específicamente destinada a abrir una cerradura determinada. De allí que se ha equiparado a una llave falsa la llave verdadera que, por ejemplo, el ladrón hizo hacer por su cuenta o que también eventualmente se reservó. Asimismo, puede caer dentro de esta configuración la llave de otra cerradura que sirve al ladrón para abrir una puerta diferente.

Con respecto a la llave verdadera, ésta debe haber sido sustraída, hallada o retenida por el sujeto activo. Es sustraída cuando el ladrón, por sí o por intermedio de otra quita a su tenedor furtivamente la llave o la que estando en poder de la víctima del hurto se toma invito domino, para cometerlo y luego la vuelve a dejar a poder de su anterior tenedor, por lo cual permite presumir que ella estaba debidamente cuidada. De modo que no se considera quitada la llave que el tenedor olvidó

puesta en la cerradura o colgó en algún lugar cerca de la puerta luego de cerrarla, pero sí la que se encuentre en un lugar escondido que da la pauta de la voluntad del tenedor de permitir su uso sólo para aquellas personas que conocen legítimamente el escondite. La llave también puede haber sido hallada, vale decir, encontrada por el agente o un tercero después de haberla extraviado, perdido u olvidado por el tenedor. Resulta irrelevante que el autor o el tercero la haya buscado o la haya encontrado sin proponérselo. Así, por ejemplo, se ha entendido que la llave debajo de un felpudo y tomada por el ladrón califica el hecho, ya que demuestra la voluntad del dueño de que no cualquiera puede utilizar la llave.

La llave es encontrada no sólo cuando se halla en situación de cosa perdida en el sentido de que no la tiene nadie, sino también cuando en su poder la ha encontrado el autor a raíz de un hecho motivado por error o por caso fortuito, en cuyo caso también estará pérdida por el titular.

Finalmente, la llave es retenida cuando ha mediado tradición voluntaria de ella por parte de quien, a la postre, resultó damnificado por el delito. Es condición que la llave verdadera no sea tenida, sino que sea retenida, lo cual implica que debe tratarse de una tenencia que se ha vuelto ilegítima porque expiró el derecho a tenerla y no fue restituida<sup>8</sup>.

Toca hablar del instrumento semejante a la llave cuando sin ser ganzúa ni llave en sentido estricto es análogo y permite, por su función, como aquélla, la apertura y cierre – o sólo lo primero – de cosas que no pueden ser abiertas sin su empleo o uso. En tal sentido, son análogas a la llave los llamados controles remotos y tarjetas magnéticas, etc. tal como lo especifica el Código Penal español<sup>9</sup>.

Y en esto se centra el eje del presente comentario.

En realidad, la fórmula “otro instrumento semejante” abre la posibilidad a la utilización de cualquier artificio moderno y de acuerdo con el avance de la tecnología, que pueda utilizarse para cometer este delito agravado de los cuales ya se ha hablado ut-supra. Hay que tener en cuenta que tanto la ganzúa, como la llave falsa o la llave verdadera – hallada, sustraída o retenida – son conceptos tradicionales que se han

---

<sup>8</sup> Figari Rubén, “Lineamientos sobre las figuras de hurtos, robos y abigeato”, Ed Nova Tesis, Rosario, 2021, ps. 140/145

<sup>9</sup> Art. 239: “Se considerarán llaves falsas: 1. Las ganzúas u otros instrumentos análogos. 2. Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal. 3. Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo. A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar.”

ido repitiendo a través de todos nuestros antecedentes legislativos que eran los que se presentaban en esa época y que el legislador ni remotamente se podía imaginar que el mentado avance en técnicas de cerramientos – como ya se ha adelantado ut supra – y el aguzado despliegue de ingeniosidad del delincuente han ido creando elementos sofisticados más allá de los que la ley expresamente menciona, por ende la fórmula que se indica al principio de este párrafo – instrumento semejante – habilita un abanico de posibilidades, si bien no es tan preciso como el contenido en el último párrafo del artículo 239 del Código Penal español, da lugar a una interpretación in bonam partem a la que se arriba actualmente.

Resalta Laje Anaya que en la versión original del art. 163 inc. 3º requería que el medio del que se trata no fuera para “penetrar al lugar a donde se hallaba la cosa de la sustracción”, exigencia que es limitada la extensión de la agravante, porque con ese requisito quedaban sin comprender hechos que, a pesar de ser cometidos mediante el empleo de llaves falsas, no lo eran para penetrar al lugar donde la cosa se encontraba. Más aun; con esa misma exigencia resultaban hurtos simples, cuando la llave falsa era utilizada no ya para entrar sino cuando el ladrón, cosa en mano, la empleaba para salir del lugar donde había ingresado sin ninguna llave falsa ni instrumento semejante<sup>10</sup>.

La jurisprudencia sobre este particular no se ha mostrado lineal. En efecto, en la causa “Paz Palacios, Carlos Bismark y otro p.ss.aa. Resistencia a la autoridad, etc.” (Expte. “P”-23/17, SACM n° 3486745) Cámara de Acusación, Córdoba “Semanao Jurídico” 29/11/2018.

En dicha ocasión los imputados, se encontraban en una playa de estacionamiento público, accionando el inhibidor de frecuencia justo en el momento en el que los propietarios de los automotores activaban las alarmas, para así desviar estas ondas electromagnéticas que se emiten para iniciar el cerrado automático del vehículo, y poder así delinquir contra los automóviles.

Más allá de esta circunstancia, si bien los acusados llegaron a activar el inhibidor, su proceder terminó allí, ya que, no pudieron lograr el cometido que habrían pensado realizar debido a que fueron prevenidos por personal policial que habían sido avisados de ello, motivo por el cual se hicieron presente en el lugar de la escena. Asimismo, el interventor policial precisó, que había visto a uno de los sujetos implicados con un dispositivo en las manos, el cual parecía un Handy.

---

<sup>10</sup> Laje Anaya Justo, “Las llaves que califican el hurto” en “Estudios de Derecho Penal”, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2001, p. 648 nota 4

La adecuación jurídica en la que se subsumió esta conducta fue la que rige en el art. 163 inc. 6° del Código Penal, es decir, hurto calificado de vehículo dejado en la vía pública o en lugares de acceso público en grado de tentativa.

La Cámara de Acusación de la ciudad de Córdoba en autos “Pedraza, Eduardo Ezequiel p.s.a hurto calificado, etc.” (SAC N° 7706171) (A. N.° 172 del 17 de abril de 2019). Rechaza la posibilidad de subsumir en esa figura la acción de emplear un inhibidor que impide que la señal emitida por el mando a distancia cierre los vehículos accionada por su tenedor. También en este pronunciamiento el argumento central contra la intelección propuesta se hace residir en que el inhibidor no opera para vencer obstáculos al cerramiento del vehículo ya colocados, sino que evita su activación. Y de ello se extrae que, en consecuencia, su inclusión en ese tipo penal supondría una interpretación extensiva in malam partem de la fórmula legal. En definitiva, contradiría de la garantía que consagra el principio de legalidad.

El plenario “Rhadebe Phelanda” de la Cámara Nacional de Casación Penal (Acuerdo 1/2001 en Plenario 7 del 17/7/2001). El tribunal nacional sostuvo que lo que la ley establece es que ese “instrumento semejante”, se use para remover el obstáculo de protección una vez que éste ha sido colocado. No para evitar que esas medidas sean colocadas. De lo contrario, se entiende también aquí, el intérprete iría más allá del tenor literal de la norma y violaría los fines de seguridad jurídica que procura la garantía consagrada por el principio de legalidad.

En el fallo “Guayan, Cristian Daniel” de la Cámara en lo Criminal y Correccional 6ª Nom. Sec. 11 de la provincia de Córdoba<sup>11</sup> para fundamentar la condena de Guayan como coautor en uno de los hechos atribuidos a la pena de tres años y dos meses de prisión, con declaración de reincidencia, el magistrado interviniente considera que los hechos analizados deben encuadrarse en la figura del hurto calificado del art. 163 inc. 3° CP. Ello, por cuanto se entiende que el empleo por parte del acusado de un inhibidor para neutralizar la señal enviada por el mando remoto del tenedor del vehículo para activar los motores eléctricos de cierre de la cerradura del vehículo, constituye el empleo de un instrumento semejante a una llave o ganzúa en los términos de la referida fórmula legal.

En efecto, el enunciado del legislador plantea explícitamente que el tipo penal se satisface con el empleo de cualquier instrumento “semejante” a una llave o gan-

---

<sup>11</sup> “Guayan, Cristian Daniel” - Cámara en lo Criminal y Correccional 6ª Nom. Sec. 11 - Córdoba - 20/10/22 en elDial.com - AAD15A

zúa sin decir, siquiera, para qué debe emplearse. De ese modo incorpora una verdadera cláusula de analogía *intra legem* que dota al sentido literal posible de la fórmula legal de una flexibilidad que priva de todo sustento a la crítica de analogía *in malam partem* formulada en contra. En definitiva, y como se verá en detalle, no hay razones que permitan sostener válidamente que de ese modo se incurre en una vulneración de la garantía de legalidad.

Señala el magistrado, ante las críticas que sobre el particular se realizan que:

Lo primero que se advierte, es que los cuestionamientos que se hacen a la subsunción del empleo de los inhibidores de señal en la figura de hurto calificado del art. 163 inc. 3º CP, revisten un carácter absolutamente formal y carecen de toda apoyatura sustancial. Se limitan a plantear que dicho encuadramiento constituye un caso de analogía *in malam partem* que vulnera la garantía de legalidad, sin añadir consideraciones de carácter material que pueda brindar alguna apoyatura a esa posición.

Agrega, a mi criterio con razón, que:

Esos fallos, tampoco explican cuáles son las razones por las que debe concluirse que esa interpretación viola la garantía de legalidad. Sólo sostienen que, como el inhibidor no abre, sino que impide que la cerradura eléctrica del vehículo reciba la señal que ordena su cierre, no se trataría de un instrumento semejante a una llave o ganzúa. Ello, por cuanto entienden que para que ello fuera así, dicho elemento debería activar la apertura de la cerradura ya cerrada en lugar de impedir que esto ocurra. Pero no argumentan por qué ello debería ser así. Mucho menos, en el marco de una fórmula legal que contiene una cláusula de analogía por la cual es posible cometer el delito no sólo empleando una llave o ganzúa, sino también, empleando cualquier otro instrumento semejante a ellas. De tal manera que el argumento incurre en una suerte de circularidad, en el cual, la conclusión termina estando incluida en la premisa.

A diferencia de los tradicionales métodos de apertura por medio de llave falsa – verdadera ya sea hallada, sustraída o retenida – o ganzúa, en estos sistemas de activación remota, la cerradura no es abierta o cerrada por la acción física de la persona. Eso es producido por el impulso autónomo de los motores eléctricos,

que son los que corren el pestillo. La conducta del tenedor se agota en el movimiento de acercamiento, de pulsión de su botón (etc.) del mando remoto de control para activarlo a fin de que emita una señal que, al ser receptada por los motores eléctricos de la cerradura, recién los activa para su apertura o cierre. Por lo cual, el proceso de corrimiento del pestillo se produce en forma diferida y autónoma de aquella acción humana. En definitiva, ya no la abre ni la cierra el agente sino los motores – sobre esto se hará una aclaración ut-retro –.

Ni los mandos originales de activación remota de los motores eléctricos de la cerradura, ni los inhibidores de señal pueden considerarse llaves o ganzúas. Sólo pueden incluirse en la noción analógica de los instrumentos semejantes.

Por ende, si el uso del inhibidor de señal ingresara dentro del sentido literal posible del instrumento semejante a la llave o ganzúa al que se refiere la fórmula legal, la crítica a la violación de la garantía de legalidad de la interpretación formulada perdería todo su asidero. Y eso es precisamente lo que ocurre en este caso, debido a la enorme apertura que esa cláusula de analogía otorga al sentido literal posible de la fórmula legal en el contexto tecnológico que marca la interpretación del sentido que actualmente tiene la norma.

Ya Laje Anaya pensaba, adelantado en el tiempo que

Razonablemente no puede decirse que la ley hace una extensión indebida y que por ello incurre en analogía penal no permitida, cuando genéricamente apela al “otro instrumento semejante”. Una cosa es la analogía en la formulación legal, y otra, es la analogía en la interpretación y aplicación legal. Según se piensa, el instrumento semejante, alude al elemento que sin ser ganzúa ni llave, es idóneo para accionar la cerradura, como podría ser una tarjeta electrónica, o un elemento electromagnético<sup>12</sup>.

Los críticos a esta interpretación la atacan por el lado de la analogía in malam partem, es decir, por el uso extensivo de la frase “otro instrumento semejante” que afectaría el principio de legalidad. Pero en realidad se incurre en un acotamiento sobre la interpretación propuesta ya que ni el término legal empleado (instrumento semejante) ni la argumentación analógica (de determinación de esa

---

<sup>12</sup> Laje Anaya Justo “Ganzúa, llave falsa, instrumento semejante, y llave verdadera sustraída, hallada o retenida, en el delito de hurto” en LLC1998, 1229 nota 7. Lo resaltado me pertenece.



relación de semejanzas) a que obliga dentro del sentido literal posible de la ley, pueden considerarse casos de analogía in malam partem o de violaciones de otra clase al principio de legalidad. Y, eso sí, dotan a la literalidad de la fórmula legal de una enorme amplitud que, en el contexto tecnológico actual, no sólo permite, sino que exige incluir dentro de la norma al empleo de inhibidores de señal.

Es decir, delimitar cuáles serán las cualidades o propiedades que deben reunir esos elementos comparados diferentes para determinar cuál es esa “tercera parte” común frente a su diversidad. Definir aquéllo en lo que deben coincidir para predicar esa similitud. Ello dota a la operación de un importante grado de flexibilidad, pues los puntos de comparación puede ser obstáculos muy diversos, lo que se traduce en una importante ampliación del significado literal posible de la norma.

Una cláusula de analogía como la del art. 163 inc. 3º CP puede otorgar una gran amplitud según el tertium comparationes al que se recurra y eliminar de raíz toda posible crítica de analogía in malam partem, a la interpretación que se propone.

En efecto, en el supuesto legal analizado, el tertium comparationis sólo viene dado por la similitud que debe tener el instrumento que se emplea con la función que cumple una llave o una ganzúa. Si el punto de comparación se centra en la capacidad del instrumento para neutralizar la acción de cierre desplegada por el tenedor al activar el mando remoto de control, esa similitud puede predicarse fácilmente, tanto de los mandos de control remoto que permiten la activación de los motores de cerraduras eléctricas cerradas a los fines de su apertura, como del inhibidor de señal o alarma que impide que la de cierre llegue al motor y active su mecanismo.

Concluye el magistrado diciendo que:

(...) si ello es así, no queda ningún margen para discutir que el empleo de un inhibidor de señal para privar de efectos a la acción de cerramiento desplegada por el tenedor, pueda considerarse similar al uso de una llave o ganzúa en el sentido señalado. Y esa clase de conducta ingresará claramente dentro del sentido literal posible del tipo penal del art. 163 inc. 3º CP y elimina toda posibilidad de incurrir en una vedada analogía in malam partem, como se le quiere reprochar.

Como sucede con las nociones de llave o ganzúa, la de cerradura se define en términos esencialmente físicos. Por lo tanto, abrir o de cerrar una cerradura no es otra cosa que mover ese mecanismo para que se produzca ese desplazamiento físico del pestillo que lo hace.

Se interpreta que, con la aparición de los sistemas eléctricos de cerraduras modernas, esa apertura o cierre pasa a ser ejecutada por los motores eléctricos de las cerraduras, no por las personas de modo directo como si estuviera manipulando una llave falsa o ganzúa. Pero no hay que dejar fuera de contexto del hecho delictivo a la “persona” que opera el mecanismo inhibitorio de lo contrario quedaría el acto disvalioso desprovisto de sujeto activo. Las acciones dirigidas a su apertura y, en lo que más interesa, a su cierre, se transforma en conductas muy distintas a las de abrir o cerrarla en el sentido apuntado. Éstas consisten en distintas formas de manipulación del control de mando (pulsando un botón, acercándolo al vehículo, etc.) para producir que éste envíe una señal que activen los motores eléctricos que corren el pestillo y no de acciones en la cerradura que sólo es movilizada por éstos.

Redondeando, en los casos en los que se emplea una llave o ganzúa, esa influencia sobre esos procesos será directa, pues será la persona quien abra o cierre el mecanismo. Pero en los supuestos de cerraduras eléctricas de activación remota, esa influencia sobre la apertura o cierre será indirecta, a través del envío de una señal. De modo que serán instrumentos semejantes, los que emitan señales con capacidad de influencia en la activación de los motores eléctricos que abren y cierran las cerraduras.

Así las cosas, amplían las posibilidades de enviar una señal que neutralice la acción de cierre del tenedor. Ahora eso puede hacerse mandando una que active los motores eléctricos para que abran una cerradura que ya está cerrada, o enviando una que impida que la señal emitida por la acción de cierre del tenedor sea receptada por los motores eléctricos antes de que éstos se activen y corran los pestillos cerrando el mecanismo. Tal como ocurre con los inhibidores de señal o alarma, que emiten una señal en la frecuencia de la alarma que perturba la recepción por el motor eléctrico de la señal del propietario. Ese acto de pulsación del inhibidor de alarma que emite la señal en la frecuencia de alarma es un acto fraudulento<sup>13</sup> que ejecuta el ladrón. -

---

<sup>13</sup> Con estos mecanismos tecnológicos, al igual que ocurre con la llave verdadera o falsa y con la ganzúa, también se neutraliza fraudulentamente la acción de cierre del tenedor con el único fin de abrir el mecanismo de una cerradura cerrada por él, violentando la medida de seguridad predispuesta por el titular del bien jurídico. Se satisface así la fundamentación material del plus punitivo que contiene el art. 163, inc. 3 del CP. (Cfme. Sánchez Santander Juan, Hurto calificado por el uso de inhibidores de alarma en vehículos automotores, Art. 163, inc. 3 del Código Penal, Rubinzal-Online)

Por todo lo antes dicho considero que la inclusión del inhibidor de alarmas dentro de la frase literal “otro instrumento semejante” no constituye una interpretación analógica in *malam partem* sino una *exegesis intra legem* acorde al avance de la tecnología que el derecho debe tener en cuenta en un contexto de tiempo y lugar considerando que la tecnología a la que se ha hecho alusión aunada al ingenio humano vuelve más vulnerable no sólo a las personas sino a sus bienes patrimoniales inmanentes a aquéllas.

#### **IV. Proyectos de modificación de normas del C.P.**

A raíz de algunos titubeos jurisprudenciales sobre la cuestión se han hecho ciertas propuestas desde el ámbito legislativo para corregir de alguna manera la nueva tecnología que se filtra en la frase “otro instrumento semejante”.

Aunque inmerso en diferentes títulos del Código Penal. En el Congreso se encuentra un proyecto iniciado por la Cámara de Diputados y publicado en fecha 01/03/2017 por parte del diputado Marcelo Adolfo Sorgente, en donde se debate una reforma del Código Penal, más específicamente en su art. 163, e incorporación del art. 197 bis., en donde se agrega la tipificación del delito por el uso indebido de sistemas bloqueadores de señales de telecomunicaciones.

En ese proyecto, en su art. 1º, menciona que se debería incorporar un inciso séptimo al art. 163 del C. P., el que quedaría redactado de la siguiente manera: “Cuando se hiciera uso de Sistemas Bloqueadores de Señales de Telecomunicaciones (SBST) o todo elemento eléctrico o electrónico diseñado para bloquear, desviar, inhibir o interferir intencionalmente radiocomunicaciones de cualquier tipo”.

También se incorpora el art. 197 bis. – Título VII “Delitos contra la seguridad pública” Capítulo II “Delitos contra la seguridad del tránsito y de los medios de transporte y de comunicación” – que quedaría redactado de la siguiente manera: “Será reprimido con prisión de un mes a cuatro años la simple tenencia, utilización, comercialización, distribución y transferencia de Sistemas Bloqueadores de Señales de Telecomunicaciones (SBST) sin la debida licencia”.

Otro proyecto de la misma índole fue presentado por el Diputado Diego Mestre, quien propone algo similar, pero con distinta estructura, descartando la modificación del art. 197 del C. P., se proyecta incorporar el art. 163 ter., el que quedaría redactado de la siguiente manera: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años,

el que sin autorización o con destino ilegítimo: a) portare o tuviere en la vía pública un inhibidor de alarmas y/o frecuencias; b) ensamble, fabrique o prepare inhibidor de alarmas y/o frecuencias; c) comercie, suministre, facilite, distribuya, dé en pago, almacene o transporte inhibidor de alarmas y/o frecuencias; d) introdujera al país inhibidor de alarmas y/o frecuencias fabricados o en cualquier etapa de su fabricación o materias primas destinadas a su fabricación o producción, habiendo efectuado una presentación correcta ante la Aduana y posteriormente alterara ilegítimamente su destino de uso”.-

Además, ideó que también se incorpore el art. 163 quater., el que quedaría redactado de la siguiente manera: “La pena prevista en el artículo precedente será aumentada en un tercio del máximo a la mitad del mínimo, si los hechos se cometieren por un miembro integrante de las fuerzas de seguridad, policiales o del servicio penitenciario”.

Es decir, el diputado quiere realizar una elaboración concreta sobre una figura que debidamente prevea la utilización de estos artefactos, que a priori pareciera asentarse en un marco de mayor efectividad en cuanto a la punibilidad de estos actos, ahora bien, también se puede apreciar desde este punto de partida, que los dos proyectos mencionados no coinciden en penar este tipo de acción de la misma manera.

Se advierte que en el primer caso, sólo se incorporaría un inciso al delito de hurto agravado por lo que la pena transita entre un año a seis, en el que se vería penada la utilización de este perturbador de señales, en cambio, en la otra propuesta, el legislador propone crear una figura completamente independiente que sí estaría dentro del mismo capítulo y título de nuestro código sustantivo con una pena de uno a cuatro años, castigando su fabricación portación, distribución, entre otros verbos similares, sin la autorización legal, dejando de mencionar específicamente su uso, tal como lo redacta el primer proyecto aquí detallado.-

Por otra parte, se debe señalar que el proyecto presentado por el diputado Mestre, también evalúa penar la utilización de estos inhibidores de señal por parte de miembros de las fuerzas de seguridad, policiales y del servicio penitenciario aumentando en este caso la pena a dictar<sup>14</sup>.

Más recientemente, en el año 2022, se presenta un Proyecto de modificación al art. 163 del C. P. en los siguientes términos: “Se aplicará prisión de uno a seis años en los casos siguientes: 1° Cuando el hurto fuere de productos separados del suelo o de máquinas, instrumentos de trabajo o de productos agroquímicos, fer-

---

<sup>14</sup> Arrieta Cano Franco, ob. cit. LL Online DPyC 2020 (noviembre), 209

tilizantes u otros insumos similares, dejados en el campo, o de alambres u otros elementos de los cercos. 2° Cuando el hurto se cometiere con ocasión de un incendio, explosión, inundación, naufragio, accidente de ferrocarril, asonada o motín o aprovechando las facilidades provenientes de cualquier otro desastre o conmoción pública o de un infortunio particular del damnificado; 3° Cuando se hiciere uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida, o el hurto fuese cometido mediante la utilización de inhibidores que impidieran el correcto accionar de llaves electrónicas remotas o de contacto, como así también mediante la utilización de dispositivos de suplantación y/o reemplazo de dichas llaves electrónicas remotas o de contacto que permitan la apertura de cerraduras. 4° Cuando se perpetrare con escalamiento. 5° Cuando el hurto fuese de mercaderías u otras cosas muebles transportadas por cualquier medio y se cometiere entre el momento de su carga y el de su destino o entrega, o durante las escalas que se realizaren. 6° Cuando el hurto fuere de vehículos dejados en la vía pública o en lugares de acceso público”.

## V. Conclusión

La problemática referida a si el inhibidor de alarmas constituye una agravante para el art. 163 inc. 3° y 6° no pasa de ser una expresión controvertida en la jurisprudencia, sino que a través de este análisis se concreta en una realidad, más aún si se le adosan los proyectos de distinta extracción para modificar el art. 163 en lo concerniente a las agravantes, pues ya demuestra una preocupación por los legisladores.

Tengo para mí que evidentemente este procedimiento electrónico realmente agrava el delito de hurto dadas las explicaciones que se han puesto en manifiesto ut-supra, no afecta el principio de legalidad y teniendo en consideración que el derecho es una cuestión dinámica que debe adaptarse a los vaivenes de esta sociedad y no permanecer estático ante ciertas contingencias ineludibles que debe contemplar en este caso en su faz punitiva. Por ello el art. 163 inc. 3° al mencionar “otro instrumento semejante” debe interpretarse al inhibidor como justamente “otro instrumento semejante” y por ende como una agravante más del art. 163.



## LITIGACIÓN ORAL EN EL PROCESO PENAL Y TEORÍA DEL CASO

Abg. Mag. Pablo Guido Peñasco

### Introducción

El avance de la oralidad con motivo de la implementación del sistema acusatorio en prácticamente casi todos los Códigos Procesales Penales de la República Argentina, también ha venido acompañada del uso de distintas técnicas de litigación propias del sistema adversarial. Entre ellas una de las que se presenta desde el comienzo del proceso es la teoría del caso que, a nuestro entender, constituye una herramienta de mayor amplitud con respecto a la mera imputación y/o redacción de la acusación. Se trata de una técnica de litigación que aporta herramientas para mejorar la calidad del proceso, la posición de las partes, el conocimiento de los hechos, la presentación y valoración probatoria, la comunicación y relación de éstas con los sucesos, en definitiva, el uso y empleo de la teoría del caso puede mejorar el desarrollo procesal. Por estas razones, entre otras, pasaremos a tratarla a continuación haciendo una breve referencia previa de la oralidad, ya que la formulación de la teoría del caso debe ser explicada en la oportunidad procesal correspondiente.

### I. Oralidad

#### *1.1. Conceptos*

Implica que la mayoría de los actos procesales se cumplan por medio de la palabra, a viva voz, lo que resulta distinto a lo escrito. Mediante la oralidad, se tiende a resolver los planteos de las partes en vistas del desarrollo del juicio. En el sistema

de enjuiciamiento acusatorio con litigación adversarial, el uso de la palabra a viva voz constituye la regla y la escritura la excepción, sin perjuicio que durante el proceso se labren actuaciones escritas (pruebas documentales, periciales u otras), las mismas serán explicadas en la audiencia de juicio por medio de testigos o en casos taxativos y excepcionales por lectura, reproducción de video filmaciones, etc., es decir mediante la palabra, que facilita el conocimiento de su contenido por las partes, por el Tribunal y por el público en general. La oralidad tiene relación directa con la validez de la sentencia, porque las pruebas que la sustentan deberán ser expuestas oralmente. “Es claro que se ha establecido el derecho convencional a ser oído (art. 8 C.A.D.), que está ligado al concepto de audiencia, lo que no es lo mismo que ser leído, marcando claramente la diferencia entre ver y oír las alegaciones y las pruebas, con leerlas”.

“La oralidad no admite la lectura de actuaciones escritas lo que ha generado discusiones doctrinarias en torno a la incorporación de evidencias en audiencia oral, tales como los testimonios, la prueba trasladada, pero también sobre las restricciones a la lectura de una acusación en lugar de un alegato de apertura oral”.

“Si bien la oralidad hace más eficiente el proceso y la sentencia en cuanto a su calidad, por otro lado, impone un serio desafío:

- Expone a los litigantes y a los jueces al hacer visible el buen o mal desempeño profesional;
- Exige mayor preparación del caso y de las pruebas;
- Requiere concentración de los jueces para el conocimiento y valoración de la prueba;
- Impone un entrenamiento y capacitación previa en derecho y en el manejo de las herramientas de litigación.

En definitiva, la introducción de la oralidad exige más responsabilidad y preparación al enfrentar el juicio, pues de lo contrario quedarán expuestos a un fracaso personal y, si es generalizado, hasta del propio sistema”.

## *2.2. Régimen legal - Referencia a los C.P.P. de Argentina*

Mediante la ley 27.482 se promulgó el nuevo Código Procesal Penal Federal. Los temas relacionados se han previsto en sus arts. 1, 3 y 4, y normas complementarias. Con la sanción del nuevo C.P.P.F., se introdujeron cambios estructurales con



este cuerpo normativo, como la incorporación de los principios Celeridad (los casos deben resolverse más rápido), Oralidad (menos papeles y más audiencias orales), Publicidad (audiencias y resoluciones públicas), Desformalización de las decisiones (menos exigencias formales facilitan los procesos). El cuerpo legal comenzó a tener vigencia en junio de 2019, en Salta y Jujuy. Son las provincias donde se aplica hasta ahora. Esto fue decidido así por la Comisión Bicameral del Congreso, integrada por diputados y senadores, que está a cargo de su implementación. Esta Comisión decidió la aplicación concreta del C.P.P.F. de manera progresiva para no generar un colapso de la justicia penal y esta progresividad se pensó de forma territorial, primero en el norte y luego ir bajando hacia el resto del país, pero también de forma normativa, es decir, el Código comenzó a tener vigencia con algunos artículos para todo el territorio argentino y plenamente en las provincias citadas. Es decir, en las provincias de Salta y Jujuy se aplica todo el Código, y en el resto solo algunos artículos.

Entre la normativa referente a la oralidad, principios y técnicas que tienen relación se destacan los siguientes: ARTÍCULO 2º. - “Principios del proceso acusatorio. Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, inmediación, simplicidad, celeridad y desformalización.

Todas las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código”.

Como puede advertirse, el C.P.P.F. declara en su art. 2 que la oralidad es un principio del proceso acusatorio, es decir que le confiere un estatus de mayor jerarquía e importancia que la de ser una técnica procesal. El principio es un punto de partida básico de actuación, obligatorio y de cumplimiento efectivo, de modo que para el C.P.P.F. la gran mayoría de los actos que regula deberán ser orales.

En el camino señalado, se presenta la teoría del caso como una técnica de litigación íntimamente relacionada a la oralidad, que ha sido regulada y prevista en varios Códigos Procesales, ya sea expresa o tácitamente, es decir mencionándola de modo directo o bien porque su empleo y uso puede surgir de sus contenidos. A modo de ejemplo destacamos el C.P.P. de la Provincia de Buenos Aires que en su parte de interés dice: Art. 354: “...Abierto el debate, y previo interrogatorio de identificación del imputado, el Presidente, luego de alertar al mismo que debe estar atento y escuchar, concederá la palabra sucesivamente al Fiscal, y al Defensor para que establezcan las líneas de la acusación y de la defensa sucesivamente. De igual

manera se procederá si interviniese el particular damnificado, las partes civiles, y el asegurador...”, es decir se ha dado un paso más hacia la oralidad en este acto al no requerirse la lectura de la acusación sino su explicación como un alegato de apertura y de explicación breve de la teoría del caso.

En igual dirección el C.P.P. de la Provincia de Corrientes, que entró en vigencia con su respectiva actualización por Ley n° 6518 (siete días del mes de noviembre del año dos mil diecinueve, 7-11-2019), introdujo marcados institutos del sistema acusatorio. Entre las disposiciones para destacar encontramos: 1.- Determina como principios de actuación los principios acusatorios de igualdad de partes, oralidad, publicidad, concentración, contradicción, intermediación, simplicidad, celeridad, desformalización. La normativa dice: ARTÍCULO 2º. Principios del proceso acusatorio. Durante todo el proceso se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, intermediación, simplicidad, celeridad y desformalización. Las audiencias deben ser públicas, salvo las excepciones expresamente previstas en este código.

El C.P.P. de la Provincia de Entre Ríos también establece que en los debates y audiencias se procederá oralmente y por escrito en las demás diligencias y dentro de la Región Cuyo, el C.P.P. de la Provincia de San Juan establece en el “ARTÍCULO 16.- Principios del proceso penal acusatorio: Durante todo el proceso penal se deben observar los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, contradicción, concentración, intermediación, simplicidad, celeridad e informalismo”; mientras que el nuevo C.P.P. de la Provincia de San Luis dice ARTÍCULO 7º.- PRINCIPIOS DE ACTUACIÓN E INTERPRETACIÓN. En el proceso se observarán los principios de oralidad, publicidad, contradicción, concentración, intermediación, simplificación y celeridad.

## II. Elaboración de la Teoría del Caso

### 2.1. Introducción

Durante la etapa preliminar, previo al ofrecimiento de pruebas, algunos C.P.P. establecen que los litigantes deben exponer su teoría del caso en tanto que otros no lo exigen. Sin perjuicio de establecer la necesidad de exponerla en esta etapa procesal, entendemos que es razonable y oportuno que en dicha oportunidad se haga

conocer la teoría del caso de cada parte porque la prueba que a continuación será ofrecida, deberá tener relación directa con los extremos del caso, es decir con lo que se quiere probar, todo ello a partir del objetivo que a la audiencia de juicio oral debe ingresar prueba de calidad, pertinente, útil y conducente hacia los presupuestos de cada teoría del caso. Por estos motivos se ha ingresado a su estudio durante la etapa preliminar y sin que sea impedimento para todos aquellos supuestos donde sea elaborada y expuesta anteriormente en audiencias de prisión preventiva, de controles jurisdiccionales o de oposición a la citación a juicio (acusación).

¿Qué es una teoría y un caso? Desde la visión terminológica, por teoría se entiende el conocimiento meramente especulativo sobre una rama del saber o acerca de una actividad. También se la define como la posición doctrinal para explicar un problema jurídico o defender alguna solución del mismo. Por su parte la teoría jurídica es el razonamiento que se hace sobre los hechos del caso a partir del ordenamiento jurídico vigente.

En sentido literal, el caso es un asunto o circunstancia sujeta a consulta jurídica o decisión judicial y un caso incierto es el suceso que puede verificarse o dejar de verificarse, por depender de varios factores. Sin embargo, el concepto de caso que estudia la teoría del caso, hace referencia a hechos que tienen consecuencias jurídicas desde el punto de vista penal y procesal penal. Desde el punto de vista del tema en estudio, el caso es el relato lógico, ordenado, claro y persuasivo que realizan las partes sobre los hechos que sustentan la pretensión.

Las técnicas de litigación oral para los juicios penales aportan la idea que en el proceso penal es necesario contar una historia creíble; un relato, narración y exposición de hechos del pasado que constituyen delitos o no, lo que deberá demostrarse ante un Tribunal por medio de las pruebas. Esto marca una diferencia importante con la forma de litigación clásica o que se despliega ante el Tribunal de Jueces Técnicos-profesionales que conocen el caso con anterioridad porque han tenido acceso a la lectura y estudio del expediente y por lo tanto, los litigantes se ocupaban de desarrollar argumentaciones propias de la dogmática penal, abundantes en lenguaje y terminología provenientes de la teoría jurídica del delito o de otras sub teorías elaboradas a partir de ésta, cuando formulaban la discusión final o alegatos. En los juicios por jurados, donde existe un sistema acusatorio con litigación adversarial plena, el Jurado no sabe absolutamente nada del caso (salvo lo que puede haber visto antes de su citación para integrarlo, por medios

periodísticos). “Allí reside, paradójicamente, su imparcialidad. En el juicio profesional, en cambio, los jueces se conocen de memoria el expediente. Inclusive varios ya tienen confeccionado un borrador de sentencia. El juicio es así un simple trámite más, una parodia decolorada de adversarialidad. Pierde toda razón de ser. En el juicio por jurados, los jurados se enteran de quién es el acusado y en qué consiste el caso cuando el fiscal y el defensor hacen sus alegatos de apertura”. En línea con las técnicas de litigación oral en el proceso penal según el sistema acusatorio y adversarial, corresponde que el litigante presente su caso ante un tribunal que no tiene conocimiento sobre los hechos y pruebas correspondientes, además que corre con la obligación de hacerlo de la mejor manera posible dado que el motivo de su trabajo será obtener una sentencia en función de sus objetivos. Estas pautas de actividades llevan al litigante a preparar una narración de su historia que se corresponde al caso, donde la base fundamental debe exponerse de modo persuasivo, a partir de elementos probatorios que sirvan de anticipo para transmitir conocimiento y obtener convicción del jurado o tribunal técnico, con la finalidad de lograr una resolución jurisdiccional.

Simplemente cuando las partes presentan un caso ante un tribunal de juicio oral lo que hacen es reproducir ante él su versión acerca de cómo ocurrieron los hechos . Lo más probable es que dicha versión sea confrontada por otra versión que exponga el litigante adversario quien podrá optar por distintos caminos según las características del caso y pruebas, ya sea confrontando expresamente el plano fáctico, exponiendo diferencias en cuestiones jurídicas o ambas posibilidades. Desde este punto, es que podemos anticiparnos a un concepto sencillo al decir que la teoría del caso se refiere a la versión de los hechos que será sostenida por el litigante ante el tribunal de juicio, presentando lo que a su criterio aconteció en un lugar, día, hora y personas determinadas, que configuren o no la comisión de un delito, es un relato de los hechos y de la ley realizado de tal forma que lleve a una sola conclusión jurídica...la teoría del caso debe reconocer los elementos legales requeridos para probar el delito o la posición de la defensa...al decir que en una teoría del caso se deben identificar las pruebas en que ésta se sustenta.

Pelayo Vial Campos esquematiza con claridad exponiendo que la teoría del caso implica el relato de los hechos, la historia más la adaptación del relato de los hechos al derecho, es decir al marco jurídico, que permite arribar a la conclusión legal buscada, es decir al veredicto. La teoría debe ser lógica para lo cual debe in-

cluir los hechos no discutidos y que el tribunal dará por probados, comprobar los elementos legales del caso, ser simple y fácil de creer.

## *2.2. Definiciones*

La teoría del caso

(...) no es el requerimiento de citación a juicio; la teoría del caso es un ángulo desde el cual es posible ver toda la prueba; un sillón cómodo y mullido desde el cual apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que, si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones

que el M.P.F. o el querellante particular o particular damnificado en este caso proponen en su acusación (Baytelman) o a las que propone la defensa. Esa teoría debe resultar de un análisis serio de la prueba a partir de las proposiciones fácticas que puedan probarse en el juicio, de allí que el profesionalismo del Fiscal o del querellante o defensor radicará, entre otras cosas, en ofrecer y proponer al Tribunal, una teoría del caso que se apoye en las pruebas legalmente incorporadas.

La credibilidad de la teoría del caso que se formule, será edificada en la prueba y en los principios de lógica, razón suficiente, tercero excluido, no contradicción, es decir deberá gozar de credibilidad. “La palabra clave que rige toda la prueba es la credibilidad” (Baytelman). Este autor dice además que “El paso siguiente en la construcción de una teoría del caso eficaz es hacerla simple. La simplicidad de una teoría del caso estriba en que esta sea capaz de explicar con comodidad toda la información que el juicio produce, incluida la información que emana de la prueba de la contraparte. De otro modo, nos veremos obligados a complementarla con elementos foráneos que expliquen los puntos que ella no ha logrado alcanzar y a ‘parchar’ los ‘hoyos’ de nuestra teoría del caso; cada parche tendrá un costo en credibilidad”. (Ob. Cit. pág. 60). Con términos más sencillos se ha dicho que “La teoría del caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma como ocurrieron los hechos,

y la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio. Es el guion de lo que se demostrará en el juicio a través de las pruebas”.

Acudiendo a una definición más técnica, se llama teoría del caso al conjunto de reglas y técnicas utilizadas sobre una visión particular de los hechos luego de haber analizado la prueba existente, proyectado aquella que se debe procurar y establecido el derecho aplicable, todo lo cual permite desplegar una estrategia para llevar el caso en un juicio oral y argumentar en ese ámbito buscando que se le otorgue la razón.

La teoría del caso de cada litigante implica establecer la posición que adopta frente a los hechos, la prueba y el derecho aplicable, donde resulta fundamental tener en cuenta que implicará un factor de organización del trabajo en cada proceso. “Es la columna vertebral de la estrategia con la cual se abordará el juicio”, es la estructura fundamental para formar acusación o defensa y como consecuencia de esta teoría, se constituirán otros actos procesales relevantes como por ejemplo: testimonios, acuerdos probatorios, propuestas de pruebas... implica definir qué, cómo y cuándo probar, pero además, qué, cómo y cuándo intentar evitar que la otra parte pruebe.

En función de lo expuesto, la teoría del caso deberá ser elaborada junto a una estrategia de litigación ofensiva y defensiva.

La Teoría del caso es una simple, lógica y persuasiva historia sobre lo que realmente sucedió, desde nuestro propio punto de vista. Debe ser consistente con la evidencia no controvertida y con nuestra propia versión de la evidencia controvertida y la aplicación del derecho sustantivo. No sólo debe mostrar qué ocurrió, sino que además debe explicar por qué las personas en la historia actuaron de la manera en que lo hicieron...debe ser una historia persuasiva que será la base de su evidencia y argumentos durante el juicio. Afirma Mauet que “Si Usted no es capaz de declarar su teoría del caso en uno o dos minutos, entonces se requiere más trabajo”.

Es el conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión de hechos que sostendrá ante el tribunal, y la manera más eficiente y eficaz de presentar persuasivamente, las argumentaciones y evidencias que la acrediten ante un juicio oral.

“Las partes construyen su teoría sobre el caso, es decir su postura sobre la hipótesis planteada por la imputación, el modo de exponerla y demostrarla”.

Se refiere a una herramienta sumamente analítica, es decir que se utiliza para el análisis y preparación de un caso, herramienta que es propia y aplicable para cuando el proceso transita en un sistema acusatorio adversarial donde se utilice la oralidad.

“Por teoría del caso se entiende la planeación que las partes hacen a partir de los hechos relevantes, las pruebas y los fundamentos jurídicos del mismo. Con dichos elementos se elabora una hipótesis que responde a la pregunta: ¿qué sucedió el día del ilícito? Por tanto, el Agente del Ministerio Público y la Defensa tienen una versión distinta de los hechos, es decir, su propia teoría del caso”.

La teoría del caso se empieza a diseñar a partir que el abogado conoce del mismo y culmina con el fallo del Tribunal de enjuiciamiento, quien al tomar su decisión usualmente adopta alguna de las dos versiones que le fueron presentadas.

Si sabemos que el Tribunal de enjuiciamiento del proceso penal acusatorio es un mismo tribunal que no ha sido prejuiciado con el conocimiento del caso, ya que el juez de control participa en las etapas previas, debemos dimensionar que nuestra teoría del caso será su primera aproximación al mismo; por tanto, entre más lógica, creíble y fácil de entender sea, podremos tener un mayor impacto en el Tribunal” .

Otros autores toman como referencia la definición de Mauet indicando que, en términos sencillos, la teoría del caso consiste en la historia lógica y persuasiva sobre la ocurrencia de un determinado evento y sus consecuencias legales. El caso es el relato lógico, ordenado, claro y persuasivo que realizan las partes sobre los hechos que sustentan su pretensión. No es una simple descripción de los hechos, sino que es un relato que tiene como objetivo exponer y convencer al juez respecto de lo que sucedió en la realidad. Este relato se construye a partir de la evidencia disponible.

Distintos trabajos sobre su contenido refieren que la teoría del caso deberá cumplir, al menos, con los siguientes aspectos: 1.- Comprensivo (debe abarcar todos los hechos relevantes); 2.- Destacar un título que resuma toda la historia. 3.- El aspecto jurídico, el derecho, porque la teoría del caso no es ni una novela ni una ficción, se trata de una historia que debe encuadrarse dentro de las normas

de derecho que corresponda. 4.- Emotivo, emoción, el componente emocional es clave. “Las personas nos acercamos a un caso no racionalmente, sino a partir de la impresión que pueda provocarnos respecto de nuestros sentimientos de justicia”. 5.- En la elaboración de la teoría del caso se deben considerar todas las posibles respuestas u objeciones de la contraparte”.

“La teoría del caso implica poder hacer una narración de aquello que sucedió. Se trata de una versión de eso que pasó que es contada desde el punto de vista y subjetividad de una de las partes y que para que exista proceso requiere que la contraparte posea una teoría del caso distinta a esta...resulta ser un relato persuasivo que hace cada una de las partes basado en información...entre varios relatos posibles, cualquier litigante deberá elegir aquel que: sea más creíble, sea capaz de explicar con comodidad toda la información, cuente con prueba fuerte, permita un relato coherente, permita un relato completo.” Sin embargo, estudios más recientes en función de las reformas que vienen siendo aplicadas en América Latina donde se verifica el sistema acusatorio, indican que “sostener que la teoría del caso es solo nuestra hipótesis sobre lo ocurrido, parece ser una visión bastante acotada de las ideas y premisas que componen el concepto de teoría del caso... ello requiere algo más, la elaboración de una visión estratégica y su utilización como una herramienta metodológica...que permita analizar y desmenuzar el caso”. “La teoría del caso abarca mucho más de los hechos intimados o negados por los litigantes”.

De lo expuesto, la teoría del caso es una herramienta metodológica que nos permite desmenuzar la prueba y tomar decisiones estratégicas...permite al litigante observar desde el plano de los hechos qué perspectiva y proyección tiene el asunto, facilitándole la mirada de distintos aspectos, como establecer los hechos incontrovertibles, determinar las proposiciones fácticas, las evidencias incorporadas al proceso y aquellas que podrían incorporarse, las pruebas con las que se demostrarán las proposiciones fácticas y su credibilidad; los hechos centrales de la teoría; categoría jurídica y encuadramiento legal del caso, el modo de elaborar un relato persuasivo, bloques de información y puntos de inclinación del caso .

En consecuencia, se concluye con la exposición de las distintas definiciones y conceptos acerca de la Teoría del Caso para dejar sentado que consiste en una “metodología de trabajo orientada a la toma de decisiones estratégicas en un litigio, un conjunto de actividades estratégicas que debe desarrollar un litigante frente a un caso, que le permitirán determinar la versión fáctica que sostendrá



ante un tribunal, su sustento normativo y probatorio, para decidir la manera más eficiente y eficaz de presentarla ante un tribunal, persuasivamente, mediante argumentaciones y evidencias que la acrediten, con el propósito de obtener las consecuencias jurídicas que se correspondan con ella, sea en una audiencia de la etapa investigativa o en un juicio oral”. Así, desde ese punto de partida, la teoría del caso se asemeja mucho más a una planificación estratégica, conjunto de pasos orientados a alcanzar un objetivo cual será el desempeño de calidad, eficiente, con competencia, buena fe y eficacia, en las diversas audiencias judiciales desde el inicio de la investigación penal preparatoria, en las tratativas y negociaciones que pueden llevarse a cabo entre los litigantes con o sin intervención del Tribunal y en el juicio oral. La planificación y preparación de las actividades esenciales del proceso será el modo de desarrollar y aplicar la teoría del caso, con la estrategia obtenida a partir de los elementos en estudio, especialmente de las evidencias y pruebas. La importante tarea del litigante que ha estudiado, planificado y aplicado una estrategia será lograr que las pruebas hablen, es decir que los testimonios simples o comunes, calificados y de peritos, puedan expresar ante el Tribunal, toda la información de calidad seria y esencial para que los jueces puedan decidir. El camino que tiene el litigante para probar su teoría del caso es el de las evidencias y pruebas y el modo de lograrlo será por medio de su prudente elección acerca del momento procesal para hacerlas conocer (cuándo) y del modo de transmitir la información que corresponda (cómo).

Resulta fundamental que el litigante logre, en el momento correspondiente, “hacer hablar las pruebas”, es decir que pueda transmitir el significado y contenido que las evidencias y pruebas tienen hacia el Tribunal Técnico o Jurado Popular como un acto central y esencial del proceso penal, en función de su teoría del caso y pleno resguardo a principios de moralidad procesal, buena fe, respeto y juego limpio.

### *2.3. ¿Tiene utilidad la Teoría del Caso?*

Durante la Investigación Penal Preparatoria y en la Etapa Intermedia del proceso, la Teoría del Caso puede tener utilidad para guiar y organizar las labores, como por ejemplo el análisis y selección de evidencias y pruebas, para luego formular su propuesta, en tanto que para el juicio oral será útil las entrevistas previas con

testigos y peritos y todas las consecuencias de ello; preparación de alegatos de apertura, preparación de alegatos de clausura o finales.

Con mayor énfasis, la teoría del caso es el instrumento más importante para organizar el desempeño de los litigantes en el proceso penal, porque como se ha definido precedentemente, comprende la estrategia, plan, visión que tiene cada parte sobre los hechos que va a probar. Siguiendo a distintos autores que explican con amplitud las ventajas, importancia y utilidad de la Teoría del Caso, se destacan las siguientes:

- 1.- Elaborar las versiones de los hechos.
- 2.- Encuadrar la plataforma fáctica a la teoría jurídica: hechos y acciones a normas legales de naturaleza penal.
- 3.- Claridad en cuanto al objeto de prueba y sus consecuencias que son las proposiciones fácticas.
- 4.- Análisis, estudios, observación y selección de evidencias y pruebas.
- 5.- Reflexionar y decidir con prudencia jurídica y sobre la base de razones lógicas y coherentes, sobre la continuidad del proceso hasta el juicio oral o su resolución por aplicación de criterios de oportunidad, archivo o sobreseimiento.
- 6.- Permite conocer las fortalezas y debilidades de las posiciones de las partes, y determina las acciones a seguir en su consecuencia.
- 7.- Se facilita la identificación de pruebas y evidencias que pueden ser cuestionadas por los litigantes y/o pedir su exclusión, a efectos de establecer pasos a seguir y también facilita los acuerdos probatorios.
- 8.- Ayuda a organizar la presentación de pruebas y evidencias, con estrategia según bloques de información y/o en función de las prioridades que el litigante determine según las características del caso.
- 9.- Facilita la elaboración de alegatos de apertura y de clausura.
- 10.- La exposición e información de la teoría del caso por los litigantes ante el Juez o Tribunal, permitirá que sus decisiones se ajusten a los extremos de cada una de éstas con respecto a los actos procesales previos y durante el juicio oral.

“Una buena teoría del caso será, entonces, aquella que contiene una hipótesis sencilla sobre los hechos y una clara adecuación típica de los mismos, sin que se entre en sofisticados razonamientos fácticos

o dogmáticos, que sea creíble porque su posibilidad de acaecimiento es notoria y su formulación es lógica, y que logre explicar congruentemente la mayor cantidad de hechos que sustenten la propia pretensión, e incluso aquellos que fundamentan la teoría del caso de la contraparte y que han podido salir a la luz en el transcurso del juicio”

#### *2.4. Momento de elaboración y exposición de la Teoría del Caso*

¿Cuándo cada litigante debe haber elaborado su teoría del caso?

¿Es necesario plantearla en determinada etapa o acto del proceso?

¿Debe ser elaborada de una sola vez o puede necesitar tiempo o etapas?

¿Puede modificarse durante el transcurso procesal?

¿Existe un momento en que es obligación su planteo o presentación?

Acerca de estos interrogantes, como se verá más adelante, se han sostenido distintas opiniones, aunque entiendo que la teoría del caso para el Ministerio Público Fiscal comienza a elaborarse desde el inicio de la investigación penal preparatoria, lo que no significa que a partir del inicio de toda causa penal pueda existir una teoría del caso, como en situaciones de flagrancia o cuando existen pruebas que aportan convicción suficiente desde el comienzo procesal. En otros supuestos, según el avance de la actividad probatoria, la teoría del caso se podrá preparar e ir forjando en la medida que se van presentando motivos de sospecha sobre la existencia de un hecho delictivo y la participación del imputado.

Respecto a cuándo comienza a nacer, a formarse, a esbozarse la teoría del caso, ocurre “desde el primer contacto que el fiscal o abogado defensor tengan con una causa penal” y con los hechos del caso. En todo momento el Fiscal a cargo del caso debe plantearse si el hecho investigado es una acción; si la misma reúne los elementos necesarios para ser típica y no se presentan los extremos o supuestos de atipicidad; se es antijurídica verificar la existencia o inexistencia de causas de justificación, y si es culpable. Luego de verificar tales extremos coincidentes con las categorías provenientes de la teoría jurídica del delito, también debe establecerse si existen causales que excluyan la punibilidad y/o excusas absolutorias. En términos de litigación, deberán verificarse la teoría fáctica, jurídica y probatoria.

En la medida que se progresa en la investigación penal preparatoria e incorporen más pruebas y evidencias, la teoría del caso se irá completando, sumado a

la valoración y análisis que cada litigante vaya haciendo de las mismas y elaborando sus conclusiones en función del avance del proceso.

Sin embargo, al inicio, el Ministerio Público Fiscal no debe aferrarse a una sola teoría del caso que delimite las líneas de investigación o enfoque su actuación solo en determinada hipótesis de trabajo, especialmente cuando las pruebas y evidencias iniciales no aporten grados convictivos suficientes o que tengan una fortaleza y solidez frente a las cuales no puedan oponerse otras de mayor debilidad convictiva. En casos complejos y especialmente en el origen procesal, se deberá trabajar con especial interés en la recepción de pruebas y evidencias que sean pertinentes, útiles, sin descartar otras posibilidades o líneas de investigación.

Teniendo en cuenta la valoración y análisis permanente que irán haciendo de las pruebas el Ministerio Público Fiscal y querellante particular, en la medida que sean recepcionadas e incorporadas y avance la investigación, se llevarán a cabo distintas formulaciones que son las que van construyendo una o más hipótesis que aportarán a la teoría del caso que luego se constituirá con en la hipótesis que cuente con mayor sustento probatorio.

Para algunos autores, la teoría del caso puede modificarse hasta determinado momento procesal, pues “se hace inamovible para el Ministerio Público Fiscal al momento en que la fiscalía decide acusar y llevar a juicio a un determinado imputado”, mientras que para la defensa, su teoría del caso debe estar necesariamente definida cuando se celebra la audiencia de preparación del juicio oral (que en Mendoza es la audiencia preliminar), porque debe anunciar las pruebas que ofrecerá para ser producidas en el juicio oral, que deberá tener vinculación a la versión defensiva (Moreno Holman).

Sobre este punto es necesario tener en cuenta lo previsto por el C.P.P. de Mendoza en sus arts. 364 y siguientes, en el sentido que se admite la aplicación de criterios de oportunidad durante la etapa preliminar del juicio y luego, en caso de se formule acusación y se inicie la audiencia de debate oral. En la gran mayoría de C.P.P. de Argentina, las provincias avanzaron con reformas procesales hacia el sistema acusatorio incorporando reformas que han ampliado las posibilidades de aplicar criterios de oportunidad.

## *2.5. Teoría del caso y acusación*

Un acto procesal necesario para la existencia del juicio es la acusación, que, si bien implica entre otras cosas, exponer en gran medida la teoría del caso de los órganos de acusación pública y particular (MPF o querellante), como puede estudiarse a partir de sus conceptos, teoría del caso y acusación tienen semejanzas y diferencias.

Dado que, la acusación deberá ser leída al momento del inicio del debate según el art. 385 del C.P.P. de Mendoza, el requerimiento de citación a juicio deberá exponer en forma simple, lógica y persuasiva, la historia de lo que ocurrió sobre la base de las pruebas, debe combinar de modo coherente, el plexo probatorio con la versión referente a las pruebas controvertidas que se presentarán en el juicio y luego de ese análisis a la luz de la sana crítica racional, sostener los extremos de los hechos intimados, el grado de participación del imputado y calificación legal. Deben ser expuestos los fundamentos de la acusación. No debe ser improvisada, sino clara y sencilla y el Fiscal o el querellante, al momento de formular el requerimiento de citación a juicio y también mucho antes, deberán haber elaborado su teoría del caso con base en los extremos mínimos que se han expuesto anteriormente. No se debe confundir Teoría del Caso con Acusación.

Considerando la vigencia de distintos arts. del C.P.P. de Mendoza, relacionados con el contenido y variables que podría tener la acusación, no hay que perder de vista los arts. 391 y 392 referentes a la posibilidad de ampliación de acusación durante el debate y de planteamiento de hecho diverso. En la misma dirección, el C.P.P. Federal admite la formulación de acusación alternativa en el art. 275 de dicho cuerpo legal. En consecuencia, para el Código Federal, se admite una teoría del caso sustentada en acusación principal u otra alternativa. La doctrina que se ocupa de analizar la admisibilidad de acusación alternativa y su repercusión tanto en la teoría del caso como, fundamentalmente, en la inviolabilidad de defensa en juicio, sostiene que la posibilidad de acusación alternativa debe ser excepcional pues se entiende que el fiscal y/o el querellante luego de la investigación estará en condiciones de poder realizar una calificación certera de los hechos. Es decir en los casos donde las posibilidades de calificación afecten a dos o más figuras delictivas y no sea del caso precisar cuál de ellas es la debida, se acudirá a la acusación alternativa o subsidiaria” .

En cuanto a la acusación alternativa, se ha sostenido que su existencia se relaciona con un sistema mixto donde el Ministerio Público no ha planificado previamente el caso, al decir que el contenido de la prueba, frente a la falta de planificación, puede presentar variaciones inesperadas. “La falta de preparación del caso para juicio oral generaba un espacio ideal para la proliferación de este tipo de acusaciones alternativas.” Gonzalo Rúa dice que, en un sistema adversarial, sostener acusaciones alternativas no parece ser una decisión estratégica adecuada. Al contrario, muestra lo difuso de la acusación, exhibe de un modo obscuro que el acusador no ha podido concluir ni una ni otra variable. De modo tal que la utilización de acusaciones alternativas debiera manejarse como una posible hipótesis hasta el momento de presentar la requisitoria de elevación a juicio, oportunidad en la que el acusador, a través del análisis de sus evidencias y las entrevistas a sus testigos de cargo y de descargo, pueda arribar a una conclusión e inclinarse por una u otra.

## *2.6. Características de la Teoría del Caso:*

2.6.1. Sencilla, simple y breve: implica que debe contar con claridad, exponerse naturalmente, ser franca y sincera; una teoría del caso elemental y escueta. Se debe procurar que la teoría del caso no sea compleja que no contenga elementos que le resten credibilidad, sinceridad, complicaciones o que sea artificiosa.

En la medida que sea más clara y sencilla, será más comprendida, creída y aceptada por el Tribunal Profesional o Jurado Popular, a lo que se suma que su exposición sea natural y breve, es decir que sea explicada empleando el tiempo necesario para lograr la atención de las personas destinatarias de la misma.

2.6.2. Razonable y creíble: La teoría del caso debe ajustarse al pensamiento normal de las personas, a las pautas o modos de pensar de todo ser humano normal, debe ajustarse al sentido común, debe ser coherente, no tener contradicciones entre sí, responder a principios de lógica elementales, contener naturalidad y armonía entre todos sus elementos integrativos. También debe ser confiable, lo que le dará credibilidad, sobre la base probatoria en que se apoye y sustente.

2.6.3. Única pero flexible y permanentemente revisada: “El relato fáctico esencial a sostener ante los jueces” (profesionales o jurado popular) “debe ser uno solo”. Prestigiosos autores sostienen que no es razonable plantear relatos alternativos o subsidiarios “y menos cuando son incompatibles entre sí”. Sin embargo, considerando que el proceso penal es una serie gradual, progresiva y concatenada de actos y que el grado de conocimiento y/o de convicción generalmente avanza desde el comienzo del proceso hasta los alegatos de clausura, desde el primer contacto con el caso y especialmente durante la etapa de investigación, es posible que el litigante deba considerar más de una hipótesis que explique o que permita dar explicaciones sobre el caso y sobre las cuales deba trabajar; hipótesis que habitualmente se refieren a establecer qué es lo que pasó y las causas o motivos del hecho, es decir por qué el mismo ocurrió. En oportunidades precedentes, se expuso lo relativo a la acusación alternativa y la crítica de algunos autores; por otro lado, que la misma ha sido expresamente prevista y autorizada por el C.P.P. Federal. En punto a los planteos subsidiarios o sea de hipótesis subsidiarias por un litigante al exponer su teoría del caso, se ha expuesto que “si son subsidiarias, pero se sustentan en la misma base fáctica, es posible sostener su admisibilidad como relato sin perjuicio de lo cuestionable que pueda ser, en ciertos casos, desde una perspectiva estratégica de la credibilidad del relato y de quien lo sostiene, al hacer tales relatos ante los ojos del juzgador. A cerca de esta cuestión, los autores citados se inclinan por opinar que no es recomendable sostener frente a una misma base fáctica la concurrencia de distintas figuras o instituciones del derecho penal sustantivo, aunque la legislación lo permita. La opinión indicada responde a un tema netamente de estrategia procesal porque manifiestan que ello puede restarle credibilidad a sus hipótesis. Si bien es razonable en gran medida lo indicado, para ciertos y excepcionales casos de gran complejidad, no pueden descartarse las hipótesis alternativas o subsidiarias.

2.6.4. Comprende todas las pruebas con estrategia: La teoría del caso debe tener su base en las pruebas, tanto propias como de los contrincantes. Su solidez y fortaleza está supeditada a la existencia de pruebas que permitan sustentarla, con valor convictivo de un grado tal que las pruebas y evidencias empleadas por los demás litigantes no logren conmoverla. Esto significa que cada litigante debe efectuar un análisis probatorio a consciencia, razonable, realista, que lo habilite a contar con pruebas que doten de credibilidad a su teoría del caso. Con tal finalidad,

también deben ser ponderadas las hipótesis del resto de los litigantes y las pruebas con que posiblemente, apoyen sus argumentaciones, de allí que es necesario ponderar todas las evidencias y ponerlas en la balanza del sentido común y de los criterios que podrá tener el Tribunal del Juicio (Profesional o Jurado Popular), para no tener sorpresas o dejar aspectos sin explicación o espacios vacíos que resten coherencia a la teoría del caso, elaborando una estrategia acerca del momento procesal oportuno del juicio para su producción y cómo hacerlo.

2.6.5. Es la guía de toda la actividad probatoria: considerando que son necesarios trabajos de verificación previa y ponderación probatoria, planificación estratégica del litigio, arribar al juicio oral con la preparación correspondiente al caso y con conocimiento de las posibilidades sobre lo que ocurrirá en el mismo, durante el desarrollo de la audiencia oral de juicio cada litigante desplegará su estrategia, especialmente marcada por los exámenes a testigos cursando preguntas que serán formuladas a partir de cada una de las teorías del caso. En consecuencia, la teoría del caso es el timón que direcciona la actividad probatoria de cada litigante. Es el manubrio que permite seguir el camino de la estrategia planteada con su elaboración. Es la que marca el camino de cada litigante con el objetivo de lograr demostrar lo anunciado en los alegatos de apertura.

2.6.6. Otras características: la mayoría de los autores que han escrito sobre litigación penal exponen un número más amplio de características de la teoría del caso:

2.6.7. Cada caso debe tener su teoría: "...es un imperativo que el litigante debe cumplir respecto de todos los casos en que le toque intervenir. Se trata de una mínima exigencia de seriedad y profesionalismo con el que se debe abordar el encargo de un cliente o el cumplimiento de una función pública". En consecuencia, todo caso que asuma litigarse, debe tener una teoría del caso y esto es independiente a si se trata de un caso grave u otro por delito más leve. La seriedad profesional del litigante se verá expuesta y reflejada cuando el caso ha sido estudiado, analizado completamente y con amplitud, de modo que se ha logrado constituir una teoría que permita la aplicación de estrategias a los efectos que se desarrolle sobre situaciones y producciones probatorias previsibles y se busquen soluciones ajustadas a cada uno.



2.6.8. La teoría del caso debe ser completa en cuanto a hechos y pruebas: comprende todos los hechos del caso y pruebas que sustentan la misma como la ponderación, valoración y explicación de las pruebas que pueden tener diferencias u oponerse a la teoría del caso correspondiente; sin embargo tales pruebas deben ser consideradas por el litigante para tener una proyección sobre las posibles variables y las posiciones a adoptar y explicaciones a brindar sobre las derivaciones que puedan existir como consecuencia de las mismas.

2.6.9. Comprende la calificación legal de los hechos: una de las cuestiones centrales del juicio es el encuadramiento legal de los hechos juzgados. La teoría del caso debe profundizar este aspecto y el litigante deberá cuidar la coherencia y perfecta correlación entre la plataforma fáctica y jurídica de modo que su teoría no tenga diferencias en cuanto a estos dos ejes centrales. La suficiencia jurídica de la teoría del caso también debe reunir todos los caracteres que se han expuesto precedentemente.

2.6.10. Realismo: toda teoría del caso deberá ser construida, estructurada, formada y expuesta sobre bases sólidas de plexo probatorio que permitan que su exposición se sustente en elementos de la realidad y con esto se quiere significar, que partirá de información concreta, accesible a los sentidos e inteligencia de los jurados o del tribunal. Para ello se debe partir de pruebas, evidencias, presupuestos e inferencias que se logren a partir del sentido común, del razonamiento normas de cualquier ciudadano, que permitan explicar cuestiones fácticas y legales evidentes, palpables, obvias, lógicas. La teoría del caso debe construirse sobre bases reales, lo que es distinto a bases ficticias, imaginarias o hipotéticas que solo se apoyen sobre pruebas irreales, inexistentes o solo queridas o imaginadas por el litigante o por la parte interesada. La teoría del caso debe tener los pies sobre la tierra.

