



*Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Departamento Judicial de San Isidro*

Belgrano 321 - 2º Piso - B1642DGJ - San Isidro

Tel./Fax: 4742-9939

E-mail: info@magistradossidro.org.ar / colmagsi@hotmail.com

www.magistradossidro.org.ar



*Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Departamento Judicial de San Isidro*

*Colegio de Magistrados y Funcionarios
del Departamento Judicial de San Isidro*

AUTORIDADES CONSEJO DIRECTIVO

Presidente: Hugo Oscar Héctor LLOBERA
Vicepresidente Primero: Gualberto Arturo BAISTROCCHI
Vicepresidente Segundo: Andrea Carolina PAGLIANI

Secretario: Julián R. LESCANO CAMERIERE
Prosecretario: Carlos Enrique RIBERA
Tesorero: Antonio Manuel VÁZQUEZ
Protesorera: María Fernanda NUEVO

Vocales Titulares: María Julia ABAD
Orlando Abel DÍAZ
Susana Graciela MENDIVIL
Marcelo RODRIGUEZ JORDÁN
Graciela Beatriz VEGA
José Luis María VILLADA
Jorge Luis ZUNINO

Vocales Suplentes: Alejandro Adrián GUEVARA
Andrea Iratí ROLL BIANCIOTTO
Nicolás Ramón CEBALLOS
Santiago QUIAN ZAVALÍA

ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN:

Luis María CODEGLIA
Patricia Mabel KLENTAK
Estela ROBLES

TRIBUNAL DE DISCIPLINA:

Roger Andre BIALADE
Irma Edith CARNERO
Delma Beatriz CABRERA

**Representantes en la Comisión
Provincial de Secretarios, Aux.
Letra-dos y Funcionarios:**

Mariano Luis VIEYRA y Santiago Hugo MOISES

Belgrano 321 - 2º PISO – B1642DGJ – San Isidro - Tel/Fax: 4742-9939
E-mail: info@magistradossisidro.org.ar / colmagsi@hotmail.com • www.magistradossisidro.org.ar

Dirección:

Delma B. Cabrera
Marcelo Rodríguez Jordán

Las opiniones vertidas en las notas de esta publicación no importan una toma de posición por parte del Colegio de Magistrados, y resultan de la exclusiva responsabilidad de sus autores.

José Abelardo Servín, María Cecilia García, Norma Analía Heras Musri, Agustín López Cópola, María Natalia Gómez, Lucila Strauss, Verónica de Igarzábal, Diego Ariel Menéndez, Lionel Matías Gaitán Diez, Leandro Ariel Tanzi, Carolina Laura Bassi, María Fernanda Álvarez, Andrés Carlos Boragina, María Florencia Schenone, Valeria Verónica Carzoglio, Juan Manuel Rilo, Gabriela Débora López, Ariel Hernán Scavuzzo y Nora Trench son los nombres y apellidos de los responsables del funcionamiento de una de las tantas reparticiones que conforman el Departamento Judicial de San Isidro, al que, dicho sea de paso, todos nosotros pertenecemos.

Hemos oído muchas veces que los “juzgados, fiscalías, asesoría, defensorías son impersonales” y que “todos los magistrados, funcionarios y empleados somos reemplazables”, como si no hubiera mujeres ni hombres, con nombres y apellidos, en la ocupación de sus oficinas.

Los aludidos componen el Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°1 departamental, el cual fue merecedor del Premio Nacional a la Calidad otorgado por la Presidencia de la Nación el pasado día 21 de octubre de corriente (también lo destacamos como noticia en nota de este número) el que, más allá de constituir un reconocimiento y un incentivo contundente, se eleva como la rotunda prueba que demuestra que es posible un adecuado servicio de justicia a pesar de los sinsabores que producen las insuficientes remuneraciones, la deficiente infraestructura, la sobrecargada tarea cotidiana y la escasez de recursos en general.

Vocación, compromiso, buena voluntad y la organización del trabajo en equipo son los ingredientes necesarios para condimentar una efi-

ciente gestión. Claro está que, aunque tales méritos existan, el reclamo por nuestra independencia funcional debe seguir siendo el norte que marque el rumbo ineludible, nuestro destino.

También es bueno destacar el taller de “Actualización de Jurisprudencia” que organizó nuestro Colegio con la colaboración inestimable de integrantes de la Cámara Civil Departamental, de lo que damos cuenta también en este número, en nota separada. Ello así, para proveer el material que, descontamos, será de gran utilidad para los colegiados del fuero civil y comercial.

En otro orden, la ocasión es propicia para saludar a todos; así es, los días que transitamos avisan que la Navidad está próxima y que el año termina muy pronto. Los mejores deseos para todos y que podamos recorrer el camino que nos haga felices un buen rato... ¡lo merecemos! Y en los brindis que nos toque participar, cuidemos que las burbujas no desaparezcan.

Hasta la próxima.

La Dirección.

EDITORIAL

1. **EL MIEDO AL CAMBIO COMO FACTOR ESENCIAL A CONSIDERAR EN TODO PROCESO DE REFORMA JUDICIAL; ALTERNATIVAS SUPERADORAS**
Graciela Beatriz Vega 9
2. **ASPECTOS RELATIVOS A LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL**
Luciana Steimbach Fonrouge 61
3. **DERECHO A LA VIDA**
María Julia Abad 69
4. **ENTRE EL VIENTRE Y EL TUBO DE ENSAYO**
Marcelo Rodríguez Jordán 83
5. **“UN AMOR, DOS DESTINOS”: ¿CORRESPONDE A LOS PADRES ELEGIR A QUIEN DAR SU HIJO EN ADOPCION?**
María del Carmen Barbero 93
6. **DECLARACION DE INSANIA. CONCEPTO DINÁMICO**
Héctor Daniel Fernández 107
7. **FINALIDAD DE PROCESO SUCESORIO – AMBITO DE CONOCIMIENTO DEL JUEZ DE LA SUCESION**
Lucila Inés Córdoba 123
8. **LOS MEDICOS COMO RESPONSABLES DE LA SEGURIDAD DE LOS PACIENTES**
Dr. Alberto Agrest 129

9. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INCAPACIDAD CIVIL COMO “ACCESORIA LEGAL” PREVISTA EN EL ART. 12 DEL CÓDIGO PENAL	
<i>Andrea I. Roll Bianciotto - Hugo Edgardo Sánchez</i>	135
10. EL DELITO IMPOSIBLE NO DEBE SER PUNIBLE.	
<i>Santiago Hugo Moisés</i>	147
11. ¿DEBEN REGULARSE HONORARIOS AL SÍNDICO, SU ABOGADO Y AL LETRADO DEL DEUDOR EN LOS INCIDENTES CONCURSALES?	
<i>Carlos Enrique Ribera</i>	175
12. SALDO DEUDOR EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y TARJETA DE CRÉDITO	
<i>Guillermo Daniel Ottaviano</i>	189
13. TALLER DE ACTUALIZACIÓN DE JURISPRUDENCIA – CIVIL, COMERCIAL Y TEMAS PROCESALES	201
13.1 EL BIEN DE FAMILIA Y LA QUIEBRA	
<i>Carlos Enrique Ribera y Guillermo Daniel Ottaviano</i>	203
13.2 RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FF.CC. Y DE LAS CONCESIONARIAS VIALES	
<i>Mariano Arturo Bonanni y Soledad de Vedia</i>	213
13.3 CUESTIONES PROCESALES	
<i>Miguel Luis Álvarez y Carlos García Santas</i>	227
14. EXTRAS:	
BUENAS NOTICIAS: Un premio importante	251
CUENTO: El último vuelo	253
POETAS DE INTERNET: Homenaje a Mercedes Sosa	259

EL MIEDO AL CAMBIO COMO FACTOR ESENCIAL A CONSIDERAR EN TODO PROCESO DE REFORMA JUDICIAL; ALTERNATIVAS SUPERADORAS*

*Por Graciela Beatriz Vega***

*“El viento y las olas están siempre del lado de los navegantes sagaces”
Edward Gibbon*

1. INTRODUCCION

Uno de los temas que me inquietan está relacionado con la imagen que tiene el ciudadano de la justicia, por ello en este trabajo me propongo demostrar que con simples y pequeños cambios, introducidos en la organización y funcionamiento de los Juzgados, se pueden lograr buenos resultados, prácticamente en lo inmediato, ya ha dado muestra de ello la Dra. Graciela Marino, titular del Juzgado Nacional de Trabajo, obteniendo en el año 2006, el premio Nacional a la Calidad, por aplicar las normas ISO.

También me pregunto, qué impide que otros juzgados se favorezcan con ello, como ocurrió en aquellas dependencias. De allí surge mi preocupación central, que radica en el por qué los magistrados no se animan a impulsar esas pequeñas reformas y qué elementos utilizar para ir superándolos.

Para ello me propongo trabajar sobre los impedimentos que nos obstan a realizarlos y como superar los miedos que aquéllos nos producen, así como también introducir modificaciones, con las herramientas que provienen de la Ciencia de la Organización.

* Este trabajo se presentó por el compromiso asumido por la autora como beneficiaria de la beca que obtuvo por intermedio del Colegio de Magistrados y Funcionarios del San Isidro

** Jueza del Juzgado de Garantías del Joven n°1 de San Isidro

Contamos con ellas y en particular de los capítulos fundamentales de la planificación estratégica, motivación, comunicación efectiva y del liderazgo, ya que es misión del Poder Judicial brindar respuestas a los conflictos en un tiempo razonable, brindando soluciones adecuadas a los requerimientos de la ciudadanía.

A fin de identificarlos y lograr su superación, me he apoyado en una encuesta realizada en el mes de marzo del año 2008 y dirigida a Magistrados, Secretarios y Auxiliares Letrados de la Justicia de Menores, del Departamento Judicial de San Isidro, al cual pertenezco.

Sobre esta base, he confeccionado cuidadosamente cuatro preguntas, para que los futuros encuestados las respondan en forma anónima tratando de convencerlos de la importancia y el resultado práctico que tendrá la misma y a fin de evaluar el resultado, poniendo el enfoque en cuestiones que tienen que ver con nuestras conductas para producir el cambio y colocando como meta las mejoras en el Poder Judicial.

CAPÍTULO I

Un aspecto esencial a trabajar en orden a garantizar el éxito en todo proceso de mejora o reforma judicial: el temor o miedo al cambio.

1.1 Reforma y Aplicación

En la provincia de Buenos Aires, se avecinaba una nueva modalidad de trabajo, variando el procedimiento escrito a un sistema oral, con las consiguientes modificaciones que esto acarrearía y los problemas que debían enfrentar las personas que están relacionadas a ellos.

Con la nueva modalidad que exige el juicio oral penal, regulado por el Código de la Pcia. de Bs. As. (Ley 11.922) y ante la sanción de las leyes específicas del fuero de menores 13.298 y 13.634. Encontrándose prorrogada su aplicación por la ley 13737 hasta el primero de junio del año 2008 y con un nuevo aplazo, recién comenzó a

regir el día 28 de noviembre del mismo año, en el departamento judicial de San Isidro. Nos permitió contar con tiempo suficiente para lograr una mayor capacitación y mentalizarnos para el cambio de paradigma, que como todos sabemos genera resistencia.

Para que esta experiencia fuera exitosa, el compromiso debía surgir desde la cabeza hasta el último de sus integrantes, y desde el comienzo hasta el final, impactando en el resultado, venciendo la apatía que por lo general toda innovación acarrea.

Para que esta reforma sea positiva se debe lograr un compromiso de cambio en todos los miembros del Juzgado y tomando conciencia del deber ético que tenemos frente a la sociedad a cuyo servicio nos encontramos.

Tomando las palabras de Eric Hoffer: “Nunca podemos estar del todo preparados para algo completamente nuevo. Debemos adaptarnos, pero toda adaptación radical supone una crisis de autoestima: nos sometemos a un examen, nos ponemos a prueba. Para afrontar ese cambio drástico sin que haya repercusiones internas es necesario un aporte suplementario de confianza en uno mismo.”¹

El anterior procedimiento penal aplicable a los jóvenes que se encontraban en conflicto con la ley fue concebido desde su génesis dentro de las pautas que respondían al sistema inquisitivo el cual era totalmente escrito y muta a un proceso oral más dinámico, dotando al joven de las mismas garantías que poseen los adultos infractores.

La sensación que este trascendente cambio produjo fue peculiar, por una parte, la incertidumbre lógica ante la novedad, a la par que resulta refrescante, al ser el Juez, el director del proceso y tener la posibilidad de escuchar a los testigos y al imputado, y llegar así a una mayor percepción y formar su convicción, sustrato de su sentencia.

“Ahora bien, tal etapa trascendente requiere no sólo de un instrumento ritual que la preceptúe sino también de magistrados que, imbuidos del espíritu que la alienta, puedan ponerla en práctica sin desvirtuar

¹ ALLEN, David, “Organízate con eficacia”, ED. Empresa activa. Pág. 26

en modo alguno su esencia” y remarcando el acierto de Morello, cuando dice que:”Sin buenos jueces –como en la Democracia sin el “buen ciudadano”- cuanto se intente en la política judicial, estaría “herida en la sien”²

1.2 Ética Judicial

Todos sabemos que en nuestros días es casi un lugar común aludir al desprestigio de los jueces argentinos, no corriendo mejor suerte los miembros que componen los otros poderes del Estado y como prueba de ello el 27 de noviembre del año 2005 fue publicado en el diario “La Nación” una encuesta que sondeaba sobre la credibilidad y honradez de los Jueces argentinos; dando como resultado que de diez interrogados, siete no creía en la justicia”.³

Para ello es necesario reconocer que la realización de una sana Justicia es imposible en los hechos si los funcionarios como en mi caso, llamados a impartirla no nos enrolamos en la conducta ética que es de singular relevancia para mejorar la calidad de su servicio.

El objetivo propio de la ética es la excelencia, ya que no se conforma con mínimos sino que reclama magnanimidad.

Las obligaciones éticas del Juez se fundamentan, por una parte, en la ética profesional, que conduce los actos del magistrado de manera acorde con la perfección humana, y por la otra en la misma naturaleza del proceso judicial, cuyo objetivo es de dar a cada uno lo suyo.

Que sería la moral especial que trata de fijar criterios o normas de conducta, que si bien encaminadas a la perfección del hombre, guardan relación con una específica función que pueda desarrollar el hombre en la sociedad, o sea el juez.⁴

² Lourenco, V. E. y Quiroga, M., “Personalidad y desempeño del Juez en la oralidad”, Niño, L., “Perfil y rol del Juez del debate”, publicación realizada por el Ministerio de Justicia de la Nación, editorial de la Penitenciaría del Servicio Penitenciario Federal, Septiembre de 1992.

³ Diario La Nación, “Credibilidad de los Jueces argentinos”, publicado el día 27 de noviembre de 2005.

Si bien en la ética aristotélica encontramos una teoría de virtudes el encargado de confeccionar el cuadro de las virtudes cardinales fue su discípulo Platón y ellas son: Prudencia, Justicia, Fortaleza y la Templanza, que si bien son necesarias que todo buen Juez las practique las dos primeras son singularmente exigibles en su función específica. Pípper señala: “Sólo aquel que es prudente puede ser, por añadidura, justo, fuerte y templado, y que si el hombre bueno es tal, lo es merced a su prudencia”. Por eso podemos decir que el papel del Juez es de el hombre prudente.

Las exigencias éticas del Juez de tipo procesal podemos encuadrarlas, en imparcialidad, interés por conocer las circunstancias reales del caso, adoptar decisiones en los casos apropiados, con ejercicio pleno de su autoridad con un comportamiento acorde a su dignidad, y finalmente toda resolución judicial debe estar fundada en derecho y cristalizado en sus sentencias. En caso de incumplimiento por su parte podría incurrir en arbitrariedad judicial.

“Las conductas configurativas de la mala conducta no están tipificadas ni en la Ley ni en la Constitución esta dependerá de las circunstancias de tiempo y lugar, así como también de la apreciación política e institucional de los órganos encargados de caracterizarlos”.⁵

Hasta la fecha no se ha dictado en nuestro país un Código de Ética Nacional, sin perjuicio que varias provincias argentinas ya cuentan con uno, entre ellas el Código de Ética de la provincia de Santa Fe (2002), Formosa (abril 1998), Santiago del Estero y Corriente (octubre 1998).

A los Magistrados nos son aplicables las normas de la ética de la Función Pública regulada por la Ley 25188, la cual fuera sancionada el 29 de septiembre del año 1999 a fin de cumplir con la manda constitucional (Art. 36 CN).

En la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes

⁴ VIGO, R. (h)., “Ética de la magistratura judicial en la función judicial”, ed. AA.VV. De Palma, Buenos Aires 1981, Pág. 64. Material de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, Ética Judicial clases del año 2005, Dr. VIGO, R (h).

⁵ GELLI, M. A., Idém, Pág. 948-956.

Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España los días 23, 24 y 25 de mayo del 2001, se ha considerado que era indispensable dar respuesta a la exigencia de nuestros pueblos de poner la justicia en manos de Jueces de clara idoneidad técnica, profesional y ética, de quienes depende, en último término la calidad de la justicia(...) y convencida de que para el mejor desempeño de la función jurisdiccional y junto a las disposiciones constitucionales y legales de cada uno de los Estados que componen la Comunidad Iberoamericana es necesario que los Jueces independientes en su orden jerárquico dispongan de un instrumento que convergen lo mas precisamente posible los derechos, deberes, condiciones y requisitos que han de acompañarlos y orientarlos en el ejercicio de su delicada tarea. Y para ello aprueba y promulga el “Estatuto del Juez Iberoamericano” el cual ha sido suscripto por nuestro país, contando con un capítulo íntegro titulado “Ética Judicial”.⁶

Por ello todos debemos bregar para que el poder Judicial tenga reputación de neutralidad e integridad ya que si se percibe injusticia, el poder judicial se encontrará bajo sospecha de descrédito de los miembros que los componen.

1.3 Clientes VS Necesidades

Por ello me propongo en este trabajo demostrar de qué manera las modificaciones pueden obtenerse con la ayuda de las herramientas que nos facilita la ciencia de la organización, pero sin descuidar la ética judicial y conquistar la buena voluntad de los miembros que constituyen la oficina.

Esta ciencia permite optimizar los recursos con los que ya se cuenta.

En principio, para formar los cambios debemos seleccionar y calificar según sus habilidades al personal con el cual contamos, ya que como todos sabemos, cuando asumimos como titular de un juzgado

⁶ Estatuto del Juez Iberoamericano, material proporcionado en la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial.

debemos trabajar con el personal heredado, con muy pocas posibilidades de variarlo a corto plazo.

Debemos lograr un trabajo positivo que atraiga al trabajador y así retener a los más capaces y mejor predisuestos, prestando la mayor cooperación y compromiso.

Para ello debemos proyectar y fijar objetivos claros evitando la falta de claridad que apareja, distracción, estrés, ineficiencia y el correlato retardo de justicia que no es nuestra meta final.

Para organizar la oficina judicial, ésta debe iniciarse desde la organización personal del Juez, partiendo de la misión visión, liderazgo personal, planificación estratégica y evolución de los resultados.

Y a la pregunta por qué cambiar, podemos decir que el ser humano tiene tendencia a resistirse a las variaciones, pero ante las críticas que recibe el Poder Judicial, las cuales van creciendo año a año, se impone la necesidad de incluir la innovación en la organización judicial a fin de aumentar la eficacia y la equidad en el servicio de justicia.

El Juez, punto central de este engranaje, no podría impartir justicia, sin la colaboración esencial de funcionarios auxiliares que le permiten cumplir con tan elevada función.

Por ello no debemos olvidar mantener el buen trato hacia ellos, Stephen R. Covey nos lo reafirma diciendo, “Que siempre hay que tratar a los empleados exactamente como queremos que ellos traten a nuestros mejores clientes”, y continúa, “ se puede comprar el trabajo de una persona pero no se puede comprar su corazón. En el corazón está su lealtad y su entusiasmo. Tampoco se puede comprar su cerebro. Allí está su creatividad, su ingenio, sus recursos intelectuales”. “Para actuar sobre el C.P. (Preservación y mantenimiento del bien) hay que tratar a los empleados como voluntarios, tan voluntarios como los clientes, por que eso es lo que son; y así aportarán voluntariamente sus mejores dotes: “el corazón y la mente”⁷

⁷ COVEY, S. R., “*Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva*”, Ed. Paidós, Buenos Aires 2004. Pág. 71

A los receptores de estos cambios la Dra. Cafa Cheein de Hermida los denomina clientes, haciendo hincapié en su disconformidad y los define “no solo como aquellos que compran una cosa, sino también las personas que reciben mis servicios, quien necesita de mi trabajo... y en definitiva, son éstos quienes juzgan mi trabajo”.⁸

CAPITULO II

Principales estrategias superadoras; mi experiencia personal en el juzgado

2.1 Importancia de la Planificación Estratégica.

La planificación estratégica aplicada a los procesos de reforma en la organización, debe comenzar con una mirada de la realidad, reconocer cuáles son las necesidades, fijar los objetivos que se desea alcanzar y una vez identificados, observar los recursos con los que se cuenta, buscar estrategias para su implementación y así alcanzar la misión-visión.

Es importante construir un modelo de gestión integral orientado a la efectividad en la oficina judicial, sin olvidar el medir el impacto de la gestión para saber si la modificación elegida es la correcta y ser buenos líderes, los cuales están siempre buscando oportunidades para crecer, innovar, atreverse al cambio, y al proceso, con una conducta coherente.

Veremos a continuación en forma gráfica, los distintos pasos de la planificación estratégica, que nos permitirá visualizar con claridad sus distintas etapas.



A fin de llevarlo a cabo es necesario contar con un buen equipo de trabajo, que deberá estar continuamente capacitándose dentro de un ambiente de respeto mutuo y confianza, compartiendo todas las mismas metas, englobándose estas, en brindar el mejor servicio de justicia con miras al éxito.

La Dra. Graciela Marino en sus clases dictadas en la facultad Austral refiere que: “Demostrar que sin necesidad de más recursos ni reformas en la legislación, es posible mejorar sensiblemente el servicio de justicia, terminar con la lacra burocrática que lo hace lento, pesado e ineficiente y, en consecuencia, cumplir plenamente su meta de resolver los conflictos y dar a cada uno lo suyo en un tiempo razonable”. Y así también que: “El éxito es el resultado de un sistema de gestión, que estará a cargo del líder judicial, el cual deberá medir los resultados, pero previamente debe tener en cuenta las necesidades del cliente, establecer un planeamiento estratégico, ocuparse de gestionar los procesos, a través de la mejora continua, orientación a los resultados y llegar así al desarrollo del personal”.⁹

Ante la pregunta: ¿Qué estrategias utilizar para lograr, que el per-

⁸ CHEEIN DE HERMIDA, C., “La Capacitación” : Una propuesta para el poder judicial de Santiago del Estero., Ed. Lucrecia. Sin año de Publicación. Pág. 5

⁹ MARINO, G., Maestría en derecho y Magistratura Judicial, clase de Octubre de 2005

sonal del juzgado se inserte de la mejor manera posible en la nueva realidad?

Es importante conocer cuáles son nuestras necesidades, una vez identificadas, fijar los objetivos y una vez establecidos elegir las mejores estrategias y recién allí implementarlas. La etapa final consistirá en la medición integral y final de los resultados alcanzados.

Soy consciente de que no podré en este trabajo, realizar la medición de los resultados, pero sí explicar los métodos utilizados para el adiestramiento del personal a la luz de los fundamentos de la planificación estratégica, analizando la realidad actual y las exigencias que deberemos afrontar en este nuevo proceso.

Para poder construir un modelo de gestión integral orientado a la efectividad del Poder Judicial, tenemos que tener en cuenta que dentro de él, en éstos últimos años se fueron produciendo cambios sociales y económicos de gran envergadura.

Atento a ello, somos nosotros los que debemos tender al cambio, no esperando que todo se nos imponga desde afuera, debemos ser actores de nuestros cambios e influir decisivamente sobre los acontecimientos que han de venir.

Y teniendo en cuenta que las personas con hábitos de efectividad son las piedras angulares para formar organizaciones altamente efectivas, así lo dice Tom Morell, en el prólogo al libro “Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva” escrito por Stephen R. Covey, y continúa diciendo que el desarrollo de éstos hábitos en el nivel personal constituye la base para la efectividad organizacional.¹⁰

En una somera síntesis intentaré describir aquellos hábitos que enumera Covey y que nos facilitará, con su ayuda a desarrollarnos como buenos líderes.

Al primero él lo llama PROACTIVIDAD, para explicarla menciona

¹⁰ MORRELL, T., prólogo al libro “Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva”, de Steven R. COVEY, ed. Paidós 2004., Material de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, La administración en el Poder Judicial, clase 14 y 15 de Octubre de 2005.

que es natural tener en la vida diaria problemas y complicaciones, pero darnos cuenta que tenemos la posibilidad de elegir con libertad la manera de resolverlos y para ello podemos optar; enfrentarlos, prevenirlos, solucionarlos y ser pro activos, estar dispuesto a asumir los acontecimientos que nos toca vivir, y darle una respuesta; o lo opuesto que sería huir, ignorarlos o simplemente pensar que no hay solución y enfermarnos al sentirse impotente frente al cúmulo de problemas, a eso él lo llama ser reactivo. La diferencia está centrada en la libertad de decidir.