### **III. Elementos de la Teoría del Caso**

#### *3.1. La Plataforma Fáctica*

Establecer y contener el o los hechos que se consideran delitos. Será necesario tener en claro las circunstancias de tiempo (cuándo ocurrieron); modo (cómo ocurrie-

ron) y lugar (dónde ocurrieron). Los elementos fácticos de la teoría del caso requieren la “identificación de los hechos relevantes o conducentes para comprobar la existencia de la conducta punible y la responsabilidad o no responsabilidad del procesado, hechos que se deben reconstruir durante el debate oral, a través de las pruebas”. Puede comprender también los elementos utilizados para la comisión de esos hechos, los sujetos intervinientes, los efectos causados y las consecuencias de los hechos.

### *3.2. Elemento Jurídico*

Consiste en el encuadramiento jurídico de los hechos dentro de las disposiciones legales del Código Penal (es la tipicidad de los hechos), la adecuación de las acciones verificadas en los tipos penales que la legislación contenga. Es la subsumición de los hechos, la historia, las acciones y conductas en las normas penales correspondientes. Cuando hablamos de historia se hace referencia a los hechos relevantes dentro del relato que constituyan delitos.

### *2.3. Elementos Probatorios*

Se trata del cúmulo, plexo o conjunto de pruebas que le otorgan apoyo a los hechos que se invoquen y su correspondiente calificación legal. Si no se incorporaron y produjeron pruebas que permitan afirmar la existencia de los hechos relatados, la teoría del caso no tendrá solidez. Por lo tanto, las pruebas sustentan lo fáctico y lo jurídico. Desde el punto de vista de la acusación, se deberá llevar a cabo un análisis total del conjunto de pruebas existentes para determinar las que reúnan características de pertinencia, utilidad y sean conducentes a demostrar los extremos acusatorios. Por el contrario, desde el punto de vista de la defensa, las pruebas que se relacionen con su teoría del caso serán aquellas que confieran credibilidad y realismo a los hechos sostenidos para refutar, poner en crisis o debilitar la acusación. Se ha de cuestionar, entre otras, la existencia real del hecho, la participación de acusado, la inexistencia de delito o la concurrencia de causas de justificación o excusas absolutorias, atenuantes, extintivas de la acción penal o de sobreseimiento y/o aquellas que puedan dar lugar a la absolución.

#### IV. Fases del desarrollo de la Teoría del Caso

Considerando los elementos precedentes que se han expuesto como integrativos de la teoría del caso, nos anticiparemos a ensayar las fases del desarrollo o avance que puede tener la misma durante un proceso. La mayoría de los autores han elaborado las fases según la siguiente secuencia: Relato de los hechos, teoría jurídica, proposiciones fácticas, evidencias, debilidades, clasificación de las evidencias y formas de presentarlas (Moreno Holman, obra citada). Con una terminología más determinante o específica, el Dr. Chaia expone que el esquema de trabajo de la teoría del caso podría ser el siguiente: 1.- Analizar la situación, debiendo establecer la evidencia existente y aquella que puede conseguir. 2.- Encuadrar legalmente el hecho... - 3.- Generar un relato: sobre este punto aconseja dividir los hechos por segmentos con proposiciones fácticas controvertibles e incontrovertibles y además se indica que el relato de la historia debe mencionar las circunstancias de tiempo, modo y lugar y a esto, si se agrega el motivo (móvil o razón del hecho) y alguna otra circunstancia relevante, se logrará una historia con mayor persuasión o con mejores condiciones de convencimiento. 4.- Establecer la evidencia que se presentará o generará para exponer los hechos...5.- Analizar debilidades y fortalezas de las evidencias que se expongan. 6.- Proyectar la presentación de evidencias (se refiere a la producción de pruebas durante la audiencia del juicio, a su exposición). 7.- “Confeccione un plan de ataque”: el modo de refutar todo lo que pueda afectar la situación del litigante y todo aquello que permita sumarse a las evidencias del contrincante que puedan reforzar la teoría del caso propia.

Debido al estado actual del tema, se puede sostener que la teoría del caso contiene más elementos que los mencionados clásicamente, los que son:

- 1.- relato de los hechos (incluye aspectos controvertidos y los que no lo son);
- 2.- encuadramiento legal de los mismos;
- 3.- la prueba para demostrar los hechos expuestos (destacando las debilidades y fortalezas);
- 4.- preparación y exposición de alegatos de apertura;
- 5.- estrategia respecto a la producción, exhibición y muestra de pruebas en la audiencia de juicio oral (comprende examen y contraexamen de testigos y peritos y la transferencia de información a los jueces sobre toda la evidencia objetiva o pruebas materiales por medios orales a través de testimonios);

- 6.- atención especial durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral para formular objeciones cuando sean oportunas;
- 7.- preparación y exposición de alegatos de cierre o clausura.

## V. Elaboración de Propositiones Fácticas

### 5.1. *Concepto y alcance*

Determinado cuál es el hecho o hechos que serán intimados al imputado y su calificación legal, todo lo que es provisorio, también corresponde determinar los elementos de prueba que sostienen los hechos intimados. “Estos elementos no son otra cosa que proposiciones fácticas que se derivarán de la prueba (datos de prueba)”.

Una proposición fáctica es una afirmación de hecho, respecto del caso concreto, que, si el juez la cree, tiende a satisfacer un elemento de la teoría jurídica. Dicho de otro modo, una proposición fáctica es un elemento legal reformulado en un lenguaje corriente, que se remite a experiencias concretas del caso, sobre las que un testigo sí puede declarar. Por consiguiente, los relatos de nuestros testigos determinan finalmente el contenido de las proposiciones fácticas, a la vez que sobre las proposiciones fácticas recae la prueba. La prueba no recae sobre los elementos legales de las teorías jurídicas. “Las proposiciones son la información del caso que, si el acusador demuestra, permitirá cumplir con los elementos del tipo penal o, si el defensor prueba, permitirá desvirtuar alguno de dichos elementos”. También se ha definido a las proposiciones fácticas como las afirmaciones de hecho derivadas de la prueba que, de tenerse por acreditadas, servirán para dar, por cierto -o al menos acercarnos a ello-, un elemento de la teoría jurídica. (Rúa, Gonzalo). De modo mucho más simple, se las ha definido como el nexo entre la teoría jurídica y la prueba. Los enunciados de la ley (abstractos) y la información que aporta la prueba (concreta) pueden estar hablando de lo mismo, pero lo hacen en un “lenguaje” distinto. Hay una distancia entre ambas que es necesario salvar para poder vincular unas con otras. Necesitamos un “traductor”. Se trata de un “puente” entre ambas “orillas” para poder conectar un lado con el otro. Esta función la realizaremos a través de la formulación de enunciados a los que llamamos proposiciones fácticas. Estas proposiciones fácticas se ubicarán entre los elementos abstractos de la ley y la información concreta que entregan nuestros medios de prueba con la finalidad de unirlos:

LEY

(con contenido abstracto)

\* PROPOSICIONES FÁCTICAS \*

MEDIOS DE PRUEBA

(con contenido concreto)

Debe considerarse la fortaleza de las proposiciones fácticas, porque en el origen de la I.P.P. se pueden presentar muy fuertes o convincentes, sin embargo, al avanzar con la investigación si efectuamos un análisis de las posibles superposiciones o co existencia de otras proposiciones fácticas que pueda lograr la contra parte a través de los testigos, las proposiciones fácticas sobre las que se apoye la acusación o absolución o sobreseimiento se pueden tornar débiles.

## *5.2. Objetivo*

El objetivo de las proposiciones fácticas es acreditar los elementos del tipo penal o desvirtuarlos, según se trate de una teoría del caso acusadora o defensiva. (Rodríguez M., ob. Cit.). Pero puede presentarse la situación que una proposición fáctica (entendido como elemento de prueba o dato extraído de pruebas), no tenga como finalidad directa la demostración de la teoría jurídica, sino que se utiliza para confirmar o darle mayor credibilidad a una prueba directa. En este caso la proposición fáctica es tomada de hechos secundarios cuya función no está orientada a demostrar directamente la acusación o la teoría de la defensa, sino que se emplean para confirmar o lograr mayor solidez de otras pruebas de las cuales se obtenga información importante.

En ciertos casos complejos puede existir una distancia marcada entre la calificación legal, teoría jurídica o elementos legales con respecto a la prueba, por eso será necesario trabajar en la identificación o exposición de proposiciones fácticas a los fines de acercar o acortar esa distancia, es decir lograr que se relacionen y coincidan la calificación legal con la prueba. Las proposiciones fácticas se muestran como un puente entre las pruebas y la teoría jurídica o encuadramiento jurídico.

### *5.3. Cada proposición fáctica debe ser probada*

Todas las afirmaciones que contenga un acto decisivo del proceso como acusación o excepción o pedido de absolución, deberán ser probadas, es decir contar con el sustento convictivo, de evidencia necesario para ser creída por el Tribunal. "...la construcción precisa y clara de la proposición fáctica determina completamente la prueba que..." necesitará el Fiscal y/o querellante para sostener su acusación o el defensor para que prospere su pretensión.

### *5.4. ¿Cómo exponer cada proposición fáctica en la audiencia de juicio?*

Logrando que se relaten "los hechos que ocurrieron desde la perspectiva de los elementos del tipo penal sin mencionar su denominación jurídica (robo, amenaza, defraudación, estafa)". Durante la producción de pruebas, con la finalidad de exponer cada proposición fáctica, ha de procurarse que los elementos jurídicos de la teoría del caso puedan comunicarse, transmitirse o ser informados al jurado o tribunal profesional, a partir del simple relato de los hechos o de sus circunstancias sobre cómo ocurrieron. Así por ejemplo si un testigo describe el modo en que el autor de un robo agravado por uso de armas, lo intimidó y atacó violentamente con el arma empleada, lo redujo y por el ejercicio de la fuerza le sustrajo dinero, o cuando la víctima explica los términos, frases o palabras que el acusado le dijo para atemorizarlo y lograr que accediera a su imposición, en un caso de amenazas coactivas; o cuando un testigo ocular describe el ataque con un arma blanca que el acusado le causó a la mujer fallecida sin haber mediado agresión previa de la víctima, etc. Por el contrario, si las proposiciones fácticas a lograr son concretadas desde la labor de la defensa, las declaraciones de testigos y peritos serán aquellas que demuestren lo propio de su teoría del caso en el plano de lo jurídico.

## **VI. Importancia de las Pruebas**

6.1. Determinados y delimitados con claridad los hechos, elaborada la teoría del caso, analizada la prueba, formulada la teoría jurídica (calificación legal, encuadre

jurídico del caso) y establecidas las proposiciones fácticas correspondientes, debemos volver la mirada y prestar especial atención a la prueba existente o a la posibilidad de agotar todas aquellas medidas necesarias, conducentes, pertinentes y útiles para confirmar, descartar o modificar la teoría del caso de cada litigante, sea que la fortalezcan, debiliten, confirmen, nieguen o marquen un camino distinto que deba ser transitado. Por estos motivos, desde el comienzo del proceso será necesario que la teoría del caso de cada litigante así como los interrogantes que se presentan desde el inicio del proceso, deban ir alcanzando su respuesta (positiva o negativa), a medida que se desarrolla la investigación penal preparatoria. Como se expuso antes, la teoría del caso comienza a elaborarse desde la imputación (o tal vez antes); puede ser modificada durante el curso de la I.P.P. hasta que se formule acusación técnica e incluso luego, si con posterioridad surgen circunstancias que admitan el planteo de hechos diversos, modificaciones de la acusación, acusación alternativa o simplemente que fuere procedente una excepción o absolución. Todo esto dependerá de las características de cada caso. Son los hechos y la prueba quienes marcarán los límites acusatorios y el ejercicio de la defensa; consecuentemente, determinarán la teoría del caso (en el plano fáctico-probatorio y jurídico) y proposiciones fácticas.

## *6.2. Fortaleza de la prueba*

La prueba, al igual que las proposiciones fácticas, pueden ser fuertes o débiles. Su fortaleza o debilidad pueden ser medidas desde dos perspectivas complementarias. La primera está vinculada a su valoración: si la información entregada por el medio de prueba es creíble. La prueba puede aportar mayor o menor credibilidad en el intelecto del Tribunal Profesional, del Juez o del Jurado Popular. En tal sentido, la prueba puede contener información dirimente o no, contener datos que sustenten una decisión, es decir ser fuerte o débil. La credibilidad de las inferencias lógicas que se deriven de la prueba es fundamental. El sistema de la sana crítica racional o libre convicción aporta principios que permiten establecer si la prueba sobre la que se sustenta la acusación Fiscal o particular o la teoría del caso de la defensa, tiene suficiente fuerza convictiva. Por todo lo expuesto en estos puntos, tanto al término de la investigación penal preparatoria como al inicio de la etapa preliminar, durante la etapa intermedia, será necesario considerar el valor

de las pruebas, ya que se aproxima la fase procesal de litigación de aquellas que ingresarán definitivamente al juicio oral.

### *6.3. Teoría Legal, prueba y proposiciones fácticas:*

Para poder relacionar las pruebas con la teoría jurídica y establecer proposiciones fácticas dotadas de credibilidad, debemos tener presente que las pruebas pueden ser directas e indirectas. “La prueba directa es aquella que acredita un hecho principal. La prueba indirecta, en cambio, es aquella que acredita un hecho secundario..., los hechos secundarios son aquellos hechos graves, precisos y concordantes que, en su conjunto y realizando una operación lógica, permiten deducir la existencia de un hecho principal, que es lo que conocemos como una presunción judicial” (Felipe Marín).

Además, también hay que considerar la distinción de aquella prueba que permite elaborar proposiciones fácticas del caso de cada litigante para demostrar los extremos importantes de la calificación legal. Esta es la prueba sobre el fondo del caso, la prueba sustancial, la que es relevante. Pero esto no implica dejar de lado la prueba relacionada a otras pruebas de importancia, es decir la prueba de otras pruebas o prueba sobre pruebas a las que ya antes se hizo referencia, que es la que está destinada o se emplea para demostrar la credibilidad y solidez de las pruebas relevantes, pertinentes y útiles.

En definitiva, para que prospere la teoría del caso de un litigante será necesario preparar una argumentación de calidad basada en adecuadas técnicas de comunicación, leguaje oral y gestual a efectos de convencer al jurado popular o tribunal profesional con respecto a la interpretación y aplicación que deban darle a la ley penal. Además, deberán exponer proposiciones fácticas claras y también convincentes para explicar y tener una llegada real sobre los extremos legales de la calificación jurídica del caso. La distinción entre el contenido de la ley penal aplicable al caso, proposiciones fácticas y pruebas es un buen camino para ver debilidades y fortalezas de cada teoría del caso y actuar en consecuencia.



## VII. Código Procesal Penal de Mendoza, teoría del caso, prueba y proposiciones fácticas

El C.P.P. de la Provincia de Mendoza no hace referencia a la teoría del caso. Su elaboración y aplicación vienen de la mano del avance y conveniencia de aplicar técnicas de litigación oral, de la ley de juicios por jurados n° 9.106 y de la jurisprudencia de la S.C.J.M. que ordena aplicar los principios y reglas técnicas del juicio por jurados populares a los procesos penales comunes.

Por estos motivos resultará de gran importancia a efectos de mejorar la administración de justicia penal en la Provincia, promover una reforma del C.P.P. que incluya los temas propuestos y los que se irán abordando en esta investigación científica.

## VIII. Conclusiones

- 1.- La oralidad constituye una regla técnica procesal o según muchos Códigos Procesales Penales, es un principio procesal cuya aplicación debe expandirse con plenitud hacia la mayoría de los actos. Su aplicación concreta se logra con la implementación de las audiencias orales, como característica fundamental en los sistemas acusatorios con litigación adversarial.
- 2.- La oralidad es un medio necesario para mejorar la administración de justicia penal, porque permite el contacto visual y la escucha directa entre las partes, facilita la eficacia de la serie procedimental, la publicidad de etapas y cuestiones que se traten en audiencias y es la forma en que se confiere publicidad al ejercicio del poder judicial, de allí que es conveniente que se lleven a cabo las reformas necesarias en los Códigos procesales penales.
- 3.- La implementación del sistema de audiencias orales para el tratamiento de todos los planteos importantes en el proceso penal de las Provincias que reformaron sus C.P.P. entre ellas, Mendoza, San Juan, San Luis, el C.P.P.F., Buenos Aires, C.A.B.A., Santa Fe, Córdoba, Chubut, Neuquén, La Pampa, Río Negro, Chaco, Catamarca, Entre Ríos, Corrientes, Santiago del Estero, Tucumán, Salta, Jujuy, constituyó un gran acierto que permite dar respuesta con mayor eficacia, a las pretensiones de los litigantes.
- 4.- La oralidad hace más eficiente el proceso y la sentencia, pero expone a los litigantes y a los jueces al hacer visible el buen o mal desempeño profesional;

exige mayor preparación del caso y de las pruebas; requiere concentración de los jueces para el conocimiento y valoración de la prueba; impone un entrenamiento y capacitación previa en derecho y en el manejo de las herramientas de litigación, en definitiva, exige más responsabilidad y preparación.

5.- El desarrollo oral de la audiencia preliminar del juicio promueve la aplicación de criterios de oportunidad, la resolución de oposiciones, juicios abreviados, cuestiones incidentales y otros temas trascendentes del proceso que pueden ser litigados, especialmente la consideración oral de las pruebas que las partes propongan para el juicio, lo que es realmente definitorio y conducente.

6.- La ley n° 9.040 de la Provincia de Mendoza incorporó reformas que profundizaron el sistema de audiencias orales, otorgando el carácter de flexibles y multipropósito, aumentando la franja horaria para su cumplimiento, modificó los requisitos formales de escritura, vigentes para documentar las audiencias sustituyendo las actas y el requisito de la presencia del Secretario/a, por las video filmaciones o soportes digitales.

7.- Se ha acentuado el valor constitucional de la publicidad para todas las audiencias (salvo las excepciones autorizadas), especialmente publicidad para el juicio.

8.- Oralidad y publicidad se emplean como principios y/o reglas técnicas fuertemente ligadas que tienen aplicación de modo conjunto para garantizar derechos fundamentales, adquiriendo suma importancia con respecto a la recepción, observación, percepción y exposición de pruebas en el juicio; mejorando la inmediación, valoración probatoria, igualdad de la litigación y el control general del proceso.

9.- El C.P.P. de Mendoza no hace referencia a la obligación de los litigantes de preparar y exponer las respectivas teorías del caso en tanto que numerosos C.P.P. de provincias argentinas lo han incorporado.

10.- La teoría del caso es un presupuesto que los litigantes deben considerar como esencial para mejorar su intervención estratégica, herramienta que a la vez promueve la consolidación de las garantías constitucionales y principios rectores del proceso penal.

11.- La teoría del caso constituye una técnica de litigación oral de gran importancia con innumerables utilidades procesales para los litigantes, para el tribunal (jurado popular y tribunal profesional); y para la ciudadanía.

- 12.- Debe tenerse en cuenta que la acusación no equivale a teoría del caso.
- 13.- Las proposiciones fácticas también forman parte de las técnicas de litigación oral que aportan utilidad a los litigantes y en consecuencia favorecen los principios procesales.
- 14.- Las proposiciones fácticas tienen relación directa con la prueba y facilitan su comunicación e información.
- 15.- Ante la falta de regulación expresa por el C.P.P. de la Provincia de Mendoza, del empleo de la teoría del caso y proposiciones fácticas que reportan mayor afianzamiento de garantías constitucionales, como se ha demostrado con la realización de gran cantidad de juicios por jurados en Mendoza, debería considerarse su aplicación para todos los procesos penales locales.



## LA AUDIENCIA INICIAL REMOTA EN EL PROCESO LABORAL Y SU EVENTUAL APLICACIÓN POSPANDEMIA

Directores: Abg. Raúl Alberto Oyola | Abg. Mgter. Dante Carlos Granados  
Equipo de investigación: Abgs. Juan Manuel Piedecasas | Fernando Javier Pérez |  
Est. Débora Ariadna Pérez Bianchi | José Gabriel Farina

### I. Introducción

La Audiencia Inicial se incorporó al proceso laboral a través de la reforma del Código Procesal Laboral de la provincia de Mendoza en el año 2018, por medio de la Ley N° 9.109 y quedó regulada en el artículo 51 del citado cuerpo de formas.

La finalidad de la reforma era alcanzar la tutela efectiva de los derechos en el fuero laboral; para lo cual se puso como meta reducir drásticamente la duración de los procesos laborales a un tiempo prudencial y razonable, que garantice el derecho de defensa y debido proceso, y la principal herramienta dada para que ello acontezca fue la inclusión de la audiencia inicial multipropósito.

La citada audiencia inicial se encuentra reglamentada por el Protocolo de Oralidad Efectiva puesto en marcha por la S.C.J.M, a través de la Acordada N° 29.283, a los efectos de estandarizar y reducir el período probatorio del proceso laboral.

Debemos destacar que luego de más de tres años de la reforma, hemos observado que se han reducido drásticamente los plazos del proceso laboral, con lo cual sin hesitación nos animamos a afirmar que el objetivo principal de la reforma se ha alcanzado.

Sin embargo, la audiencia inicial que se realiza en gran mayoría de los Tribunales Laborales dista de la legislada en el Código Procesal Laboral; y ello es así porque se realizan por medio de videoconferencia como consecuencia de la pandemia COVID-19.

Precisamente, la epidemia de COVID-19 fue declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) una emergencia de salud pública de preocupación internacional el 30 de enero de 2020. En fecha 11 de marzo de 2020 Organización Mundial de la Salud (OMS) declara pandemia al COVID-19 (coronavirus).

El 12 de marzo de 2020, el Estado Nacional Argentino dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 260/2020 por el cual se amplió la emergencia pública sanitaria establecida por la Ley N° 27.541 del 21 de diciembre de 2019, por el plazo de un año.

El 19 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU N° 297/2020 que dispuso el aislamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO) para todas las personas que habitan en el país o se encontraran en él en forma temporaria al momento de su dictado, con el objetivo de proteger la salud pública, obligación inalienable del Estado nacional. Esta disposición previó que durante la vigencia del ASPO, las personas deberían permanecer en sus residencias habituales, abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y que no podrían desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, con el fin de prevenir la circulación y el contagio del virus Covid-19 y la consiguiente afectación a la salud pública y los demás derechos subjetivos derivados, tales como la vida y la integridad física de las personas. Se establecieron además controles permanentes en rutas, vías y espacios públicos, accesos y demás lugares estratégicos, a fin de garantizar el cumplimiento de las normas dispuestas en el marco de la emergencia sanitaria. Las medidas de aislamiento dispuestas por el DNU N° 297/2020 fueron prorrogadas a través de los DNU N° 325/2020, 355/2020, 408/2020, 459/2020, 493/2020, 520/2020, 576/2020 y 605/2020 hasta el 2 de agosto de 2020; los cuales incluían progresivamente excepciones al ASPO y a la prohibición de circular.

El Gobierno Provincial, por su parte y con el mismo norte dictó los Decretos N° 359/20, N° 384/20 y concordantes.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza por su parte dictó las Acordadas N° 29.501, 29.502, 29.508, 29.511, y concordantes.) por las cuales se adoptaron medidas complementarias en los servicios de administración de justicia en el marco de las decisiones que las autoridades sanitarias impartían.

En este marco de resulta necesario remarcar que el Máximo Tribunal Provincial por medio de la Acordada N° 29.508, de fecha 31/03/2020 dispuso que el Poder Judicial continuará brindado los servicios necesarios para asegurar la ad-

ministración y el acceso a justicia habilitó el teletrabajo para los Jueces, funcionarios y agentes.

Razón por la cual, en el mes de abril de 2020, las Cámaras del Trabajo de Mendoza comenzaron a realizar audiencias iniciales virtuales o remotas por distintos medios tecnológicos: Skype, Zoom, WhatsApp, Microsoft Teams y Google Meet.

Por Acordada N° 29.517 de fecha 26/04/2020, se reconoce la labor realizada en el fuero laboral al señalar en sus considerandos: “...En el fuero Laboral, en toda la Provincia se dictaron 225 sentencias contenciosas, 256 sentencias homologatorias y 102 autos interlocutorios. Asimismo, estos tribunales libraron entre el 2 y el 17 de abril \$ 59.645.827,29 en concepto de capital, \$11.547.505,43 en concepto de honorarios profesionales de abogados y \$ 1.388.440,16 en honorarios profesionales de peritos de diversas especialidades, lo que totaliza más de 72 millones de pesos de aportes a la economía provincial.” y exhorta a los magistrados y funcionarios del Poder Judicial para que, a los fines del cumplimiento de sus deberes funcionales en el marco de la normativa vigente, utilicen los medios electrónicos y tecnologías de la información que resulten más idóneos y ágiles para realizar todo tipo de actos y su correspondiente publicación y/o notificación; recordando la importancia de que todo proveído o resolución que se adopte se haga de manera tal que sea autosuficiente.

En fecha 27/05/2020 la S.C.J.M. por Acordada N° 29.530 aprueba el “Protocolo para Audiencias no presenciales”

A partir de su comunicación los Tribunales Laborales ajustaron progresivamente sus audiencias iniciales virtuales al citado Protocolo para Audiencias no presenciales.

En virtud de todo, lo expuesto claramente se observa como consecuencia de la Pandemia Covid-19 y la emergencia sanitaria nacional declarada, los Tribunales Laborales de la provincia de Mendoza se vieron obligados a efectuar cambios drásticos en los procesos laborales, y uno de ellos la realización de la audiencia inicial de modo virtual.

Por lo que a partir del uso de la tecnología para la realización de las audiencias iniciales virtuales surgen ciertos interrogantes: ¿La tecnología e internet están al alcance de los litigantes y profesionales? ¿Qué aplicación de videoconferencias se puede utilizar? ¿Los litigantes tienen conocimientos necesarios para ello? ¿Existe intermediación en la Audiencia Inicial Digital? ¿Cómo se efectúa la conciliación?

¿Qué sucede con las pruebas, en especial con los reconocimientos? ¿Quién da fe de los actos realizados? ¿Se puede aplicar la digitalización de la audiencia inicial luego de la pandemia?

La problemática es actual dado que la gran mayoría de las Cámaras Laborales de la provincia de Mendoza realizan las audiencias iniciales en forma virtual; y el marco teórico de la presente investigación está dado por el artículo 51 del Código Procesal Laboral de Mendoza (Texto Ordenado Ley N° 9.109) y la Acordada de la S.C.J.M. N° 29.530: Protocolo de audiencias remotas.

Pero, además, la trasladamos al futuro, dado que el objetivo principal del trabajo es analizar si resulta beneficioso continuar luego de la pandemia o no con las audiencias iniciales virtuales. Razón por la cual, se formula en grado de hipótesis de la presente investigación, si es conveniente mantener la aplicación de la audiencia inicial de manera virtual o remota en la pospandemia.

Por lo tanto, a los efectos de constatar, justificar, confirmar, comprobar o no, la hipótesis formulada, se ha utilizado el método científico empírico-analítico, sobre la base de la observación, los análisis estadísticos, la experimentación, y la lógica empírica aplicados sobre la Audiencia Inicial virtual. También se ha hecho uso de la estrategia metodológica cualitativa, a partir del análisis de la información obtenida, de los datos objetivos conseguidos, estadísticas realizadas, de su interpretación racional, conforme a la sana crítica racional y al juego de las libres convicciones, y de la formulación de teorías que emerjan de la investigación.

Los objetivos secundarios del trabajo son: Determinar si se cuenta con la tecnología necesaria para la realización de audiencias procesales virtuales. Precisar qué aplicación para videoconferencia se puede aplicar y cuál es la más recomendable. Analizar si los justiciables y los profesionales del derecho cuentan con los conocimientos indispensables para el desarrollo de la Audiencia virtual. Vaticinar cuáles son los requisitos necesarios para la correcta producción de la audiencia por videoconferencia. Establecer el alcance del principio de intermediación en la audiencia virtual. Explicar cómo se concreta la transacción alcanzada en una videoconferencia. Determinar qué sucede con las pruebas de reconocimiento en una audiencia virtual. Indicar quien da fe de los actos realizados virtualmente. Analizar si es posible aplicar la realización de las audiencias iniciales en modo virtual luego de la pandemia. Señalar cuáles son los beneficios y perjuicios de tal implementación. Especificar cuáles son los principios aplicables a la audiencia inicial virtual. Concluir si resulta con-



veniente o no la implementación de la audiencia inicial y de qué manera. Formular una propuesta.

El resultado de la investigación se pretende trasladar a la comunidad jurídica a través de charlas taller, exposiciones, disertaciones y debates.

Oportunamente, si resulta conveniente se puede llegar a formular un proyecto de modificación del Código Procesal Laboral.

Este proyecto de investigación ha recibido el aval del Honorable Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, y se encuentra dirigido por los profesores titulares de la cátedra de Derecho Laboral y fue realizado por docentes, graduados y estudiantes.

## II. Contenido

### *¿La tecnología e internet están al alcance de los litigantes y profesionales?*

A los efectos de responder éste interrogante, recurrimos al Instituto Nacional de Estadísticas y Censos de la República Argentina (INDEC), el cual realiza una Encuesta Permanente de Hogares (EPH), que tiene como destinatarios a hogares de aglomerados urbano, bajo la modalidad telefónica y presencial, a través de la cual logra un relevamiento continuo con resultados trimestrales.

Una de sus secciones, es el Módulo de Acceso y Uso de Tecnologías de la Información y la Comunicación (MAUTIC). El objetivo de este módulo es relevar las características de acceso a tecnologías en hogares y su uso por parte de la población de 4 años y más. El MAUTIC presenta información básica sobre los accesos a computadora e internet en los hogares, así como sobre el uso de telefonía móvil, computadora e internet por las personas residentes en dichos hogares.

Esta institución informa:

“09/06/2022- Accesos a Internet: En el primer trimestre de 2022 se registraron, en promedio, 7.838.864 accesos a internet fijos. Esto significó un aumento de 2,0% respecto al primer trimestre de 2021. Por otro lado, los accesos fijos residenciales crecieron 2,3%, lo que suma un total de 7.415.090; y los accesos fijos de organizaciones totalizaron 423.774, con una caída de 2,2%.

16/05/22. Acceso y uso de tecnologías de la información y la comunicación. EPH.

Cuarto trimestre de 2021: En el cuarto trimestre de 2021, se registró que el 64,2% de los hogares urbanos tiene acceso a computadora y el 90,4%, a internet. Además, los datos muestran que, en la Argentina, 88 de cada 100 personas usan teléfono celular y 87 de cada 100 utilizan internet.” (INDEC, 2022)

El informe indica que, en Mendoza, en aglomerados de 500.000 o más habitantes el Gran Mendoza el 59,2% tiene acceso a una computadora y el 93,1% a Internet.

Si bien evidentemente la estadística señalada solamente abarca el Gran Mendoza, lo cierto es que de la práctica tribunalicia en el sur de la provincia de Mendoza, más específicamente en la Segunda Circunscripción Judicial que la componen los departamentos de San Rafael, General Alvear y Malargüe; desde abril de 2020, podemos concluir que las audiencias iniciales virtuales se han podido realizar en su gran mayoría con éxito, sin ningún tipo de inconvenientes tecnológicos ni de acceso a internet.

Ello se debe al actuar como auxiliares de justicia de los profesionales del derecho, quienes se contactan previamente con sus clientes para saber con qué posibilidades cuenta de conectarse a la audiencia virtual, y para los casos en que los justiciables no tienen acceso a una computadora, celular, tablet, etc. y/o internet, los citan a los estudios jurídicos para que el día y hora de la audiencia comparezcan junto a sus abogados.

Por lo que no se observa un impedimento a la realización de las audiencias virtuales el hecho de que los habitantes de la provincia de Mendoza no cuenten el cien por ciento con acceso a internet.

*¿Qué aplicación para videoconferencias se puede utilizar para las audiencias del proceso laboral?*

Se pueden utilizar distintas aplicaciones de videoconferencias para realizar la audiencia inicial: Skype, Zoom, WhatsApp, Microsoft Teams, Cisco Webex y Google Meet, entre otras.

A partir de la Acordada N° 29.530 de la S.C.J.M. se puede llegar a interpretar que el Máximo Tribunal recomienda la utilización de Microsoft Teams o Cisco Webex.

Sin embargo, resulta aconsejable la elección por parte de los Tribunales de la plataforma virtual Microsoft Teams, toda vez que en los anexos II de la citada Acordada, la S.C.J.M. ha elaborado dos anexos II: uno que consiste en un instructivo de uso de Microsoft Teams para el personal interno del Poder Judicial y otro instructivo para la citada plataforma -también denominado anexo II- destinados a los litigantes y a sus profesionales.

Razón por la cual, en la práctica tribunalicia se utiliza por lo general la plataforma virtual Microsoft Teams, porque basta con citar la Acordada y seguir los pasos de los instructivos para que las partes y profesionales puedan acceder sin inconveniente a la reunión virtual -audiencia inicial- pero ante eventuales problemas se puede utilizar cualquier otra plataforma apta para tal fin.

### *¿Los profesionales y los justiciables tienen los conocimientos necesarios en tecnología para poder comparecer a una audiencia virtual?*

En la actualidad, a causa de la pandemia COVID- 19, la sociedad se vio obligada a utilizar la tecnología para seguir en contacto con sus seres queridos, para trabajar y para estudiar para lo cual de manera autodidacta o con colaboración de sus allegados adquirieron conocimiento tecnológico para la comunicación por redes sociales, apps, videoconferencias, correo electrónico, etc.

Obviamente, aconteció lo mismo con el Poder Judicial y los profesionales que lo auxilian; a tal punto, que sobre la base de la experiencia práctica ya de más de dos años, sin hesitación afirmamos que tanto los profesionales como el personal del Poder judicial han adquirido los conocimientos necesarios para llevar a cabo las audiencias iniciales de manera virtual con total éxito.

No obstante, si algún profesional tiene dificultades o no tiene los conocimientos suficientes para la realización de la audiencia en la modalidad virtual, puede hacer usos de los instructivos realizados por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que se hallan en el Anexo II de la Acordada 29.530; como también cuentan con la buena predisposición y el auxilio del personal de las Cámaras del Trabajo, que en muchos casos han solucionado con éxito los impositivos tecnológicos o

de conocimiento que han padecido los profesionales y/o los litigantes en las audiencias.

En cuanto a los litigantes, también aseveramos que en su gran mayoría han adquirido el conocimiento necesario para comparecer por sí solos a las audiencias, dado que por lo general si tienen los elementos necesarios -celular, notebooks, netbooks, tablets, etc.- y lo saben utilizar correctamente, por lo que se conectan a la audiencia inicial por sí solos.

Sin embargo, también hemos advertido, que los justiciables en ciertos casos –cada vez más habitual- concurren a los estudios jurídicos de sus abogados y comparecen virtualmente juntos con ellos; generalmente por decisión acordada con su profesional –para tranquilidad de ambos- y en otras ocasiones porque no cuentan con los elementos tecnológicos necesarios para su conexión o los conocimientos.

Por lo tanto, no hemos observado que la falta de los elementos tecnológicos o conocimiento en esa materia, por parte de los litigantes como de sus representantes legales hayan impedido la correcta realización de las audiencias virtuales o el correcto ejercicio del derecho de defensa en juicio o debido proceso en las audiencias iniciales virtuales.

### *Entrevista realizada a un miembro de la Primera Cámara Laboral de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza por los estudiantes Pérez Bianchi y Farina*

La entrevistada manifestó que realizó audiencias iniciales desde el año 2018 de forma presencial, hasta marzo del año 2020 que fue declarado por pandemia de covid-19, el aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO).

Actualmente realiza un promedio de cuatro a cinco audiencias iniciales virtuales por día, a diferencia de las realizadas en forma presencial que recuerda haber realizado entre dos o tres audiencias diarias.

Con respecto a las dificultades que puede conllevar la realización de las audiencias de manera remota, manifiesta que los funcionarios judiciales rara vez poseen dificultades en la conexión a internet, ya que cuentan con los elementos tecnológicos necesarios y adecuados para cumplir con la tarea con éxito.

Agrega que los justiciables en la mayoría de los casos se dirigen al estudio de su abogado, por lo cual no poseen grandes problemas para conectarse; y en el

caso de inconvenientes con el acceso o alguna función del programa de video conferencias, son los mismos funcionarios quienes les indican como solucionar el problema en razón a la misma experiencia y manejo del programa utilizado como de los dispositivos intervinientes. Por ejemplo, prender un micrófono o cámara.

Cabe destacar que las partes que no se hacen presentes en la audiencia inicial, el código procesal estipula sanciones y cuentan con una tolerancia de 15 minutos. Lo cual la lleva a concluir que no poseen grandes incomparecencias.

Con respecto a las ventajas de la etapa virtual, expresa que lo digital resulta en gran manera más dinámico por su mayor agilidad, menos movimiento de personas en el palacio judicial, menos demora y descongestiona los Tribunales. Su experiencia ha sido buena, manifestando que con esta modalidad no se presentan grandes dificultades.

Agrega un ejemplo muy habitual que es que las partes que deben acudir de forma presencial desde el departamento de Malargüe no llegan a las audiencias que se realizan en las primeras horas de la mañana, ya que el primer colectivo desde dicho departamento arriba a las diez horas. La situación se repite con el departamento de General Alvear e incluso con los distritos más alejados. A esto le podemos añadir el gasto en dinero y tiempo de los citados.

### *Entrevista a cuatro miembros de la Segunda Cámara Laboral de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza por los estudiantes Pérez Bianchi y Farina*

Los entrevistados comenzaron manifestando que se realizan por el momento un número aproximado de entre cuatro y cinco audiencias virtuales diarias. Agregando que, durante la presencialidad, se llevaban a cabo un aproximado de tres audiencias por día, las cuales llevaban algunas dificultades considerando que las partes llegaban tarde por algún motivo, lo que complicaba el desarrollo en tiempo y forma de las mismas.

En cuanto a los insumos necesarios para la realización de estas audiencias iniciales, plantearon que no han tenido dificultades significativas por su parte, ya que todo el equipamiento que se ha necesitado les ha sido otorgado, desde auriculares con micrófonos, computadoras nuevas, etc. Además, agregan que no tienen problemas de conectividad salvo que sean de corte general.

Expresan que cuando realizaban las audiencias iniciales de manera presencial no presentaban dificultades en cuanto a la sala requerida para llevar adelante las audiencias iniciales, salvo cuando se superponía una audiencia inicial con una vista de causa. Cuando sucedía esto, no contaban con el acceso la infraestructura necesaria para poder llevar ambos procedimientos simultáneamente.

Manifiestan que, haciendo un análisis entre la presencialidad y la virtualidad, notan mayor efectividad en el funcionamiento de la segunda. Teniendo en cuenta que las partes se ven beneficiadas, ya que en muchos casos hablamos de personas que viven en los departamentos de Malargüe o General Alvear, y que llegar a tribunales puede suponer un problema. También considerando que al mismo tiempo los abogados se ven beneficiados porque no requieren salir de su estudio para poder asistir a la audiencia. Esto descomprime el funcionamiento de la Cámara, lo que los lleva a realizar más audiencias por día.

Con respecto a la conciliación, los entrevistados manifiestan que calculan un aproximado del 55% de efectividad, siempre teniendo en cuenta que hay conciliaciones que se logran antes de la audiencia por su funcionamiento previo. Es decir que existen conciliaciones que, aunque no se lleven adelante en la audiencia, son consecuencia de la misma.

Los entrevistados concluyen que, las audiencias iniciales agilizan más el proceso, todas las partes que conforman el mismo, están de acuerdo en que la audiencia inicial virtual le es más eficiente que la misma realizada en forma presencial.

Nombres y funciones de los Entrevistados: Ethel Rada (Prosecretaria de la Cámara).

Gonzalo Rivero (Juez de la Cámara). María M. Sánchez Renatti (Secretaria de Audiencias iniciales Ad hoc). Mauro Quiroga (Auxiliar Ad Hoc).

### **III. Presunción de capacidad tecnológica**

En virtud de lo expuesto, resulta acertada la posición esgrimida por el Címero Tribunal provincial en el punto 6 del Anexo I de la Acordada N° 29.530 de la S.C.J.M., por la cual determina que se presume el consentimiento y la capacidad técnica del abogado para realizar una audiencia virtual. Por lo tanto, en caso de que no ostente tal capacidad deberá invocar la negativa y fundar la imposibilidad de celebrar la audiencia en forma remota.

¿Cuáles son los requisitos técnicos necesarios para la producción de una audiencia virtual con éxito?

Los requisitos tecnológicos indispensables con que deben contar las partes y el Tribunal para realizar con éxito las audiencias procesales de manera virtual son:

- 1) Conexión a Internet sostenible.
- 2) PC con micrófono y cámara/ Smartphone con auriculares/ Tablet, netbook o Notebook.
- 3) Microsoft Teams u otra plataforma apta para videoconferencias virtuales para usuarios del Poder Judicial.
- 4) Acceso a un correo electrónico no oficial para los usuarios del poder judicial para tener acceso a calendario para fijar audiencia, notificarla, y luego acceder a la misma llegado el momento. Por ejemplo: gmail, yahoo, hotmail, etc.
- 5) Cuenta de correo electrónico declarada ante el Tribunal de las partes y demás profesionales intervinientes en audiencias (abogados, actor, demandado, perito, testigos, etc.), para poder ser convocados a la audiencia, a fin de contactarlos por el sistema de videoconferencias adoptado por la Suprema Corte de Justicia.
- 6) Resulta recomendable para los jueces, funcionarios, abogados -en especial- y para los justiciables -que así lo deseen- que descarguen la aplicación de Microsoft Teams previo a la audiencia virtual, para que puedan visualizar a todas las personas que se hallan en la audiencia al mismo tiempo y no a la que toma la palabra solamente.

*¿Existe inmediatez en la audiencia inicial digital?*

Sí, existe inmediatez, dado que el justiciable puede ver al Juez y ejercer el derecho a ser oído por éste. El Juez a su vez puede ver y oír a las partes y a sus profesionales -salvo problemas tecnológicos-.

Ahora bien, la inmediatez en una audiencia virtual -por presencia remota- no tiene los mismos alcances que la inmediatez presencial; toda vez que en la presencial el Juez tiene la posibilidad de observar circunstancias que le facilitan indagar sobre la veracidad de sus dichos y/o de sus lesiones -no queda limitado a

lo que se observa en pantalla-; lo cual acontece no sólo por la comunicación gestual sino por distintos indicios que sólo se dan y observan en la comunicación personal, frente a frente, sin la intermediación de tecnología alguna. Verbigracia, como se desenvuelve, desplaza, moviliza -brazos y piernas-, camina, y todo otro gesto que no es captado por la cámara del artefacto tecnológico utilizado, etc.

Sin embargo, consideramos que el grado de inmediación que se alcanza en una audiencia inicial realizada en modo virtual o por plataforma de videoconferencia, en la gran mayoría de los casos, es suficiente para que se realice y concrete con claro éxito el citado acto, sin afectar el debido proceso ni la defensa en juicio de los justiciables.

### *¿Cómo se efectúa la transacción de un conflicto judicial en una audiencia realizada por videoconferencia?*

En la audiencia inicial, conforme lo dispone el art. 51 del C.P.L. se prevé una etapa conciliatoria, que funciona con mucho éxito, tanto que la audiencia se realice de manera presencial o virtual.

En la actualidad, en la Segunda Circunscripción Judicial y como consecuencia de la pandemia se realizan las audiencias iniciales de manera virtual; por lo tanto, obviamente se los avenimientos a que arriban las partes también se efectúan de este modo.

Desde el punto de vista del mejor funcionamiento, si bien es cierto que en algunos casos particulares -por sus características especiales- podría funcionar mejor que la conciliación se hiciera de manera presencial por la mayor inmediatez que tiene el Juez en la causa; también es cierto que los porcentajes de avenimientos en las audiencias iniciales virtuales son altísimos; incluso, en la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza, superiores a los del año 2019 donde se hacía la audiencia inicial en forma presencial.

Tomamos en cuenta a la Segunda Circunscripción Judicial porque desde el mes de noviembre del año 2018 comenzaron a realizar audiencias iniciales a partir de la modificación del C.P.L.; por lo tanto, durante todo el año 2019 las realizaron con el oficio y práctica de más de dos meses -que se podría considerar como de prueba de la puesta en funcionamiento de la audiencia; lo que no aconteció -de igual modo- en las otras circunscripciones judiciales de la provincia de Mendoza.



### *¿Qué sucede con las pruebas, en especial con los reconocimientos?*

El análisis de las pruebas para su admisión y sustanciación es exactamente el mismo, ya sea que la audiencia inicial se realice en forma virtual o presencial.

Ello acontece aún en el caso del reconocimiento, toda vez que tanto los escritos de demanda como los de la contestación se presentan de manera on line por las plataformas electrónicas prevista por la S.C.J.M. para ello; en la actualidad MEED e IURIX ONLINE.

Como corolario, en sendos modos de audiencias iniciales se les pregunta a los profesionales si prestan conformidad para reconocer los documentos electrónicos que se le muestran por las pantallas.

En caso de que no se acepte tal modalidad de reconocimiento, se fija una audiencia donde una de las partes deberá acompañar la documentación a reconocer en soporte papel y la otra concurrirá a los efectos de su reconocimiento.

Por lo general, las partes prestan conformidad y se realizan los reconocimientos de los documentos electrónicos que se muestran en la pantalla, ya sea en la audiencia inicial virtual al compartir el documento el secretario de audiencia o en la presencial a través de la pantalla de la computadora que obre en el recinto.

Para el hipotético caso que no se reconozca la firma -tanto en caso de audiencia virtual como presencial- y se haya pedido en subsidio la pericial caligráfica o en documentología, se efectúa el sorteo del perito pertinente o lo acuerdan las partes; y se emplaza a la oferente de la prueba documental a que acompañe la documentación en soporte papel. Fecho o en el mismo acto de la audiencia inicial, se fija una fecha para que comparezca la parte que desconoce y el experto, quien le indica a la parte que desconoce qué actos necesarios debe realizar -firmar, escribir palabras, oraciones, con una u otra mano, etc.- para que oportunamente pueda cumplir con su dictamen de manera correcta.

### *¿Quién da fe de los actos realizados en una audiencia realizada por videoconferencia?*

La persona que está facultada para dar fe de los actos procesales es el secretario del Tribunal, prosecretario, secretario de audiencia o al auxiliar que se le otorgue tal carácter de hecho por el Tribunal. Obviamente también puede hacerlo el Juez; conforme a la regla del derecho quien puede lo más, puede lo menos.

Ello acontece tanto, que el acto de audiencia inicial se realice en forma virtual o presencial; y, por ende, no es necesario la firma de los demás comparecientes.

### *¿Se puede aplicar la audiencia inicial de manera remota luego de la pandemia?*

En la actualidad se utiliza la modalidad virtual de la audiencia inicial a partir de las normas de emergencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Acordadas N° 29.501, 29.502, 29.508, 29.511, 29.517, 29.530 y concordantes.

Entre las normas citadas, destacamos que el anexo I de la Acordada N° 29.530 de la S.C.J.M. se encuentra el protocolo de las audiencias virtuales, denominado Protocolo de Audiencias No Presenciales.

Estas normas de emergencia, -en principio- son transitorias; sin embargo, ante la necesidad de implementar el proceso más rápido para alcanzar la tutela efectiva de los procesos laborales, entendemos que los Tribunales laborales en virtud de sus facultades emanadas por el art. 108 del Código Procesal Laboral y art. 46.I. inciso 1 y 5 del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza como directores del proceso pueden hacer uso de estas normas, aún luego de la pandemia.

No obstante, ello puede llegar a generar litigiosidad, por lo que sería mejor si se modificara el Código Procesal Laboral y se le otorgara expresamente tal facultad a los Jueces.

## **IV. Beneficios de la audiencia inicial virtual**

1) Genera mayor celeridad y economía procesal, toda vez que en un mismo Tribunal se pueden desarrollar dos o más audiencias iniciales al mismo tiempo. Se puede organizar más eficientemente el valioso tiempo de los Jueces, que además deben estar avocados a las audiencias de vista de causa, a los problemas diarios que se suscitan en los proveídos, en los recursos, incidentes y sentencias.

2) No es necesario que los profesionales ni los justiciables se trasladen a Tribunales, lo que implica menor consumo de energía no renovables, reducción del tránsito y de accidentes, mayor lugar para estacionar en las inmediaciones

de Tribunales para quienes tienen que concurrir, todo lo cual implica una optimización de los recursos y cuidado del medio ambiente.

3) Se facilita que las personas que residen lejos del Tribunal -verbigracia: Malargüe a 200 km o General Alvear a 100 km- puedan asistir, sin dejar de cumplir con sus obligaciones, lo que genera mayor productividad económica para la provincia. Basta pensar que en un litigio de personas residentes de Malargüe, las partes y sus profesionales - generalmente también oriundos de la citada ciudad- deben prever el tiempo y el costo de un viaje de cuatro horas ida y vuelta -en vehículo particular- o seis horas en el transporte público -el cual por lo general no coincide con los horarios de las audiencias-, más la búsqueda del lugar para estacionar y/o el traslado al Tribunal, la duración de la audiencia y el labrado del acta -lo que se señala a continuación-.

4) Deviene en innecesario la adaptación de recintos en salas de audiencias; lo que se observaba como una necesidad inminente previo a la pandemia, porque los Tribunales Laborales de la Segunda Circunscripción Judicial se veían obligados a realizar las audiencias en los despachos de los Jueces. Para lo cual, no se contaba con una mesa redonda -que sería lo ideal- ni con el mobiliario, era necesario trasladar sillas de un despacho a otro, tampoco se cuenta con computadora para el secretario de audiencias en los despachos, lo que implicaba que el secretario debía tomar nota de la misma en manuscrito y una vez concluida la misma, concurrir a la secretaría del tribunal para tipear el acta. Fecho, los profesionales y las partes revisaban el acta y procedían a firmarla previo control y rúbrica del Juez, lo que conllevaba unos treinta minutos más luego de concluida la audiencia.

5) En virtud de lo antes expuesto, se observa como meridiana claridad que se pueden realizar un mayor número de audiencias iniciales por día. Además, con la virtualidad se respeta más la puntualidad, en cambio con la presencialidad era habitual que se tuviera que esperar a un justiciable o a un profesional.

6) En definitiva, la audiencia inicial virtual genera mayor celeridad y economía procesal que facilita alcanzar la tutela efectiva de los derechos laborales en un plazo razonable.

## V. Perjuicios de la audiencia inicial virtual

1) Disminución de la intermediación. El Juez pierde contacto con el contexto no enfocado por la cámara, o que por la falta de definición o la lejanía que se encuentran los comparecientes no se puede observar debidamente.

Generalmente no se observa distintos gestos que demuestran nerviosismo, conformidad, descontento, inseguridad, etc.; ya no se tiene un plano completo de los comparecientes por lo que no se advierten actos gestuales con las piernas, brazos, manos, etc.

2) Viceversa, los comparecientes no pueden advertir estos gestos de los jueces y/o funcionarios, que les pueden servir para negociar y/o planificar la estrategia procesal a llevar a cabo en adelante.

3) Obviamente, también se reduce la intermediación con su contraria, lo que genera una audiencia si se nos permite decir más fría; a lo que se suma lo expresado en los dos párrafos anteriores para la negociación o planificación procesal.

## VI. Estadísticas de audiencias iniciales presenciales y virtuales de la Primera Cámara del Trabajo de la Segunda Circunscripción Judicial

Se realiza la comparación entre las audiencias iniciales presenciales y virtuales de la Primera Cámara del Trabajo por el hecho de que esta fue la única Cámara del Trabajo que aplicó de manera inmediata la modificación del C.P.L. por la Ley N° 9.109 por lo que, a partir de la vigencia de la modificación, en fecha el 01/11/2018, comenzó a fijar audiencias iniciales en todas las causas -incluidas las previamente iniciadas que no se había dictado auto de admisión y sustanciación de pruebas-. Motivo por el cual, en febrero del año 2019, este Tribunal ya tenía un ritmo normal y habitual de fijación y producción de audiencias iniciales presenciales.

En el año 2019 la Primera Cámara del Trabajo de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza fijó 413 audiencias iniciales, desarrolló con éxito 363 que representa el 88% y suspendió 50, o sea el 12% de las audiencias.

La comparación de las audiencias iniciales presenciales del año 2019 se realiza con las remotas o virtuales desarrolladas en el año 2021, dado que a partir de la pandemia Covid19 en marzo de 2020 se reorganizó el Poder Judicial con la apli-

cación de distintas herramientas digitales y virtuales, entre las cuales se encontraba la Audiencia Inicial Remota, cuyo desarrollo recién se puede considerar que es normal y habitual en el año 2021.

En el año 2021, la Primera Cámara del Trabajo de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza fijó 520 audiencias iniciales, desarrolló con éxito 453 que representa el 88%, suspendió 67 (13%).

Se constata que la misma Cámara Laboral pudo realizar de manera remota más de 100 audiencias en un año, que representa el 24,21% de las audiencias del año 2019 y el 19,23% de las del año 2019. Es decir que la diferencia es abismal.

## **VII. Entrevistas anónimas a 100 profesionales de la Segunda Circunscripción Judicial**

Posiciones de los abogados respecto a la conveniencia o no de la continuidad de las audiencias iniciales bajo modalidad virtual.

Como toda reforma o proyecto de reforma de carácter procesal, la implementación de la audiencia inicial por medios virtuales, y su proyección a futuro post pandemia genera opiniones diversas entre los operadores jurídicos tanto a favor como en contra.

En dicha inteligencia, y a fin de corroborar cuál es la opinión de los profesionales del derecho que ejercen la profesión en el ámbito privado, consideramos de suma importancia para el presente trabajo de investigación observar el análisis que los auxiliares de la justicia laboral hacían respecto a la implementación de la audiencia inicial de manera virtual en el proceso laboral.

Para ello se consultó a 100 profesionales de los tres departamentos de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza que litigan en el fuero laboral, acerca de los aspectos positivos y negativos, beneficios y perjuicios, que a través de su experiencia habían podido observar desde la implementación de la audiencia inicial en las dos cámaras del trabajo del sur mendocino.

El método utilizado fue de entrevista individual con los profesionales, limitándose la entrevista a dos consultas, primero una pregunta cerrada:

¿Considera positivo o negativo que la audiencia inicial continúe celebrándose bajo la modalidad virtual luego de la pandemia?

Para luego pasar a una pregunta de carácter abierto:

¿Cuáles son los principales argumentos a favor y en contra que Ud. tiene respecto a la realización de manera virtual de la audiencia inicial en el proceso laboral?

La segunda pregunta se realizó de manera abierta a fin que los letrados pudieran expedirse libre y ampliamente respecto a su experiencia hasta el momento de la entrevista, y de su opinión a futuro respecto a la modalidad que consideran más convenientes para la celebración de la audiencia inicial, resguardando en todos los casos la identidad de los entrevistados respecto a las opiniones manifestadas, a fin de poder obtener una crítica objetiva y sin condicionamientos.

En cuanto a la primera pregunta el resultado definitivo fue de un 80% de los encuestados considerando positivo que la audiencia inicial se continúe desarrollando de manera virtual, y un 20% manifestándose en contra de dicha posibilidad, señalando que la audiencia debe realizarse de manera presencial.

Un dato no menor resulta ser que tomando en consideración solo lo respondido por los profesionales de los departamentos de General Alvear y Malargüe, el resultado varía considerablemente, señalando el 100% de los entrevistados de dichos departamentos, que están a favor de la audiencia inicial de manera virtual.

Lo señalado por los profesionales de los departamentos más alejados a las Cámaras del Trabajo de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza, coinciden con los beneficios señalados en el presente trabajo bajo el título “Beneficios de la audiencia inicial virtual”, en especial respecto a lo señalado en los puntos “2” y “3”.

Resumimos los aspectos positivos y negativos destacados por los profesionales entrevistados, en orden a la mayor cantidad de coincidencias:

A) Principales aspectos positivos:

1) Innecesariedad de traslado al Tribunal – Ahorro de recursos

Se consignan en el mismo título dos aspectos que son diferentes pero a la vez fueron destacados por todos los entrevistados como estrechamente vinculados, el hecho de no tener que trasladarse hasta la sede del Tribunal, no solo implica evitar un desgaste considerable de tiempo, – el cuál se incrementa considerablemente para los profesionales de General Alvear o Malargüe-, sino además un ahorro importante en traslados, alimentación y gastos extras como pueden ser taxi desde la terminal de ómnibus en caso de viajar en transporte público, estacionamiento en caso de viajar en vehículo particular, siendo gastos que se evitan tanto para el profesional como para los clientes.

## 2) Mayor celeridad y practicidad

Los profesionales señalan que al no tener que trasladarse hasta la sede del Tribunal, tienen la posibilidad no solo de realizar más audiencias en el transcurso de una mañana -duplicando la cantidad que podían realizar de manera presencial -, sino además de atender más clientes y realizar mayor cantidad de tareas respecto a las que realizan cuando tienen que concurrir a audiencias en Secretaría del Tribunal.

También destacan los profesionales que en muchos casos ni siquiera tienen que trasladarse al estudio jurídico para realizar la audiencia, ni el cliente tiene que dirigirse al mismo, pudiendo comparecer virtualmente cada uno desde el lugar donde se encuentre, lo cual permite que hasta cuando han viajado los profesionales o el cliente se ha ido a vivir a otro lugar -inclusive en el exterior del país - pueda estar presente de manera virtual en la audiencia.

Otra cuestión práctica que señalaron los profesionales que están a favor de continuar con la realización de la audiencia inicial de manera virtual, es que no han visto reducidas ni la cantidad de conciliaciones, ni han tenido inconvenientes en cuanto a las pruebas, reconocimientos, o resolución de incidentes y recursos en las mismas, no encontrando diferencias significativas respecto a las audiencias iniciales realizadas de manera presencial.-

Los profesionales destacaron que han notado que desde el Poder Judicial se han incrementado la cantidad de audiencias iniciales que se fijan por día, lo que colabora con la celeridad procesal y pronta terminación de los procesos.

## B) Principal aspecto negativo

La totalidad de los profesionales que se manifestaron a favor del retorno a la realización de la audiencia inicial de manera presencial, y en contra de la continuidad por medios virtuales, coincidieron en señalar un único aspecto negativo:

### 1) La virtualidad no colabora con la conciliación

Los profesionales que se oponen a la continuidad del desarrollo virtual de la audiencia inicial en materia laboral, coincidieron en la apreciación que resulta fundamental la presencia de las partes frente al juez para poder arribar a una conciliación o cuanto menos para que se facilite la misma.

Entienden que para las partes y profesionales no es lo mismo realizar las tratativas conciliatorias con la presencia en forma personal del juez en lugar de virtual, y que la modalidad actual atenta contra el principal objetivo del nuevo procedimiento laboral, como es arribar a una conciliación de intereses de las partes.

Si bien los datos estadísticos acompañados en el presente trabajo de investigación muestran un panorama diferente al señalado por los profesionales, entendemos importante mostrar la visión y fundamentos que tienen los abogados que no verían bien que continúen celebrándose de manera virtual la audiencia inicial laboral.

C) La pregunta que todos querían responder

A pesar que las preguntas efectuadas a los profesionales versaron sobre la conveniencia o no de la continuidad de la audiencia inicial bajo la modalidad virtual, el 68% de los entrevistados quiso agregar una opinión personal sobre un tema no consultado:

¿Y si la misma pregunta se realizara respecto a la audiencia de vista de causa?

Aquí nos llamó la atención que el 100% de los profesionales señaló una férrea oposición respecto a la realización de la audiencia de vista de causa de manera virtual, destacando que dicha audiencia debía continuar realizándose de manera presencial. También debemos destacar que no se les preguntó en ningún momento sobre la audiencia de vista de causa, no obstante, lo cual 68 de los 100 profesionales entrevistados espontáneamente resaltaban su oposición al respecto.

Como no es el objeto del presente trabajo no ahondaremos sobre los argumentos vertidos por los profesionales respecto a la audiencia final, no obstante, lo cual consideramos pertinente traerlo a colación dada la espontaneidad con que surgió el tema, y la cantidad de profesionales que señalaron su opinión de manera oficiosa al respecto.

### *Encuesta por WhatsApp*

En razón a las posibilidades tecnológicas que la actualidad nos permite, se realizó una encuesta anónima a un grupo de WhatsApp compuesto por abogados laboristas que ejercen la profesión -en su gran mayoría- en las restantes Circunscripciones Judiciales de Mendoza -Primera, Tercera y Cuarta- en la cual votaron 141 abogados.

La pregunta era: ¿Estás de acuerdo que la audiencia inicial continúe de manera virtual?

Respondieron por el SI, 118 de las 141 personas encuestadas; o sea el (83,7%).

Contestaron por el NO, 23 de los 141 abogados consultados; o sea el (16,3%).



## VIII. Conclusión

En virtud de los fundamentos dados y de los resultados de las estadísticas, entrevistas y encuestas, consideramos sin hesitación, que resulta sumamente necesario y favorable mantener la posibilidad de fijar audiencias iniciales virtuales o no presenciales en el proceso laboral.

La solución que proponemos no es disponer que las audiencias iniciales se realicen sólo en modo virtual; sino que esa sea la regla y que excepcionalmente se puedan ordenar o continuar en forma presencial.

O sea, plasmamos que la audiencia inicial en principio sea virtual; y que sólo en aquellos casos en que el tribunal o juez lo considere necesario, pertinente y/o que las circunstancias así lo ameriten -conforme a las facultades de dirección del proceso que ostentan- disponga la producción o continuación de la audiencia inicial de modo presencial.

Asimismo, ante situaciones particulares y sobre las citadas facultades el Juez o Tribunal haya suspendido la audiencia inicial virtual o decidido pasar a un cuarto intermedio, puede ordenar su continuación en forma presencial.

Por último, la falta de inmediatez que puede acontecer en la audiencia inicial, claramente se subsana en el proceso con la producción de la audiencia de vista de causa presencial.

Aunque no haya sido objeto de la investigación, estimamos -mutatis mutandis- que en las audiencias de la vista de la causa la regla debe ser la modalidad presencial, dado que se requiere de la máxima inmediación del Juez con las pruebas orales que se produzcan en la causa para que pueda evaluarla y ponderarla de la mejor manera y así alcanzar un resultado más justo. Y, solamente, en casos sumamente excepcionales que así lo ameriten, el Juez pueda ordenar la producción de la citada audiencia de modo total o parcialmente virtual.

Tal parecer coincide con la manifestación espontánea que ha surgido de la entrevista de 100 abogados de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza.

Por lo tanto, vaticinamos como regla que las audiencias iniciales se realicen de modo virtual y como excepción presencial. En cambio, mutatis mutandi, sostenemos que las audiencias de la vista de la causa sean presenciales, salvo casos especiales donde resulte más justo en pos del debido proceso y el derecho de defensa en juicio realizarlas de modos total o parcialmente virtual.

Además, de esta manera, con la regla de la audiencia inicial virtual y la audiencia de la vista de la causa presencial, procuramos y mantenemos el principio de inmediatez a la máxima expresión en el proceso laboral.

Consideramos necesario, que tal facultad de los jueces -reglas y excepciones- se plasmen en el Código Procesal Laboral para evitar litigiosidad y poder aplicar estas satisfactorias herramientas tecnológicas en el proceso laboral luego de la postpandemia.

Máxime, cuando el Poder Judicial, los abogados y los justiciables se encuentran capacitados para su utilización.

Por lo que exhortaremos a la Legislatura de Mendoza a que cumplan con este objetivo anhelado.

Asimismo, también resulta recomendable que se otorgue facultades reglamentarias a la Suprema Corte de Justicia de Mendoza para que por medios de Acordadas reglamente correctamente la utilización de las plataformas virtuales tal como lo ha realizado con la Acordada N° 29.530.

## **IX. Propuesta de modificación del artículo 51 inc. II del Código Procesal Laboral (texto ordenado Ley N° 9.109), -se resalta en negrita-: “DE LA AUDIENCIA DE LA CAUSA**

Art. 51- Período Probatorio. Audiencia Inicial.

I- Cumplidas las etapas previas, si se estimare que las constancias obrantes en las actuaciones son suficientes para la resolución del litigio o la cuestión es de puro derecho, así lo declarará el Tribunal, de oficio o a petición de parte, por auto. La decisión será recurrible mediante recurso de reposición, con efecto suspensivo. Firme, se procederá a dictar sentencia. En caso de acumulación objetiva de pretensiones escindibles y previo acuerdo de partes, el Juez podrá resolver parcialmente el proceso sobre ellas. Esta resolución causará ejecutoria y podrá, en caso de incumplimiento, ser continuada por el procedimiento de la ejecución de sentencia.

II- En caso contrario y existiendo hechos contradictorios acerca de los cuales no haya conformidad entre los litigantes, y aunque ellos no lo solicitaran y vencido el plazo del artículo 47 o del artículo 49 en su caso, el Tribunal fijará en un plazo no mayor de veinte (20) días, una audiencia inicial en modalidad virtual y excepcionalmente de manera presencial en los estrados del Tribunal.