Obtendremos el hábito de la responsabilidad que se construye a través de la repetición de acciones que redundará en el desarrollo de la virtud, llegando a hacer la persona y el tipo de profesional que queremos ser. El resultado será poner en acción la libertad, para enfrentar los problemas, y escoger con autonomía las respuestas. Para ello aprender a ir un paso adelante al problema, venciendo la tendencia humana de ser reactivos.

Una característica de proactividad, será la permanente capacitación que me permitirá crecer tanto a nivel personal como en mi rol funcional.

El segundo hábito consiste en empezar siempre con un FIN EN MENTE, pensar desde que nos levantamos a la mañana y llegamos a la oficina judicial, cual es nuestra misión-visión, y así poder organizarnos a partir de lo importante, ya que muchas veces las urgencias nos hacen perder de vista lo que debemos hacer. Para no caer en ese error tener en claro el objetivo, el tiempo que nos demandará y así iremos fortaleciendo el hábito del liderazgo personal, obteniendo la libertad de encontrar el sentido a nuestra vida personal y profesional.

Al desarrollar la autoconciencia es posible que descubramos guiones inefectivos, incongruentes con las cosas que valoramos. En ese caso se impone rescribirlos y recuperar la armonía con los valores más profundos.

El tercer hábito es establecer PRIMERO LO PRIMERO, está relacionado con los hábitos que anteceden ya que este consiste en una actitud ante la vida y el trabajo, actuando conforme a un fin y el esta-

blecimiento de prioridades, ya que la tendencia natural es dejarnos ganar por lo urgente.

La voluntad independiente es la que hará efectiva la autodeterminación, permitiendo tomar decisiones y elegir.

Mientras que el liderazgo decide qué es lo primero, la administración le va asignando su lugar día tras día; esta última es disciplina puesta en práctica y con ella obtendremos el hábito de la administración personal y conseguiremos como resultado la posibilidad de priorizar lo importante frente a lo urgente, vencer esa tendencia natural de no tener en claro las prioridades, nos lleva al cuarto hábito.

El cuarto hábito es aprender a pensar en GANAR-GANAR, la tendencia humana es a lo opuesto, a que si yo gano el otro debe perder, éste hábito sirve para empezar a pensar que uno gana mejor y gana más, si el otro también gana.

Por ello es importante pensar qué es lo que necesita la otra persona y ver la estrategia para que ganemos todos. Esto hace al hábito del beneficio mutuo, obteniendo como resultado el bien común.

Debemos tomar conciencia en ir construyendo virtudes y rodearnos de gente capaz, que si los ayudamos en su crecimiento, redundará en el propio.

La práctica de este hábito supone aprendizaje recíproco, influencia mutua, beneficios compartidos. El carácter es la base de este paradigma de ganar-ganar, siendo esenciales tres rasgos del mismo, que son: integridad, madurez y mentalidad de abundancia, es decir la convicción que hay para todos, que es posible compartir reconocimiento y mérito.

Estos tres elementos serán primordiales para establecer relaciones centradas en la comprensión plena de los problemas y en su resolución recíprocamente beneficiosa, que se verá cristalizada en acuerdos ganar-ganar-

El quinto hábito PROCURAR PRIMERO COMPRENDER Y DESPUÉS SER COMPRENDIDO, es exactamente lo contrario a lo que tendemos los seres humanos, no solo en nuestro ámbito personal, sino

también en lo laboral, por eso es muy importante primero escuchar y tratar de entender a nuestro interlocutor, venciendo así nuestra naturaleza egoísta.

Normalmente cuando escuchamos tendemos a hacerlo en términos autobiográficos y efectuamos preguntas partiendo de nuestro propio marco de referencia, sobre la base de nuestra experiencia y una interpretación en base a nuestros propios motivos y conductas.

La escucha empática empieza por procurar auténticamente comprender, parafrasear el contenido y reflejar el sentimiento. Hay que descubrir el interés y no la posición del interlocutor

Por lo tanto obraremos con más inteligencia si conocemos qué está pensando en el entorno, que en eso radica la buena escucha.

Este hábito está relacionado con la comunicación efectiva que es la base de aprender a escuchar y comprender obteniendo como resultado el respeto en la convivencia, que posibilita llegar a acuerdos de tipo ganar-ganar.

El sexto hábito, es la SINERGIA, que consiste en estar conciente de que dependemos del grupo de trabajo y así poder entre todos cumplir la misión-visión de la organización.

Esto trae como ventaja que al reunir las distintas miradas de las personas que forman la organización y lograr congeniarlas, obtendremos mejores resultados, ya que las ideas divergentes permiten al grupo crecer.

La esencia de la sinergia consiste en valorar las diferencias: respetarlas, compensar las debilidades, construir sobre la fuerza.

Aplicándola, se llega al hábito de trabajar en equipo, obteniendo resultados innovativos, al superar las actitudes de recelo y pasando a una de confianza mutua que permite un aprovechamiento eficaz de los recursos disponibles.

Y así llegamos al último al cual llama SIERRA AFILADA que consiste en tener que estar preparado para las ocasiones que nos tocan vivir, ya que las oportunidades favorecen a las mentes dispuestas a

aprender y aprovechar de las oportunidades que la vida les presenta.

Nosotros somos instrumentos para lograr nuestra misión-visión y como dice la Dra. Stanga en sus excelentes exposiciones, que tenemos dos opciones, o la tenemos guardada en un depósito por mucho tiempo y permitiendo que se oxide o logramos tenerla afilada para utilizarla cuando se presenta la oportunidad.

Si no recurrimos a la capacitación continua nos volveremos a oxidar, por eso este hábito es el de la mejora continua, dando por resultado un balance de renovación.

Tom Morrel, continúa diciendo en prólogo, que “Es usar la capacidad que tenemos para renovarnos física, mental y espiritualmente .Es lo que nos permite establecer un balance entre todas las dimensiones de nuestro ser, a fin de ser efectivos en los distintos papeles (roles) que desempeñamos en nuestra vida” ¹¹

Con la práctica de estos hábitos obtendremos beneficios para la institución, logrando la renovación en su dimensión física, espiritual, intelectual y social.

Si el responsable de la oficina judicial es conciente de la importancia que reviste el desarrollar el ejercicio continuo de estos hábitos se logrará obtener una organización altamente efectiva y conseguir con la práctica cambiar la situación.

Tomando en cuenta que aprendiendo y aplicando las armas que nos proporciona la ciencia de la organización, ejerciendo un verdadero liderazgo y capacitándose, podrá lograr el cambio tan esperado, en cada uno de los miembros que la componen, que redundará en el reconocimiento no solo de sus pares sino de la comunidad, que está ávida de una mejora en la Judicatura.

2.2 Importancia de las Personas “En Todo Sistema y en el Sistema Judicial”

¹¹ Morrel, T., “Ibid”.

Hasta la segunda guerra mundial, los principales bienes para una empresa eran el capital y el trabajo. A partir de ella se demostró que con trabajo y capital solos no se cambia nada, que lo más importante en la organización son las personas y como consecuencia de ello se comenzó a hablar de la gestión y de la calidad, ya que poner énfasis en la faz humana, es como vamos a lograr obtener la efectividad.¹²

Una de las maneras para optimizar el desempeño, es demostrarle a los operadores, cuál será su beneficio personal, para dar paso a la utilidad laboral que se obtendrá y luego ir variando de roles dentro de la oficina , a fin que los empleados se sientan dentro del entorno cambiante y global, pero no en un ambiente coactivo, ya que de lo contrario es casi imposible seguirle la pista al entorno y estar acorde a nuevos paradigmas, ya que lo que funcionó en un momento ya es obsoleto y no debemos olvidar que lo rígido no puede responder al cambio, y para que aparezca, éste debe ser fomentado desde el seno de la institución, ya que si solo viene desde una persona, va destinado al fracaso. Hacer hincapié en la necesidad de que cada uno tenga derecho y el deber de participar en un proceso de cambio, de lo contrario el proceso fracasa.

“El factor humano implica un trabajo permanente y no siempre es fácil, el mismo resulta imprescindible a punto que sin el compromiso y la participación directa de aquellos en cualquier proceso de reforma del mismo estará indefectiblemente condenado al fracaso. Por supuesto que para asegurar los resultados es preciso que la participación sea estimulada desde un comienzo y luego sea contemplada en sistemas transparentes de premios e incentivos”

“No hay proceso de cambio en ninguna institución si al mismo tiempo no hay líderes ejemplares y confiables capaces de movilizar a los otros en el cambio necesario”.¹³

¹² STANGA, S. M., Maestría en Derecho y Magistratura Judicial – La idoneidad del Juez, clases de 2005.

¹³ STANGA, S., Artículo “Reforma impostergable y largamente esperada del Poder Judicial”, ed, Prudentia Iuris 55-Marzo 2002, Pág. 232 - agregado en Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, La administración en el Poder Judicial y la Idoneidad Gerencial del Juez.

El Juez debe lograr formar un equipo de trabajo que se interrelacionen, tendiendo a que cada uno realice su tarea diaria, pero favoreciendo, que todos conozcan el trabajo de todos, con excepción de la función del Juez y su secretario, para evitar que la ausencia de alguno de ellos genere un perjuicio en el justiciable y en el resto del equipo.

La Dra. Stanga propone para iniciar el cambio en nuestro lugar de trabajo, lo primero que tenemos que hacer es mirarnos nosotros mismos y comenzar desde nuestra misión visión, la de nuestro cargo, o del cargo que deseamos tener, y para ello debemos ir desarrollando hábitos, a través de la repetición de acciones, desarrollando hábitos e ir acercándonos a la adquisición de las virtudes. Desde la misión visión, pensar todo, y desde allí organizarnos el día de trabajo en la oficina judicial desde la misión visión.¹⁴ Es muy importante que se realicen acciones conjuntas a desarrollar dentro del marco dispuesto por el Juez, dotándola de agilidad, a fin de aumentar la eficacia práctica de su ejecución y simplificando al máximo su modo de implementación, pero sin descuidar la rigurosidad de la información a intercambiar.

Tener en miras que el cambio personal del Juez debe ser anterior o como mínimo acompañarlo, de lo contrario el proceso genera inestabilidad.

La eliminación del elemento sorpresa y la aceptación posterior de los cambios a medida que sobrevienen muy bien pueden ser una de las respuestas al problema del desarrollo de más satisfactorias formas humanas de adaptación y además efectivas formas de conducta de liderazgo ¹⁵

Recordando las palabras dichas en clase por el Lic. Segura en cuanto al comportamiento individual, hace hincapié en la "Percepción", del que recibe mi orden, por ello es muy importante cómo transmito mis órdenes de lo contrario podrá ser interpretada como una forma de mal

¹⁴ STANGA, S., Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, clase de Noviembre de 2005

¹⁵ BROWNE, C.G., Liderazgo y Cambio - Estudio del Liderazgo, ed. Paidós, Buenos Aires 1969, Pág. 370.

trato hacia mis colaboradores. Bajo el rotulo de la percepción entra en juego la :

a) Selectividad, que no todos vemos lo mismo ante la misma circunstancia, cada uno elige qué es lo que quiere ver.

b) Similitudes supuestas, es muy posible que congeniemos y acordemos con mayor frecuencia con individuos que compartamos gustos parecidos.

c) Estereotipar: asignación preliminar de situaciones (rotular).

d) Efectos de carisma: nos relacionamos mejor con individuos simpáticos y atractivos, que con aquellos que no lo son.

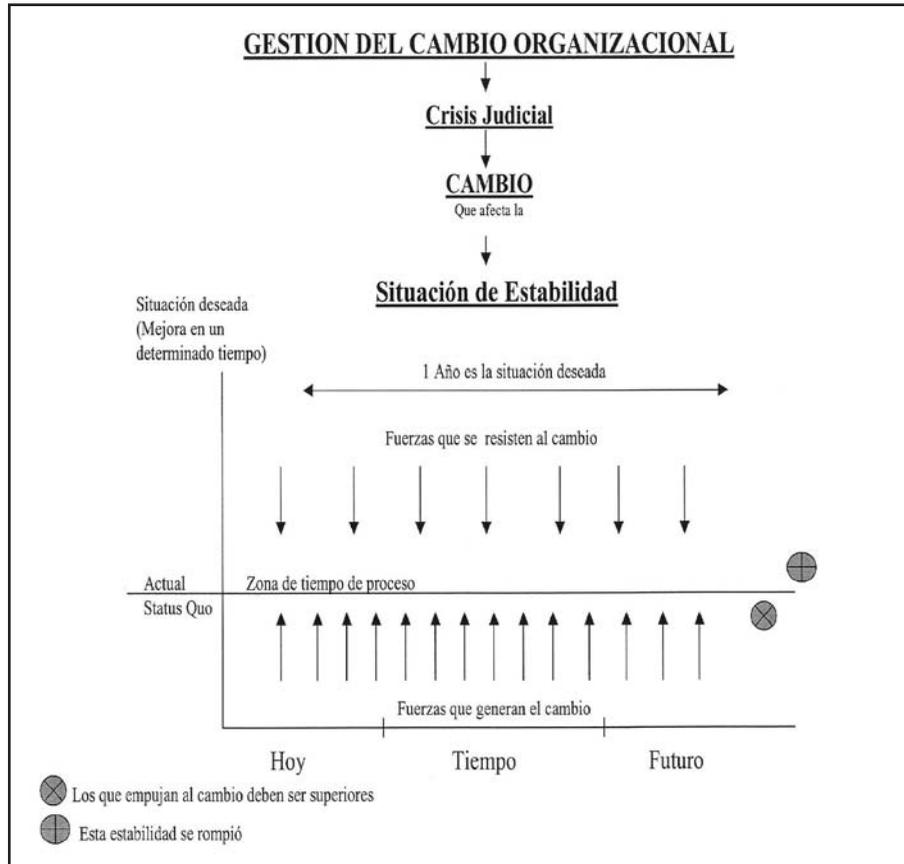
e) Ley de efecto.

f) Modelaje: Cuando tomamos como referencia lo que hacen nuestros superiores o colegas, ya sea por su mayor edad o por ser exitosos.¹⁶

En toda gestión de cambio dentro de una organización lo primero que se divisa es una situación de crisis, ya que todo cambio afecta la situación de estabilidad que existía en la realidad.

Para llegar a la situación deseada, se requiere un determinado tiempo, pero para ello es necesario que los operadores pro cambio, ejerzan una fuerza superior con miras a éste, que aquellos que se resisten a él, produciéndose en principio la fractura de la vieja estabilidad, y en miras a una que haya incorporado los cambios, este concepto se encuentra graficado por el Lic. Alfredo Segura, agregado a continuación.

¹⁶ SEGURA, A. Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, clase de Noviembre de 2005.



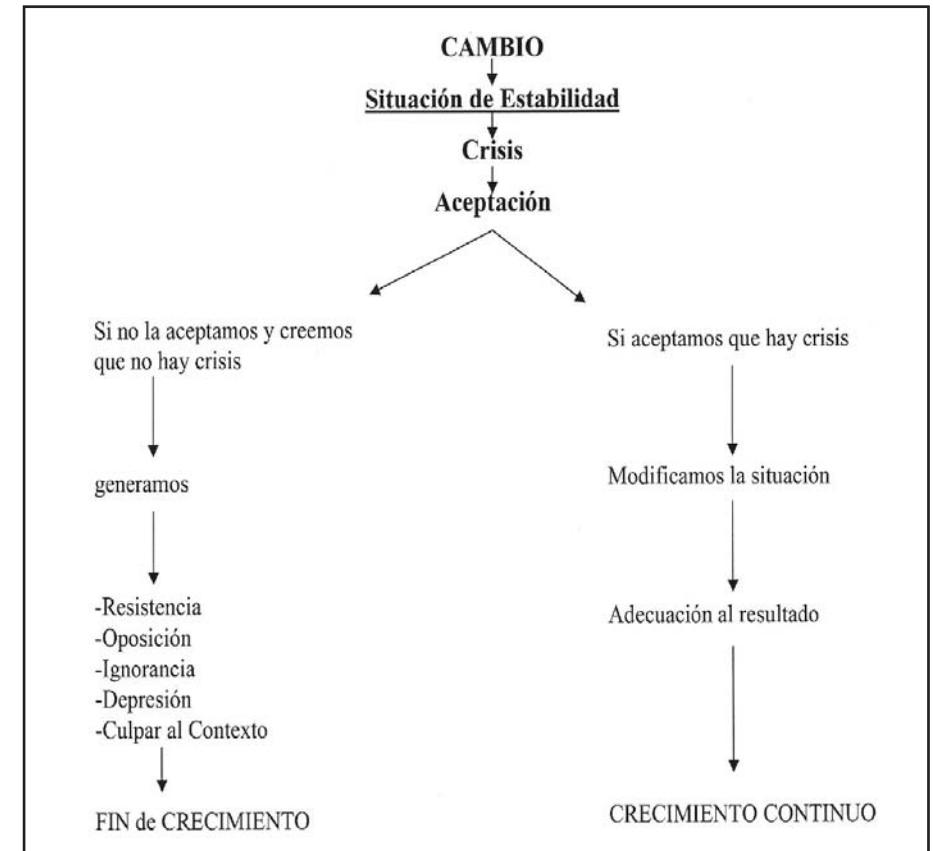
Fuente: Lic. Alfredo Segura – Clase de Noviembre de 2005. Maestría en Derecho y Magistratura Judicial

No debemos olvidar, que a la gente no se la administra, se la conduce y una de las metas que debe tener en mente un buen administrador, es hacer hincapié en sus puntos fuertes, y así contrarrestar la incertidumbre y la preocupación que todo cambio genera.

Y nos dice también, que es necesario aprovechar la teoría del refuerzo motivacional, que tiene su apoyatura en procurar la mejora en el desempeño, involucrar a operadores con poder para tomar decisio-

nes en pos de los objetivos trazados, buscar equilibrar acción y reflexión, duda y experimentación y por último aprender a aprender.¹⁷

En el cuadro siguiente, es fácilmente observable que la crisis genera dos respuestas posibles, cuyo resultado va a depender de su aceptación o su rechazo.



Fuente: Lic. Alfredo Segura – Clase de Noviembre de 2005. Maestría de la Magistratura Judicial.

¹⁷ SEGURA, A., Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, clase de Noviembre de 2005.

2.3 Encuesta: Magistrados y Funcionarios del Fuero

Para desarrollar este punto he contado con la colaboración de mis distinguidos colegas del Fuero de Menores del departamento judicial de San Isidro, a los cuales les envié a sus despachos un formulario con cuatro preguntas, que a su vez se las entregaron a sus colaboradores inmediatos.

La condición era contestarlas en forma anónima y en un plazo estipulado de 72 horas.

Al finalizar el término, con grata sorpresa y con un profundo agradecimiento, he recibido 12 encuestas. Su lectura y medición permitió la posibilidad de confeccionar los gráficos que a continuación se adjuntan a la presente, permitiendo una observación de los distintos miedos, desafíos y su superación.

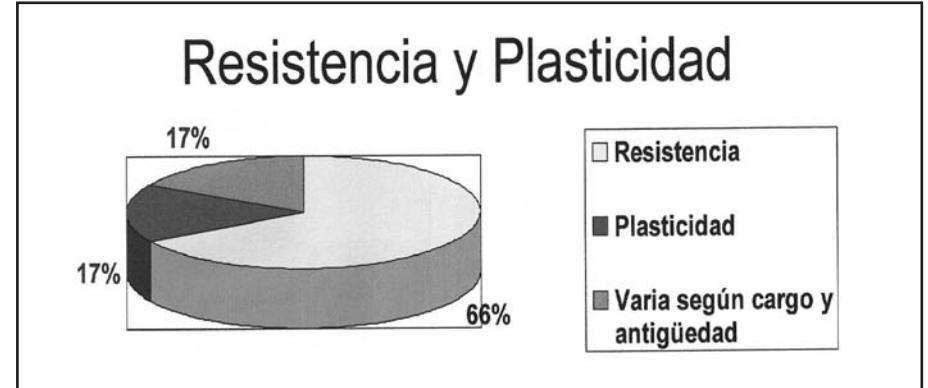
1) Frente al proceso de reforma del Fuero de Menores opine, desde el punto de vista de los operadores judiciales, qué prevalece:

- a) posición de resistencia
- b) posición de plasticidad al cambio.

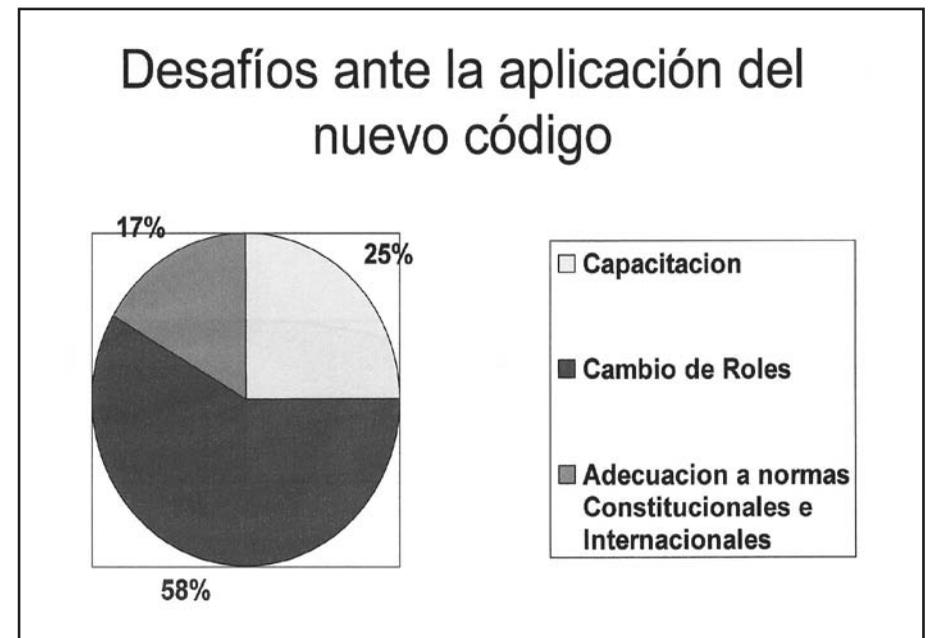
2) ¿Qué desafío le parece que trae aparejado al juzgado, la aplicación del Código nuevo? Y ¿Por qué?

3) ¿Cuales son los principales temores o reparos de la aplicación de ésta normativa?

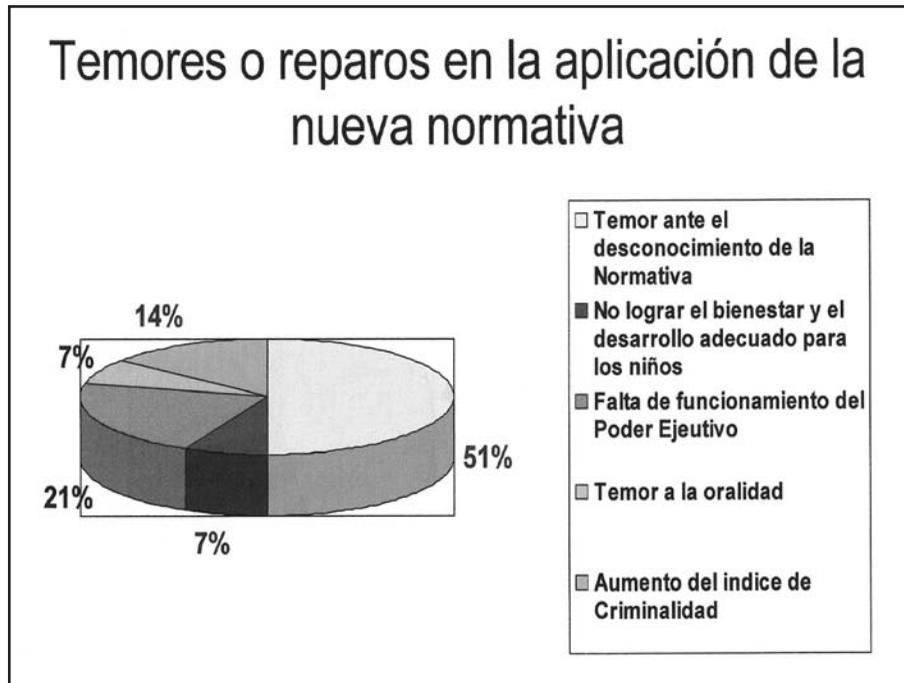
4) ¿Cómo le parece a su criterio que se podrían superar algunos de los puntos que se presentan como obstáculos o problemas?



Ante la primer pregunta surge claramente que prevalece la resistencia entre los operadores del sistema, con notorio aumento en cargos superiores y de mayor antigüedad.

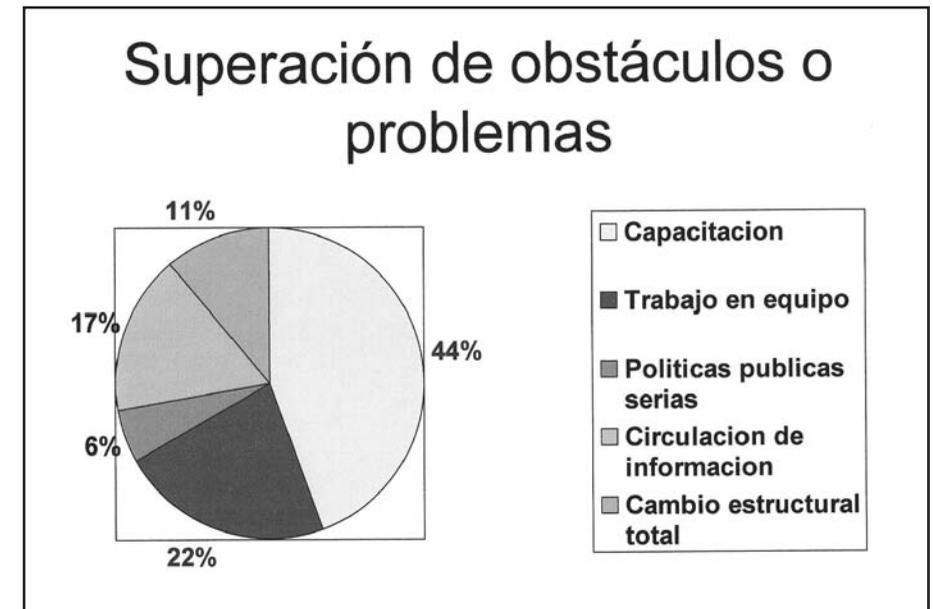


La mayoría de los encuestados consideraba que el mayor desafío era lograr cambiar el posicionamiento en cuanto al nuevo rol funcional, frente a la variación de las tareas de los operadores ante la inminente aplicación de la ley 11.922, que regulaba el proceso penal en la Provincia de Buenos Aires y las leyes específicas del fuero. Y así lograr que ese cambio fuera lo menos brusco posible, evitando frustraciones. A su vez, el 25% de los encuestados expuso sus dudas sobre la utilización de tiempo personal para capacitación propia y del personal del juzgado. Y los restantes manifestaron la necesidad que la nueva normativa sean aplicada en consonancia a las normas Constitucionales e Internacionales.



Es notorio que todo lo nuevo genera en los encuestados temor, y ante el advenimiento del entonces, nuevo proceso del fuero, no es la excepción, por ello se advierte que un poco más de la mitad de los ope-

radadores, concordaron en su aprehensión ante el desconocimiento de la normativa y no lograr aplicarla correctamente en desmedro del bienestar y el desarrollo adecuado de los tutelados.



Ante la última pregunta, es fácil darse cuenta la gran coincidencia que existía en las respuestas, advirtiendo que en su mayoría le da prioridad a la capacitación y el trabajo en equipo, para la superación de los obstáculos.

Para concluir este análisis me permito tomar las palabras de Peter Drucker que nos dice: “Que es clave para la transformación del servicio de justicia, poder identificar cuáles son aquellas cosas que no funcionan, así como las que nunca funcionaron, debiéndonos concentrar en aquellas cosas que sí han funcionado, para mantenerlas”¹⁸

¹⁸ DRUCKER, P., “Las nuevas realidades” ed. Sudamericana 1995, Pág. 135.

Y nunca olvidar que lo verdaderamente importante en todo sistema, son las personas, y la cooperación entre ellas. El espíritu de ganar-ganar no puede sobrevivir en un medio de competencia y confrontación. A menudo el problema consiste en el sistema no en la gente.¹⁹

CAPITULO III

Una propuesta de cambio tendiente a asegurar los resultados

3.1 Misión-Visión

Es muy importante tener en claro cuál es la misión y la visión para llevar a buen puerto esta transformación que se avecinaba.

La misión nos permitirá saber qué tipo de juez queremos ser, para ello califica, agrega adjetivos y nos permite caracterizar cuál es el mejor Juez posible; y la visión, es la razón de ser, que justifica la existencia misma de la oficina judicial que se analiza.

El beneficio que el liderazgo genera en el titular del Juzgado, es conocer desde el inicio cuál es la misión en todos los aspectos de su vida, encontrándose desde luego el desempeño profesional, centrarse en sus metas, sin descuidar sus principios y sus valores " Pensar por primera vez o, replantearnos una nueva misión, tendríamos que hacerlo teniendo en claro que existen principios a los que debemos acudir para poder comenzar desde el principio por la senda correcta, para tomar decisiones importantes acerca de la orientación de nuestra vida y también de las decisiones cotidianas en medio de las circunstancias y emociones que nos afectan." ²⁰

Estos principios que gobiernan la efectividad humana y se encuentran entretejidos en toda la sociedad y se han mantenido a través del tiempo, Covey los asimila a faros, y nos dice que son leyes naturales

¹⁹ COVEY, S.R., "Idem", Pág. 259-260.

²⁰ STANGA, S., Maestría de Derecho y Magistratura Judicial, clase del 16 de Septiembre de 2002

que no se pueden quebrar, emergen de la superficie una y otra vez, el grado en que los miembros de una sociedad los reconocen y viven en armonía con ellos determina que avancen hacia la superficie y la estabilidad o hacia la desintegración y la destrucción.²¹

Estos principios forman parte de la condición, conciencia y moral humana; muestras de éstos son, la rectitud, a partir del la cual se desarrolla nuestro concepto de equidad y justicia; la dignidad humana; el servicio o la idea de contribuir; la calidad o excelencia y del potencial que se relaciona con el principio del crecimiento.

Los principios no son prácticas ni son valores sino son directrices para la conducta humana que han demostrado tener un valor duradero. ²²

Si nuestra meta está imbuida de estos principios, más exactos y funcionales seremos en nuestra vida personal como profesional, acorde a nuestra misión.

Los problemas deberán ser resueltos, para lograrlo y obtener los beneficios en el menor plazo posible, debo conocer con claridad mi misión y transmitirla a cada miembro que compone la oficina judicial, sin descuidar mis principios y mis valores que establezco como líder y para lograr estos objetivos debo introducir mejoras que favorezcan al cambio en pos de obtener mi misión con la ayuda de los medios que me aporta la ciencia de la organización sobre:

- A) Liderazgo judicial
- B) Trabajo en equipo – motivación – capacitación
- C) Distribución equitativa del trabajo
- D) Aplicación de las normas ISO
- E) Optimizar el uso de Lex Doctor

Y así llegar a:

²¹ COVEY, S.R., "Idem", Pág. 44.

²² COVEY, S.R., "Idem", Pág. 45.

1) Introducir cambios en la estructura de la organización ante los distintos roles que demanda la nueva normativa.

2) Circulación de la información, a través de técnicas de comunicación.

3) Acortar los plazos de resolución de las causas evitando las trabas burocráticas, sin descuidar la seguridad y confiabilidad a los justiciables.

4) La utilización de la mediación en el fuero, solo en aquellos casos que resulte beneficioso a los involucrados.

5) La capacitación, en la utilización de técnicas para resolver conflictos y elementales conocimientos de psicología, psicología social y sociología.

6) Implementar un sistema computarizado de auto consultas para profesionales que intervienen en las causas, sin descuidar el carácter reservado de las mismas.

7) Establecer un sistema de gerenciamiento de causas a partir de un software que contenga una base de datos que permita el control de su funcionamiento, organizando la información, eliminando redundancias, generando informes y ejecutando tareas repetitivas

8) Que todos los miembros del juzgado se dispensen buen trato entre sí, como también a los justiciables y el público en general.

El proceso que elijo para alcanzarlos se denomina eficacia. Pero es importante analizar, si el proceso es efectivo y para ello, una vez implementados, obtengo información sobre el desempeño del operador, para reconocer qué área necesita crecer o reforzar, facilitando la efectividad del empleado en sus propias habilidades y motivaciones. Para dar paso a la evolución de los resultados de mis objetivos, y así llegar a mi misión como titular de un Tribunal de Menores, que está sustentada en las demandas constitucionales y aludirá a la protección de libertades, y derechos, a la interpretación de la ley, a su aplicación y dando paso a la resolución de los conflictos de la forma más equitativa posible sin descuidar la excelencia.

3.2 Liderazgo

El liderazgo es un aspecto importante de toda actividad humana grupal, y por ello es necesario que actúen de manera dinámica, en lugar de aplicar un enfoque fijo y estático, ya que los seres humanos preferimos conducirnos con pautas ya establecidas y probadas a lo largo del tiempo, por lo tanto es necesario que el líder acepte los cambios y se adapte a ellos a medida que se perfilan y poder así desarrollar la mayor potencialidad del grupo que gerencia.

Como el cambio es un aspecto de todas las situaciones del liderazgo, los líderes deben prever el cambio y estar psicológicamente preparados para él.

La conducta de los líderes tienen un impacto potencial sobre el desempeño de los empleados y debe tender a fomentar las percepciones del subordinado que facilitará el desempeño.

El juez debe asumir el liderazgo y para ello debe formarse, ya que la capacitación se encuentra dentro de los deberes institucionales, que inexorablemente le corresponde realizar, como cabeza del Poder Judicial.

Recientemente el titular del Juzgado Contencioso Administrativo n° 1, del departamento judicial de San Isidro, Dr. José A. Servín, recibió un reconocimiento a la mejora constante en los criterios de liderazgo y de desarrollo personal, dando cuenta de la importancia de ser un buen líder.

3.2.1 Edades y Tipos de Liderazgo

Observamos que a medida que cambian las personas y las condiciones en las que se van desarrollando, cambian los tipos de liderazgos.

Es posible distinguir:

- a) Edad del liderazgo de conquista.
- b) Edad del liderazgo comercial.

- c) Edad del liderazgo de organización.
- d) Edad del liderazgo e innovación.
- e) Edad del liderazgo de la información y por último,

f) El liderazgo en la nueva era, caracterizada por la invasión de nuevos y cada vez mas sofisticados elementos tecnológicos, que nos brindan información tan abundante, que dificulta su selección , y poder sintetizar eficazmente esa catarata de información, requiere de individuos que puedan reconocer aquella que le será útil para motivar a quienes estén dirigiendo. Por eso la importancia de la comunicación efectiva, y el entrenamiento en la escucha efectiva para descubrir lo que su entorno necesita, sin descuidar el alto rendimiento en su competencia.²³

A su vez existen distintos estilos de liderazgos, tomando en cuenta las distintas participaciones y distribución de las responsabilidades de quienes lo acompañan, describiendo tres estilos básicos: el líder autócrata, el líder participativo y el líder de rienda suelta.²⁴

La tendencia actual esta centrada en la necesidad de adaptación y flexibilización en el uso de los distintos tipos de liderazgos, como oposición al perfeccionamiento de uno solo de dichos tipos, ya que desde el estudio de las distintas organizaciones ninguna se parece a la otra, presentando características que la hacen únicas e irrepetibles, lo que sirve para una, es ineficiente para la otra.

El liderazgo requiere un compromiso, que va más allá de las fronteras de la empresa y se expande a la familia, sus creencias y la sociedad en que se encuentra inmerso, donde debe poner en práctica sus valores y sus acciones deben tener como norte el “BIEN COMÚN”.

El profesor de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, nos repetía con frecuencia, que el Juez, debe ser una buena persona y si sabe derecho mejor, a lo que interpreto que debemos procurar que las

²³ BENNÍS, W. y B. NANUS., *Las cuatro claves del liderazgo eficaz*, 1995. Ed. Norma, Colombia, Pág. 213.

²⁴ BENNIS, W y B. NANUS., “Idem” Pág. 225.

buenas personas se conviertan en dirigentes, y en el caso que nos ocupa, que el líder así lo sea.

En el siglo XXI, nos enfrentamos a un nuevo líder que está aprehendiendo en cada nueva situación y adaptándose de forma acorde a ella. Ken Blanchar se refiere al modelo de este nuevo liderazgo y lo descubre como: un líder que debe adoptar su estilo, adecuándolo a la habilidad y a la madurez (capacidad y compromiso) de su gente. Un líder de estas características debe poseer buenas técnicas de diagnóstico y un amplio repertorio de estilos gerenciales, acompañados de la valentía y de la flexibilidad necesaria para emplear el más apropiado”.²⁵

Los japoneses reconocen que en realidad sólo existen dos requisitos para el liderazgo. El primero es aceptar que el rango no confiere privilegios, sino que acarrea responsabilidades. El segundo es reconocer que los líderes de una organización tienen que imponerse a sí mismo aquella congruencia entre hecho y palabras, entre conductas, creencias y valores expresados que denominamos “integridad personal” ²⁶

En el accionar de los líderes quedan reflejados sus valores, que les permiten a sus empleados conocerlos, así como también sus preocupaciones, y para ello es importante la claridad de sus valores y sus creencias. El líder tiene una mirada positiva en el futuro y con la esperanza de que sus metas puedan concretarse.

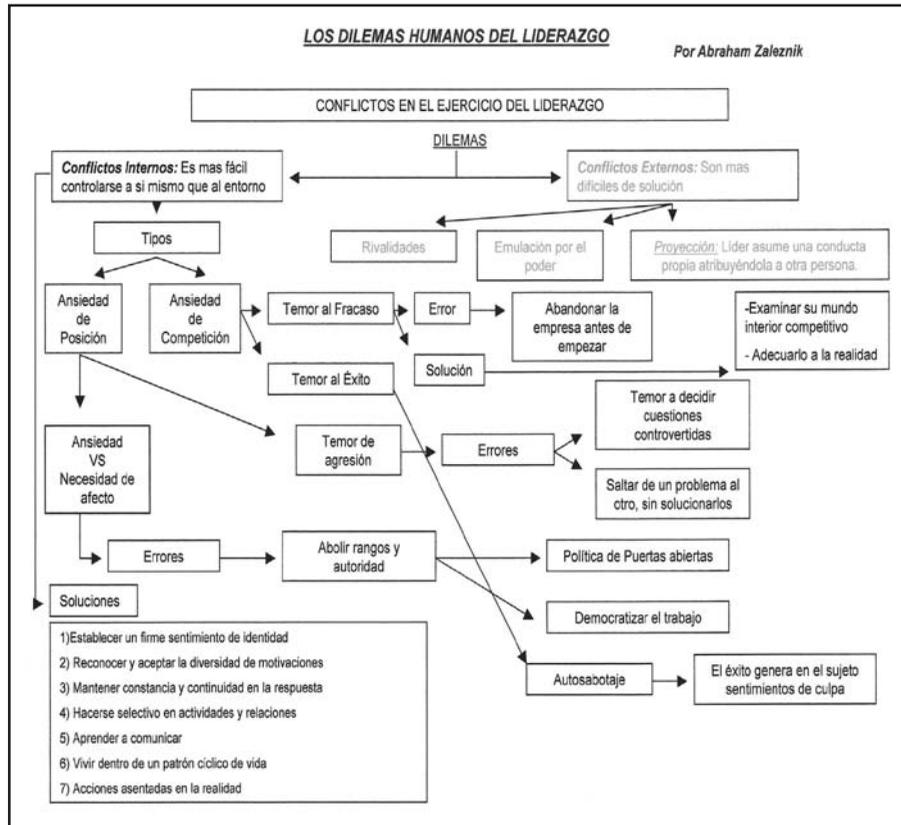
La realidad es que los obstáculos para poder ser buenos líderes, se encuentran dentro nuestro, por esos el buen líder es aquél que se anima a campear los obstáculos, cuantas más dificultades tiene la institución, más se necesita de la formación de verdaderos líderes, que dirijan y ayuden a buscar su norte.

No debemos dejar de reconocer que el principal obstáculo con el que nos encontramos son nuestros temores al éxito y al fracaso que

²⁵ BLANCHAR, K., “*Sititional Leadership II*”, extraído de bibliografía agregada de Maestría de Derecho Empresario “liderazgo” Prof. Raúl Medina Fernández – Noviembre de 2005

²⁶ DRUCKER, P. “*Gerencia para el futuro, El diseño de los 90 y más allá*”, traducción de Jorge Cardenas Nannetti, Grupo Editorial Norma, Colombia 1993, Pág.116.

muy bien los describe Abraham Salesnik y a continuación adjunto un cuadro que explica los conflictos internos y externos, con los que se encuentra el líder y cómo superarlos.



Fuente: ZALEZNIK, A., *Los gerentes y los líderes: ¿Son distintos?* Pág. 223.²⁷

²⁷ ZALEZNIK, A., "Los gerentes y los líderes: ¿Son distintos?", material de Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, módulo "La administración en el Poder Judicial y la idoneidad del Juez", Pág. 223.

3.2.2 Delegar

Una de las tareas del líder es saber el arte de delegar, pero cuando el operador no sabe o no puede transferir a sus colaboradores aparece un nuevo obstáculo. Para sortearlo, adjunto material claro y didáctico para lograr una eficiente delegación, permitiendo al lector una mayor ilustración.

12 Pasos para delegar tareas

- 1) Definir un objetivo claro (específico).
- 2) Seleccionar a la persona a la que se le va a delegar tareas.
- 3) Entrenar a la persona.
- 4) Pedirle ideas y opiniones a la persona.
- 5) Asignar el proyecto a tareas y definir fechas límite.
- 6) Proporcionarle la suficiente dirección necesaria:
 - reunir información para que lo pueda hacer.
 - métodos para realizar la tarea (sugerencias).
 - resultados y niveles de calidad.
- 7) Hacer "un contrato" para delegar tarea; un acuerdo bien definido.
- 8) Determinar parámetros de control.
- 9) Mantener control.
- 10) Hacer una crítica constructiva sobre el trabajo.
- 11) Identificar las lecciones que se hayan aprendido.
- 12) Evaluar el rendimiento obtenido.

Fuente Cuaderno de la Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, clase de la Dra. Silvana Stanga, 14 y 15 de Octubre de 2005.

3.2.3 Sus Ventajas y Obstáculos

¿Porqué delegar?

Ante todo debemos reconocer, los beneficios que trae aparejado el buen arte de la delegación, ya que permite utilizar al máximo los recursos personales con que cuenta la organización.

Recordar que se mantiene la responsabilidad sobre lo delegado, por ese motivo, es tan importante saber hacerlo como fiscalizarlo.

No todo es posible de ser efectivizado por este medio. Es importante saber qué delegar, como aquello que no es posible. Dentro de los primeros se encuentran enroladas aquellas cuestiones rutinarias o cuestiones difíciles que demanden mucho tiempo de concentración, dificultando al operador la fiscalización del resto del trabajo organizacional, así como también actividades de una entidad mínima, que podrá ser efectuada por un empleado apenas calificado.

Analizando el cuadro que antecede, veremos los 12 pasos que nos facilita la ciencia de la organización para una buena delegación que comienza con el deber de tener claro el objetivo, es decir la meta a la cual redundará la buena delegación.

El paso siguiente consiste en elegir la mejor persona para esa tarea; a continuación entrenarla, facilitándole material de lectura, o encargarse personalmente o a través de otra persona de su capacitación.

Llegado a este punto, solicitarle opiniones, ideas o consejos, favoreciendo su motivación, y a fin de evaluar si entendió la consigna; fijando parámetros de control y plazo de devolución.

Es deber del controlador supervisar la tarea, reconociendo los errores, e identificando las lecciones aprendidas y por último evaluar los resultados obtenidos en función de la misión visión y si es logrado, compartir entre todos el dulce del éxito.

Para finalizar debemos recordar que el principal obstáculo en este tema lo encontramos en nosotros mismos, ya que participamos de la creencia errada, que nadie puede hacerlo mejor que uno mismo y el

absurdo temor de que el delegado adquiriera mayor conocimiento que el delegante; nada más errado que ésta concepción para llegar a buen puerto.

Y retomando el tema principal de éste módulo, podemos decir que el buen líder para ser eficiente debe contar con una conducta pro-activa, ser congruente con sus metas y prioridades, premiar a sus colaboradores, cuando éstas sean logradas, y sobre todo no temer al éxito. Y analizar cuidadosamente la misión de la organización, definirla y fijarla de la manera más clara posible. Y llegar así a cumplir la visión deseada, en nuestro caso el buen Juez, con todas las implicancias y trascendencia que este término implica.

3.3 Motivación

“Es el grado en el que un individuo se compromete a gastar esfuerzos en el cumplimiento de una actividad u objeto específico. Existen muchos factores involucrados en la motivación del individuo. Dos factores centrales son los incentivos internos y externos”²⁸

Los primeros se basan en el cumplimiento de creencias y valores individuales y los segundos en proporcionar a los individuos compensaciones económicas, valores, bienes o servicios

El desempeño del empleado o del funcionario judicial está determinado primordialmente por las habilidades y o motivaciones, impactando directamente en ellas las actividades llevadas a cabo por los responsables de la oficina judicial, quienes deberán tomar en cuenta, el esfuerzo relacionado con la tarea y el desempeño; relacionar el desempeño y los logros con las compensaciones y el reconocimiento; diseño de tareas; evaluación, supervisión y sistemas de compensaciones.

Existen tres puntos clave para determinar y finalmente influir sobre la motivación del trabajador con el fin de llevar a cabo una tarea:

²⁸ KREPS, GARY., “Las comunicaciones en las organizaciones”, año 1995, 2da edición., ed. Addison-Wesley Iberoamericana. Pag 172

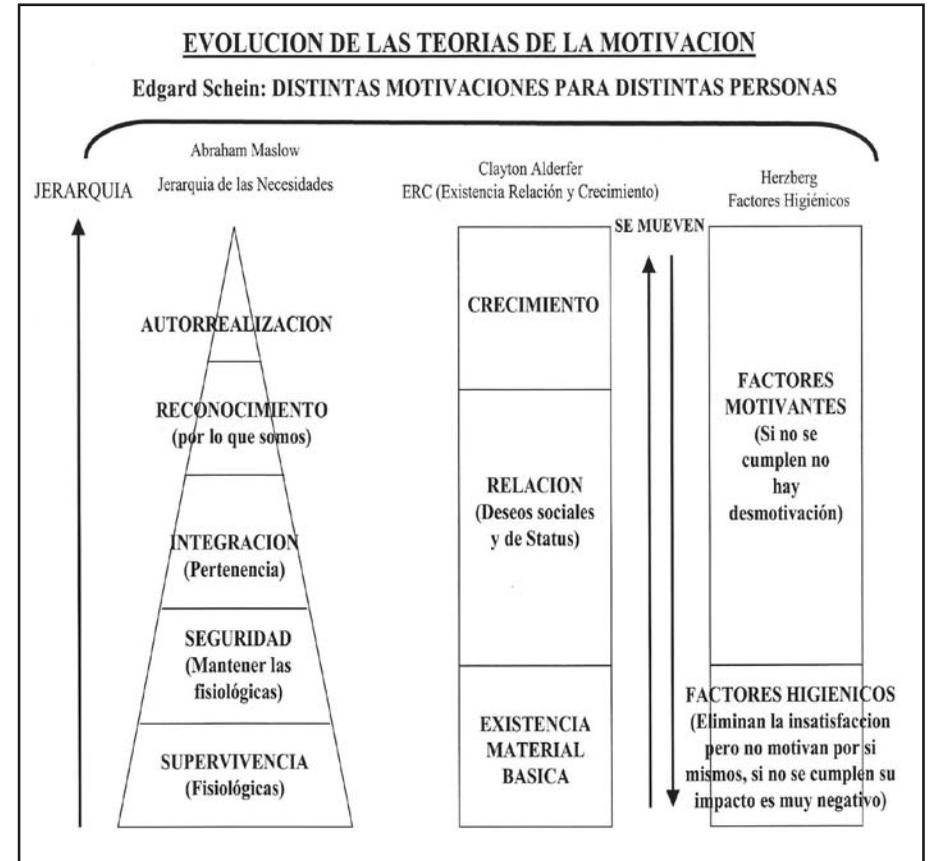
a) Estado general de vivacidad: intensidad de la motivación del trabajador para enfrentar cualquier tarea.

b) Mecanismos por los cuales se canaliza la motivación del individuo que lo impulsa al desempeño.

c) Los mecanismos que sostienen y mantienen la conducta del individuo a través del tiempo.²⁹

Podemos decir que para evaluar la fuerza motivacional, lo primero que debemos hacer es identificar los factores que influyen sobre la intensidad de la motivación para asumir alguna forma de conducta y como es habitual en los seres humanos adecuarla según sea a la satisfacción de necesidades o la obtención de metas, dando paso a diferentes corrientes, las que podemos englobar en dos amplios enfoques, uno se centra en las necesidades o deseos (Teoría de Maslow), mientras que el otro en sus metas y objetivos (Teoría de Herzberg).

En el cuadro que se encuentra a continuación se observan representados los factores que sirven para motivar atendiendo las diferentes teorías.



Fuente: Cuadro fue diseñado por el Licenciado en administración de empresas Juan Pablo López de la Rosa, quien lo utiliza para dar clases a sus alumnos de la cátedra "Política de las remuneraciones" en la Universidad de Palermo.

Para no extenderme en demasía tomaré para desarrollar en esta tesina la teoría de las necesidades de Abraham Maslow, quien en su clásico estudio postula cinco tipos definidos de necesidades, que las ordena tomando en cuenta su poder de motivar la conducta: a) super-

²⁹ COMMINES, L y SHWAB, D.P., "Recursos Humanos, desempeño y Evolucion, dos enfoques generales", Editorial Trillas, Pág 35-36.

vivencia, b) seguridad, c) integración, d) reconocimiento y e) autorrealización.³⁰

Dado que la conducta habitual del ser humano responde al interés por satisfacer necesidades, los primeros estudios sobre el tema procuraron identificarlos y clasificarlos, estableciendo una relación de jerarquías.