La modalidad virtual de la audiencia inicial multipropósito a través de una plataforma de conexión remota de video llamada determinada o la que en un futuro la reemplace, deberá ser regulada por la S.C.J.M. para su correcto desarrollo.

Esta audiencia deberá notificarse por cédula a domicilio real y al procesal electrónico de los litigantes y a domicilio legal electrónico a los asesores letrados de los mismos. Para la comunicación dirigida al trabajador debería utilizarse lenguaje sencillo.

III- Audiencia inicial. Comparecencia. Como regla general, las partes deberán comparecer a la audiencia inicial en forma personal. Excepcionalmente, por motivos fundados, a juicio del Tribunal, se autorizará que se presente por medio de representantes legales o judiciales, quienes deberán concurrir con instrucciones suficientes para el normal desarrollo de la audiencia. La falta o insuficiencia de instrucciones no podrá ser invocada para la suspensión de la audiencia, salvo lo previsto en el Artículo 48 inc. 4) del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de Mendoza.

Los incapaces y las personas jurídicas los harán por medio de su representante o asesor letrado con instrucciones específicas sobre la posible conciliación.

Si por razones de fuerza mayor, debidamente acreditadas, una de las partes no pudiera comparecer a la audiencia ni dar instrucciones a sus representantes, podrá diferirse ésta por una sola vez, dentro del plazo de seis (6) meses.

#### IV- Incomparecencia:

a) La incomparecencia injustificada de cualquiera de los litigantes o sus representantes, en el supuesto de excepción previsto en el inciso precedente, no suspenderá la realización de la audiencia, la que se celebrará por el Tribunal con la presencia de las partes que concurren;

b) El Tribunal ordenará la producción de la prueba de la parte compareciente, y fijará fecha de audiencia de vista de causa. No obstante, ello, en caso de incomparecencia del trabajador, el Juez ordenará la producción de la prueba pertinente a la demostración de sus pretensiones, conforme lo establece el artículo 54 de este cuerpo legal;

c) Las partes quedarán notificadas de todas las decisiones que el Tribunal adopte en el caso en forma personal en el acta de audiencia;

d) Concluida la audiencia, las partes no podrán en lo sucesivo plantear cuestión alguna respecto de las resoluciones que se pronuncien en el curso de la misma;

e) En caso de incomparecencia de ambas partes, se ordenará el archivo de las actuaciones, notificándose en el domicilio real en lenguaje sencillo a fin de que las partes comprendan el contenido de la misma, y las consecuencias del archivo.

#### V- Contenido de la audiencia inicial.

La audiencia inicial deberá ser dirigida en forma indelegable y bajo pena de nulidad, por uno de los Jueces de Sala, quien deberá continuar a cargo del mismo hasta la vista de causa.

En su desarrollo se cumplirán las siguientes actividades:

a) Se invitará a las partes a una conciliación, u otra forma de solución de conflictos que acordarán en la audiencia. En caso de fracaso, la causa seguirá según su estado;

b) Las partes pueden rectificar errores materiales en que hubieren incurrido en sus escritos iniciales;

c) El Juez resolverá las excepciones opuestas de previo y especial pronunciamiento, conforme lo dispuesto en los artículos anteriores. Contra esta decisión, se podrá interponer recurso de reposición en los tiempos legales, con efecto suspensivo;

d) Oídas las partes, el Juez fijará en forma definitiva los hechos objeto del proceso y aquéllos sobre los cuales versará la prueba;

e) El Juez se pronunciará sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas por las partes, ordenando las medidas necesarias para su producción. Podrá rechazar, de oficio, fundadamente la prueba prohibida por la Ley y la impertinente e innecesaria. El rechazo de prueba será recurrible mediante el recurso de reposición sin efecto suspensivo.

Si se tratare de prueba pericial, la designación de los peritos, en la forma prevista, deberá realizarse en la misma audiencia. En los casos de accidentes o enfermedades profesionales, podrá sortearse perito médico de la especialidad, luego de contestado el traslado del artículo 47 de este cuerpo normativo, debiendo fijarse la fecha de audiencia inicial una vez que se encuentre firme y consentido el informe pericial;

f) El Juez podrá ordenar prueba de oficio, para una mejor búsqueda de la verdad;

g) Fijar el plazo dentro del cual deberá producirse toda la prueba que no deba rendirse en la vista de causa. Este plazo podrá ser ampliado prudencialmente por el juzgado a petición de parte, por segunda vez. Excepcionalmente, a criterio del

Tribunal, y cuando la prueba faltante sea fundamental para la resolución del proceso, podrá volver a concederse un nuevo plazo;

h) El Juez podrá fijar de común acuerdo con las partes, según las características del caso, la fecha de la vista de causa. El accionar del Tribunal en esta audiencia, de modo alguno puede ser tenido como adelanto de opinión por las partes, a los fines de una eventual sentencia.”

## Bibliografía

- ACKERMAN, Mario E., et al., 2005, Tratado de Derecho del Trabajo, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni.
- ALTERINI, Jorge H. et al., 2016, Código Civil y Comercial Comentado, Buenos Aires, Argentina, La Ley.
- ARAZI, Roland, 2012, Derecho Procesal Civil y Comercial, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni, <sup>a</sup> Edición
- ARDOY, J. J. (30/09/2009). La audiencia preliminar. Microjuris. Cita: MJ-DOC-4401-AR MJD4401. Recuperado: <https://ar.microjuris.com/>
- ARMAGNAGUE, Juan Fernando, 2009, Código Procesal Laboral de Mendoza, Mendoza, Poder Judicial de Mendoza.
- BUERES, Alberto J., et al., 2015, Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi.
- CAPON FILAS, Rodolfo, et al., 2015, El Derecho del Trabajo y el Nuevo Código Civil y Comercial, La Plata, Argentina, Librería Editora Platense.
- CAPORICCIO, Francisco V., 2022, Audiencias remotas: 500 razones para continuar el camino, Revista IDEIDES N° 72. Mayo 2022. Recuperado de: <http://revista-ideides.com/audienciasremotas-500-razones-para-continuar-el-camino/>
- CIVIT, Juan Pablo S. y COLOTTO, Gustavo A., et al, 2018, Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza, Mendoza, ASC, 2ª edición.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, 2007, Compendio de la prueba judicial, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni,
- ELFFMAN, Mario, 2013, Cuestiones y Cuestionamientos de la Justicia del Trabajo, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni.

- FALCON, Enrique M., 2008, El Ejercicio de la Abogacía, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2ª edición.
- FALCON, Enrique M., 2003, Tratado de la Prueba, Buenos Aires, Astrea.
- FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, 2009, Ley de Contrato de Trabajo. Buenos Aires, Argentina, La Ley.
- FORMARO, Juan J., 2016, Riesgos del Trabajo, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi.
- GENTILE, Elsa, 2015, La Prueba en los Procesos Laborales, Santa Fe, Nova Tesis.
- GRISOLÍA, Julio Armando, 2015, Manual de Derecho Laboral, Buenos Aires, Argentina, Abeledo Perrot.
- LLATSER, Norma Liliana, et al, 2018, Código Procesal Laboral - Provincia de Mendoza, Mendoza, ASC.
- LIMA, Osvaldo José, 1998, Código Procesal Laboral de Mendoza, Buenos Aires, Morcos Ediciones Jurídicas.
- LIVELLARA, Carlos Alberto, et al, 2004, Derecho del Trabajo. Mendoza, Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyo.
- LIVELLARA, Carlos Alberto, et al, 2019, Código Procesal Laboral de la Provincia de Mendoza”, Buenos Aires, La Ley, 2da edición.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, et al., 2014, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni.
- Ministerio de Economía de la Nación Argentina. Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC). Recuperado de [https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nive l3-Tema-4-26](https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nive%20l3-Tema-4-26)
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación de la República Argentina, Justicia 2020, (2019, agosto, 13), Cuando los jueces dirigen las audiencias, la mitad de los juicios se resuelven mediante acuerdos. Recuperado de: <https://www.justicia2020.gob.ar/noticias/cuando-los-jueces-dirigen-las-audiencias-la-mitad-de-los-juicios-se-resuelve-mediante-acuerdos/>
- RAMÍREZ, Luis Enrique, 2017, 6ª edición, Riesgos del Trabajo. Manual Práctico. Ley 24.557. Con las Reformas de las leyes 26.773 y 27.348”, Buenos Aires, Argentina, B de FPEYRANO, Jorge W., et al., 2015, Nuevas Herramientas Procesales, Santa Fe, Argentina, Rubinzal Culzoni.
- SALVADOR, Juan Eduardo, 2022, “Prueba Electrónica en el Proceso Laboral de Mendoza”, Mendoza, Argentina, ASC.

- VÁZQUEZ VIALARD, A., 1999, 8ª edición, Derecho del trabajo y de la seguridad social, Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea, Tomo I.
- ZLATA DRNAS DE CLÉMENT, 2015, La Complejidad del Principio Pro Homine, Recuperado de: [http://www.cortei.dh.or.cr/ta\\_blas/r33496.pdf](http://www.cortei.dh.or.cr/ta_blas/r33496.pdf)





## TENDENCIAS LEGISLATIVAS EN LAS REFORMAS AL CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA Y VIOLENCIA FAMILIAR DE MENDOZA

Abg. Tomás Donato

### I. Introducción

El 21 de diciembre de 2018<sup>1</sup> entró en vigencia la ley 9120 que instauró en la Provincia de Mendoza un ordenamiento procesal destinado a hacer efectivos los derechos y deberes establecidos en las leyes de fondo sobre relaciones de familia y violencia familiar. Una norma de esta naturaleza fue novedosa porque llenó un vacío que era necesario atender. A cuatro años de su implementación, se han presentado escasos proyectos de ley para su modificación, que versan sobre temas concretos. El objetivo de este trabajo es recopilarlos y valorarlos desde una perspectiva práctica. Para ello, se los clasificará en función de la materia que cada uno ha pretendido mejorar.

Vale aclarar que ninguno de las propuestas legislativas aquí mencionadas ha logrado materializarse en una ley de reforma, pero evidencian hacia dónde están enfocados los intentos de modificación y mejora en este tópico.

### II. Recursos contra la adopción de medidas de protección de derechos

El art. 93 CPFyVF<sup>2</sup> reza:

La medida de protección es apelable en el plazo de tres días, desde su notificación. La interposición y tramitación del recurso no tienen efectos suspensivos y se concederá en forma libre.

---

<sup>1</sup> Art. 235, Ley 9120.

<sup>2</sup> Código Procesal de Familia y Violencia Familiar. Ley 9120.

Sin perjuicio de los recursos previstos en la presente Ley, el afectado por la medida podrá presentarse en el expediente en cualquier momento, y solicitar la modificación o el cese de las medidas oportunamente ordenadas. La Jueza o Juez imprimirá a dicha presentación el trámite previsto para el proceso abreviado. Dicho trámite no producirá la suspensión de las medidas de protección oportunamente ordenadas, salvo que la Jueza o Juez considere posible la suspensión, sin riesgo para la víctima y su grupo familiar conviviente, fundando la misma en las circunstancias objetivas de la causa y el estado de la situación familiar y/o del agresor al momento de la presentación.

El auto que lo resuelva si confirma las medidas será apelable en el plazo de 3 días desde su notificación, sin efecto suspensivo. En el caso que las modifique o las deje sin efecto, será apelable en el mismo plazo, con efecto suspensivo.

En caso de que la medida de protección involucre a niñas, niños y adolescentes, el trámite de revisión previsto en el artículo anterior no suspende la tramitación del proceso judicial referido a la fijación del régimen de comunicación y cuidado personal.

### **III. Estructura del sistema**

Antes de ingresar en el análisis de la reforma, es necesario entender cómo ha estructurado el CPFyVF la adopción de las medidas de protección.

El dispositivo se activa con la denuncia que realiza alguno de los legitimados activos (art. 77 CPFyVF). Luego corresponde que la Jueza o Juez ordene la producción de la prueba ofrecida en la denuncia que sea conducente y pertinente; puede ordenar otras de oficio, aunque no puede prescindirse de la evaluación de riesgo psicofísico y social a efectos de determinar los daños sufridos por la persona en situación de violencia (art. 88 CPFyVF).

Con esa prueba, acreditada la situación de violencia en el grado que una medida urgente requiere, la Jueza o Juez dispondrá de inmediato las medidas de protección que estime corresponder (art. 89 CPFyVF). Como puede apreciarse hasta aquí, la adopción se realiza sin contradictorio respecto de la persona denunciada. Ellas se toman inaudita parte y difieren la bilateralidad para una etapa posterior, en razón de la urgencia que suponen las situaciones de violencia. Sólo excepcionalmente -y cuando no exista peligro para la víctima- podrá escucharse previamente al denunciado (art. 89 in fine CPFyVF).

Fácil resulta pensar en el carácter cautelar de estas medidas<sup>3</sup>. Es que encontramos reunidos los requisitos para su procedencia: verosimilitud del derecho, peligro en la demora y su carácter esencialmente mutable. Aquí aparecen las previsiones del art. 93 CPFyVF que establecen la posibilidad de apelar ante la Alzada la adopción de esas medidas de protección.

Pero, ¿qué es lo que se está apelando? Lo que es materia de agravio es la verificación de los requisitos que exige el ordenamiento para dictar la medida inaudita parte. Es decir, si las circunstancias acreditadas en el expediente habilitaron, o no, la adopción de esa medida en ese momento procesal.

Así lo ha interpretado la Cámara de Familia y Violencia Familiar de Mendoza: «Cabe preguntarse si al momento que la tutelar fue dictada, los presupuestos de admisibilidad de la misma se encontraban cumplimentados, puesto que a ello se limita la competencia de esta Alzada (...) La revisión de la decisión adoptada por el inferior, exige que la prueba rendida en la alzada no sólo resulte concluyente sino que además permita establecer que en el momento en que adoptó la medida tutelar, no se daban los supuestos legales que la habilitaban»<sup>4</sup>

Refuerza esta idea cautelar el hecho de que la adopción de medidas en este estadio, no supone una decisión de mérito sobre la autoría de los hechos denunciados, puesto que ello será resuelto en una etapa posterior prevista por el art. 97 CPFyVF<sup>5</sup>.

#### IV. Trámite posterior

Dentro de los 10 días posteriores, la causa se abrirá a prueba de conformidad con lo dispuesto por el art. 96 del CPFyVF. Éste es el momento de ambas partes para postular, ofrecer y producir prueba para acreditar en forma fehaciente la existencia o inexistencia de los hechos denunciados.

No parece acertado considerar esta instancia como un incidente de oposición a la medida, por cuanto ella rige cautelarmente, supeditada a la suerte de lo que

---

<sup>3</sup> En la ley 6672 de Violencia Familiar, derogada por ley 9120, su artículo 1 establecía la posibilidad de solicitar medidas cautelares conexas ante la denuncia.

<sup>4</sup> Cámara de Familia y Violencia Familiar de Mendoza. Autos N° 4108/13/2F-712/17 GLV C/ GJC POR VIOLENCIA FAMILIAR-6672. 16/10/2018. Autos N° 31881/22 compulsua SDM C/ DLFMA P/ MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS. 29/9/2022.

<sup>5</sup> Cámara de Familia y Violencia Familiar de Mendoza. Autos N° 28582/22 INCIDENTE Q. Z. F. c/H. Z. L. N. p/ MEDIDA DE PROTECCION. 22/2/2023

se resuelva -en definitiva- luego de producida la prueba. Es en esta instancia donde se desarrolla el principal, siendo la etapa de carácter instrumental, motivada por el peligro en la demora.

Una vez que las pruebas hayan sido producidas y agregadas, corresponde al Juez/a dictar sentencia determinando la existencia o inexistencia de violencia y la responsabilidad del denunciado. Siendo esta resolución susceptible de apelación (art. 97 CPFyVF). Debe tenerse presente que es necesario ese pronunciamiento para habilitar la reparación civil por los daños sufridos en razón de los hechos que han sido declarados (art. 100 CPFyVF).

## V. Modificación o cese de las medidas

Harina de otro costal es el caso de la modificación o cese por pedido del afectado, mientras no exista la sentencia del art. 97 CPFyVF. Caso que es regulado en el segundo párrafo del art. 93.

Siguiendo la línea argumental que aquí se propone, la medida de protección ha sido dictada en carácter cautelar; ha sido notificada al afectado y han transcurrido los tres días para impugnar los requisitos de su procedencia. Debido a su carácter instrumental y esencialmente modificable, cuando se observe un cambio en las circunstancias que habilitaron la concesión de la medida, es posible solicitar su cese o modificación. Tal es lo que ocurre con cualquier medida cautelar y así debería ser interpretada esta parte del art. 93 CPFyVF.

Aquí no puede discutirse si la medida estuvo bien o mal concedida, puesto que la vía para hacerlo era el recurso de apelación del primer párrafo del artículo. En este momento lo único que puede alegarse es un cambio de las circunstancias que fueran el sustento de procedencia de las medidas. En otras palabras, algo debe haber cambiado desde la provisión cautelar y hasta la solicitud de modificación o cese.

Para ese trámite, el art. 93 CPFyVF le impone las reglas del proceso abreviado (arts. 61 a 63 CPFyVF) e implica la posibilidad de que el mismo Juez/a que dictó la medida considere los cambios en la situación fáctica que alega el afectado para obtener el levantamiento. La resolución que confirme, modifique o deje sin efecto será apelable ante la Alzada.

Nuevamente, debe tenerse muy presente que este trámite de modificación o cese está previsto para el caso en que todavía no exista sentencia sobre el fondo, en los términos del art. 97 CPFyVF. Pero entonces, ¿qué regula el art. 101 CPFyVF? Considerando que las medidas de protección siempre están sujetas a un plazo cierto o al cumplimiento de una condición (art. 90, inc. b, CPFyVF), es necesario articular una vía recursiva para el caso en que -existiendo sentencia que haya determinado la autoría y los hechos de violencia- las circunstancias se hayan modificado y la medida todavía esté vigente.

Los supuestos del art. 93, segundo párrafo, y del art. 101, son esencialmente distintos en razón del momento en que se plantean: antes o después de la sentencia. Ello trae como consecuencia que mientras la medida tenga como sustento hechos acreditados en grado de verosimilitud, las modificaciones fácticas a acreditar podrían admitir mayor flexibilidad a la hora de valorar la posibilidad de su modificación o cese.

Muy distinta es la situación en caso de que una sentencia haya tenido por acreditada la violencia y determinado su autor. Si se intenta la vía del art. 101, la actividad probatoria debe tener como finalidad acreditar una superación más o menos integral del conflictivo familiar y el cumplimiento de las sanciones impuestas -si las hubieren- en razón del art. 98 CPFyVF.

## **VI. La reforma propuesta**

Días antes de que entrara en vigencia este ordenamiento procesal, se presentó un proyecto de ley en la Cámara de Diputados<sup>6</sup> que pretendía modificar la redacción de su art. 93.

Ingresando en su análisis, se advierte la intención de adicionar la vía de la reposición para impugnar la adopción de la medida de protección. El texto propuesto reescribía el primer párrafo de este artículo en estos términos:

La resolución del Juez que admita o deniegue medidas de protección podrá impugnarse por la vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. En ambos casos el recurso, deberá

---

<sup>6</sup> Expte. 75639/2018. Honorable Cámara de Diputados de Mendoza. Proyecto de ley, Diputado Jorge Albarracín.

interponerse dentro de los tres (3) días de notificada la resolución.  
El recurso tramitará sin efecto suspensivo.<sup>7</sup>

En los fundamentos puede advertirse la confusión sobre la etapa que regula el primer párrafo:

(...) resulta de suma importancia que, al comienzo del proceso, si las partes estuviesen disconformes con la medida dispuesta tengan la opción de recurrir ante la mismo Juez o Juez que la dictó a fin de que la cambie. En caso de que persista el agravio o que se decida acudir directamente a la Cámara de Familia y Violencia Familiar, se habilita la vía de la apelación, en forma directa o subsidiaria. De esta forma, con una posibilidad de revisión previa, el control que realiza la Cámara de Apelaciones de Familia puede ser más completo e integral, con todos los elementos y ventajas de un proceso contradictorio, resguardando el debido proceso y el derecho de defensa.<sup>8</sup>

Ya se ha dicho más arriba, que la apertura de la causa a prueba -el contradictorio- se encuentra regulada en el art. 96 CPFyVF. En este estadio, se está frente a una providencia cautelar, inaudita parte, en razón del peligro que supone para la vida de la persona denunciante la espera de una resolución de fondo. Aquí no hay bilateralidad, en efecto, porque ello está reservado para una instancia posterior.

También se reparó más arriba en el limitado objeto que tiene la apelación prevista: impugnar la reunión -o no- de los requisitos para un despacho inaudita parte (verosimilitud del derecho, peligro en la demora). Por todo ello, no se advierte

<sup>7</sup> En el proyecto, la reforma propuesta seguía en estos términos: «Sin perjuicio de los recursos previstos en la presente Ley, el afectado por la medida podrá presentarse en el expediente en cualquier momento, y solicitar la modificación o el cese de las medidas oportunamente ordenadas. La Jueza o Juez imprimirá a dicha presentación el trámite previsto para las medidas de protección, previsto a partir del artículo 83 de la presente, en todo aquello que resulte pertinente. Dicho trámite no producirá la suspensión de las medidas de protección oportunamente ordenadas, salvo que la Jueza o Juez considere posible la suspensión, sin riesgo para la víctima y su grupo familiar conviviente, fundando la misma en las circunstancias objetivas de la causa y el estado de la situación familiar y/o del agresor al momento de la presentación. El auto que lo resuelva si confirma las medidas, que admita o deniegue la modificación o el cese de las medidas de protección podrá impugnarse por la vía de reposición; también será admisible la apelación, subsidiaria o directa. En ambos casos el recurso, deberá interponerse dentro de los tres (3) días de notificada la resolución. El recurso tramitará sin efecto suspensivo. En caso de que la medida de protección involucre a niñas, niños y adolescentes, el trámite de revisión previsto en el artículo anterior no suspende la tramitación del proceso judicial referido a la fijación del régimen de comunicación y cuidado personal.»

<sup>8</sup> Fundamentos proyecto de ley. Expte. 75639/2018. Honorable Cámara de Diputados de Mendoza.

cómo esta reforma podría haber mejorado, agilizado o robustecido el mecanismo de protección consagrado en esta disposición. Muy por el contrario, habilitaría dilaciones innecesarias que interferirían con un pronunciamiento definitivo.

Este proyecto no fue tratado por la Cámara de Diputados, habiendo caducado el asunto en los términos del art. 221 del Reglamento de dicho cuerpo.

## **VII. La reforma pendiente**

Las consideraciones sobre este proyecto de reforma, de ninguna manera deben ser entendidas como una innecesidad de rever y modificar el proceso de violencia familiar regulado en el CPFyVF. De hecho, hay aspectos neurálgicos que están siendo estudiados por expertos en la materia. El proyecto de investigación «Los estándares del sistema de DDHH en el proceso de violencia de género familiar. Análisis del caso mendocino» aportará muy relevantes conclusiones y propuestas para fortalecer este dispositivo<sup>9</sup>.

Mientras esperamos sus conclusiones, puede decirse que la enorme mayoría de los procesos por violencia se agotan en el dictado de las medidas de protección en su forma cautelar. Son excepcionales los casos en que se llega a la apertura de la causa a prueba y se dicta sentencia sobre la existencia o inexistencia de violencia.

Lo anterior quizás pueda deberse a la imposibilidad fáctica de los tribunales para impulsar de oficio las causas; o a la situación de vulnerabilidad de las víctimas. Es por eso debemos replantear la estructura de este proceso y buscar alternativas que hagan operativos los derechos consagrados en el sistema constitucional-convencional.

## **VIII. Costas en el proceso**

El art. 151 CPFyVF reza:

Las costas serán a cargo del obligado aun cuando se hubiese allanado o la suma propuesta por él coincida con la fijada en la sentencia o se hubiese arribado a un acuerdo.

---

<sup>9</sup> Proyecto de Investigación Tipo 1. Secretaría de Investigación, Internacionales y Posgrado del Rectorado. Universidad Nacional de Cuyo. Res. 2118/2022. Dir. Mariel Molina – Roberta Simone.

Excepcionalmente las costas podrán imponerse al peticionante cuando el/la Juez/a verifique que el derecho ha sido ejercido de manera manifiestamente abusiva. Esta excepción no se aplicará si el alimentado es una niña, niño o adolescente o persona con capacidad restringida o incapaz, en cuyo caso las costas podrán imponerse a su representante o apoyo, según el caso.

En su redacción actual -y vigente- se establece el principio de imposición de las costas al alimentante, aun cuando se hubiese allanado o la suma propuesta por él coincida con la fijada en la sentencia o se hubiese arribado a un acuerdo. Contemplando la posibilidad del Juez/a de apartarse de ese principio cuando exista abuso del derecho.

El fundamento de esta solución radica en evitar el perjuicio para la parte especialmente protegida, quien necesita de los alimentos para su subsistencia. Una solución contraria implicaría que el alimentado debería destinar todo o parte de la prestación a solventar las costas del proceso cuando, por su especial destino, debe mantenerse incólume. Coincidentes en esta postura resultan los pronunciamientos de la Cámara de Familia, quien es renuente a la imposición de las costas a los alimentados.<sup>10</sup>

## IX. La reforma propuesta

En abril de 2020, se presentó en la Cámara de Senadores de Mendoza un proyecto<sup>11</sup> para modificar el art. 151 CPFyVF. De sus fundamentos surge su intención de morigerar la severidad de este artículo que invierte completamente el principio chiovendano de la derrota y provoca que el alimentante pague siempre o casi siempre.

---

<sup>10</sup> En una ejecución de alimentos, en que el progenitor alimentante opuso excepción de pago parcial, resolvió: «Asiste razón a la apelante en su queja toda vez que como expresa no hay un rechazo propiamente dicho, toda vez que se hizo lugar parcialmente a la ejecución. Y si bien la procedencia parcial implica que una pretensión o parte de ella no procede, en el caso lo es como consecuencia del allanamiento liso y llano que la actora realizó al contestar la excepción de pago parcial interpuesta por el ejecutado, lo que hizo sin controvertir el concepto y en la primera oportunidad en que debía pronunciarse sobre éste.» Cámara de Familia y Violencia Familiar de Mendoza. Autos N°62354/2014 COMPULSA M., M. C. y C., O. A. P/HOMOLOGACION DE CONVENIO - EJECUCION. 27/2/2023. Disponible en [https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/01CF01/230227\\_CoMMC.pdf](https://www2.jus.mendoza.gov.ar/fallos/01CF01/230227_CoMMC.pdf)

<sup>11</sup> Expte. 74161/2020. Honorable Cámara de Senadores de Mendoza. Proyecto de ley, Senadora Natcha Eisenchlas.



Para reafirmar esa idea plantea dos situaciones que considera disvaliosas cuando se aplica el artículo en su redacción actual. Una, cuando el mismo obligado a los alimentos haya pedido auxilio jurisdiccional promoviendo una demanda de alimentos él mismo para obtener una decisión jurisdiccional conforme a su postura y derecho y que la misma le fuera favorable conforme lo solicitado ordenándole pagar lo que él mismo propone. Pues en este caso de todos modos estaría obligado a hacerse cargo de las costas de todo el juicio.

Otra, cuando el obligado ofreciera pagar una suma que termine siendo fijada en la sentencia y que venía pagando antes del juicio. El proyecto afirmaba la injusticia que se presenta en estos casos dado que el demandado siempre paga, aunque la razón le asista.<sup>12</sup>

La propuesta para remediar estas «injusticias» consistía, esencialmente, en agregar un supuesto en el que las costas no deberían ser soportadas por el alimentante, para ello se requería que:

La suma fijada en la sentencia coincidiera con la propuesta realizada por el alimentante.

Su pago fuera efectivizado desde antes del juicio y/o durante el mismo.

Todo lo anterior fuera demostrado en el proceso.

## **X. La interpretación jurisprudencial**

Sobre el primer supuesto problemático que plantea el proyecto, debe tenerse presente que los roles de parte actora y demanda se encuentran invertidos en relación al lugar que ocupan en la relación jurídica sustancial. Es decir, es el deudor quien aparece como actor y la parte acreedora como demandado.

Ante este tipo de situaciones, la Cámara de Familia ha considerado intrascendente en qué lugar estén cada una de las partes, mientras haya existido la posibilidad para ambas de invocar y ofrecer pruebas. Si la sentencia del juez está dentro de los límites entre lo ofrecido por el alimentante y lo insinuado por el alimentado, el principio de congruencia estará a salvo.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Fundamentos proyecto de ley. Expte. 74161/2020. Honorable Cámara de Senadores de Mendoza.

<sup>13</sup> Cámara de Familia y Violencia Familiar de Mendoza. Autos N° 739/17 P. C. G. P. C/ B. R. L. POR INCIDENTE CUOTA ALIMENTARIA. 11/10/2018. Autos 653/11 TR POR EL MENOR TMF C/ MIDI P/ ALIMENTOS. 20/02/2013.

La interpretación anterior pone el foco en la realidad sustancial de la relación, evitando que el proceso se constituya en una herramienta del alimentante para imponer el monto menor y/o evitar las costas del proceso. Lo que, en los fundamentos del proyecto, se presenta como una situación injusta, en la mayoría de los casos se revela como un supuesto de violencia económica.

La segunda de las hipótesis plantea un caso distinto. Debe reconocerse que podría ser una situación a contemplar, pero es bastante excepcional en la práctica tribunalicia. La modificación propuesta no habría contribuido a subsanar una respuesta injusta del ordenamiento.

Quizás podría haberse abierto el debate para el caso de los alimentos derivados del parentesco, puesto que este artículo no es de aplicación exclusiva para aquellos originados en la responsabilidad parental. Este distinto origen no es baladí, por cuanto existe una presunción sobre las necesidades de los hijos/as; mientras que entre parientes debe acreditarse el extremo de la imposibilidad del reclamante de procurárselos por sí mismo. Es decir, los hijos alimentados están relevados de probar sus necesidades (art. 659 CCyC), mientras que los parientes deben producir prueba en ese sentido (545 CCyC).

El derecho a los alimentos de los hijos es certero, éste se acredita mediante las partidas correspondientes. Distinto es el supuesto en el caso de los parientes, por cuanto sí deben ser probadas las necesidades de quien los reclama y, sobre todo, su imposibilidad de procurárselos. Es muy difícil que se litigue sin derecho en los primeros, mientras que es mucho más probable que -en algún caso- no puedan ser acreditados los extremos para su procedencia. En este último caso podría pensarse en una imposición de costas distinta a la establecida en el art. 151 CPFyVF.

Resta decir que este proyecto no fue tratado por la Cámara de Senadores, habiendo caducado el asunto en los términos del art. 133 del Reglamento Interno y Reglamento de Asambleas de dicho cuerpo.

## **XI. Notificación por medios electrónicos**

### *Alimentos Provisorios*

El art. 160 CPFyVF estructura un proceso para la fijación de alimentos destinados a regir durante la tramitación y hasta el dictado de los definitivos. El ordena-

miento procesal ha instrumentado así las previsiones del art. 544 CCyC. No será aquí el momento de valorar la utilidad y conveniencia del método elegido, puesto que no ha sido el objeto de los proyectos presentados.

En junio de 2022 se presentó en la Cámara de Senadores un proyecto de ley<sup>14</sup> para incorporar un art. 160 bis al ordenamiento procesal de familia en los siguientes términos:

Art. 160 bis. La citación a comparecer a la audiencia de alimentos provisorios se realizará mediante medios electrónicos o informáticos a través de documentos firmados digitalmente, pudiendo utilizarse mensajería telefónica digital instantánea (WhatsApp) o medio equivalente. Se dejará constancia en el expediente de las notificaciones cursadas por dichos medios.

Si la parte actora no denunciara número de teléfono celular de la parte demandada, la audiencia se notificará al domicilio real, y a pedido de parte, el/la Juez/a podrá disponer que la misma se practique en el domicilio laboral o comercial del demandado.

En los fundamentos puede leerse la preocupación por garantizar la tutela judicial efectiva de los alimentados, considerando la especial naturaleza del derecho tutelado. En la audiencia de alimentos provisorios se concentran la totalidad de los actos procesales, a tal punto que a su finalización se debe dictar sentencia definitiva sobre la cuestión. Para su efectiva celebración es fundamental que el demandado tome conocimiento de la citación y que conozca los términos de la pretensión que se sigue en su contra.

Las audiencias en la práctica tribunalicia mendocina son un bien escaso. Los problemas de agenda, falta de personal y las restricciones edilicias así lo han perfilado. El fracaso de una audiencia supone una dilación incierta hasta que pueda ser reprogramada, por lo que deben realizarse todos los actos útiles tendientes a lograr su celebración.

Las tecnologías de la información y la comunicación son una realidad que está en constante crecimiento. El aislamiento social preventivo y obligatorio decretado a raíz de la pandemia de covid-19, aceleró la adopción de distintas apli-

---

<sup>14</sup> Expte. 77499/2022. Honorable Cámara de Senadores de Mendoza. Proyecto de ley, Senadora Adriana Cano.

caciones de mensajería instantánea, a tal punto que hoy es prácticamente imposible que alguien no se valga de ellas en sus ámbitos personales o profesionales.

También debe tenerse presente que todas las líneas de telefonía celular en Argentina deben estar registradas y nominadas. Los prestadores de servicios de comunicaciones móviles almacenan y sistematizan los datos personales de los titulares de dicho servicio en el Registro de Identidad de Usuarios Titulares del Servicio de Comunicaciones Móviles, cuya información está disponible para el Poder Judicial de la Nación y de las provincias<sup>15</sup>. Por lo que la constatación de la titularidad del número denunciado con el Registro es perfectamente viable y segura.

No parece sensato que los procesos judiciales ignoren una realidad que golpea en el rostro. Muy por el contrario, deberían capitalizarla en soluciones que efectivicen los derechos consagrados. Sobre todo, cuando los alimentados son niñas, niños, y adolescentes no hay dudas de que todo el ordenamiento debe alinearse en el mejor interés para ellos.

Habilitar la posibilidad de notificar al demandado por mensajería -WhatsApp o la app que en el futuro la reemplace- es un aporte útil para lograr efectivizar los derechos de los alimentados. La posible afectación al derecho de defensa del alimentado, se diluye cuando se repara en la naturaleza de este proceso. Más allá de la regulación de los provisorios como proceso autónomo, su naturaleza es esencialmente instrumental respecto de la determinación de la cuota alimentaria definitiva. Aquí sólo se fija un monto destinado a regir durante un período determinado: la tramitación y fijación de los alimentos definitivos.

El alimentante todavía cuenta con una instancia posterior, con mayor amplitud probatoria, para ejercer su derecho de defensa. Y, en caso de que la notificación por estos medios resulte manifiestamente abusiva -por ejemplo, por haberse notificado en un número que no pertenecía al demandado- siempre tendrá la posibilidad de intentar la nulidad del acto, alegando que le ha sido imposible conocer su existencia y/o contenido.

Este proyecto es el más avanzado de cara a una sanción definitiva. Fue aprobado por unanimidad en la Cámara de Senadores con fecha 6 de septiembre del 2022, y fue girado en revisión a la Cámara de Diputados el 14 de dicho mes y año. Actualmente se encuentra en la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales, esperando despacho para su tratamiento en el recinto.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Resolución 8507 – E/2016 del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM). 1/12/2016

<sup>16</sup> Expte. 82029/2022. Honorable Cámara de Diputados de Mendoza.

## XII. Procesos urgentes y medidas de protección de derechos

Casi simultáneamente con el proyecto anterior, se presentó en el Cámara de Diputados otra propuesta de modificación de la legislación procesal de familia<sup>17</sup>. Ésta replica la habilitación de las notificaciones electrónicas en los procesos de alimentos provisorios, pero va más allá, y propone incorporarlas a otros procesos urgentes.

Así proponía incorporar 3 artículos al CPFyVF. Un art. 160 bis, cuyo espíritu es coincidente con el proyecto de la Senadora Cano, pero con una previsión que no se encuentra en aquel. Mientras que uno prescribe la obligación de notificar mediante medios electrónicos o informáticos, el otro establece una facultad del Juez/a -quien decide si autorizar o no- las notificaciones a través de mensajería instantánea o medio semejante<sup>18</sup>. Aunque parezca una nimiedad de redacción, las consecuencias en uno u otro caso son claramente distintas.

Como se dijo, esta propuesta buscaba implementar estas notificaciones -también- en los procesos urgentes:

Artículo 66 bis: En los procesos urgentes por alimentos, las notificaciones podrán autorizarse por mensajería instantánea u otros medios semejantes, a petición de la parte actora y bajo su exclusiva responsabilidad. (...)

Lo primero que puede advertirse es la expresión procesos urgentes por alimentos. En la estructura del CPFyVF no existen tales procesos. En efecto, el proceso urgente propiamente dicho se encuentra regulado como uno de los tres tipos de trámites genéricos previstos; admite un universo de pretensiones que pueden canalizarse por esa vía, sin limitarse únicamente a la fijación de alimentos. No parece acertado desde la técnica legislativa romper con la sistemática procesal creando, al regular un medio para notificar, lo que parecería ser un nuevo proceso especial.

---

<sup>17</sup> Expte. 82132/2022. Honorable Cámara de Diputados de Mendoza. Proyecto de ley, Diputado Adrián Reche.

<sup>18</sup> «Artículo 160 bis: En los procesos por alimentos provisorios las notificaciones podrán autorizarse a través de mensajería instantánea u otros medios semejantes, a petición de la parte actora y bajo su exclusiva responsabilidad. (...)» Art. 2, Expte. 82132/2022. Honorable Cámara de Diputados de Mendoza. Proyecto de ley, Diputado Adrián Reche.

La posibilidad de notificar por estos medios -tanto la eventual audiencia como el despacho de las medidas solicitadas- representaría un avance en la agilización y efectividad de este tipo de procesos, considerando que en ellos se ventilan cuestiones de urgencia extrema. Pero quizás podría ser incorporada de forma tal que abarque todos los supuestos susceptibles de tramitar por proceso urgente y no limitarlo a los alimentos, por los problemas que se han señalado. Por último, y también relacionado con el primer acápite de este trabajo, este proyecto proponía la incorporación de un art. 89 bis:

En los procesos por violencia familiar y de género, las medidas de protección que se dicten in audita parte, podrán ser notificadas a través de mensajería instantánea, u otros medios semejantes, tanto a la accionante como al denunciado, debiendo para ello consignarse en el Acta de Denuncia el número de celular de carácter personal de la requirente y del denunciado.

Nuevamente se valora la intención de incorporar los beneficios de las TICs para operativizar los derechos consagrados en la legislación de fondo. Sólo se dirá que la expresión inaudita parte no parece acertada, si se entiende que las medidas adoptadas en razón del art. 89 CPFyVF tienen una naturaleza cautelar. En este estadio del proceso, todavía no existe bilateralidad por lo que, en la enorme mayoría de los casos, todavía la parte afectada no ha sido oída. Resta decir que este proyecto no tuvo dictamen de la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados, por lo que no fue tratado en el recinto.

### **XIII. Registro Único Provincial de Violencia Familiar y de Género**

El actual art. 75 CPFyVF ha instituido este Registro que pretende concentrar y sistematizar todo el accionar desplegado por el fuero de Violencia, consignando los datos personales de los intervinientes, las pericias e informes que se hayan producido en razón de las denuncias formuladas y las medidas de protección que se hayan dispuesto.

La finalidad de este instituto está enmarcada en la actuación coordinada entre el fuero de Violencia y el Penal, cuyos grandes lineamientos están trazados en el art. 86 CPFyVF. Esencialmente, el ordenamiento busca un abordaje integral de la violencia, evitando la revictimización y el desgaste jurisdiccional que implica duplicar y superponer el accionar de los distintos operadores del dispositivo.

En los hechos, el divorcio entre ambos fueros es patente. Las personas que necesitan denunciar son sometidas a idas y vueltas entre las oficinas fiscales y los juzgados de familia.

#### **XIV. La reforma propuesta**

En marzo de 2023, se presentó en la Cámara de Senadores de Mendoza un proyecto<sup>19</sup> de modificación del art. 75 CPFyVF. De la lectura de sus fundamentos no queda claro qué motivó esta propuesta, o por qué la redacción actual es insuficiente para cumplir con su objetivo.

Básicamente, las modificaciones al artículo suponen precisiones sobre los datos personales de las víctimas y victimarios (se exige dejar constancia de nombre y apellido, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, número de documento, domicilios real, legal y laboral los que quedarán consignados bajo declaración jurada, teléfono, correo electrónico, grado de instrucción, profesión, condenas anteriores si las tuvieran). Busca que también sean registradas las desobediencias a las medidas de protección impuestas.

Más interesante resulta la última parte de la propuesta:

(...) El Registro Único Provincial de Violencia Familiar y de Género podrá expedir certificación de la medida de protección la que contendrá: fecha de inicio de la medida y de cese si correspondiera, nombres de las partes involucradas, domicilios afectados y cualquier circunstancia que se considere de utilidad, ante requerimiento debidamente fundado por autoridad pública y/o a pedido de parte interesada.

La información y datos complementarios que estuvieren almacenados en el Registro Único Provincial de Violencia Familiar y de Género deberá permanecer en el mismo hasta tanto sea dado de baja por orden de autoridad competente, por cumplimiento del plazo de la medida en los casos en que se haya determinado, y en caso de fallecimiento de las partes.

---

<sup>19</sup> Expte. 78655/2023. Honorable Cámara de Senadores de Mendoza. Proyecto de ley, Senadora Cecilia Juri.

Actualmente, los beneficiados con una medida de protección se topan con inconvenientes para acreditar esta circunstancia. Atribuirle a este Registro facultades para expedir las certificaciones correspondientes exige a los ciudadanos de tener que peregrinar entre comisarías y tribunales para obtenerlas. También otorga rigor y seguridad que pueda consultarse en un único lugar sobre el estado y la vigencia de las medidas oportunamente adoptadas.

Debe considerarse que muchas veces los denunciados no cuentan con patrocinio letrado que pueda asistirlos en la tramitación de tan importantes actos. Que el ordenamiento procesal les facilite la intermediación con la autoridad es un paso que debe instrumentarse.

Este proyecto ha sido girado a las comisiones de Legislación y Asuntos Constitucionales, y Género, Equidad y Diversidades de la Cámara de Senadores de la Provincia, sin dictamen en ninguna de ellas.

## **XV. Algunas consideraciones finales**

En un fuero tan sensible como el de familias y violencia familiar, el estudio, la reflexión y el monitoreo de su desarrollo en la vida de las personas se vuelve un mandato ineludible. Durante los cuatro años de vigencia del ordenamiento procesal de familia, sólo se presentaron cinco proyectos que buscaban reformas de carácter parcial y limitado, ocupándose de tópicos que poco y nada contribuyen a mitigar la virtual denegación de justicia que supone el tiempo estos procesos judiciales.

Escuetos números que son reveladores de la poca preocupación de los legisladores mendocinos por contribuir, al menos desde su ámbito, a mejorar un fuero en el que se ventilan cuestiones vitales y que hoy se encuentra absolutamente colapsado. Irónicamente, es aquí donde parecen verificarse consensos sobre su importancia, pero no llegan a materializarse en hechos concretos susceptibles de modificar la realidad.

Desde el Poder Judicial tampoco se advierte un compromiso genuino con esta problemática. Tan es así que el art. 234 del CPFyVF dispuso que la Sala Administrativa de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza debía informar semestralmente durante 3 años a la Comisión Bicameral de Familia Niñez y Adolescencia, el resultado de la implementación del ordenamiento procesal de familia. Esos informes



-si se produjeron- no están accesibles ni han sido publicados para la consulta. ¿Cómo podemos pensar soluciones si no conocemos la totalidad del problema? Parfraseando a Nolberto A. Espinosa<sup>20</sup>, es hora de que todos los operadores judiciales abandonemos nuestra personalidad ideológica, esa que nos hace apreciarnos no por lo que hacemos, sino por lo que queremos ser, para evitar la desmoralización y depresión que supone enfrentarnos a la nuda realidad de los hechos: el modo en que realmente vivimos.

---

<sup>20</sup> Espinosa, Nolberto A. La personalidad ideológica. Editorial Idearium, Mendoza, 1989.



## E-JUSTICIA: ALTERNATIVA DE MODERNIZACIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LATINOAMÉRICA

Abg. Magistrado Edgardo Torres López

### I. Antecedentes

La mayoría de los ciudadanos latinoamericanos sufre la realidad de sistemas de justicia deficientes en sus países de origen; con procesos largos e inseguros; con características de limitado acceso al servicio, insatisfacción, quejas, y elevados costos; que en cierta manera retrasan el desarrollo económico, social y cultural. Las estadísticas muestran datos de falta de credibilidad en algunos sistemas judiciales, que exhiben indicadores de ineficiencia, lentitud y déficit de transparencia.

Los resultados negativos, se pretenden justificar indicando que corresponderían a la naturaleza de la función que se brinda, porque una parte es afectada con la decisión judicial.

En países como Finlandia, Noruega y Corea del Sur, los Poderes Judiciales reciben aproximadamente un 85 % de confianza de la ciudadanía; lo que significa que el rechazo popular no es por la naturaleza de la función que se cumple; sino por la calidad del servicio judicial que se brinda.

De otro lado, en un buen número de Cortes Supremas y Distritos Judiciales, de países de América Latina, para cumplir la función judicial tramitan expedientes físicos formados por un conjunto voluminoso de hojas de papel, adheridos con aguja e hilo; que los operadores, incorporan, manipulan y tramitan constantemente; los escritos digitales, los imprimen y los archivan impresos lo que acredita que lo primero a lograr debe ser un cambio de mentalidad.

Los Poderes Judiciales en América Latina, son instituciones que utilizan y reciben millones de papeles al día para escritos y resoluciones, relacionados al ser-

vicio de justicia. El trámite del expediente físico es burocrático, costoso, lento, tedioso y con cantidad de riesgos; caso de pérdida del expediente; sustracción de hojas; poca confidencialidad; deterioro de los papeles; insalubridad (hongos, ácaros y bacterias). Adicionalmente se tienen costos asociados al manejo, impresión, traslado, almacenamiento, preservación de escritos y archivos. Y lo que es grave, que el uso de millones de hojas de papel al día produce un daño irreparable al medio ambiente, por la deforestación de los árboles que se utiliza en la confección de las hojas; no se entiende razonablemente como un proceso judicial puede ser tramitado por ejemplo con 200 mil folios que no se leen y en esencia es una mochila pesada.

## **II. E-justicia Latinoamérica como alternativa, de justicia pronta y cumplida**

La mayor parte de los ciudadanos latinoamericanos exige el mejoramiento del servicio de justicia.

La solución del problema judicial en América Latina requiere la modernización de los sistemas procesales y de gestión a la realidad vigente, respetando los derechos fundamentales de acceso a la justicia, debido proceso y previsibilidad en las decisiones. Efectuando una simple analogía, se sabe que para la solución del problema de transporte público en algunos países de A.L.; es urgente un cambio tecnológico de camionetas rurales y minibuses, que transitan por vías congestionadas; a sistemas integrados de transporte con autopistas; trenes eléctricos aéreos o subterráneos; es decir modernizar el sistema de transporte.

En forma similar, para el mejoramiento del servicio de administración de justicia, se requiere un cambio ético fundamental de todos los operadores y a la vez un nuevo sistema tecnológico; es decir un cambio de expedientes judiciales con soporte físico, a una modernización efectiva del sistema, utilizando expedientes electrónicos; meta que elevará la calidad del servicio de justicia en general y reducirá los costos y el tiempo que se emplea conforme ha ocurrido en los países desarrollados.

El Expediente Judicial Electrónico (EJE) está conformado por información judicial automática, ordenada y clasificada, recibida por diferentes fuentes, (página web; correos electrónicos, formularios web, redes sociales, celulares, WhatsApp, etc.) que amplía y garantiza el acceso a la justicia, buena gestión y solución de conflictos en forma oportuna, eficiente y acertada.

Los Poderes Judiciales de América Latina, requieren con urgencia aplicar las nuevas tecnologías de la información y comunicación, para brindar un mejor servicio público, y hacer realidad el objetivo que la justicia esté al alcance de todos o la gran mayoría de ciudadanos; como mecanismo de simple acceso, control y solución pacífica de conflictos, garantía de respeto a la dignidad humana, libertad, desarrollo e integración.

¿Que tendrían que hacer los Poderes Judiciales de América Latina, que aún no han adoptado el Expediente Judicial Electrónico?

- a) Decisión firme de política jurisdiccional, para iniciar la informatización de procesos judiciales, implantando el Proceso Judicial Electrónico, que no solo es el expediente físico escaneado, sino una nueva concepción de justicia oral y litigación electrónica en tiempo real. La palabra mágica aquí es formatos electrónicos.
- b) En algunos casos será necesario hacer una división entre procesos antiguos, tramitados en soporte físico y procesos nuevos gestionados electrónicamente.
- c) Informatizar integralmente los procesos judiciales. Para empezar, podrían ser los de alimentos, acciones constitucionales de amparo, Exequátur, cobros ejecutivos de dinero; por su sencillez economía y urgencia.
- d) Suprimir definitivamente las notificaciones físicas; abriendo paso a las notificaciones por teléfono celular, casilla y correo electrónico; redes sociales, radiodifusión y televisión; para ello es necesario limitar la cantidad de escritos que se presentan y recursos sobreabundantes; que configuran un ejercicio excesivo de las acciones judiciales.
- e) Aplicar formatos vía web, para la presentación de demandas; alimentos; acciones constitucionales, procesos de familia. (Demandas electrónicas).
- f) Registro de firmas electrónicas de jueces, secretarios y abogados; lo que brindará un impulso formidable al teletrabajo y tele justicia.
- g) Utilización frecuente de video audiencias, para determinados juzgamientos judiciales; promoción de los ciber tribunales de justicia.
- h) Automatización de proveídos y resoluciones de despacho; calendarización automática de audiencias y vistas de la causa.
- i) Reconstrucción virtual de casos penales y de responsabilidad extracontractual en asuntos civiles (accidentes de tránsito). Modelística informática.

- j) Digitalización de expedientes judiciales físicos en archivo, para ordenar y deshacer las grandes cantidades almacenadas de papel.
- k) Litigación electrónica por internet, con posibilidad de multimedios legales.

### III. Nace E-Justicia Latinoamérica

El movimiento E-Justicia Latinoamérica, fue fundado un 8 de octubre del año 2013, bajo inspiración del magistrado argentino don Pelayo Ariel Labrada y con la activa participación de los juristas Luis María Palma, (Presidente) Luciano Ballarini (Secretario General) y directivos los magistrados Juan Lagomarsino, Pascual Alferillo (Argentina) y Edgardo Torres López de Perú.

Progresivamente se incorporaron los ilustres juristas Vladimir Passos de Freitas, Lafayette Pozzoli, Carlos Quiroga, y los jueces Rogerio Cangussu, Cesar Antonio Bochenek, José Resende Chávez Jr. José Sebastiao Fagundes Cunha de Brasil, Posteriormente magistrados de diversos países de Latinoamérica, contando a la fecha con más de 50 integrantes, entre los que figuran los reconocidos juristas Sergio Tejada, Thiago Rodovalho, Romina Cabrera, Silmara Veiga, André Vasconcelos Roque; Vincenzo y Rosicler Mandorlo, Carla Deveille, Fabiola Orlando; Patricia Bianchi, María Gabriela Benedicto, Patricia Alejandra Gutiérrez; Jaime Dominguez Brito, Ilton García da Costa, Valter Foletto Santin, Reyler Rodríguez, Alejandro Batista, Angie Sasaki, Jorge Isaac Torres, Guillermo Cosentino, Alberto Soto y el Excmo. Profesor Antonio Martino, entre otros reconocidos juristas.

El movimiento formado constituye un referente importante para promover la modernización de la justicia, sobre la base de los siguientes pilares:

- a) Ética, Eficiencia, Eficacia y Expediente Judicial Electrónico.
- b) Políticas Jurisdiccionales efectivas de acceso a la justicia, debido proceso y derecho a obtener decisiones judiciales bien fundamentadas y oportunas.
- c) Planificación, Gestión, Proyectos y Programas de modernización viables.
- d) Indicadores y variables positivas al servicio de la justicia y la dignidad humana.
- e) Control de tiempo, costos y simplificación de los procesos.
- f) Rendimiento, buen desempeño y capacitación constante del personal jurisdiccional, abogados y usuarios de la justicia.

- g) Celeridad y previsibilidad en las decisiones y ejecución oportuna.
- h) Tecnología, investigación judicial y conectividad acertada.

#### **IV. Actividades de E-Justicia Latinoamérica**

E-Justicia Latinoamérica, ha promovido diversas actividades con el fin de mejorar la capacitación y buen desempeño de los magistrados y servidores judiciales. Las actividades figuran en: <https://ejusticialatinoamerica.wordpress.com/2015/06/27/que-es-la-e-justicia-enlatinoamerica/>

Las referidas actividades enfatizan la importancia de la modernización de la justicia, la necesidad de usar tecnología electrónica y principalmente mejorar las actitudes y aptitudes del personal jurisdiccional y todos los operadores de justicia.

Un breve recuento de actividades efectuadas por E-Justicia Latinoamérica, bajo la dirección del distinguido Presidente don Luis María Palma y Secretario General, don Luciano Ballarini, es el siguiente:

- 1.- Conferencia Internacional sobre Gestión Judicial en Buenos Aires en octubre de 2015.
- 2.- Seminario Taller en la CSJ de Lima, sobre EJE en setiembre de 2016; diversas actividades de promoción y capacitación en la CSJ de Lima Norte, con la participación a distancia por video conferencia de magistrados de Brasil.
- 3.- Libro digital en homenaje al Presidente Fundador de E-Justicia Latinoamérica Don Pelayo Ariel Labrada. (Año 2022)
- 4.- Asimismo es necesario agradecer, reconocer y felicitar, desde el año 2016 al 2022, la actividad incesante que cada año, con Congresos Virtuales, viene dirigiendo el ilustre profesor Antonio Martino, integrante de honor de E-Justicia Latinoamérica, líder y promotor del mejoramiento continuo y modernización en la administración de justicia, de los países de A.L. Impulsemos E-Justicia, patrimonio y derecho de todos. Gracias por la atención!





REVISTA JURÍDICA REGIÓN CUYO - ARGENTINA - NÚMERO 15 - OCTUBRE 2023



## EDITORIAL

### *IN MEMORIAM* DEL DR. ALDO GUARINO ARIAS

Abg. Mag. Pablo Peñasco  
Dr. Pascual Eduardo Alferillo

Academia Nacional de Derecho y C. S. de Córdoba

El 20 de julio de 2023 no será un día más en la historia del Instituto de la Región Cuyo de la ACADERC, porque en esa fecha partió hacia la eternidad el Dr. Aldo Guarino Arias, quien fuera, por muchos años, uno de los principales protagonistas de la evolución de la Ciencia Jurídica en la región de Cuyo, cuya obra trascendió las fronteras de su querida provincia para ser reconocido como Académico Correspondiente el 6 de mayo de 1988, máxima distinción a la cual puede aspirar un jurista.

Hoy el IRC recuerda a un Maestro del Derecho Ambiental, del Derecho Procesal Civil y a un gran Maestro de la Abogacía.

Con su ejemplo en la constante y perseverante actividad académica, transmitió a varias generaciones de Abogados, Procuradores, Escribanos y estudiantes, la contracción y la satisfacción por el estudio, por las actividades académicas, la redacción de libros y de trabajos de investigación. Su esfuerzo forjó las bases de la Escuela de Derecho de Cuyo.

Entre los jalones que marcan su derrotero académico sobresale la organización de las Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Civil, de la década de 1980; el reclamo por el fenómeno aguas claras mediante varios hechos entre ellos, la redacción de la acción de amparo ambiental presentada junto a otros juristas destacado, en demanda de la construcción de importantes obras hidráulicas y de irrigación para proteger el medio ambiente de Mendoza.

Las actividades académicas que significaron acciones efectivas para promover el conocimiento y estudio del derecho fueron los motivos por los cuales Aldo Guarino Arias emprendió bajo su Dirección, numerosas actividades por intermedio del Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, entre las que destacamos el 2do Encuentro Académico de Derecho de los días 13 y 14 de junio del 2008 sobre Accidentología Vial, dictado en San Rafael y documentado en un libro con múltiples autores.

Luego se fueron sucediendo múltiples acontecimientos: en junio de 2012, presentación del libro “El Cambio Climático y la Emergencia Hídrica”, autoría del Dr. Aldo Guarino Arias, en la Honorable Cámara de Diputados de la provincia de Mendoza, que por resolución lo declaró de interés remitiéndolo al Poder Ejecutivo para comunicar su declaración de interés público, cultural y educativo.

Las VI Jornadas Cuyanas de Derecho, de noviembre del 2012.

Las Jornadas de Actualización en Derecho de Familia, Penal Juvenil y Procesal Penal, cumplidas durante el mes de septiembre del 2013, co-organizadas por distintos abogados y magistrados junto al Dr. Guarino Arias.

Las Primeras Jornadas Sanrafaelinas de Derecho Ambiental en homenaje al Dr. Luis Moisset de Espanés, declaradas de interés departamental por el Honorable Concejo Deliberante de San Rafael (Mendoza), en abril del 2014, con presentación del LIBRO con ese mismo título.

Las Jornadas de Derecho Procesal organizadas por la Secretaría San Rafael del Instituto Región Cuyo e Instituto de Derecho Ambiental del Colegio Público de Abogados y Procuradores de la 2da Circunscripción Judicial, de noviembre del 2015 en San Rafael. Las disertaciones fueron publicadas en un nuevo libro que contiene temas de actualidad de derecho Procesal Penal, Procesal Civil y Procesal Ambiental. Este libro ya fue publicado e incorporado a las obras de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, y se titula: “Temas de Derecho Procesal. Derecho Procesal Penal – Derecho Procesal Ambiental”.

Las Jornadas Magistrales cumplidas el 15 de abril del 2016 con la presencia del Dr. Dr. H.C. Luis Moisset de Espanés, Dr. Pascual Alferillo y Dr. Aldo Guarino Arias, donde se desarrollaron disertaciones de cada uno de los nombrados.

El X Encuentro Académico Cuyano De Derecho – San Rafael 2016: realizado en noviembre del año 2016, Fue un evento organizado por la Secretaría San Rafael del Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, bajo la Vice Dirección del Dr. Guarino, con el Patrocinio del

Colegio Público de Abogados y Procuradores de la 2da Circunscripción Judicial de Mendoza y la Asociación de Magistrados de la Provincia de Mendoza.

Luego el XI Encuentro Académico Cuyano de Derecho - San Rafael 2017 - En Homenaje al Dr. Luis Moisset De Espanés, que lo organizaron las mismas instituciones, celebrado en agosto del 2017.

Para destacarse fue la publicación de su clásica y fabulosa obra: Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza, comentado, anotado y concordado, que fue y es, hasta hoy, fuente permanente de consulta jurídica.

El Dr. Guarino fue, también, Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales de Mendoza desde Noviembre de 2007; Miembro titular y Vice Director del IRCuyo ACADERC; Director organizador del Instituto de Derecho Ambiental del Colegio Público de Abogados y Procuradores de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza; Miembro correspondiente del Instituto de Derecho Ambiental de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba desde Febrero 2014; Distinguido con el premio Anual de la Honorable Legislatura de Mendoza el 17 de agosto de 2014 con el galardón General Don José de San Martín; Miembro fundador, Secretario General y Director por numerosos períodos, del Instituto de Derecho Civil, Comercial y Procesal Civil de San Rafael, Mendoza; Co-autor del Proyecto para ser presentado en el Congreso de la Nación sobre el Aprovechamiento Integral del Río Grande, entre muchas más acciones que llevó a cabo el Dr. Aldo Guarino Arias por el Bien Común de Mendoza.

Fue un abogado experto en Derecho Ambiental, verdadera eminencia en el tema hídrico; realizó varias publicaciones relacionadas con el Derecho de Aguas, defensor acérrimo de los derechos de San Rafael y la provincia sobre los recursos y riquezas de los ríos, por lo que el Concejo Deliberante de San Rafael (Mendoza) lo eligió Ciudadano Ilustre 2022, distinguido el 21 de octubre del mismo año.

Entre sus tanto roles, Guarino Arias fue uno de los pilares en la defensa incansable de la provincia en el conflicto por el Río Atuel que mantienen las provincias de La Pampa y Mendoza.

El doctor Guarino ha realizado innumerables publicaciones relacionadas con el Derecho de Aguas entre artículos y también libros.

En su vasta trayectoria profesional, fue miembro de la Comisión Honoraria de Estudios a nivel oficial para la transferencia del dique embalse El Nihuil, integrante de la comisión por Mendoza del Comité Interjurisdiccional del Atuel Inferior (CIAI), asesor ad honorem del Gobierno de la Provincia de Mendoza en

temas vinculados con el Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO) y con la ejecución de la obra de aprovechamiento integral del Río Grande, socio Fundador del IPLEA S.A. (Instituto Privado de Legislación y Economía del Agua).

El Dr. Guarino ha realizado innumerables publicaciones relacionadas con el Derecho de Aguas, entre los que podemos mencionar además de artículos jurídicos, separatas como “Ríos interprovinciales, Regulación Jurídica en materia hidroenergética”, y los libros “El Agua: principal elemento del medioambiente”, “Ríos interestaduais, principios de razonabilidad y equidad en la distribución de sus aguas”, “El cambio climático y la emergencia hídrica”, “El conflicto sobre las aguas del Río Atuel, recomposición fluvio ambiental ¿Cosa juzada?”, “Derecho de Aguas”.

Asimismo, fue Presidente durante varios años del Instituto de Derecho Ambiental que funciona dentro del Colegio Público de Abogados de la Segunda Circunscripción de la Provincia de Mendoza.

Se le otorgó reconocimiento por el Colegio Público de Abogados y Procuradores de la 2da. Circunscripción Judicial en agosto del 2012.

Por su gran labor en defensa de los derechos del agua y el ambiente, fue distinguido por el Departamento General de Irrigación en 2019.

Excelente esposo, padre ejemplar, abuelo protector, formó una familia de grandes personas. Su hacer fue edificante por los valores transmitidos y las acciones de bien.

Aldo Guarino Arias fue un apóstol de la cultura jurídica, encendió luz en muchas mentes de jóvenes abogados y transmitió ideas, saberes, ejemplos. Su obra supero la finitud de su vida terrenal y vivirá en las generaciones venideras.

El Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba destaca y reconoce su férreo compromiso con la corporación académica para llevar adelante sus postulados: I°) Fomentar y difundir el conocimiento de las ciencias jurídicas y sociales. II°) Estudiar las cuestiones relacionadas con el derecho y las ciencias sociales. III°) Propender al perfeccionamiento de la legislación del país.

Al amigo, hasta siempre.

DOCTRINA





## LA DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA DESDE LA CONCEPCIÓN, EL RESPETO DEBIDO A LA VIDA Y LA EUTANASIA

Eduardo A. Sambrizzi

La persona humana tiene una dignidad que es inherente a su carácter de tal y que deriva del hecho de constituir un ser que ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, así como por tener un fin trascendente<sup>1</sup>. Por la dignidad que esas circunstancias le confieren, tiene una serie de derechos fundamentales, de carácter inviolable y que no pueden ser impunemente conculcados, entre otros, a que se respete su vida desde el comienzo de su existencia, hasta su conclusión en forma natural, por oposición a *provocada*; lo cual es así con independencia de su condición, de su estado de salud, de su raza y de cualquier otra circunstancia. Y ese derecho es patrimonio de todo hombre, por el solo hecho de serlo, por lo que no puede encontrarse a disposición de la voluntad mayoritaria de las demás personas.

Ese respeto por la vida humana implica el derecho de defenderla de ataques ilegítimos efectuados por terceras personas, permitiéndose inclusive hasta el hecho de dar muerte al agresor en defensa de la propia vida. También implica la necesidad de su reconocimiento por todas las demás personas, como también el deber de respetarla, omitiendo toda acción u omisión que pudiera conducir a la muerte, debiendo asimismo el Estado poner en ejercicio todos los mecanismos que fueran necesarios para protegerla. E igualmente, entraña el deber de respetar la propia vida, lo que lleva a la conclusión de que existe un deber de no quitársela

---

<sup>1</sup> Gonzalo Herranz, señala al respecto que “esta comprensión del hombre como imagen de Dios, aún a pesar de sus minusvalías y deficiencias, concedió una inmensa superioridad moral y una humanidad incomparable a la ley mosaica cuando se la compara con otras legislaciones de la antigüedad. Lo distintivo de ella es que ya no es aceptado marcar como indignos a los débiles, pobres y ciegos, a las viudas y huérfanos, los esclavos y extranjeros”: “Eutanasia y dignidad del morir”, Conferencia pronunciada en las Jornadas Internacionales de Bioética de Pamplona, (Bioética y dignidad en una sociedad plural), del año 1999, en Internet, [www.muertedig na.org/ textos/ euta241.htm](http://www.muertedig na.org/ textos/ euta241.htm)

por medio del suicidio, ni tampoco con o por la participación de un tercero, como en el caso de la eutanasia que, en algunos lugares del mundo, como en Holanda y en Bélgica, ha sido legalmente admitida en determinados supuestos contemplados en la ley.