Si bien numerosos investigadores se dedicaron al tema, no hay un completo acuerdo entre ellos especialmente con relación al valor relativo que cada individuo asigna a las necesidades no primarias.

Para Maslow el nivel más elemental, es el de las necesidades fisiológicas o primarias: alimentos, agua y aire.

Pero su satisfacción no anula el deseo, sino que lo orienta hacia la satisfacción de necesidades secundarias, que empiezan por lo tanto a adquirir el poder de motivar, ya que la gente se motiva cuando se encuentra insatisfecha con su estado actual y al reconocer en su interior algunas deficiencias.

Resueltas las primarias, encontramos en el segundo nivel la necesidad de seguridad, relacionada con obtener estabilidad laboral, contar con una medicina prepaga, sistema previsional, etc.

A las del tercer nivel, la llama de integración, relacionándola con el aspecto o sentido de pertenencia dentro del grupo, cuya importante consecuencia es, el sentido de aceptación social.

Las dos últimas necesidades son del tipo egoísta, refiriéndose al sentimiento de dignidad y autoestima, reconociendo que lo realizado es valorado por el grupo y hasta aprendido por ellos y contribuye a satisfacer este nivel de necesidad.

En el final ubica la necesidad de autorrealización cuando el hombre logra la satisfacción a través del logro de sus metas.

En conclusión esta teoría plantea que una necesidad que ya ha sido satisfecha no motiva. La crítica que ha recibido Maslow, a la teo-

³⁰ KREPS, G.L., "Idem" 173

ría, reside en el fracaso al no explicar adecuadamente la variabilidad individual, ya que podemos esperar diferencias según la raza, o situación económica entre los encuestados, dando prioridad a necesidades de autoestima y otros a la de autorrealización.

En esta teoría podemos observar que la motivación del personal esta íntimamente ligado a la idoneidad gerencial del juez y en qué lugar ubica el tema de la motivación.

La gente experimenta una variedad de necesidades personales que busca satisfacerlas en su lugar de trabajo.

El buen líder debe recordar que los individuos varían según las necesidades que los motivan y las metas que desean alcanzar.

Con los elementos que nos otorga la ciencia de la organización será posible observar en qué lugar del proceso se encuentra el Tribunal en nuestro caso, y así lograr satisfacer las necesidades personales de los miembros de la organización en consonancia con el interés del titular.

3.3.1 Mis Objetivos para Motivar al Tribunal

Comparto con la Dra. María Julia Abad, en los objetivos para motivar al personal del fuero minoril, vertidos en sus tesis, cuyo tema se refería a la organización de un Tribunal de Familia, cuya materia es ampliamente conocida por la Magistrada y comparten los mismos propósitos para motivar al personal de los Juzgados de Responsabilidad penal juvenil . La Dra. Abad hace referencia a que la participación del personal en la determinación de los objetivos y en su periódica revisión, es un buen medio para lograr que los empleados actúen con convicción en pos de alcanzarlos. Los cuadros que siguen han sido completados con los plazos que, a mi criterio, deben obtenerse en una organización eficiente. ³¹

³¹ ABAD, MA. J., "La administración en el Poder Judicial", Trabajo presentado en el Master de Derecho y Magistratura Judicial de la Universidad Austral, año 2001

Algunos objetivos tendientes a buscar la motivación del personal del juzgado:

- Orientados a la eficiencia en la propia función para que la sociedad mejore
- Orientados a la eficiencia y la innovación
- Orientados al beneficio de los propios empleados

1) Objetivos orientados a la eficacia en la propia función o responsabilidad social

- Que todos los empleados del juzgado realicen actividades de capacitación relacionadas con su tarea por lo menos una vez cada seis meses.
- Sin perjuicio de la institución Carrera Judicial que los nombramientos y asignación de responsabilidades sea realizada en función a una verdadera idoneidad del personal y buen desempeño.
- Implementar en el lapso de un año un sistema de medición de desempeño individual para los integrantes del juzgado que permita reconocer los logros, mejorar aspectos del Trabajo y desarrollar personal para mayor responsabilidad.

2) Objetivos orientados a la eficiencia y la innovación

- Lograr en un plazo de 3 meses la puesta en funcionamiento de un modelo informatizado de control global de gestión y medición de resultados
- Poner en funcionamiento en un plazo de 3 meses un servicio informatizado de autoconsulta para letrados en mesa de entradas.
- En un plazo de 6 meses lograr que el tiempo promedio de espera en mesa de entradas para derivación no exceda de 5 minutos.

3) Objetivos para beneficios de los propios empleados

- Mejoras en las condiciones de la seguridad aumentando en numero de custodias por juzgados.
- Reforzar con un ordenanza mas a fin de obtener mejoras en la higiene.
- Mejorar iluminación, ventilación y calefacción.
- Rotación y entrenamiento en nuevas tareas.
- Reuniones periódicas formales o informales para promover la integración y la identificación con los objetivos del juzgado.

3.4 Capacitación

Las razones para brindar capacitación son numerosas, pero no solo razones internas hacen necesario la capacitación sino externas compuestas por el reclamo que hace la ciudadanía que se queja ante la ineficiencia del sistema judicial; por ello debemos revertir la pérdida de la fe en la justicia, buscando que sus miembros se capaciten acorde a la altura de la circunstancia.

”Es constante en la sociedad globalizada de hoy, el cambio provocado por el desarrollo científico-técnico que exige una actualización continua. La situación se agrava aún más, ante la falta de preparación, en los ámbitos universitarios, de los estudiantes de abogacía para ser jueces o funcionarios del Poder Judicial. Tampoco la organización estatal forma a su personal para desempeñar los cargos...El ejercicio de la función judicial requiere, en adición a los conocimientos, otras habilidades, destrezas, técnicas y aptitudes personales, puesto que, además de su elevada función de administrar justicia, el juez es el que gerencia a todo su personal y hace que funcione de una manera eficaz y eficiente”.³²

3.4.1 La Figura del Juez: Idoneidad Gerencial

¿Qué impide que esas acciones concretas que debe enfrentar la cabeza del Juzgado las considere y ponga en funcionamiento? Lo que salta a la vista es la ausencia de idoneidad gerencial que es exigida a los jueces, y que durante mucho tiempo era desconocida y hasta desmerecida por éstos, no reconociéndola necesaria para impartir justicia.

Las idoneidades del Juez se pueden dividir en psíquico - psicológica, científico técnica, ética y gerencial, todas de gran relevancia, pero en este trabajo solo nos situaremos en la figura del Juez en el marco gerencial, con el fin de destacar cuáles deberán ser sus habilidades en este sentido.

La novísima idoneidad gerencial es requerida para el ejercicio de la magistratura, teniendo que ver con la organización y administración de aquellos recursos materiales y humanos que directamente están relacionados con la labor del Juez, así también como manejar los tiempos en que debe desarrollarse la tarea judicial.

El Dr. Rodolfo Vigo considera que esta idoneidad es la más intrínseca a nuestra función, ya que es fácil encontrar colegas de una gran idoneidad técnico científica y sin embargo muy limitado para dirigir a

³² CHEEIN DE HERMIDA, C., Prologo a su obra.

sus colaboradores. Recomienda para quien aún no ha desarrollado esta idoneidad, concurrir a cursos de capacitación, los cuales a su criterio deberán ser obligatorios y gratuitos.³³

Todo esfuerzo para mejorar la situación reinante debe comenzar con elevar el nivel de capacitación de los recursos humanos, los cuales no solo deben depender de su interés personal, sino que debiera ser obligatorio. Recordando a todos los Magistrados que reciben el imperium de la sociedad y por ello tienen la obligación moral y funcional de continuar con su especialización. La sociedad está legítimamente en condiciones de exigir que ellos cuenten con esas características personales acorde al poder que se les atribuye.

Por ello es importante ir generando espacios propios dentro del poder judicial, para preservar la imparcialidad indispensable para que el juez pueda desarrollarse y así evitar cualquier ingerencia desde el afuera y correr el riesgo de sufrir presiones.

El ”Estatuto del Juez Iberoamericano”, aprobado y promulgado en la ciudad de Santa Cruz de Tenerife, Canarias, en el mes de marzo de 2001, por las 22 Cortes Supremas de Justicia establece en su artículo 24 que “la capacitación inicial tiene por objetivos la selección de los candidatos más aptos para el desempeño de la función judicial,...y la formación de éste en los conocimientos y las destrezas propias de la función, con una orientación teórica-práctica...” y en su artículo 27 “la capacitación continua y permanente como...,un deber y un derecho del Juez y una responsabilidad del Poder Judicial, que deberá facilitarla en régimen de gratuidad”³⁴

Frente la necesidad de un Poder Judicial con jueces cada vez más capaces, calificados e idóneos, debemos lograr una escuela judicial independiente del Poder Ejecutivo, que tienda a capacitar, a los que se encuentran no solo ejerciendo dichos cargos, sino a todos los aspirantes a serlo.

³³ VIGO, R., Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, clase de Noviembre de 2005

³⁴ Estatuto del Juez Iberoamericano, marzo de 2001.

En el mismo sentido el Estatuto de la Ju.Fe.Jus, creada en 1994, en su articulado establece la necesidad del perfeccionamiento de sus integrantes, su capacitación y que la labor desarrollada debe tender a ese fin y así poder cumplir con la tarea que tenemos asignada con eficiencia, con la premura que los ciudadanos nos reclama y no tener la desagradable realidad de que llegamos tarde.³⁵

La reciente reforma constitucional de 1994, asigna esa atribución al Consejo de la Magistratura en su artículo 114 Inciso 6, al rezar: "Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial, y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia" y el artículo 11 del ordenamiento complementario establece lo relativo a la organización y funcionamiento de la escuela judicial (implementada solo a nivel nacional).

La educación y capacitación judicial es el camino más directo para alcanzar el fortalecimiento del Poder Judicial. La existencia de un Poder Judicial sólido hace a la garantía de la forma republicana de gobierno y a la existencia de la democracia misma...la verdadera capacitación judicial va indefectiblemente unida a la mejora de la administración de justicia, y viceversa.³⁶

3.5 Trabajo en Equipo

Aseguran que "el trabajo en equipo supera al mejor talento". Se publicó una investigación con estudiantes en Estados Unidos, de la Universidad de Illinois, tras exponer a 760 estudiantes a una serie de problemas de complejidad creciente.

El estudio demostró que el esfuerzo colectivo supera cualquier talento individual.

Concluyeron que allí donde las personas encuentran un límite, el grupo halla solo un desafío.

³⁵ Estatuto de la Ju. Fe. Jus., 1994.

³⁶ STANGA, S., El saber de la Justicia – Un modelo Sistematizado de Capacitación Judicial y Avances realizados en la Argentina, Convenio entre la AID y FLL, Buenos Aires., 1996 Pág. 16.

Expertos en educación y en recursos humanos lo avalan, aunque valoran la creatividad personal y el trabajo en soledad; esto lo explican los autores en el Journal of Personality and Social Psychology, publicada por la American Psychological Association.

El valor del trabajo en equipo es destacado por varios especialistas en recursos humanos y se ha convertido en una herramienta para mejorar la calidad de trabajo en muchas empresas."El trabajo en equipo es un aspecto esencial para la eficiencia organizacional, ya que es un componente ineludible para poder compartir el conocimiento. Algunos creen que, cuando las cosas funcionan mal y la gente no coopera, basta un curso o algún facilitador experimentado para resolver la cuestión. Pero no es así. Al igual que una planta, el trabajo en equipo florece donde se dan condiciones necesarias para su evolución", subraya Miguel Gutiérrez Trapani, director del Desarrollo del Grupo Managers.³⁷

La evaluación nos permite medir los resultados, y así tomar decisiones administrativas referentes a ellos, ya sea para ascensos o transferirlos a otros sectores con mayor o menor responsabilidad dentro de la organización judicial.

Para ello es necesario obtener esta información sobre el desempeño del empleado, para que la decisión a tomar por el superior sea lo mas transparente posible y exista una verdadera recompensa al mérito, así como también reconocer qué área necesita crecer o reforzar para mejorar su labor, facilitando la efectividad del empleado en sus propias habilidades y motivaciones.

Las habilidades son determinantes del desempeño, ya que son las capacidades reales del individuo para realizar determinadas tareas, y la motivación, la energía y esfuerzo puesto en determinada actividad.

En este proceso quien realiza la evaluación, ocupa un lugar de consejero y guía, permitiendo que el aprendiz se involucre activamente

³⁷ Diario Clarín, "Aseguran que el trabajo en equipo supera el mejor talento" publicado el lunes 8 de mayo de 2006, Pág. 26.

en el aprendizaje; es prioritario comunicar los resultados de la evaluación al examinado.

3.6 Comunicación Efectiva: Buena Escucha. Método de Trabajo

En este ítem me abocaré a aquel aspecto relacionado a la organización, métodos de trabajo, la comunicación efectiva a través de una buena escucha (comunicación efectiva) entre todos los operadores del juzgado y la búsqueda de la visión misión.

En las organizaciones, como en cualquier grupo humano, la comunicación es la primera condición para su existencia, es imposible pensar que un grupo de personas pueda subsistir sin comunicarse.

En aquellas oficinas donde hay interferencias en las comunicaciones, es imposible que fluya libremente el trabajo, es fácilmente detectable la incomodidad que padecen los miembros que la componen.

Si tomamos en cuenta el tiempo que le dedicamos a ella, ya sea verbal, escrita o corporal, veremos que ocupa gran parte de la jornada laboral por ello es la importancia que se le debe dedicar a buscar soluciones para mejorarla ya que se evidencia aun más a mayores niveles jerárquicos.

Por ello debemos puntualizar aquellos elementos que favorecen la efectividad de la comunicación, a fin de crear un espacio cómodo y receptivo, que redundará positivamente en la mayor productividad.

Tener en cuenta que no solo nos comunicamos verbalmente, sino lo hacemos a través de gestos, o movimientos corporales, que en algunos casos dicen mucho más que las palabras; por lo tanto el líder debe estar atento a esos indicadores, para saber cómo llegar a su interlocutor y para que éste lo comprenda y efectúe lo requerido.

“Salta a la vista que una mejor y más eficiente comunicación entre colaboradores y su entorno tiene como consecuencia inmediata la disminución de malos entendidos y errores, la transmisión más eficiente de informaciones; de este modo se evita lo que en el lenguaje informá-

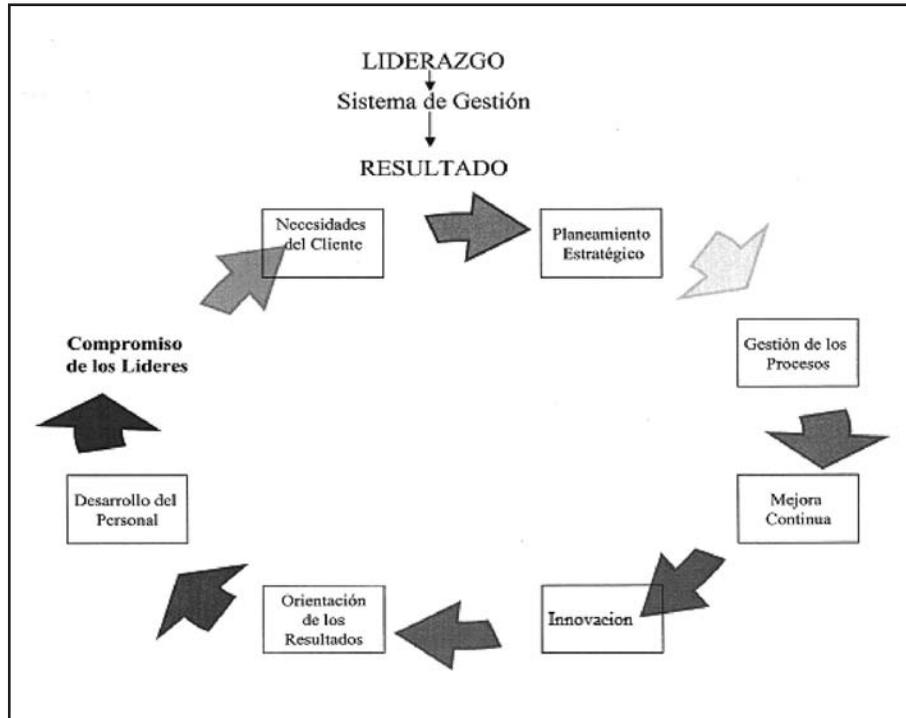
tico se designa como “ruidos”, es decir, obstáculos que impiden que el mensaje llegue y se comprenda de la misma forma y manera en la que ha sido emitido. Como primera consecuencia, esta práctica de la comunicación eficiente conlleva un ahorro de tiempo. Pero la comunicación más hábil y más concreta crea además un clima de entendimiento mutuo que contribuye a evitar las crispaciones y los roces. ¡Hablando se entiende la gente!”.³⁸

Debemos recalcar que aquellos juzgados en los cuales sus titulares mantienen un compromiso activo ya sea en la dirección como en la organización, impactan positivamente tanto dentro de los miembros que componen su equipo, como así también en el afuera, obteniendo un reconocimiento en la ciudadanía que beneficia a todos.

Recordemos el caso puntual de la Dra. Graciela Marino, que tuvo como objetivo la calidad en la organización del juzgado a su cargo y mencionó que: “El éxito es el resultado de un sistema de gestión y del control estadísticos de los procesos” ganando así un premio a la calidad aplicando las normas ISO, que son aquellas normas de organización que busca conducta en el hacer. Este es un modelo nacional de calidad, que es público. Continúa diciendo que el concepto de la calidad enfoca su atención en el cliente; el liderazgo, en el compromiso de las personas, en la administración de los procesos, la mejora continua, la innovación y por último la orientación hacia los resultados.³⁹

³⁸ SPANG, K., “*Retórica y empresa*”, Revista Empresa y Humanismo, Vol. II, N °2/00, pp.277-295.

³⁹ MARINO, G., Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, clases de Octubre de 2005.



Fuente: Cuadro elaborado por la Dra. Graciela Marino de Vega en la clase correspondiente a la Maestría en Derecho y magistratura judicial. Octubre de 2005

El licenciado Alfredo Segura, titular a cargo de la administración de la Corte de Mendoza, ratifica los dichos de la Dra. Marino, reafirmando que el Poder Judicial es un sistema y dentro de él hay subsistemas. Y la capacidad para mantenerse en equilibrio dentro del sistema se denomina homeostasis, la cual sería una de las metas de toda organización y así evitar caer en una entropía, (creencias que tienden al desorden dentro de la organización); y establece que el fin es lograr una solidaridad organizacional.

Menciona a su vez la importancia de establecer un compromiso

con la justicia y para ello enumera varias estrategias para una mayor eficiencia y eficacia dentro de Poder Judicial; ellas son:

- a) Establecer procesos más ágiles en todos los fueros y jurisdicciones.
- b) Instaurar el proceso de las “pequeñas causas”.
- c) Diferenciar desde el punto de vista procesal causas “simples” de las “complejas”
- d) Re-localizar los órganos y oficinas judiciales, llevándolos permanentemente a los distintos centros poblacionales.
- e) Evaluar la Justicia Vecinal.
- f) Redefinir la competencia material jurisdiccional asignada a la Suprema Corte de Justicia.
- g) Modificar la Ley Orgánica de los Tribunales que data del año 1910 y llevar a cabo de la propia para el Ministerio Público, propendiendo a la eficacia, eficiencia y flexibilidad organizativa.
- h) Formación y capacitación obligatoria para Magistrados, funcionarios y empleados.
- i) Formular e implementar el “control de gestión”, para asegurar eficacia y eficiencia.
- j) Dictar el Código de Ética Judicial asegurando la responsabilidad o la respuesta de Jueces y funcionarios.
- k) Definir indicadores y estándares de desempeño, cuyo cumplimiento determine el derecho a beneficiarse con la feria judicial del mes de julio.
- l) Revisar el funcionamiento del Consejo de la Magistratura.
- ll) Evaluar la composición y funcionamiento del Jury de Enjuiciamiento.
- m) Evaluar y realizar acciones que garanticen la independencia del Poder Judicial.
- n) Crear el Estatuto del Magistrado.

o) Otorgar mayores y más variadas facultades disciplinarias a la superintendencia de la Suprema Corte de Justicia.

p) Efectiva concreción del plan de infraestructura física y tecnológica

q) Mayor utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos.

r) Trabajar transversalmente en las normas, verificando el efectivo acceso a la justicia que se encuentra garantizado desde nuestra Constitución Nacional

CAPITULO IV

Conclusión

El cambio es permanente en el seno de las organizaciones modernas, pero queda claro que si sus protagonistas no asumen sus respectivas responsabilidades, nos preguntaremos ¿qué será del sistema de justicia?

Por eso para finalizar, deseo que esta apretada síntesis resulte de utilidad para todos aquellos que lo necesiten y que les permita crear estructuras jurídicas que se renueven con el cambio social y que a su vez sean flexibles, adaptables y de fronteras abiertas.

No debemos olvidar el señalamiento de Peter Drucker cuando nos dice que “Todas las instituciones de servicio están amenazadas por la tendencia de aferrarse al pasado en lugar de desecharlo, así como a utilizar los esfuerzos de su personal más capaz en la defensa de lo que no tiene sentido ni sirve a ningún propósito”.⁴⁰

Será necesario que aprendamos a vivir en un mundo judicial más calificado, lo cual requerirá que cambiemos de hábitos y recordar que

⁴⁰ DRUCKER, P., “La gerencia”, ED. El Ateneo 6 ED. 1995, Pág. 101.

lo que potencia al trabajo en un juzgado es, sobre todo, la calidad de las interrelaciones personales entre los operadores de la oficina judicial.

No hay un solo modelo de juzgado, sino un formato autoorganizado en función de la capacidad creadora de sus líderes.

Y como reflexión podemos decir que los hombres siempre tienen capacidad de cambio y mejoramiento, solo es necesario una gran dosis de motivación e incentivo, impulsados desde la cabeza de la organización, ya que debemos “tirar juntos del carro”.

BIBLIOGRAFÍA

- Allen, David, “*Organízate con eficacia*”, Editorial Empresa Activa, 2006.
- Balaguer, Eugenio Gimeno, “*Apuntes de motivación para una gerencia creativa*”, Editorial Macchi, 1999.
- Bennis, W. y B. Nanus, “*Líderes: Las cuatro claves del liderazgo eficaz*”, Editorial Norma, Colombia, 1995.
- Blanchar, Ken, “*Situcional Leadership II*”, extraído de la bibliografía agregada de Maestría de Derecho Empresario “Liderazgo”, prof. Raúl Medina Fernández, 2005.
- Browne, C. G., artículo titulado “*Liderazgo y cambio*”, publicado en el libro “Estudio del liderazgo”, Editorial Paidós, Buenos Aires 1969.
- Cheein de Hermidas, C., “*La capacitación: Una propuesta para el Poder Judicial de Santiago del Estero*”, Editorial Lucrecia.
- Commines, L. L. y Shwab, Donald P. , “*Recursos humanos, desempeño y evolución*”, Editorial Trillas, 1991.
- Covey, Stephen R., “*Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva*”, Editorial Piados, Buenos Aires, 2004.

- Diario Clarín, artículo titulado “Aseguran que el trabajo en equipo supera al mejor talento”, publicado el 8 de mayo de 2006.
- Drucker, Peter, “Gerencia para el futuro”, “El diseño de los 90 y más allá”, traducción de Jorge Cardenas Nannetti, Grupo Editorial Norma, Colombia, 1993.
- Drucker, Peter, “La sociedad postcapitalista”, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1996.
- Drucker, Peter, “Las nuevas realidades”, Editorial Sudamericana, 1995.
- Drucker, Peter, “La gerencia”, Editorial El Ateneo, 1995.
- “Estatuto del Juez Iberoamericano”.
- Gardner, John W., “El liderazgo”, Editorial Grupo Editor Latinoamericano, colección estudios políticos y sociales, 1991.
- Gelli, María Angélica, “Constitución Nacional Argentina comentada”, Editorial La Ley (3°), Edición ampliada y actualizada, 2005.
- Goldhaber, Gerald M., “Comunicación organizacional”, Editorial Mediana Técnico, 1994.
- Kreps, Gary L., “La comunicación en las organizaciones”, Editorial Addison-Wesley Iberoamericana, 1995.
- Labrada, Pelayo Ariel, “El factor humano en los organismos judiciales”, Editorial Rubinzal-Culzoni, 2004.
- Manigot, Marta, “El coordinador ante la pre-tarea”, Editorial Ediciones cinco,
- Ministerio de Justicia de La Nación, cuadernillo titulado “Perfil y rol del Juez de debate”, publicado en Buenos Aires, 1992.
- Morell, Tom, prólogo del libro “Los 7 hábitos de la gente altamente efectiva” de Stephen Covey.
- Pichon-Rivière, Enrique, “Historia de la técnica de los grupos operativos”, publicado en Temas de Psicología Social, año 4, Editorial Sociatría S.R.L., 1980.

- Quiroga Lavié, Humberto, “La formación del Derecho Procesal Organizacional”, publicado por la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, 1998.
- Ruiz Pérez, J. S., “Juez y sociedad”, Editorial Temis, Bogotá, 1987.
- Shaw, Marvin E., “El estudio de liderazgo”, Editorial Piados, 1958.
- Spang, Kurt, artículo titulado “Retórica y Empresa” de la revista Empresa y Humanismo, Vol. II, n° 200.
- Stanga, Silvana, artículo “Reforma impostergable y largamente esperada del Poder Judicial”, material proporcionado por el posgrado en Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, dictado por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2005.
- Stanga, Silvana M., “El saber de la justicia. Un modelo sistematizado de capacitación judicial y avances realizados en La Argentina, convenio entre la AID y FLL”, material proporcionado por el posgrado en Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, dictado por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2005.
- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, “Administración del Juzgado”, La Plata, 1994.
- Vigo, Rodolfo L. (h), “Ética de la magistratura judicial, en la función judicial”, material proporcionado por el posgrado en Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, dictado por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2005.
- Zaleznik, A., “Los gerentes y los líderes: ¿ Son distintos?”, material proporcionado por el posgrado en Maestría en Derecho y Magistratura Judicial, dictado por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, 2005.

ASPECTOS RELATIVOS A LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL¹

Luciana Steimbach Fonrouge²

“Una gran democracia debe progresar o pronto dejará de ser o grande o democracia.”

Theodore Roosevelt (1858-1919)

SUMARIO: I. Introducción. II. La estabilidad de los magistrados y funcionarios como garantía de la independencia del Poder Judicial. III. Responsabilidad institucional de los magistrados por el ejercicio de la función en un marco de independencia e imparcialidad. IV. El rol del abogado como auxiliar de una justicia imparcial e independiente. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Pocas situaciones son tan nocivas para el funcionamiento institucional de la República como la percepción social de que faltan jueces reconocidos, ampliamente, por su independencia e imparcialidad.

La sospecha casi generalizada -y mal difundida por algunos medios de prensa- de que los jueces carecen de esas virtudes, no hace más que lesionar la esencia de nuestro sistema republicano, con los consecuentes e inmensos perjuicios, no sólo morales sino también materiales, que afectan tanto a la seguridad jurídica como también a la honra de la mayor parte de los jueces que, día tras día, tratan de cumplir sus obligaciones con esfuerzo y dedicación.

¹ El presente trabajo fue presentado en contrapartida por al que este Colegio le otorgó a la colegiada para cursar la Maestría en Magistratura Judicial en la Universidad Austral.

² *Auxiliar Letrada de la Excma. Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala II^a*

Si la sociedad desconfía de sus jueces y tiene la certeza de que el sistema de administración de justicia es ineficiente, muy difícilmente podrá crecer espiritual ni materialmente.

En este sentido, se expondrán algunas pautas a tener en cuenta a la hora de pretender una justicia independiente, pretendiéndose demostrar cómo ello no depende sólo de la honestidad y labor de nuestros magistrados y funcionarios judiciales, sino también de su inamovilidad en los cargos mientras observen buena conducta -con una consecuente prudencia a la hora de su posible juzgamiento-, así como de una férrea actitud de compromiso en defensa de la no intromisión de aspectos ajenos a la labor jurisdiccional tanto de los jueces como de los auxiliares de la justicia, destacándose en este aspecto, el rol del abogado.

II. LA ESTABILIDAD DE LOS MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS COMO GARANTÍA DE LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

El artículo 110 de la Constitución Nacional señala que los jueces de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, lo que comprende su actuación como persona, como ciudadano y como funcionario público. Así, el mal desempeño es por sí solo causal de remoción para los jueces, aunque la falta en que hubieren incurrido no constituya delito.

Ahora bien; ello también presupone que el enjuiciamiento se lleve a cabo sobre la base de la imputación y demostración de hechos o sucesos concretos y no de apreciaciones difusas, pareceres u opiniones subjetivas, sean personales o colectivas. No puede concebirse un poder judicial independiente dentro de la relatividad del concepto de independencia de los poderes gubernamentales, sin que todos sus miembros, absolutamente todos, gocen de la inamovilidad de sus cargos mientras observen buena conducta. Desde que la separación de los poderes constituye el rasgo distintivo de la forma republicana de gobierno, para que dicho principio no sea una mera ficción, se requiere la independencia de cada uno de los poderes, particularmente del judicial, de lo que deriva como lógica consecuencia que la inamovilidad

de los jueces mientras dure su buena conducta, constituye una garantía esencial de su independencia.³

En igual sentido, se ha sostenido que la conducta de un Juez no puede ser juzgada sin ponderar adecuadamente las circunstancias objetivas en que cumple su alta función; también lo es el comportamiento del magistrado con relación a la conservación de su estabilidad, que constituye un decisivo recaudo de la independencia del Poder Judicial.⁴

III. RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL DE LOS MAGISTRADOS POR EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN EN UN MARCO DE INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

Uno de los deberes clásicos y fundamentales que se impone a los magistrados es el de su imparcialidad, ya que ella es un presupuesto imprescindible para ejercer adecuadamente la función jurisdiccional.

En efecto, el ejercicio imparcial de la administración de justicia es uno de los elementos que integran la garantía del debido proceso, reconocida en el art. 18 de la Constitución Nacional; la garantía de imparcialidad conlleva la ausencia de prejuicio o favoritismo y exige que el magistrado no se encuentre contagiado por hechos o circunstancias extracausídicas; no sólo deberá permanecer ajeno al caso que le toca juzgar; también deberá ser independiente de los otros poderes del Estado o del mismo poder que integra.⁵

Se requiere, pues, que los jueces, como mandatarios de la sociedad con imperium para disponer sobre “los otros” –al derivar racional-

³ Segundo Linares Quintana, “La inamovilidad de los magistrados judiciales y la forma republicana de gobierno”, Ed. Jurídica Argentina, Bs. As. 1942, p. 17, citado por Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, 26-4-2000, “Dr Bustos Fierro s/ pedido de enjuiciamiento”

⁴ JEMF La Plata, 13-7-2001 “García Collins, Jorge Horacio Gabriel s/ Enjuiciamiento” MAG. VOTANTES: Tunessi-Echevarría-Meckievi-Laborde- Di Caprio-Espada-Mosca-Filomeno-Maroni-Montone-Furlong

⁵ Santiago Finn, “El mal desempeño como causal genérica de la responsabilidad política de los magistrados judiciales”

mente desde el derecho vigente la solución justa para cada uno de los casos- antepongan la majestad de su independencia, imparcialidad e incoercibilidad de su espíritu (atributos estos tan infalibles como impecederos) ante cualquier recomendación o insinuación externa, sea desde el poder político, sea desde los particulares interesados. La función del juez impone que se cumpla con independencia a fin de asegurar el respeto de los derechos.

Nuestra sociedad está particularmente sensibilizada con la eventual falta de independencia, especialmente respecto al poder político, por eso la necesidad no sólo de ser independiente sino de evitar sospechas en contrario. Los jueces, como responsables del Poder Judicial constitucionalmente definido, deben empeñarse en la defensa de su integridad e independencia, asumiendo un rol activo en todos los casos en que esas exigencias estén comprometidas. Asimismo, y más allá de los requerimientos específicos de su cargo, deben tener una disposición generosa para asumir aquellas tareas que puedan contribuir al mejoramiento de dicho Poder.

Se requiere, consecuentemente, fortaleza en la función judicial, una actitud firme frente a cualquier intento de torcer la apropiada y correcta voluntad judicial. Es indispensable que la magistratura tenga conciencia y cultive esa firmeza en las legítimas convicciones y decisiones que corresponde adoptar, rechazando explícita e implícitamente presiones al respecto y procediendo a concretar las denuncias que jurídicamente correspondan.

Por último, no puede dejar de señalarse el atributo de la afabilidad que debe caracterizar a un buen juez en sus relaciones con los demás miembros del Poder Judicial, los auxiliares de la Justicia y los justiciables; deberá mantener una actitud de respeto y cortesía. Su condición de servidor público, le impone procurar una prudente disposición a brindar las explicaciones y aclaraciones que le sean solicitadas y resulten procedentes, oportunas y conducentes, sin violar norma jurídica alguna.⁶

⁶ Rodolfo Vigo, "Ética Judicial: Su Especificidad y Responsabilidad"

IV. EL ROL DEL ABOGADO COMO AUXILIAR DE UNA JUSTICIA IMPARCIAL E INDEPENDIENTE

Como ya se adelantara, los abogados, como auxiliares de la justicia, no pueden permanecer ajenos al compromiso de lograr la tan ansiada transparencia e independencia del Poder Judicial.

En este sentido, deben oponerse fervientemente a que se facilite el servilismo de los magistrados. Uno de los deberes más importantes derivados del ejercicio de la abogacía es el de vigilar con especial atención la prescindencia del órgano jurisdiccional de cualquier presión que pueda afectarlo.

Asimismo, a través de un responsable ejercicio del rol del abogado, es menester prestar cooperación a pronunciamientos dotados de imparcialidad. Al suministrar al juez referencias de los procesos de interpretación y de aplicación del derecho aplicable, los abogados operan como verdaderos auxiliares de la justicia al desplegar ante el juez las diversas posibilidades normativas abiertas a su elección junto con los argumentos justificativos de las posiciones adoptadas por las partes litigantes. La elección la hará el juez, conforme a su convicción acerca de las exigencias de la justicia, del orden, de la seguridad, del poder, de la paz, de la cooperación y de la solidaridad. Pero esa elección habrá sido posible con una fuerte dosis de racionalidad y objetividad, aprovechando la ayuda del abogado, en su carácter de auxiliar de la justicia.⁷

Así, a la hora de calificar la responsabilidad en los términos de los artículos 902 y 909 del Código Civil, deberían evaluarse los parámetros expuestos.

Y es que el abogado requiere, para ejercer su profesión, el título habilitante que supone un bagaje de conocimientos, una aptitud cultural, equivalentes a la condición especial o la facultad intelectual previstos en el art. 909 del Cód. Civil, y que, ligados a la confianza especial, determinará la contratación de aquél.⁸

⁷ Julio César Cueto Rúa, "Una visión realista del Derecho. Los jueces y los abogados"

⁸ Ghersi, "Responsabilidad de los Abogados"

Es, pues, compartida la responsabilidad de defensa de la independencia e imparcialidad del aparato jurisdiccional, incluso desde el punto de vista del hombre común, quien generalmente asocia a los jueces y abogados, como partes de un mismo proceso de solución de disputas mediante la aplicación del Derecho por personas especialmente educadas para esa tarea.

En este sentido, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “el verdadero sentido de la imposición del patrocinio letrado es el de asegurar la eficaz defensa en juicio, aún contra la pretensión del propio interesado de defenderse por sí mismo, al evitar que esa defensa sea mal ejercida por desconocimiento de las normas jurídicas y principios de derecho aplicables al caso”.⁹

El sentido de la actuación profesional del abogado lo da el derecho que entra en juego cuando las instancias informales y privadas de solución han resultado infructuosas. La misión del abogado como un auxiliar de la justicia comienza con la reconstrucción probatoria de los hechos acaecidos y su clasificación, para separar aquellos que cuentan, de los insignificantes, perfilando el conflicto en su real dimensión, lo que hará posible una solución objetiva y fundada.¹⁰

Es dable recordar que el defensor ordinariamente no tiene tiempo, generalmente no tiene obligación, y casi nunca tiene posibilidad, para estudiar la versión que su cliente le proporciona bajo pena de secreto profesional; debe entonces utilizarla ante el juez sin poder personalmente corroborarla; pero no menos cierto es que en caso contrario, el letrado, por sus conocimientos y formación, resulta particularmente responsable en la esfera de las argumentaciones jurídicas desencadenantes de un dispendio de actividad jurisdiccional.¹¹

Buen abogado es quien, entre otras virtudes, posee la sabiduría requerida para ayudar a su cliente, sin hacerse partícipe de sus pasio-

⁹ CSJN, 20-5-85, en ED. 115-314

¹⁰ idem 7

¹¹ Cámara Civil y Comercial de San Isidro, sala II, causas 51.582 del 15-2-90, 63.956 del 30-3-95

nes, prestando, de este modo, un servicio al juez y a la administración de justicia.

V. CONCLUSIÓN

La conducta de los magistrados ha de ser apreciada con estándares altos y exigentes, de modo de garantizar que la función judicial sea ejercida por jueces que gocen siempre de legitimidad política y credibilidad ante toda la sociedad. De modo especial habrá que atender a las exigencias éticas personales, a la calidad de la tarea jurisdiccional encomendada a los jueces y a la prudencia con que ejerzan su rol institucional, desde que no es únicamente la persona la que está en juego, sino, fundamentalmente, la investidura judicial.

Pero también es cierto que no habrá independencia del Poder Judicial si sólo se espera ella de los jueces. Porque también es preciso que la conciencia del pueblo esté imbuida educativamente del concepto de independencia.

La majestad de la Justicia no admite ofensa, por leve que sea. Así pues, cuando se habla de respeto al juez, no se quiere dar una regla escolar de buena educación o urbanidad, sino significar una obligación -que, por lo demás, es recíproca- de respeto a la Justicia y de respeto a la Defensa. En este sentido, los abogados pueden no expresar estimación hacia el magistrado, pero están obligados a respetarlo.¹²

La Argentina cuenta con un gran número de magistrados honestos y capaces, con excelente formación académica. Aunque muchos lo duden, ellos conforman la mayoría silenciosa dentro del vapuleado sistema judicial de nuestro país.

Rescatar a jueces y funcionarios que diariamente luchan con denuedo y con su conducta ética contra la negativa percepción social sobre el Poder Judicial y contra las dificultades presupuestarias y técnicas contribuirá, sin duda, a mejorar nuestra Justicia.¹³

¹² Bielsa, "La Abogacía", ed. 1945, pág. 182

¹³ "Premio a la excelencia judicial", editorial La Nación, 14-10-2002

Resulta evidente que los cambios profundos en nuestro sistema judicial dependerán de reformas estructurales pendientes que permitan dotarlo de eficiencia y, fundamentalmente, del debido respeto por el principio de la independencia de poderes. Entretanto, todo cuanto pueda hacerse para ir recreando la confianza ciudadana en la Justicia, será bienvenido.

El perfeccionamiento de la democracia y el robustecimiento del estado de derecho requieren como estructura insoslayable la existencia de una justicia independiente y eficaz. Se requiere así el estímulo y apoyo, no sólo de los jueces y abogados, sino también de la sociedad y corporaciones intermedias. Es necesario esforzarse para recrear la fe en el derecho y la justicia por parte de la sociedad y, principalmente, por los más necesitados, con reformas sustanciales, pero también con pautas de ejemplaridad por parte de los operadores del sistema, esto es, quienes forman parte de la justicia y los abogados. Es necesario un plus de honestidad, responsabilidad y solidaridad.

Ni la democracia ni la justicia están en crisis, sino que somos los hombres y mujeres de la democracia y de la justicia los que debemos entrar en un proceso de reformulación de nuestras conductas y valores. La democracia como la justicia, no se construyen con palabras ni con dogmas, sino con hechos, conductas y responsabilidades. Hechos, conductas y responsabilidades que el pueblo evalúa permanentemente. Asumamos el desafío de nuestro tiempo diseñando y ejecutando experiencias exitosas en beneficio de la sociedad.¹⁴

¹⁴ SESIN, Domingo, "Estrategia concreta para incrementar la calidad y la celeridad de las decisiones judiciales...", JA 2002-I, fascículo n. 4, p. 3/10

Introducción.

La teoría de los derechos humanos, inspirada en una concepción iusnaturalista en tanto que alude a derechos preexistentes o anteriores al derecho positivo, ha seguido -especialmente a partir de la segunda guerra mundial- una dinámica expansiva en varios sentidos.

En principio, hubo una evolución desde los meros enunciados promotores de aquellos derechos, hacia la efectiva operatividad jurídica, impulsada por el progresivo reconocimiento del carácter jurídico de la Constitución, a la que el modelo positivista le atribuía un valor exclusivamente político.

En el ámbito internacional, la Carta de las Naciones Unidas (1945) constituyó un gran hito, al establecer el propósito de promover el respeto y la observancia universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, lenguaje o religión. Los derechos y obligaciones allí enunciados fueron luego codificados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948).

Se ha intentado sistematizar el complejo desarrollo histórico de la doctrina sobre derechos humanos, proponiendo la noción de tres "generaciones", para las que se ha propuesto un paralelismo con los tres temas de la Revolución Francesa.¹

Ellas son: una primera generación de derechos **civiles y políticos** (*libertad*); luego, la generación de derechos **económicos, sociales y culturales** (*igualdad*) y finalmente la tercera generación, de derechos de **solidaridad** (*fraternidad*).

Debe interpretarse que no se trata de un proceso lineal y que las

* Juez del Tribunal de Familia n°2, San Isidro, febrero 2009

¹ K.VASAK y P.ALSTON, *The International dimensions of Human Rights*, Westport, Greenwood Press, 1982.

tres fases son acumulativas, interdependientes y en alguna medida superpuestas.

La primera generación –derechos civiles y políticos- deriva de las teorías reformistas de los siglos XVII y XVIII, asociadas con la filosofía política del individualismo liberal y la doctrina económica del “laissez-faire”, y concibe los derechos humanos más en términos negativos (“libertad de”) que positivos (“libertad para”), favoreciendo más bien la abstención que la intervención del Estado.

El núcleo de estos derechos se sustenta en el valor de la libertad, y en consecuencia pretenden proteger al individuo –solo o asociado- contra el abuso de la autoridad política.

Derechos de este tipo son, por ejemplo: el de no-discriminación en razón de raza, sexo o religión; el derecho a la vida, libertad y seguridad; el derecho a no ser sometido a esclavitud, arresto arbitrario o tortura; la libertad de opinión y expresión; el derecho a la propiedad.

La segunda generación de derechos humanos -económicos, sociales y culturales- se origina en la tradición socialista de comienzos del siglo XIX, en gran parte como respuesta a los abusos del desarrollo capitalista y su concepción acrítica de la libertad individual.

Se interpreta como un contrapunto de la primera generación, en el sentido de expresarse más en términos positivos que negativos, y requerir más la intervención que la abstención del Estado, en beneficio de la justicia distributiva.

De este tipo son los derechos a la seguridad social, a trabajar, al descanso y vacaciones pagas, a la salud, a la educación, o los derechos a la protección de la propia producción científica o artística.

Finalmente, el surgimiento a finales del siglo XX de los derechos humanos llamados de tercera generación, suele interpretarse en relación con la declinación de la expectativa sobre la capacidad del Estado-Nación para promover el desarrollo integral de los pueblos.

Estos derechos son de tipo colectivo y expresan más bien aspiraciones, de muy difícil concreción en normas sujetas a un posible control judicial.

Tres de ellos reflejan la emergencia del “tercer mundo” y sus expectativas crecientes: el derecho a la autodeterminación política, económica, social y cultural; el derecho al desarrollo económico y social; y el derecho a participar del beneficio de la “herencia común de la humanidad”. Este último relacionado con los recursos naturales, con el progreso científico y tecnológico y con la tradición, sitios y monumentos históricos.

Los otros tres derechos humanos de tercera generación son el derecho a la paz, el derecho a un ambiente sano y sustentable, y el derecho a la ayuda humanitaria en caso de desastre.

Finalmente, se observa una tendencia a la *especificación*, por ejemplo en el sentido DE que el hombre abstracto como sujeto de derechos humanos, ha sido “desagregado” en la mujer o el niño. También en el sentido DE que ciertos derechos abstractos –como la libertad- van especificándose en derechos concretos –libertad de reunión, de opinión, etc.-² Algunos hablan asimismo de una posible cuarta generación de derechos humanos, relativa al erotismo o al sexo³.

2. El derecho a la vida.

La existencia de un derecho supone: dos sujetos, una prestación y un fundamento. Cabe distinguir el fundamento remoto o mediato (que consiste en un principio práctico) del fundamento inmediato, que es la razón objetiva y formal por la que alguien es titular de determinado derecho.

Los derechos humanos tienen su fundamento –mediato e inmediato- en la **dignidad personal de todo ente humano**.⁴ Es decir, la justificación de cualquier derecho humano radica en un principio normativo

² N.BOBBI, *Derechos del Hombre y Filosofía de la historia*, en “Anuario de Derechos Humanos”, Universidad Complutense, Madrid, n°5, 1988/89, pág. 27 y ss.

³ Cfr. C.I.MASSINI, *Los Derechos Humanos*, Santiago de Chile, 1980, pág.103. Citado por R.L.VIGO en *Presente de los Derechos Humanos y algunos desafíos*.

⁴ Cfr. C.I.MASSINI, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pp. 102 ss.

que puede expresarse como que “todo hombre debe salvaguardar el carácter de persona de todo hombre”, y que es determinación de aquel primer principio práctico autoevidente que expresa: “el bien ha de hacerse y el mal evitarse”.⁵

Se trata entonces, de derechos subjetivos cuyo título radica en la personificación del sujeto activo, los reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aun cuando éste los niegue.⁶

Ahora bien, el siguiente paso es formular el contenido concreto de la noción de derechos humanos, lo que ha sido objeto de varias propuestas, entre las cuales se destaca la Nueva Escuela de Derecho Natural.⁷

Según estos autores, existen ciertos bienes humanos básicos que son partes intrínsecas de la plenitud o perfección de las personas.

John Finnis, en una de sus obras enumera siete: vida; conocimiento; juego; experiencia estética; sociabilidad o amistad; razonabilidad práctica y religión.⁸ El mismo autor, en otra obra compartida⁹ cita seis bienes básicos: vida; conocimiento y experiencia estética; excelencia en el trabajo y en el juego; amistad, paz y fraternidad; paz interior, auto-integración y autenticidad; y armonía con los más amplios ámbitos de la realidad.

Tales bienes otorgan justificación racional y contenido a los derechos humanos. Éstos se ordenan a la realización de uno o más de aquellos bienes: el derecho a la educación se fundamenta en el bien básico del conocimiento, el derecho a la inviolabilidad de la vida tiene su base racional en el bien básico de la vida, etc.

⁵ Cfr. R.ARMSTRONG, *Primary and Secondary Precepts in Thomistic Natural Law Teaching*, The Hague, M.Nijhoff, 1966.

⁶ Cfr. C.I.MASSINI, *Filosofía...*

⁷ Cfr. R. GAHL, *Practical reasoning in the Foundation of Natural Law According to Grisez, Finnis and Boyle*, Romae, Athenaeum Romanum Sanctae Crucis, 1994.

⁸ J.FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 85-90.

⁹ J.FINNIS, J.BOYLE, y G.GRISEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp 278-281.

Para precisar el alcance del derecho a la inviolabilidad de la vida, debe precisarse si su carácter es absoluto o “*prima facie*”, y situarlo en el contexto de los derechos humanos.

El carácter absoluto o inexcusable tradicionalmente atribuido al derecho a la vida, ha sido cuestionado por una serie de autores de la escuela utilitarista, que con criterio empírico sostienen que –como los demás derechos humanos- se trata de un derecho “*prima facie*”, que puede dejarse de lado cuando su cumplimiento sea difícil o gravoso.

Esta corriente de pensamiento afirma que no todos los entes humanos son “persona”, pues algunos carecen de cualidades necesarias como la autorreflexión, la racionalidad o la capacidad de poseer intereses y deseos (ej.: los fetos, los retrasados mentales profundos o los que se encuentran en coma profundo) y en consecuencia no podrían ser sujetos de este derecho. Se trataría de meros miembros de la especie humana.¹⁰

En apoyo de esta teoría se argumenta un paralelismo entre deberes y derechos, en el sentido de que así como los primeros admiten grados de exigencia conforme al desarrollo psicofísico del individuo, los derechos serían también pasibles de la misma regulación.

Esta perspectiva utilitarista sustituye la ética basada en el valor propio e intangible de la vida humana, por una ética basada en la calidad de vida. Así, entonces, la vida de un ser humano posee el valor de la utilidad que produce para él mismo y para la sociedad.

Uno de los mayores teóricos de esta corriente ha sido J. Glover quien sostiene que quitar la vida a un inocente no es un acto moralmente malo *per se* sino solamente en caso de que el individuo eliminado gozara de un vivir valioso.¹¹ Para Glover dicho valor reside en la *calidad de vida* de quien conscientemente posee preferencias, proyectos,

¹⁰ H.T.ENGELHARDT, *The Foundations of Bioethics*, New York, Oxford U.P., 1986, pp. 107. Y R.M.HARE, *Essays on Bioethics*, Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 168 ss.

¹¹ Jonathan GLOVER, *Causing Death and Saving Lives: The Moral Problems of Abortion, Infanticide, Suicide, Euthanasia, Capital Punishment, War, and Other Life-or-Death Choices*, New York, Penguin Books, 1977, pp. 50-59.

deseos, sentimientos, memoria, sentido de identidad. Aptitudes éstas llamadas en bioética “atributos racionales”, que distinguen a una “persona”.

A la misma corriente pertenece Peter Singer, fundador del Instituto Internacional de Bioética en la ONU, quien sostiene que los primates superiores *son* personas, porque ellos manifiestan algunos “atributos racionales”, mientras que algunos seres humanos, como las criaturas o los adultos gravemente discapacitados, no son personas.¹²

Aplicando esta misma lógica, se ha llegado a proponer la sustitución, en los experimentos médicos, de primates superiores por humanos adultos gravemente discapacitados.¹³

Es evidente que al considerarse el derecho a la inviolabilidad de la vida como de “*prima facie*” o sujeto a condiciones de utilidad o conveniencia, se introduce una amplia y discutible variedad de interpretaciones respecto del “standard” mínimo aceptable de calidad de vida, abriendo de ese modo el camino para la utilización de personas como instrumento en beneficio de otros fines (políticos, económicos, científicos, etc.) y aboliendo definitivamente la dignidad esencial del ser humano. Por eso el derecho a la inviolabilidad de la vida no admite grados.