Cualquiera que sea la situación física o psíquica en la que se encuentre la persona, ésta conserva siempre su dignidad –desde la concepción hasta la muerte–, la cual no es susceptible de grados: no podemos ni perderla ni ganarla, incrementarla o disminuirla, ni está sujeta a la calidad de la vida, por lo que no varía por la enfermedad o el sufrimiento, la malformación o la demencia. Monseñor Elio Sgreccia ha sostenido al respecto que

“no podrá ser la salud la que dé dignidad a la vida humana porque la salud, que hace referencia al cuerpo, no posee la vida en sí, sino que participa de la vida... Además, la vida humana no podrá ser más o menos digna según la riqueza de la persona, ya que una relación de posesión es una relación accidental y no sustancial y, por tanto, no puede ser constitutiva de la persona misma. En definitiva, la dignidad de la vida humana no se funda en otros valores que puedan ser relativos a la persona, sino que será aquel valor fundamental de la persona misma”<sup>2</sup>.

En forma análoga, Etienne Montero, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Namur, en Bélgica, ha dicho que

“la persona tiene siempre la misma dignidad ontológica, intangible e inviolable, enclavada en su ser mismo y apoyada en el hecho simple y esencial de existir y de pertenecer al género humano: la vida humana fundamenta la dignidad”<sup>3</sup>.

El respeto de la vida y de la dignidad del hombre constituye un derecho que, según se ha sostenido, ha de ser cumplido tanto más cuanto mayor es la debilidad

<sup>2</sup> “Aspectos Éticos de la Asistencia al Paciente Moribundo”, en Internet, [www.aciprensa.com/eutanasia/moribundo.htm](http://www.aciprensa.com/eutanasia/moribundo.htm)

<sup>3</sup> “¿Hacia una legislación de eutanasia voluntaria?. Reflexiones acerca de la tesis de la autonomía”, en Internet, [www.udep.edu.pe/bolcape/lla/capinf87.html](http://www.udep.edu.pe/bolcape/lla/capinf87.html). Conf., CASTAÑEDA, Adolfo J., “Cómo defender la vida ante los argumentos a favor de la eutanasia y el suicidio asistido”, en Internet, [www.aciprensa.com/eutanasia/argumentos.htm](http://www.aciprensa.com/eutanasia/argumentos.htm)

del moribundo, debiendo recordar al respecto que el *Comité National d'Éthique pour les Sciences de la Vie*, de Francia, ha señalado en una Declaración que “los pacientes en estado de coma vegetativo crónico son seres humanos que tienen tanto más derecho al respeto debido a la persona humana cuanto que se encuentran en un estado de gran fragilidad”, quedando de tal manera –agrega Gonzalo Herranz– expresado con precisión el concepto de relación proporcional directa entre dignidad y debilidad: a mayor debilidad del paciente, mayor respeto en el médico<sup>4</sup>.

En consecuencia, durante el transcurso de toda la vida humana, desde la concepción hasta la muerte natural, la misma está dotada de una dignidad intrínseca, objetiva, poseída por todas las personas. Los partidarios de la eutanasia hacen una profunda manipulación de la noción de dignidad, al confundir la dignidad de la persona, que resulta del hecho esencial de pertenecer a la especie humana, con la calidad de vida de la persona o la dignidad de las condiciones de vida, así como con las de la muerte, que son cuestiones distintas; cuando esa calidad de vida decae por debajo de un determinado nivel –dicen– la vida pierde su dignidad y deja de ser un bien altamente estimable. La vida, sostienen erróneamente, dejaría de ser verdaderamente humana y se haría dispensable: esa vida ya no sería vida, por lo que anticipar la muerte sería la solución apetecible<sup>5</sup>. Como también manipulan el lenguaje, como ocurre, por ejemplo, cuando se refieren a eufemismos tales como el de “ayudar a morir” a la persona, o a “facilitarle la culminación de la vida”, que en el acto eutanásico no consiste en otra cosa que matarla, y ello con independencia de que se lo haga –o no– por compasión o por piedad, o aún a pedido de la misma; o cuando se hace basar la dignidad del ser humano en el hecho de que no sufra, cuando en realidad resulta claro que el ser humano no pierde su dignidad por el hecho de sufrir.

Para quienes se pronuncian a favor de la eutanasia, la *dignidad* de la persona es relativa, pues la misma se encontraría sujeta además de a la *calidad* de vida (que constituiría un bien absoluto al que deberían someterse todos los demás), a la capacidad de manifestar y poder la persona desarrollar las potencias propias de los seres humanos sanos, tales como la autoconciencia, la libertad, la autonomía, la racionalidad. Siendo dicha dignidad –siempre dentro de un enfoque de tipo eutanásico– subjetiva, puesto que dependería del juicio y la percepción que

<sup>4</sup> Eutanasia y dignidad del morir”, cit., en Internet, [www.muertedign.a.org/textos/euta241.htm](http://www.muertedign.a.org/textos/euta241.htm)

<sup>5</sup> Véase la reseña que efectúa al respecto Gonzalo Herranz en la Conferencia ya citada, “Eutanasia y dignidad del morir”.

se tenga de la vida de una determinada persona. Lo cual constituye, ni más ni menos, un claro efecto del creciente desprecio por la vida humana –y particularmente, por la de las personas débiles, enfermas, dependientes o discapacitadas–, que se viene manifestando desde hace ya un tiempo en Occidente, como una consecuencia directa de la progresiva imposición de la denominada *cultura de la muerte*, que hace que se considere que no todas las personas son iguales en dignidad y en derechos.

Lo que sí puede con razón calificarse de indigno, es el hecho de basar la dignidad de la persona en la inexistencia de sufrimiento, constituyendo la eutanasia una acción reveladora del profundo desprecio por esa dignidad, que se ve avasallada cuando la persona es eliminada en forma deliberada por otro ser humano, y ello, sea que ocurra con o sin su consentimiento. No podemos dejar de recordar lo expresado por D. Callahan, en el sentido de que

“una vez que una sociedad permite que una persona quite la vida a otra, basándose en sus mutuos criterios privados de lo que es una vida digna, no puede existir una forma segura para contener el virus mortal así introducido. Irá adonde quiera”<sup>6</sup>.

También es indigno basar el derecho a la vida, en la calidad de la misma, existiendo aquel derecho con independencia del deterioro físico o psíquico de la persona.

Por otra parte, y tal como se ha dicho,

“el dolor y la muerte no son criterios aptos para medir la dignidad humana, pues ésta conviene a todos los seres humanos por el hecho de serlo; el dolor y la muerte serán dignos si son aceptados y vividos por la persona; pero no lo serán si alguien los instrumentaliza para atender contra esa persona. Una muerte digna no consiste sólo en la ausencia de tribulaciones externas, sino que nace de la grandeza de ánimo de quien se enfrenta a ella... Los analgésicos y la medicina paliativa por un lado, y el consuelo moral, la compañía, el calor humano y el auxilio espiritual, por otro, son los medios que enaltecen

---

<sup>6</sup> CALLAHAN, D., “Aid-In-Dying. The social Dimensions...”, cit. Por GAFO, Javier, “El debate ético y legal sobre la eutanasia y las personas con deficiencia mental”, en Deficiencia mental y final de la vida, AA.VV., Madrid, 1999, pág. 185.

la dignidad de la muerte de un ser humano que siempre, aún en el umbral de la muerte, conserva la misma dignidad”<sup>7</sup>.

No parece caber duda de que la persona que, al asumir su condición humana, afronta con dignidad la muerte que ve próxima (no me estoy refiriendo a la dignidad de la persona, sino a la forma digna de afrontar la muerte), llega a ella con mayor dignidad que la que solicita que acaben con su vida porque no es capaz de soportar ver llegar su propio fin<sup>8</sup>.

Tradicionalmente no ha sido admitido el derecho de disponer de la propia vida, tan es así que la tentativa de suicidio ha sido por lo general castigada por el derecho penal; aunque también es cierto que la tendencia actual es la de no condenar penalmente ese hecho.

Esos derechos derivados de la dignidad que tiene y le corresponde a la persona humana, no pueden ser violados bajo ningún pretexto, debiendo partirse de la base de que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, teniendo toda persona derecho a la vida, valor primario en el que se fundamentan los demás valores de la persona, y sin el cual los demás derechos no tendrían existencia posible, debiendo aquí recordar que tal como ha dicho Javier Vega Gutiérrez al hacer referencia a las acciones biomédicas,

“la excelencia del hombre y de la mujer, el alto valor proporcionado de su ser, constituye el secreto para discernir lo permisible de lo censurable. El respeto y promoción de la persona, el carácter inviolable de su dignidad, son los límites infranqueables de la acción, la frontera insalvable de las técnicas aplicadas a la vida humana”<sup>9</sup>.

Lo hasta aquí dicho hace necesario, por de pronto, determinar el comienzo de la vida, la que se produce desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, en que se conjugan –produciéndose la denominada *singamia*– los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, creándose de tal manera

---

<sup>7</sup> Declaración sobre la Eutanasia, del Comité para la Defensa de la Vida de la Conferencia Episcopal Española, del mes de febrero de 1993.

<sup>8</sup> Etienne Montero afirma al respecto que difícilmente pueda concebirse que una muerte digna signifique dejarse administrar una sustancia letal (“¿Hacia una legislación de eutanasia voluntaria? Reflexiones acerca de la tesis de la autonomía”, cit.).

<sup>9</sup> “Biomedicina y Persona”, en *Bioética Práctica. Legislación y Jurisprudencia*, AA.VV., Madrid, 2000, pág. 54.

un nuevo ser, irrepetible, con una autonomía y una identidad genética propia, distinta a la de sus padres, el cual posee la potencialidad suficiente como para, a partir de allí, desarrollarse hasta su nacimiento mediante un proceso irreversible y continuo, y luego continuar su vida hasta la muerte. Y es desde ese momento de la concepción, precisamente, que la vida humana merece protección jurídica, resultando indiferente a ese efecto el hecho de que el embrión todavía no se haya anidado en la pared del útero materno, puesto que la anidación no constituye una variación ontológica del ser humano, que continúa siendo el mismo desde la concepción, aunque más desarrollado en los diferentes pasos que necesita hasta llegar al nacimiento, y de allí en adelante, hasta la muerte<sup>10</sup>.

Hemos recordado en otra ocasión<sup>11</sup> que cada etapa del desarrollo del embrión exige la anterior, ya que se trata de la misma realidad, del mismo ser que tiene una estructura exclusivamente humana y estrictamente suya<sup>12</sup>, así como también lo afirmado en la *Declaración sobre el aborto* de fecha 18 de noviembre de 1974 de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, sobre que desde el momento de la fecundación del óvulo queda inaugurada la vida de un nuevo ser, que *no llegará a ser nunca humano si no lo es ya entonces*<sup>13</sup>, siendo en el momento de la fecundación cuando se fija el programa de lo que será: *un hombre, individual, con sus notas características ya bien determinadas. Con la fecundación ha comenzado la aventura de una vida humana, cada una de cuyas grandes capacidades exige tiempo, un largo tiempo, para ponerse a punto y estar en condiciones de actuar.*

En nuestro trabajo recién referido también recordamos lo expresado por Gregorio Badeni en su comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia dictado con fecha 5 de marzo de 2002 en el juicio de amparo que inició la Asociación

---

<sup>10</sup> Miguel Ángel Núñez Paz afirma que el hecho de reconocer la protección jurídica de la vida humana recién a partir de la anidación, “no significa interferir en la comprobación de los datos biológicos, sino que tales datos son valorados por el legislador con arreglo a la finalidad del derecho” (Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad, Madrid, 1999, pág. 319). Lo cual no parece claro, por cuanto si bien es cierto que el legislador puede, de hecho, fijar la protección jurídica del embrión desde una época distinta a la de la concepción, lo que importa no es eso, sino si existe una razón lógica para apartarse de lo que resulta de los datos biológicos claramente comprobados; puesto que si no es así, resulta evidente que bien puede afirmarse la interferencia que vanamente se trata de negar.

<sup>11</sup> SAMBRIZZI, Eduardo A., Derecho y Eugenesia, Buenos Aires, 2004, pág. 148.

<sup>12</sup> CHOMALI G., Fernando, “La píldora del día después. Consideraciones antropológicas y éticas”, en Vida y Ética, publicación del Instituto de Bioética de la Facultad de Posgrado en Ciencias de la Salud, de la Pontificia Universidad Católica Argentina, año 2, N° 2, pág. 179.

<sup>13</sup> Conceptos similares se expresan en la Encíclica *Evangelium Vitae*, n° 60.

Civil sin Fines de Lucro Portal de Belén contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, con la finalidad de que se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de nombre *Inmediat*, por tratarse de una píldora con efectos abortivos<sup>14</sup>, en el sentido de que la libertad de vivir y su expresión jurídica en el derecho a la vida constituye un atributo inseparable de la persona humana, que condiciona su existencia con el consecuente desenvolvimiento material y espiritual de los hombres, y que la libertad de vivir, entendida en un sentido conceptual amplio, es un bien fundamental cuya valoración supera holgadamente a los restantes derechos y libertades, dada la circunstancia de que ninguno de ellos puede ser considerado en forma separada de la vida, que es el presupuesto condicionante de las restantes especies del género libertad.

“Sin vida –recordó Badeni– no hay libertad, ni posibilidad alguna de ejercer los derechos naturales que conforman la esencia de la personalidad, ni tampoco la amplia gama de potestades que, en su consecuencia, le reconoce al individuo la ley positiva”.

Pero no solo es importante determinar el comienzo de la vida, sino también el momento en que se produce la muerte, puesto que es hasta ese preciso instante en que la vida debe ser respetada en su integridad, por la dignidad que recién recordamos que tiene y le corresponde a la persona humana. Y esa dignidad no se pierde cuando el hombre pierde el control de sus procesos fisiológicos, o cuando se encuentra inconsciente en virtud de estar afectado de una enfermedad o por haber sufrido un accidente, no siendo el hombre más o menos indigno ni pierde su dignidad porque se vea privado de alguna de esas manifestaciones. Tal como se ha dicho,

“las circunstancias dolorosas y difíciles de la muerte no tornan indigno a un ser que lo es constitutivamente y que ha enriquecido esa dignidad radical con la adición libre de perfecciones morales; en realidad, el ser humano moribundo debe ser más que nunca respetado en su dignidad ontológica y moral cuando se encuentra en situación indigente y frágil, respeto que exige necesariamente que se proteja,

---

<sup>14</sup> E.D., 197-13, con nota de BADENI, Gregorio, “El derecho a la vida”.

cobije y acoja su vida, precisamente cuando se encuentra en su condición más débil y amenazada”<sup>15</sup>.

De más está decir que el derecho a la vida no existe únicamente en favor de aquellas personas que pueden valerse por sí mismas, o que van a poder hacerlo en el futuro –como ocurre en el caso de las personas de corta edad–, sino de todas, inclusive, por ejemplo, de aquellas que no tienen conciencia de su propio ser, o que carecen de raciocinio o de capacidades propiamente humanas, o que tienen una minusvalía o deficiencia física o psíquica grave, o que constituyen una carga para la comunidad o para su familia. Resulta suficiente, para el reconocimiento del derecho a la vida, que exista un proceso vital en el ser humano, con independencia de si ese proceso es viable, o si la persona tiene posibilidad de valerse por sí misma en el futuro. La dignidad es ínsita a toda persona por el hecho de ser un ser humano, y no porque la misma tenga conciencia, libertad, autonomía o racionalidad, ni porque goce de una determinada calidad mínima de vida. La vida no tiene distintos grados de dignidad, siendo errónea la afirmación de que la misma es digna únicamente si tiene ciertas y determinadas características.

Debemos por último recordar la existencia de distintas Declaraciones o Convenciones internacionales en las cuales se reconoce la existencia del derecho a la vida, comenzando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del año 1948, en cuyo art. 3º se establece que *todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*, habiéndose destacado en el Preámbulo la necesidad, para el logro de la libertad, la justicia y la paz en el mundo, de que se reconozca la *dignidad intrínseca* y los derechos de todos los hombres. Por su parte el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de diciembre de 1966, dispone en su art. 6º que *el derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*. Recordamos asimismo el contenido del art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –más conocida en nuestro país como Pacto de San José de Costa Rica–, acordada por la Organización de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, en el cual se afirma que *toda persona tiene el derecho a que se respete su vida. Este derecho será protegido por la ley, y, en general, desde el mo-*

<sup>15</sup> MASSINI CORREAS, Carlos I. y ZAMBRANO, Pilar, “Vida Humana, Autonomía y el Final de la Existencia: ¿Existe un Derecho a Disponer de la Propia Vida?”, en *La Persona Humana*, AA.VV., Guillermo A. Borda, Director, Buenos Aires, 2001, pág. 135.



*mento de la concepción. Nadie será privado de la vida arbitrariamente ... Además, en el art. 11.1. de dicha Convención se dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*



## LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE Y LOS RUIDOS MOLESTOS

Gustavo Carranza Latrubesse

### I. Regulación constitucional de la protección ambiental en Argentina

El art. 41 de la Constitución Nacional (CN), en sus dos primeros párrafos, establece:

“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales”.

La protección del ambiente tiene, como resulta de la simple lectura del artículo, directa protección constitucional, que se dispensa en favor a todos los habitantes. Las autoridades deben proveer a la protección de este derecho.

Se dice con razón, que la CN tiene fuerza normativa propia, con lo que no requiere de ley; doctrina sustentada por Germán J. Bidart Campos, reconocido constitucionalista, que con una frase iluminada pontificaba esa función de la Carta Fundamental: “fuerza normativa, con ley, sin ley, contra la ley”.

La única referencia a la ley que menciona la CN en el citado artículo es lo referente a la obligación de ‘recomponer’, y remite a lo que la ley disponga al res-

pecto. El deber de recomponer, no es otra cosa que lo que en el Derecho Civil se conoce como la reparación en especie, esto es, hacer desaparecer el daño dando cumplimiento a la obligación asumida; es un principio tradicional que proviene del Derecho romano, que se designa en el brocardo *perpetuatio obligationis*, que significa lisa y llanamente que la obligación originaria subsiste, pese a su violación o incumplimiento, hasta que la reparación del daño sea efectiva y, por lo tanto, la obligación cumplida.

Para dar una mayor precisión técnica jurídica a la obligación de reparar, los juristas hablan de la satisfacción del *id quod interest* que es la misma obligación incumplida o insatisfecha, pero mudada de objeto, con un *plus* que es una obligación nueva porque, ante la violación, agrega la indemnización de todos los daños causados por el incumplimiento o la violación normativa que generó el daño.

Siguiendo ideas de E. Llamas Pombo, en la doctrina española, que por cierto suscribo, aquella indemnización apunta a satisfacer el ‘intereses particulares’ del acreedor, distinto del interés que puede tener otro que él mismo en la reparación del daño causado. En materia de protección del ambiente hay un interés colectivo que insta a la reparación en especie y que, prioritariamente, consiste en ‘recomponer’ lo que ha sido dañado, volviéndolo a su estado original.

## II. Competencia compartida y poder de policía ambiental

M.A. Gelli expone que los constituyentes optaron por atribuir al gobierno federal las pautas mínimas de la protección ambiental, dejando a las jurisdicciones locales la ‘aplicación’ de esa normativa (Gelli, María Angélica, *Constitución comentada*, La Ley, Buenos Aires, *e book*, t. I, comentario al art. 41).

Es obvio, que la protección debe dispensarse ‘al ambiente’ prohibiendo toda actividad que le genere afectación. A su vez, la autoridad administrativa, provincial y municipal, no puede apartarse de ese régimen y de las previsiones del art. 1973, CCC, a riesgo de incumplir funciones esenciales e incurrir en responsabilidad penal, sin perjuicio que deberá reparar los daños consecuentes, obligación solidaria que pesa en todos los que han participado del daño ambiental (art. 31, Ley N° 25.675).

Debe observarse que la citada ley define el daño ambiental con gran amplitud, como:

“toda alteración relevante que modifique negativamente el ambiente, sus recursos, el equilibrio de los ecosistemas, o los bienes o valores colectivos”.

Y el art. 29, presume la violación ambiental. El párrafo segundo, en su última proposición establece:

“Se presume iuris tantum la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas”.

Esta presunción ‘de responsabilidad’ anticipa que no es una cuestión de culpabilidad, sino de un acontecer que la prognosis póstuma, como sostiene I. Goldenberg, es decir, el análisis retrospectivo que, en la investigación del evento, sirve para identificar al autor y asegurar que su conducta es la causa adecuada del resultado dañoso o afectación al ambiente. Y sobre el sujeto así identificado pesará, prioritariamente, la obligación jurídica de recomponer, sin perjuicio de las indemnizaciones que quepan imponerle por los daños materiales, públicos y privados, causados.

### **III. Regulación legal sobre los ruidos molestos**

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) como lo hacía el anterior, Código Civil de Vélez Sarsfield (Ley N° 340, que rigió desde el 1° de enero de 1871, y estuvo vigente con modificaciones hasta el 31 de julio de 2015, art. 2618, que sufrió una modificación importante por el Decreto Ley N° 17.711, pues el contenido original apuntaba a las ‘industrias’ causantes de las incomodidades referenciadas), prevé el tema de los ruidos molestos, dentro de un concepto mayor de las relaciones de vecindad, lo que ha llevado a los juristas a discernir sobre el factor de atribución que cabe seleccionar como presupuesto de la responsabilidad civil, particularmente por que no aparece regulado el hecho como ilícito.

Algunos han entendido que debe distinguirse entre antijuridicidad e ilicitud, desde que aquélla es una conducta contraria a Derecho, pero ésta es una violación a la ley. En mi opinión, ambas nociones son sinónimas, como modo de evitar la dilución del ilícito. Esta cuestión reviste interés, no sólo académico, sino práctico, porque si hay ilicitud material (violación de la ley), el factor de atribución, concepto que nació en Argentina en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de San Juan, apunta al aspecto subjetivo que orienta la conducta del dañador. Cuando no hay ilicitud, generalmente dicho factor no es la culpa (aspecto subjetivo) sino el efecto de una conducta que habilita la responsabilidad objetiva. Aunque, como ha dicho alguna vez M. Zavala de González, en la responsabilidad objetiva hay un inicio de culpa en el dañante, un disparador subjetivo por ausencia de la diligencia debida. Pizarro y Vallespinos, aceptan la posibilidad de la existencia de una responsabilidad de base subjetiva, basada en la culpa probada o presumida, conforme al art. 1113, segundo párrafo, primera parte, CC de Vélez Sarsfield (Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*, t. II, pág. 633).

Sin la ilicitud, entendida, insisto, como violación de la ley, la culpa carece de relevancia pues la consecuencia de la conducta indebida origina el daño, 'es' el daño mismo, al que jurídicamente designamos como 'resultado', sin que interese ahora discriminar si cabe la aplicación ideada o promocionada, según A.J. Bueres, por R. Demogue: obligaciones de medio y de resultado. Por cierto, es un presupuesto indispensable la relación de causalidad que permite conectar el resultado (daño) con la conducta obrada (causalidad adecuada). Es muy propio de la responsabilidad objetiva que el daño sea originado en una conducta lícita, incluso alentada por el gobierno, pero deja de serlo cuando se exceden los propósitos aceptados por la norma, generando la normal tolerancia. Agrego que el ejercicio legítimo de un derecho deja de serlo cuando deviene en exceso, del mismo modo que la legítima defensa pierde su esencia justificante si se produce en exceso.

Cabe observar que una conducta, objetivamente ilícita, que no causa daño, queda fuera de los cánones de la responsabilidad civil, aunque pueda producir consecuencias de índole administrativa y, eventualmente, de carácter penal (cabe mencionar que, en materia penal, hay figuras que establecen punición por el solo hecho de su comisión (delito formal) y, otras, por su resultado. En el caso de no mediar un resultado dañoso, que infiera a alguien la violación de un bien jurídico protegido, no habrá 'delito' por defecto de tipicidad (cruzar un semáforo durante

la luz roja, en ausencia de todo tránsito)<sup>1</sup>. Consigno que el CCC que rige, define el daño según el objeto de la protección que el ordenamiento dispensa y el principio general está en el art. 1737, con el siguiente texto:

“Concepto de daño. Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

A su vez, en supuestos de daños al consumidor y usuario, el art. 40 bis de la Ley N° 24.240, modificada por la Ley N° 26.361, ordena el siguiente texto:

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

Allí también la responsabilidad es objetiva y puede ocurrir que la actividad ‘lícita’ de prestar servicios o de proveer bienes, obligue no obstante a indemnizar el daño causado al consumidor y al usuario. Pero la culpa de ambos opera como eximente o disminución de la responsabilidad si como ocurre en el ejemplo del hecho, muy poco creíble pero ciertamente injustificado, supuesto de aquella señora que luego de bañar a su gato lo puso en el microondas para secarlo.

Y por el art.1971, CCC, vinculado a los daños que resulten a inmuebles vecinos, se establece que:

“Daño no indemnizable. Los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio”.

---

<sup>1</sup> Se podrá alegar ante la autoridad administrativa, incluso la judicial, que detenerse en horas de la noche en ciertos lugares de la ciudad, constituye un hecho peligroso para la integridad física y patrimonial del conductor. Si se desconoce este argumento, se expone a todos a padecer las consecuencias de la existente inseguridad. Se puede alegar una verdadera situación de peligro que pudiera autorizar invocar el derecho a la defensa o el estado de necesidad.

Pero, en el caso del ambiente, hay titularidades colectivas afectadas cuando es de algún modo alterado, que implique un deterioro de su calidad anterior. Por ello es que, a mi juicio, la función de la responsabilidad finca en la remediación del daño producido. No interesa investigar la culpa del agente dañador pues la responsabilidad es objetiva.

En la doctrina francesa se había estudiado el tema, sobre la base de la distinción antes indicada (ilicitud y antijuridicidad); pero lo relevante aquí es poder determinar en qué momento el derecho a disfrutar de un inmueble, del que el Derecho argentino garantiza bajo los conceptos de derecho perfecto, perpetuo, exclusivo y con facultad de exclusión, con el agregado de que no interesa que genere molestias a terceros (art. 2514, CC de Vélez), ‘en la medida’ de que no exceda la normal toleración que la vecindad presupone (art. 2618, CC).

En rigor, el texto original de Vélez Sarsfield al art. 2513, decía:

“Es inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla; tiene el derecho de accesión, de reivindicación, de constituir sobre ella derechos reales, de percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva de ella, o perciba sus frutos; y de disponer de ella por actos entre vivos”.

El Decreto Ley N° 17.711, morigeró un tanto esas facultades, redactando el art. 2513, con el siguiente texto:

“Es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular”.

En la nota al art. 2513 original, Vélez observa “que los excesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del derecho absoluto de propiedad”. Tradicionalmente, estudiamos, correlacionamos y aplicamos el concepto de ‘propiedad’ con ese carácter ‘absoluto’ que resulta de la nota, aunque no aparece como tal en el texto normativo. La interpretación de que el derecho de propiedad era absoluto, perfecto, perpetuo y exclusivo tenía –y tiene– sustento en el art. 17, CN (es ‘inviolable’), lo que difiere en mucho a otras regulaciones



constitucionales como la de la Constitución española de 1978, cuyo art. 33, establece un tibio reconocimiento y anticipa un condicionamiento, que no existía en nuestro sistema; dice:

- “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.
2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”.

Vélez Sarsfield era un jurista práctico; supo anticiparse a los abusos de los funcionarios: En la nota al art. 2513, CC, dijo:

“Pero es preciso reconocer que, siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el Gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida”.

Este premonitorio argumento quedó demostrado en el caso “Municipalidad de la Capital c. I. Armstrong de Elortondo”, resuelto por la CS en 1888, en donde dejó sentada la siguiente doctrina, repetida luego:

“Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes –o, como en el caso, los actos del Poder Ejecutivo– en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella, constituyendo esta atribución moderadora, uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial Nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consignados en la Constitución, contra los abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos” (CS, 14/04/1888, “La Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. de Elortondo s/ Expropiación e inconstitucionalidad”, *Fallos* 33:162, 194)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> El caso se originó en la decisión de la Municipalidad de la Capital de apropiarse de los terrenos ale-

El texto originario del art. 2514, CC, decía:

“El ejercicio de estas facultades no puede serle restringido porque tuviera por resultado privar a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer, o traerle algunos inconvenientes, con tal que no ataque su derecho de propiedad”.

Y en la nota sostuvo con toda claridad que:

“La resolución del artículo no importa decir que el dueño de una finca pueda poner en ella establecimientos industriales que hagan desmerecer en sus valores y en sus alquileres los predios vecinos, como más adelante quedará establecido”.

Y, con ello, cabe reconocer que la limitación apuntada era muy próxima a la ‘función social de la propiedad’, doctrina de la Iglesia Católica que se plasmó en la CN de 1949 y que fue dejada sin efecto por decreto en la Revolución de 1955, que depuso al presidente Perón, que se exilió en España como es sabido.

Bajo el Libro III, De los derechos reales, Título III, Del dominio, Capítulo IV, relativo a los límites del dominio, el art. 1973, CCC, establece:

“Inmisiones. Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas.

Según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación y la indemnización de los daños. Para disponer el cese de la inmisión, el juez debe ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción”.

---

daños a la Av. de Mayo, que excedieron de la necesidad de la ampliación proyectada, con el propósito de venderlos luego a los interesados. El fallo de la CS tronchó ese abusivo negocio.

El texto refiere a ‘molestias’ que, a mi criterio, apenas excedan la normal tolerancia se convierten en daño jurídicamente indemnizable. En consecuencia, la ‘normal tolerancia’ viene a convertirse en un ‘presupuesto’ necesario para que esa obligación sea impuesta por el juzgador. Cuál es o sería el grado de tolerancia admitido, es una cuestión de hecho que no está definida en norma.

Es fácil advertir que la decisión sobre la cesación de las molestias apunta a circunstancias que, prioritariamente, conceden al juez pautas para la decisión. Las dos primeras son esenciales; el respeto al uso regular de la propiedad debe enfocarse en el inmueble afectado por las inmisiones que sanciona la ley; ello es así porque el origen de la molestia se proyecta desde otro inmueble vecino, que altera el ‘uso’ del afectado, cuya finalidad, en el caso de un inmueble destinado a vivienda como en el de un hospedaje destinado a turistas, será la paz, el silencio que alienta el sueño reparador de cada jornada. Podría suponerse que, si los visitantes prefieren las reuniones públicas, la música fuerte, el bullicio de los parroquianos, asistirían al inmueble vecino en donde se producen las inmisiones. Y, si se tratara de un establecimiento industrial, le cabría la afirmación de Vélez en la nota transcripta, pues las inmisiones excederían la tolerancia normal que presupone la vida en comunidad. Cuándo es ‘normal’, insisto, depende de las personas, de las circunstancias, de las costumbres del lugar, de los momentos del día en que las inmisiones se produzcan pues será tan reprochable el ruido cuando se propala en horas de la noche o en horas de la tradicional siesta, como se respeta en Córdoba (Argentina), mi provincia natal.

La prioridad en el uso que es objeto del primer inmueble determina que se respete, de modo especial, esa preexistencia en el lugar; la razón es simple y de fácil apreciación; la paz, el silencio, la ‘integración’ de las personas con el entorno ambiental no se compadece con las alteraciones que suponen los ruidos molestos. El inmueble vecino, del que provienen las emisiones, es el ‘agresor’, que afecta el objeto que se desenvuelve en el inmueble preexistente.

Esa paz que supone gozar del ‘ambiente sano’ debe, por disposición constitucional, ser respetado y, especialmente, garantizado por las autoridades. Toda disposición administrativa, como indica el texto civil, que no asegure la protección que dispensa la norma, no solo será inconstitucional, alejará a los visitantes que quieren paz y silencio, especialmente a la hora del necesario descanso, y afectará el derecho de propiedad del dueño del inmueble agredido y esa, su paz, que logra en la intimidad de su domicilio.

Cabe tenerse en cuenta que, en un Estado de Derecho democrático, como el que organiza la CN, el ‘interés general’ no puede edificarse sobre el sacrificio del interés particular, sin una previa indemnización y congrua decisión legislativa. Desde muy antigua data, la protección constitucional de la propiedad ha sido defendida por la CS en variados fallos; es de interés recordar el dictado el 28/11/2021, en la causa “Cohihue SRL c/ Provincia de Santa Cruz” (*Fallos* 344:3476). La actora, que explotaba un emprendimiento turístico en un parque provincial, se vio perjudicada por la falta de reglamentación de la provincia y la prohibición irresuelta durante muchos años de la actividad proyectada, para la que se habían efectuado inversiones que quedaban sin beneficio. La CS ordenó habilitar la actividad e impuso el derecho a una indemnización.

El derecho de propiedad, previsto en el art. 17, CN, es uno de los más fuertes legislados en el Derecho universal, pues declara que la propiedad es ‘inviolable’; toda restricción exige una ley que declare de interés público determinada propiedad, pero debe ser previamente indemnizado su titular, con todas sus ventajas. Ninguna regulación administrativa de carácter nacional o local (provincial y municipal), puede afectar el uso legítimo del derecho de propiedad, que el CCC, como el anterior CC de Vélez, respecto de los inmuebles, declara absoluto, perfecto (art. 1941), perpetuo (art. 1942) y exclusivo (art. 1943), que concede un amplio derecho a la disposición material y jurídica y concede el derecho de exclusión de todo aquel que pretenda limitarlo, aunque se trate del Estado mismo. La Corte Suprema lo ha dicho con claridad:

“El concepto de ‘propiedad’, protegido por la garantía constitucional (art. 17, CN), que es todo aquello que forma el patrimonio del habitante de la Nación, trátase de derechos reales o de derechos personales, de bienes materiales o inmateriales” (CS, *Fallos* 137:47; 294:152; 304:856).

Principio que ha reiterado sosteniendo que el término constitucional de ‘propiedad’ comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirle en su goce, así sea el Estado mismo (CS, *Fallos* 145:307).

Desde que los principios y recaudos mínimos de la protección ambiental corresponde a la jurisdicción nacional, que las autoridades locales deben respetar sin perjuicio de la legitimación para acentuar la protección en aquellos aspectos que interesan en el orden local, como son las reservas arqueológicas, forestales y de otra índole, como la protección de la fauna, pues la biodiversidad está también estrechamente ligada a la protección ambiental.

Se de algunas disposiciones locales (municipales) que han regulado las emisiones sonoras particularmente, con el propósito de asegurar la paz y la tranquilidad a los vecinos, en lugares turísticos donde algunos gozan de la farándula bullanguera, particularmente en horas de la noche. Nunca faltan quienes quieren satisfacer a esos visitantes, y requieren habilitación de inmuebles para bailes, fiestas e, incluso, bandas al aire libre con la habitual música estentórea que tanto agrada a los jóvenes. El municipio, en general, tiende a otorgarlas por razones recaudatorias, con lo que los reclamos de los vecinos se suman a cada nueva temporada.

En Derecho civil tal conducta podría configurar un supuesto de ‘dolo directo’ y de ‘dolo eventual’, toda vez que el art. 1724, CCC, en su última proposición, establece:

“El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos”.

La norma aplicativa para definir la vía y modo de protección en el caso de las inmisiones indebidas que superan la normal tolerancia entre vecinos debe ser resuelta a la luz del art. 1973, CCC, la doctrina y la jurisprudencia existente en la materia.

En una causa resuelta por la CNCiv., Sala H, luego de constatar la emisión de ruidos molestos en horas de la noche que superaron la normal tolerancia, concedió reparación por daño psicológico y daño moral; respecto del primero dijo:

“Corresponde admitir la indemnización del daño moral, teniendo en consideración las características que presentaron los hechos y las repercusiones que en los sentimientos de los damnificados debieron generar la ocurrencia misma de los ruidos molestos como una agre-

sión inesperada a su integridad psíquica” (CNCiv., Sala H, 20/08/2021, “Rozenfarb, Abel Matías y otro c/ Edna S.A. y otros s/ Daños y perjuicios”, elDial.com elDial.com – AAC76F).

Adviértase que la Ley N° 25.675, prevé una legitimación activa amplia para que cualquier habitante abra un proceso judicial “para hacer cesar el daño ambiental colectivo”. Ha dicho el juez de la Corte Suprema, doctor Lorenzetti, que la ley estableció una acción de clase, pero como se ha dicho, con una regulación mínima (Conf. Lorenzetti, Ricardo Luis, “La nueva ley ambiental argentina”, *La Ley* 2003-C- 1332). El art. 30, establece:

“Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la recomposición del ambiente dañado, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el art. 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal; asimismo, quedará legitimado para la acción de recomposición o de indemnización pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción.

Deducida demanda de daño ambiental colectivo por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros.

Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la cesación de actividades generadoras de daño ambiental colectivo”.

Desde que el inmueble ‘agresor’ genera las inmisiones (sonoras en el caso) prohibidas hacia todos los inmuebles vecinos, obviamente, a sus ocupantes, toda persona puede promover la acción de amparo que prevé el art. 43, de la CN.

La prestigiosa SCJ de Mendoza, en un reclamo contra vecino poseedor de perros, sostuvo que:

“Lo cierto es que los ladridos y olores ocasionados exceden la normal tolerancia. Los ruidos de los ladridos producen perturbaciones y molestias, inclusive en horarios de descanso, sin solución de conti-

nuidad y lo mismo puede decirse de los inevitables olores producto de los excrementos de los caninos, ello sin perjuicio de quienes loablemente se ocupan de proteger y mantener a animales desamparados, pero esa actividad no puede atropellar los derechos básicos de los seres humanos, como socializar y descansar en su propia vivienda” (SCJ de Mendoza, 18/02/2021, “Zarantonello, Claudia en J° 257207/53688 Mateu Alberto Alejandro c/ Zarantonello Claudia p/ Ordinario p/ Recurso Extraordinario Provincial”, elDial.com AAC3F4).

La CNCiv., Sala M, resolvió un caso de interés, en que condenó al consorcio de propietarios vecino al domicilio del actor por el ruido excesivo que producía el semáforo, lumínico y sonoro, del edificio aledaño, adosado al ingreso del garaje. Aumentó la suma concedida en concepto de daño moral (Cancil., Sala M, 05/09/2018, “Lucero, Humberto Antonio c/ Consorcio de Propietarios Av. Dorrego 2292 CABA s/daños y perjuicios”, elDial.com - AAB2F1).

Es de interés la cita de otro caso, fallado por la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA que, con aplicación del art. 80 del Código de Convivencia, además de la sanción de multa impuesta por la emisión de ruidos molestos, dispuso el decomiso de los elementos utilizados por el imputado, generadores de las infracciones. Al mismo tiempo, sostuvo que:

“todos los eventos enrostrados se refieren a actividades en las que es necesario el uso de tales instrumentos, así la producción de ruidos molestos por la constatación de música en alto volumen, desarrollar y encubrir la actividad de baile para la cual se reproducía música y la violación de la clausura impuesta en el establecimiento para la realización de dichas acciones” (Sala II, 11/05/2017, “Forns, Raquel Giselle s/infr. art. 73 CC. apelación”, elDial.com – AAA597).

Desde que la actividad dañosa deviene ilícita, el decomiso de los bienes usados es procedente como consecuencia aneja a la conducta sancionada, así como la clausura definitiva del establecimiento.

Malizia, comentando el contenido del antes citado art. 1973, CCC, expresa que:

“Las inmisiones inmateriales son propagaciones de factores que perturban causadas por la obra del hombre. No se refiere a una invasión directa o corpórea del fundo ajeno –la que constituirá turbación o despojo posesorio–, sino a la emanación y envío de distintas sustancias o energías que, generadas en el inmueble propio, penetran en el del vecino, a pesar de que en ciertos casos la molestia es producida por el ingreso de objetos materiales desde el punto de vista físico, como ser el polvo, chispas, hollín o vapor. Siempre existe una base de propagación en el fundo propio”.

El autor recuerda la razonable afirmación de Areán respecto al alcance de la ‘normal tolerancia’ que puede imponerse al vecino, en el ejercicio del derecho de propiedad. Sostiene que:

“normal tolerancia configura una fórmula abstracta, porque en definitiva es el juez quien determina si –en cada caso concreto– se ha sobrepasado el tope. Determinar si ruidos y olores superan el umbral mínimo de una incomodidad moderada implica una cuestión de hecho librada a la apreciación judicial en cada caso concreto” (en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, J.C. Rivera y G. Medina (dir.), La Ley. Buenos Aires, e book, t. V, comentario al art. 1973).

Cabe insistir que la existencia de una regulación administrativa que tiene la previsión concreta de evitar la inmisión sonora molesta y perjudicial para la paz y tranquilidad de los vecinos, ajustada a la protección del medio ambiente, aparece como regulación racional y suficiente para prohibir y sancionar toda emisión sonora y de otra naturaleza que implique una afectación del derecho de propiedad del vecino, cuya existencia en el lugar es anterior a la actividad que se pretende llevar adelante en el inmueble ‘invasor’.

La Convención ADH postula, entre los derechos humanos protegidos, la necesidad de que el Estado, en sus diversas formas, asegure a cada persona la existencia de un ambiente sano, solución que tiene sustento en el art. 26. La Corte IDH, intérprete soberana de la Convención, ha sostenido que:



“El derecho a un medio ambiente sano “debe considerarse incluido entre los derechos [...] protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana”, dada la obligación de los Estados de alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta” (cita, Corte IDH. Caso “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sent. N° 400, de 06/02/2020, párr. 202).

Dijo allí la Corte IDH que:

“El derecho a un medio ambiente sano “constituye un interés universal” y es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad, y que como derecho autónomo [...] protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales” (párr. 203).

Y, en la misma sentencia, dijo que:

“Los Estados están obligados a usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción, causen daños significativos al [...] ambiente” (párr. 208).

Para no abundar, cabe recordar que la Corte Suprema, ha reconocido:

“a las autoridades locales la facultad de aplicar los criterios de protección que consideren conducentes en pro del bienestar de la comunidad para la que gobiernan, así como valorar y juzgar si los actos que llevan a cabo sus autoridades, en ejercicio de poderes propios, afectan el bienestar perseguido” (CS, *Fallos* 318:992).

Es decir, que el ejercicio racional de la autoridad de contralor define, también, si las conductas funcionales resultan adecuadas para la protección del medio ambiente y, por cierto, de los derechos que la CN y el CCC concede al titular del de-

recho de propiedad sobre el inmueble, cuya existencia anterior a la del titular del inmueble ‘invasor’, debe ser prioritariamente protegido al mismo tiempo en que se protege el medio ambiente con relación a todos los vecinos. La paz, la tranquilidad, que supone tanto la propiedad destinada a vivienda propia, como la destinada a alojar turistas que buscan en la hermosura del ambiente circundante, el disfrute que le promete el titular del inmueble ‘invadido’.

Cabe agregar que el nuevo CCC, incorporó como objeto propio de la responsabilidad civil, la prevención del daño, que puede derivarse de cualquier situación que lo origine, concediendo al afectado una legitimación amplia para requerir, por vía judicial o administrativa (arts. 1710 a 1712), la protección de las autoridades a efectos de suprimir la posibilidad de daño, como la de evitar que, acaecido, se incremente. Es obligación que pesa sobre todas las personas, evitar causar daños, quedando con ello consolidado el principio, llamado por R.J. Pothier (1781), la obligación pasiva universal que se describe en el brocardo latino *alterum non laedere* o *neminem laedere* que, según la CS argentina, tiene raíz constitucional, con anclaje en el art. 19, CN (CS, 21/09/2004, “Aquino”, Fallos 327:3753).

Esta suerte de responsabilidad objetiva requiere algunas precisiones que, tal vez, sea un exceso explicitar, porque el dominio del inmueble ‘invasor’ está íntimamente asido a su titular dominial; cuando es éste quien habita el inmueble, él será el responsable de los daños que las inmisiones de todo tipo, producidas en su propiedad, genere en las propiedades vecinas. Pero, es claro que cualquiera sea la persona que habite o use el inmueble, del que surgen las inmisiones prohibidas que generan las molestias que la ley sanciona, será responsable frente a los afectados. Cualquiera sea el poseedor, locatario, arrendatario, comodatario que tenga asignado por contrato el uso del inmueble, será responsable de los daños que se originen en el inmueble. Es de toda obviedad, según creo, que es la conducta humana, desenvuelta en el inmueble agresor la que genera la obligación de hacer cesar en las molestias que ocasiona y de indemnizar los daños. Se habla de obligaciones *propter rem* para designar aquellas que pesan sobre cada titular que accede al dominio del inmueble agresor; de esa naturaleza son, también, los impuestos y tasas que gravan los automotores (en el Derecho argentino) como en las cosas muebles registrables y en los inmuebles; en general, pesan sobre el dueño, titular del derecho real de dominio, pero pueden pesar sobre otros tenedores del inmueble o cosa mueble registrable, según las condiciones en que se haya pactado la transferencia del uso. La falta de pago de estos tenedores dará

lugar a que tales obligaciones se ejecuten contra el titular registral, verdadero propietario y poseedor a título de dueño del inmueble y cosa mueble registrable.

En nuestro Derecho nacional, estas obligaciones de remediación de las alteraciones que la conducta humana de los vecinos genera a los titulares de derechos contiguos o cercanos, surge claramente del art. 2618, CC de Vélez y del art. 1973, CCC. En el CC francés, bajo el Título IV, De las obligaciones que se contraen sin convenio, el art. 1370, dice:

“Ciertas obligaciones se forman sin que intervenga ningún convenio, ni por parte de aquel que se obliga, ni por parte de aquel hacia el cual está obligado. Unas resultan de la autoridad de la ley; las otras nacen de un hecho personal de quien se encuentra obligado. Las primeras son las obligaciones adquiridas involuntariamente, **tales como las adquiridas entre propietarios vecinos**, o las de los tutores y otros administradores que no pueden rehusar la función que les ha sido encomendada. Las obligaciones que nacen de un hecho personal de quien se encuentra obligado, resultan de los cuasicontratos, o de los delitos o cuasidelitos; constituyen la materia del presente título”.

A las que he remarcado corresponden, en el Derecho francés, las obligaciones a que están sometidos los vecinos. Destaco que no se indica allí en qué condición jurídica cada quien ocupa el inmueble, con lo que mi idea sobre el punto es que es la conducta humana de quien usa o es titular del inmueble, que he llamado invasor, la que la ley sanciona, estrechamente vinculado al uso del inmueble. De allí que las relaciones de vecindad obligan ‘a los vecinos’ a tolerar determinadas molestias, en la medida que no sobrepasen la normal tolerancia. He de aclarar que no siempre el hecho de vivir, habitar, en el inmueble sea condición para sustentar el reclamo; bien puede ocurrir que el propietario no viva allí, pero encuentre serias dificultades para alquilarlo en virtud de inmisiones que lo afectan, con lo que se produce una clara alteración del derecho de disposición que la ley asegura al titular del dominio, por lo que nada impedirá que reclame al juez la cesación de las mismas e, incluso, la indemnización de los daños.

Indico que no he encontrado en el *Code*, traducido al castellano por los juristas Mestrot, Hualde Sánchez, Larroumet y Lemouland, que dispongo en el

idioma vernáculo, otra referencia a las relaciones de vecindad, con lo que me anima a sostener que dicho Código no contiene una disposición similar a la del art. 2618, CC de Vélez y del art. 1973, CCC.

El art. 1384, bajo el Capítulo II, De lo delitos y cuasi delitos, de cuya última modificación informa el citado Código de que dispongo en castellano (05/03/2002), trae una previsión limitada al incendio que se produzca en un inmueble o en una cosa mueble, pero fundada en la culpa; para mejor precisar, lo transcribo:

“Sin embargo, aquél que detente, en virtud de cualquier título, todo parte del inmueble o de los bienes mobiliarios en los que hubiera nacido un incendio, sólo será responsable, frente a terceros, de los daños causados por este incendio si se prueba que éste se produjo por su culpa o por culpa de las personas de las que fuera responsable”.

Ese artículo, como creo que es sabido, regula la responsabilidad indirecta que es la del principal respecto de sus subordinados, de los padres por los hechos de sus hijos, etc., etc. Cabe aclarar que el viejo *Code*, de 1804, tuvo una importante reforma en la regulación de las obligaciones y de los contratos, a tenor de la Ordenanza 2016-131, de 10 de febrero de 2016, que entró en vigor el 1º de octubre de 2016, sobre las bases de los proyectos de Pierre Catalá y de François Terré. Con sus 300 artículos reformados, ya el CCC argentino deja de ser el más moderno del Derecho universal.

El Proyecto de reforma del CC francés, de 17 de marzo de 2017, cuyo objeto es adecuar las reglas de la responsabilidad civil, presentado por el ‘guardasellos’ del Ministerio de Justicia, Jean-Jacques Urvoas, a la población, en el art. 1279-2, dispone que es reparable, en las condiciones previstas en la sub sección, el perjuicio ecológico consistente en una afectación importante a los elementos o a las funciones del ecosistema o a los beneficios colectivos que el hombre extrae del medio ambiente<sup>3</sup>. El art. 1279-3 otorga una legitimación amplia para la reparación del daño ambiental. Pero no he podido encontrar allí una referencia precisa a los ‘ruidos molestos’ (*bruits gênants*) o ‘molestias’ (*nuisances*), al modo como lo legisló el CC de Vélez Sarsfield y lo hace ahora el nuevo CCC.

---

<sup>3</sup> Es una traducción personal del texto: “*Est réparable, dans les conditions prévues par la présente sous-section, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l’homme de l’environnement*”.

Para completar la idea que trasluce el art. 1973, CCC, surge de su texto que el titular del inmueble agredido puede pedir al juez la cesación de la causa de la agresión o inmisión excesiva, y puede pedir junto con la cesación la indemnización de los daños padecidos hasta la supresión de la agresión (CS, 10/02/1998, “Piaggi, Ana I. c/ Embajada de la República de Irán s/ Daños y perjuicios”, LL 1998-C-487). Ciertamente que determinadas molestias no recurrentes, casuales y esporádicas, no constituirían como principio una omisión intolerable y bastaría con efectuar la denuncia policial, cosa que hice en una oportunidad residiendo en la ciudad de Buenos Aires; la concurrencia de la autoridad alertó al vecino a evitar la causa que ocasionaba la molestia (incesante ladrido de un perro, al que dejaban solo mientras sus dueños dejaban la vivienda varios días). Este tema es recurrente en la ciudad donde se dice que el 50 % de los habitantes tienen mascotas en sus domicilios; la mayoría en propiedad horizontal, que Vélez Sarsfield delezna como resulta del art. 2617, original, que prohíbe al propietario de un edificio dividirlo horizontalmente.

#### **IV. Regulación española del ambiente y de los ruidos molestos**

El art. 45 de la Constitución española de 1978 establece:

- “1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Remite a la ley la fijación de sanciones penales y administrativas y, pese a establecer el deber de conservar el ambiente adecuado, no impone, como en el caso argentino, la obligación prioritaria de recomponerlo.

Encuentro una primera referencia en la Ley de Minas N° 22/1973, de 21 de julio, en cuyo art. 5, punto tres, establece:

“El Ministerio de Industria realizará los estudios oportunos para fijar las condiciones de protección del ambiente, que serán imperativas en el aprovechamiento de los recursos objeto de esta Ley y se establecerán por Decreto, a propuesta del Ministerio de Industria, previo informe de la Comisión Interministerial del Medio Ambiente y de la Organización Sindical”.

El art. 17, determina que una vez clasificados los trabajos a realizar para la explotación del mineral, se requiere la autorización de explotación, *“imponiendo, si proceden, las condiciones oportunas en orden a la protección del medio ambiente”*.

El art. 33 refiere al aprovechamiento de los residuos y concede a la Dirección de Minas, otorgar o denegar los permisos y a establecer medidas de protección al medio ambiente. Según el art. 69, uno, es la Dirección General de Minas la que concede o deniega la explotación de recursos mineros, y es quien impone las condiciones especiales que considere convenientes, entre ellas las adecuadas a la protección del medio ambiente. Por el art. 81, se hace responsable al titular de los derechos mineros de los daños que cause con su explotación, así como por las violaciones a las condiciones impuestas en protección del medio ambiente, precisadas en el Reglamento. El art. 121, considera infracción muy grave cuando se produzca *“riesgo muy grave para las personas o el medio ambiente”*.

Por Real Decreto Legislativo 1/2001 de 20 julio, se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, que contiene disposiciones relativas a la protección del medio ambiente, como la previsión del art. 14, inc. 3º, que establece los principios rectores de la administración del agua, que dispone la:

“Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza”.

Pese a que el art. 51 de esta ley, refiere a una ‘ley general del medio ambiente’ no encuentro una reglamentación específica al modo como ha sido regulado en Argentina (Ley N° 25.675); la preocupación por su protección se hace evidente

en la Ley orgánica de protección del menor 1/1996, de 15 de enero, con reformas en 29 de julio de 2015, que establece deberes relativos al ámbito social, disponiendo que:

- “1. Los menores deben respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en el que se desenvuelven.
2. Los deberes sociales incluyen, en particular:
  - d) Respetar y conocer el medio ambiente y los animales, y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible”.

Son numerosas las leyes especiales que protegen el medio ambiente con relación a ámbitos y propósitos determinados; sin ánimo de completitud relaciono las siguientes: Ley N° 21/2013, de 09 de diciembre, de evaluación ambiental; Ley N° 42/2007, de protección natural y de la biodiversidad, actualizada por la Ley N° 13/2015, de 21 de septiembre (refiere a hábitats y aves); Ley N° 30/2014, de 13 de diciembre, de Parques nacionales; Ley N° 26/2007 de Responsabilidad medioambiental; Real Decreto 630/2013 de 02 de agosto, sobre especies exóticas invasoras; Ley N° 41/2010 de Protección del medio marino; Real Decreto legislativo 1/2001, de aguas; Real Decreto 876/2014 de 10 de octubre, Reglamento general de costas; Ley N° 43/2003 de 21 de noviembre, de montes; Real Decreto Ley N° 11/2005, sobre medidas contra incendios; Ley N° 34/2007 de 11 de noviembre, sobre calidad del aire; Ley N° 1/2005 de 9 de marzo, de emisión de gases de efecto invernadero, que es trasposición de la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2010, sobre comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero; Ley de residuos y suelos contaminados; Ley N° 45/2007, de Desarrollo sostenible del medio rural y Ley orgánica N° 16/2007, para el desarrollo sostenible del medio rural y, en lo que aquí interesa, la Ley del ruido N° 37/2003 de 17 de noviembre.

Con relación a las inmisiones sonoras molestas, objeto de este trabajo, España cuenta con esta última ley, que es muy específica y técnica, designando distintos sistemas de emisión sonora a los que otorga diferentes regulaciones. En lo que aquí interesa, el art. 2º, sobre el ámbito de aplicación de las normas, establece en el punto 2, la exclusión de su régimen, inc. 'a', respecto de:

“Las actividades domésticas o los comportamientos de los vecinos, cuando la contaminación acústica producida por aquéllos se mantenga dentro de los límites tolerables de conformidad con las ordenanzas municipales y los usos locales”.

Desde que en el cuerpo del CC español no se regula, o no advierto que se lo haga, sobre los límites del dominio y las restricciones que supone el ejercicio del derecho de propiedad, dada la remisión expresa que la Ley de ruido efectúa respecto a las ordenanzas municipales, queda la norma del abuso del derecho que permite reclamar la indemnización del daño, cuyo art. 7 establece:

“1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. 2. La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio anti-social del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

El art. 3º, inc. ‘d’, de la Ley del ruido N° 37/2003, define la contaminación acústica en los siguientes términos:

“Contaminación acústica: presencia en el ambiente de ruidos o vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente”

El art. 30, concede la potestad sancionatoria, de carácter administrativo, y con carácter general, a los ayuntamientos y a las comunidades autónomas en los supuestos que allí se describen. Define las violaciones en muy graves, graves y leves, con sanciones de multa, suspensión de actividades y clausura definitiva.

En rigor, la cuestión que aborda este estudio se encuentra de algún modo resuelta en la Ley N° 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, con mo-



dificación de 06 de octubre de 2015, cuyo art. 7º, punto 2, en lo que me interesa destacar, dispone:

“Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contraven- gan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalu- bres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

El presidente de la comunidad, a iniciativa propia o de cualquiera de los propietarios u ocupantes, requerirá a quien realice las actividades prohibidas por este apartado la inmediata cesación de las mismas, bajo apercibimiento de iniciar las acciones judiciales procedentes.

Si el infractor persistiere en su conducta el Presidente, previa auto- rización de la Junta de propietarios, debidamente convocada al efecto, podrá entablar contra él acción de cesación que, en lo no pre- visto expresamente por este artículo, se sustanciará a través del juicio ordinario”.

Según el texto legal, las actividades que se consideran prohibidas son las da- ñosas para la finca, así como las que contravienen disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, y otras prohibidas en los estatutos (expresión que identifica en el Derecho argentino al Reglamento de copropiedad). En función de reducir el ámbito de las prohibiciones, que más se asemejan a los tradicionales límites y restricciones al dominio, particularmente, inmobiliario, tomo las tres primeras como las más corrientes y, por ello, más sig- nificativas, excluyendo también las que supongan daños directamente causados al inmueble que nada impediría se aplicaran las reglas generales de la responsa- bilidad civil frente a todo daño que se produzca con culpa o fuera de ella, que hasta podría constituir el delito penal de daño, que pune el art. 138 del Código Penal argentino, cuando se produce en cosa mueble o inmueble, total o parcial- mente ajena, y siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado, como el producido en la salud de las personas, como en el caso de la pri- vación de la libertad, art. 142, CP argentino.

Las actividades molestas, insalubres y nocivas, son las inmisiones prohibidas en los arts. 2618, CC de Vélez Sarsfield y 1973, CCC, que las normas antes indi-

casas refieren como reguladas en ordenanzas o en los usos, fuera del cuerpo del CC español. Es decir, que la acción que el legislador español ha previsto en esta Ley de propiedad horizontal, prescinde de las regulaciones de las citadas ordenanzas y tienen, por tanto, autonomía normativa propia, no obstante que se refiera a las previsiones del estatuto.

Llama mi atención que la disposición confiera legitimación al presidente del consorcio (administrador en el Derecho argentino) que requiere una previa intimación para el cese de la actividad prohibida y, además, la conformidad de los consorcistas (copropietarios); ello puede, no obstante, justificarse en que las ‘molestias’, para incorporar en el término las restantes seleccionadas, interesan al resto, desde que pueden ser, también, víctimas de ellas, habida cuenta la proximidad, sino promiscuidad, que supone la propiedad horizontal. No habría razón para impedir al afectado la promoción por sí de la acción de cese de la actividad ni, menos, la que tienda a la reparación del daño ya producido. El profesor Llamas Pombo, indica que es, precisamente, y más allá de la literalidad de la norma, la jurisprudencia de las Audiencias de Salamanca, Segovia, Navarra y Asturias (Llamas Pombo, E., *Las formas de prevenir y reparar el daño*, La Ley, Madrid, julio de 2020, págs. 122-123, notas 128 y 129).

El citado profesor, en la misma obra, refiere a la tutela inhibitoria como vía apta para la prevención del daño, según las vertientes que se utilicen: tutela positiva, cuando constituya una obligación de hacer; tutela negativa, si apunta a hacer cesar determinada actividad que amenaza producir un daño, o como una obligación de dar, ejemplificando en la dación de una prótesis, o de un artificio adecuado para la disminución o supresión de ruidos (op. cit., pág. 188).

Ya he mencionado que el CCC argentino ha incorporado como materia propia de la responsabilidad civil, la prevención del daño, confiriendo una legitimación amplia al afectado y a cualquier persona que esté en situación de requerir las medidas necesarias para impedirlo o evitar su acrecentamiento (arts. 1720 a 1712, CCC).

## V. Jurisprudencia

En la sentencia de la Audiencia de Madrid (SAP M 14775/2022, Sección 11, de 07/10/2022, Cendoj: 28079370112022100351), se resolvió sobre el reclamo formulado por los propietarios de un departamento contra la ocupante, locataria,

del departamento del piso superior, por inmisiones reiteradas de ruidos molestos, consistentes en gritos y ladridos de perro, tanto en horas de la noche como en las primeras de la mañana. Entre otras probanzas acreditó la intervención policial en cantidad de quince veces en tres años, con lo que las molestias indicadas acaecían desde mucho tiempo atrás, de lo que también había dado cuenta a la junta de propietarios. Tres de los demandados no contestaron la demanda y fueron declarados rebeldes, aunque luego participaron en el trámite de la apelación.

En el punto cuatro del fallo la señora juez ponente dejó constancia de la amplitud con que el recurso de apelación permitía el análisis completo de las pruebas producidas, en una segunda valoración por el tribunal *ad quem*, cuestión que hago constar pues, pese a la naturaleza amplia con que se legisla el recurso, es por demás habitual en Argentina que la alzada desestime el recurso sin entrar en la consideración de la prueba. Cita la STC N° 212/2000 de 18 de septiembre, en que ratifica la amplitud decisoria del tribunal de apelación.

El fallo de la primera instancia admitió la existencia de los ruidos molestos, ordenó su cesación y condenó a los demandados al pago de € 3.000 en concepto de daño moral, con aplicación del art. 7.2 de la Ley de propiedad horizontal. La alzada valoró que uno de los demandados era el copropietario del departamento del que provenían los ruidos molestos y pese a haber alegado que había dejado de ser su dueño, conocía de la existencia de las molestias, pues la accionante las había puesto de manifiesto en la reunión en la que el mismo actuó como presidente y, por tanto, no podía desconocer los hechos. Los policías que declararon en la causa sostuvieron que al menos en cinco oportunidades pudieron escuchar los ruidos molestos y, en una de esas oportunidades, el perro de la vecina demandada andaba solo por las escaleras ladrando y casi muerde a una de sus compañeras. Otro de los agentes confirmó que, en una de las visitas, encontró a la demandada ebria. Indicó también que en una de las ocasiones en que concurrió a la vivienda por el problema de los ruidos, el accionante le comentó que se había visto obligado a concurrir a otros domicilios para conciliar el sueño. La administradora de la copropiedad informó que otros copropietarios afirmaron la existencia de los ruidos molestos, con lo que la prueba había sido bien valorada en la sentencia de grado, que incluye una grabación en la que “se oyen ladridos, golpes en el suelo (techos del actor), movimientos de muebles, y gritos elevados de una persona joven, pidiendo en ocasiones que la dejen dormir, que son las 2.30 de la madrugada” (sic), coincidiendo con los dichos policiales.

En el punto quinto de los fundamentos, la sentencia trae una cita de una SAP de La Coruña, N° 195/2019, de 21 de mayo, que reproduce pronunciamiento del TEDH, que resulta de interés reproducir por su contenido; se dice allí que:

“algunas inmisiones medioambientales, como son concretamente las producidas por los ruidos indeseados, inciden además en la esfera de la privacidad y afectan al bienestar personal, pudiendo conllevar la lesión, e incluso la privación, del derecho que toda persona tiene al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar, vulnerando, en definitiva, el derecho a la intimidad personal y familiar que protegen los arts. 8.1 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y 18.1 de la Constitución Española. En este sentido se han pronunciado las SS del TEDH de 21 febrero 1990, 9 diciembre 1994, 19 febrero 1998, 8 julio 2003, 16 noviembre 2004, 2 noviembre 2006, 21 julio 2009, 18 octubre 2011 y 18 junio 2013, de las cuales se infiere que los atentados graves contra el medio ambiente, en cuanto inciden negativamente en la calidad de vida, pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del disfrute de su domicilio, atentando contra su vida privada y familiar, y que, cuando una persona padece directa y gravemente el ruido u otras formas de contaminación, al margen del deterioro general del medioambiente, se puede apreciar una vulneración del art. 8.1 del Convenio, siempre que la injerencia afecte directamente al domicilio del demandante, a su familia o a su vida privada y los efectos adversos del riesgo medioambiental alcancen un nivel mínimo de gravedad, en función de las circunstancias del caso, como son la intensidad, horario y duración del ruido, así como sus efectos sobre la salud física o mental de los perjudicados”.

La sentencia admite el doble derecho de hacer cesar las molestias y de obtener una indemnización por el perjuicio causado, ambos a tenor del art. 7.2 de la Ley de propiedad horizontal, y confirma el monto establecido. No se requiere una directa afectación a la salud del afectado, que en el caso se probó, sino que basta la producción de graves sobresaltos que interrumpen el sueño y el descanso, generando una clara situación de ansiedad, nerviosismo, inquietud, angustia y desasosiego.

Pienso que la solución debe ser la misma cuando las inmisiones insalubres y molestas se producen en ámbitos distintos de la propiedad horizontal, por aplicación de las normas generales que mandan reparar el daño causado y aplicación de la analogía.

En una sentencia dictada por la AP de La Rioja, que trata sobre la demanda contra propietarios de dos departamentos por ruidos molestos, la sentencia de primera instancia condenó a los demandados a cesar en forma inmediata y definitiva las actividades molestas desarrolladas, privándoles del derecho de uso y ocupación de las citadas viviendas durante el período de dos años. Analizo esta sentencia por la gravedad de la sanción que implica no disponer de las viviendas de las que provenían las molestias. La demanda y sentencia consecuente se fundó en el art. 7.2 de la Ley de Propiedad horizontal y el motivo que generó la denuncia fue actividades de prostitución.

La autoridad policial intervino en cuatro oportunidades entre julio y septiembre de 2019, constatando el ejercicio de la prostitución en los departamentos indicados, constando otra intervención policial en 18 de noviembre de 2020 en que se constata que se continúa allí con esa actividad. Además, media denuncia de copropietarios a la administración de la comunidad, constatadas en numerosas actas que van desde el 2008 al 2019; la presidente de la comunidad de propietarios testifica la existencia de la actividad, el permanente ingreso y egreso de personas a los departamentos, subiendo y bajando las escaleras a toda hora, peleas y personas en estado de ebriedad; el empleado de limpieza testifica que ha debido limpiar en las escaleras vómitos y orines.

La sentencia de la alzada cita doctrina del TS referida a que las personas afectadas no deben ser indeterminadas, sino que la base de la notoriedad de las molestias está constituida por la “evidencia y permanencia en el peligro o en la incomodidad” (S. 20 abril 1965), entendiendo, en el concepto de actividad notoriamente incómoda debe incluirse aquella cuyo funcionamiento en un orden de convivencia, “excede y perturba aquel régimen de estado de hecho que es usual y corriente en las relaciones sociales”. Es decir, que requiere evidencia y habitualidad en la incomodidad (STS de 28 de febrero de 1964, 8 de abril de 1965 y 11 de mayo de 1998).

Sostiene la alzada que el ejercicio de la prostitución en sí misma no parecería imbricada en la previsión del art. 7.2 de la LPH, a menos que las molestias a los vecinos tengan gravedad o entidad suficiente, es decir, en tanto vayan más allá de

los límites tolerables y asumibles por la comunidad en relación al normal ejercicio de las relaciones sociales y las pautas ordinarias de la convivencia. Concluye en que así, la perturbación constante y continua del descanso nocturno dado el habitual horario de ejercicio, el trasiego de clientela con llamadas al timbre por equivocación y en horas intempestivas, posibles daños o altercados, en un inmueble residencial en el cual se esperan comportamientos acordes con ese uso por parte de sus vecinos y de quienes con ellos se relacionen, pueden resultar objetivamente incardinables en los supuestos del art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal.

La declaración del jefe policial interviniente ratifica la existencia del ejercicio de la prostitución en los ámbitos denunciados, ratificada por la oferta subida a internet coincidiendo con los domicilios indicados y también como número de contacto el teléfono de uno de los demandados. Se confirma la sentencia contra los demandados, uno de ellos locatario, en función del art. 7.2, párrafo cuarto, que dispone que la acción puede dirigirse contra el propietario y, en su caso, contra el ocupante de la vivienda o local (SAP LO 411/2022 - Id Cendoj: 26089370012022100407, Audiencia Provincial, Logroño, 30/09/2022).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina, CS en adelante) ha resuelto que para definir la cuestión de la competencia sobre hechos que afectan al medio ambiente, “la exigencia de interjurisdiccionalidad de la contaminación” en el caso de los residuos contaminantes vertidos en el río Tercero (llamado también por su nombre indígena Ptlamochita), pues al unirse al río Carcarañá que desemboca en el río Paraná, el más caudaloso de Argentina y que vincula a varias provincias, la contaminación que llevan sus aguas determina la competencia federal. Agregó que los principios que sustenta la ley (art. 5), de congruencia, de prevención, precautorio, y de sustentabilidad, entre otros, informan todo el sistema de derecho ambiental, y su aplicación resulta determinante también en cuestiones de competencia (CS, 10/02/2022, “NN s/ infracción ley 24.051–Denunciante: Unidad Fiscal de Investigaciones en materia ambiental”, *Fallos* 345:37).

La noción que da sentido a la cuenca hídrica es la de unidad, en la que se comprende el ciclo hidrológico en su conjunto, ligado a un territorio y a un ambiente particular (CS, *Fallos* 342:1203). Dijo también que la relevancia constitucional que la protección ambiental y el federalismo tienen en nuestro país exige emprender una tarea de “compatibilización”, que no es una tarea “natural” sino predominantemente “cultural” (CS, *Fallos* 340:1695).

En el Derecho argentino, entonces, la protección del ambiente no es sólo un objetivo ‘natural’, sino primordialmente ‘cultural’. En tal sentido, ha dicho la CS que la Ley General del Ambiente (N° 25.675, art. 2°, inc. a) también reconoce el valor jurídico de la cultura al señalar que la política ambiental nacional deberá asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales tanto naturales como culturales; y así resulta de los arts. 41, 75, incs. 17 y 19, CN, y del art. 240, CCC, que protege los valores culturales (CS, 23/08/2022, RH causa “Asociación Civil Asamblea Permanente por los Derechos Humanos c/ Dirección General de Escuelas s/ acción de amparo”, *Fallos* 345:730 y voto del juez Lorenzetti).

Dijo también la CS, en voto del juez Rosatti, que al ser el ambiente un bien que excede al ser humano y a su tiempo presente, la Constitución impone un deber de solidaridad intergeneracional y de desarrollo sustentable y en términos ambientales, la Nación entendida como vinculación intergeneracional respetuosa y responsable supone evitar contraer en el presente una deuda ambiental que deba ser soportada o sufrida por el porvenir (CS, 20/09/2022, “Edenor S.A. y otro c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, *Fallos* 345:951).

La CS argentina concedió una medida cautelar contra el Estado Nacional y las provincias de Santa Fe y de Buenos Aires, tendiente al cese inmediato de los incendios de pastizales, toda vez que el peligro concreto sobre el ambiente se configura en tanto, con estos incendios, se pierden bosques, se afecta la función de humedales, se cambia abruptamente el uso del suelo, desaparecen innumerables especies de origen subtropical, de la vida silvestre, de la flora, de la fauna y la biodiversidad, causando todo ello un riesgo de alteración significativa y permanente del ecosistema del Delta del Río Paraná. Se sostuvo que la defensa del ambiente no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del sistema mismo, como lo establece la Ley General del Ambiente N° 25.675 debiendo conjugar el territorio ambiental, de base natural, con el territorio federal, de base cultural o política. (CS, 11/08/2020, “Equística Defensa del Medio Ambiente Asoc. Civ. c/ Santa Fe, provincia de y otros s/ Amparo ambiental”, *Fallos* 343:726).

También en materia de aguas corrientes, en la causa seguida por la Provincia de la Pampa contra la provincia de Mendoza, por la retención de caudal del río Atuel, la CS estableció un caudal de 3,2 m<sup>3</sup>/s, en el límite interprovincial, como instrumento de posible cese del daño ambiental ocasionado por la falta de escurrimiento de dicho curso de agua en el territorio pampeano (CS, 17/07/2020, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ Uso de aguas”, *Fallos* 343:748).

## VI. Conclusiones

Me ha parecido de utilidad esta visión comparativa de la forma en que España, Francia y Argentina consideran, evalúan y protegen el medio ambiente. Ciertamente que esa expresión es suficientemente comprensiva de las inmisiones de distinta naturaleza, inmaterial como el ruido y las vibraciones que avanzan hacia inmuebles vecinos, y materiales como el humo y las partículas que conlleva y producen trastornos respiratorios a menudo graves, como los que padecen la ciudades aledañas al Delta del Paraná, que también afectan a los lugareños que obtienen su sustento del río y forma parte de su cultura, así como alejan a los turistas que habitualmente lo visitan, excediendo la normal tolerancia que la norma civil expone como cartabón para su cese.



## LA TRANSPARENCIA EN LA GESTIÓN DEL GOBIERNO MUNICIPAL: UNA SENDA PARA RECUPERAR LA CONFIANZA EN EL SISTEMA

Germán M. Farina

### I. Introducción

Al afirmar que el municipio es una sociedad necesaria, se resalta su carácter natural, originado en la sociabilidad del hombre. Asumiendo por un momento una identificación entre el concepto de ciudad y el concepto de municipio, podemos encontrar que ya Aristóteles, al reflexionar sobre el origen de las ciudades, sostenía:

“La primera comunidad a su vez que resulta de muchas familias, y cuyo fin es servir a la satisfacción de necesidades que no son meramente las de cada día, es el municipio [...] La asociación última de muchos municipios es la ciudad. Es la comunidad que ha llegado al extremo de bastarse en todo virtualmente a sí misma y que si ha nacido de la necesidad de vivir, subsiste porque puede proveer a una vida cumplida. De aquí que toda ciudad exista por naturaleza, no de otro modo que las primeras comunidades, puesto que ella es el fin de las demás”.

Es que, partiendo de esta idea, ya presente en los albores del tiempo, que nos detendremos en analizar uno de los aspectos que creemos fundamentales en la gestión municipal: la transparencia en la gestión.

Según lo establece el art. 1 de la Constitución Nacional, en la Argentina rige la forma representativa, republicana y federal, siendo esta última la forma de estado en la que coexisten diferentes órdenes de gobierno: el estado nacional, las

provincias, los municipios y, para algunos autores, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires luego de su creación en la reforma constitucional de 1994.

Como tal, conforme surge del juego armónico de los arts. 5 y 123 de la Constitución Nacional, el municipio debe garantizar los postulados del artículo mencionado en el párrafo anterior, contando luego de la reforma constitucional de 1994 con el reconocimiento de su autonomía luego de un largo debate en la doctrina y en la jurisprudencia.

Es en este marco, que deseamos centrar nuestra atención en la manera en que la forma de gobierno republicana se encuentra presente en el nivel municipal, para ver de qué manera se cumplen con las llamadas “notas republicanas”, poniendo foco en una de ellas en particular, cual es la transparencia de los actos de gobierno, tomando como caso testigo la experiencia de la Ciudad de Mendoza a partir del año 2019.

## II. La forma republicana de gobierno

Como paso preliminar, hemos de indicar que la forma republicana de gobierno puede ser definida como aquella forma de gobierno caracterizada por la separación de poderes, la elección popular de sus gobernantes, la periodicidad de sus mandatos, la responsabilidad de los mandatarios y la publicidad de los actos de gobierno<sup>1</sup>, a la cual va unida la transparencia de los mencionados actos.

Atento a que excede los fines de este trabajo, resulta imposible desarrollar de manera acabada cada una de las notas, por lo que someramente se hará un repaso de ellas en el orden municipal, para luego pasar a la publicidad y la transparencia.

**a) Separación de Poderes:** conforme lo establece el art. 197 de la Constitución de Mendoza, en la organización municipal existe un departamento ejecutivo encabezado por el Intendente y un departamento deliberativo que recibe el nombre de Consejo Deliberante.

**b) Elección Popular de los Gobernantes:** tanto el intendente como los concejales que integran los consejos deliberantes son elegidos directamente por el pueblo (arts. 197 y 198 Constitución de Mendoza).

---

<sup>1</sup> ROSATTI, Horacio Daniel, Tratado de Derecho Constitucional, T. II, 1° ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011.

**c) Periodicidad de sus Mandatos:** el intendente dura cuatro años en su cargo, pudiendo ser reelecto de manera inmediata por un período (art. 198), mientras que los concejales duran 4 años en su cargo, renovándose el cuerpo por mitades cada 2 años, pudiendo ser reelegidos indefinidamente (art. 197).

**d) Responsabilidad de los Mandatarios:** conforme lo establece el art. 203 inciso 3, los intendentes y los concejales pueden ser removidos de sus cargos por mala conducta o abuso en el manejo de los fondos municipales, a las que se deben sumar como causales de remoción las transgresiones u omisiones en el desempeño de sus cargos o por actos de indignidad o desacato contra el cuerpo, como lo prescribe el art. 66 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 1.079.

**e) La Publicidad de los Actos de Gobierno:** contemplada expresamente en el art. 202 de la Ley Suprema mendocina, la misma se traduce en la obligación de dar publicidad por la prensa de todos los actos, publicando mensualmente el balance de gastos y uno de manera anual.

### III. La publicidad y la transparencia de los actos de gobierno en el gobierno municipal

Tal como lo indica María Angélica Gelli<sup>2</sup>, la Constitución Nacional no contempla de manera expresa a la publicidad de los actos de gobierno, sin embargo, la misma surge del art. 33 del mismo cuerpo legal, dado que el derecho a conocer los asuntos de las autoridades surge de la soberanía del pueblo.

A su vez, como lo ha destacado la Corte Suprema<sup>3</sup>, resulta consustancial a dicho principio la publicidad de los actos de gobierno, como así también la razonabilidad en toda decisión estadual. Tales lineamientos definen el marco institucional del gobierno federal y, además, de los gobiernos provinciales y municipales (art. 5° de la Constitución Nacional).

En este sentido, hace a la esencia de la forma republicana que todos los habitantes conozcamos las actividades que realizan nuestros gobernantes, para lo cual es necesario que se cuente con un adecuado acceso a la información pública, siendo esta un pilar fundamental del sistema republicano de gobierno y, con ello,

---

<sup>2</sup> GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada, T. I, 4° ed., La Ley, 2008.

<sup>3</sup> Voto de Horacio Rosatti Municipalidad de Berazategui c/ Molinos Río de la Plata S.A. s/ apremio. Sentencia del 27 de septiembre de 2018 (Fallos: 341:1246).

de la transparencia y control de la gestión pública por parte de la sociedad civil<sup>4</sup>, de acuerdo a lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Se menciona lo anterior, ya que de poco puede servir que los actos se publiquen, si para llegar a su conocimiento, los habitantes deban sortear una serie de obstáculos tales como pedidos de informes, formularios, trámites burocráticos, entre muchos otros.

¿Por qué se debe evitar esto? Porque a través de la colocación de barreras para poder conocer los actos de gobierno, la gente termina sintiendo frustración al no llegar a su cometido o, en el mejor de los casos, llega luego de un tiempo desgastante, situación que cuando se reitera en el tiempo, termina por desanimar a la persona a buscar o indagar en las actividades de gobierno.

Y, finalmente, este desanimo se termina transformando en un descreimiento del sistema, ya que se termina por imponer una idea de “oscuridad” o de poca claridad en lo que hacen los gobernantes.

Todas las consideraciones vertidas hasta aquí, tal como lo indicamos en la introducción, alcanzan a los gobiernos municipales, ya que, al estar inmersos en un sistema republicano, deben garantizar la publicidad de los actos y el acceso a los mismos.

Ahora bien, la transparencia tiene distintas modalidades y puede ser opaca o clara, activa o pasiva, siendo clara los asuntos públicos. Para ello, se aportan datos necesarios, reutilizables, integrados, agregados y comparables. Es decir, busca lograr que los datos públicos estén no sólo disponibles al control ciudadano, sino que también puedan ser útiles y comprensibles.

Por otra parte, la transparencia activa se basa en aportar bases de datos compatibles y reutilizables, es decir, información que permita conocer y controlar el funcionamiento del Estado. Hoy, gracias a las tecnologías de información y comunicación, el acceso a la información se realiza a través de plataformas integradas, lo que permite a la ciudadanía un acceso inmediato a datos de todo tipo. En este sentido, siguiendo con el caso de la Ciudad de Mendoza, a través de su portal podemos conocer las declaraciones juradas de los funcionarios, el estado de las licitaciones, consultar expedientes administrativos, etc.

No obstante, la transparencia también puede ser pasiva: en este caso es información a demanda, es decir, vinculada al derecho de acceso a información por parte de los ciudadanos. Esto puede provocar que en ocasiones pueda dar acceso

---

<sup>4</sup> “Savoia, Claudio Martín” (Fallos: 342:208).

a datos irrelevantes o la tardanza en la respuesta ante una petición de determinados datos, algo que se debe evitar.

Así, resulta interesante para marcar la importancia del tema en cuestión ver la experiencia de la Ciudad de Mendoza, municipio que viene trabajando especialmente las cuestiones de transparencia, a partir de su adhesión mediante las Ordenanzas N° 3955 y 3986 a la Ley Provincial N° 9.070 de “Acceso a la Información Pública”.

En los términos de la mencionada ley, se considera información pública, a toda constancia producida por el Estado, en documentos escritos, fotográficos, grabaciones, soporte magnético, digital o en cualquier otro formato, cuya producción haya sido emanada, y/o financiada total o parcialmente por el Estado, que obre en su poder o que sirva de base para una decisión de naturaleza administrativa o de parte del Estado Provincial y cuya finalidad u objeto sea el interés público. Por su parte, el Derecho de acceso a la información pública, comprende la posibilidad de buscar, acceder, solicitar, recibir, copiar, analizar, reprocesar, reutilizar y redistribuir libremente la información bajo custodia de los sujetos obligados enumerados en el art. 6° de la ley, con las únicas limitaciones y excepciones que establece esta norma.

Esta norma, se destaca por dos características principalmente: establecer plazos y responsables frente a las personas físicas o jurídicas que piden información pública.

Todo sujeto deberá responder las solicitudes de información dentro de un plazo perentorio de quince (15) días hábiles contados a partir de la recepción de la solicitud. (Art. 13). El Sujeto requerido podrá por única vez y previo dictamen fundado, prorrogar por un plazo de quince (15) días hábiles el plazo para contestar siempre que la solicitud requiera una búsqueda o revisión de un gran número de documentos, una búsqueda en oficinas físicamente separadas de la oficina que recibió la solicitud o consultas con otras autoridades públicas antes de adoptar una decisión con respecto a la divulgación de la información. (Art. 14).

El Funcionario Garante será un miembro de planta en cada uno de los organismos públicos designados por una autoridad, responsable de la aplicación de la mencionada Ley. El funcionario tendrá la responsabilidad de la atención directa y resolución de las solicitudes de información pública. La máxima autoridad de cada repartición pública será responsable en forma solidaria con el funcionario garante. (Art. 7). El funcionario garante que incumpliere de manera dolosa o cul-

posa los deberes establecidos en la presente Ley, será pasible de las sanciones que establezca la Autoridad de Aplicación sin perjuicio de la responsabilidad civil y/o penal que le corresponda. (Art. 8).

Los pedidos de información pública presentan diferentes alternativas, tornando así accesible el mecanismo, buscando de esta manera evitar la frustración que mencionamos anteriormente, ya que se pueden realizar vía electrónica a través del Portal de Gobierno Abierto o impreso con adaptación para personas vulnerables en Ventanilla Única de la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza, o mediante la Oficina de Investigaciones Administrativas y Ética Pública de la Provincia de Mendoza mediante formulario en el sistema Tickets.

Todos los pedidos canalizados por estas vías deben ser resueltas en plazos perentorios, ya que una demora en las respuestas también puede ser entendida como una resistencia a brindar información.

Finalmente, y esto es importante de destacar para los fines de este trabajo, los ciudadanos pueden conocer todas las respuestas dadas a los pedidos de información pública accediendo al Portal de Datos Abiertos, creado mediante el Decreto N° 36/2020.

#### **IV. ¿Representación o participación?**

Unido a lo anterior, tal como lo señala Rosatti, podemos mencionar como el modelo democrático tradicional de representación política ha ido dando paso a un modelo de participación ciudadana, en donde el precepto del art 22 de la CN no es suficiente, en parte como consecuencia, como se dijo, del descreimiento de los partidos políticos principalmente.

Se reitera, creemos que no hay un descreimiento del sistema democrático ni mucho menos, pero si en los partidos políticos y en algunos de los integrantes de los mismos, lo que hace que se deba reforzar los mecanismos de participación directa, dando paso a una democracia gobernante.

Es en este modelo que aparecen los mecanismos de democracia semidirecta, constitucionalizados en 1994, aunque los enumerados en los arts. 39 y 40 no son los únicos.

Es decir, estamos definitivamente enmarcados en un momento histórico en donde la población busca una mayor participación en las decisiones del gobierno,

entre las que se incluyen las cuestiones municipales, debiéndose reforzar, entre otras cuestiones, todo lo relacionado al gobierno abierto.

Unido a lo anterior, el involucramiento de los ciudadanos en la gestión municipal ayuda en la formación de ellos en los valores democráticos, ya que, tal como lo sostiene Antonio María Hernández, el municipio debe ser escuela de democracia, recordando para ello las palabras de Tocqueville:

“Es en la comuna donde reside la fuerza de los pueblos libres. Las instituciones comunales son a la libertad lo que las escuelas primarias son a la ciencia; la ponen al alcance del pueblo, le hacen a éste gustar del uso pacífico de la ciencia y servirse de ella. Sin instituciones comunales podría una nación darse un gobierno libre, pero ella carecería de libertad”<sup>5</sup>.

## V. Gobierno abierto

El gobierno abierto se apoya sobre tres pilares: la Transparencia, esto es, el compartir la información pública con todos los actores; la Participación, entendida como la intervención constante y activa de los actores sociales, la ciudadanía y el sector privado en las tareas de gobierno; y la Colaboración entre dichos actores de manera corresponsable, con el objetivo de solucionar problemas, generar oportunidades y alcanzar metas de beneficio colectivo y de común acuerdo (Open Government Partnership, 2013).

Dicha concepción del Gobierno Abierto implica entonces mucho más que el diseño y la implementación de estrategias de apertura de datos o de mecanismos de participación ciudadana, para concebirse como una cuestión de acceso ciudadano tanto a la información como al proceso mismo de toma de decisiones de su Gobierno.

## VI. Conclusión

Luego del repaso del concepto de publicidad y transparencia de los actos de gobierno, se advierte sin dificultad la importancia que el asunto tiene o debe tener

---

<sup>5</sup> HERNÁNDEZ, Antonio María (h.), Derecho Municipal, Volumen I, 2ª edición, Depalma.

en el desarrollo de los gobiernos municipales, al ser estos el contacto más directo que los habitantes tienen con los mandatarios, debiéndose por tanto destacar la experiencia de la Ciudad de Mendoza en esta materia.

Es esperable que el modelo señalado sea replicado en un mayor número de municipios, ya que de esta manera se puede combatir la apatía y el descreimiento social que se tiene hacía el sistema de gobierno, el cual se puede ver debilitado por falta de apoyo por parte de la sociedad.



## RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y ANÓNIMA ACTIVIDAD RIESGOSA DE GRUPOS. CAUSALIDAD Y FUNDAMENTOS

Valeria Moreno

### I. Introducción

El Derecho de daños ha transitado un camino hacia la desindividualización. En la actualidad no sólo es una fuente de relaciones jurídicas entre sujetos exclusivamente individuales, sino que abarca la regulación de hechos en los que intervienen una pluralidad de autores, de víctimas, o de ambas simultáneamente. Este fenómeno se ha desarrollado progresivamente desde el siglo XIX y no fue tenido en consideración por los autores de los principales códigos europeos y latinoamericanos de principios del ese siglo en el que dominaba una idea individualista de la responsabilidad extracontractual.

A partir de la conocida obra de Geneviève Viney “*Le decline de la responsabilité individuelle*”, en el *Traité de Droit* civil dirigido por Jaques Ghestin, la jurista señala las leyes francesas que acuerdan derecho al resarcimiento de daños anónimos, sea respecto de un fondo de garantía, sea del Estado como sujeto pasivo.<sup>1</sup> Raras son las tareas que un hombre puede jactarse hoy de llevar a buen éxito con su solo esfuerzo. Las actividades colectivas son generadoras de daños tanto más graves, en cuanto la reunión de individuos tiene por fin multiplicar su poder y su eficacia.<sup>2</sup>

Enseña Luis Diez Picazo que el fenómeno de la totalidad de los daños, los costos de esos daños y la forma de hacer frente a los costos no es, porque no puede serlo, un asunto estrictamente individual, sino un asunto que atañe a la comunidad entera.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Viney Genevieve, “*Traité de Droit Civil*” dirigida por Jaques Ghestin, L.G.D.J., 1982, Paris, T. IV, pág. 442.

<sup>2</sup> iney G., ob citada, pág. 367. Mosset Iturraspe Jorge-Piedecabras Miguel A. “Responsabilidad por Daños”, T. VI, Responsabilidad Colectiva, Rubinzal Culzoni editores, págs. 34 y 38.

<sup>3</sup> Diez Picazo Luis y Ponce de León “Derecho de Daños”, Civitas, 1999, Madrid (España); Cap. VI,

Hay numerosos supuestos de daños causados por grupos determinados de personas en los que se puede establecer que la acción dañosa se produce por alguno de los miembros del grupo y que cualquiera de ellos podría haberlo causado dado su comportamiento, sin que se pueda identificar al responsable. Surge entonces la necesidad de una respuesta del derecho para evitar que la imposibilidad de identificar al causante directo del daño pueda llevar al fracaso de la acción del damnificado reclamante. La contrapartida de este fenómeno son los eventos en los que el daño afecta a numerosas personas, supuesto que impacta en aspectos fundamentalmente procesales.

Frente a un hecho dañoso cuyas características fácticas coinciden con la descripción hasta aquí realizada, es posible optar, básicamente, por una de dos soluciones: dejar sin reparación el daño causado al no ser posible la identificación de su autor o sancionar al grupo en su totalidad, haciendo responsables del pago de la indemnización a personas que no han provocado el ilícito. Si se escoge el camino adoptado por la legislación tradicional inspirado en la ausencia de relación de causalidad, y se deja sin reparación a la víctima, se incurre en una evidente injusticia. Si se elige responsabilizar al grupo se ponen en juego la autoría y la relación causal.

Llambías planteaba el interrogante suscitado de esta forma:

“La cuestión que ahora encaramos es la de saber si existe responsabilidad colectiva o anónima de cada integrante de un grupo circunstancial que resulto dañoso, por haberse determinado que un agente no identificado de su seno causó el daño. ¿Sería justo que, en tal caso, la falta de identificación del agente dañoso condujera a la irresponsabilidad de todos los posibles responsables y al consiguiente desamparo de la víctima?, o bien, ¿será aceptable que por esa falta de identificación del agente dañoso se imponga la responsabilidad sobre todos los sospechosos, aunque se tenga la convicción de que uno solo es el culpable y los demás inocentes? He aquí un interesante capítulo de la teoría de la responsabilidad civil.”<sup>4</sup>

---

págs. 160-161.

<sup>4</sup> Llambías Joaquín, “Tratado de Derecho civil (Obligaciones), IV-B, Buenos Aires, 1980, págs. 281 y ss.

Quizás el gran conflicto que ofrece esta especie de hecho dañoso es el que enfrenta el moderno Derecho de Daños, la reparación de todo perjuicio sufrido injustamente por la víctima y la determinación de la relación de causalidad. El choque se produce porque, al no comprobarse una vinculación causal entre el actuar de un autor concreto y el resultado lesivo, la aplicación de las reglas tradicionales, obligarían a desechar la pretensión indemnizatoria del ofendido. Pero esta solución, sin duda alguna, contradice el natural sentido de justicia que cualquier observador puede detentar, por lo que se hace necesario encontrar otras vías que concilien de la mejor manera ambas posiciones o justificaciones jurídicas lo suficientemente sólidas como para respaldar la opción por uno de estos principios y desechar el otro.<sup>5</sup>

En nuestro país, con una mirada actual y de avanzada se ha regulado la cuestión en el C.C.C.N., adoptando las posturas doctrinarias y jurisprudenciales ya existentes con anterioridad a su implementación. Las investigaciones y aportes de la doctrina de la mano de autores argentinos, ha sido destacada por la doctrina extranjera por su particular profundidad. Dice De Ángel Yaguez:

“En efecto, la producción científica del civil law (me refiero a la europea) dista mucho de las numerosas y sugerentes aportaciones de la doctrina de este país (Argentina) en punto a la denominada responsabilidad colectiva. Sin ánimo de exhaustividad, sino como simple referencia ad exemplum, me vienen ahora a la mente obras del propio Bustamante Alsina, de Llambias, en cuyo homenaje me honro en participar con este trabajo, y de Zavala de Gonzalez, Alterini Atilio, López Cabana, Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carluchi, Gesualdi y Bueres”<sup>6</sup>

El Código Civil y Comercial de la Nación regula la Responsabilidad Colectiva y Anónima en el Libro Tercero “Derecho Personales”, Título V: “*Otras fuentes de*

---

<sup>5</sup> Barria Díaz Rodrigo, “El Daño causado por el miembro indeterminado de un grupo”, *La Ley - Actualidad*, Madrid, 2010, pág. 2 y ss. (sobre su tesis en la U. de Salamanca dirigida por Eugenio Llamas Pombo en 2008).

<sup>6</sup> De Ángel Yagüez, Ricardo, “Actuación dañosa de los grupos”, *Revista Prudentia Iuris* N° 44 - Fac. de Derecho y Cs. Políticas de la U.C.A. - Sta. María de los Buenos Aires, 1997, pág. 139. Llambias Tratado de Derecho civil (Obligaciones), IV-B, Buenos Aires, 1980, pág. 281 ss. Zavala de González Matilde, “Personas, casos y cosas en el Derecho de daños”, Buenos Aires, 1991, pág. 179 ss., que tratan sobre “daños causados colectivamente”. Alterini Atilio, “Responsabilidad civil. Límites de la reparación”, Buenos Aires, 1972, pág. 164 ss. López Cabana Roberto, “Responsabilidad colectiva”, en *Responsabilidad civil objetiva*, coordinada por el citado autor, Buenos Aires, 1995, pág. 177 ss. Mosset Iturraspe Jorge, “Responsabilidad por daños (responsabilidad colectiva)”, Santa Fe, 1992. Kemelmajer de Carlucci Aída, “Código civil y leyes complementarias”. Comentado, anotado y concordado (dir. por Bellucio), Buenos Aires, 1984. Gesualdi Dora, “La responsabilidad colectiva”, en *Responsabilidad por daños* (Homenaje a Jorge Bustamante Alsina), T. 1, Buenos Aires, 1990, pág. 139 ss.

*las obligaciones*”, Sección 8va, arts. 1760 a 1762. El art. 1761 nos brinda la figura general de la responsabilidad grupal por el daño causado por autor anónimo. Esta es la interpretación de la doctrina nacional actual.<sup>7</sup>

## II. Antecedentes de la regulación actual

La responsabilidad colectiva no estaba incorporada como principio o regla general en el Código Civil Argentino. Algunas normas particulares eran aplicadas a los casos de intervención plural en la producción de un daño, tanto cuando no podía identificarse al autor individual del daño, como cuando actuaban grupos en sí mismos riesgosos o peligrosos.

La doctrina primero<sup>8</sup>, desde la década del 70, y luego la jurisprudencia argentina, armaron una verdadera “Teoría de la Responsabilidad Colectiva” a partir de ciertas normas del Código Civil Argentino: el arts. 1119 (responsabilidad por las cosas arrojadas o suspendidas que lleguen a caer desde un edificio), el art. 1121 (aplicación de la mancomunación en ciertos supuestos de responsabilidad cuando intervienen dos o más personas causantes del daño), el art. 1113 (daños ocasionados “con” y “por el riesgo o vicio” de las cosas), y el art. 43 (para los casos responsabilidad de las personas jurídicas). También citaron el art. 95 del Código penal (lesiones o muerte producidas por el accionar de 2 o más personas en una riña o agresión) para resolver casos de responsabilidad grupal. Recurrieron además a la aplicación analógica de normas y al principio general de justicia.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Lorenzetti Ricardo Luis, Director, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Tomo VIII, arts. 1614 a 1881, Rubinzal Culzoni Editores, 2015, pág. 607. Galdós Jorge Mario, “La Responsabilidad civil” Tomo III, Rubinzal Culzoni editores, 2021, pág. 385. Pizarro-Vallespinos “Tratado de Responsabilidad Civil” Tomo III, ed. Rubinzal Culzoni editores, 2018, pág. 527; Picasso Sebastián y Sáenz Luis R.J., “Tratado de Derecho de Daños”, Tomo II, Thomson Reuters La Ley, 2019, pág. 243; Alterini Jorge H. Director, Alferillo Pascual, “Código Civil y Comercial Comentado”, Thomson Reuters La Ley, 2019, pág. 471. Rivera Julio César – Medina Graciela Directores, Herrera López Edgardo, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Tomo IV, Thomson Reuters La Ley, 2014, pág. 1133. Mosset Iturraspe Jorge y Piedecapas Miguel A., “Responsabilidad por daños”, Tomo VI, Responsabilidad Colectiva, Rubinzal Culzoni editores, 2016. Zavala de González Matilde – González Zavala Roldolfo, “La Responsabilidad Civil en el Nuevo Código”, Tomo IV, arts. 1760 a 1780, Alveroni, Córdoba, 2019.

<sup>8</sup> López Cabana y Lloveras, “La responsabilidad colectiva”, en E.D. 8-799; Mosset Iturraspe Jorge, “Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado”, J.A. 1973, págs. 1 a 4, secc. Doctrina; Bustamante Alsina, “Responsabilidad civil y otros estudios”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, pág. 281; Jornadas de Derecho Civil, Rosario, 1971.

<sup>9</sup> Cám. Ira. Civ. Y Com. De La Plata, sala III, del 30-9-86, en autos “Formicz de Ilucko Teodora c/ Provincia de Buenos Aires (Policía de la Provincia).” sobre actuación conjunta de grupo lícito (poli-

Sobre la base de la evolución de dicha doctrina y jurisprudencia, se incluyó en el Código Civil y Comercial de la Nación un principio general de responsabilidad colectiva por autor anónimo (art. 1761, con su aplicación particular en el art. 1760), y la responsabilidad de grupos peligrosos o riesgosos en sí mismos (art. 1762).

Analizamos en los acápites siguientes el régimen normativo actual con los requisitos y la complejidad que presentan la relación de causalidad y el factor de atribución, para configurar la responsabilidad colectiva en sus distintas manifestaciones.

### **III. Participación plural en la causación del daño. Tipologías diferenciables y cómo se manifiesta la relación de causalidad en cada caso**

La intervención en la producción de un daño, cuando participa una pluralidad de personas puede serlo en forma conjunta o común, concurrente o acumulativa, alternativa o disyunta, o una intervención grupal propiamente dicha.

El punto medular de esta cuestión es determinar la *relación de causalidad* que conduce a la imputación de responsabilidad por el daño causado. No estamos en todos los casos frente a una responsabilidad colectiva, por ello es necesario diferenciar las tipologías mencionadas.

En el caso de la participación *conjunta o común*, varios sujetos individualmente determinados cooperan o toman parte de la producción de un daño con diversos modos de participación, desde la intervención como coautores del ilícito a la mera participación como cómplices, consejeros o auxiliares. Es decir, cuando varias personas deciden ocasionar un daño de manera concertada; no hay res-

---

cias) e ilícito (delinquentes); Cám. Nac. Civ., Sala C, 4-12-85, “C.J.O. c/ D.O.C.” que versa sobre grupo de participantes en riña; Cám. Civ. Y Com. De Paraná, Sala II, 31-8-87, “Santana O. H. c/ Tantín H. y otros s/ Daños y perjuicios” sobre grupos de profesionales médicos y responsabilidad por mala praxis; Cám. Segunda de Apelación, Sala III, 13-03-2008, “S.F.B. c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, sobre la responsabilidad del Estado por un disparo que lesionó a la víctima proveniente de un grupo donde no se pudo individualizar el autor; Cám, Quinta de Apelaciones en lo Civ. Y Com. De Córdoba, 11-03-2014, “F.C.A. c/ L.M.J. y otro s/ ordinario – daños y perjuicios – otras formas de responsabilidad extracontractual” referido a daños con arma blanca en una gresca grupal; Cám. Nac. Civ., Sala H, diciembre de 2021, “Sorge Christian Ariel c/ Sindicato de Choferos de Camiones Cbreros y Empleados y otros s/ daños y perjuicios” sobre daños derivados de un grupo participante en una manifestación. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 18-10-2021, “Curto, Rubpen José Daniel c. Seguros Sura S.A. y otros s/ daños y perjuicios”, La Ley Online, LALEY AR/JUR/162517/2021.

ponsabilidad colectiva sino individual. Si varias personas participan en la producción del daño que tiene una única causa, la responsabilidad es individual y solidaria (por lo que todos responden por el total frente al daño causado); si en cambio deriva de causas distintas la responsabilidad es concurrente (art. 1751). La circunstancia de que cualquiera de los responsables responda por el todo frente a la víctima no altera su carácter, que seguirá siendo individual.<sup>10</sup>

En la participación plural *concurrente o acumulativa* (art. 1751), varias personas realizan actos independientes entre sí que producen un mismo resultado dañoso, y confluyen concurrentemente, pero bastaría una sola intervención para provocar el perjuicio. Cada una de esas actuaciones es suficiente causa del daño. Esta situación puede advertirse cuando dos empresas vierten desechos contaminantes sobre un río causando daños en la población. Podríamos pensar entonces que cada intervención individual lleva al mismo resultado perjudicial. En este caso también cada agente responde por la totalidad del daño, aunque pueda suponerse que éste se hubiera producido igualmente en ausencia de su hecho individual. La causalidad es concurrente.<sup>11</sup>

En la intervención *alternativa o disyunta* de un grupo, el daño es atribuible a una u otra persona de modo excluyente y no resulta posible determinar el autor exclusivo del mismo. Un miembro no identificado del grupo es el causante del daño, pero no puede determinarse individualmente. Aquí el legislador se enfrenta a la decisión de liberar de responsabilidad a todos, aunque son presuntamente responsables, o bien hacerlos colectivamente responsables en protección de la víctima. Esta última es la opción adoptada por el Código Civil y Comercial de la Nación en la regla general del art. 1761. La autoría es individual y anónima pero la imputación de la responsabilidad es plural de todos los imputados, mientras no se acredite su exclusión. La relación de causalidad es alternativa o disyunta: es el caso de daños que surgen de una riña colectiva o el disparo efectuado por un miembro no identificado de un grupo de caza que hiere al damnificado, cuando todos disparan simultáneamente, entre otros.

Finalmente encontramos los daños causados por *intervención grupal* donde no hay una confluencia de intervenciones individuales (conjuntas, concurrentes o disyuntivas) sino que existe una intervención grupal propiamente dicha. El daño

<sup>10</sup> Galdós, Jorge Mario, "La responsabilidad civil", Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial: arts. 1708 a 1780 del CCCN, T. III, Rubinzal Culzoni editores, 2021, pág. 377.

<sup>11</sup> Pizarro-Vallespinos "Tratado de Responsabilidad civil", T. III, Parte especial y Acciones de responsabilidad civil, Rubinzal Culzoni editores, 2018, pág. 517.

es atribuible a todo el grupo en su conjunto, la autoría y la imputación es plural. Vemos entonces que la causalidad en este caso es común e inescindible y deriva de la actuación riesgosa o peligrosa de un grupo. Las personas intervinientes actúan colectivamente y se esconden bajo la cobertura de la actuación grupal. Si bien es posible que uno solo de los participantes ocasione el daño, la actuación individual resulta irrelevante pues es la forma en que se desarrolla la conducta grupal en la que cualquiera de ellos podría haber ocasionado el perjuicio. Así ocurre en la actuación de grupos riesgosos o peligrosos, como las “barras bravas” o “patotas”, que responden al impulso grupal en la realización de hechos ilícitos dañosos; o en el caso de carreras ilegales de particulares con sus vehículos en una avenida urbana (picadas).

Estas cuatro tipologías permiten diferenciar los casos en donde existe *una causalidad disyunta o alternativa*, que se corresponde con lo normado en art. 1761 (responsabilidad del autor anónimo), y aquellos en los cuales *la causalidad es grupal*, supuesto contemplado en el art. 1762 (la responsabilidad por el accionar de grupos riesgosos o peligrosos en sí mismos).

#### **IV. La determinación del concepto de “grupo” en la responsabilidad colectiva**

Los casos incorporados a los arts. 1760, 1761 y 1762 del CCCN, requieren de la existencia de un grupo determinado e individualizado. La noción de grupo desde el punto de vista de las normas en estudio no es coincidente con la definición de la Real Academia Española en cuanto a “*la pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado*”. Un mero conjunto de personas no es suficiente como presupuesto fáctico para la responsabilidad colectiva; el hecho de concurrir junto a otras personas a un espectáculo o manifestación, por ejemplo, no alcanza para representar la noción de grupo. Es necesario que exista una unión cualitativa entre sus integrantes, algún grado de pertenencia de cada uno de los participantes del grupo, o de cohesión más o menos definido. Ese lazo o vínculo de adhesión puede ser más o menos intenso, consciente o inconsciente, pueden existir grupos concentrados (jugadores, vecinos) y otros que se gestan espontáneamente (manifestantes); y también puede haber grupos lícitos (policías, bomberos) o ilícitos (delincuentes)<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Pizarro-Vallespinos, “Tratado de la responsabilidad civil”, ob. cit. T. II, pág. 543.

Esa actividad debe tener como titular aparente y primordial al grupo. No corresponde imponer responsabilidad colectiva con motivo de la mera yuxtaposición o superposición de situaciones, proceder o actitudes individuales, sino que debe haber un cierto vínculo asociativo, compartido, comunicante.<sup>13</sup>

Puede ocurrir que dos grupos enfrentados constituyan uno solo a los fines de la responsabilidad colectiva. En un precedente se produjo un enfrentamiento a mano armada entre integrantes de la fuerza policial y un grupo de delincuentes a quienes perseguían. La damnificada en el caso recibió un impacto de bala que lesionó los muslos de sus piernas; el tribunal interviniente concluyó que si bien se trataba de dos grupos antagónicos (uno con actividad lícita y otro, ilícita), frente a la víctima constituyeron un único grupo circunstancial, desde el cual un miembro no identificado produjo el perjuicio. En ese caso la responsabilidad colectiva comprendió a todos los participantes en el hecho dañoso.<sup>14</sup>

## V. Los fundamentos de la responsabilidad colectiva. El factor de atribución de responsabilidad

Diferentes teorías elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia dan fundamento a la responsabilidad colectiva.

Una postura sostiene que constituye una prolongación de la *personalidad moral del grupo*. El grupo obligado a la reparación como “persona de hecho”. Esta tesis está descartada por nuestra doctrina en tanto no es la existencia del grupo lo que determina la responsabilidad – salvo en el caso de actividad riesgos o peligrosa grupal – sino la imposibilidad de determinar el autor del daño.<sup>15</sup>

La *Teoría de la dispensa probatoria* considera que hay una dispensa de prueba en favor de la víctima y la carga probatoria recae sobre los posibles autores. Si está acreditada la responsabilidad ideal del grupo, la identificación del autor material es una cuestión interna de la colectividad.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Zavala de González Matilde, “La responsabilidad colectiva y el art. 1119 del Proyecto de Código Civil”, LL-1988-D, pág. 861. Picasso Sebastián – Sáenz R.J., “Tratado de derecho de daños”, T. II, La Ley Thomson Reuters, 2019, pág. 240.

<sup>14</sup> Cám. de Apel. En lo Civil y Com. De La Plata, sala III, 30-09-86, “Fomicz de Iluko, Teodora c/ Prov. De Buenos Aires”, LL-1987-D, pág. 453.

<sup>15</sup> Carbonnier Jean, “Droit civil. Les Obligations”. Presses Universitaires de France, Paris, 1991. Bustamante Alsina, “La responsabilidad colectiva en el resarcimiento de daños”, LOnline, AR/DOC/3993/2007.

<sup>16</sup> Bustamante Alsina, “La responsabilidad colectiva en el resarcimiento de daños” ob. cit.



La *Teoría de la culpa común de los miembros del grupo*: esa actuación culpable, unida al hecho dañoso, constituiría la causa del deber de responder. Según esta postura, cabría analizar la situación bajo la responsabilidad por culpa. El hecho culpable consistiría en haberse agrupado y, en esas circunstancias, haber causado un daño a cuyo autor la víctima no puede identificar.<sup>17</sup>

La *Teoría con fundamento en el riesgo creado*, según la cual el sustento de la responsabilidad colectiva del grupo deriva de un factor objetivo: el riesgo creado. Hay una presunción de causalidad fundada en el riesgo.<sup>18</sup> Para esta orientación el fundamento objetivo basado en el riesgo creado es el criterio que se desprende del principio general de la responsabilidad colectiva del art. 1761.<sup>19</sup> Si al sindicado como responsable no le alcanza para eximirse con probar el obrar diligente de su parte, es porque su obligación de resarcir hace abstracción del reproche subjetivo y tiene naturaleza objetiva. Por lo demás, es irrazonable atribuir culpas por el solo hecho de integrar un grupo que no realiza una actividad peligrosa o riesgosa, en razón de que uno de sus miembros no identificado ha causado un daño.<sup>20</sup> Dentro de la postura del fundamento objetivo en la responsabilidad colectiva, se ha sostenido también la idea de garantía.<sup>21</sup>

Para otros autores el fundamento del riesgo creado no resulta aplicable al supuesto general del art. 1761 ya que no alude al accionar de grupos riesgosos o que generan peligro para terceros. El solo anonimato del autor no reviste de calidad riesgosa a la actividad del grupo, sobre todo teniendo en cuenta que el riesgo debe apreciarse en abstracto y *ex ante*, y no deducirse de la forma en que se dañó en el caso concreto.<sup>22</sup> Desde este punto de vista, existe una presunción *iuris tantum* de causalidad en favor de la víctima; basta con que ella demuestre el daño causado y su relación causal con el accionar de al menos uno de los integrantes del grupo para que nazca la responsabilidad de todos ellos. Son éstos últimos quienes deben probar que no formaron parte de la producción del perjuicio, o bien, que direc-

---

<sup>17</sup> Galdós Jorge Mario, “La responsabilidad civil”, Análisis exegético, doctrinal y jurisprudencial: arts. 1708 a 1780 CCCN”, T. III, Rubinzal Culzoni editores, 2021, pág. 384.

<sup>18</sup> López Cabana R., “Responsabilidad colectiva. Régimen legal en Argentina y Latinoamérica”, ob. cit. Pág. 931.

<sup>19</sup> Zavala de González M., “La responsabilidad colectiva y el art. 1119...” ob. cit., pág. 682. Ossola Federico en Sánchez Herrero A. (dir.), “Tratado de derecho civil y comercial”, La Ley, Buenos Aires, 2016. Págs. 796-797. Garrido Cordobera Lidia, “La Responsabilidad grupal o colectiva”, publicado en Academia Nacional de Córdoba – sección doctrina, 17-10-2013.

<sup>20</sup> Pizarro R.D. – Vallespinos C.G., “Tratado de Responsabilidad civil”, T. III, ob. cit., pág. 537.

<sup>21</sup> Compagnucci de Caso Rubén, “Responsabilidad médica y responsabilidad colectiva”, en LL – 1991-D-466 (a propósito de la responsabilidad de un equipo médico).

<sup>22</sup> Picasso Sebastián – Sáenz Luis R.J., “Tratado de derecho de daños”, ob. cit., págs. 244-245.

tamente no formaban parte del grupo. En síntesis, adhieren a la teoría de la prueba. No resulta posible determinar *ex ante* cual es el factor de atribución aplicable y menos aún sostener en todos los casos la responsabilidad objetiva.

Otros autores consideran que la responsabilidad colectiva se sustenta en una decisión de *equidad y protección de la víctima* adoptado por el legislador para el caso de la autoría anónima de los arts. 1760 y 1761 del CCCN, y siguiendo el fundamento del art. 1119 del Código Civil Argentino, transfiere el deber de afrontar el daño a quienes podrían eventualmente resultar autores individuales del perjuicio. El factor de atribución de responsabilidad es objetivo, pues la eximente se refiere a la interrupción del nexo de causalidad. Por otro lado, en el caso del art. 1762, la responsabilidad tiene otro factor objetivo de atribución de responsabilidad: *el riesgo creado*, el mismo que resulta aplicable al art. 1757. La eximente en el caso del actuar de grupos riesgosos o peligrosos se encuentra restringida a probar que no se participó del grupo.<sup>23</sup>

En mi opinión, el factor de atribución de la responsabilidad colectiva es el riesgo. En el caso de la regla general de la responsabilidad colectiva por autor anónimo previsto en el art. 1760, sólo se libera quien demuestre que no participó en la producción del daño, y en el art. 1761 si demuestra que no ha contribuido a su producción. Cuando, en cambio, estamos en el supuesto de actividad riesgosa o peligrosa de un grupo –art. 1762– la eximente requerida es la demostración de que no se forma parte del grupo que causó el daño. El hecho de que se exijan eximentes taxativas para acreditar la ruptura del nexo de causalidad muestra la existencia de un factor objetivo de atribución en todos los supuestos de responsabilidad colectiva. Ese factor, no puede ser otro que el riesgo, aún en el caso de responsabilidad grupal por autor anónimo donde no hay un grupo *per se* riesgoso o peligroso. En tal sentido enseña Luis Diez Picazo cuando trata los criterios de objetivación del riesgo con causas tasadas de exoneración.<sup>24</sup> Tomo en consideración además, la postura del jurista español De Ángel Yagüez, quien propone que la apoyatura técnica de esta solución tendría que ser la creación por parte del colectivo, de un riesgo para terceros. El hecho de tirar con descuido piedras constituye ya el ilícito común.<sup>25</sup> En este pensamiento el autor mencionado

<sup>23</sup> Galdós Jorge Mario, “La responsabilidad civil”, T. III, ob. cit., págs. 384-385.

<sup>24</sup> Diez Picazo Luis – Ponce de León, “Derecho de Daños”, Civitas, Madrid, 1999, pág. 241 y ss.

<sup>25</sup> De Ángel Yagüez Ricardo, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual” en Revista General de Doctrina y Jurisprudencia, N. 1, julio 1983, págs. 74-75; “Actuación dañosa de los grupos”, Revista Jurídica de Catalunya, 1997. De Cuevillas Matozzi Ignacio, “La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños”, Tirant Lo Blanch, 2000, pág. 302.

coincide con De Cuevillas, para quien el criterio de la imputación en la responsabilidad colectiva es el riesgo, creado por todos los miembros del grupo. La participación de ciertas personas en el colectivo debe ser probada por la víctima y, a partir de ese momento, la dificultad probatoria que inicialmente había perjudicado a aquella, se traslada a quien ha sido vinculado con el grupo por el ofendido.

## **VI. La responsabilidad de los miembros participantes de un grupo por el daño causado por autor anónimo. El art. 1761 del Código Civil y Comercial de la Nación**

Cuando el daño proviene de un miembro no identificado de un grupo determinado, todos sus integrantes responden de forma solidaria con excepción de aquel que demuestre que no contribuyó a su producción. Es el presupuesto contenido en el art. 1761 del CCCN y *una regla general de la responsabilidad colectiva* (de la cual el art. 1760 es una aplicación particular).

El art. 1761 que consagra el principio general de la responsabilidad colectiva por autor anónimo, ha significado receptor la doctrina construida sobre el art. 1119 del Código Civil Argentino derogado. No existía norma concreta en el Código de Vélez; la doctrina y la jurisprudencia realizaron el aporte que condujo a la incorporación de la responsabilidad en tratamiento en el Código Civil y Comercial de la Nación. Para la aplicación del art. 1761, es necesario que exista un grupo con las características analizadas en el acápite anterior y que alguno de sus miembros haya causado efectivamente el daño, pero que se ignore cuál de ellos lo causó.

Estamos frente a un supuesto de *relación causal disyunta o alternativa* pues el daño deriva de una o más conductas individuales cuya identificación no es posible, aunque el autor o los autores están dentro de un grupo determinado de personas.<sup>26</sup>

De modo que el daño inferido por un *miembro no identificado dentro de un grupo* presupone una *causación individual*; se ignora quien entre varios ha sido el autor del daño. La autoría es *singular* pero *anónima*, por ello, es un supuesto de causalidad disyunta o alternativa antes examinada.<sup>27</sup> Aunque sólo alguno de

<sup>26</sup> Picasso Sebastián – Sáenz Luis R.J., “Tratado de derecho de daños”, T. II, La Ley Thomson Reuters, 2019, pág. 243.

<sup>27</sup> Zavala de González Matilde – González Zavala Rodolfo, “La responsabilidad civil en el nuevo có-

los integrantes del grupo pueda haber causado el daño, la eventualidad de que cualquiera lo haya generado, habilita a presumir una autoría distinta de todos, hasta tanto no se pruebe lo contrario. Lo expuesto significa que, pese a la *causación individual* o eventualmente junto a *varios partícipes también singulares*, la responsabilidad deviene colectiva, en el sentido de que autoriza a dirigir la pretensión contra todos los integrantes del grupo.<sup>28</sup> Hay una *presunción causal a nivel de autoría*, la ley presume que todos los miembros del grupo han sido coautores del daño, y les imputa *responsabilidad objetiva*.<sup>29</sup> Así, los casos de tumultos dañosos que se desatan a raíz de una discusión en el curso de una competencia deportiva, o el que produce un grupo de médicos (equipo) que integran el servicio de un hospital o clínica, entre otros.<sup>30</sup>

La víctima no está precisada de identificar al autor, pero sí de probar que el daño fue causado por alguno de los miembros del grupo. Por su parte el demandado integrante del grupo, para eximirse de responder, deberá acreditar que no *contribuyó a la producción del daño* (art. 1761). De ese modo cesa el *anonimato causal* aun cuando no se identifique al autor. Precisemos que la norma habla de “no contribuir a la producción del daño”, la expresión resulta acertada, no dice “no producirlo”, pues el demandado no se libera si ha colaborado con alguna cuota con-causal, aunque sea mínima.<sup>31</sup>

Si fuera posible para la víctima acreditar quien es el autor concreto de la acción dañosa, el art. 1761 resulta inaplicable y solo podría perseguirse la responsabilidad individual de este último.<sup>32</sup>

La norma no dice cuál es el factor de atribución de la responsabilidad colectiva por autor anónimo. Como hemos expresado al tratar los fundamentos, hay una responsabilidad *objetiva*, pues la participación en el colectivo es suficiente para imputar la responsabilidad, aunque se desconozca la autoría material. La culpa del agente resulta irrelevante pues la responsabilidad parte de ser miembros del grupo, y no de haber sido autor del daño, ya que éste permanece en el anonimato.<sup>33</sup>

---

digo”, T. IV arts. 1760 a 1780, Alveroni Ediciones, 2019, pág. 30.

<sup>28</sup> Zavala de González Matilde – González Zavala Rodolfo, ob. cit., pág. 31.

<sup>29</sup> Lorenzetti Ricardo Luis (Director), “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T. VIII – arts. 1614 a 1881, Rubinzal Culzoni editores, 2015, pág. 607.

<sup>30</sup> Parellada Carlos A., “Responsabilidad colectiva y daño anónimo en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de la Comisión Decreto 191/2011”, en R.R.C. y S., 2012, N° 10, págs. 5 a 28.

<sup>31</sup> Parellada Carlos A., “Responsabilidad colectiva ...”, ob. cit., RCyS, 2012-X-5 y ss.

<sup>32</sup> Tanzi Silvia y Casazza M. Soledad, “Responsabilidad colectiva en el Código Civil y en el proyecto de reforma”, en R.C. y S., 2013-VII-13.

<sup>33</sup> Bustamante Alsina, ob. cit., pág. 603.

El art. 1761 es aplicable tanto a la esfera extracontractual como a la contractual, por eso es posible hacer responsables a un equipo médico por el daño sufrido por un paciente a raíz de la mala praxis de uno de ellos que permanece en el anonimato.

## VII. El caso puntual de responsabilidad colectiva por autor anónimo previsto en el art. 1760 del CCCN

El art. 1760 regula el daño a terceros ocasionado por las cosas caídas o arrojadas desde un edificio. La ley presume que son autores del daño todos los dueños u ocupantes de la parte del inmueble de la cual provenga la cosa dañosa, quienes responden objetiva y solidariamente, pero pueden liberarse de responsabilidad demostrando que no tuvieron participación en la producción del perjuicio.

Es un caso particular de aplicación de la responsabilidad colectiva por autor anónimo cuyo principio general está contenido en el art. 1761 que analizamos en el acápite anterior. La solución dada por el art. 1760 es aplicación del anterior 1119 del Código Civil Argentino, aunque con algunas diferencias. El art. 1119 del C.C.A. consagraba una solución que se remonta a su antecedente del Derecho Romano: la *actio de effussis vel dejectis* (cosas arrojadas desde una casa o edificio) y la *actio de positis ac suspensis* (cosas suspendidas que pueden caer).

El supuesto previsto en el art. 1119 del C.C.A. respecto de cosas “arrojadas” y “suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer”, fue sustituido en el Código Civil y Comercial de la Nación por la expresión “cosas arrojadas o que caen de un edificio” (art. 1760) en una concepción más clara. La nueva norma nada dice sobre el lugar donde caen las cosas, por lo que comprende no solamente las cosas caídas sobre la vía pública sino también las que impactan en sectores no abiertos al público como un patio interno.<sup>34</sup>

En cuanto a los sujetos legitimados pasivos, la norma en análisis comprende a los “*dueños u ocupantes*” diferenciándose del viejo art. 1119 que refería a los “*padres de familia, inquilinos de la casa*” (dueño de la casa, quien ejercía autoridad doméstica sobre el grupo familiar y respondían el titular del inmueble, su poseedor o tenedor, exigiéndose que habitaran el bien).<sup>35</sup> Frente a las críticas sobre el

<sup>34</sup> Lorenzetti Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, ob. cit., pág. 604.

<sup>35</sup> Lafaille Héctor, Bueres Alberto y Mayo Jorge, “Derecho Civil. Tratado de las Obligaciones” 2da. Edición act. Y ampliada, Ediar, Buenos Aires, 2009, T II, pág. 366.

modo de denominar a los legitimados pasivos en el art. 1119 del código derogado, el art. 1760 del CCCN modifica la terminología: los sujetos pasivos responsables son los “dueños u ocupantes” del edificio. La calificación de “ocupante” comprende a inquilinos, usufructuario, usuario, poseedor, comodatario, etc.; es decir, quien tiene el control del riesgo.<sup>36</sup> La responsabilidad del “ocupante” no excluye la del “dueño”.<sup>37</sup> Dueño es el titular registral del inmueble; no interesa a los fines de la responsabilidad que se encuentre habitando el inmueble. Esto implica un cambio respecto a la interpretación de la regulación anterior del C.C.A. en el art. 1119.<sup>38</sup>

Una mención aparte merece la responsabilidad del consorcio del edificio bajo el Régimen de Propiedad Horizontal de los arts. 2037 y ss. Puede darse el caso de cosas caídas del edificio o arrojadas desde el edificio, que pertenecen a las partes comunes (muros exteriores y divisorios de unidades entre sí; artefactos e instalaciones existentes para servicios de beneficio común, etc., art. 2041). De manera que, si las cosas caen o son arrojadas desde partes privativas, rige lo dispuesto en el art. 1760 y deben responder el dueño y los ocupantes de la unidad privada. En cambio si la cosa cae o es arrojada desde una parte común, como el techo o una azotea que no es privativa, la responsabilidad corresponde al consorcio que hoy tiene personería jurídica.<sup>39</sup>

Volviendo al supuesto de responsabilidad colectiva por autor anónimo del art. 1760, responderán dueños u ocupantes de las unidades que den al frente del edificio si desde allí cayó o fue arrojada la cosa; pero no los de los departamentos que den al pulmón de manzana. Aquí la responsabilidad, siguiendo la interpretación de la regla general del art. 1761, es *objetiva y solidaria*. La ley formula una *presunción de causalidad de la autoría*, pues presume salvo prueba en contrario, que todos los dueños u ocupantes de la parte del edificio de la que cayó la cosa, son autores del daño. La prueba de la eximente que pueden alegar los sujetos pasivos demandados es que *no participaron de la producción del daño* (por ej. porque ha sido arrojada de un lugar distinto).

---

<sup>36</sup> Melchiori Franco A., “Los supuestos de responsabilidad por causalidad grupal en el nuevo Código Civil y Comercial”, en RCyS, 2017-VIII-45.

<sup>37</sup> Lorenzetti Ricardo Luis, ob. cit. pág. 604.

<sup>38</sup> Galdós Jorge Mario, “La Responsabilidad Civil”, ob. cit., pág. 363.

<sup>39</sup> Galdós Jorge Mario, “La responsabilidad Civil”, ob. cit., págs. 366-367.

### VIII. El supuesto de actividad peligrosa de un grupo, art. 1762 del C.C.C.N.

Cuando se trata de un grupo peligroso o riesgoso, la responsabilidad por los daños que se generan por el accionar del mismo se encuentra comprendida en el art. 1762 del CCCN. El ámbito de aplicación es diferente al contemplado en el art. 1761: no es un caso de causalidad disyunta o alternativa y tampoco hay presunciones de autoría. Más allá del obrar particular del o los sujetos que ocasionaron concretamente el daño, éste es derivación del riesgo o peligro que el grupo en sí mismo genera. Todos sus miembros responden solidariamente, aun cuando exista anonimato o pueda llegarse a identificarse a quien produjo concretamente el perjuicio. Esta responsabilidad no estuvo contemplada en el C.C.A. pero la doctrina y la jurisprudencia con anterioridad a la reforma del Código defendían su recepción recurriendo a la analogía normativa.

Aquí vemos la diferencia de la norma en análisis con el presupuesto normativo del art. 1761 donde la responsabilidad grupal requiere la falta de identificación del autor del perjuicio. En el caso del art. 1762, la *causalidad es conjunta o común*, vinculada al carácter peligroso del conjunto. Esa actividad riesgosa del grupo es la causa del daño; pueden existir conductas individuales pero la norma prescinde de su consideración pues existe una unidad o indivisibilidad de la acción que constituye la causa del perjuicio.<sup>40</sup> La intervención de personas de grupos confiere poder muchas veces para sanos objetivos, pero también suele potenciar el peligro de daños. Por eso se impone una responsabilidad colectiva con motivo de *formar parte de grupos de riesgo* y de la propagación de efectos nocivos a raíz de la *interacción entre conductas individuales*.<sup>41</sup> Todos han contribuido adecuadamente a generar el daño, la responsabilidad del conjunto es objetiva y solidaria.

Al damnificado le basta con probar la vinculación del accionar del grupo riesgoso con el daño causado. Los integrantes del grupo para eximirse de responder deberán demostrar que no forman parte del grupo. Demostrar que no se contribuyó a causar el perjuicio, causal que exime de responder en el caso de la responsabilidad colectiva por autor anónimo (1760 y 1761) no exime de responsabilidad cuando el daño lo causa un grupo peligroso en sí mismo (1762).

---

<sup>40</sup> Lorenzetti Ricardo Luis, "Código Comercial de la Nación comentado" T. VIII, ob. cit., págs. 611 y 612.

<sup>41</sup> Zavala de González Matilde – González Zavala Rodolfo, "La Responsabilidad civil en el nuevo código", T. IV, ob. cit., pág. 52.

Ejemplos de esta responsabilidad por el accionar de grupos peligrosos, son las carreras ilegales de automovilistas que actúan en conjunto en la vía pública (picadas) o los daños ocasionados por “barras bravas” durante un espectáculo público.

## IX. El Derecho Comparado

Especial mención merece el *Código Civil Alemán (BGB)* que prevé expresamente la responsabilidad colectiva. Es destacable lo previsto en el parágrafo 830 de dicho cuerpo legal:

“(1). Si varios han causado un daño mediante un acto ilícito realizado conjuntamente, cada uno de ellos es responsable del daño. Lo mismo rige si no resulta posible determinar cuál de todos los partícipes ha causado el daño. (2) Los inductores y cómplices se equiparán a los coautores.”

El parág. 830 se complementa con lo dispuesto en el parág. 840: “Si para el daño que resulta de un acto ilícito son responsables varias personas conjuntamente, éstas responden como deudores solidarios”.<sup>42</sup>

Decía Larenz en 1959, sobre el parágrafo 830 del BGB y con especial referencia a la *culpa como factor de atribución*:

“Por excepción, es suficiente para fundamentar la responsabilidad que se dé la *posibilidad* de que una persona haya podido causar un daño, o sea, cuando ha participado con otros varios en una acción susceptible de producir daños, en cuyo desarrollo estos se han realizado, sin que pueda averiguarse quien fue el verdadero autor del daño... cada uno de los varios ‘partícipes’ responde por la totalidad del daño, presuponiendo que le afecte un reproche de culpa. No es necesario que la actuación peligrosa de varios se base en un acuerdo entre ellos; basta que según el criterio de la práctica integren un fe-

---

<sup>42</sup> Código Civil Alemán, Bürgerliches Gesetzbuch, Director Albert Lamarca Marquèz, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 240 y 242 (con las modificaciones al derecho de las obligaciones en el BGB acontecidas en noviembre de 2001 y en vigencia desde 2002).



nómeno unitario. Así, cuando varios, aunque sea ‘espontáneamente’, participan en una riña o insolentemente arrojan piedras por la ladera de una orca; si en la riña o por una piedra es muerta o lesionada una persona, no se podrá normalmente determinar cuál de los partícipes en el hecho dio el golpe funesto o arrojó la piedra causante de la muerte o las lesiones, pero es seguro que ha sido uno de ellos y por ello debe afectar a toda la misma culpabilidad. La igualdad de inculpación justifica la responsabilidad solidaria de todos los ‘partícipes’, aunque solo uno de ellos haya producido el resultado”<sup>43</sup>

La jurisprudencia alemana ha hecho aplicación del parág. 830 a diversas hipótesis de “*causalidad alternativa*” cuando no se puede asegurar cual fue al autor concreto del perjuicio. Y se ha dicho que hay una *presunción de causalidad a favor del ofendido, lo que invierte la carga probatoria*. El fundamento de la responsabilidad grupal radica en *un riesgo a través de una actividad de peligro*, que se concreta mediante la conducta de uno de ellos que permanece sin identificar.<sup>44</sup>

El *Código Civil Francés* no incorporó expresamente una norma general sobre la cuestión que nos ocupa, probablemente porque, al estar imbuido de la idea de que la culpa es *personal*, no podía admitir que se considerase responsable a un individuo al que no pudiera atribuirse con seguridad la actuación causante del daño. La doctrina francesa ha formulado algunos análisis interesantes. Muy significativo es el tratamiento que le da Viney, que se inclina hacia la fórmula –mayoritaria entre los autores de aquel país– *de la solidaridad de todos los miembros del grupo de que hubiese formado parte (sin identificación individual) el causante del hecho lesivo*. Esta autora trata lo que denomina “la responsabilidad *in solidum* de los miembros de un grupo cuya acción dañosa no es ‘individualmente imputada’<sup>45</sup>.”