Pero, además, la misma noción de “derecho *prima facie*” muestra una contradicción interna, pues si su cumplimiento queda librado a que el sujeto pasivo no sufra efectos más o menos gravosos, ya no se trata de un derecho sino más bien de una mera pretensión o ruego o, en palabras de R. Spaeman, “edictos de tolerancia revocables”.¹⁴

Los derechos humanos son derechos absolutos, porque resultan de exigencias derivadas de absolutos morales, que “identifican accio-

¹² Peter SINGER, *Practical Ethics*, London, Cambridge University Press, 1985, pp. 118, 123

¹³ R. G. FREY, *The Ethics of the Search For Benefits: Animal Experimentation in Medicine*, in Raanan Gillon (ed.), *Principles of Health Care Ethics*, New York: John Wiley & Sons, 1994, pp. 1067–1075

¹⁴ R SPAEMANN, *Lo Natural y lo racional*, Madrid, Rialp, 1989, p.90.

¹⁵ J.FINNIS, *Absolutos Morales*, Barcelona, EUNSA, 1992, p.33.

nes incorrectas, no acciones correctas; son normas negativas que resultan válidas siempre y en toda ocasión”.¹⁵

Finalmente, cabe interrogarse sobre la relación y jerarquía del derecho a la inviolabilidad de la vida, respecto de los demás derechos humanos. Se han expresado opiniones divergentes en este sentido. Según J.Finnis,¹⁶ no puede establecerse entre los derechos humanos una jerarquía objetiva, porque los bienes básicos que protegen son, cada uno, una forma autoevidente del bien.

Otros autores¹⁷ han objetado ese criterio. En particular respecto del derecho a la inviolabilidad de la vida, se sostiene que se encuentra en un rango superior a los demás derechos.¹⁸ Massini fundamenta tal proposición en dos razones: en primer lugar, que los bienes humanos básicos protegidos por los demás derechos se refieren a perfecciones humanas no-autónomas sino accidentales, que cualifican o perfeccionan la existencia de un sujeto sustancial. Y ya que la perfección de la sustancia es ontológicamente superior a cualquiera de sus determinaciones accidentales, se sigue que la vida es una perfección más básica.

En segundo lugar, porque la violación del derecho a la vida, a diferencia de lo que sucede con otros derechos, es definitiva e implica necesariamente la violación indirecta de todos ellos. La comprobación de que el instinto de supervivencia es la primera inclinación natural, como sostiene Tomás de Aquino al analizar el orden de los preceptos de la ley natural,¹⁹ viene en apoyo de esta postura.

¹⁶ J.FINNIS, *Natural Law ...*, cit., pp.92-93.

¹⁷ Cfr. R. HITTINGER, *The Recovery of Natural Law and the Common Morality*, en *This World*, 18 (1987), p.69 y G.HALLETT, *The ‘incommensurability’ of values*, en *The Heythrop Journal*, 28 (1987), pp.376-381.

¹⁸ Cfr. C.I.MASSINI-CORREAS, *Los derechos humanos y la constitución reformada*, en AA.VV., *La reforma constitucional interpretada*, ed. J.SARMIENTO GARCÍA, Bs.As., Depalma, 1995, pp.86 ss.

¹⁹ Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q.94, a.2. Sobre el derecho a la inviolabilidad de la vida en Tomás de Aquino, cfr. G.KALINOWSKI, *Le Droit à la vie chez Thomas d’Aquin*, en *Archives de Philosophie du Droit*, 30 (París, 1985), pp. 316-330.

3. Un caso

En consonancia con el fenómeno que M.Villey llama "inflación de los derechos humanos",²⁰ es cada vez más frecuente que los tribunales deban resolver casos "iusfundamentales". Y en esa instancia se comprueba el acierto de N. Bobbio cuando afirma que el problema no es tanto el de justificar los derechos humanos como el de protegerlos.²¹

A modo de ejemplo para este informe, me interesé en el siguiente caso presentado en un Tribunal de Familia de la Provincia de Buenos Aires:

a) El Tribunal de Familia declara "insana" a una mujer postrada, en estado vegetativo, causado por la falta de oxigenación cerebral debida a un ataque asmático durante el trabajo de parto. Se nombra curador a su esposo, quien así lo había requerido.

b) Luego de unos meses, el curador solicita en el mismo expediente que se siguiera sobre "insania", una autorización para interrumpir la hidratación y alimentación de la insana. La misma fue declarada incapaz en los términos del art. 141 del CC, y conforme a la pericia médica "presenta un cuadro psiquiátrico de insuficiencia global y profunda de sus facultades psíquicas, ausencia de vida consciente, lo cual constituye una demencia en sentido jurídico. Este cuadro se origina en una falta de oxigenación prolongada, lo cual derivó en un daño cerebral irreversible; sólo se observa vida vegetativa, no pudiendo comprender sus actos ni dirigir sus acciones".

El médico forense señala que: "se realizó electroencefalograma, que muestra un ritmo de tipo delta, compatible con disminución de la actividad cortical y subcortical; no presentó en la evaluación signos de actividad mental. Los signos vitales eran normales."

El accionante, curador de la causante, fundando su solicitud argumenta: "Sí, efectivamente hay indicios de vida. De otro modo NN estaría muerta. Pero la vida es solo vegetativa. Y de ahí la necesidad de

²⁰ *Le Droit et les Droits de homme*-Paris 1983 pag.11 y sig.

²¹ *Sul Fundamento del Diritti del huommo*- Milano 1965

este proceso judicial, para no soportarla artificialmente por más tiempo". Se argumenta que la insana se halla en estado vegetativo irreversible desde hace dos años. Que la familia integrada por su esposo y tres hijos está sufriendo enormemente, lo cual se ha vuelto insostenible con riesgo para la integridad síquica del grupo familiar.

c) A esta pretensión se opone terminantemente el Asesor de Incapaces, en representación de la insana, con fundamento en su derecho a la vida.

Como puede observarse, quedan planteadas sendas pretensiones fundadas respectivamente en el derecho a la vida y el derecho a la salud psico-física e integridad del grupo familiar, que reclaman una adecuada tutela jurídica.

El juez debe resolver el conflicto entre ambas pretensiones identificando previamente los valores jurídicos en juego e intentando realizar todos ellos al mismo tiempo, en forma equilibrada.

Viene al caso recordar lo dicho por Cossio, en el sentido de que: "la justicia es armonía y equilibrio, la armonía y el equilibrio de todos los valores jurídicos".²²

O también a J.C.Cueto Rúa: "El factor determinante que define el razonamiento de un juez y su decisión final no está fundado en la lógica, o la historia, o la sociológica ni tampoco en aspectos puramente pragmáticos relacionados con los intereses involucrados. El factor determinante se encontrará en los valores del caso y en la selección de aquél valor que es merecedor de reconocimiento judicial".²³

Pasando al derecho positivo aplicable, cabe señalar que la vida de toda persona es un bien jurídicamente protegido por la Constitución y los pactos internacionales que adquirieron su mismo rango (art.75

²² *La Justicia*, tomo 126 pp.1043/1044 .

²³ CUETO RUA, *Factores Axiológicos en el Proceso de Interpretación y de Selección de los Métodos Jurídicos*, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales - Nº 35, 1997.

inc.22): La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y La Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Pacto de San José obliga (art.29) a los órganos del Poder Público a respetar los derechos humanos, a adoptar medidas para hacerlos efectivos y establece la obligación de garantizar el pleno ejercicio de ellos, instando asimismo a la interpretación sistemática.

A su vez, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en la Sección Primera sobre Declaraciones, Derechos y Garantías, proclama (art.15): "La Provincia asegura **la tutela judicial continua y efectiva**, ... ".El art.12 señala que todas las personas en la Provincia gozan, entre otros, del derecho: 1) **A la vida** desde la concepción hasta la muerte natural y 2) **Al respeto de la dignidad...**, **la integridad física**, psíquica y moral.

Por otro lado, reconoce en el art.36 el derecho social de la familia, a quien reconoce como núcleo primario y fundamental de la sociedad.

Nuestra Corte Nacional ha sostenido en la causa "Amante Leonor c/AMTA" el 24/10/89 como en tantos otros fallos que "los **derechos esenciales a la vida y a la dignidad de la persona** son preexistentes a todo ordenamiento positivo, y no cabe tolerar y legitimar comportamientos indiferentes o superficiales que resulten incompatibles con el recto ejercicio de la medicina".

Como puede observarse, las prácticas asistenciales que se pretenden interrumpir -hidratación y alimentación- son evidentemente imprescindibles para la vida de la causante, amén de constituir precisamente los auxilios requeridos por la incapacidad declarada.

Una primera valoración ética conduce a plantearse qué valor tiene la vida humana, que clase de valor es éste y que lugar ocupa en la escala axiológica.

En coincidencia con autores de incuestionable predicamento (vg. Cossio: "Idea y realidad del Derecho Natural") considero que la vida es el valor supremo de la persona humana. Es decir que frente a este valor, no hay otro que pueda superarlo.

La vida humana, fundamento de todos los restantes bienes y derechos, no resulta disponible ni por las personas que son titulares de dicho bien, ni por los tribunales. "El hombre tiene derecho, desde el primer instante de su concepción y hasta el de su muerte natural, a la existencia como organismo físico, a la vida corporal. Y lo tiene en forma absoluta e irrenunciable, de modo tal que nadie puede arrebatárselo, ni él mismo consentir en su privación".²⁴

Como señalara precedentemente, el derecho a la vida de una persona es independiente de la mejor o peor calidad de su existencia; que por precaria o degradada que sea desde el punto de vista de un sujeto plenamente capaz, es para ella todo lo que posee.

Una vida humana disminuida, limitada, es vida específicamente humana, y como tal dotada de una dignidad, de un valor que el Derecho debe reconocer en todos los casos.

En el delicado caso que nos ocupa, el juez, aplicando una interpretación prudencial retórica, debe a mi entender intentar solucionar la controversia buscando la forma de respetar el núcleo esencial de los derechos fundamentales en juego para lograr que no se frustre el ejercicio legítimo de uno de ellos.

"...Ello sólo es posible si se conciben los derechos no como pretensiones abstractas e individualistas, sino como facultades orientadas por un determinado fin que se da en el marco de la convivencia social, esto es, si los derechos son pensados como armónicos"²⁵

Es decir que el juez como intérprete del derecho debe compatibilizar las pretensiones, destacando que lo que se halla en juego es la **dignidad humana**, que explica y funda los derechos humanos.

Ello permitirá dar una justa y equitativa solución, remarcando la alta función de quien como curador no advierte que representa a la familia toda, pues su esposa insana -madre de sus hijos- es parte de

²⁴ BIDART CAMPOS, *Derecho Constitucional*, tomo II, p.193.

²⁵ F. TOLLER, "La interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales", La Ley, Buenos Aires, 2000, 3-105.

esa familia que pretende proteger. Es que "hablar de Derecho supone referirse a una forma de coexistencia entre los seres humanos que sustituye la fuerza por el reconocimiento".²⁶

Esa actitud de respeto y coexistencia con otros seres, supone el **reconocimiento de la esencia misma del ser: su dignidad.**

La vida de un ser humano no tiene un valor mensurable. No tiene precio sino dignidad, según decía Kant. Por ello no caben las comparaciones en cuanto que una pueda valer más que otra.

R. VIGO señala: "... Que el contenido de los "principios fuertes" coincide con "los bienes humanos básicos" (Finnis) o "los derechos naturales originarios" o "primarios", o sea con aquello que le corresponde a todo hombre con el sólo título de su humanidad y que debe ser respetado por todos" y también "...los derechos humanos contenidos en los principios del derecho orientan y legitiman intrínsecamente la creación jurídica; más concretamente ellos reclaman un efectivo reconocimiento y respeto cuando son dirimidos los conflictos...".²⁷

La muerte no constituye un bien debido, en términos de justicia. En consecuencia no puede reclamarse al sistema jurídico un apoyo a tal pretensión, como lo requiere el curador. Debe entenderse como tránsito que integra el ciclo vital, sin desconocer y comprender el dolor y la angustia de la familia.

En los pacientes con lesiones cerebrales, donde aún no es absoluto el "silencio cerebral", existen razones constitucionales y legales para proceder al retiro de los medios artificiales de reanimación y conservar, exclusivamente, aquellos que solo conserven hidratado y nutrido el cuerpo del paciente, hasta tanto acontezca el desenlace, por ser los únicos proporcionados al cuadro descrito.²⁸

En efecto, en cualquier paciente comatoso aparece proporcionado, en principio, el mantenimiento de los medios ordinarios de hidrata-

²⁶ MASSINI y SERNA, "El Derecho a la Vida"

²⁷ R.VIGO, *Los Principios Jurídicos*, p. 221.

²⁸ L.Fernando NINO Eutanasia, morir con dignidad.

ción y nutrición tras el retiro de los instrumentos de reanimación (arts. 10, 12 y cc. Constitución de la Pcia. de Buenos Aires).

En conclusión, por todo ello considero justo en este caso hacer prevalecer el derecho a la inviolabilidad de la vida, que es un valor superior y de rango Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- C. I. MASSINI y P. SERNA - *El Derecho a la Vida*
- A. J. KRAUT - *El Derecho de los pacientes*
- R. L. VIGO - *Los principios jurídicos*
- R. L. VIGO - *Presente de los Derechos Humanos y algunos desafíos*
- J. C. HITTERS - *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*
- P. SERNA y F. TOLLER - *La Interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales*

ENTRE EL VIENTRE Y EL TUBO DE ENSAYO

por Marcelo Rodríguez Jordán¹

I.- Introducción:

Había pensado en asentar algunas observaciones sobre temas tales como el aborto y la manipulación genética, sin pretender proclamar impunidades ni criminalizaciones de especie alguna, al menos, desde las páginas de nuestra Revista. Me dejé llevar, entonces, por la pluma (en realidad, por el teclado) con la única intención de exponer apreciaciones contradictorias de la sociedad que integramos: una gran preocupación por opinar y discutir con énfasis acerca de la muerte provocada del feto (o del “producto de la concepción humana” con o sin expulsión violenta del seno materno), pregonando o no su castigo penal y; por otro lado, los pocos y tenues comentarios que se realizan en torno a la masiva destrucción de embriones congelados que se llevaría a cabo en los diferentes laboratorios dedicados a la explotación, perdón, a la investigación de la fecundidad humana.

Y en ese ir y venir que genera la reflexión irresponsable, la lectura de algunos libros pecaminosos y la tentadora curiosidad que ha guiado siempre mis cada vez más pesados pasos, deseo compartir con la soledad del lector las pocas palabras que siguen.

II.- La llamada reproducción asistida:

La reproducción asistida, y lo que ello representa con relación a los embriones (a su guarda y preservación), la donación de espermatozoides o la criogénesis, por ejemplo, conforman hoy algunos de los grandes temas que propone la bioética a fin de poder efectivizar, con la ayuda de la ciencia, el derecho de toda mujer a procrear, sea por medio de la inse-

¹ Defensor Oficial en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de San Isidro
marcelojordan2000@yahoo.com.ar

minación artificial, la fertilización “in vitro” o el alquiler de vientres, constituyendo materia opinable especular sobre si el estado puede entrometarse en tal decisión para dificultarla o impedirla (por creerla antinatural, quizás).

Ilustra Luna² que en América Latina estas técnicas de reproducción artificial, en general, no están reguladas, por lo que su empleo discrecional –o no- depende de la autolimitación que se propongan los profesionales médicos que intervienen en tal especialidad. Además, a modo de interesante inquietud, luego de avisar que la Iglesia Católica, de gran predicamento en la región, rechaza estas aplicaciones, la autora se pregunta si las parejas infértiles tienen derecho a constituir una familia; y, en su caso, si sólo cabe la adopción para ellas o pueden recurrir a las mencionadas técnicas de regeneración. Asimismo, advierte sobre el tratamiento de los embriones (concepción = vida), proponiendo que no sean estudiados como “personas” a efectos de no limitar su razonable manipulación.

La ley, con la guía de la filosofía o la bioética, deberá fijar las fronteras en tan delicado asunto, o guardar permisivos silencios como hasta ahora. Entre tanto, asoman las necesarias preguntas cuyas respuestas inquietan más allá de compromisos religiosos: ¿hay vida en los embriones enfriados en tubos de ensayo?; si la hay, ¿se comete delito con el descarte de aquéllos? Sí, tengo las contestaciones, ¿usted no?

III.- La bioética:

El aporte de la voz bioética es debido al trabajo del médico norteamericano E. Van Potter, que fuera citada en su obra “Bridge to the Future” (año 1971).

Obiglio³, quien prefiere aludir a esta disciplina con los términos

² Cfr. Florencia Luna y Arleen L. F. Salles: “Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, año 2008, p. 281 y ss.

³ Hugo O. M. Obiglio: “Pensamientos sobre una ética para el hombre de nuestro tiempo: una mirada sobre la bioética”, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, año XII, N° 23, julio/septiembre de 1999, p. 217.

“ética biomédica”, aporta diferentes definiciones de ella: “ciencia que estudia el valor de la vida humana y sus implicancias para el comportamiento responsable de los hombres”; “estudio sistemático de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida y del cuidado de la salud, en cuanto que esa conducta es examinada a la luz de los valores y principios morales”; “ciencia que estudia la moralidad de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida”; “disciplina que estudia los aspectos éticos de la medicina y la biología en general, así como de las relaciones del hombre con los restantes seres vivos”; “estudio de la moralidad de la conducta humana en el campo de las ciencias de la vida”⁴.

Como se ve, ética, moral, conducta, comportamiento, son las palabras constantes, reiteradas, en las definiciones de bioética o de ética biomédica. No parece justo que tales vocablos aparezcan ahora “apropiados” por la medicina, puesto que todas las ciencias y disciplinas que tienen al hombre por protagonista están impregnadas por ellas. Quiero decir, entonces, que no hay una bioética; lo que existe –y ha existido siempre- es una ética, que ha servido para guiar a la humanidad toda, y no solamente para marcar el horizonte de los profesionales médicos y sus prácticas.

La aplicación de la tecnología a la ciencia ha contribuido a socavar las estructuras morales del hombre (del hombre inmoral, claro) y ha conducido a enfrentar problemas nuevos sobre los cuales los pensadores de turno van proponiendo matizadas e incontables soluciones.

Temas tales como el aborto, la eutanasia, la clonación, la fecundación o reproducción asistida, la criogénesis, el alquiler de vientres, la manipulación genética, la anticoncepción, la costura de las trompas de Falopio, el transplante de órganos, los alumbramientos prematuros de

⁴ Para completar puede verse también el medular aporte que sobre esta disciplina concreta Stella Maris Martínez en “Manipulación Genética y Derecho Penal”, p. 61 y ss., quien lo aborda para explicar, por ejemplo, *que los cuestionamientos éticos que las conductas ligadas al avance biotecnológico nos plantean son claros y atañen a valores fundamentales del ser humano. Son, asimismo, absolutamente originales, ya que por primera vez se cuenta con tecnología capaz, no ya de matar o lesionar severamente a un individuo, sino de alterarlo en su calidad de ser único e irrepitable, de variar su patrimonio genético, de modificar su esencia.*

los fetos anencefálicos, el suicidio asistido por médicos, la vida, la muerte, entre otros, invitan a una ineludible discusión en donde la medicina sólo puede aparecer como un condimento secundario, algunas veces, hasta insípido. Siempre en esta proposición el objeto principal lo constituirá la dignidad del hombre y, obviamente, la ética.

De tal manera, decir que lo ético es transitar la senda de lo correcto y que tal camino aparece estrechamente vinculado con las nociones de bien y de presunta obligatoriedad, no es ni más ni menos que adelantar que el asunto que nos ocupa está circunscripto por parámetros sinuosos, difíciles y mutables; ello, por la gran variedad de enfoques con que los estudiosos y analistas, a lo largo de la historia, han apreciado tales ideas y conceptos; por la gran variedad de enfoques con que, en definitiva, las distintas personas en general observan este valor. Cada cual tiene su propia idea de lo correcto. La ética, entonces, es un valor cambiante. Es una pauta alterable reguladora de conducta humana.

Pero aquellos inconsistentes contornos parecen desvanecerse aún más cuando ética, religión, derecho y moral se hacen presentes frente a un eventual conflicto. Ejemplo: algunas legislaciones no sancionan a la eutanasia como delito; sin embargo, desde la mirada de la religión cristiana, esa conducta puede ser vista como pecado y, desde el ángulo de la ética, no necesariamente tal acto es apreciado como algo incorrecto (o sí).

Como si esto fuera poco, es usual emplear como sinónimos los términos ética y moral, si bien desde la filosofía es posible diferenciarlos interpretándose por ética, sintéticamente, a las obligaciones del hombre pautadas en normas de conducta correcta y, por moral, a la ciencia que trata del bien.

Con respecto al derecho y la moral y su hipotética distinción puede decirse que, no obstante tener por núcleo ambas disciplinas al comportamiento humano, el derecho se encargará de la actividad exterior del hombre garantizando el cumplimiento de sus normas a través de la coacción⁵; mientras que la moral se ocupará de los asuntos de con-

⁵ Bernardino Montejano: "Curso de Derecho Natural", p. 167.

ciencia o, lo que es afirmar lo mismo, de las cuestiones internas de aquél. Además, mientras que puede aseverarse que toda conducta antijurídica encierra en ella un sustrato inmoral, no toda inmoralidad constituye delito penal o civil; la mentira es el clásico ejemplo con que los autores suelen caracterizar este comentario (más allá de su connotación en los delitos de estafa o falso testimonio).

Ética y religión, por su parte, se muestran coincidiendo en la connotación de una faz introspectiva, adunándose las ideas de pecado, arrepentimiento, redención y, obviamente, la noción de Dios.

En las sociedades primitivas no existía una adecuada delimitación entre derecho, moral, pecado, magia y religión, puesto que sus contenidos eran entonces confundidos⁶. En la actualidad, si bien puede mediar dificultad en los alcances de los respectivos conceptos, las fronteras aparecen mejor marcadas.

Hasta aquí he de sostener que, cuando se habla de ética, se está frente a un valor cambiante, a un concepto cuyo significado puede variar y, de hecho, varía constantemente. Así como alguna vez la esclavitud no merecía reproche social alguno, hoy no puede formularse la misma afirmación.

Mas esta posibilidad de transformación no es solamente con referencia al lugar y al tiempo, sino también con relación a cada persona en particular. Cada uno de nosotros tiene por norte a seguir sus propias normas éticas en las distintas esferas de su vida, que podrán coincidir o no con las de otro u otros.

De todos modos, sea como fuere, a pesar de encontrarnos ante "mutables cuestiones de conciencia", el legislador se vio obligado a codificar la ética con la que se ejercen distintas profesiones liberales (la medicina, la abogacía), para evitar con ello que cada cual juzgare de manera antojadiza cada hipotética situación que pudiera plantearse, regulando y fiscalizando la relación de los profesionales con sus clien-

⁶ Roberto Terán Lomas: "Delito y Pecado", en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, año 1958, números 96/97, p. 133.

tes o pacientes, con los tribunales u hospitales, con sus respectivos colegas.

El legislador, pues, debe petrificar en la norma escrita lo que es en esencia cambiante y subjetivo; ha de congelar en el papel la noción de lo que es correcto para un determinado sector y, tal actitud, no puede menos que generar variedad de opiniones y resistencias en momentos de interpretar la disposición legal o reglamentaria de la que se trate. Encapsular la realidad moral del mundo profesional de los médicos (y científicos en general) aparece como un accidente antinatural, pero también asoma como una cuestión útil e imprescindible a la hora de afrontar la resolución de posibles problemas.

Mientras algunos pueden ver en la tipificación escrita de normas éticas una reacción negligentemente tardía del legislador ocasional, otros, podrán apreciar en tal comportamiento moroso la consecuencia de un acto reflexivo.

Los avances tecnológicos en la investigación científica son más vertiginosos que los que pueda plasmar la ley, principal fuente del derecho. Esta circunstancia produce un desfasaje entre la realidad y la regulación normativa que debe contemplarla en los supuestos en que aquélla pueda ser motivo de conflicto. Y, la bioética, propone conflictos permanentes y en los que no todos sus actores convergen en una única y probable solución. Esta falta de acuerdo se brinda, aun, en los casos en que existen ya leyes regularmente sancionadas (a pesar de encontrarse vigente la ley sobre ablación de órganos, todavía se escuchan voces sosteniendo que el fomento de la donación de material anatómico para trasplantes incentiva la práctica de la eutanasia –homicidio-con fines altruistas)⁷.