La doctrina francesa moderna ha seguido la evolución marcada por su jurisprudencia, que inicialmente descartó la responsabilidad si la causalidad (es decir, la acción) no podía ser individualizada. Pero la propia jurisprudencia encontró paliativos para aminorar la injusticia del resultado, sobre todo por el camino de encontrar una responsabilidad del grupo, estimando que es “*conducta culposa*” del

---

<sup>43</sup> Larenz, “Derecho de Obligaciones” edición especial, T. II, Madrid, 1959, págs. 625, 626.

<sup>44</sup> Hedemann J.W., “Derecho de Obligaciones”, volumen III, Editorial de derecho privado, Madrid, 1958, pág. 545.

<sup>45</sup> Viney Genevieve, “Le declin de la responsabilite individuelle”, Paris, 1965, págs. 367-380.

conjunto el no tomar las precauciones para evitar el daño o el montar inadecuadamente una actividad colectiva.<sup>46</sup>

Aduno al presente comentario que por ley del 4 de junio de 1970 se reformó el Código Penal Francés penándose a los participantes voluntarios en la acción de grupos de los que resulte violencia contra las personas o daños a los bienes (art. 314). La norma establece la responsabilidad civil solidaria de quienes hubiesen sido condenados en sede penal. Fue dictada después de los hechos de protesta que caracterizaron el Mayo Francés de 1968 para poner fin a la escalada de violencia. No refiere a la falta de individualización del autor del perjuicio grupal, lo cual lleva, bajo las perspectivas de Pizarro y Vallespinos, a una figura más agravada que no concuerda con las tradicionales.<sup>47</sup>

Como novedad, en septiembre de 2005 se entregó al Ministerio de Justicia de Francia un proyecto de reforma al Código Civil, del que participaron entre otros juristas franceses: Viney, Durry y Cornu, Receipta en una norma específica la doctrina y jurisprudencia francesas y se acoge la idea de responsabilidad solidaria de los miembros de un grupo cuando un daño es producido por uno de sus integrantes no identificado, salvo que aquellos demuestren que no han podido ser el autor.

Por su parte el *Código Civil Español* tampoco contiene una regla general, y dio lugar al debate doctrinario, plasmándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha optado por la fórmula de la condena solidaria de todos los miembros del grupo del que formaba parte el integrante (desconocido) que produjo el daño.<sup>48</sup> En un interesante análisis Rodrigo Barría Díaz, bajo la dirección de Eugenio Llamas Pombo, desarrolla la temática del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y los supuestos de responsabilidad colectiva en la legislación especial española.<sup>49</sup>

En el *Derecho anglosajón*, donde rige el Common Law, el *case system* ha llegado a una solución: hay un tipo especial de situación en el que la regla clásica de que la carga de la prueba de la causalidad corresponde al demandante se ha suavizado. Hay una doble culpa claramente establecida y la responsabilidad es alternativa; cuando, por ejemplo, dos personas disparan negligentemente en un camino y el demandante es alcanzado por un disparo sin saberse de que fusil pro-

---

<sup>46</sup> De Ángel Yaguez Ricardo, "Actuación dañosa de los grupos", ob. cit.

<sup>47</sup> Pizarro- Vallespinos, "Tratado de la Responsabilidad civil", ob. cit., pág. 524.

<sup>48</sup> De Ángel Yaguez Ricardo, "Actuación dañosa de los grupos", ob. cit., pág. 141.

<sup>49</sup> Barría Díaz Rodrigo, "El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo", ob. cit.

cede; está claro que ambos sujetos fueron negligentes, pero solo uno ha causado la lesión. En vez de rechazar la acción contra ambos por falta de prueba, los tribunales han desplegado una notable agudeza para encontrar un concierto de acciones y poder imponer a ambos la indemnización. Así podemos destacar el Fallo de la Corte Suprema de California de los Estados Unidos de Norteamérica: “*Summer vs. Tice*”<sup>50</sup> y en un sentido equiparable, la Corte Suprema de Canadá en el precedente “*Cook v. Lewis*” de 1951.<sup>51</sup>

El **Código Civil Italiano** no contempla un principio general de responsabilidad colectiva por autor anónimo. Sí se prevé la figura de la coautoría, esto es, el daño cometido por varios sujetos en forma conjunta y con determinación de sus identidades, y el grado de intervención en la producción del daño que ha tenido cada uno de ellos. Todos están obligados solidariamente al resarcimiento en la medida determinada por la gravedad de la respectiva culpa y por la entidad de las consecuencias que de ella hubieren derivado. En caso de duda, las culpas de cada uno se presumen iguales (art. 2055 del Código Civil Italiano). Los pocos autores italianos que se han dedicado a la responsabilidad colectiva y la tendencia que sigue la jurisprudencia llama la atención: tienen una línea más bien ortodoxa, apegada a los criterios clásicos de causalidad, concordando en que la prueba de la identidad del autor del daño es labor del ofendido y que su imposibilidad es sinónimo de falta de causalidad, aunque el grupo desde donde parte el accionar esté suficientemente identificado.<sup>52</sup> La crítica de la doctrina española a este punto, es que en el Código Civil Francés la norma del 2050 establece la llamada “Teoría de la actividad peligrosa”; si bien se mantiene la culpa como base de la responsabilidad, dispone la inversión de la carga probatoria de la culpa del autor y amplía el contenido del deber de diligencia puesto a su cargo.<sup>53</sup>

Destaco de los sistemas de Derecho Comparado que hay un predominio del factor de atribución subjetivo: *la culpa*, fundamento que en la interpretación de las normas de nuestro Código Civil y Comercial (arts. 1760. 1761 y 1762), resulta

---

<sup>50</sup> El caso de dos cazadores que dispararon e hirieron a un tercero en forma accidental. La víctima no pudo identificar al autor, la Corte responsabilizó a ambos al pago de una indemnización pues no pudieron comprobar su inocencia. El Tribunal aplicó la inversión de la carga probatoria de la relación causal, en base a criterios de equidad y de consideración a la víctima.

<sup>51</sup> Fleming John, “The Law of Torts”, The Law Book Company Limited, 1977, pág. 301.

<sup>52</sup> Bianca C. Massimo, “Diritto Civile. La Responsabilità”, T. V, Milán, 1994, pág. 648. Barria Díaz Rodrigo, “El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo”, ob. cit., págs. 184 a 186.

<sup>53</sup> De Ángel Yagüez, “Indeterminación del causante de un daño extracontractual”, Revista General de legislación y jurisprudencia, N° 1, Julio de 1983, pág. 56. Visintini, Giovanna, “Tratado de la responsabilidad civil”, T. II, Astrea, 1998, pág. 415.

irrelevante. Considero que la opción por los factores objetivos de atribución sea en la responsabilidad colectiva y anónima, como en el caso de la responsabilidad por el accionar de grupos riesgosos o peligrosos, es una característica distintiva de nuestra legislación actual que prioriza la protección a la víctima del hecho dañoso y el principio general de justicia.

## LA DECLINATORIA DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: EL *FORUM NON CONVENIENS* (FNC)

Pablo E. de Rosas

### I. Introducción

Las leyes internas de los Estados y los tratados internacionales a veces establecen tanto la ley aplicable como también cuál será el juez competente para conocer sobre conflictos de índole internacional privado<sup>1</sup>. El juez nominado es a veces, aunque competente, no siempre es el más conveniente para resolver el caso.

La competencia judicial internacional no siempre tiene una correlación directa con la conveniencia, y aunque las leyes y los tratados internacionales en gran medida buscaron generar dicha correlación, no siempre funciona, y terminan generándose situaciones particulares donde por ejemplo las partes, en razón de dichos tratados internacionales o leyes, deben trasladarse de sus domicilios, o por el contrario, las pruebas se encuentran lejos del juez competente, lo que implica la comisión de la práctica de las mismas y con ello, la generación de retrasos, gastos, y demás problemas asociados a la separación geográfica, que no existirían si se tuviera la posibilidad de contar con jueces más apropiados para el caso en cuestión, que es precisamente lo que se plantea a través de la doctrina del *forum non conveniens* (FNC).

Sin embargo, aunque aparece como una doctrina que soluciona un problema procesal, y resulta considerablemente más favorable para las partes, los testigos o

---

<sup>1</sup> “El Derecho Internacional Privado es el marco jurídico formado por convenciones, protocolos, leyes modelo, guías legislativas, documentos uniformes, jurisprudencia, práctica y costumbre, así como otros documentos e instrumentos, que regula la relación entre individuos en un contexto internacional”: Organización de Estados Americanos [OEA] (2018). Secretaría de Asuntos Jurídicos [SAJ]. Washington, Estados Unidos. Definición tomada de: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho\\_internacional\\_privado.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado.asp)

la práctica de pruebas, es una doctrina fuertemente criticada<sup>2</sup> en la actualidad, bajo argumentos como que él DIPr cuenta con los elementos suficientes para solucionar los problemas planteados<sup>3</sup> y que además es una doctrina que legaliza la discriminación a través del beneficio otorgado a quienes son considerados como “no extranjeros”<sup>4</sup>.

Este artículo busca analizar la viabilidad de la doctrina del FNC en la actualidad, teniendo en cuenta tanto fenómenos como la interdependencia económica de los Estados y la globalización, siendo un fenómeno humano que ha tenido un alcance más general que cualquier otro y que ha cambiado y seguirá cambiando las tendencias y conceptos, generando una mutación jurídica profunda<sup>5</sup>, esto, a través del análisis objetivo de las críticas y beneficios planteados de la doctrina, para llegar a la conclusión, de que es una figura, que aunque muchos quieren que entre en desuso, sigue siendo necesaria, sobre todo como solución excepcional a los conflictos internacionales.

## II. Origen del *Forum non conveniens*

Durante el siglo XIX y XX las diferentes revoluciones que se dieron en el mundo, entre ellas las revoluciones del transporte y el intercambio internacional junto con el comercio, las exportaciones y las importaciones, significaron un cambio profundo en las relaciones internacionales, tanto privadas como públicas, que no se habían contemplado previamente en la historia<sup>6</sup>. Esto junto a las teorías cada vez más aceptadas y validadas sobre la expansión de la jurisdicción más allá del territorio de una nación<sup>7</sup>, llevaron a los jueces a considerar la posibilidad de re-

---

<sup>2</sup> Críticos entre los cuales se puede destacar a: Karayanni, M. *Forum non conveniens in the Modern age* (2004). Clermont, K. *The story of Piper: The Forum Matters in Civil Procedures Stories* (2008). Grossi S. *Forum non conveniens as a jurisdictional Doctrine* (2013). Gardner, M *Retiring Forum non conveniens* (2017).

<sup>3</sup> Gardner, M *Retiring Forum non conveniens* (2017). The University of Melbourne Library. Australia.

<sup>4</sup> Pérez Vargas, V. *Los inconvenientes del “Forum Non Conveniens”*. Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

<sup>5</sup> Londoño, N. R. (2016) Tesis Doctoral: *El derecho transnacional y la solución de controversias mercantiles internacionales*. Universidad de Zaragoza-España.

<sup>6</sup> Gardner, M *Retiring Forum non conveniens* (2017). The University of Melbourne Library. Australia.

<sup>7</sup> Raustiala, K. *Does the constitution follow the flag? The evolution of Territoriality in American Law*. (2009).

chazar casos para los que, no obstante ser competentes, no resulta conveniente debatirlos en su jurisdicción. Dicho rechazo se sustenta en la salvaguardia de los principios de justicia y economía procesal, entre otros.

Los primeros en hablar sobre el FNC fueron las cortes escocesas, estas “desarrollaron una práctica en la década de los 1800s de la jurisdicción decreciente contra los acusados extranjeros cuando su ejercicio sería injusto”<sup>8</sup>. Para estos jueces debía establecerse que una corte diferente poseía jurisdicción sobre el demandado extranjero, y si se juzgaba en dicha corte sería más adecuado para todas las partes y los propios fines de la justicia<sup>9</sup>.

La doctrina del FNC es reconocida como el aporte más importante hecho al DIPr por parte del sistema jurídico escoces, debido a que consiguió dar forma a los principios básicos respecto del FNC que se conocen hoy en todo el *Common Law*. Sin embargo, el rastreo específico de este origen no se ha logrado hallar con certeza, e incluso existen autores que afirman que esta doctrina no se encuentra tan arraigada en el derecho escoces como se creería, y que el primer caso donde claramente fue reconocida fue en 1845 con *M' Morin Vs Cowie*<sup>10</sup> y que antes lo que se aplicaba en escocia era el *forum non competes*<sup>11</sup>, “En otras palabras, de acuerdo con el entendimiento ortodoxo de la doctrina histórica, el FNC es una doctrina que desciende del concepto previo del *Forum non competes*”<sup>12</sup>.

*M' Morin Vs Cowie* es el primer caso reportado en el cual los jueces y el abogado del demandante reconocieron que el demandado estaba en lo cierto al invitar a la corte escocesa a renunciar a su jurisdicción legalmente establecida con el fin de encontrar un foro más apropiado, de hecho, es reconocido como el primer caso donde las cortes escocesas utilizan el término «foro más conveniente» respecto al ejercicio de la jurisdicción.

El caso trataba de un testamento que se había ejecutado en la India, pero el testador había dejado una gran porción de sus bienes en Escocia. Todo el patrimonio se dejó en manos de un albacea. Los herederos iniciaron el proceso en Escocia y trataron de recuperar la suma que, según ellos, les había sido otorgada en el testamento. El defensor argumentó que el caso en cuestión hablaba de un patrimonio en el extranjero y que por ende el tribunal escoces, aunque por su ley

<sup>8</sup> Traducción propia del autor. Gardner, M *Retiring forum non conveniens* (2017). pág. 402. The University of Melbourne Library. Australia.

<sup>9</sup> Spiro, E. *Forum non conveniens*. pág. 334. (1980).

<sup>10</sup> Arzabdeh, A. *The Origins of the Scottish Forum Non Conveniens doctrine*. (2017).

<sup>11</sup> McLachlan, C. *Lis Pendens in International Litigation* (2009).

<sup>12</sup> Traducción del autor. Arzabdeh, A. *Op. Cit.* pág. 4.

procesal era competente, no era la jurisdicción más conveniente para resolver la controversia<sup>13</sup>.

Posterior a los avances que trajo Escocia respecto del FNC, el Reino Unido, como miembro de la Unión Europea, firmó con reserva el Convenio de Bruselas de 1982, manifestando:

Nada en esta ley impedirá que cualquier tribunal en el Reino Unido se detenga, ayude a tachar o desestimar cualquier procedimiento ante él por motivo del *forum non conveniens* o de otro modo, donde hacerlo no es compatible con el convenio de Bruselas<sup>14</sup>.

Lo anterior generando como consecuencia ante el alto número de casos que se dieron sobre el FNC, que la Casa de los Lores estableciera como requisitos obligatorios iniciales para la aplicación del FNC los siguientes:

En orden de justificar la aplicación del FNC, deben darse dos condiciones, una positiva, y otra negativa:

El defendido debe satisfacer a la corte, explicando que existe otro foro competente, cuya jurisdicción es sustancialmente menos inconveniente para las partes, y;

La suspensión o cambio del foro no debe privar al demandante de una legítima ventaja personal o judicial que pueda estar disponible para él en el caso de que haya invocado la jurisdicción de la corte inglesa<sup>15</sup>.

Por su parte, en Estados Unidos, la Corte Suprema al aplicar el *Second Restatement of the conflict of laws* estableció que un Estado no ejercerá jurisdicción si es un foro evidentemente inconveniente para adelantar el juicio, a condición de que exista un foro más apropiado disponible para el demandante<sup>16</sup>.

### III. Concepto actual y requisitos para su aplicación

El FNC es una doctrina utilizada en su mayoría por la familia del derecho anglosajón, como lo son los sistemas de Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá o Australia, entre otras, que busca sentar precedente para sentencias más justas y menos costosas para las partes y el sistema mismo, a través de mayor favorabilidad de la ley aplicable o de la cercanía en relación con temas probatorios.

---

<sup>13</sup> Ibid. pág. 23.

<sup>14</sup> Erwin Spiro, *Forum non conveniens*. (1980), pág. 337.

<sup>15</sup> Ibid., pág. 337.

<sup>16</sup> Ibid., pág. 335.



Este es un principio del Common Law<sup>17</sup> que le otorga al juez la facultad discrecional de declinar el ejercicio de su jurisdicción sobre determinados casos, donde los principios de justicia y conveniencia son favorecidos a través de ello<sup>18</sup>, lo anterior significa que el FNC es ese principio que le otorga la facultad a un juez, un tribunal o corte la posibilidad de rechazar una demanda puesta en su jurisdicción o foro, no por falta de competencia, sino por falta de conveniencia.

Así, dicho juez, tribunal o corte es legalmente competente para juzgar lo sucedido, pero por razones fácticas, probatorias, económicas y sobre todo de justicia, su jurisdicción o foro no es el más conveniente para las partes y la resolución del proceso mismo, generando así, o el rechazo de la demanda y la recomendación de acudir a un foro existente competente considerado más conveniente, cuando el juez lo reconoce de oficio, o la aceptación de aquel foro sugerido por la defensa del demandando, cuando es a petición de parte.

De acuerdo con un artículo publicado por la Universidad de Cornell (EE. UU.) llamado “*Forum non conveniens*”<sup>19</sup> cuando un demandado presenta la petición o moción para una transferencia por FNC, el tribunal, que actualmente es el tribunal competente, deberá analizar el caso detenidamente y sopesar dos situaciones:

Realizar la prueba del equilibrio: En esta prueba debe buscar equilibrar los factores privados y públicos de aceptar o no la moción del FNC, verificando:

**Factores privados:**

**Facilidad de acceso a la evidencia.**

Interés de las dos partes en sus conexiones con los respectivos foros competentes.

Si el tribunal elegido por el demandante sería más gravoso para el demandado: Si un tribunal determina como verdadero este factor, a menudo es suficiente para desestimar el caso y aceptar la moción del FNC.

**Facilidad de obtención de testigos.**

---

<sup>17</sup> El Common Law es el derecho común o Derecho consuetudinario vigente para la mayoría de los países de tradición anglosajona. En sentido estricto se puede decir que es el sistema jurídico creado en Inglaterra tras la conquista normanda (1066), Se llama Common porque pasó a ser el derecho de aplicación general en todo el reino por parte de los tribunales del Rey, los cuales seguían un mismo conjunto de principios y reglas jurídicas. En un sentido más amplio se habla de Common law para referirse a aquel sistema legal basado, primordialmente, en las decisiones adoptadas por los tribunales, en contraste con los sistemas de Derecho civil.

<sup>18</sup> Loy, L.A.L, *Forum Non Conveniens*. (2004) The University of Melbourne Library, pág. 1643.

<sup>19</sup> Legal Information Institute. (s.f.). Cornell Law School. Obtenido de Legal Information Institute: [https://www.law.cornell.edu/wex/forum\\_non\\_conveniens](https://www.law.cornell.edu/wex/forum_non_conveniens).

### **Exigibilidad del juicio.**

**Factores públicos:** Si el juicio involucra múltiples conjuntos de leyes, por lo tanto, podría confundir a un jurado (que no es experto en ley).

Jurados que puedan tener relación con el caso.

Tener el juicio en un lugar donde rigen las leyes estatales.

Prueba de consulta alternativa adecuada:

El demandante debe ofrecer un tribunal alternativo que pueda escuchar el caso.

El tribunal alternativo debe tener la capacidad de proporcionar una demanda adecuada al demandante.

Adicionalmente, el juez, tribunal o corte solo podrá invocar como favorable el FNC, si previamente al análisis expresado anteriormente se encontró que:

La corte que actualmente lleva el proceso es seriamente inconveniente para la solución del caso.

Existe un tribunal sustancialmente más apropiado o conveniente, que está disponible para la reclamación del demandante, y que este no perderá derechos en ese nuevo foro.

## **IV. Casos relevantes**

Uno de los casos más reconocidos del FNC es *Piper Aircraft Co. V. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981), en el cual, el sobreviviente a un accidente aéreo en Escocia demanda a las compañías productoras del avión en la Corte Suprema de California, Estados Unidos; los demandados solicitan que se rechace la demanda y se mueva el foro para la Corte Suprema de Pensilvania, ya que este es su foro de residencia. La Corte Suprema de apelación utiliza este caso para establecer de manera clara los requisitos de aplicación de FNC, indicando que se debe tener en consideración la localización de los posibles testigos y la evidencia relevante, la existencia de otro foro competente, la favorabilidad de la ley aplicable en el nuevo foro en comparación con el foro no conveniente y las situaciones de políticas públicas.

Otro de los casos más sonados del FNC es *Sinochm International Co. LTD Vs Malaysia International Corp Envio* (2007)<sup>20</sup> en el que la Corte Suprema de los Es-

---

<sup>20</sup> Sinochm International Co. LTD Vs Malaysia International Corp Envio (2007) Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

tados Unidos de América, sostuvo que un tribunal federal puede escuchar y aprobar una sentencia sobre un reclamo de FNC, incluso si ese tribunal no necesariamente tiene jurisdicción sobre el tema. Aquí el tribunal competente sostuvo que, si bien los tribunales generalmente deben considerar la jurisdicción personal y la jurisdicción de materia antes de conocer un caso de fondo, este procedimiento no se aplica necesariamente cuando se consideran cuestiones no limitadas a la ley, y se debe, por la gravedad del caso, tener en cuenta elementos facticos y probatorios diferenciadores.

Adicionalmente, en el caso *Atlantic Maine Construction CO VS United States District Court for the Western District of Texas*<sup>21</sup> (2013), la Corte Suprema de Estados Unidos de América aclaró que al otorgar un reclamo de FNC, el tribunal debe tener en cuenta que:

Para la conveniencia de las partes y los testigos, en interés de la justicia, un tribunal de distrito puede transferir cualquier acción civil a cualquier otro distrito o división donde podría haber sido llevado o a cualquier distrito o división a la que las partes han dado su consentimiento.

Finalmente, unos ejemplos del cumplimiento de los requisitos previamente mencionados, y destacados en las cortes inglesas se presentaron en dos casos, primero en *St Pieere's case*, donde el demandado en el proceso inglés, era el demandante en otro proceso en Chile por iguales circunstancias, es decir, el mismo caso, con los mismos hechos, y las mismas partes, estaba siendo llevado en dos lugares del mundo, teniendo estos hechos una mayor cercanía probatoria con Chile, ya que este fue el lugar de ejecución del contrato, por lo que quedarse en la corte inglesa no era procedente; segundo en el caso de *Atlantic Start*, donde el demandado lo era tanto en la corte inglesa como en la corte belga, esto es, el demandante tomó la decisión de presentar demanda tanto en la corte inglesa como en la belga, basado en el hecho de que este demandado era inglés, por lo que consideraba pertinente demandarlo en su domicilio principal, conforme a varios de los principios de DIPr, no obstante, el lugar principal del suceso de los hechos era Bélgica, por lo que la corte inglesa tomó la decisión de delegar su competencia a una corte belga<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> *Atlantic Marine Construction CO INC VS United States District Court for the Western District of Texas*, 2013.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pág. 337.

## V. Beneficios de la aplicación del *Forum non conveniens*

Existen entonces, diferentes beneficios ante la aplicación de la doctrina del FNC, los cuales permiten afirmar que esta es una doctrina que todavía debe ser usada, al menos de modo excepcional ante los problemas jurisdiccionales que plantea el DIPr. Algunos de estos son:

**Economía:** Para el caso del FNC es posible establecer que esta es una doctrina que genera varios tipos de mejora en la economía, esta puede ser:

**Economía procesal:** La intención del FNC es encontrar un foro más conveniente para la solución del caso, ya que existe un vínculo más estrecho con el suceso factico. Esto genera protección del principio de economía procesal, ya que evita la comisión de la práctica de pruebas, aplazamientos de audiencias basados en difícil acceso a los materiales probatorios, o por el traslado que deben hacer algunas de las partes.

**Economía para las partes:** Implica que, al tener un vínculo más estrecho con el suceso, las partes gasten menos recursos en el traslado de pruebas, testigos, peritajes, entre otros, incluso por el simple hecho de contar con más cercanía territorial.

Genera un ámbito de protección judicial frente a la aplicación del *forum shopping*<sup>23</sup>. Este, es un fenómeno que consiste en que, aprovechando la presencia internacional de diferentes personas, organismos, corporaciones o multinacionales, presentan una demanda para un caso en concreto en distintos lugares del mundo, dependiendo del caso, donde encuentren una jurisdicción o legislación más favorable a ellos, es decir, eligen el foro del caso dependiendo de la conveniencia que encuentren en la legislación de los diferentes países en los que tienen presencia.

Daniel Dorwad en su artículo "*The forum non conveniens doctrine and the judicial protection of multinational corporations from forum shopping plaintiffs*" afirma:

La doctrina del FNC ha evolucionado para resolver el problema particular generado por el *forum shopping*, sobre todo en países como Estados Unidos, donde las cortes americanas deberían seguir aplicado dicho FNC con la intención de proteger el sistema judicial de demandas que realmente son del exterior<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Es un término establecido en el Common Law, que busca definir cuando un demandante debido a sus diferentes ubicaciones territoriales puede escoger entre diferentes jueces, tribunales o cortes, todas competentes para la presentación de una demanda.

<sup>24</sup> D. Dorward, *The forum non conveniens doctrine and the judicial protection of multinational cor-*

Lo anterior significa entonces que, el FNC es una doctrina que permite a sistemas como el americano, inglés o canadiense protegerse a sí mismos de la congestión judicial, que se da algunas veces a causa de que se presenten demandas en dichos países solo por la velocidad del sistema y la conveniencia legislativa para el demandante, y no porque el caso tenga una verdadera conexión con dicho país.

Podría llegarse a decir que se tendrán sentencias más justas, ya que existen varias condiciones, como la intermediación con la que cuenta el juez, tribunal o corte que permiten acceder a las pruebas con mayor facilidad para determinar más allá de toda duda su decisión final.

## VI. Críticas al *Forum non conveniens*

Maggie Gardner en su artículo “*Retiring Forum non conveniens*” aclara cuales son las críticas más fuertes que tiene la aplicación de la figura, y argumenta, que esta debe entrar en un desuso por parte de los jueces, tribunales y cortes en los diferentes países, ya que afirma:

**Perjudica el acceso a la justicia:** quien presenta una demanda, lo hace pensando en elementos que van más allá del simple suceso factico, debido a que, durante la configuración misma de una demanda, se tienen en cuenta elementos como legislación, costumbres, precedente judicial, entre otros, que hacen, que una vez sea modificado el foro seleccionado inicialmente por el demandante. Las “ventajas” si es posible llamarlas así, se conviertan en una desventaja, puesto que el demandante se ve obligado a encajar sus argumentos jurídicos en una legislación para la cual no preparó una demanda, es decir, al momento de tomarse la decisión de presentar una demanda, quien la desarrolla, tiene en cuenta elementos legislativos, facticos, de costumbre o de precedente judicial que usará como argumentos para la defensa de su acción, así las cosas, el demandante se prepara para determinadas condiciones procesales y materiales, que, cuando el foro es cambiado, por uno más conveniente, se convierte en una desventaja para ese demandante, ya que le cambian el contexto con el cual concibió la demanda inicial, lo cual termina perjudicando un acceso transparente a la justicia para ese demandando.

---

porations from forum shopping plaintiffs, pág. 142.

No obstante lo anterior, es posible afirmar que esta es una crítica fácil de superar, si se tiene en cuenta que la modificación del foro se solicita durante la contestación de la demanda, lo que implica, que ese demandando, una vez se dé la aprobación del cambio de foro, está en su derecho de modificar la demanda, y analizar, cuales argumentos son pertinentes agregar o quitar.

Adicionalmente todo caso internacional lleva consigo una mayor carga de trabajo, pues se trata de situaciones que al estar en contacto legislaciones foráneas que le son potencialmente aplicables, el demandante tiene que contar con la asesoría en esas normas, no puede presumirse que siempre la ley aplicable será la del domicilio del demandado por cuanto el DIPr puede establecer otra cosa. De igual forma, una de las condiciones para que se de ese cambio de foro, es el no desfavorecimiento del demandante, es decir, que el demandante no entre en una situación de desventaja en ese nuevo y más conveniente foro, por lo que esta crítica pierde su relevancia.

**No cuenta con elementos universales de aplicación:** es una doctrina que por tratarse de aplicación global debería contar con requisitos establecidos de manera internacional, sin embargo, cada Estado puede aplicarla a su criterio, lo que genera que no exista seguridad jurídica al momento de solicitar su aplicación, ya que no es predecible para las partes, por cuanto no existe un criterio unificado. Realmente, es una doctrina discrecional, lo que genera vacíos en temas de transparencia principalmente para las partes.

El DIPr solo en casos excepcionales como el Tratado de Montevideo de 1889, el Código Bustamante o los Reglamentos de la Unión Europea como Roma I o Bruselas Bis, han sido construcciones convenidas internacionalmente, de hecho ha sido todo lo contrario, la regla general es que las soluciones a los problemas privados internacionales se hayan gestado como consecuencia de desarrollos de derecho interno, especialmente en el ámbito de las cuestiones procesales, como está, dónde la territorialidad absoluta de las normas procesales impide la creación de formulaciones convencionales o transnacionales que transformen una prerrogativa judicial. Pretender una revisión global de la figura no es más que un rezago de las fallidas tesis universalistas que actualmente es imposible predicar.

**Genera conflictos de interés para el juez que debe decidir si aplica o no el FNC:** Esta es una doctrina, que consideran algunos no cuenta con unos criterios claros de aplicación, ya que en su mayoría dependen de la ponderación subjetiva del juez, lo que genera, para esos críticos al FNC, que se radique en cabeza del

juez la posibilidad de generar un desbalance, al encontrarse parcializado por una de las partes, y decidir declararse no competente favoreciendo los intereses del demandado.

No obstante, la aplicación del FNC debe ser perfectamente motivada por el juez, lo que trae por consecuencia que, si este juez se encuentra parcializado, sea lo suficientemente evidente para las partes, y pueda ser apelada, y en consecuencia desvirtuada la decisión a favor del FNC. Adicionalmente, el juez siempre tendrá que ponderar la toma de decisiones mientras cumple su función, ya que no existe una tarifa legal o criterios objetivos exactos que lo lleven a decidir sobre determinados casos, es decir, se parte de la base que el juez cuenta con los criterios suficientes para ponderar situaciones y con base a dichas situaciones tomar decisiones, y desvirtuar esta capacidad de toma de decisiones, sería como eliminar la capacidad del juez mismo de cumplir su función de juez, y decir, que este no es más que un simple operador de la ley.

## VII. Aplicación excepcional del *forum non conveniens*

Como se ha dicho anteriormente, la doctrina del FNC, es un principio que le permite al juez inicialmente competente, declararse como no competente, debido a la existencia de un juez o foro más conveniente. No obstante, esta no es una doctrina que se aplica de manera general, ya que tiene por finalidad, no solo el buscar un foro más conveniente en pro de la justicia y la economía, sino, además, que busca llenar vacíos que el DIPr dejó, en el momento en que fue concebido, lo que lleva a afirmar, que este es una doctrina que es viable como solución, pero a través de una aplicación excepcional.

Es por ello que se vuelve pertinente explicar ¿qué significa una aplicación excepcional? Esta implica que, cuando el DIPr tenga problemas, que permiten fenómenos como *el forum shopping* o el abuso de una de las partes de su posición dominante en determinado territorio, el FNC deberá ser aplicado, es decir, deberá ser aplicado, no solo cuando se dé el cumplimiento de los requisitos expresados anteriormente, determinados por cada Estado, sino además, cuando la situación privada internacional, así lo amerite, cuando no sea posible un mecanismo diferente a la justicia ordinaria para la solución del conflicto, como lo es el arbitraje internacional, la mediación o incluso la negociación directa.

Lo anterior significa que, por regla general se plantean Medios Alternativos a la Solución de Conflictos (MASC), cuando se está en presencia de un contrato internacional o de una situación privada internacional arbitrable, que son concebidos por la partes desde el inicio de la relación misma, con la finalidad de solucionar cualquier controversia originada en el contrato o en la situación misma: Pero existe la posibilidad de que dichos MASC no sean concebidos dentro de la relación internacional, o que estos no sean permitidos por la ley por no ser mediable o arbitrable la cuestión, lo que lleva a las partes, a buscar la justicia ordinaria de los Estados, en la cual es posible, una vez se dé el cumplimiento de los requisitos de aplicación del FNC que se aplique la figura, para ese caso en específico.

### VIII. Conclusiones

Las críticas a la doctrina del FNC pueden ser descartadas a través de los beneficios que plantea la aplicación de la misma doctrina y los problemas del Derecho Internacional Privado (DIPr). No es posible desconocer que la globalización en las relaciones privadas ha generado cambios que el DIPr desde su concepción no pudo prever, y que, en consecuencia, generó problemas procesales, que pueden ser solucionados con la aplicación excepcional del FNC.

Vale la pena destacar de todos ellos, la solución que brinda el FNC al *forum shopping*, y aunque este no es una solución definitiva a dicha circunstancia, ya que siempre existirá la posibilidad, en algunos procesos internacionales, en su mayoría de alta relevancia, que una de las partes, en este caso, el demandante, tenga la posibilidad de seleccionar un foro más conveniente a su posición, debido a la presencia multinacional con que cuenta, o a los hechos mismos del caso, el FNC permite a la contraparte presentar al juez un foro más conveniente, dando prevalencia los principios de justicia y economía, que lleven a equilibrar el proceso, que es una de las finalidades mismas del derecho.

Por otro lado, es innegable que el FNC es una doctrina que requiere de unos requisitos mínimos, para sanear esos defectos de seguridad jurídica planteados por los críticos, requisitos, que ya se encuentran plasmados en las diferentes legislaciones donde se acepta la aplicación del FNC, y que a través de los diferentes mecanismos multilaterales existentes en el mundo en este momento, solo se requiere de una unificación en la materia, y posiblemente, llegar como solución a



algunos de los problemas que se presentan en países de tradición romano-germánica. Esto es, a pesar de ser una doctrina existente y probada en varios casos en el Common Law, es una doctrina poco usada en países de derecho continental, que podría servir como una clara solución a muchos inconvenientes prácticos que surgen en el desarrollo de casos, los cuales son generados por la localización distante de las evidencias del foro competente o por la necesidad que surge para alguna de las partes o ambas partes, de trasladarse a una larga distancia para llegar al foro competente o incluso, para evitar el *forum shopping* en tales países.

Se puede apreciar, a través del FNC la libertad que se concede a los jueces con la finalidad de permitirles llegar a un resultado equitativo, pues no se espera que la aplicación del derecho sea necesariamente una operación de estricta lógica.

La obvia desventaja es que se sacrifica la seguridad jurídica a costa de la equidad, pero que, como se dijo anteriormente, es una seguridad jurídica que puede ser mejorada a través de la identificación clara de los requisitos de aplicación. “Se considera aceptable cierto nivel de incertidumbre con tal de lograr un resultado que el juez considere equitativo”<sup>25</sup>. En conclusión, es una doctrina que se presenta como solución excepcional y que, aunque puede requerir de una reforma, ya que la buena disposición de cooperar requiere de ajustes legales que respondan a los requerimientos de la época actual, el FNC es una figura que deberá seguir siendo aplicada, ya que además de los argumentos expresados anteriormente, esta busca satisfacer el principio de justicia, el cual es el fin último del derecho.

## Bibliografía

- *Arzandeh, Ardavan*. “Forum (Non) Conveniens in England: Past, Present and Future”. Oxford: Hart Publishing, 2019. xxiv + 157 págs. Hardback.
- *Atlantic Marine Construction CO INC VS United States* District Court for the Western District of Texas, 12-929 (Supreme Court of United States of America - 9 de octubre de 2013).
- *Dorward, D. J.* (1998). The Forum non Conveniens doctrine and the judicial protection of multinational corporations from the Forum Shopping Plaintiffs. Pennsylvania: University of Pennsylvania Law School.

---

<sup>25</sup> González, Rivas. E “La Doctrina del Forum Non Conveniens” (2005) pág. 7.

- *González Rivas, E.* “La Doctrina del Forum Non Conveniens” (2005).
- *Legal Information Institute. Cornell Law School.* [https://www.law.cornell.edu/wex/forum\\_non\\_conveniensiens](https://www.law.cornell.edu/wex/forum_non_conveniensiens)
- *McLachlan, C.* (2009). *Lis Pendens in International Litigation.* Boston: Martinus Nihoff Publishers. *Organización de Estados Americanos, Secretaria de Asuntos Jurídicos.* (2018). [www.oas.org](http://www.oas.org). Obtenido de Secretaria de Asuntos jurídicos: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho\\_internacional\\_privado.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado.asp)
- *Perez Vargas, Victor Guillermo.* “Los inconvenientes del Forum Non Conveniens”. Sistema de Bibliotecas de la Universidad de Costa Rica. 2017.
- *Sinochem International CO LTD VS Malaysia International Shipping CORP,* 06-12 (Supreme Court of the United States 5 de marzo de 2007).

## LA IMPOSICIÓN DE COSTAS A LOS ABOGADOS NATURALEZA JURÍDICA

Pascual Eduardo Alferillo

### I. Introducción

La Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza dictó, en fecha 28 de marzo 2023, sentencia en el caso “Villarruel Carlos Alfredo C/ Gobierno Provincia de Mendoza – Casas Juan M. A. – Peralta Marisa Daniela y Krochick Marcos S/ Responsabilidad de Magistrado”, Foja: 329 Cuij: 13-05364542-3/1((012052-267591)), definiendo la imposición en costas, en forma solidaria, a los letrados de la parte vencida.

Para arribar a esta conclusión, los magistrados, en primer lugar, se destacan el análisis de la legitimación del actor para reclamar el daño al bienestar espiritual conocido tradicionalmente como “daño moral” de conformidad a la letra del art. 1741 del Código Civil y Comercial.<sup>1</sup>

La otra cuestión examinada, por la magistrada preopinante, se focaliza en la responsabilidad de los sujetos pasivos demandados. Al respecto, se discriminó entre la responsabilidad del Estado mendocino por los hechos anómalos atribuidos a sus magistrados en el ejercicio de su función.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Alferillo, Pascual Eduardo, El daño moral, Biblioteca de derecho civil, ediciones Olejnik, Santiago, Chile 2022; “Reflexiones sobre el concepto y carga probatoria del daño moral”, RCyS 2012-II, 128; “EL daño psíquico y moral emergente del fallecimiento del padre por mala praxis”, La Ley 17/02/2020, 6, Cita Online: AR/DOC/3458/2019; “El daño moral contractual y el origen de la ilicitud”, LLGran Cuyo 2011 (marzo), 113; “El desvinculo del menoscabo psíquico del daño moral”, en “Revista de Derecho de Daños”, (Rubinzal Culzoni – Editores, Santa Fe, Argentina), 2009-3, “Daños a la Persona”, pág. 29; “Cuantificación del daño moral en el Código Civil y Comercial”, RCyS2020-IV, 3, AR/DOC/643/2020; entre otros.

<sup>2</sup> Alferillo, Pascual Eduardo, “Responsabilidad del estado por daño derivado del funcionamiento de la administración de justicia”; Revista de Derecho de Daño – Responsabilidad del Estado – Editorial Rubinzal Culzoni – 2010-3, Setiembre 2010, pág. 33; Alferillo, Pascual E. - Rugna, Agustín, La responsabilidad del Estado por la actividad judicial en la doctrina de la Corte Federal, La Ley 2006-E,

Estos temas fueron estudiados por los juristas con variados comentarios que se exhiben en el contenido del fallo, razón por la cual, más allá del permanente interés que despierta, su estudio, el tema de la imposición de las costas a los abogados genera un atractivo especial, atendiendo que no se trata de una materia debatida cotidianamente, sino por el contrario, es una facultad excepcional acordada a los jueces por el art. 36 inc. IV del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la provincia de Mendoza.

**En similar sentido el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Rioja<sup>3</sup>, regula en su art. 161:**

“Costas al magistrado, abogados o auxiliares. Las costas que se devengaren por motivo de la anulación de actuaciones podrán ser impuestas a los magistrados, funcionarios, empleados, peritos profesionales u otros auxiliares que las hubiesen ocasionado. Los abogados y procuradores serán condenados en costas personalmente, cuando actuaren con notorio desconocimiento del derecho, negligencia, falta de probidad o de lealtad procesal”<sup>4</sup>

Ello, induce a meditar sobre es la ponderación que formulan los tribunales de la provincia de Mendoza, al actuar de los abogados en el marco de los procesos litigiosos ante los tribunales, para definir posición si ello es una solución adecuada o no para encuadrar dentro de la ley la buena praxis profesional.

---

468-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo IV, 1369; Evolución normativa y jurisprudencial del régimen de la responsabilidad del Estado a posteriori de la sanción del Código Civil y Comercial, La Ley 05/04/2022, 6, TR LALEY AR/DOC/1175/2022; entre otros.

<sup>3</sup> LEY 1.575, La Rioja, 29 de Septiembre de 1950, Boletín Oficial, 3 de Octubre de 1950.

<sup>4</sup> Gozaini, Osvaldo Alfredo, Costas Procesales, Tercera Edición, con la colaboración de Claudio Giannone, Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 121. El autor describe: “Imposición de costas al abogado i) Dos son los aspectos esenciales que podemos señalar: en una primera línea surge la responsabilidad procesal del abogado que por su propio error o ineficiencia ocasiona el desgaste jurisdiccional o la actuación inútil y dispendiosa. Son los supuestos en que se admite condenarlo en costas, toda vez que las partes poco o nada han tenido que ver con la nulidad del proceso.

En segundo lugar, se aprecia la responsabilidad objetiva del profesional que ejerce un oficio para el que se encuentra legalmente capacitado, y en el cumplimiento de esos deberes viola una y otra vez el adecuado desenvolvimiento de su rol”.

## II. Los fundamentos genéricos del fallo

En la tercera parte de los considerandos de la sentencia, donde se definía la imposición de las costas, se efectúa una prolongada fundamentación acorde con la trascendencia de la decisión adoptada para la plétora de abogados de la jurisdicción.

La magistrada ponente sostuvo que “atento al resultado al que se arriba, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 36 inc. I del CPCCTM, las costas deben ser impuestas al accionante vencido.

Ahora bien, los demandados han solicitado al contestar la demanda que las costas sean impuestas en forma solidaria con los profesionales del actor, ante la temeridad evidenciada en el monto de la demanda que no reconoce antecedente jurisprudencial alguno, por tratarse de una pretensión irrazonable que muestra que la dirección técnica adoleció de errores científicos inexcusables, notorio desconocimiento del derecho y falta de probidad.

El art. 36 inc. IV del CPCCTM, que reproduce literalmente lo dispuesto en el Código anterior, establece que los representantes y abogados podrán ser condenados en costas cuando actúen con notorio desconocimiento del derecho, negligencia o falta de probidad o lealtad.

Los precedentes de esta Sala parten de la naturaleza subjetiva de la sanción consistente en la imposición de costas a los abogados; de esta regla derivan las siguientes consecuencias:

(a) La imposición de costas al abogado se funda en criterios subjetivos de imputabilidad; es decir, debe mediar culpa (doctrina y jurisprudencia citada en los precedentes de la Sala, en especial el del 6/8/1992 recaído in re “Banco de Mza. c/ Cofim” 229-45, publicado en JA 1993-III-672; conf. sentencias del 2/2/1993, LS 234-279, del 6/3/1995, LS 253-439; 27/7/2001, LS 302-74; 13/4/2005, LS 349-199; 6/6/2006, LS 366-168, etc...

(b) Esa culpa puede surgir de los hechos mismos, de las propias constancias de la causa. Un supuesto en el que la culpa surge de los propios hechos es el de la irrazonabilidad de los montos reclamados (sentencia del 20/2/1995, “Alimendoza SA c/Elías Majul y Oscar Eduardo Ruiti p/Daños y Perjuicios s/Inc.”, LS 253-264).

(c) Cuando excepcionalmente los jueces hacen uso de la atribución fijada en el art. 36 del CPC, deben analizar cuidadosamente todas las circunstancias

fácticas y jurídicas que surgen del expediente y motivar de modo suficiente la sentencia (Ver LS 234-284). (LS 399-234, 08/04/2009)”<sup>5</sup>.

En esta primera parte relata, en términos conceptuales genéricos, los antecedentes normativos y precedentes, en los cuales se perfilaron los presupuestos para imponer las costas a los profesionales de la abogacía.

En un esfuerzo interpretativo, el fallo, procura marcar algunas preocupaciones y precisar el alcance de los fundamentos que se exponen para justificar *in concreto*, la imposición en costas a los abogados.

### III. Los fundamentos diferenciados para imponer las costas, contenidos en el art. 36 Cód. Proc. Civ.

#### 3.1. El principio objetivo de la derrota

En los dos primeros incisos del art. 36 del C.P.C.C.T.M., siguiendo la tradición nacional, se adoptó, como fundamento para la imposición de las costas, el principio objetivo de la derrota. Es por ello, que regula:

“Condena en costas. I.- El vencido será condenado en costas sin necesidad de pedido de su contrario y en la proporción en la cual pros-

---

<sup>5</sup> El fallo comentado completa la parte genérica de los fundamentos expresando que “con otra integración, esta Sala consideró aplicable la norma citada, teniendo en consideración, entre otras circunstancias: 1) que el accionar del letrado de los actores estaba signado por una sucesión de gravísimos errores de orden jurídico procesal y sustantivo que denotaba un notorio desconocimiento del derecho. 2) La demanda había sido entablada de un modo tan oscuro y ambiguo que había determinado un esfuerzo singular de los magistrados para lograr desentrañar el carácter del reclamo. 3) Se habían invocado calidades para fundar la legitimación activa y no se había ofrecido prueba idónea para acreditarlas. 4) Los desaciertos habían provocado la resistencia de la contraria y la solución adversa en las sentencias (LS 207-454).

En un reciente pronunciamiento, en el que se confirmó el rechazo de la demanda deducida por incumplimiento de los requisitos impuestos por el art. 156 CPCCTM, este Tribunal hizo uso de esa atribución e impuso las costas al letrado, en razón de que el único tema acerca del cual se habían pronunciado las instancias anteriores era el relativo a la construcción técnicamente defectuosa de los escritos presentados bajo su firma, y no sobre el fondo de los derechos en disputa. En esa dirección, señaló que la actora no había sido derrotada en el examen de sus derechos, por cuanto no se había tenido oportunidad de examinarlos jurisdiccionalmente en razón de la carencia técnica advertida y el incumplimiento del deber del abogado de presentar el caso con el imprescindible rigor (“Boer”, 02/05/2022).

La Sala segunda de este Tribunal también ha hecho uso de esta facultad, aplicando solidariamente las costas al profesional (“Caulla”, 03/08/20; “Fontez”, 25/06/2021, LS 630-100) y ha confirmado sentencias en ese sentido (causas “Luffi”, 17/8/18; “Pardo”, 07/02/22; “Oga”, 29/06/22”).

pere la pretensión del vencedor. El que desiste también. II.- Si hubiere vencimiento recíproco y equivalente, podrá disponerse que cada litigante pague sus costas y la mitad de las comunes...”

Este clásico principio del derecho procesal puede ser bien descripto con lo expresado por la doctrina judicial cuando indicó que

“el art. 68 CPCCN consagra el criterio objetivo de la derrota, como fundamento de la imposición de las costas, que lleva a resarcir a la parte vencedora de los gastos de justicia que debió afrontar para que se le reconozca su derecho que, sin dudas, deben ser reembolsados por la parte vencida, en el caso. La sentencia que estableció las costas por su orden debe ser modificada, imponiéndoselas al vencido”<sup>6</sup>.

Corroborando el criterio, el fallo en el cual se expuso que,

“el ordenamiento procesal vigente adhiere al principio generalmente aceptado en la legislación nacional y extranjera cuyo fundamento reside básicamente en el hecho objetivo de la derrota, como base de la imposición de la condena en costas. El referido principio no es absoluto, ya que el propio Código Procesal contempla distintas excepciones, algunas impuestas por la ley y otras libradas al arbitrio judicial, tal como lo dispone el artículo 68 en su segundo párrafo. Esa norma importa una sensible atenuación al principio general al acordar a los jueces un adecuado marco de arbitrio que deberá ser ponderado en cada caso particular y siempre que resulte justificada tal exención”<sup>7</sup>.

De la jurisprudencia de Mendoza se puede citar:

“El art. 36 Código Procesal Civil, Comercial y Tributario regula la imposición de costas, aplicando el principio “chiovendano” de la de-

---

<sup>6</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala C, “P. L. M. c. L. A. D. y otro s/ Medida precautoria”, 08/03/2023, AR/JUR/17465/2023.

<sup>7</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A,” B., J. P. y otro c. C. DE P. E. C. 5. s/ Medidas precautorias”, 13/02/2023, La Ley Online, AR/JUR/4778/2023. Entre otros fallos similares.

rrota procesal, conforme al cual es el vencido el que debe responder por todos los gastos que tuvo que sufragar el vencedor para el reconocimiento de su derecho. Excepcionalmente pueden ser condenados en costas quienes no son parte, como el mandatario o abogado cuando actuasen estos con notorio desconocimiento del derecho, negligencia o falta de probidad o lealtad, por consiguiente, es en la configuración de estos supuestos en los cuales puede el juzgador imponerle las costas a los letrados que asistieron a la parte perdidosa”<sup>8</sup>.

### *3.2. Cuál es el principio que inspira al inc. IV. del art. 36 CPCCT Mendoza*

La pregunta se impone de Perogrullo, se puede justificar la imposición de las costas a los profesionales de la abogacía, con fundamento en el principio objetivo de la derrota.

*Ab initio*, la respuesta es negativa, a partir de las causales definidas por la propia norma procesal dado que el inc. IV del art. 36 regula que “los representantes y abogados podrán ser condenados en costas cuando actuaren con notorio desconocimiento del derecho, negligencia o falta de probidad o lealtad”.

Como se colige de una primera lectura, las causales son sustancialmente diferente y permite clasificar las mismas, en dos categorías o clases.

Las derivadas de la culpa encuadran en la definición dada por el art. 1724 del Cód. Civ. y Com., que

“la culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión”.

Así, el “desconocimiento del derecho” queda incluido en el marco general de la norma sustancial dentro de “la impericia en el arte o profesión”. Y, el artículo procesal toma únicamente, la causal de “negligencia” descartando a la “imprudencia”.

---

<sup>8</sup> 3º Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción - Mendoza, expte.: 13-04076612-4 – “Alba Roxana Lourdes C/ Grain Gustavo Nicolás P/ D. y P. (Accidente de Tránsito)”, 20/05/2020.



En cuanto a la causal de “falta de probidad o lealtad”, la misma debe tener otro encuadre, por cuanto “*probidad*” se la vincula con la “honradez”. entendida como rectitud de ánimo, integridad en el obrar.

Por su parte, “lealtad”<sup>10</sup>, locución más compleja para precisar en su conceptualización jurídica por cuanto, debería ser entendida, cuando el abogado que no es “fidedigno, verídico y fiel, en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo”.

Las causales autorizadas para imponer las costas a los abogados, por cierto, no están insertas en el principio procesal que se sustenta en el “hecho objetivo de la derrota”.

Descartado este primer encuadre, se debe preguntar, cual es la razón que justifica las causales, su *ratio legis*. ¿Tienen la misma naturaleza o son diferentes? ¿Es una condena que tiende a resarcir daños o tiende a tutelar otro bien jurídico? Ergo: ¿tiene una finalidad resarcitoria u otro propósito diferente?

El primer punto, sobre el cual existe coincidente y unanimidad en el fallo, es considerar que no se trata de una causal “objetiva”, sino “subjetiva”, con lo cual, la atención se focaliza en el análisis del comportamiento de los profesionales de la abogacía en el marco de un proceso judicial.

Así quedó plasmado en varios fallos, cuando se dijo de modo concordante con el fallo anotado, que

“la imposición de costas al vencido de modo solidario con sus representantes y letrados patrocinantes, con respaldo en el apartado IV del artículo 36 de la ley de forma, no es objetiva; por ello, no depende del mero vencimiento del sujeto que fue asistido en el proceso por los letrados. Por el contrario, rige a sus efectos un criterio de imputación subjetivo, que impone la previa comprobación de la culpabilidad (dolo o culpa) del letrado, determinación que puede hacerse evidente, entre otros supuestos, si aquél reclamó lo que no debía reclamar, obrando con falta de probidad o lealtad”<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> RAE: probidad. Del lat. prob?tas, -?tis. 1. f. honradez. Y, honradez. De honrado y -ez. 1. f. Rectitud de ánimo, integridad en el obrar.

<sup>10</sup> RAE: lealtad. De leal. 1. f. Cualidad de leal. 2. f. p. us. Legalidad, verdad, realidad. Y, leal. Del lat. leg?lis. 1. adj. Que guarda a alguien o algo la debida fidelidad. U. t. c. s. 2. adj. Fidedigno, verídico y fiel, en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo. 3. adj. Dicho de una acción: Propia de una persona fiel. 4. adj. Dicho de un animal doméstico, como el perro o el caballo: Que muestra a su dueño cierta especie de amor, fidelidad y reconocimiento. 5. adj. Dicho de una caballería: Que no es falsa.

<sup>11</sup> 1° Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción – Mendoza, expte.: 13-04229129-8 – “Grimal Miloni Antonio Carmelo C/ Manassero Moretti Luis Alberto P/ D. y P. (Accidente de Tránsito)”,

Con idéntico criterio:

“La responsabilidad por el pago de las costas en el caso del apartado IV del artículo 36 de la ley de forma, no es objetiva por el mero vencimiento, sino que recepta un reflejo subjetivo que abre camino a un juicio sobre la culpabilidad (dolo o culpa) del letrado en cuanto a su actuación, culpabilidad que se refiere a haber reclamado o rechazado lo que no debía exigirse o desecharse, por notorio desconocimiento del derecho, negligencia o falta de probidad o lealtad”<sup>12</sup>.

De igual modo, se precisó que

“si bien quien decide llevar el caso a los estrados tribunales es el cliente, sabido es que el encauce jurídico, el conocimiento de los criterios jurisprudenciales y la cuantificación de los montos pretendidos constituyen una típica tarea del operador del derecho. La imposición de costas al abogado se funda en criterios subjetivos de imputabilidad; es decir, debe mediar culpa y esa culpa puede surgir de los hechos mismos, como sería la irrazonabilidad de los montos demandados, fijados y mantenidos por el propio profesional y no por la parte que representa”<sup>13</sup>.

### *3.3. ¿La imposición de las costas a los abogados tiene una finalidad resarcitoria en el marco de la responsabilidad civil?*

Si la interpretación de los tribunales, de la norma contenida en el inc. IV del art. 36 del código adjetivo razona que está frente a un tema relacionado con la responsabilidad civil y que la imposición de las costas a los abogados tiene el propósito de resarcir los daños ocasionados a la contraria porque el comportamiento

---

10/08/2022.

<sup>12</sup> 4º Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción - Mendoza, expte.: 31829 – “Céspedes, Juan Ramón C/ de Herrería, María Edith Nora P/ Cumplimiento de Contrato”, 11/05/2009 – Sentencia, LS207-131.

<sup>13</sup> Suprema Corte de Justicia Mendoza, Sala Primera. expte:96619 – “Leiva Rubén Darío en J 81.963/31.663 Leiva Rubén D. C/ Montenegro Martínez Miguel Ángel P/ D. Y P. S/ Inc.”, 09/08/2010 – Sentencia, ubicación: LS 416-070

del profesional de la abogacía, estaría incluido en la autoría de una demanda calificada como inapropiada, debe examinar, en primer término, la configuración de los presupuestos de la responsabilidad: daño, antijuridicidad, nexo causal y factor de atribución.

Esta hipótesis con fundamentación en la responsabilidad resarcitoria civil, en principio estaría comprendida cuando el inc. IV del art. 36 del Código Procesal de Mendoza, autoriza como causal: el notorio desconocimiento del derecho o la negligencia. Estas se vinculan con el factor de atribución subjetivo, la culpa.

Sin embargo, el estudio del presupuesto principal que el daño, de inmediato genera la inquietud para investigar a quién realmente perjudica “el notorio desconocimiento del Derecho”. ¿A la parte representada o patrocinada por el abogado carente de saber jurídico o a la contraria? La respuesta, sin duda, es al cliente condenado del abogado que, por la falencia técnica notoria, perdió el juicio y debe abonar las costas.

De pura lógica, para la parte ganadora, no hay perjuicio evidente, porque gracias a la ignorancia o mala formación del abogado de la parte contraria que perdió, ella pudo ganar el litigio al obtener una sentencia favorable. La mala formación profesional del abogado contrario, lo favoreció no lo perjudicó.

En este caso, para no incurrir en esa falla de congruencia, se debería invocar y demostrar que el abogado de la contraria buscó o se aprovechó de un cliente insolvente para impetrar una aventura judicial. En este caso, sí podría existir un perjuicio dado que el ganador a pesar del éxito debe asumir el costo de sus propios profesionales, pero no podría atribuírsele ignorancia del derecho por cuanto sabía que era un reclamo sin fundamento jurídico.

En otras palabras, en este caso nada tiene que ver la carencia de conocimientos, sino que estaríamos en otra causal de justificación de la imposición de costas al abogado perdedor.

El mismo razonamiento corresponde aplicar si el actuar del abogado perdedor fue negligente, dado que esa conducta displicente favorece a la parte contraria.

Sin lugar a duda, la carencia de conocimiento o el actuar negligente perjudica realmente a su propio cliente y no a la contraria que le gana el pleito, razón por la cual corresponde preguntarse si la contraria tiene legitimación para pedir la imposición de las costas al abogado de la perdedora, por estas causales.

En la doctrina del Superior, la sutil diferencia fue ponderada de modo incompleto cuando se juzgó que

“la responsabilidad civil y la imposición de costas responden a distintos presupuestos y fines. Sin embargo, responsabilidad por daños causados en la actividad judicial y costas a los letrados tienen varios elementos similares, entre otros, un factor subjetivo específico de atribución, por un lado: dado que está en juego el derecho de acceso a la justicia, la responsabilidad civil derivada de denuncias o demandas requiere una culpa calificada de grave, grosera; por otro, las costas al abogado, exigen de una culpa manifiesta, indubitada, cercana al dolo eventual, o basada en el supino desconocimiento del derecho, esta estrecha vinculación la muestra el codificador local en el art. 22 C.P.C.”<sup>14</sup>.

Se dice incompleto porque si bien se marca que entre el proceso de reclamación de daños por mala praxis del abogado iniciado por el cliente víctima y el reclamo de la parte victoriosa de que se le impongan las costas al letrado de la contraria, indican que “tienen varios elementos similares” o “presupuestos similares”, focalizando sus miradas, en la culpa.

Pero, como no se clarifica cual es el bien que se tutela: si el derecho de acceder a la justicia o la responsabilidad por mala praxis.

Ello es de importancia central, por cuanto a partir de la determinación del bien jurídicamente protegido, se puede conocer que daño fue producido por el cuestionado accionar técnico del abogado que la ley procesal procura resguardar. Además, permitirá discernir porque es antijurídico el accionar profesional y como se estructura en nexos causal.

---

<sup>14</sup> Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala N° 1, expte.: 91513 – “Burgos, Claudio En J° 9.802/110.922 BCC M.R.A. y otros, daños y perjuicios S/ Inc.”, 12/08/2008 – Sentencia, LS391-103. En sentido similar: “Ante una sentencia de primera instancia que niega el pedido de imposición de costas al abogado, no resulta irrazonable sostener que la acción por responsabilidad, que exige presupuestos análogos, no ha comenzado a correr. No se trata de autorizar dilatar las pretensiones judiciales para actuar sobre seguro, sino que en los supuestos que dependen de la discrecionalidad judicial (costas al abogado), el justiciable acceda a la Justicia con los presupuestos mínimos que la propia Justicia debe proporcionar. Tampoco se trata de afirmar que los casos de responsabilidad profesional del abogado exigen como presupuesto la condena previa en costas, el cliente que toma conocimiento de la actuación profesional culposa y dañosa tiene acción contra el abogado, se lo haya o no condenado en costas. La acción contra este abogado presenta sus propios perfiles, y frente a la duda corresponde mantener viva la acción”.

Además, si se sostiene que no es igual sino similar en sus presupuestos, se descarta que la imposición de las costas al abogado tenga intencionalidad resarcitoria vista desde el ángulo del Código Civil y Comercial, razón por la cual, se impone discernir cual es el bien tutelado que la inconducta profesional del abogado menoscaba y justifica que sea condenado en costas junto a sus clientes.

### *3.4. La mala fe como causal para imputar la imposición de las costas a los letrados*

El principio general, de la buena fe, para todo el derecho reglado en el art. 9 y conc. del Código Civil y Comercial, como ha sido expresado, es la expresión de deseo del sistema normativo de que todos actuemos de ese modo<sup>15</sup>. Sin embargo, ello genera, por el principio de legalidad expresamente reconocido por la Constitución Nacional, que se deba tipificar la conducta contraria que será punida. Es decir, las conductas de mala fe.

“La mala fe se configura cuando el sujeto tiene conocimiento o tiene el deber de conocer determinada situación, circunstancias, datos, condiciones, calidades, etc. relevante para el derecho a la luz de las particularidades propias de cada acto jurídico, cuya utilización antijurídica el ordenamiento jurídico reprueba y, por tanto, considera ilegítimo su proceder a partir de ese momento”<sup>16</sup>.

A partir de esta conceptualización la causal de “falta de probidad o lealtad”, conforme fuere analizado su significado jurídico, implica al menos el deber de

---

<sup>15</sup> Alferillo, Pascual E., “La buena fe como norma de orden público”, *El Derecho*, Buenos Aires, 16 noviembre de 2020, ISSN 1666-8987, N° 14.975, Año LVIII, ED 289; Compagnucci de Caso, Rubén H., “El principio de la buena fe en las relaciones jurídicas de derecho privado”, en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, cit., pág. 177, Gustavo Ordoqui Castilla, la buena fe contractual. Anotado y Comentado para el sistema jurídico Paraguayo por Joel Melgarejo Allegretto”, Intercontinental Editora, Paraguay, setiembre 2019, pág. 117, entre otros.

<sup>16</sup> Alferillo, Pascual E., “La mala fe”, 122, *Vniversitas*, Universidad Javeriana, Colombia, 2011, págs. 441/482, “La ‘mala fe’ en Argentina y Perú”, *Advocatus*, N° 30, Facultad de Derecho, Universidad de Lima, Perú, agosto 2015, pág. 215; <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/viewFile/4282/4218>; “Reflexiones sobre la vinculación de la ‘mala fe con los factores de atribución subjetivos””, en *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*, cit., pág. 219; “Reflexiones sobre la mala fe”, conferencia como Académico correspondiente a la Acad. Nac. Der. y C. S. de Córdoba, 9/10/2003, en *Anales*. Año Académico 2003, Córdoba, 2003, pág. 151; “La mala fe en la celebración de los contratos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Privado*, 13/05/2015, IJ-LXXVII-786; entre otros.

conocer, cuál debía ser su comportamiento correcto conforme a las reglas de la buena praxis como profesional de la abogacía. Pero soslaya o no cumple con el deber exigible sino por el contrario, actúa con falta de pundonor y honestidad procesal, configurando, sin lugar a hesitación, una conducta de mala fe.

Esta figura no es desconocida por el Código Procesal Civil de Mendoza, por cuanto la incluye en el art. 47 para sancionar comportamientos abusivos o de mala fe pueden, sin necesidad de petición y a los fines de hacer efectivas las disposiciones del código, aplicar sanciones conminatorias.

Algún autor, podría tranquilamente sostener que la falta de probidad o lealtad, serían faltas éticas, pero es necesario recordar que las normas éticas son jurídicas porque contienen deberes exigibles que, en el caso, están insertos en el código procesal y tienen una punición especial, la imposición de las costas.

Este criterio es contrario al fallo que sigue el criterio tradicional aceptado en nuestro régimen legal adjetivo, cuando dijo que

“el principio general en materia de costas es que las costas se imponen al vencido, puesto que el fundamento de la institución, y como principio esencial, radica en el hecho objetivo de la derrota, ya que las circunstancias subjetivas, la conducta observada por las partes, su buena o mala fe, carecen generalmente de influencia para determinar la imposición de costas”<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala II, Bogado, Walter O. v. Estado Nacional – Ministerio de Justicia - Prefectura Naval Argentina, 21/11/2012, SJA 27/03/2013, 101 SJA 2013/03/27-101, JA 2013-I JA 2013-I, AP/JUR/4073/2012. En igual sentido: Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y Contenciosoadministrativo de Villa Dolores, “Bartolini, Gustavo Jesús c. Cornejo, Elba Isabel”, 19/12/2007, llc 2008 (abril), 348, ar/Jur/10614/2007. En este fallo se dijo que “si bien en materia de costas el principio general estriba en el hecho objetivo de la derrota, siempre deja al juzgador un margen de libertad suficiente que resguarda la equidad de la decisión, ya que, analizando las contingencias de la causa, el comportamiento procesal de las partes, la buena o mala fe de los litigantes, entre otras, puede morigerar la obligación que surge de la derrota”. Ver también: Corte Suprema de Justicia de la Nación, García Cancino, María Angélica v. Máxima A.F.J.P. S.A. s/presentaciones varias, 16/02/2010, 4/68999. (Disidencia parcial de los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi); Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y Contenciosoadministrativo de Villa Dolores, Bartolini, “Gustavo Jesús c. Cornejo, Elba Isabel”, 19/12/2007, LLC 2008 (abril), 348, AR/JUR/10614/2007; Corte de Justicia de la Provincia de Salta, “Huertas, Víctor c. Administración Gral. de Aguas de Salta”, 06/10/2003, LLNOA 2004 (junio), 1167, AR/JUR/5563/2003; Corte de Justicia de la Provincia de Salta, “Z., H. R. c. Municipalidad de Gral. Güemes”, 04/12/2000, LLNOA 2001, 482, AR/JUR/3434/2000; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, “Schembori, Gloria T. c. Clementi, Emilio F.”, 28/12/1999, LA LEY 2000-C, 891, AR/JUR/2753/1999; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, “Mora, Rogelio E. c. Analba S.A.”, 14/05/1998, LA LEY 1998-E, 751, AR/JUR/134/1998, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala A, “Aguirre de Simonini, María C. y otro c. Instituto de Cultura Numen

En las antípodas, al inc. IV del art. 36 le importa conocer si, la conducta observada por el profesional de la parte, es de buena o mala fe y, en las hipótesis previstas, justificar la imposición de las costas.

La sanción de la mala fe, receptada por el código procesal no es novedosa en el mundo jurídico comparado.

Para ilustrar su trascendencia, cabe citar de la Ley de enjuiciamiento civil de España, los arts. 112 (Cuando la resolución que decida el incidente declare expresamente la existencia de mala fe en el recusante, se podrá imponer a éste una multa de 180 a 6.000 euros), 270 inc. 2 (El tribunal resolverá en el acto y, si apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la presentación del documento, podrá, además, imponer al responsable una multa de 180 a 1.200 euros); 286 (Y cuando se alegase un hecho una vez precluidos aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, la improcedencia de tomarlo en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos. En este último caso, si el tribunal apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa de 120 a 600 euros); 240 inc. 3.º En condenar a su pago al querellante particular o actor civil. Serán éstos condenados al pago de las costas cuando resultare de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe, entre otros.<sup>18</sup>

La mala fe, en general, y en el derecho procesal, en particular, actúa como factor de atribución para aplicar la sanción correspondiente<sup>19</sup>, pero no es el bien tutelado efectivamente por la ley procesal de Mendoza que procuramos discernir, razón por la cual se comentará algunas de las conductas reprobadas por la doctrina de los tribunales.

---

S. A. y otro”, 23/05/1997, AR/JUR/683/1997; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, “Dragados y Obras Portuarias c. Municipalidad de Buenos Aires”, 17/04/1997, AR/JUR/5466/1997, entre otros.

<sup>18</sup> Ley N° 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Jefatura del Estado «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000 Referencia: BOE-A-2000-323.

<sup>19</sup> Alferillo, Pascual E., “La Mala Fe en el Derecho Procesal”, Anuario de la Revista Jurídica Región Cuyo - Año 2019 - Tomo IV, IJ Group Fondo Editorial, Buenos Aires, pág. 339. En ese trabajo se dijo que “no se puede desconocer la importancia que tiene para procurar la moralización de las conductas de las partes y de sus asesores profesionales en el proceso judicial y, con ello, evitar dilaciones injustificadas”.

## IV. Algunas hipótesis resueltas por la doctrina judicial

### 4.1. Ausencia de conocimiento científico

Con relación a los incumplimientos contractuales de los abogados para con su cliente pueden existir casos relacionados con el saber jurídico,

“pues si bien es cierto que, en nuestro sistema, el simple hecho de obtener el título universitario lo avala para ejercer la profesión de por vida, no se puede desconocer la constante evolución de la sociedad, que se refleja en los permanentes cambios normativos que imponen al profesional el deber de estar actualizado en su conocimiento.

La obligación de estar al actualizado, no es sólo de la norma jurídica vigente la cual –por imperio legal– se considera conocida a partir de su publicación oficial (art. 5 y 8 Cód. Civ. y Com.), tanto para quien es letrado como por el lego, sino también de la doctrina judicial imperante en los tribunales de la jurisdicción donde tiene radicación la litis, así como del pensamiento de los autores que informan el tema planteado<sup>20</sup>.

Como se percibe, el saber jurídico del abogado no es sólo una presunción emergente de su título profesional, sino que adquiere su real dimensión al momento de ejercer la profesión, pues el Estado confía en la capacidad de los letrados para la adecuada defensa de los intereses de los ciudadanos, de allí su repercusión pública. El Estado ha depositado en los abogados su fe para la tutela efectiva del constitucional derecho de defensa de los ciudadanos.

Es decir que, en el ejercicio concreto de la profesión por el abogado, éste no es un mero traductor del problema de la vida real que le presenta su cliente a un libelo formal, para ser expuesto como pretensión ante los tribunales; por el contrario, su intervención es compleja, pues debe analizar con óptica de especialista, en el saber jurídico, dicha realidad, evaluar las ventajas y las contras que se le puedan presentar en el caso de iniciar la litis. Es su deber informar de ello a su cliente para que éste dé su consentimiento informado para el inicio de la acción y no que ella sea decisión exclusiva del letrado.

---

<sup>20</sup> Alferillo, Pascual E., *Responsabilidad del abogado*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, 2020, pág. 149 y sig.



Para llegar a ello, el profesional se debe mantener adecuadamente actualizado del pensamiento de la principal doctrina autoral que informa el tema, como diligencia mínima e ineludible, pues no se exige la versación de un eximio jurista que conozca no sólo el pensamiento de los juristas nacionales sino también de los otros países, ni que sepa las tendencias por venir en los distintos temas del derecho.

De igual modo, acontece con el conocimiento de la doctrina de los tribunales, que debe estar al corriente en sus tendencias generales. En este tema se advierte que la mayoría de los profesionales citan la jurisprudencia elaborada en otras jurisdicciones y que desconocen el pensamiento de los magistrados de la jurisdicción donde se radicó la litis quienes, en definitiva, resolverán el asunto, lo cual constituye un equívoco que en algunos casos puede llegar a ser justificado cuando los poderes judiciales no publican –como manda el vivir en una república y la norma positiva– todos y cada uno de los fallos emitidos principalmente por las Cortes Superiores y las Cámara de Apelaciones, por la dificultad para conocerlos.

En tiempos no muy remotos era impensado endilgar a un profesional de la abogacía mala praxis por falencias en su saber jurídico o por desconocimiento de las soluciones dadas por la doctrina autoral o judicial, pues se ponía como punto de exculpación que su deber se restringía a la presentación y debida acreditación de los hechos en los cuales se fundaba la pretensión del cliente y que el derecho, en definitiva, era definido por la magistratura. Ello se entendía de este modo porque se seguía el pensamiento del Chief Justice Hughes, el cual afirmaba que “la ley es lo que los jueces dicen que es”<sup>21</sup>.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la importancia del buen asesoramiento extrajudicial del abogado, cuando acepta orientar al cliente en su problema y define la estrategia a seguir en el pleito. La experiencia indica que el primer encuadre que hace el abogado es cuando formula las interpelaciones previas, cuando re-

---

<sup>21</sup> Citado por Borda, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil, Parte General, 13ª edición, actualizada por Guillermo J. Borda, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 163. Este autor destaca de la interpretación judicial su carácter concreto y objetivo porque busca en la ley el sentido que más convenga al caso que deba juzgarse. Ello por cuanto es “una interpretación influida por los hechos del caso, por los intereses en juego, por la justicia y la moral que resultan de la solución dada. De ahí, que muchas veces la doctrina y la jurisprudencia marchen por sendas distintas y sostengan soluciones divergentes. Cuando ello ocurre hay que presumir, casi siempre, que son los jueces los que han dado con la solución acertada” (Tratado. Parte general, t. I, pág. 195). Alferillo, Pascual E., “Interpretación de la norma y aplicación de las reglas supletorias en el proceso laboral de Santiago del Estero (ley 3603)”, LLNOA, 2005-963.

quiere el cumplimiento de lo que entiende que le asiste en razón jurídica a su cliente para reclamar de la otra parte.<sup>22</sup>

Mosset Iturraspe sostenía que

“el abogado, en el ejercicio de su ministerio debe poner en práctica todos sus conocimientos técnicos para lograr una sentencia favorable; lo cual significa que no basta con demandar, ofrecer prueba, alegar, etc.; que cada uno de esos pasos debe darse a partir de un saber científico actualizado”<sup>23</sup>.

Por su parte, Trigo Represas opinaba que

“al letrado le corresponde la selección de los hechos, normas jurídicas aplicables y desarrollos argumentativos de cada caso a su cargo, por lo que no puede limitarse simplemente a reproducir lo que le fuera expuesto por su cliente, sino que debe aprehender y valorar tales circunstancias fácticas a la luz de las preceptivas e instituciones jurídicas, para así escoger, de entre todas ellas, los hechos en base a los cuales ‘constituirá’, ‘organizará’ el caso, preparará la prueba, desarrollará la teoría aplicable y elaborará la argumentación destinada a convencer a los jueces de la razón que asiste a su cliente”<sup>24</sup>.

En palabras de cierre, se puede aseverar que en el estado actual de la evolución de la doctrina autoral y judicial es factible atribuir al abogado responsabilidad cuando incurra en error científico en el asesoramiento de su cliente, pues la obtención del título habilitante no da saber eterno ni inmutable, sino que –por el

---

<sup>22</sup> Alferillo, Pascual E., Responsabilidad del abogado, Editorial Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, 2020, pág. 149 y sig.

<sup>23</sup> Iturraspe, Jorge Mosset, “Responsabilidad del abogado”, LL, 2006-B-1.

<sup>24</sup> Trigo Represas, Félix, Falta de legitimación “ad causam” del actor y responsabilidad civil de su abogado, LL, 2007-B-570. El autor completa su pensamiento diciendo que, “siendo por ello que se ha podido resolver que la responsabilidad del abogado puede nacer aun antes de que exponga en un escrito judicial los hechos que le indique su cliente, ya que primero debe examinar y apreciar su verosimilitud, como también la viabilidad, sobre la base de los mismos, de la acción a deducir; como que es igualmente responsable por la falta de claridad en la exposición de los hechos, aunque hubiese repetido lo que le manifestara su cliente, si de esa manera se facilitó el triunfo de la otra parte”.

contrario— su conocimiento debe ser permanentemente actualizado para dar respuestas jurídicamente acertada a los pedidos de los clientes.<sup>25</sup>

#### *4.2. Conductas contrarias al deber de lealtad y probidad*

En la doctrina de los tribunales se ha sostenido que

“teniendo en consideración la negligencia en la presentación del recurso extraordinario, se debe pensar que las costas deben ser soportadas en forma solidaria por sus letrados, por razones de falta de probidad y lealtad en el proceso. Nuestra Suprema Corte tiene dicho que la naturaleza subjetiva de la sanción consiste en la imposición de costas a los abogados, regla de la que se derivan las siguientes consecuencias: a) la imposición de costas al abogado se funda en criterios subjetivos de imputabilidad, es decir, debe mediar culpa; b) esa culpa puede surgir de los hechos mismos, de las propias constancias de la causa. Un supuesto en el que la culpa surge de los propios hechos es la irrazonabilidad de los montos reclamados; c) el art. 36 inc. IV del CPC es de aplicación excepcional y restrictiva por lo que, cuando el magistrado recurre al mismo debe fundar acabadamente la negligencia del profesional a que alude la norma para no vulnerar el derecho de defensa del abogado afectado. Lo que conlleva la imposición de un criterio subjetivo de imputabilidad por lo que debe determinarse si medió culpa y si ella surge de los hechos mismos que justifiquen la sanción aplicada”<sup>26</sup>.

Dentro del concepto de contradecir el deber de lealtad y probidad se pueden incluir una serie de conductas: “si aquél reclamó lo que no debía reclamar”<sup>27</sup>; co-

---

<sup>25</sup> Alferillo, Pascual E., Responsabilidad del abogado, Editorial Astrea, Buenos Aires, Bogotá, Porto Alegre, 2020, pág.149 y sig.

<sup>26</sup> Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala N° 2, expte.: 13-048312556 – “Fontez Patricia Elena en Juicio N 160161 Fontez Patricia Elena Hospital Humberto Notti, Amparo Sindical (160161) Recurso Extraordinario Provincial”, 25/06/2021 – Sentencia, LS630-100.

<sup>27</sup> 1° Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción – Mendoza, expte.: 13-04229129-8 – “Grimal Miloni Antonio Carmelo C/ Manassero Moretti Luis Alberto P/ D. y P. (Accidente de Tránsito)”, 10/08/2022.

metió el error material al acompañar un poder equivocado”<sup>28</sup>; “se advierte la renuencia del litigante, asesorado por los letrados, al cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas durante la tramitación del proceso”<sup>29</sup>; “en caso de existir una clara intención dilatoria contraria a la buena fe procesal con planteos extemporáneos, confusos y contradictorios con las constancias del proceso”<sup>30</sup>; “culpabilidad que se refiere a haber reclamado o rechazado lo que no debía exigirse o desecharse”<sup>31</sup>; entre otras sentencias.

### 4.3. *Plus petición inexcusable*

Una de las causales más controvertidas desde nuestro punto de vista, se relacionada con justificar la imposición de costas a las partes en función de la procedencia de la reclamación impetrada.

Sin lugar a duda, la jurisdicción utiliza esta fundamentación sin razones valederas la mayoría de los casos. En ese sentido, se debe diferenciar cuando se está ante el reclamo de rubros que pueden ser mensurados en su dimensión dinerarias, de aquellos que resulta de difícil cuantificación. No es idéntico, la rotura de un automóvil que puede ser precisado el monto indemnizatorio mediante el aporte probatorio que un caso de daño moral o de incapacidad sobreviniente. De igual modo, cuando el daño surge de un incumplimiento contractual que de una responsabilidad aquiliana.

En muchos casos, contraviniendo que las costas forman parte del resarcimiento debido a quién reclama con justicia la reparación del daño, algunas jurisdicciones las distribuyen en función de la procedencia o no de los montos reclamados, sin tener en cuenta que en la construcción de una sentencia de daño existen claramente diferenciadas dos etapas: La primera define los responsables del deber de resarcir. Y en la segunda, la procedencia de los rubros reclamados

---

<sup>28</sup> 2° Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción - Mendoza, Expte.: 55765 - “Atencio Sergio Rolando C/ Lorenzo Automotores S.A. y Fca Automóviles Argentina S.A. (Fiat Chrysler Automóviles) P/ Proceso De Consumo”, 08/08/2022.

<sup>29</sup> 2° Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción - Mendoza, expte.: 54856 - Salmaso Juan Eliseo C/ Desconocidos P/ CPC Anterior - Denuncia por Daño Temido”, 30/12/2020.

<sup>30</sup> 4° Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción - Mendoza, expte.: 52576 - “Dirección General de Rentas C/ Mathieu y Cia. S.A.I. y U. P/ Apremio”, 16/08/2017.

<sup>31</sup> 4° Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción - Mendoza, expte.: 31829 - “Céspedes, Juan Ramón C/ de Herrería, María Edith Nora P/ Cumplimiento de Contrato”, 11/05/2009 - Sentencia, LS207-131.

los cuales deben ser valorados y cuantificados. Es decir, para llegar a la segunda etapa, se ganó total o parcialmente, el nudo gordiano del pleito que está en imputar el deber de resarcir al sujeto productor del daño. En cuanto a las cuantías durante la vigencia del Código Civil, era regla que la jurisdicción tenía el *imperium* para definir las cuantías indemnizatorias, especialmente cuando no se adjuntaba debida prueba para acreditar el monto, pero si se había probado el daño en juicio. Es decir, el arbitrio judicial era el mundo empleado para cuantificar los daños. Ello generó resarcimientos disimiles para casos similares, que hacían una tarea muy dificultosa, aún para el litigante más diligente conocer cuál era una suma racional que se podía reclamar.

Para morigerar estas notables diferencias en las indemnizaciones se buscaron distintos métodos, algunos de los cuales, como es el cálculo mediante la aplicación de una fórmula de la matemática financiera fue expresamente incorporado al art. 1746 del Código Civil y Comercial, para estimar la suma resarcitoria por incapacidad sobreviniente definitiva. Una interpretación estricta del texto indica que la cuantificación se debe realizar con este método y se debe respetar el monto resultante, pero en algunos fallos desconociendo el mismo, modifican los montos sin dar serias justificaciones fundamentados en el dogma de que el juez de mérito es soberano para la determinación de las cuantías indemnizatorias lo cual le da un amplio margen de apreciación. Ello se agrava, en el daño al bienestar espiritual resarcible como daño moral, por las nuevas y materialistas interpretaciones que se realizan.

En otras palabras, la ponderación de la posible existencia de la causal de una petición inexcusable debe ser realizada bajo razonamientos muy estrictos, partiendo de considerar las deficiencias que, si bien intentan en algunas jurisdicciones superarse, tiene el poder jurisdiccional.

Este criterio, fue expuesto en el fallo que dijo:

“La responsabilidad civil y la imposición de costas responden a distintos presupuestos y fines. Sin embargo, responsabilidad por daños causados en la actividad judicial y costas a los letrados tienen varios elementos similares, entre otros, un factor subjetivo específico de atribución, por un lado: dado que está en juego el derecho de acceso a la justicia, la responsabilidad civil derivada de denuncias o demandas requiere una culpa calificada de grave, grosera; por otro, las cos-

tas al abogado, exigen de una culpa manifiesta, indubitada, cercana al dolo eventual, o basada en el supino desconocimiento del derecho, esta estrecha vinculación la muestra el codificador local en el art. 22 C.P.C. En autos, no se advierte la presencia de los recaudos ni la configuración de plus petición inexcusable<sup>32</sup>.

## V. Reflexiones finales

Esta incursión en el estudio de un fallo del máximo tribunal de la jurisdicción de Mendoza que recepta la punición prevista en el Código de procedimiento aplicable, permite extraer algunas conclusiones que solo tienen la pretensión de ser la base para otras reflexiones sobre el tema definido.

En ese sentido, se entiende:

1. La imposición en costas a los abogados tiene naturaleza y función punitiva o sancionatoria de los comportamientos que la ley adjetiva entiende reprochables enumerados por el inc. IV del art. 36 del C.P.C.C.T. de Mendoza (notorio desconocimiento del derecho, negligencia o falta de probidad o lealtad).
2. Esta facultad de la jurisdicción para corregir a los abogados partícipes del litigio con la aplicación de la sanción prevista en la ley queda enmarcada de la facultad general acordada por el art. 46 para

“1) Ejercer la dirección del proceso y proveer las medidas necesarias para su normal desarrollo, a pedido de interesado o por propia iniciativa 2) Tomar las medidas autorizadas por la ley para prevenir, enmendar o sancionar todo acto contrario a la dignidad de la justicia, al respeto que se deben los litigantes, funcionarios y profesionales entre sí y al deber de lealtad y probidad o encaminado a dilatar o entorpecer el trámite del proceso. Al dictar sentencia definitiva deberán declarar, en su caso, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes y/o los profesionales intervinientes”.

---

<sup>32</sup> Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala N° 1, expte.: 94429 – “Mastronardi Ricardo A. en J: 143.499/31.144 B.H.E C/M.R.A. P/ D. y P. S/ Inc. Cas. y su acumulada N 95.483 caratulada: Bertona Hugo Ernesto En J: 31.144/143.499 B.H.E C/ M.R.A. P/ D. Y P. S/ Inc. Cas.”, 10/03/2010 – Sentencia, LS411-009. Ídem: 4° Cámara en lo Civil - Primera Circunscripción - Mendoza, expte.: 23951 – “Banco De Boston Guillermo Murphi - Ejecución Hipotecaria”, 29/11/1998 – auto, LA146-234, Fuente.: Oficina de Jurisprudencia Poder Judicial de Mendoza.

En el caso, se resalta la facultad de sancionar que como toda norma procesal tiene el carácter de estar interesado el orden público (Art. 1 inc. III).

3. El inc. IV del art. 36 tiene la misma *ratio legis* del art. 22 relacionado con la imposición del deber de actuar con probidad y lealtad y, con el art. 47 que, autoriza la aplicación de sanciones procesales conminatorias.

4. Ergo. No tiene función resarcitoria de los posibles daños padecidos por las partes en el litigio. A partir de esta aserción, no tiene relevancia que sea o no solicitada por la parte contraria, porque es una facultad legal reservada para el Juez actuante su aplicación. Es decir, las partes no tienen legitimación para reclamar su aplicación. Y, como está interesado el orden público, debería ser legitimado, por ejemplo, para recurrir una resolución denegatoria, los fiscales civiles dado que deberían tener participación necesaria.

5. El bien intensamente tutelado por el CPCCT de Mendoza está enumerado en el inc. A) del art. 2, cuando ratifica el derecho de los ciudadanos de acceso a la justicia y al proceso que incluye el derecho a ser asesorado por un profesional de la abogacía docto y honorable conforme a la letra de los artículos concordantes antes citados.

6. La culpa y la mala fe (conducta contraria a la exigida por el inc. h) del art. 2) actúan como factores de atribución para imponerles la sanción a los letrados que actúen conductas contrarias a los deberes de probidad y lealtad o con notorio desconocimiento del derecho.

7. La sana intencionalidad de la norma procesal mendocina, en un futuro cercano debería estudiar las siguientes modificaciones para su mejor operatividad del sistema:

7.1. Se entiende que no tiene finalidad resarcitoria, razón por la cual las costas actúan como penalidad que favorece a quién no sufre el daño (la contraria que gana), porque la víctima real es la sociedad toda que permitió la actuación indebida de los abogados sancionados. En función de ello, surge como sugerencia: transformar la imposición de las costas en una multa equivalente al estilo de la Ley de Enjuiciamiento Española, en favor del Estado (a definir el destino).

7.2. En *par conditio*, se debería elaborar una norma que imponga las costas a los jueces cuando la resolución o su accionar en el proceso (carentes de conocimiento o con arbitrariedad, etc.), genere procedimientos (evitables) para remediar la situación con su revocación (reposiciones, apelaciones,

pedido de nulidad, etc.). Esta sugerencia tiene precedente en la jurisdicción cuando la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, admitió la posibilidad y sentenció expresando que “excepcionalmente y en los casos expresamente previstos en la ley de trámite, las costas dejan de aplicarse a las partes para serlo al juez o al abogado”<sup>33</sup>.

8. Sin lugar a hesitación, la norma del inc. IV del art. 38 CPCCT de Mendoza tiene una *ratio legis* saludable para consagrar efectivamente el actuar de buena fe en los litigios tramitados por ante la Administración de Justicia, pero como bien dicen los fallos consultados, su empleo debe ser restrictivo y fundado en un profundo estudio de la situación fáctica para ponderar si se configura el tipo y aplicar la sanción pertinente.

Siempre es oportuno recordar que en muchos casos las modificaciones legislativas nacen en la interpretación de los litigantes quiénes en contacto con la vida real detectan, en primer lugar, el tema y vienen a la justicia sin resultado positivo. Pero luego, la generalidad comprende el cambio social acaecido y la doctrina de los tribunales recepta los nuevos planteos. Un caso paradigmático fue la progresiva ampliación de los legitimados para reclamar el daño moral que tiene continuidad desde la época de vigencia del derogado art. 1078 del Código Civil hasta nuestros días, donde está vigente el Código Civil y Comercial.

---

<sup>33</sup> Suprema Corte de Justicia Mendoza, en Pleno, expte:13791 – “Fiscal y Juana Victorina García de Cardozo José Guevara y Otros Defraudación - Queja por Apelación Denegada”, fecha:08/05/1951 - Ubicación: LS 050-016.



## ACERCA DE LAS CAUTELARES INCOMPETENTES POR FUERA DEL CONCURSO PREVENTIVO

Dr. Lisandro Hadad

### I. Introducción

El sistema jurídico argentino tiene en su vértice normativo a la Constitución Nacional mediante la cual se busca garantizar la libertad de los ciudadanos frente al poder del Estado.<sup>1</sup>

Dicho texto constitucional tiene como único objetivo concretar la libertad y dignidad del ser humano como máximo valor en una escala de valores a la cual se subordinan la existencia del Estado y sus poderes, la superioridad de una clase social, y cualquier otro valor transpersonalista autoritario.<sup>2</sup>

Es por ello que nuestro sistema jurídico se funda en el principio de legalidad, que exige que toda nuestra organización política y civil repose en la ley; que todas las obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existan en virtud de sanciones legislativas por el Congreso de la Nación, impidiendo al Poder Ejecutivo la creación de las mismas, y al Poder Judicial su aplicación en caso de ausencia de ley que las establezca.<sup>3</sup>

El principio de legalidad es un límite para con las autoridades que les impone la total sujeción de sus actos en la ley, en virtud de que los mismos son los encargados de guardar y hacer guardar tanto el ordenamiento supremo de cada Estado como las leyes que de él se deriven. Es también a su vez, una garantía para con los ciudadanos de permiso de realización de todas aquellas acciones no prohibidas

---

<sup>1</sup> HUMPHREYS, R.A.. The Rule of Law and the American Revolution, Law Quarterly Review, LIII, 1937, p. 90: "La propia definición de libertad fue libertad frente a gobierno arbitrario".

<sup>2</sup> BADENI, Gregorio. Reforma constitucional de 1994. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/reforma-constitucional-de-1994.pdf>. pag. 13

<sup>3</sup> CSJN Fallos: 178:355; 191:245; 229:368; 311:2553; 327:388.

por la legislación.<sup>4</sup> Sirva el presente encuadre a fin de introducir la problemática situación en la que se encuentra hoy la persona jurídica concursada, a la cual distintas autoridades, inconstitucionalmente, le interponen medidas cautelares sobre sus bienes por fuera del proceso universal -llámese juez penal, AFIP, BCRA, etc.-, violando no solo la propia ley concursal y su orden público, sino también el artículo 18 de la Constitución Nacional<sup>5</sup>, y generando un conflicto de competencia que puede llevar a una empresa que podría conservarse, a su quiebra.<sup>6</sup>

Sirva la presente introducción para recordar que la magna labor de administrar justicia no se basa en la sola voluntad o en el derecho libremente aplicado, sino en leyes, ya que nadie está sobre ellas, siendo que nuestra Constitución estableció un Poder Judicial integrado por jueces que actúan conforme a reglas que la comunidad debe conocer, y a las que deben ajustarse para que las soluciones sean previsibles, todo lo cual la Corte debe hacer respetar porque constituyen un elemento de la garantía constitucional del debido proceso.<sup>7</sup>

Sirva la presente introducción para entender que se debe aplicar la ley y levantar todas las cautelares interpuestas por fuera del concurso preventivo como ya lo ha resuelto nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos anteriores.

## II. Los antecedentes de la CSJN en la materia

La interferencia en los procesos concursales de parte de la justicia penal no es nueva. Tanto es así que nuestra Corte Suprema tiene ya un criterio adoptado y ratificado, el cual debe ser aplicado por tribunales inferiores del resto del país.

<sup>4</sup> GELLI, María Angelica. Los dilemas del Estado Argentino. Entre los requerimientos y las debilidades. Comunicación de la académica de número María Angélica Gelli, en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 12 de junio de 2019.

<sup>5</sup> Artículo 18 CN. "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos."

<sup>6</sup> Con mucha claridad el conflicto es expuesto por el profesor Javier Lorente en su ponencia "Prevalencia de los Juzgados Concursales por sobre los Penales en caso de yuxtaposición de competencias sobre la liquidación de activos y su distribución entre los acreedores/víctimas: a propósito de un reciente pronunciamiento de la CSJN." LXXVII Encuentro de Institutos de Derecho Comercial de Colegios de Abogados de la provincia de Buenos Aires, San Isidro, 11 y 12 de mayo de 2023.

<sup>7</sup> Cuello Patricia Dorotea c/ Lucena Pedro Antonio. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 7-ago-2007 MJ-JU-M-13293-AR | MJJ13293.

En el caso “Rodrigo Eduardo Daniel y otro. s. Asociación ilícita”<sup>8</sup> de febrero del 2018, el máximo tribunal hace suyo el dictamen del procurador general conforme el cual el juzgado en lo concursal rechaza un embargo preventivo solicitado por el Juzgado Federal Nro. 1 de la ciudad de Córdoba en una causa de asociación ilícita, intermediación financiera ilegal, estafa, infracción al régimen de cambios y lavado de activos contra los responsables de la firma CBI-C S.A.

Al ser consultado el juzgado concursal de provincia sobre la medida solicitada por la fiscalía penal, este rechaza la misma por considerar que dicha medida violaría la igualdad entre los acreedores del proceso y la universalidad de la quiebra que estaba transitando la sociedad. Dicha causa penal, pasa luego al Juzgado Federal Nro. 3 quien insiste con el criterio y dicta una medida ordenando al juez concursal, la afectación preventiva de una suma indeterminada de dinero que integraba el patrimonio de la empresa CBI-C -en quiebra- al pago de una eventual sanción monetaria que podría caer a la persona jurídica en caso de una condena criminal.

El juzgado concursal mantiene su criterio rechazando lo ordenado por el juez penal, y queda la causa a resolución del tribunal superior común, en este caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Lo cierto es que el Sr. Procurador, con mucha solvencia manifiesta que

(...) conforme ha sido sostenido la Corte, al quedar firme el auto de quiebra el deudor queda desapoderado de pleno derecho de todos sus bienes y todos los acreedores deben incorporarse al procedimiento de ejecución colectiva y procurar el reconocimiento de su derecho mediante la verificación de créditos en pie de igualdad; por ello toda pretensión de injerencia de otro tribunal respecto del patrimonio del fallido afectaría la competencia atribuida por cuestiones de orden público por la ley concursal y podría establecer prerrogativas supralegales sobre el resto de la masa de los acreedores (conf. Fallos: 306:546).

Dicho criterio es sostenido por la Corte concluyendo entonces que el fuero penal no puede cautelar los bienes que se encuentran dentro de un proceso concursal.

---

<sup>8</sup> CSJN -Competencia FCB 5650/2014/49/CSL, “Rodrigo, Eduardo Daniel y otros s/ asociación ilícita”.

Más recientemente, con fecha 25 de octubre de 2022, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Hope Funds S.A. s/ incidente de conflicto de competencia”<sup>9</sup>, resolvió un problema de competencia generado entre un Juzgado Nacional de Primera Instancia de la Capital Federal y el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 1 a cargo de la Dra. María Romilda Servini.

El conflicto giró alrededor del destino de los bienes de la fallida Hope Funds S.A.. El juzgado comercial fue esta vez quien pretendió incorporarlos al proyecto de distribución falencial, mientras que el juzgado penal procuró su decomiso para afrontar penas pecuniarias y accesorias impuestas en la causa penal.

En este caso fue el juzgado concursal quien requirió al penal que ponga a disposición de la quiebra todos los bienes, efectos o dinero que hubiera obtenido del embargo preventivo y cualquier otra medida que se hubiera hecho efectiva sobre el patrimonio de la empresa en quiebra Hope Funds S.A.

Frente a la negativa de la Jueza Servini, se traba el conflicto de competencia y se remite a la CSJN. Nuevamente en dicho pronunciamiento el tribunal hace suyo el dictamen del Procurador General quien reitera el criterio sostenido en el fallo “Rodrigo Eduardo Daniel y otro. s. Asociación ilícita” poniendo las cosas en orden, y otorgando competencia al juzgado en lo comercial por sobre el juzgado penal.

Consecuentemente, podemos identificar que en un plazo de cuatro años, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió dos veces darle atracción patrimonial al fuero concursal por sobre el fuero penal -rechazando embargos dictados por este- fundando en los principios de universalidad, colectividad e igualdad que rigen los procesos concursales, y falenciales.

Se puede afirmar entonces que la atracción patrimonial al fuero concursal por sobre el penal, es ya un criterio de Corte y no un caso aislado, criterio que deben seguir los tribunales inferiores del país los cuales conforme opinión de Lorenzetti<sup>10</sup>, tienen la obligación de adecuar sus pronunciamientos a situaciones idénticas a las que se hubiesen presentado con anterioridad en la justicia.

---

<sup>9</sup> Competencia COM 3995/2017/215/CA 56-CS1.

<sup>10</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2006.

### III. Las medidas cautelares fuera del concurso y su improcedencia

Si bien los fallos analizados tratan del proceso universal liquidativo -quiebra-, con mucha claridad nos enseña el profesor Junyent Bas que

(...) el criterio de la Corte aplica plenamente con relación a la apertura del concurso preventivo, pues, al igual que la quiebra, constituye un proceso universal de tutela de la empresa y de los acreedores que desplaza toda otra competencia, de conformidad con los arts. 3, 32 y 125 de la LCQ.<sup>11</sup>

Continúa diciendo que el fuero penal

(...) debe respetar la competencia concursal y las atribuciones del juez comercial, todo lo que implica considerar que no se pueden favorecer eventuales acreedores individuales, que están convocados al proceso concursal, arts. 32 y 125 de la LCQ, pues no sólo se viola la competencia del juez comercial, sino que también se afecta la verdadera tutela de los intereses en juego: verbigracia, la marcha de la empresa o su liquidación, la fuente de trabajo y los intereses de los acreedores, como también del comercio en general.<sup>12</sup>

La aplicación del criterio de Corte al concurso preventivo se da en virtud de que los fallos se postulan sobre la universalidad del proceso -principio que rige tanto en la quiebra como en el concurso- obligando a los acreedores con título o causa anterior a incorporarse al proceso colectivo.

Específicamente en materia penal, y asumiendo que el delito es realizado por la persona jurídica y no por sus administradores -tema al cual ya nos hemos remitido en otra publicación<sup>13</sup>- el artículo 313<sup>14</sup> del propio Código Penal, en caso

---

<sup>11</sup> JUNYENT BAS, Francisco. Convergencia entre el fuero penal y el concursal. ¿Decoctor ergo fraudator? ¿El retorno de la prisión por deudas? *Semanario Jurídico* 2422, octubre 2023, doctrina.

<sup>12</sup> JUNYENT BAS, Francisco. ob. cit.

<sup>13</sup> HADAD, Lisandro A., “La Justicia Penal vulnera institutos fundantes del derecho comercial. Acerca de la persona jurídica y su concurso preventivo.” *Diario La Ley*, agosto 2023.

<sup>14</sup> Artículo 313 del Código Penal: “Cuando la persona jurídica se encuentre concursada las sanciones no podrán aplicarse en detrimento de los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo. A ese fin deberá escucharse al síndico del concurso”.

de concurso preventivo ordena respetar los derechos y privilegios de los acreedores por causa o título anterior al hecho delictivo.

Lo cierto es que actualmente las personas jurídicas concursadas sufren una maraña de cautelares extraconcursoales que perjudican la conservación de la empresa, y violan la competencia comercial, principio y norma de orden público sobre la cual se ampara la ley 19.551<sup>15</sup> y sus modificatorias.

Podemos afirmar entonces que las cautelares interpuestas por la justicia penal sobre los bienes de un concursado, violentan la siguiente normativa:

1. Artículo 17 de la Constitución Nacional: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.”

2. Artículo 18 de la Constitución Nacional: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.”

El presente artículo establece el principio de que toda persona debe ser considerada y tratada como inocente de los delitos que se le reprochan, hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme (Fallos: 321:3630).

3. Artículo 21 de la ley de concursos y quiebras: “Juicios contra el concursado. La apertura del concurso produce, a partir de la publicación de edictos, la suspensión del trámite de los juicios de contenido patrimonial contra el concursado por causa o título anterior a su presentación, y su radicación en el juzgado del concurso. No podrán deducirse nuevas acciones con fundamento en tales causas o títulos... no procederá el dictado de medidas cautelares. Las que se hubieren ordenado, serán levantadas por el juez del concurso, previa vista a los interesados.”

4. Artículo 22 LQC: “Estipulaciones nulas. Son nulas las estipulaciones contrarias a lo dispuesto en los artículos 20 y 21.”

5. Artículo 56 LQC: “Aplicación a todos los acreedores. El acuerdo homologado produce efectos respecto de todos los acreedores quirografarios cuyos créditos se hayan originado por causa anterior a la presentación, aunque no hayan participado en el procedimiento.”

---

<sup>15</sup> Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial: “la naturaleza del procedimiento concursal y los fines que éste persigue, ocasionan que las cuestiones atinentes a la competencia incidan sensiblemente sobre su curso”, por lo que “en el marco de dicho proceso universal, las normas adjetivas sobre competencia son de orden público”.

6. Artículo 143 CCCN. “Personalidad diferenciada. La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros.”

7. Artículo 242 CCCN.- “Garantía común. Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables e inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran.”

8. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia.

#### **IV. Los fundamentos que ya no fundamentan**

Habiendo analizado la ilegalidad de cautelar los bienes de la persona jurídica por los delitos de las personas físicas, ingresamos en el estudio de los fundamentos esgrimidos por la justicia penal para fundar las cautelares por fuera del concurso. Corriendo el riesgo de ser repetitivo para con el lector, debemos hacer mención a que el artículo 21 LCQ establece el levantamiento de todas las cautelares, otorgando al juez concursal competencia sobre todo lo relativo al patrimonio de la empresa por ser la “prenda común de los acreedores”, arts. 242 y 743 del CCCN; tutelando a la empresa como unidad de producción y fuente de trabajo en donde se encuentra de por medio el orden público.<sup>16</sup>

Este principio es la excepción al artículo 745 del CCCN,<sup>17</sup> el cual otorga prioridad de cobro al primer embargante en los procesos individuales. Cuando el activo de un sujeto, no alcanza para pagar su pasivo, la ley protege al acreedor con un proceso colectivo en el cual se levantan todas las cautelares y se hace inaplicable el orden de prelación de “primero en el tiempo, primero en el derecho” establecido por el CCCN. Esta excepción al 745 CCCN, se complementa con la imposibilidad de cautelar bienes por fuera del proceso universal.

---

<sup>16</sup> Truffat, E. Daniel “Otra vez sobre los eventuales choques entre las soluciones concursales y las decisiones de carácter penal” en doctrina E-Dictum España 11/12/2022

<sup>17</sup> ARTÍCULO 745. Prioridad del primer embargante. El acreedor que obtuvo el embargo de bienes de su deudor tiene derecho a cobrar su crédito, intereses y costas, con preferencia a otros acreedores. Esta prioridad sólo es oponible a los acreedores quirografarios en los procesos individuales. Si varios acreedores embargan el mismo bien del deudor, el rango entre ellos se determina por la fecha de la traba de la medida. Los embargos posteriores deben afectar únicamente el sobrante que quede después de pagados los créditos que hayan obtenido embargos anteriores.

Ahora bien, si hacemos un ejercicio intelectual y “aceptamos” la viabilidad de violar la universalidad de ley concursal -inviolable por ser de orden público- y aplicáramos el CCCN, en todos estos casos el primer embargante es la inhibición general dictada por el juez del concurso preventivo, la cual va a tener prioridad en el tiempo que cualquier medida cautelar dictada con posterioridad. Consecuentemente, para hacer efectiva una cautelar de la justicia penal, además de violar el artículo 21 de la LCQ, también se violaría el artículo 745 CCCN.

Si bien aquí podría terminar el estudio del tema concluyendo que toda cautela por fuera del concurso no procede, seremos más invasivos a fin de entender si los fundamentos utilizados por el fuero penal son válidos.

El peligro en la demora en que se fundamentan determinadas medidas precautorias a fin de que la persona jurídica no se desprenda de activos, no cumple función alguna en virtud de que no existe más peligro dentro del proceso universal.

El concurso preventivo inhibe al deudor de la posibilidad de disponer de sus bienes, motivo por el cual, el peligro en la demora en cautelar los mismos no tiene efecto alguno. Así también, y dentro del proceso concursal, se cuenta con el control constante de la sindicatura a fin de ejercer actos de administración extraordinarios.

Consecuentemente, cualquier cautelar por fuera del concurso preventivo no modifica el status quo de la sociedad. No hay peligro en la demora, la cautela se encuentra dentro del proceso universal falencial. Ningún otro juez de ninguna otra competencia puede entrometerse en la protección patrimonial de la empresa en marcha que la ley concursal le otorga al juez natural.

Otro de los argumentos utilizados para cautelar bienes es la figura del decomiso estatuida por el artículo 23 del Código Penal.

Con independencia de la utilización del presente instituto como mecanismo de violación de la *par conditio* entre los acreedores obligados a pasar por el proceso verificatorio, analicemos punto por punto lo allí establecido a fin de demostrar su improcedencia:

- En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damni-



ficado y de terceros.

Al dictar una medida de inhibición general o una medida de no innovar sobre la composición accionaria de una sociedad, no se está identificando bien alguno. Son medidas genéricas, lo cual ciertamente no recae sobre ningún bien que supuestamente haya servido para cometer el delito, caso contrario, la medida debió haber recaído sobre un bien puntualmente identificado.

Por otro lado, dichas cautelares no están embargando “las cosas que han servido para cometer el hecho” y mucho menos “de las cosas o ganancias que son el producto del delito”.

- Si las cosas son peligrosas para la seguridad común, el comiso puede ordenarse aunque afecte a terceros, salvo el derecho de éstos, si fueren de buena fe, a ser indemnizados.

El presente párrafo no admite gran análisis en virtud de que ninguna de las cautelares dictadas por la justicia penal a las personas jurídicas privadas se basa en un peligro para la seguridad común.

- Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal, y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos.

Demás está decir que si la persona de existencia ideal se encuentra en concurso preventivo, ergo, en estado de cesación de pago, ningún beneficio para la sociedad se obtuvo por el supuesto delito que se está investigando.

Consecuentemente, en un análisis agudo de las medidas contra la persona jurídica concursada, podemos afirmar que las mismas:

1. violan la igualdad de los acreedores.
2. violan el artículo 21 de la ley concursal -materia de orden público-.
3. no se encuadran dentro del instituto del decomiso.
4. no existe el peligro en la demora.
5. están siendo utilizadas para quitarle la competencia al juez concursal y entorpecer la actuación y supervivencia de la empresa.

## V. Palabras finales

Si releemos el artículo 1° del CCCN, obliga a los jueces a resolver según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte.

Conforme analizamos en las presentes líneas, el dictado de cautelares por fuera del proceso concursal no tiene normativa aplicable alguna, y viola los derechos establecidos en la Constitución Nacional, sumado a que ya tenemos en el caso criterio adoptado por la CSJN en dicho sentido, que los tribunales inferiores deben suscribir.

No hay norma, ni fundamento alguno para que un juez que no sea el concursal dicte una medida por fuera del proceso universal.

Los agentes del derecho sabemos bien que cuando tenemos dificultades en ganar el fondo, estratégicamente entorpecemos con el proceso. El proceso en sí mismo puede ser una condena, aunque al final del día ella resulte favorable.

Lo único que resta por hacer a la justicia, es aplicar la ley y ordenar el levantamiento de toda medida por fuera del concurso preventivo, ya que como decía el juez Fayt, la norma en Argentina debe dejar de ser una mera recomendación para pasar a ser obligatoria.

## ALEGATOS DE APERTURA O LECTURA DE LA ACUSACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL ARGENTINO

Pablo Peñasco

### I. Alegatos en general: Concepto y características

**1. Concepto de alegatos:** del latín “allegatus”, es el testimonio o exposición a favor o en contra de alguien o de algo. “Presentación que realiza un abogado para fundar el derecho que tiene la parte que defiende y para refutar las razones esgrimidas por la otra parte”. En general el alegato es una exposición que se pronuncia en contra o a favor de una persona o tema. La doctrina mayoritaria especializada en litigación los define como la versión estratégica e intencionada de los hechos, de modo de persuadir al tribunal oral de apoyar su posición, contando para ello con evidencias que sean capaces de apoyar cada una de las proposiciones fácticas y en definitiva su relato de lo ocurrido”.<sup>1</sup>

En los sistemas mixtos el alegato se formulaba al final del juicio y muchos lo conocían como etapa de discusión final o simplemente alegatos, porque en la apertura del juicio se procedía a dar lectura a la acusación. En cambio, en los sistemas acusatorios con litigación adversarial se han previsto dos alegatos: los de apertura o de inicio del juicio y los de clausura o alegatos finales.

**2. Contenido-estructura del alegato en general:** En la mayoría de los casos los alegatos responden a este esquema secuencial: hechos-evidencias-encuadramiento jurídico-consecuencias. Es decir, se exponen los hechos, se detallan, explican o exponen las evidencias que sustentan esos hechos, se enuncian las disposiciones legales que son aplicables a los hechos y luego las consecuencias

---

<sup>1</sup> Chaia, Rubén A.: Manual de Litigación Penal 1. Ed. Hammurabi, Buenos Aires 2020, pág. 202, citando a numerosos autores.

del encuadre típico, que serán la condena e imposición de pena o la absolución del acusado. Por lo tanto, la secuencia es: HISTORIA, PRUEBAS, CONSECUENCIAS JURÍDICAS, se expone la conclusión solicitando condena o absolución.

**3. Características del alegato en general:** 1.- Todo alegato debe tener credibilidad, esto comprende que sea convincente. 2.- Amplificar o agigantar los logros, fortalezas y aminorar debilidades. 3.- Debe ser expuesto por un abogado con preparación sobre el caso. 4.- Demostrar convencimiento de lo que dice y hace, prudencia y coherencia en toda su exposición. 5.- Debe contener una historia que conecte el sentimiento y emociones de los jueces con el caso. 6.- Quien alega debe conocer a las personas que tomarán la decisión (jueces profesionales o jurados populares). 7.- El alegato debe ser expuesto como una historia creíble, atractiva, apasionada, clara y breve, es un cuento con estas notas. **Resaltar donde hay odio, amor, celos, pasión, venganza, codicia, temor, rencor.** 8.- Debe ser una historia bien contada. 9.- Debe atraer la atención de los jueces, todo lo contrario, al relato aburrido. 10.- Procurar que el alegato sea breve. Se aconseja de 15 a 45 minutos. 11.- Los alegatos no son pruebas ni deben utilizarse como tales. 12. Los alegatos No deben contener la opinión personal del abogado litigante sino una versión desde las pruebas. 13.- El litigante debe conocer a fondo los hechos del caso, circunstancias, antecedentes, toda información. 14.- Remarcar hechos incontrovertidos, destacar etiquetas y ejes temáticos. 15.- Comunicar y exponer etiquetas o frases determinantes en el alegato, en lugar de siniestro vial, homicidio por la conducción, uso de palabras de alta impacto: destruyó, apuñaló, cortó, atacó, mató, y a partir de éstas elaborar ideas-ejes. 16.- Exponer uno o más temas centrales con contenido emocional, convincentes, que hablen de valores y verdades por todos conocidas, simples, comprensibles por todos. Frases o lemas de impacto que tengan pleno encuadramiento y coincidencia con el caso sobre una base real. 17.- El alegato debe expresar los motivos o las razones causantes de los hechos, porqué cometió el delito, qué lo llevó a la consumación o tentativa del hecho, cuanto más censurable o reprochable sea el motivo es probable que los jueces más se apeguen al planteo. 18.- A modo de síntesis, siguiendo a Rubén Chaia el alegato debe tener tres grandes columnas: Etiquetas, ejes temáticos y motivos.

**4. ALEGATOS DE APERTURA: Concepto:** Son aquellos que se exponen cuando el tribunal o juez declara abierto el juicio o audiencia de debate oral y le

confiere la palabra a cada una de las partes comenzando por quienes tienen a cargo la acusación a los efectos que expliquen sus posiciones. “Los litigantes tendrán que anunciar la información clave como para que el tribunal que juzgará el caso tenga una ruta más o menos clara de las direcciones a las que apuntará su labor, sin hacer del alegato el juicio en su totalidad, es decir sin intentar probar el caso en el alegato de apertura”.<sup>2</sup> Son el “...momento procesal para poder generar una explicación de los hechos y entregar los contextos y datos más relevantes que permitirán a los jueces entender y aproximarse a la tesis de la parte que lo presenta”.<sup>3</sup> Primera oportunidad que cada litigante tendrá de anunciar su caso en el juicio; su primera oportunidad para exponer la teoría del caso que intentará probar o refutar en el caso de la defensa, en el transcurso del debate oral. (Lorenzo, L.). Las partes presentan su caso. En similar sentido nos explican Baytelman y Duce que los alegatos de apertura son la explicación de cada litigante al tribunal, de qué manera debe mirarse la evidencia del juicio a su comienzo o inicio, de allí que lo consideran el momento para ofrecer un punto de vista para la apreciación de la prueba, no la valoración o el peso de la misma dado que inicialmente no se ha producido en la audiencia del juicio, sino proporcionar el ángulo desde el cual los jueces podrán valorarla o efectuar su visión o lectura. “Este es el momento para comenzar a configurar la disposición mental del juez hacia el caso y la prueba”.<sup>4</sup>

Por otro lado se ha sostenido que los alegatos de apertura se sitúan al comienzo del juicio donde se otorga la palabra a los litigantes para que expliquen al juez o tribunal cuál es su planteo del caso, cuáles son sus afirmaciones de hecho, cuál es el derecho en que sustentan su planteo y que es lo que intentarán probar, de modo que el tribunal pueda tener una visión completa del hecho que se atribuye al acusado y acerca de su intervención en el mismo, el modo de consumación de los delitos, la versión que tiene el acusado acerca de estos extremos, lo que critica o refuta y exige a la parte acusadora, los argumentos de defensa y que intentarán probar (La Rosa-Romero Villanueva). Los autores citados simbolizan los alegatos de apertura como el mapa sobre el que se ha diseñado el desarrollo total del proceso. Son el “planteamiento que el fiscal y el abogado defensor hacen sobre

---

<sup>2</sup> Lorenzo, Leticia: Manual de Litigación, Ediciones Didot, Buenos Aires 2016, pág. 160.

<sup>3</sup> Blanco Suárez, Rafael y otros: Litigación Penal estratégica en juicios orales”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, España, 2021, pág. 135.

<sup>4</sup> Baytelman y Duce, Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba. Capítulo IX. Universidad Diego Portales 2004. Santiago, República de Chile.

los hechos penalmente importantes, los fundamentos jurídicos que lo apoyan y las pruebas que los demuestran. Es la visión estratégica para afrontar el juicio oral”. Esta oportunidad que se les concede a las partes se la denomina exposición inicial o alegato de apertura.

**5. Relación con la teoría del caso. Características:** Leticia Lorenzo dice que el alegato de apertura es la primera oportunidad que cada litigante tendrá para exponer la teoría del caso que intentará probar (para los órganos de la acusación) o refutar para la defensa, en el transcurso del debate oral. Otros destacados autores de litigación y estrategia procesal sostienen que “lo central del discurso de apertura es la incorporación del relato de los hechos que permite evidenciar la teoría del caso frente al juzgador. Para ello se requiere presentar los datos fácticos más importantes del caso. Tales datos pueden ser anunciados de manera cronológica, o bien, temática. El relato se apoyará en la variable cronológica cuando esa estructura facilite la comprensión o la credibilidad de la historia. Si la cronología es irrelevante, podrán agruparse los hechos del relato de modo de resaltar lo más relevante al inicio y al final del discurso<sup>5</sup>.

Rubén Chaia se refiere al alegato de apertura diciendo que es la alocución mediante la cual el litigante presenta su teoría del caso ante un tribunal o jurado. Podríamos decir que se trata simplemente de un bosquejo o planificación respecto del modo que será litigado el caso lo que implica una visión anticipada de la posición y las evidencias sobre los temas en disputa, pero esa es la visión de una teoría del caso, enfocada casi exclusivamente al armado y postulación del caso, entiendo –influenciado quizás por la doctrina norteamericana y sus investigaciones sobre jurados– que el alegato de apertura no se equipara al armado del caso, son instancias diversas con objetivos diferentes...<sup>6</sup>

En el mismo sentido, Horacio Romero Villanueva sostiene que el alegato de apertura es la primera oportunidad para exponer oralmente la teoría del caso por parte de los acusadores y defensores ante el juez o tribunal encargado del juzgamiento... Es la oportunidad de mostrar la credibilidad del caso y contar los hechos al juez... además es el primer acto procesal de conocimiento sobre la controversia por parte del Tribunal con el objeto de garantizar su más absoluta neutralidad, ya que tiene prohibido contaminarse con la lectura del auto de ele-

<sup>5</sup> Blanco Suárez, Rafael; Decap Fernández, Mauricio; Moreno Holman, Leonardo; Rojas Corral, Hugo: Litigación Penal Estratégica en Juicios Orales. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2021, pág. 141.

<sup>6</sup> Chaia, Rubén, Técnicas de litigación penal, obra citada, pág. 209.

vación a juicio u otras constancias en poder de la oficina judicial o del fiscal..., de allí que los alegatos o exposiciones resumidas consisten en la presentación del caso de la fiscalía, el querellante y, por último, la defensa, que deben ser un resumen de los hechos o de sus pretensiones, sus argumentos jurídicos y las pruebas que demostrarían su caso. Están prohibidas las lecturas de la acusación y de la defensa.<sup>7</sup>

“El alegato de apertura es la primera oportunidad que tienen cada una de las partes (fiscal, querella, defensa) de presentar su caso a los jueces que van a decidir. Normalmente los Códigos Procesales lo prevén como el acto que da comienzo formal al debate oral y público. Debe funcionar como una hoja de ruta, una guía para que los juzgadores, que no conocen los hechos, tomen conocimiento de cuál es la teoría del caso de cada una de las partes y cuál es la evidencia que planean producir durante el juicio”<sup>8</sup>

Desde un punto de vista que **señala diferencias** con lo expuesto anteriormente, se sostiene que el alegato de apertura es la primera y mejor oportunidad para quebrar el principio de incertidumbre, explicando con visión amplia pero sucinta cuál es nuestra versión que habremos de probar, utilizando este momento para que la narrativa, la coherencia y contundencia de nuestra tesis logre inclinar desde ese momento la credibilidad del tribunal hacia nuestra parte.<sup>9</sup> Es decir que la definición expuesta marca un aspecto diferente indicando que la postura de parte debe ser firme y asertiva desde el primer momento. Lo esencial en toda práctica judicial y por ende, en todas las técnicas y estrategias que se elaboren como pautas de guía con ese fin, deberán partir de la base de que

“el litigante no puede: mostrar una hipótesis; un supuesto o posible suceso que se demostraría, un pensamiento especulativo; el resul-

---

<sup>7</sup> Romero Villanueva, Horacio: Código Procesal Penal Federal (t.o. 2019) Anotado y con comentarios, Ed. Erreius, Ciudad de Buenos Aires, Argentina 2021, pág. 655.

<sup>8</sup> Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Presidencia de la Nación. Dirección Nacional de Relaciones con la Comunidad Académica y la Sociedad Civil. Secretaría de Planificación Estratégica. Justicia 2020. República Argentina: Técnicas y Habilidades de la Realidad del Litigio. Pág. 48. [http://www.saij.gob.ar/doc-s-f/ediciones/libros/destrezas-pa-ra-litigio\\_ceva\\_sco.pdf](http://www.saij.gob.ar/doc-s-f/ediciones/libros/destrezas-pa-ra-litigio_ceva_sco.pdf)

<sup>9</sup> La Rosa, Mariano; Romero Villanueva, Horacio: Código Procesal Penal Federal Comentado, Ed. La Ley 2019, Buenos Aires, Argentina, t. III, págs. 247/248.

tado de un experimento; representar algo provisional; una explicación que solo signifique una partida sin afirmación de cuál debe ser el final o cuál es el final; una explicación que importe solo una posibilidad de encontrar la solución al problema (conflicto) sin sostener cuál es la solución; en suma, solo una teoría sobre lo que sucedió; pues todo esto precisamente es que lo que no debe hacerse y es, como vemos, el significado conativo y lingüístico de lo que es una mera teoría”.<sup>10</sup>

En función de lo indicado, no se aconseja exponer alegatos de apertura como mera teoría (suposición, creencia, hipótesis, probabilidad, especulación), porque si consideramos que los mismo constituyen la primera oportunidad en que los jueces recibirán información oficial relacionada con el caso que tendrán que resolver, el efecto psicológico y emocional que puede provocar en ellos un alegato de apertura dubitativo, tendrá alguna repercusión posterior. Partir de una posición dudosa o de mera especulación o mostrar una hipótesis no es lo más ajustado a una buena estrategia de litigación, al menos en la mayoría de los casos o salvando algunas excepciones.

Marcando diferencia con la posición generalizada que relaciona este acto procesal con teoría del caso, una mejor práctica adversarial señala que desde los alegatos de apertura e incluso desde la primera exposición del caso, se debe afirmar, sostener la tesis de cada litigante, es decir afirmar con la debida prudencia jurídica y expresiva, los resultados o conclusiones de la investigación penal preparatoria, las conclusiones relacionadas con el grado convictivo de vehemente conocimiento probable acerca de los extremos de la acusación en los órdenes fácticos y jurídicos. Se propone que el litigante exponga en los alegatos de apertura una posición basada en pruebas logradas a partir de serios trabajos de investigación de modo que transmita convencimiento, que su relato esté impregnado de confianza, que responda a los elementos concretos del caso real, que los alegatos de apertura expongan una historia coherente, lógica, razonable, comprensible, “porque la realidad solo puede ser una sola y no una mera teoría”.

En la dirección señalada, les asiste razón a los Dres. Mariano La Rosa y Horacio Romero Villanueva, cuando se refieren al tema que nos ocupa desde un punto terminológico – lingüístico criticando la terminología utilizada para la teo-

---

<sup>10</sup> La Rosa, obra citada, págs. 245, 246.



ría del caso ya que importa un significado erróneo al concepto y hasta contrario al que debe ser. La posición del abogado litigante frente al Tribunal (Técnico-profesional o de jurados populares), debe ser demostrativa de convicción, firmeza y afirmación, que abarque no solo sus pruebas, argumentos, que tanto su discurso como lenguaje verbal y gestual transmutan persuasión, que su tono de voz sea asertivo y su presencia, actitudes, movimientos, palabras, miradas, expresión transmitan la verdad de lo que se juzga, lo que es muy distinto a montar un show, teatro o drama. A partir que cada litigante debe tener conducta procesal marcada por la lealtad, juego limpio y objetividad (para el caso del Ministerio Público Fiscal), su posición debe tener sustento en elementos probatorios incorporados de modo regular. Por este motivo compartimos la afirmación de los autores citados que indican que el litigante debe exponer la solución del caso con un enfoque determinado, presentarlo, establecerlo, llevar a cabo su desarrollo, plantear el caso.

“Plantear, que proviene del latín planta, que significa trazar algo para procurar el acierto en ello, establecer un sistema, exponer un tema, proyectar que se hace para asegurar el acierto y buen logro de la pretensión, enfocar la solución de un problema”.<sup>11</sup>

La posición detallada también la comparten otros autores al sostener que con los alegatos de apertura las partes acusadoras habrán presentado el caso ante el Juez o Tribunal de juicio, elaborado y pulido a lo largo de la investigación preparatoria y fijado al momento de presentar sus acusaciones. No deberá tratarse de una mera hipótesis o de un hecho supuesto. Sino de la afirmación, por quien o quienes acusan, de un hecho ocurrido y que probarán del modo que dicen, se trata de un acto de comunicación pública aun para el órgano jurisdiccional.<sup>12</sup>

Los alegatos de apertura deben estar nutridos de los elementos indicados, sin embargo, se propone, en coincidencia con la mayoría de la doctrina, que cada litigante haga su exposición “teniendo los pies sobre la tierra”, es decir, sobre la base del cúmulo de pruebas regularmente incorporadas al proceso, que den sustento a su planteo. La fortaleza de la prueba y su producción en la audiencia de juicio

---

<sup>11</sup> La Rosa, Mariano; Romero Villanueva, Horacio: Código Procesal Penal Federal Comentado, Ed. La Ley 2019, Buenos Aires, Argentina, t. III, págs. 246, 247.

<sup>12</sup> Daray, Roberto R.: Dirección, Coordinación Miguel A. Asturias, Autores: Nicolás R. Ceballos, Roberto R. Daray, Alberto J. Huarte Petite y Roberto Leo: Código Procesal Penal Federal, Análisis Doctrinal y Jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2021, págs. 368-369.

que se irá desarrollando a continuación, se proyecta indefectiblemente en oportunidad de la alegación inicial y confiere al litigante la posibilidad de efectuar su exposición con los caracteres que hemos señalado.

Con relación a las **características de los alegatos de apertura** podemos decir que son **orales, deben ser breves, no existe un modelo único** y válido para estructurar un alegato de apertura, serán según las características de cada caso y de sus fortalezas y debilidades, en general no presentan mayores dificultades y se cumplen por medio de una actividad simple y clara, aunque esto en algunos casos no es empleado así. El alegato de apertura tiene un carácter estratégico de importancia.

**6. Requisitos de los alegatos de apertura:** La gran mayoría de códigos procesales penales de Argentina, indican que luego de abierto el juicio, comenzarán las partes a cargo de la acusación, a explicar el contenido de la misma que oportunamente formularon cuando se presentó la requisitoria de citación a juicio; y para el caso, también deberán explicar la acusación alternativa o subsidiaria.

**6.1. Explicación oral no leída:** Como primer requisito desde lo formal y comunicacional, destacamos la necesidad que sean **plenamente orales, pues** no debe admitirse ni se corresponde con el sistema acusatorio y la litigación adversarial, que cada parte lea el requerimiento fiscal de citación a juicio o el que puede haber redactado el querellante particular o particular ofendido según su denominación. En general y para el caso de los alegatos de apertura en particular, debe respetarse plenamente la oralidad. Que cada litigante sepa lo que tiene que decir y lo haga de modo libre, es clara demostración que ha preparado el caso, que lo estudió, analizó, que sabe y tiene en claro su situación. El C.P.P.F. lo dispone expresamente en el art. 294. Sin embargo se admite y se sostiene que no es irrazonable que los litigantes puedan ayudarse con breves esquemas o síntesis escritas, especialmente cuando se refieren a números, fechas, datos complejos, u otra información que sea complicado recordar, o cuando existan muchos hechos que exponer o gran cantidad de pruebas a las que debe hacerse referencia sin perder de vista que este acto debe ser relativamente breve (el promedio suele ser de 20 minutos, salvo excepciones), de allí que por lo general se admite que cada orador pueda ser asistido por alguna síntesis o esquema que contenga muy brevemente las ideas centrales de su exposición que desarrollará. La regla general es que sea una explicación oral de la acusación, de modo que no deberá admitirse su lectura.

**6.2. Específicos:** Los alegatos de apertura como exposición oral, **deben especificar los hechos y las pruebas**, aunque la referencia a estas últimas, para los casos de juicios por jurados, no se requiere con detalle atento las etapas anteriores cumplidas y las características de este acto procesal para esta clase de juicios. También debe ser expuesta la **calificación legal** o encuadramiento típico que sostengan los acusadores, con referencia a los delitos que se atribuyen en la acusación, la autoría o participación criminal. Algunos C.P.P. establecen que también deberá indicarse o peticionar el o los litigantes a cargo de la acusación, la pena o penas y su monto, requisito que no se exige (por lo general) en casos de juicios por jurados populares.

Sobre los extremos señalados se destaca que el contenido del hecho deberá respetar el principio de congruencia, para lo cual es necesario que exista correlación entre los hechos intimados oportunamente con los descriptos en la acusación (principal y alternativa) y expuestos en su explicación oral (alegatos de apertura). Acerca del hecho, debe ser descripto con detalle de circunstancias de tiempo, modo y lugar, de forma clara, entendible y simple.