IV.- Viejas y nuevas palabras sobre el derecho a la vida:

La vida es un derecho que tiene amparo constitucional desde el momento de la concepción y del que nadie puede ser privado arbitra-

⁷ Domingo M. Basso: "Nacer y morir con dignidad – Bioética", p. 439.

riamente (artículos 33 y 75, inciso 22 de la Ley Fundamental; 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica; 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

La ley penal la protege también desde el instante de la concepción (al sancionar el delito de aborto) hasta el de la muerte, constituyendo la eutanasia un homicidio, generalmente, calificado por el estado de indefensión de la víctima (amenaza de reclusión o prisión perpetua). Pero es precisar el tantas veces mencionado "momento de la concepción" lo que en la actualidad constituye el centro de la discusión en la doctrina especializada. Martínez⁸ considera que existe imprecisión para establecer una noción certera sobre lo que debe interpretarse por "vida humana" y, por ende, en fijar cuándo ella tiene comienzo, por lo que la atención del interesado debe enfocarse en determinar qué valor bioético o jurídico se le debe dar al "producto" resultante de la unión del óvulo con el espermatozoide en las primeras etapas de su evolución; ¿puede hablarse de una 'persona', de una 'cosa', de una 'entidad'?, se pregunta. Teorías tales como la de la concepción, la de la formación del genotipo, la de la implantación del embrión en el seno materno, la de la formación de los rudimentos del sistema nervioso, son las que permitirán alcanzar una posible respuesta y, en función a ella, la adopción de una determinada postura frente al aborto, la manipulación genética, la fecundación asistida. Desde otro ángulo, Santiago (h)⁹, al aplaudir los argumentos del caso "Portal de Belén"¹⁰, aprecia en su lectura la ratificación de la protección constitucional del derecho a la vida desde el instante mismo de la concepción, interpretando que para el derecho local ha quedado excluida la posibilidad de legitimar tanto el aborto,

⁸ Cfr. Stella Maris Martínez: "Manipulación Genética y Derecho Penal", editorial Universidad, Buenos Aires, año 1994; y su otro trabajo en "El Estatuto del Embrión" en "Responsabilidad Profesional de los Médicos – Ética, bioética y jurídica: civil y penal", labor coordinada por Oscar Ernesto Garay, editorial La Ley, Buenos Aires, año 2002, p. 451 y ss.

⁹ Cfr. Alfonso Santiago (h): "A un año de un fallo trascendente en relación con el derecho a la vida", en La Ley 2003-E-1500.

¹⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso "Portal de Belén s/amparo", del 5 de marzo de 2002, en fallos 325:303.

como la manipulación genética y el congelamiento de embriones, aunque sin reparar ese autor en cuándo se establece tal “instante”.

En situaciones donde puede mediar confusión entre los delitos de homicidio y aborto, la jurisprudencia ha emitido trascendentes fallos¹¹ estableciendo que la concepción se produce con la fecundación. Después del nacimiento, se configura el delito de homicidio mientras que, antes de ello, el de aborto (feto con vida).

Fijar con claridad –y en el texto de la ley- cuándo se produce la mentada concepción es fundamental, a fin de no provocar inseguridad jurídica al propiciarse claro desconcierto entre los delitos de homicidio y aborto ni menoscabar, en consecuencia, el principio constitucional de legalidad. Pero, cuidado, no hay que olvidar que “definir es limitar” y lo que puede dar tranquilidad al derecho puede inquietar a la ciencia al ver frenadas sus investigaciones.

Sabido es que la religión estigmatiza con contundencia y rígidos contornos el terreno en donde deben sostenerse muchas respuestas. Por su parte, la ética y la moral otorgan los elementos necesarios para iluminar otro camino transitable para que, desde el derecho, pueda iniciarse una marcha opcional y distinta emprendiendo el ajuste y modificación de la ley vigente. Pero el derecho no le indica a la religión qué debe interpretarse por pecado, por lo que sería lógico reclamar desde aquel ámbito, el de las normas, que no sea la religión la que señale qué debe entenderse por delito. Es cierto que la Constitución Nacional invoca a Dios como “fuente de toda razón y justicia”, mas tal llamado del constituyente de 1853 no debe ser entendido como una invitación a la invasión irrazonable de otras ciencias o disciplinas; sostener lo contrario llevaría a considerar como delitos, por ejemplo, la mentira (cuando no se exterioriza bajo formal juramento); la no santificación de las fiestas, el adulterio, la masturbación, el suicidio, el juramento del testigo. El derecho debe ser más amplio que la religión porque abarca a todos los

¹¹ Además del precedente del Máximo Tribunal “Portal de Belén s/amparo”, puede verse también lo dicho por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional a través de la Sala VII; caso “Macías”, del 28 de diciembre de 2004; o el caso “Nicolotti”, del 18 de abril de 2007.

habitantes, religiosos o no. Que no nos pase lo de Galileo, que tuvo que ser perdonado por su Iglesia trescientos cincuenta años después de haber sido excomulgado por defender, en definitiva, la independencia del conocimiento científico.

V.- De caras y caretas:

Muchas son las voces que se levantan contra el delito de aborto, sin embargo, nada dicen sobre la manipulación genética. Si la vida es extinguida en el vientre materno (o con su expulsión violenta), delito; si es ultimada en el laboratorio, atipicidad.

Si el aborto es visto hoy con rigor penal, debe tratarse con igual severidad el descarte de los embriones empleados en la manipulación genética y viceversa: si no hay delito en esta última acción, no debería estar punido el aborto. ¿Por qué?, porque la ley, por ahora, no diferencia entre embriones ni entre fases en el proceso de la concepción o gestación.

VI.- Conclusiones:

Bertrand Russell¹² enseñaba que tanto la ética como los códigos morales le son necesarios al hombre a causa del conflicto permanente entre lo que dispone la inteligencia y lo que manda el impulso, por lo que si queremos que los problemas se resuelvan, ello no se logrará con más tecnología, sino con mayor cordura. Interesante.

Bueno, después de todo, entre el vientre y el tubo de ensayo, no hay que olvidar que existe algo más que un vidrio.

¹² Cfr. Bertrand Russell (1872-1970), filósofo contemporáneo británico, premio Nobel de Literatura en 1950; autor, entre otras obras, de “Sociedad Humana: Ética y Política”, editorial Altaya, Barcelona, año 1995, traducción de Beatriz Urquidí (libro del que se extrae la cita).

Bibliografía:

- BASSO, Domingo: “Nacer y morir con dignidad – Bioética”, editorial Depalma, Buenos Aires, año 1991.
- LUNA, Florencia y SALLES, Arleen L. F.: “Bioética: Nuevas reflexiones sobre debates clásicos”, editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, año 2008.
- MARTINEZ, Stella Maris: “Manipulación Genética y Derecho Penal”, editorial Universidad, Buenos Aires, año 1994.
- MARTINEZ, Stella Maris: “El Estatuto del Embrión” en “Responsabilidad Profesional de los Médicos – Ética, bioética y jurídica: civil y penal”, labor coordinada por el Dr. Oscar Ernesto Garay.
- MONTEJANO, Bernardino: “Curso de Derecho Natural”, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 1978.
- OBIGLIO, Hugo O. M.: “Pensamientos sobre una ética para el hombre de nuestro tiempo: una mirada sobre la bioética”, en Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, año XII, N° 23, julio/septiembre de 1999, p. 217.
- SANTIAGO (h), Alfonso: “A un año de un fallo trascendente en relación con el derecho a la vida”, en La Ley 2003-E-1500.
- TERAN LOMAS, Roberto: “Delito y Pecado”, en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, año 1958, N° 96/97, p. 133.

“UN AMOR, DOS DESTINOS”:

¿CORRESPONDE A LOS PADRES ELEGIR A QUIEN DAR SU HIJO EN ADOPCION?

*María del Carmen Barbero**

Soit! Nous allons nous séparer.

Oh! comme la forêt soupire!

Demain qui me verra pleurer

Peut-être vous verra sourire.

VICTOR HUGO

(“Chanson de celle qui n’a pas parlé”)

I. El caso en comentario. II. El derecho humano a crecer en una familia, en un ambiente de comprensión y amor. III. ¿Quién decide el destino de quien es adoptado? IV. Abandono y adoptabilidad. V. El deber de registrarse de los futuros adoptantes. VI. El orden público y la autonomía de la voluntad en la adopción. VII. ¿Se trata de un caso de adopción prenatal? VIII. El niño como objeto del contrato. IX. El interés superior del niño. X. Conclusiones.

I. Analizamos el siguiente caso ¹: Se trata de una menor de edad embarazada, fruto de una relación ocasional –con otro menor,- que firma junto a sus padres un convenio por el cual entrega el niño por nacer a un matrimonio. El convenio es redactado por una abogada, y el matrimonio firmante acompaña a la menor en su embarazo, le costean

* Tribunal de Familia n°1 de San Isidro

² “B. G.N. NN Femenina hija de G.N.B. s/situación” Cám. Apel. Civ.Com Mercedes, 29/07/05-Revista de Derecho de Familia 2006-I, Editorial Lexis Nexis, pagina 163

sus estudios y traslados en remis al hospital y hasta ponen nombre a la beba. Al momento de dar a luz, el caso es denunciado por personal del establecimiento sanitario y el Tribunal de Menores considera a esa recién nacida en situación de abandono. La entregan en guarda a un matrimonio a disposición del Tribunal. El matrimonio que había convenido la guarda se presenta solicitándola para sí al Juez, y la Asesora de Menores manifiesta su conformidad con el otorgamiento requerido. No obstante, el Juez declara inválido lo acordado. El matrimonio apela. La Cámara confirma la sentencia.

“Un amor, dos destinos” -he robado este título a una película-. Porque fue un disparador de la idea central de este trabajo: un amor espera a ese niño que nace sin que sus progenitores puedan –o quieran- hacerse cargo. Y en estas situaciones el instituto jurídico adopción surge como alternativa. Pero... ¿quién debe elegir quiénes serán los dadores de ese amor? ¿Puede el juzgador – so pretexto de asegurar la legalidad de la entrega y evitar hechos ilícitos-, desplazar a los padres de tan trascendente decisión?.

II. El Derecho Humano a crecer en una Familia

Cada vez más, en todo el mundo, se afirman los derechos que todo ser humano tiene desde el inicio de su existencia, por el solo hecho de ser tal. Asistimos a una época de auge de la teoría de los Derechos Humanos, como logro del ser humano individual en el reconocimiento de su dignidad innata.

En el plano del Derecho de Familia este cambio se traduce en la defensa de la individualidad de cada componente de la familia, dejando a un lado la defensa de la familia como grupo, al que tradicionalmente debían reverenciar los derechos individuales de cada miembro.

El derecho a la vida familiar como triunfo del hombre en su individualidad, se ve plasmado en los Tratados de Derechos Humanos y en las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos. El derecho de toda persona a crecer en una familia, un ambiente en donde desarrollarse rodeado de bienestar comprensión y amor ha sido incorporado a los Tratados de Derechos Humanos, ocupando un lugar central en

la Convención de los Derechos del Niño y en la Convención Europea de Derechos Humanos así como su correlativa para América; la Convención de Derechos Humanos.²

La jurisprudencia ha consagrado con firmeza el derecho a mantener las relaciones familiares establecidas, el derecho a crecer en una familia, incluyendo a la familia adoptiva que “no es de ningún modo menos familia.”³

¿Quién decide el destino de quien es adoptado?

Cuando una madre decide dar a su hijo en adopción, se encuentra en un estado anímico muy difícil de sobrellevar. Necesita el apoyo de quienes la rodean y del Estado, a través de sus servicios sociales y judiciales.

Cuando dos derechos se ponen en contacto hay que proteger adecuadamente a todas las personas involucradas en el conflicto. La solución de este tipo de casos es difícil. Me ha sorprendido en este sentido la sinceridad del pronunciamiento del Dr. Eduardo de LAZZARI en un precedente: “He meditado largamente la solución que corresponde otorgar a esta causa... No es fácil labor y son muchas las vacilaciones y las dudas”.⁴

Está fuera de toda discusión que quien debe decidir el destino de un niño que será dado en adopción, es el Juez, dado que la adopción importa una acción constitutiva del estado de familia de una persona.

² CDNI Preámbulo párrafo 5 y 6; CEDH art. 8; CADH art.17; Declaración Universal de los DH art.16 y 23 inc.3; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre art. V y VI y Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales arts 23 y 24.

³ Fallo 000295084 “S. M.C- P. T.N. s/art. 10 DL 10067” causa nro. 95.084 Sala II Cam. Apel San Isidro, 18/05/04- publicada en Juba, en www.scjba.gov.ar

⁴ Su voto en el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires C62007 de fecha 29-09-98 “S. M.M. S/Adopción plena” publicado en www.juba.gov.ar en el cual ha auspiciado una solución salomónica e integrativa, la cual aplaudo por considerarla ejemplar.

La Doctrina es conteste en señalar este carácter judicial de la adopción⁵. Y considero que es así como debe ser.

Sin embargo, con acierto y realismo señala GALERA⁶ “¿Cuál sería la alternativa para la madre embarazada que no desea o no puede tener y criar a su hijo por nacer?...mientras tanto...el niño estará institucionalizado..., lo cual lleva ínsito la carencia materna con todo el daño psíquico irreparable...” Señala que esta carencia no se da en la entrega efectuada por la madre directamente a su madre adoptiva, generando los lazos sin transición y con menos traumas.

La autora señala asimismo que la anterior ley de adopción consideraba a la guarda notarial o por acto administrativo como formas de otorgar la guarda, y que era una práctica constante en nuestro país sobre todo en zonas en que el traslado a un Tribunal resultaba difícil y costoso. Además, pueden darse notas de cercanía emocional o aún amistad entre quien da su hijo en adopción y quienes lo aceptan.

La guarda de hecho –dice la Dra. MEDINA-, “es el acto voluntario lícito familiar que tiene por fin inmediato el emplazamiento en el estado de guarda.”⁷

Es el Juez quien debe otorgar la adopción, pero el problema es si la voluntad de la madre biológica es vinculante para decidir a quién debe otorgarla.

Existiendo una expresa voluntad de la madre en tal sentido, creo que el juez no debería, en principio apartarse de esta decisión, excepto en caso de que esta voluntad esté viciada o medien móviles ilegítimos o entregas de dinero, o perjuicio para el menor.

⁵ Es interesante ver el comentario de HERNANDEZ, Lidia en “Código Civil Comentado”, Ed. Hammurabi, comentario al art. 311, pág. 574, citando a YADAROLA, “La sentencia judicial es la que da existencia a la adopción”.

⁶ GALERA, Elsa Lidia. Comentario al art. 318 en GRACIELA MEDINA “La Adopción” Tomo I, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1998, pág. 220.

⁷ MEDINA, Graciela “La guarda de hecho” LL 1998-III, p.959

IV. Abandono y Adoptabilidad

La clave a mi juicio consiste en analizar el tema del abandono. Un niño dado en adopción por su madre no es de ningún modo un niño abandonado, situación que permite disponer de él por parte del Juez.

Que una madre acepte ese embarazo; lo lleve a término es una demostración de su conciencia del valor de su hijo y la realidad que enfrenta de no poder hacerse cargo de su manutención, o simplemente de no desear hacer frente a los deberes de la patria potestad. Entonces, en lugar de eliminar mediante un aborto al nasciturus decide darlo en adopción, valorando la dignidad de ese niño desde su concepción.

Una madre que hace esto es considerada por parte de la doctrina como abandonónica, como es también doctrina de este fallo. A mi juicio no lo es de ninguna manera. Muy por el contrario, venciendo el natural impulso de eliminar el problema al quedar embarazada, y luego el natural instinto al momento del parto de apegarse a ese bebé, esa mujer decide con su voluntad incólume dar a su hijo a alguien que pueda educarlo y amarlo como ella no puede o no quiere hacerlo. Está procediendo de una manera responsable y libre, respetuosa de la dignidad intrínseca e inviolable de otra vida humana, y tal acto genera consecuencias positivas dando hijos a quien no los tiene, que es uno de los fines de la adopción.

En tal sentido la Dra. CHAVANNEAU, ha expresado “...se entiende que no existe abandono si el menor no sufre un estado objetivo del mismo por quedar a cargo de un tercero o de una institución. No configura abandono, visto desde el ángulo del menor como bien jurídicamente protegido, cuando el hijo es dejado bajo la guarda, comúnmente de hecho, de terceros. En estos supuestos no puede considerarse que exista desaprensión o despreocupación que ponga en peligro al niño, puesto que existe conciencia en los progenitores que lo entregan, de que el mismo estará bien atendido moral y materialmente. No existe intencionalidad ni resultado de poner en peligro moral ni material a los hijos. Más aún, resulta contra el superior interés tutelado, el hacer cargar a un niño con el rótulo de abandonado, cuando tal situación no se ha producido en los hechos ni en la voluntad de quien decide entregar-

lo...este fuero evaluará si existe situación de riesgo, así como la regularidad de dicha entrega. La misma no se encuentra comprendida en los términos del art. 318 del Código Civil, ni tampoco una imposibilidad para que los progenitores elijan quienes van a ser los guardadores de sus hijos, por el principio de que todo lo que no está prohibido está permitido...”⁸

El deber de registrarse de los futuros adoptantes

Cabe aquí hacer referencia al art. 2 de la ley 24.779 que creó un Registro de Adoptantes; comenzaron organizándose primero en las provincias y ciudad autónoma y en la práctica funcionan mediante listas que se confeccionan en los Juzgados de Menores. El Registro Único, de orden nacional, fue creado por la ley 25.854, comenzó a funcionar en septiembre de 2005, pero aún no cuenta con la adhesión de todas las provincias.

Hasta ahora lo han hecho la Capital, Buenos Aires, San Juan, Santa Cruz, La Rioja y Tierra del Fuego. Y sólo la Capital traspasó los datos.⁹

Si bien constituye inscribirse un requisito y su fin es juzgar la aptitud para adoptar de los peticionantes, ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires que no es requisito ineludible: “...resulta un factor de singular valor a los efectos de estar en condiciones de resolver con mayor posibilidad de éxito acerca de la idoneidad de los eventuales adoptantes de acuerdo con las características que presenten los niños en situación de adoptabilidad, pero que constituye simplemente un medio instrumental, como tal ordenado a la consecución de un fin...Empero, no puede representar una especie de monopolio para determinar las personas que puedan adoptar a un niño” No obstante, en el orden nacional y de las provincias que han adherido a la ley cre-

⁸ Causa 15.807 “N. J. T s/Guarda con fines de adopción plena”. Sentencia del 08-06-04, del voto en disidencia de la Dra. Silvia S. CHAVANNEAU.

⁹ Diario Clarín Domingo 28 de mayo de 2006, pág 43.

adora del Registro Único, la exigencia según esta ley, es un requisito ineludible, puesto que dispone en su art. 16 que es requisito esencial, y en su decreto reglamentario que los jueces “sólo podrán otorgar guardas con fines de adopción a los postulantes incluidos en la nómina de aspirantes admitidos.”¹⁰

Considero que la solución adoptada por la SCBA es muy prudente, dado que los peticionantes deben reinscribirse cada año, exigencia que resulta de difícil cumplimiento, debido a la larguísima espera que deben soportar, la cual desanima y así muchos dejan pasar el año sin reinscribirse y sería muy injusto privarlos de una adopción por el solo hecho de no contar con esa re inscripción, como ha sido valorado en el caso. A mi juicio la falta de este requisito no es óbice para el otorgamiento de la guarda mediando consentimiento de la progenitora.

Es un instrumento, una herramienta para evaluar la aptitud de los adoptantes, no un requisito sine qua non que de ninguna manera la ley de adopción exige.

Además, como se señala en el fallo, en las guardas de hecho el deber se traduce en anotarse en el Registro, luego de la sentencia judicial de guarda, conforme al decreto 383/2005.

VI. El orden público y la autonomía de la voluntad en la adopción

La irrenunciabilidad de la patria potestad es un bastión del orden público en contraposición a la autonomía de la voluntad.

En el caso que comentamos tanto el Juez de Menores como la Cámara han tomado un papel inquisidor y descalificado la voluntad de la madre, juzgando este acto como atentatorio del orden público, cuando deberían haberse limitado al rol que les asigna la ley: el de controlar la legitimidad de esa entrega prenatal, y hacer un control de legali-

¹⁰ Ver un análisis más completo en BURDEOS, Florencia “Registro de Aspirantes, guarda de hecho y derecho de la madre biológica a elegir a quién entregar a su hijo en adopción” Revista de Derecho de Familia Editorial LEXIS NEXIS 2006-I, p. 171.

dad, oportunidad y conveniencia. Han decidido el destino del niño por sobre la decisión de la madre, y lo han considerado abandonado.

Ha constituido una injerencia indebida del Estado, dado que de los requisitos que apunta la Doctrina para constituir una intromisión válida tan solo cumple con el de “tener un fin legítimo” -combatir el tráfico de niños-, pero no cumple con los restantes, ya que no está “prevista por la ley” ni “justificada en una necesidad social imperiosa” ni “es necesaria para en una sociedad democrática.” El art.11 de la CADH dice al respecto “nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia.”. En el caso expresamente la madre de la menor alude: “en el servicio Social, (es) donde se armó todo este lío”.

Considero que no violenta el orden público que una madre decida antes del parto o luego de éste, a quien ella prefiere delegar su autoridad parental. No violenta el orden público que una madre renuncie voluntariamente a la patria potestad, si en forma responsable, siendo el Juez quien evaluará si son idóneos para ejercerla, y si han mediado móviles ilegítimos en esa entrega.

¿Se trata de un caso de adopción prenatal?

Sólo mencionaremos este tema por su parangón con el tema que estudiamos, y la utilidad de algunas reflexiones aplicables.

La doctrina circunscribe este concepto a la dación a terceros de óvulos fecundados extracorpóreamente, que no pudieron ser transferidos al seno materno”.¹¹

Considero que el caso en comentario no integra el género adopción prenatal puesto que la misma se configura antes del nacimiento, y en cambio en el presente se estaría en presencia de una “guarda prenatal” que no llegó a configurarse después del parto, por intervención de personal del establecimiento sanitario y en consecuencia del Juez

¹¹ Véase al respecto, el interesantísimo trabajo de LOYARTE, Dolores “Adopción prenatal: reflexiones sobre un proyecto de ley”, 1998-III, pág. 964

de Menores. De haberse concretado la guarda de hecho, la solución hubiese sido bien distinta, dado que hace hincapié el magistrado votante en que no hubo contacto que deba preservarse, dice “la niña no llegó a estar siquiera un instante con los apelantes”, con lo cual no se justifica desatender la psique de la menor y evitar un futuro trastorno por el cambio de guardadores.

¿Cuál hubiera sido la suerte de este matrimonio si hubiese iniciado un juicio de guarda con fines de adopción antes del nacimiento de la beba? ¿Se hubiese tratado de una adopción prenatal?

VIII. El niño no es un objeto

La crítica fundamental a este tipo de convenciones es que el niño dado en guarda por contrato es tratado como un objeto y que dicho contrato es nulo por contraponerse su objeto a lo dispuesto por el art. 953 C.C.¹²

Pienso que esta reflexión es incorrecta, y expongo dos argumentos lógicos que lo ponen de manifiesto:

En primer lugar el argumento legal: conforme a la doctrina sentada por este fallo la madre no puede decidir a quién desea entregar su hijo en adopción, cuando sí puede designarle tutores en caso de muerte: art. 328 Código Civil.

En segundo lugar, aplicando ese criterio deberíamos ver al niño como objeto del juicio de adopción, ya que el juez dispone de él cual de una cosa objeto de litigio.

He aquí la palmaria contradicción y la fragilidad de esta crítica: Objeto no es sólo el objeto patrimonial, de otro modo no se explicaría que haya actos jurídicos con objeto extrapatrimonial (ej. compromiso de entrega de un órgano para trasplante entre vivos, aunque sea un compromiso irrevocable, no deja de ser acto jurídico).

Lo de ilegal e inmoral puede caber si nos encontramos frente a un

¹² BURDEOS, Florencia, op cit, pág. 177

“contrato” de esclavitud o sujeción a servidumbre, una compraventa de persona como prohíbe la Constitución Nacional, o si mediara un precio, lo cual afectaría la dignidad de la persona.

Pienso que lo que debe preservarse en este tipo de convenciones y ser controlado por parte del juez, en uso de sus facultades amplias, es la gratuidad. Al respecto, cabe mencionar, y en relación con el tema anterior que en España la dación de embriones se admite y “es un contrato gratuito, formal y secreto, realizado en un centro autorizado.”¹³ Como corolario y en apoyo de esta reflexión, citamos otra vez a la Dra. LOYARTE: “Son personas por nacer, entonces no se puede disponer de ellas como si fueran “cosas”. Sólo se puede decidir sobre su destino”.¹⁴

IX. El interés superior del Niño

Acudir a los principios generales otorga en gran medida la seguridad de haber salvado legalmente el conflicto. El recurso abusivo a tal principio, no es privativo de la República Argentina, como lo demuestra esta observación de JEAN CARBONNIER “Es el interés del niño el que debe ser considerado como la verdadera noción mágica. Por más que esté en el espíritu de la ley, lo que ésta no contiene es el abuso que hoy se hace de la misma. Llegada al límite de la exageración, volvería superfluas todas las instituciones relacionadas con el derecho de familia.”¹⁵

Hay que tener mucho cuidado al hablar de este interés superior: pues se acude a él de forma muchas veces rutinaria y obligatoria. Este interés se ha definido como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia

¹³ MEDINA, Graciela, op cit, pág.35

¹⁴ LOYARTE, Dolores, op cit, pág.965 Nótese la coincidencia en la palabra “destino”, que he elegido para titular el caso en comentario

¹⁵ ELIACHEFF, Caroline “Del Niño Rey al Niño Víctima”. Editorial Nueva Visión, Buenos Aires, 1997, página 87.

histórica determinada, analizado en concreto, ya que no concebimos un interés del menor puramente abstracto”¹⁶

Su apreciación debe ser el haz de luz que ilumine la situación, sin dejar a los demás involucrados a un lado, pues bien analizado, los padres biológicos, en particular la madre que lo da a luz, también es autora activa del destino de este niño concreto, y muchas veces será la más idónea para determinar quiénes serán los más idóneos para convertirse en adoptantes.