**6.3. Breves:** La mayoría de la doctrina y algunas leyes de juicios por jurados populares y Códigos Procesales Penales, coinciden al establecer un tiempo de duración de los alegatos de apertura o del acto equivalente que es el que se confiere a los litigantes para explicar la acusación o exponer su posición contraria a la misma. Como argumento explicativo se dice que los jueces tienen una capacidad de atención y concentración limitada (según sean profesionales de tribunales técnicos o jurados populares), como todos los seres humanos, ergo, lo que exceda de dicha capacidad se desperdicia, de allí que se aconseja ser lo más breve posible para exponer todos los elementos de los alegatos siempre que no se perjudique su claridad ni coherencia o la línea expositiva. “Para un tribunal que no conoce el caso, atiborrarlo de información al inicio puede oscurecer más que iluminar...” (Baytelman-Duce). Los autores citados han expuesto una interesante frase: *un caso grande no exige necesariamente un alegato de apertura extenso*.

## VII. Finalidad de los Alegatos de Apertura

7.1. La más destacada es la presentación de la teoría del caso ante el tribunal.

7.2. Otra finalidad que cumple es que organiza la información y el relato para los jueces, dado que en los sistemas acusatorios puros con litigación adversarial, donde los jueces no conocen el caso con anterioridad, mediante los alegatos de apertura los integrantes del tribunal escucharán por primera vez la información que les suministrarán los litigantes y si los mismos respetan las condiciones de exposición, dicha información será expuesta de modo claro, ordenado, sistematizada, lo que pretende cada parte u otros aspectos trascendentes propios de acto.

7.3. Puede sostenerse entonces que otra finalidad importante es la presentación de los elementos fácticos del caso, su encuadramiento penal, es decir la relación entre los hechos y el derecho exponiendo cuales son los delitos que se ajustan a los hechos del juicio y la participación del acusado.

## VIII. Importancia de los alegatos de apertura: Utilidad desde la práctica procesal y jurídica:

8.1. Ya se ha referido que constituyen un acto del proceso de fundamental importancia para todos los sujetos, interesados y ciudadanos, dado que por medio de ellos **se presenta el caso ante el tribunal**.

8.2. También se sostuvo que los miembros del Tribunal toman por primera vez contacto con los hechos, referencias de pruebas, antecedentes y circunstancias del caso.

8.3. Esto implica que luego de expuestos los alegatos de apertura, los jueces tendrán acceso, podrán escuchar y ver el primer relato de los litigantes con relación al caso. Tendrán su “primera impresión”, su primer encuentro, su primer contacto auditivo, visual y gestual con los litigantes que expondrán el caso y sus posiciones.

**8.4. Punto de partida o Inicio del camino hacia la decisión:** En consecuencia, comenzarán a formar una idea, un pre concepto de lo que tendrán que decidir y resolver, irán tallando, moldeando de a poco, en la medida que avance el proceso y se expongan las pruebas, el veredicto o sentencia.

**8.5. Indicadores de credibilidad:** Por lo tanto, la credibilidad de cada litigante comienza a mostrarse a partir de los alegatos de apertura, la que ha de lograrse mediante una exposición marcada por la claridad, lógica, razonabilidad, prudencia, capacidad de transmitir conceptos, ideas e información respaldada en evidencias y pruebas. La credibilidad será respecto a la persona de cada litigante, de su historia, de sus pruebas, de su teoría del caso.

**8.6. Función explicativa:** los alegatos de apertura también tienen mucha importancia porque cada litigante los empleará para explicar a los jueces, los hechos que las pruebas permitirán demostrar, las circunstancias que las evidencias van a quedar a la luz, la vía, el camino y todo lo que utilizarán para demostrar cómo fueron los hechos según cada uno.

## **IX. Objeto del alegato de apertura, lo que se espera del litigante ante el Tribunal**

**9.1.** Entregar oralmente a los jueces una línea del tiempo, una hoja de ruta, una cronología de los hechos, la historia de los mismos. O sea, que ellos no deban elaborarla sino cada litigante a través de los alegatos de apertura.

**9.2.** Que los litigantes demuestren su inteligencia, experiencia, habilidades, conocimientos fácticos, jurídicos; sus dotes de humanidad, de consideración y apego a la verdad y las leyes, en definitiva, que demuestren su profesionalismo en todas sus facetas o aspectos, tanto técnicos como humanos.

**9.3.** Demostrar sintéticamente y de modo sencillo ante los jueces, el trabajo de preparación que han llevado a cabo los litigantes, es decir que no llegan al juicio oral y público improvisadamente, “a la pesca”, a ver qué ocurre en el mismo, sino todo lo contrario.

9.4. Por lo tanto, el alegato de apertura tiene por objeto exponer la versión de los hechos del caso y mencionar las pruebas que se consideran de mayor valor convictivo, que cada litigante invocará para demostrar ese relato.

## **X. Contenido: qué deben tener, qué se debe hacer y no hacer en los alegatos de apertura**

### **10.1. Recaudos para tener en cuenta en los alegatos de apertura**

**10.1.1. Comunicar e informar el caso a los jueces:** En los sistemas acusatorios avanzados con litigación adversarial, los jueces técnicos profesionales que intervinen en la etapa de investigación y control de la acusación, durante la etapa preliminar del juicio, son jueces distintos a los que integran el tribunal de juicio. Lo propio ocurre en los procesos penales que llegan a juicios por jurados populares. Es decir que el principio general es que los jueces del juicio no conocen el caso en detalle, con las pruebas existentes y circunstancias que van a ser analizadas al momento de resolver. Por eso, a partir de esta premisa, los litigantes deberán utilizar los alegatos de apertura para que los integrantes del tribunal, los jueces, tomen cabal conocimiento de hecho que deberán resolver, donde el litigante contará con su teoría del caso como herramienta para lograr este objetivo. Será fundamental que los litigantes desplieguen su habilidad para poder transmitir a los jueces la información de calidad necesaria para que puedan entender y comprender los hechos y características del caso, de allí que es muy importante explicarle a los jueces con lenguaje claro, en términos sencillos, en qué consiste el caso, el hecho, las cuestiones centrales que serán motivo del debate, que es lo que ocurrirá durante el desarrollo del juicio entre otros temas propios de los alegatos de apertura.

Por lo tanto, si los jueces no conocen bien el caso, en los alegatos iniciales es necesarios explicarlo acertadamente.

**10.1.2. Humanizar el caso:** En todos los casos penales e incluso en gran parte de los civiles existe un conflicto, una confrontación de derechos e intereses, de pretensiones y posiciones, todo ello protagonizado por personas físicas o jurídicas, pero cuyos efectos redundan en la afectación de bienes jurídicos tutelados por la legislación; derechos fundamentales de las personas individuales o como parte

de un conjunto o colectivo o comunidad. El caso es por un conflicto que sin dudas tiene ribetes y caracteres de humanidad, donde hay derechos en juego de las personas, producto de la afectación de los mismos a bienes de valor moral o material importantes. El caso expuesto en los alegatos de apertura contará con mayor atención de los jueces en la medida que los litigantes expongan la información esencial del mismo, transmitiendo también el valor humano en su consideración y atención. Poder hacer notar la humanidad del caso es realmente importante y los alegatos de apertura son el momento oportuno para ello. La humanidad del caso será expuesta cuando los litigantes expliquen a los jueces de qué modo y alcance se han afectado los derechos involucrados de las partes, cuáles han sido los bienes inmateriales, afectos, sentimientos, derechos fundamentales, bienes jurídicamente tutelados que han perdido, menoscabado o restringido con motivo del hecho traído al juicio. Es necesario para que se tenga en cuenta la importancia real de la decisión o resolución del mismo.

**10.1.3. Tema, título, lema o etiqueta del caso:** para darle mayor claridad, facilitar el entendimiento y la comprensión no solo del tribunal, de los jueces que lo integran y de los ciudadanos, elegir un lema, frase o título del caso que represente su humanización e idea central del mismo, implicará el empleo de una eficaz técnica de litigación que ha de beneficiar al proceso.

**10.1.4. Construir credibilidad:** se apoya en la razonabilidad y sustento probatorio de la teoría del caso; la contundencia o valor convictivo de evidencias y elementos de prueba; en el desempeño transparente, frontal, claro del litigante, es decir en su capacidad de comunicación y en el despliegue de sus actividades profesionales ante los jueces, donde irá demostrando la credibilidad de su pretensión. Los alegatos de apertura son el primer paso donde se construyen los cimientos de credibilidad de los litigantes. Es muy importante que el mismo demuestre credibilidad por medio de palabras, gestos, desempeño durante el juicio, pruebas, actuación profesional, seriedad, coherencia y lógica de sus planteos. Los alegatos de apertura, al ser la primera vez que se presentan ante el o los jueces, tienen un valor destacado para cumplir con este objetivo de peso al momento de tomar decisiones.

## 10.2. Qué hacer en los alegatos de apertura

**10.2.1. Presentación de los sujetos procesales:** Si se trata de un juicio por jurados populares o de un tribunal integrado por jueces que no tienen conocimiento ni han mantenido encuentros previos con las partes, es necesario que el Fiscal que primero exponga los alegatos de apertura o explique la acusación, presente a los sujetos procesales. En los juicios por jurados populares normalmente es el Juez técnico a cargo de la dirección del proceso, quien lleva a cargo esta tarea, pero suele ocurrir que en algunos casos y por distintas razones, no se cumple con este recaudo. Considero que los jurados populares o aquellos jueces que no conozcan nada del caso y de las partes, deben estar informados sobre la identidad de las mismas, del acusado y del juez técnico. Es algo elemental e importante.

Los expertos en litigación enseñan que cumplir con este acto implica el comienzo de la humanización del conflicto penal. La presentación de personas que desempeñarán un rol de importancia durante el desarrollo del caso deberá ser por nombres, apellidos, funciones y el rol o tarea fundamental que cada sujeto procesal ha de cumplir en todo el juicio. Cabe destacar que la referencia a todas las partes y su presentación, debe ser empleando un lenguaje claro, igual que durante todo el proceso, de modo que no debe incurrirse en presentaciones formales extensas, con detalle de datos personales irrelevantes. Los nombres y apellidos serán suficientes y algún otro dato de relación con los hechos que pueda servir para orientar a los jueces.

**10.2.2. Poner en conocimiento y entendimiento de los jueces, los hechos del juicio:** las técnicas de litigación explicadas por la doctrina más leída en el tema, habla de la presentación de los elementos fácticos del caso y su vinculación con las normas jurídicas y establece la inconveniencia de extraer conclusiones de la prueba que todavía no se ha presentado ni expuesto en el juicio ni efectuar argumentaciones. Sin embargo, como los alegatos de apertura no se han previsto ni están mencionados expresamente como tales en gran parte de los C.P.P. de Argentina, donde las leyes reformadas que implementaron un sistema acusatorio de más avance han dispuesto que el Fiscal y Querellante o particular damnificado, lleven a cabo la explicación de la acusación, lo que exactamente no es lo mismo que exponer los alegatos de apertura.



Mientras se mantenga esta situación legal, la explicación de la acusación podrá llevarse a cabo como alegato de apertura, pero deberá contener el relato de los hechos del juicio con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, es decir de modo claro y brevemente circunstanciado, las pruebas y sus fundamentos y la calificación legal. A ello es bueno agregar los demás aspectos y partes que se han mencionado precedentemente.

Los expertos en litigación sugieren explicar o informar con claridad la escena del hecho. Es, sin dudas, una buena técnica que debe ser empleada acudiendo al uso de imágenes con soporte digital o de todas aquellas que las tecnologías habiliten a exponer el lugar del hecho a los jueces para que comprendan y se ubiquen en el mismo. La vista de la escena del delito es un dato relevante que cada litigante podrá o no utilizar según las características del caso y como lo estime conveniente en atención a la estrategia elaborada. El empleo de apoyo gráfico y de fotografías o video filmaciones sobre el lugar de los hechos es clave para sustentar la teoría del caso y lograr mayor comprensión por los jurados o jueces.

Para tener en cuentas es que, si alguna de las partes hace uso de imágenes con esta finalidad, cuidar que el empleo de este recurso técnico no distraiga a los integrantes del tribunal, en la escucha del alegato de apertura. Un exceso en el empleo de estos recursos podría ser contraproducente.

**10.2.3. Utilizar poco tiempo:** Exponer los alegatos de apertura con brevedad, empleando poco tiempo en la media de lo posible. Por lo general, el tribunal establece el tiempo de duración de los alegatos de apertura, aunque en los juicios ante tribunales integrados por jueces técnicos donde lo que exigen los C.P.P. es la explicación de la acusación, no se usa limitar temporalmente los alegatos, ello no implica que el tribunal pueda solicitar que el abogado vaya sintetizando las ideas que exponga ante un exceso de tiempo en el uso de la palabra o que esto surge de los mismos C.P.P.

Las razones para sostener que es conveniente que los alegatos de apertura sean breves se basan, especialmente, en que toda persona humana, en particular los jueces, tienen una capacidad de atención limitada en cierta cantidad de minutos; transcurridos los mismos comienza a disminuir. De modo que se aconseja reunir en poco tiempo todos aquellos elementos a exponer con claridad, sistemática, coherencia, sentido común y razonabilidad. Abundar en detalles secundarios, inconducentes o impertinentes o con opiniones personales o con un

discurso sentimentalista, actuado y superficial, por lo general perjudica más que aventaja al litigante.

El alegato de apertura debe exponer en breve tiempo la información de mayor calidad y contundencia. Sin embargo, los litigantes pueden estar frente a casos complejos, especialmente a nivel probatorio, sin embargo, se recomienda extremar las medidas para presentar los alegatos de modo sencillo y empleando escaso tiempo. “Un caso grande no exige necesariamente un alegato extenso” (Baytelman y Duce).

**10.2.4. Exponer objetivamente los hechos y pruebas:** Cuando el litigante expresa información objetiva (ajena a su opinión personal, carente de subjetividad), haciéndolo de modo profesional, es decir con lenguaje sencillo, claro, pero a su vez de modo sólido, demostrando conocimiento pleno de los hechos, pruebas y derecho de aplicación, construye credibilidad y transmite información relevante a los jueces.

**Comunicar las debilidades propias del caso con sentido común y criterios lógicos:** Cuando los litigantes reconocen las debilidades propias del caso según la posición de cada uno e informan de las mismas a los jueces en los alegatos de apertura, construyen más credibilidad a su posición y generan más confianza de éstos hacia el abogado.

Reconocer las debilidades de la posición que sostiene cada parte implica un acto de sinceridad y transparencia, de información plena; una actitud franca que pone a la luz todas las evidencias es, en definitiva, poner las cartas sobre la mesa, jugar limpio, avisar sobre la fortaleza del caso presentado y sus debilidades. Si el litigante logra transmitir esto a los jueces, será considerado por el tribunal.

Tampoco esta actitud debe ser extrema o exagerada al punto tal que perjudique la propia posición del litigante, sino que debe ser acotada y sencilla, basado en criterios objetivos a partir de las posiciones de los adversarios, porque el punto de partida es que cada litigante considera que las pruebas y características del caso tienen mayor fuerza convictiva para sostener su pretensión.

**10.2.5. Exponer los datos o detalles más importantes:** Un alegato de apertura donde los litigantes abunden con detalles del caso y prueba, salvo que sean sumamente relevantes, es muy probable que pierda su eje, que durante su desarrollo el litigante no se enfoque en lo central, los hechos y circunstancias de mayor im-

portancia que debe aplicar a los jueces. Cuando se profundiza en detalles también se corre el riesgo de cansar a los jueces, con mayor razón si son jurados populares, porque lo que quieren saber es lo esencial, el hueso, el centro del conflicto para comenzar a meditar y pensar sobre la posible decisión que deberán adoptar.

**10.2.6. Informar** a modo de anticipo, sobre lo que posiblemente ocurrirá durante el juicio.

### **10.3. Qué no hacer en los alegatos de apertura**

**10.3.1. La exageración. Protagonismo marcado:** No agregar más palabras a las ideas centrales o conceptos esenciales que se expondrán en el alegato. Pretender exagerar o utilizar un lenguaje, frases o palabras que tengan por objetivo llamar la atención del jurado, es importante, pero de mucho riesgo, por cuanto pueden transformarse en armas o herramientas que, desde la estrategia, no sean convenientes. En consecuencia, debe manejarse con prudencia y criterio estratégico, el uso retórico del lenguaje y la oratoria.

**10.3.2. Actuación, sentimentalismo:** En el camino indicado, la oratoria que se enfoca en la emotividad o en el discurso político tampoco ha sido conveniente en la gran mayoría de los casos según la doctrina generalizada. No se trata de conmover emocionalmente o llegar al sentimiento profundo de los jueces al punto de lograr que se emocionen, que lloren o se consternen ni tampoco el alegato de apertura debe ser un discurso de características políticas para reavivar sentimientos de los ciudadanos sobre la base de bienes generales de la población. Tampoco exponer desde el otro extremo, con un alegato inicial sumamente frío, carente de sentido común, de sensibilidad, emoción o entusiasmo. Lo mejor es el justo medio, los extremos suelen confrontar con situaciones fácticas, probatorias y jurídicas. Al exponer los alegatos de apertura el litigante no se encuentra en un escenario teatral ni en una tribuna política o de fútbol, está, nada más y nada menos que ante los jueces.

**10.3.3. Detallar las actuaciones del expediente:** “la investigación está fuera de juego en el juicio”, al tribunal le interesa conocer los hechos controvertidos y las cuestiones que serán sometidas a su decisión, de modo que no es la oportunidad

para que las partes lleven a cabo una enumeración o enunciación detallada de las actuaciones obrantes en el expediente o durante la investigación Fiscal o investigación penal preparatoria. Tampoco es procedente un cuestionamiento a dicha etapa procesal, porque los litigantes han contado con las oportunidades procesales para hacerlo con anterioridad.

**10.3.4. Valoración de pruebas:** Otro punto para no hacer en los alegatos de apertura es no emitir conclusiones ni efectuar valoración probatoria. En este sentido se marca una diferencia muy clara con los alegatos finales o de clausura. La recomendación que aquí se expone surge de la propia naturaleza del acto, teniendo en cuenta la finalidad que hemos explicado en puntos anteriores, los alegatos de apertura tienen como objetivo presentar el caso. El tiempo que se confiere al litigante para este acto es muy inferior al que, por lo general, se autoriza para los alegatos de cierre. “A diferencia del alegato final, el alegato de apertura no es un ejercicio argumentativo”.<sup>13</sup>

En razón que al momento de explicar la acusación en los alegatos de apertura no se han producido pruebas, será inoportuno efectuar su ponderación y consecuente argumentación, ya que las mismas aún no han sido analizadas por los jueces, de modo que los alegatos de apertura donde se lleve a cabo ponderación probatoria pueden ser cuestionados desde distintos ángulos. Baytelman y Duce hablan de inadmisibilidad: “Cuando el alegato cruza la línea entre el anuncio y la argumentación, es causal de una legítima objeción”.

**10.3.5. Las promesas:** Otra cuestión muy importante para los alegatos de apertura se refiere a la prudencia que debe tener cada litigante respecto a lo que promete. Se recomienda no hacer promesas en este acto que luego no se puedan cumplir, porque se correrán serios riesgos de sufrir incredulidad, desprestigio o que sencillamente la posición del litigante que prometió y no cumplió, podría ser muy desventajosa.

**10.3.6. Opiniones personales:** los alegatos de apertura serán con respecto a un caso real, un hecho que ha sido investigado y analizado en distintas etapas procesales que los jueces desean conocer en profundidad para tomar una decisión final e importante. Las opiniones personales del abogado en esta instancia, por

---

<sup>13</sup> Baytelman y Duce, obra citada, cap. IX apartado 2.3.

lo general, no suma mucho ni contribuyen a los fines del proceso ni a intereses de las partes. En este acto se marca otra diferencia de importancia con los alegatos de cierre o de clausura donde las opiniones deben estar fundadas tanto en los hechos probados como en la teoría jurídica de los litigantes.

## **XI. Alegatos de apertura para la acusación, defensa y tribunal**

**11.1. Se requiere de la acusación CLARIDAD** en la explicación de la teoría del caso o de sus pretensiones o posiciones y que no lea la acusación o los alegatos de apertura que ha de exponer. Por lo tanto, para cumplir con estas dos recomendaciones será necesario que los litigantes a cargo de la acusación hayan estudiado, analizado y preparado con la anticipación necesaria el caso, conozcan los hechos en detalle, especialmente las condiciones de tiempo, lugar y modo comisivo de los delitos y todas las circunstancias de pruebas, fácticas y jurídicas para que el alegato de apertura logre claridad.

**11.2. Respecto a la intervención de la defensa** en esta etapa, si bien los C.P.P. de la República Argentina, que no incorporaron técnicas de litigación, autorizan a la defensa a que no presente alegatos de apertura según sea su decisión; sin embargo el avance de las reformas procesales en la mayoría de los estados provinciales y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, han incorporado disposiciones para que cada la defensa explique su posición o teoría del caso luego de los órganos de la acusación. En tal sentido los autores que han escrito sobre técnicas de litigación oral en sede penal recomiendan que la defensa exponga sus alegatos de apertura direccionado a centrarse en la controversia, la determinación del tema de litigación, cómo será el desempeño de la defensa para que prospere su posición. Recordemos que no tener una teoría del caso y consecuentemente, no haber presentado alegatos de apertura, pueden causar importantes limitaciones a la defensa respecto al ofrecimiento de pruebas y con relación a toda la actividad de su producción e incorporación, por ejemplo, cuando formule preguntas a testigos u objeciones.

## **XII. Conclusiones**

**12.1.** Los alegatos orales en general, son actos procesales necesarios y de gran importancia, que tienen una finalidad relevante porque transmiten las posiciones de los abogados litigantes hacia los integrantes del tribunal a la vez que permiten hacerlas públicas, logrando la operatividad del principio de publicidad del juicio.

**12.2.** La consideración de sus características, requisitos, preparación de su estructura, desarrollo, técnicas de litigación detalladas en el trabajo al momento de su formulación, ha de mejorar la posición de cada litigante y contribuirá al incremento del nivel del juicio e información que tendrán los jueces para resolver.

**12.3.** Los alegatos de apertura están previstos en las leyes de juicios por jurados; en numerosas provincias de la República Argentina y en los C.P.P., que implementaron sistemas acusatorios con litigación adversarial que prevén su realización o exposición empleando el método de explicación de la acusación oral en lugar de su lectura.

**12.4.** Existe una relación directa entre alegatos de apertura y teoría del caso, aunque hay otra posición atendible que prefiere diferenciarla terminológicamente, que no la desvincula de la posición estratégica de cada litigante.

**12.5.** Distintos estudios de doctrina expuestos señalan que tanto los alegatos de apertura como los alegatos finales, deben ser cumplidos con respeto a distintos principios procesales y respeto hacia técnicas de litigación cuyo apartamiento puede dar lugar a objeciones o existencia de inconductas del abogado litigante.

**12.6.** Debe considerarse la necesidad de incluir en los C.P.P. que no los han regulado aún, a los alegatos de apertura en reemplazo de la actual disposición que requiere la lectura de la acusación en función de los principios del sistema acusatorio con litigación adversarial, que se sostiene sobre la base de la oralidad.

## IMPORTANCIA DEL DESPACHO SANEADOR PARA LA GARANTÍA DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

Francisco A. Jongh Sarmiento

### I. Introducción

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 es de corte muy garantista, de manera tal que todos los órganos de la administración pública, incluyendo los de administración de justicia, deben velar por la protección y tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de los administrados.

El acceso a la justicia es un principio fundamental del Estado, ya que la propia Carta Magna garantiza la imparcialidad de la administración de justicia. Por ello, es necesario adoptar todas las medidas necesarias para la prestación de servicios justos, transparentes, eficaces, sin discriminación y responsables que promuevan el acceso a la justicia para todos.

No basta con acceder a la justicia, pues ciertamente al activarse la jurisdicción mediante la demanda, corresponde a los tribunales admitirla o no y, de ser necesario, ordenar la subsanación de los vicios que la demanda pudiera contener, a los fines de poder continuar con el proceso hasta la sentencia definitiva, fin último de todo proceso.

De allí que en el presente trabajo se analizará la necesidad del despacho saneador, como institución mediante la cual se busca la depuración del proceso de vicios, obstáculos, errores, trabas y cual otra irregularidad que enturbien el iter procedimental, sin necesidad de aperturar incidencia alguna.

Es por tal motivo que se presentarán las bases para responder a las interrogantes principales que motivan la realización del mismo, es decir, ¿Qué garantías constitucionales se lesionan de inobservarse el mismo? ¿Cuál es la necesidad e

importancia del despacho saneador? ¿Cuáles son los efectos que produce la apertura del despacho saneador?

## II. Marco teórico referencial

### 1. *El derecho constitucional de acceso a la justicia*

La Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela ha consagrado en sus primeros artículos el derecho a la tutela judicial efectiva, y ha sido así porque en muchas de las constituciones de los estados modernos se incluye el mismo como un derecho no solo humano, sino también fundamental.

El art. 26 de la carta política venezolana establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismo y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

En efecto, Zambrano (2006:163) plantea que la jurisdicción garantiza la eficacia del derecho mediante la resolución de los conflictos de intereses que surjan entre los administrados o entre éstos frente al Estado, aplicándose la norma jurídica de manera individual y concreta<sup>1</sup>.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considera el derecho a la tutela judicial efectiva como aquel que tienen todas las personas llamadas a un proceso o que, de alguna forma, intervengan en el mismo como partes, principales o terceros llamados para la defensa de sus derechos o intereses, a que se respete el debido proceso, a la resolución del conflicto en un plazo oportuno y

---

<sup>1</sup> De acuerdo con Freddy Zambrano en su tesis constitucional, el acceso a la justicia es un derecho individual y fundamental mediante el cual se hace valer no solo el derecho en los asuntos que interesen, sino también en todos aquellos en los que se vean implicados derechos colectivos y difusos, logrando la tutela judicial efectiva mediante una sentencia que restablezca el derecho lesionado.



razonable y a la garantía de una ejecución viable de la sentencia definitiva.

Así, la máxima sala de interpretación constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia número 72, del año 2001, señala lo siguiente respecto del derecho a la tutela judicial efectiva:

Un derecho de amplísimo contenido que comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. En un Estado Social de Derecho y de Justicia, donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos ni reposiciones inútiles, la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el art. 26 constitucional instaaura<sup>2</sup>.

Doctrinariamente, el derecho a la tutela judicial efectiva es entendido como un derecho fundamental del Estado moderno y considerado también como un derecho a las libertades públicas. Bien puede observarse tal situación en el art. 24 de la Constitución Española de 1978, el cual dispone que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, con lo que se entiende que la libertad personal está garantizada y serán los jueces y tribunales de la jurisdicción española quienes velen por el estricto cumplimiento del estado de derecho.

De igual manera, la Constitución Política del Perú de 1993 establece la tutela judicial efectiva como un principio de la función jurisdiccional cuando en su art. 139, inciso 3 dispone:

**Artículo 139.** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

---

<sup>2</sup> Sentencia N° 72 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 26 de enero de 2001. Ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero. Disponible en: [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/en\\_ero/72-260101-00-2806.HTM](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/en_ero/72-260101-00-2806.HTM)

... *Omissis*...

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Con esta consagración constitucional peruana se deja por sentado el principio al debido proceso en su máxima expresión, ya que es garantía constitucional el mismo junto con la tutela judicial efectiva y la constitucionalización del juez natural como parte integrante de ese debido proceso.

Con estas nociones se permite entender claramente que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, está obligado a garantizar el acceso a la justicia y, en caso de presentarse algunos defectos en el inicio formal del proceso, darle inmediata solución para poder conocer el fondo y así revertir la lesión a los derechos o intereses que hayan sido vulnerados mediante una sentencia.

Hilvanada va esta consideración constitucional con lo expresado por la misma Carta Magna en su art. 257, mediante el cual se consagra al proceso como un instrumento para la obtención de la justicia, en los siguientes términos:

Artículo 257. El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Del texto transcrito se entiende la consagración constitucional expresa del proceso como medio para la obtención de la justicia. Pues bien, si está garantizado el derecho a la tutela judicial efectiva, debe existir ese medio para lograr esa protección judicial, y es precisamente el proceso, el cual debe ser simple, de manera que no se entre en ninguna complejidad innecesaria que retrase la obtención de la justicia que, como se ha manifestado previamente, es el fin último de todo proceso judicial.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia número 72, precitada, manifiesta lo siguiente:

... todas las personas llamadas a un proceso, o que de alguna otra manera intervengan en el mismo en la condición de partes, gozan del derecho y garantía constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, en el sentido de tener igual acceso a la jurisdicción para su defensa, a que se respete el debido proceso, a que la controversia sea resuelta en un plazo razonable y a que, una vez dictada sentencia motivada, la misma se ejecute a los fines que se verifique la efectividad de sus pronunciamientos...

Si bien la sentencia constitucional trata del derecho a la tutela judicial efectiva, no menos cierto es que recoge lo expresado por el art. 257 de la Carta Magna, en lo que respecta a la brevedad de las resultas cuando se refiere al plazo razonable.

Es por ello que establece la norma los principios por los cuales se debe regir todo proceso, simplificación, uniformidad, eficacia, brevedad, publicidad y oralidad<sup>3</sup>.

## *2. La demanda como elemento material fundamental para el inicio del proceso*

El Código de Procedimiento Civil, en su art. 339 señala que todo procedimiento ordinario inicia con una demanda, la cual puede ser interpuesta, por escrito, ante el Juez o Secretario cualquier día y hora.

En efecto, en términos procesales, la acción es un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona, natural o jurídica, de recurrir a la jurisdicción del Estado para que se desarrolle un proceso y se decida una controversia<sup>4</sup>.

Es por tal motivo que la acción se materializa mediante la demanda, entendida ésta como el acto con el cual el demandante afirma existente una voluntad concreta de la ley, positiva o negativa, e invoca ésta ante el órgano del Estado para que actúe tal voluntad. Es decir, es un acto de declaración de voluntad introductorio y de postulación que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la formulación de la pretensión<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Estos principios deberán ser desarrollados por las leyes procesales, tal y como lo señala Freddy Zambrano en el Tomo II de su obra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Comentada.

<sup>4</sup> Tomada de la clase del profesor Abdón Sánchez Noguera en la Especialización en Derecho Procesal Civil de la Universidad Bicentaria de Aragua, del 17 de febrero de 2018.

<sup>5</sup> Es la pretensión el acto por el cual el demandante solicita algo a través de la acción. Es decir, a alegación de la existencia de un supuesto derecho subjetivo material propio, el cual se dice vulnerado.

Por tanto, es un acto de procedimiento, oral o escrito, que materializa un poder jurídico (la acción), un derecho real o ilusorio (la pretensión) y una petición del actor como correspondiente a ese derecho procurando la iniciación del proceso.

Es de advertir que tanto el procedimiento ordinario como el oral y el breve<sup>6</sup>, comienzan con la presentación por escrito de la demanda, siendo considerada por Báez Bello (1986:15) como inexplicable y graciosa la liberalidad del legislador al contemplar que la misma se puede presentar cualquier día y a cualquier hora, vulnerándose de esa manera el derecho a la privacidad de los funcionarios judiciales, sin embargo, lo cierto es que la demanda es el acto iniciador del proceso ordinario, según lo determina el art. 339 del Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con la norma legal citada, debe entenderse que ningún acto que no sea la demanda debe ser considerado como principio del procedimiento por más que puedan efectuarse actos anteriores en preparación de la demanda.

La demanda es el paso primigenio del proceso, común a todas las formas de éste, contenido en un libelo, que no es otra cosa que el escrito mediante el cual se propone la demanda.

Toda demanda debe contener una serie de requisitos de admisibilidad, es decir, cumplir con unas condiciones de forma de la demanda, las cuales están preceptuadas en el art. 340 del Código de Procedimiento Civil, en los siguientes términos:

**Artículo 340.** El libelo de la demanda deberá expresar:

1. La indicación del Tribunal ante el cual se propone la demanda.
2. El nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado y el carácter que tiene.
3. Si el demandante o el demandado fuere una persona jurídica, la demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro.
4. El objeto de la pretensión, el cual deberá determinarse con precisión, indicando su situación y linderos, si fuere inmueble; las marcas, colores, o distintivos si fuere semoviente; los signos, señales y particularidades que puedan determinar su identidad, si fuere mueble; y los datos, títulos y explicaciones necesarios si se tratare de derechos u objetos incorporales.

---

<sup>6</sup> Arts. 864 y 882 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

5. La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión, con las pertinentes conclusiones.
6. Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquéllos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo.
7. Si se demandare la indemnización de daños y perjuicios, la especificación de éstos y sus causas.
8. El nombre y apellido del mandatario y la consignación del poder.
9. La sede o dirección del demandante a que se refiere el art. 174.

De la lectura de la norma transcrita se observa la exigencia de formularse la demanda indicando ante qué tribunal se está presentando, lógicamente, tomando en consideración la competencia del mismo, es decir, el tribunal a quien corresponda el asunto, bien por materia, cuantía o territorio. En palabras de González Fernández (1994:60), el litigante debe tener muy presente la competencia del tribunal para el momento de introducir la demanda.

Asimismo, es obligación para el demandante indicar los hechos y la pretensión fundamentada en el derecho, sin que dicha fundamentación tenga carácter vinculante para el juez, que es a quien, en definitiva, le corresponde aplicar la norma a los alegatos del demandante.

También se desprende que el demandante debe indicar en su escrito el domicilio procesal a que se refiere el art. 174 *ejusdem*, toda vez que se indique una dirección exacta en la que se puedan practicar las notificaciones, citaciones o intimaciones que deban hacerse, so pena de tener como sede para ello la del propio tribunal.

Plantea Báez Bello (1986:17), que la omisión de tales requisitos no es motivo para inadmitir la demanda, sin embargo, permite la oposición de cuestiones previas por defecto de forma de la demanda y, en el tema que ocupa, también el juez ordenará de oficio la corrección del libelo antes de admitir la demanda, haciendo uso de lo que la doctrina llama “despacho saneador”.

Cumplida la presentación de la demanda, contempla el art. 341 del Código de Procedimiento Civil la admisión de la misma, correspondiendo al tribunal admitirla si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la ley.

En efecto, la admisión de la demanda, como actuación procesal del tribunal, no precisa fundamentación especial, basta para su aceptación que la misma esté apegada al orden público, a la moral y a los preceptos legales.

Así lo establece el prenombrado artículo:

**Artículo 341.** Presentada la demanda, el Tribunal la admitirá si no es contraria al orden público, a las buenas costumbres o a alguna disposición expresa de la Ley. En caso contrario, negará su admisión expresando los motivos de la negativa. Del auto del Tribunal que niegue la admisión de la demanda, se oirá apelación inmediatamente, en ambos efectos.

Preciso es señalar la posición de la Sala de Casación Civil, en cuya sentencia número 202, del 14 de junio de 2000, establece que la norma invocada, al utilizar el vocablo “la admitirá”, está ordenando al juez asumir una determinada conducta. Por consiguiente, deberá el jurisdicente acatar el mandato legal y, en caso contrario, deberá expresar los motivos de tal negación, a los fines de los recursos a que haya lugar.

Esto es lo que la ley adjetiva civil boliviana llama “demanda defectuosa”, y para tal legislación la demanda se considera así cuando no cumple con los requisitos formales establecidos en el art. 327 del Código de Procedimiento Civil boliviano, si es defectuosa la demanda es rechazada de entrada (*ad limine*).

Esto se hace constar en el “Libro Diario” anotándose “Rechazado”. Si el defecto es subsanable se anota “Preventivamente”, en espera de que el actor subsane el defecto formal en plazo de tres días, bajo pena o consecuencia de darse por no presentado<sup>7</sup>.

Admitida la demanda surgen una serie de efectos procesales, entre los cuales se encuentran:

- a) Surge para el demandante la carga de gestionar la citación del demandado.
- b) Surge la carga de pagar los emolumentos correspondientes para la expedición de la compulsa y el traslado del alguacil para la práctica de la citación.
- c) Asume el tribunal el deber de impulsar el procedimiento hasta su culminación.

---

<sup>7</sup> Confrontado con los apuntes jurídicos de Jorge Machicado, en [https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/dpc16.html#\\_Toc246912926](https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/dpc16.html#_Toc246912926)

d) Luego de admitida la demanda, el demandante podrá reformarla por una sola vez<sup>8</sup>.

Desde el momento en que la demanda es el acto normal de iniciación de un proceso, sin el cual éste no puede existir, se comprende que puede configurarse como un requisito del proceso mismo; presupuesto en sentido técnico, mucho más cuando a la demanda va incorporada la pretensión, ya que la existencia de una pretensión procesal es el requisito único y fundamental de la existencia de un proceso, si bien la demanda no se diferencia en nada del resto de los actos procesales, que funcionan siempre como presupuestos de todos los que les siguen por la misma esencia de la estructura procedimental.

Por tanto, el incumplimiento del requisito de la demanda debe acarrear lógicamente la inexistencia del proceso, puesto que éste no ha llegado a nacer. Ahora bien, una demanda irregular, pero existente y admitida, originará un proceso en el cual el órgano jurisdiccional o la parte contraria podrán hacer uso de dos vías, ordenar su subsanación u oponer las cuestiones previas por el vicio de la misma.

### *3. Necesidad del despacho saneador*

Una vez presentada la demanda, el juez competente, debe admitir la acción intentada, con la condición de que no sea contraria al orden público, a la moral pública o a alguna disposición expresa del ordenamiento legal. Al presentarse la demanda, el juez o jueza está obligado a practicar el Despacho Saneador, esto es, ordenando la corrección mediante auto motivado e indicando el lapso para ello, que será limitado a cinco días.

La finalidad del Despacho Saneador es purificar el proceso, es decir, una vez admitida la demanda y para facilitar la tramitación de la misma, el juez debe examinar el libelo y señalar las vaguedades, impresiones y contradicciones que contenga, y ordenarle al demandante la corrección. En este sentido está obligado a exigirle al demandante que cumpla con los requisitos previstos en el ordenamiento legal.

Los antecedentes de esta institución procesal se remontan a 1907, con la figura portuguesa del despacho regulador, señalada por Contreras Sevillano (2014:15), en su tesis de grado en la Universidad Rafael Urdaneta, al señalar que

---

<sup>8</sup> Posibilidad contemplada en el art. 343 del Código de Procedimiento Civil.

según Henríquez La Roche, esta importante institución procesal tiene sus antecedentes en la ponencia presentada por José Carlos Barbosa Moreira en la IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Madrid en 1.985, en la cual se realiza un estudio del origen y evolución de esta figura en el derecho portugués y brasileño, expresando que proviene del despacho regulador portugués de 1907, el cual pasará luego a la audiencia preparatoria la cual se iniciaba justamente con la tentativa de conciliación. Este despacho regulador, luego de una evaluación, se incluye en el código procesal brasileño de 1973 con el exclusivo fin de sanear el proceso después de la fase postulatoria, es decir, después de proponer la demanda, a través de las llamadas providencias preliminares, en cuya oportunidad es posible observar la carencia de presupuestos constitucionales y el desenvolvimiento del proceso, por lo que predomina el fin de saneamiento a través de la presentación de un escrito, sin requerirse una audiencia de incidencia.

Plantea Belandria (2014:152), que sobre este tema son pocos los trabajos previos que pueden citarse, a pesar de que esta institución no es nueva en el ámbito del derecho procesal, es incorporada recientemente en el procedimiento laboral venezolano en fecha 13 de agosto de 2003, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002).

Estos trabajos señalados por Belandria los cuales se presentaron en la Primera Convención de Jueces del Trabajo, que tuvo lugar en la ciudad de Margarita capital del Estado Nueva Esparta, Venezuela, en el 2004, organizada y desarrollada por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, con el propósito de hacer una evaluación integral de la legislación adjetiva laboral al primer año de su vigencia, en la que se trataron cuatro temas y uno de ellos fue el Despacho Saneador, lo que produjo seis trabajos, se contraen en los siguientes:

- a) Rojas Pamphile, M. y otros (2004:208), afirman que el Despacho Saneador, “se manifiesta en primer lugar, a nivel estrictamente procesal-formal mediante el primer Despacho Saneador o de apertura; y en segundo lugar, en un nivel más cercano al fondo del asunto planteado, con el segundo Despacho Saneador o de clausura”.
- b) Celi Anderson, J. y otros (2004:230), investigaron los antecedentes del Despacho Saneador, su concepto, las características, la base constitucional y legal, la oportunidad para la aplicación y los límites. Llegando a la conclusión que el Despacho Saneador “es una herramienta procesal de invalorable utilidad



para depurar el proceso, privilegiando el conocimiento del fondo del asunto evitando incidencias inútiles que contribuyen al retardarlo en forma innecesaria”.

c) Hernández, M. y otros (2004) en la convención editado por Mora Díaz, destacan los antecedentes de la institución procesal –El Despacho Saneador– en el ordenamiento nacional y el derecho comparado, realizan un estudio de la institución de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo para evitar “procesos lentos y retardos innecesarios”, concluyendo que “la importancia de la aplicación de la institución del Despacho Saneador es principalmente garantizar un proceso breve, evitar incidencias (eliminadas en este nuevo proceso), de modo que el proceso esté lo más claro y limpio posible, es así su importancia”.

d) Ortiz Vargas, N., Tirado, R., Lucena, A. y González, C. (2004), explican en qué discurre el Despacho Saneador, los límites del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución al ordenarlo, el contenido, los efectos y la distinción entre la reforma del libelo y la subsanación fundamentada en el Despacho Saneador aplicado al escrito libelar, haciendo al final una propuesta que consiste en la reforma del art. 124 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (2002:261), para eliminar la notificación del demandante para la subsanación del libelo.

e) Vallés, V. y otros (2004:289), estos investigadores explicaron el origen del Despacho Saneador a la luz del derecho comparado tomando como referencia el proceso laboral Español, el Mexicano y el Uruguayo, definiendo la institución del Despacho Saneador y los efectos de la declaratoria. Se analizan diez casos prácticos que se “presentan con regularidad en los circuitos” aportando soluciones con el propósito de unificar criterios, que consideran es el fin perseguido por la ley adjetiva del trabajo. Concluyen diciendo, que: “el Despacho Saneador, por ser una de las novísimas y más especiales figuras que se ha incorporado en la Legislación Procesal del Trabajo, requiere hacer un seguimiento en cuanto a su aplicación, ya que contribuye en la labor del juez al simplificar y agilizar el proceso.”

El objeto esencial que se persigue con el Despacho Saneador, reside en eliminar de la *litis* concentradamente y en una etapa inicial –en contraposición al sistema tradicional difuso, en donde la actividad se disemina– todos aquellos obstáculos que entorpezcan, suspendan o interrumpan el debate sobre el fondo de

lo pretendido. Esa genuina función de “depura” precozmente el proceso, eliminándolos de impedimentos procedimentales para facilitar el rápido y ordenado pasaje a la etapa de juzgamiento del mérito, constituye una finalidad abierta susceptible de ser alcanzada por variados caminos.

Señala Henríquez La Roche (2006:92) que el juez es el guardián del debido proceso y debe mantener las garantías constitucionales del juicio evitando extralimitaciones, la inestabilidad del proceso o el incumplimiento de formalidades que produzcan indefensión de alguna de las partes, o desigualdades según la diversa condición que cada una tenga en el juicio.

Antecedente de esta institución es también la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales cuando en su art. 19 expresa:

Si la solicitud fuese oscura o no llenare los requisitos exigidos anteriormente especificados, se notificará al solicitante de amparo para que corrija el defecto u omisión dentro del lapso de cuarenta y ocho horas siguientes a la correspondiente notificación. Si no lo hiciera, la acción de amparo será declarada inadmisibile.

La imperatividad que expresa esta norma se devuelve en beneficio de la seguridad jurídica y de la pulcritud del proceso.

En la legislación venezolana, el despacho saneador es una institución de derecho procesal que persigue la depuración del proceso de vicios, obstáculos, errores, trabas y cual otra irregularidad que enturbien el iter procedimental, sin necesidad de aperturar incidencia alguna, desde el recibo del libelo de la demanda por parte del Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución (Artículo 124 primer despacho saneador antes de la admisión de la demanda), hasta la finalización de la Audiencia Preliminar (Art. 134, segundo despacho saneador).

En efecto, la institución jurídica del despacho saneador está consagrada en los arts. 124 y 134 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al establecer la potestad y obligación de los jueces de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de examinar, antes de admitir la demanda, verificar si el libelo cumple con los extremos exigidos en el art. 123 de la citada Ley y de aplicar, en un primer momento, el despacho saneador, cuando el juez ordena al accionante corregir la demanda, con apercibimiento de perención, por no cumplir con los requisitos establecidos en la Ley.

Ahora bien, es necesario distinguir entre, el Despacho Saneador de la demanda preceptuado en el art. 124 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, y el Despacho Saneador del proceso establecido en el art. 134 *ejusdem*; en efecto, señala el art. 124, del referido instrumento legislativo:

...Si el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, comprueba que el escrito libelar cumple con los requisitos exigidos en el artículo anterior, procederá a la admisión de la demanda, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su recibo. En caso contrario, ordenará al solicitante, con apercibimiento de perención, que corrija el libelo de la demanda, dentro del lapso de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de la notificación que a tal fin se le practique. En todo caso, la demanda deberá ser admitida o declarada inadmisibile dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo del libelo por el Tribunal que conocerá de la misma. La decisión sobre la inadmisibilidad de la demanda deberá ser publicada el mismo día en que se verifique.

La referida norma se refiere a la facultad revisora del juez antes de admitir la demanda, el cual tiene por objeto verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por ley para su interposición, este despacho saneador, se dicta una sola vez y antes de la admisión de la demanda, una vez ordenado el respectivo Despacho Saneador y considerando la consecuencia jurídica que produce la falta o errónea corrección del libelo, se generan dos (2) obligaciones procesales, la primera el deber de la parte de cumplir con lo ordenado en el Despacho Saneador, y la segunda, la obligación del Juez de verificar si procedió a la subsanación o corrección en los términos del Despacho Saneador, a fin de proceder a la admisión o no de la demanda.

Cuando la demanda no reúna los requisitos formales exigidos para el libelo, el tribunal en vez de admitirla, podrá ejercer el despacho saneador lo cual hará dentro de los cinco (5) días de despacho siguientes a la presentación de la demanda. En el auto que contenga el despacho saneador ordenará la corrección del defecto de forma de la demanda o la subsanación de la cuestión preliminar de que se trate. La parte actora dispondrá de cinco (5) días de despacho siguientes al vencimiento del lapso arriba señalado, para subsanar los vicios y deficiencias señalados por el Juez. De no hacerlo oportunamente, el proceso se extingue.

No obstante, vista la consagración del despacho saneador en la norma adjetiva laboral, se puede afirmar que esta es una figura de gran importancia para la configuración de un proceso que carezca de vicios, por lo que se hace importante destacar que esta institución procesal se encuentra tipificada o establecida sólo

en el ámbito laboral y no en el civil, encontrándose en esta materia sólo el mecanismo procesal de las cuestiones previas, el cual no tiene las mismas características, alcance y mucho menos procedimiento.

Pero, ¿qué es el despacho saneador? Villasmil, citado por Contreras Sevillano (2014:30), lo define como la última oportunidad de que disponen las partes o el tribunal para depurar el proceso de vicios, como la falta o deficiencia en la representación de las partes o de sus apoderados y la omisión de los datos o menciones que debe contener la demanda.

Por su parte, el mismo Contreras (2014:30) cita a Martínez diciendo que el despacho saneador es la potestad correctora del juez tendente a garantizar que el libelo de la demanda satisfaga plenamente los requisitos legales exigidos, enervando vicios que pudieran comprometer el desenvolvimiento del proceso.

En ese sentido, se puede observar una doble concepción de esta institución procesal, pues si bien ambas definiciones resaltan que la finalidad del despacho saneador es la de depurar los vicios que pudieran existir y que interferirían gravemente en el desarrollo del proceso, Villasmil la considera como una oportunidad procesal que se deriva de la acción, mientras que Martínez la contempla como un poder del juez, es decir, una facultad jurisdiccional, situación que es totalmente comprensible al considerarse al juez como rector del proceso, tal y como se desprende del art. 206 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

A este punto del análisis, vale la pena revisar la posición de los tribunales de la República y, a tal efecto, oportuna es la decisión del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Transito y Protección del Niño y el Adolescente de Yaracuy, de fecha 03 de Junio de 2014<sup>9</sup>, mediante la cual expresó lo siguiente:

En ese sentido, ciertamente el despacho saneador es una figura, contra la cual suele recurrir el accionante a quien ordenan corregir, pues considera que su demanda si cumple los requisitos establecidos en la Ley. Como sabemos, no existe una norma explícita dentro del Código de Procedimiento Civil, que ordene la figura del despacho saneador dentro del juicio ordinario, no obstante en el especial procedimiento intimatorio, dispone el artículo 642 ejusdem lo siguiente “En la demanda se expresarán los requisitos exigidos en el

---

<sup>9</sup> Expediente 6184. Con ponencia del Juez Camilo Chacón Herrera, declaratoria de unión estable de hecho. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/josa-chave-z-judith-carmen-r-odra-guez-514678034>

Artículo 340 de este código. Si faltare alguno, el Juez ordenará al demandante la corrección del libelo, absteniéndose entre tanto de proveer sobre lo pedido. De esta resolución del Juez se oirá apelación libremente, la cual deberá interponerse de inmediato o dentro de los tres días siguientes.”

Así las cosas, tal como lo señala el accionante, el demandado no estaba a derecho al momento de aplicarse el despacho saneador, por ello mal podría apelar dentro del plazo señalado en la norma comentada. Pero nada obsta, para que tan pronto fuera citado en el proceso, este recurriera contra dicho acto, máximo si lo considera lesivo de sus derechos constitucionales, tal como lo adujo en su escrito de apelación y en los informes. Y así se declara.

Es así como, de las actas se colige que la parte demandada se dio por citada tácitamente en fecha 25 de febrero de 2014, cuando compareció a otorgar poder apud acta. Y en fecha 26 de febrero de 2014, es decir, al día inmediato siguiente apeló del auto a través del cual se ordenó el despacho saneador, por lo que, evidencia este juzgador que la apelación se produjo en tiempo oportuno. Y así se declara.

Por lo que, no existiendo obstáculo que impida oír la apelación, habiendo sido interpuesta tempestivamente y aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 642 del Código de Procedimiento Civil, lógico es que este juzgado superior proceda a revisar el auto apelado, lo cual hace de la siguiente manera:

Resulta propicia la ocasión para revisar la figura del despacho saneador o subsanador, y el tratamiento que se le ha dado en nuestra legislación venezolana, para ello es necesario profundizar en algunas normas legales, a saber:

... *Omissis*...

El Código de Procedimiento Civil (1987) en relación al procedimiento monitorio o inyuctivo, establece lo siguiente:

Artículo 642.- En la demanda se expresarán los requisitos exigidos en el Artículo 340 de este código. Si faltare alguno, el Juez ordenará al demandante la corrección del libelo, absteniéndose entre tanto de proveer sobre lo pedido. De esta resolución del Juez se oirá apelación libremente, la cual deberá interponerse de inmediato o dentro de los tres días siguientes.

De igual forma, dispone el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, lo siguiente:

Artículo 340.- El libelo de la demanda deberá expresar:

- 1° La indicación del Tribunal ante el cual se propone la demanda.
- 2° El nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado y el carácter que tiene.
- 3° Si el demandante o el demandado fuere una persona jurídica, la demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro.
- 4° El objeto de la pretensión, el cual deberá determinarse con precisión, indicando su situación y linderos, si fuere inmueble; las marcas, colores o distintivos, si fuere semoviente; los signos, señales y particularidades que puedan determinar su identidad, si fuere mueble; y los datos, títulos y explicaciones necesarios si se tratare de derechos u objetos incorporeales.
- 5° La relación de los hechos y los fundamentos de derecho en que se base la pretensión, con las pertinentes conclusiones.
- 6° Los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido, los cuales deberán producirse con el libelo.
- 7° Si se demandare la indemnización de daños y perjuicios, la especificación de éstos y sus causas.
- 8° El nombre y apellido del mandatario y la consignación del poder.
- 9° La sede o dirección del demandante a que se refiere el artículo 174.

En atención al contenido del artículo supra transcrito (Art. 340), expresa R.R., en su obra Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, según nuevo Código 1.987, "Así como la Sentencia debe llenar los requisitos de forma que establece el artículo 253 del Código de Procedimiento Civil, para asegurar su congruencia con la pretensión, así mismo la Ley establece los requisitos que debe llenar la demanda, los cuales guardan una estrecha relación con aquellos, de tal manera que el cumplimiento del deber del Juez de asegurar la congruencia de la Sentencia con la pretensión, está en cierto modo condicionado por la forma como han sido cumplidas las que tiene a su cargo el actor respecto a la demanda".

A criterio de este Juzgador a los antes dicho, debe sumarse que el cumplimiento de dichos requisitos, garantiza el derecho al debido proceso adjetivo, en el cual está implícito el derecho a la defensa de la parte demandada, en igualdad procesal de ambas partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil. Debiendo el J. como director del proceso, velar porque dicha norma sea cumplida, pues su carácter de director, no puede agotarse en el elemento impulsador del proceso, sino que también su impulso va dirigido a garantizar el derecho de acceso a la justicia expedita sin dilaciones indebidas y lograr una tutela efectiva de los derechos e intereses que se piden se hagan valer. Desde este punto de vista, es un deber del J. hacer que el actor cumpla con las disposiciones legales, mediante la institución del Despacho Saneador, institución ésta no solo prevista para determinadas materias o determinados procedimientos, pues también es aplicable en todas las materias, incluyendo el procedimiento ordinario.

En igual estilo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en el Expediente N° 00-0583, sentencia del 20 de junio de 2000<sup>10</sup>, consideró lo siguiente:

...Ahora bien, por otra parte, las precedentes declaratorias de inadmisibilidad no conforman obstáculo alguno para que esta Sala, actuando de conformidad con las potestades que al efecto le confiere el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, por ser los Magistrados de esta S. directores del proceso hasta que llegue a su conclusión, proceda a enmendar un error de mera naturaleza formal, y que en manera alguna altera el verdadero y evidente sentido del fallo cuya corrección se realiza...

Por ello, la figura “del Juez rector del proceso” y “del despacho saneador” deben reinterpretarse a la luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, el Juez puede y debe corregir de oficio, o a instancia de parte, los errores, omisiones y ambigüedades que existan en los diferentes actos procesales, siempre que no se cambie la naturaleza de ellos.

---

<sup>10</sup> Sentencia número 566, disponible en <http://historico.tsj.gob.v e/decisiones/s con/junio/566 - 200600-00-0583.HTM>

De las normas, doctrina y jurisprudencia citada, existen diversos elementos que permiten al juez civil la aplicación del despacho saneador, con miras a subsanar las fallas palpables en el libelo de demanda, que pudieran hacer nugatorio el derecho a la tutela judicial efectiva, o que atenten contra la justicia material, que se erige como valor supremo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta figura ha sido incorporada en los diversos cuerpos normativos que se han dictado con posterioridad a la promulgación de la Carta Magna. Por otro lado, una interpretación analógica permite la aplicación del despacho saneador a través del dispositivo contenido en el art. 642 del Código de Procedimiento Civil, arriba mencionado.

#### *4. Efectos del despacho saneador*

Previamente se dejó por sentado que la finalidad del Despacho Saneador es purificar, subsanar el proceso, es decir, una vez admitida la demanda y para facilitar la tramitación de la misma, el juez o jueza debe examinar el libelo y señalar las vaguedades, impresiones y contradicciones que contenga, y ordenarle al demandante la corrección. En este sentido está obligado a exigirle al demandante que cumpla con los requisitos previstos en el ordenamiento legal.

De acuerdo con Cañizales Patiño (2003:201), subsanar es rectificar y corregir simultáneamente el acto viciado previa orden del juez, esto es, la renovación del acto dentro del mismo término fijado por el tribunal, como lo expresan los arts. 207, 208 y 211 de la norma adjetiva civil patria.

Esa corrección es lo que llama también Carnelutti (2008:487) como rectificación, señalando que rectificar un acto viciado quiere decir o “rehacerlo desde el principio de modo que el nuevo acto tenga el requisito que faltaba, o cumplir otro acto el cual le agregue aquel requisito.”

Para Francesco Carnelutti estas dos hipótesis corresponden a las figuras legales de la renovación o la modificación, contempladas en los arts. 207 y 343 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

Suárez Annechini (2015), en su tesis de grado de la Universidad Rafael Urdaneta, destacó que como primer efecto la extinción del procedimiento con perención de instancia, en cuanto a la no subsanación del libelo de demanda por la parte actora, es decir, que para la parte actora nacen cargas de estricto cumpli-



miento como lo es la orden de corrección del libelo de la demanda y de no cumplir tal orden de subsanación se producen efectos procesales como la perención de la instancia.

En segundo lugar, surge para el juez la obligación legal de revisar el libelo de la demanda y constatar que se encuentre exento de vicios o defectos que puedan entorpecer el curso del proceso, por lo que constituye una actividad garante del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que el juez, como rector del proceso, cumple un rol trascendental como lo es dirigir una pretensión que cumpla con los requisitos legales de la manera más pulcra y expedita posible, todo con el objetivo de lograr la satisfacción de tal pretensión y el de disminuir los gastos del Estado.

Por último, no debe entenderse como la reforma de la demanda ni la alegación de nuevos conceptos que la parte no alegó en su momento, sino que se trata, indudablemente, de la corrección de formalidades en el escrito libelar que no alteran el fondo de la pretensión, logrando así un proceso expedito, célere y eficaz.

### **III. Conclusiones**

- 1.- El Estado está obligado a garantizar el debido proceso y la tutela judicial efectiva a todas las personas que sean o se hagan parte en todo proceso judicial, siendo que para lograr la solución de los conflictos de intereses debe iniciarse un proceso mediante una demanda que ha de cumplir con ciertos requisitos de formalidad para su admisión y que, de observarse algún defecto de forma, los jueces están obligados a ordenar su subsanación para evitar dilaciones y reposiciones innecesarias.
- 2.- No cabe duda de que la demanda es la materialización del inicio del proceso. En tal sentido, propuesta ésta se activa la jurisdicción y se traslada al tribunal toda la obligación del impulso procesal.
- 3.- De evidenciarse un defecto en la demanda, el juez, de oficio, ordenará la subsanación del mismo, esto con el objeto de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 26 constitucional para evitar las dilaciones y las reposiciones inútiles o indebidas.
- 4.- El juez es el rector del proceso, razón por la cual debe velar por el buen desarrollo del mismo, siendo necesario ordenar las correcciones que consi-

dere necesarias, a los fines de poder resolver las incidencias de forma que pudieran presentarse en el mismo momento de la proposición de la demanda.

5.- Se debe tener presente que el Código de Procedimiento Civil vigente, data del año 1987, y por tal motivo muchas de sus normas ya resultan anacrónicas a la visión contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ello conlleva a que los jueces civiles tienen la difícil labor de reinterpretar las normas contenidas en estos vetustos cuerpos normativos, para adaptarlos a los postulados constitucionales.

6.- De cara al contenido del art. 4 del Código Civil Venezolano, de una interpretación literal del art. 340 del Código de Procedimiento Civil, se tiene que es deber del actor cumplir en su libelo con los requisitos indicados en dicho artículo, pues la norma advierte “deberá”, por ende si no lo hace, el juez como director del proceso está facultado conforme los arts. 7, 14 y 206 del Código de Procedimiento Civil, para ordenar la corrección de la demanda, sin que tal conducta pueda interpretarse como una violación al derecho de igualdad de las partes, o como que éste ha suplido defensas, sino que se extrapola a la realidad adjetiva actual, que en los escenarios laborales, de protección, agrario y constitucional ya se encuentra positivizada.

7.- El despacho saneador constituye una institución procesal con fines depuradores, mediante el cual se busca la corrección de formalidades en el escrito libelar.

8.- De la apertura y aplicación del despacho saneador surgen obligaciones tanto para el actor como para el juez. En el primero de los casos, el demandante está obligado a la corrección del escrito libelar, con el objeto de subsanar los errores o carencias en los requisitos formales establecidos en el art. 340 del Código de Procedimiento Civil, siendo que su inobservancia acarrea la perención de la instancia. En tanto que para el juez nace el deber de subsanar, ordenando a la parte actora la corrección de los presupuestos formales, de manera que con tal deber-facultad, se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva.

Mérida, 25/05/2019

## Bibliografía

- Báez Bello, Luis Alberto. (1986). *Manual práctico sobre el nuevo Procedimiento Civil de 1986*. Mérida, Venezuela: Talleres Lihto Cent.
- Belandria Pernía, Glasbel. (2014). El Despacho Saneador y sus efectos en la Administración de Justicia Laboral. *Sapienza Organizacional*. N° 2. Mérida, Venezuela: Universidad de Los Andes, 2014, 147-164.
- Cañizales Patiño, Amadís. (2003). *Introducción al Derecho Procesal Civil I*. Mérida, Venezuela: Producciones Karol, C.A.
- Carnelutti, Francesco. (2008). *Instituciones del Proceso Civil*. Tomo I. Caracas: Editorial Atenea, C.A.
- Celi Anderson, J. y otros (2004), *Convención nacional de Jueces de Trabajo*. Porlamar, Estado Nueva Esparta. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia (Colección Eventos N° 17).
- Código de Procedimiento Civil. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.209 Extraordinaria, del 18 de septiembre de 1990.
- Contreras Sevillano, Gustavo Adolfo (2014). *Análisis del Despacho Saneador como institución procesal para ser incorporada en la ley adjetiva civil venezolana*. Maracaibo: Universidad Rafael Urdaneta. En: <http://200.35.84.131/portal/bases/marc/texto/3501-14-07620.pdf>. Con acceso el 21/05/2018.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial la República Bolivariana de Venezuela Extraordinaria N° 5.453, del 24 de marzo de 2000.
- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, número 311 del 29 de diciembre de 1978.
- de Jongh Sarmiento, Francisco Alfredo. (s/f). *Apuntes de Procedimiento Ordinario. Especialización en Derecho Procesal Civil*. Inédito.
- González Fernández, Arquímedes Enrique. (1994). *Práctica Forense*. 3ª Ed. Tomo I. Caracas: Editora y Distribuidora “El Guay”. S.R.L.
- Henríquez La Roche, Ricardo. (2006). *Código de Procedimiento Civil*. 3ª Ed. Tomo II. Caracas: Ediciones Liber.
- Hernández, M. y otros (2004), *Convención nacional de Jueces de Trabajo*. Porlamar, Estado Nueva Esparta. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia (Colección Eventos N° 17).
- Landa Arroyo, César y Velazco Lozada, Ana. (2012). *Constitución Política del*

Perú 1993. 8ª Ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.060, del 27 de septiembre de 1988.
- Machicado, Jorge. (2009). *La demanda*. En: [https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/dpc16.html#\\_Toc246912926](https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/11/dpc16.html#_Toc246912926). Con acceso el 20/05/2018.
- Martínez Velázquez, Monserrat. (s/f). *El derecho de acceso a la justicia de todo ciudadano*. En: [http://www.milenio.com/firmas/derechos\\_humanos/derecho-acceso-justicia-ciudadano\\_18\\_754304568.html](http://www.milenio.com/firmas/derechos_humanos/derecho-acceso-justicia-ciudadano_18_754304568.html). Con acceso el 19/05/2018.
- Ortiz Vargas, N., Tirado, R., Lucena, A. y González, C. (2004), *Convención nacional de Jueces de Trabajo*. Porlamar, Estado Nueva Esparta. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia (Colección Eventos N° 17).
- Perdomo, Juan Rafael (2007). *Derecho de la Infancia y la Adolescencia*. Serie Eventos N° 24. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Rojas Pamphile, M. y otros (2004), *Convención nacional de Jueces de Trabajo*. Porlamar, Estado Nueva Esparta. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia (Colección Eventos N° 17).
- Suárez Annechini, Vanessa Beatriz. (2015). *El alcance del despacho saneador como institución depurativa de la demanda en el proceso laboral venezolano*. Maracaibo: Universidad Rafael Urdaneta. En: <http://200.35.84.131/portal/bases/marc/texto/3501-15-08471.pdf>. Con acceso el 21/05/2018.
- Tribunal Supremo de Justicia. *Sentencia N° 566 Sala Constitucional*. En: <http://historico.co.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/566-200600-00-0583.HTM>. Con acceso el 21/05/2018.
- Tribunal Supremo de Justicia. *Sentencia N° 72 Sala Constitucional*. En: [http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/en\\_ero/72-260101-00-2806.HTM](http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/en_ero/72-260101-00-2806.HTM). Con acceso el 20/05/2018.
- Vallés, V. y otros (2004), *Convención nacional de Jueces de Trabajo*. Porlamar, Estado Nueva Esparta. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia (Colección Eventos N° 17).
- Zambrano, Freddy. (2006). *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Comentada*. 3ª Ed. Tomo 1. Caracas: Editorial Atenea, C.A.

- *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Comentada.* 3ª Ed. Tomo 2. Caracas: Editorial Atenea, C.A.