Además, no hay que descartar, pues no es malo en sí mismo, que hasta puedan albergar ambas partes la esperanza de proseguir manteniendo un contacto en el porvenir.

La experiencia indica que muchos hijos adoptivos en algún momento de su vida, inquietan sobre los padres de sangre, a quienes desearían conocer al menos sólo por curiosidad, con lo cual se protegería en mayor medida el derecho del niño a conocer su identidad. Y en algunos casos podrá ser necesario para la salud del hoy niño (y mañana persona mayor), por ejemplo, para indagar sobre génesis de algunas enfermedades, ahora que tanto se ha investigado en genética, protegiendo también su derecho a la salud.

Se abre paso entre la Doctrina, una corriente de pensamiento que propicia la idea de dar valor a la voluntad de la madre sobre la base del interés superior del niño (postura de la Dra. Marisa HERRERA). Esta es, a mi entender, la postura acertada.

Por el contrario, del fallo que comento surge una visión distinta, basada en el argumento de que un pacto de esta naturaleza roza la prohibición del objeto de los contratos y que resta valor a la voluntad de una madre que abandona, puesto que para la doctrina de este fallo “es muy discutible que pueda oírse a quien ha optado por el abandono del niño.”

¹⁶ Ponencia del Dr. PETTIGIANI Eduardo J. presentada en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia- “El interés superior del menor ¿es superior a todo otro interés? Libro de Ponencias, comisión 2. y su voto en Ac 66519 y 71303 y fallo C, B v. W, M.D. 04-06-03

Al respecto, ya he discurrido sobre lo difícil que puede ser para una madre llevar adelante un embarazo en estas circunstancias, y lo valioso de su decisión de dar su hijo en adopción, que de ninguna manera es abandonarlo. "Más aún, resulta contra el superior interés tutelado, el hacer cargar a un niño con el rótulo de abandonado, cuando tal situación no se ha producido en los hechos ni en la voluntad de quien decide entregarlo..." (del voto de la Dra. Chavanneau en la causa antes citada.), por lo cual pienso que no es justo descartar a priori la voluntad de la madre biológica en tan trascendente decisión.

X. Conclusiones

Siempre es difícil el tema de la autonomía de la voluntad, pero vale la pena apostar por ella, tomando los debidos recaudos.

El respeto de la identidad del adoptado y la consideración en cuanto al estatus del embrión y los derechos del nasciturus, influyen también en este criterio. Desde qué momento los lazos afectivos comienzan a tejerse, entrelazando la identidad que luego conformará la personalidad de ese nuevo ser humano? Puede haber aún dudas de su momento exacto, pero no las hay desde la ciencia Médica, y la Psicología, de que comienza antes del parto: "Durante la vida intrauterina el feto "escucha por la piel" gracias a las vibraciones que la voz provoca en el líquido amniótico."¹⁷

El hecho de que dos personas acompañen a una adolescente durante su embarazo, sosteniéndola anímica y económicamente, y aunque sólo fuera del segundo modo, por no tener relación estrecha, - como es en el sub exámine-, es un actuar sin duda valioso para la sociedad, y en el que no debe vislumbrarse a priori un hecho ilícito oculto, si bien no cabe suponer la buena fe sino investigar las circunstancias de cada caso.

El lazo creado entre estos pretensos adoptantes y el nasciturus debe respetarse. Quien es adoptado -cuanto antes lo sea, mejor-, ten-

¹⁷ ELIACHEFF, Caroline, op cit, página 38.

drá mayor felicidad y seguridad en su identidad, si quienes son sus padres "afectivos" le cuentan -a su debido tiempo- que si bien no han podido engendrarlo biológicamente, lo han amado y acompañado desde el seno materno.

Quitar esa ilusión, negándoles todo derecho, y máxime mediando consentimiento de la madre, ha significado sancionar la buena fe. Corresponde al Estado arbitrar los medios para contar con adecuados mecanismos de control y prevención de situaciones dudosas, y de Servicios de Asesoramiento adecuados para acompañar interdisciplinariamente el desarrollo de estos casos.¹⁸

¹⁸ A favor: Cám Apel. Mar del Plata Sala II, 23.9.99 en El Derecho, 186-234 y Superior Tribunal de Misiones, 28.4.03, en La Ley Litoral, 2004-1041, con nota favorable de MUSA, María del Carmen, cuyo título lo dice todo: "

DECLARACIÓN DE INSANIA. CONCEPTO DINÁMICO.

*Héctor Daniel Fernández**

I – Sistema del Código Civil.

En el sistema previsto por Velez Sarfield, la declaración de incapacidad por demencia está prevista para aquellas personas que por causa de enfermedades mentales, no tuviesen aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes¹.

La declaración de insania, en los términos de esta norma implica la incapacidad absoluta de la persona declarada demente². Así, la aplicación estricta de los arts. 54 y 141 del Código Civil, trae aparejados para la persona declarada demente en sentido jurídico, entre otros efectos, no poder votar, no poder celebrar contratos ni actos jurídicos por sí, ni administrar el dinero que provenga de sus ingresos, ni comprar cigarrillos, ni viajar en el transporte público, ni cobrar por sí mismo la pensión que le corresponda en razón de su incapacidad.

Con la reforma de 1968 se morigeró en parte la gravedad del sistema y así, la ley 17.711 incorporó el artículo 152 bis, mediante el cual se estableció, para quienes padecieran embriaguez o adicciones, retraso mental, o prodigalidad³ la posibilidad de limitar exclusivamente la capacidad de disposición sin alterar la de administración.

** Curador Oficial del Departamento Judicial de San Martín*

¹ Art. 141 Cód.Civ. Se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes

² Art. 54 Cód.civ: Tienen incapacidad absoluta: 1º)...3º) Los dementes...

³ Art. 152 bis. Cód.Civ. Podrán inhabilitarse judicialmente:

1º A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio.

2º A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o a su patrimonio.

3º A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expu-

Más allá de que esta innovación parece estar destinada más a la preservación del patrimonio que a la protección y rehabilitación de la persona, su inclusión sólo alcanza a un porcentaje mínimo de casos. La gran mayoría de las personas afectadas por este tipo de procesos son encuadradas en las previsiones del antiguo art. 141 Cód. Civ.

Resulta habitual que en la parte resolutive de las sentencias de insanias, se declare demente en sentido jurídico, calificación de por sí estigmatizante en la que se agrupan una cantidad de personas afectadas por patologías tan diversas, que su agrupación en una sola categoría jurídica sin distinciones resulta una verdadera incongruencia. Así, podemos encontrar con la misma calificación jurídica a personas con retraso mental grave (imposibilitadas absolutamente de valerse por sí mismas), moderado, o leve, personas que han sufrido alcoholismo, o personas afectadas de esquizofrenia que, tratamiento mediante, pueden llevar un régimen de vida casi normal. Así de acuerdo a su nivel cultural y preparación, muchas de estas personas, conocen perfectamente el valor del dinero, se manejan con absoluta autonomía, pueden realizar distintos tipos de actividades y llevan un régimen de vida de total integración a la comunidad.

A fin de graficar la falta de razonabilidad en el encasillamiento que se produce desde el sistema judicial en estos expedientes, cabe referenciar distintos casos, tramitados en juzgados del Departamento Judicial de San Isidro.

siesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendiente o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendiente y descendientes.

Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación.

Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos.

Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Caso de “Juan”. El paciente sufrió de meningitis inmediatamente a su nacimiento, con un importante compromiso neurológico. Juan, hoy tiene 30 años, es cuadripléjico, no sabe darse a entender, no puede alimentarse por sí mismo, no controla sus funciones fisiológicas, vive sobre una silla de ruedas, requiere atención permanente por la fragilidad de su salud. En el año 2002, se dictó sentencia declarándolo demente en sentido jurídico.

Caso de “Ernesto”. El causante, luego de terminar sus estudios secundarios, presenta una crisis de tipo emocional, en el marco de una crisis familiar general en la que él aparece como el emergente. Su familia, a través de su madre, solicita su internación psiquiátrica, la que se ordenó en el Hosp. Domingo Cabred de Open Door. Fue dado de alta al poco tiempo. En el año 1997, merced a un diagnóstico de esquizofrenia, se dicta sentencia declarando su demencia en sentido jurídico y se designa a su madre como su curadora, quien tramitó un subsidio por hijo discapacitado a través del ente previsional correspondiente. En el año 2005, frente a la agudización de la problemática con su madre, ésta fue removida de la curatela y se designó en su reemplazo a la Curaduría Oficial. No obstante aquella sentencia, Ernesto obtuvo distintos trabajos, conservó de hecho el manejo de sus propios fondos, formó pareja, contrajo matrimonio (*aclarar algo respecto a esto siendo insano*) y tuvo un hijo. Con posterioridad y en procura de una mejora económica, cambió de lugar de trabajo y logró alquilar una vivienda en la que vive con su familia. Al poco tiempo y tras superar una examen psico-físico, fue ascendido en su nuevo trabajo. Una nueva crisis familiar, esta vez con su esposa generó un pedido de internación por parte de ésta, y Ernesto ingresó nuevamente al Hospital Cabred. La internación fue breve. Los profesionales tratantes informaron que su caso no encuadraba en el supuesto del art. 141 Cód.Civ. y en el peor de los casos para Ernesto se lo podía incluir en el del art. 152 bis del Código Civil. En base a este informe, que reunía los requisitos del art. 625 C.P.C., desde la curaduría oficial se solicitó su rehabilitación parcial y se cumplieron con los traslados correspondientes. La reconciliación con su esposa determinó el pedido de esta de ser designada curadora, a lo que se hizo lugar. El trámite de rehabilitación quedó inconcluso y hoy

Ernesto, a pesar de llevar una vida absolutamente normal, y autosuficiente como también conservar su trabajo, para el sistema continúa siendo una persona demente en sentido jurídico.

Caso “Martina”. Se trata de una persona de aproximadamente 45 años de edad, quien tuvo distintas internaciones en el Hospital Esteves. Como consecuencia de éstas, el expediente de internación se transformó en insania y en él se dictó sentencia declarándola demente en sentido jurídico. Hace aproximadamente 4 años que se encuentra externada en forma ininterrumpida, cumple debidamente con el tratamiento y los controles, vive con su compañero en una casa de su propiedad. Merced a su iniciativa, se realizaron distintos arreglos en la vivienda, adquirió herramientas de jardín para que su compañero trabaje como jardinero en el barrio y ayuda a sus hijas en tareas escolares. Para mejorar sus ingresos, y por decisión propia realizó unas modificaciones en su casa que le permitieron alquilar un cuarto en forma independiente.

No obstante la diversidad en sus características de cada uno de estos casos, el distinto grado de autosuficiencia y autonomía que presentan, estas tres personas han sido incluídas todas en la misma categoría jurídica (art. 141 Cód.Civ.). Existen numerosos ejemplos de personas con niveles de autonomía similar a los de Ernesto y Martina. En los casos de éstos, la amplitud de criterios de los respectivos magistrados ha permitido flexibilizar el rigor y estrictez de aquella norma y autorizarlos a realizar distintos actos, como por ejemplo administrar por sí mismos sus ingresos.

La exposición de estos casos, como tantos otros que se podrían incluir, pone de manifiesto la diversidad de características y funcionalidad de las personas con padecimientos psiquiátricos y la inadecuación de cualquier interpretación estricta de las normas de los arts. 141 y 152 bis del Código Civil para procurar su rehabilitación. Así como ocurre con sus expedientes judiciales, las personas afectadas por este tipo de juicios son también incorporadas todas en un mismo casillero: el de insanos declarados. Lamentablemente, en muchos casos, esto ocurre sin que se haya tomado contacto directo con la persona⁴.

El sentido y objeto mismo de la intervención del aparato judicial no debe ser otro que el de la rehabilitación y recuperación de la persona⁵. Obviamente en la medida posible, de acuerdo a su patología y a sus propias características; es decir, **el mejor régimen de vida que su capacidad le permita lograr**. No obstante, desde el órgano jurisdiccional se lo estigmatiza con un encasillamiento que difícilmente lo ayude para rehabilitarse. Así, se produce muchas veces cierta tensión entre aquel objetivo y el dictado de una sentencia que tiende a la anulación de las potencialidades de la persona. La judicialización del paciente, suele generar una serie de inconvenientes que terminan dificultando y hasta obstaculizando aquella posibilidad de rehabilitación y reinserción en la comunidad. En este sentido se ha afirmado que resulta imprescindible estimular la rehabilitación e integración mediante el compromiso de la sociedad. *Es esencial apelar a la inteligencia y a la conciencia moral a fin de transformar el desinterés o el rechazo actuales por cuando la sociedad es la que discapacita y rehabilita, segrega y agrega. La sociedad, por ello, ha de ser objeto de intervenciones que la hagan cada vez menos agresiva y más accesible, menos áspera y más hospitalaria, menos normativa y más tierna*⁶.

II - Pericia Judicial y sentencia.

El juicio de insania, se basa en la pericia realizada por tres profesionales psiquiatras⁷. El dictamen debe satisfacer los requisitos previstos por el art. 625 C.P.C.C. que establece que *“Los médicos, al informar sobre la enfermedad, deberán expedirse con la mayor precisión posible, sobre los siguientes puntos:*

⁴ Se pueden ver expedientes judiciales en los que la sentencia se dicta en base a un informe remitido por fax o por correo desde el lugar de internación.

⁵ Art. 481 La obligación principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes.

⁶ Krauft Alfredo Jorge, “Salud Mental Tutela Jurídica”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2006.

⁷ Art. 142 Cód.Civ.: “La declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos”.

1º) *Diagnóstico.*

2º) *Fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó*

3º) *Pronóstico.*

4º) *Régimen aconsejado para la protección y asistencia del presunto insano.*

5º) *Necesidad de su internación”.*

Estos recaudos constituyen el contenido mínimo que debe contener la pericia, que no obstan a la facultad de los peritos de brindar la mayor información posible sobre los antecedentes históricos de la persona, sobre las características de la patología, sobre la incidencia del tratamiento y sobre cuales son sus capacidades residuales o conservadas. Esto resulta no solo recomendable, sino hasta necesario a los fines del dictado de la sentencia que mejor satisfaga las particularidades del caso y las posibilidades de rehabilitación de la persona.

En su informe, es de práctica habitual que los profesionales, además de indicar el diagnóstico, agreguen la calificación jurídica, ya sea encuadrando a la persona en alguno de los supuestos del art. 152 bis (inhábil) o dentro del art.141 que implica demencia en sentido jurídico (demente en sentido jurídico). Tan habitual y arraigada se encuentra esta práctica, que cuando los peritos la omiten, los jueces suelen exigirle.

En los hechos se produce así una delegación de funciones y de responsabilidad, absolutamente impropia. La calificación jurídica resulta un deber exclusivo del juzgador⁸. No se trata de homologar un informe pericial, sino de dictar una sentencia luego de un profundo análisis del caso y en el supuesto de que corresponda algún tipo de discapacidad, efectuar la calificación jurídica y establecer el régimen que mejor convenga a la protección y rehabilitación de la persona. Resultan apli-

⁸ Conf. Art. 163. inc. 5º. C.P.C.C. Conf. Cam NAc Civil Sala C Septiembre 28/95 publicado en diario LL 30/ 7/97.

cables las normas de los arts. 14, 16, 75 inc. 22 CN., arts. 1º, 9, 14, 17, 25, 26 y conc. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (aprobado por ley 26378), 150, 152 y 152 bis del Código Civil y 627 y 629 C.P.C. art. 141, 150, 152 bis. Cód. Civil.

La facultad-deber del juzgador para expedirse sobre la capacidad de la persona, aún sin aplicar la convención, de conformidad con las disposiciones de los arts. 141, 150 Cód. Civ. y 627 C.P.C.C., comprende la posibilidad de: 1) Decretar la incapacidad en forma absoluta. 2) Decretar la inhabilitación en los términos del art. 152 bis del Código Civil. 3) Rechazar la demanda⁹. Entre ambos extremos, es decir entre la incapacidad absoluta prevista por el art. 141 y el rechazo de la demanda, existe una amplia gama de situaciones intermedias. La facultad judicial que permite al magistrado encuadrar un caso particular en uno u otro extremo, o en el del art. 152 bis del Código Civil, conlleva lógicamente la de encuadrarlo en cualquiera de todas aquellas posibilidades comprendidas entre ambas posibilidades¹⁰ y en su caso autorizarlo a efectuar las actividades u actos que su estado de salud permita. Corresponde en cada caso en particular la evaluación del paciente,

⁹ Fassi, Santiago: Cuando el dictamen se pronuncia por la enfermedad del presunto insano, el juez, sobre la base de otras pruebas, podría persuadirse de la opinión contraria y en tal caso, como su opinión no sería lesiva de la capacidad del denunciado, no estaría obligado a ceñirse al parecer de los médicos. Pero si el dictamen médico asevera que el denunciado está sano, parece inaceptable que el juez pueda apartarse del mismo para decidir la interdicción, pues ello importaría desconocer la función que la ley le asigna a la pericia médica no es otra que la de operar como garantía de la justicia y acierto de un pronunciamiento que proyectará sus efectos sobre un asunto tan trascendental como es el de la capacidad de las personas “. Códoro Procesal Civil y Comercial Comentado, Anotado y Concordado” Ed. Astrea.

¹⁰ Art. 627 C.P.C.C.: “ Antes de pronunciar sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto insano a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación. La sentencia se dictará en el plazo de quince (15) días y se comunicará a los registros de incapaces y del estado civil de las personas.

Si no se declarase la incapacidad, cuando el juez estimare que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar, presumiblemente, daño a la persona o patrimonio del que sin haber sido hallado demente presenta disminución de sus facultades mentales, podrá declararlo inhabilitado en la foma y con el alcance previsto en el artículo 152 “bis” del Código Civil.

La sentencia será apelable dentro del quinto día, por el denunciante, el presunto insano o inhabilitado, el curador provisional y el asesor de menores”.

el análisis de su realidad, de sus posibilidades, de sus proyectos y de la eficacia del tratamiento que realiza. En tal sentido, el contacto personal del o de los magistrados con la persona cuya interdicción se solicita, entrevista prevista por el art. 627 C.P.C.C., resulta esencial. Lamentablemente no en todos los casos se lleva a cabo.

Por otra parte, no se debe dejar de contemplar que los avances de la ciencia médica permiten hoy, con el debido tratamiento y control, que una persona afectada por ejemplo de esquizofrenia pueda mantener un régimen de vida muy superior al que se podía esperar algunas décadas atrás.

Desde el ámbito jurisdiccional, se debe favorecer la evolución del paciente y permitir los instrumentos necesarios para facilitarla. El objeto procesal del expediente judicial, además del de dilucidar su capacidad jurídica, es el del resguardo y cuidado del justiciable. Este concepto amplio de protección de la persona incluye el cuidado de su salud, de su rehabilitación física y mental y el mejoramiento de su calidad de vida. Ese es el contenido a satisfacer desde el ámbito jurisdiccional. Corresponde por lo tanto que la intervención judicial acompañe a la realidad del paciente y no que la vida de este se adecue a la de una incapacidad absoluta dictaminada en un informe médico¹¹.

III - Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad.

A - Capacidad civil.

Con fecha 21 de mayo de 2008, mediante la ley 26.378 se aprobó la Convención Internacional de los Derechos para las Personas con Discapacidad, la que había sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

¹¹ Corresponde señalar que en el ámbito departamental, la generalidad de los juzgados civiles con competencia residual como el Tribunal de Familia n° 1 comparten y aplican este criterio.

La convención contiene un preámbulo, señala los propósitos y en su artículo 3 declara los principios que la inspiran. Su amplio articulado contiene numerosas normas que modifican en forma sustancial el sistema original de Velez Sarfield. Resulta necesario por lo tanto puntualizar estos aspectos.

En la visión original y con miras a su protección, el código civil establecía la **incapacidad absoluta** de las personas que denomina “dementes” (inc. 3°) y de los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (inc. 4°). Así, en pos de su resguardo y protección se las inhabilitaba en forma absoluta para realizar por sí mismas cualquier acto de la vida civil. Cabe recordar que las personas sordomudas de nacimiento, pueden hoy leer los labios y hablar en forma normal. Ello, basta para ejemplificar lo inadecuado de aquellas normas.

Y bien, la convención establece un nuevo paradigma orientado al reconocimiento mismo de la persona como sujeto de derecho, a su dignidad y fundamentalmente a su integración y rehabilitación. Su ámbito de aplicación se extiende a todas aquellas personas con discapacidad e incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (conf. Art. 1°).

En tal sentido, establece:

Artículo 3°

Principios generales

Los principios de la presente Convención serán:

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

b) La no discriminación;

c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas

con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

e) La igualdad de oportunidades;

f) La accesibilidad;

g) La igualdad entre el hombre y la mujer;

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Resulta importante esta norma, en cuanto no solo establece las bases ideológicas del ordenamiento, sino que además de ella emanan pautas orientadoras para su interpretación y aplicación.

En este nuevo marco jurídico, estimo que los arts. 54 y 141 del Código Civil, como categorías jurídicas cerradas han sido derogados.

En su preámbulo, la convención reconoce la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos y la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación. **Establece que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.** Reconoce la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, **incluida la libertad de tomar sus propias decisiones.** Establece como principio el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas (art. 3°).

Este dinamismo o movilidad debe ser entendido no sólo en cuanto al concepto en sí de discapacidad, sino también como referido a las posibilidades de evolución de cada paciente. Así, en cada caso en particular, al dictar sentencia, corresponderá determinar qué actos podrá o no realizar por sí misma la persona de acuerdo a sus propias características, parámetros que eventualmente podrán modificarse de acuerdo a su propia evolución. Conforme a las pautas de la convención, como así también al principio constitucional del art. 18 CN y a la norma del

art. 53 del Código Civil, corresponde presumir la plena capacidad de cada individuo y la excepción es su limitación, en el marco del debido proceso judicial. Así, con fundamento en las disposiciones de la convención, se ha establecido que “... **la sentencia que declara la interdicción debe determinar la extensión y los límites de la incapacidad, a tal efecto si el estado del interdicto lo hace posible y conveniente, el tribunal debe especificar los actos que el interdicto puede realizar por sí o con asistencia del curador...**”¹².

En este sentido, el art. 8 inc. a) III) de la convención dispone como obligación de cada Estado parte “...**Promover el reconocimiento de las capacidades, los méritos y las habilidades de las personas con discapacidad y de sus aportaciones en relación con el lugar de trabajo y el mercado laboral;...**”.

Asimismo, el art. 12. establece ... “**1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.**

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el

¹² Fallo del Tribunal de Familia n° 1 de Mar del Plata, exp. N° 4333, septiembre 2008.

plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Consecuentemente, **en la medida que ello resulte posible**, las personas con discapacidad deben gozar de plena capacidad jurídica y tienen derecho a tomar sus propias decisiones y a administrar por sí mismas sus bienes. En tal sentido, la representación legal supletoria establecida por el juego armónico de los arts. 57, 481 y conc. del cód. civil no tendrá por fin sustituir la voluntad de la persona bajo curatela sino precisamente el establecimiento de un mecanismo legal para superar sus impedimentos y garantizar el pleno goce de sus derechos.

A tales fines el artículo 26 de la Convención Internacional de los Derechos para las Personas con Discapacidad, establece el compromiso del Estado **"....para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida...."**.

B – Derecho a formar una familia.

Establece el artículo 23: **Respeto del hogar y de la familia**

1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con dis-

capacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges;

b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos;

c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás.

2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

3. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia. Para hacer efectivos estos derechos, y a fin de prevenir la ocultación, el abandono, la negligencia y la segregación de los niños y las niñas con discapacidad, los Estados Partes velarán por que se proporcione con anticipación información, servicios y apoyo generales a los menores con discapacidad y a sus familias.

4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos.

5. Los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar.

Si bien se podía llegar a igual conclusión por aplicación de los principios generales (arts. 16, 18 CN., 3, 17, 24 del Pacto de San José de Costa Rica, art. 23 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos), la convención reconoce expresamente el derecho de las personas con discapacidad a formar una familia, a contraer matrimonio, a procrear y a ejercer la guarda y custodia de sus hijos.

Ahora bien, el art. 166 inc. 8° del Código Civil establece como impedimento para contraer matrimonio **la privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere.**

El consentimiento es un elemento constitutivo del matrimonio y su ausencia, lo torna inexistente (art. 172 Cód.Civ.). No obstante, legislativamente la ausencia de razón ha merecido un tratamiento diferenciado y constituye un impedimento de nulidad relativa.

Durante la vigencia de la ley 2393, se discutió si el impedimento se refería a la interdicción judicial o si incluía también a las personas afectadas por pérdida de la razón sin intervención judicial. En tal sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala A, con voto del Dr. Arauz Cástex, resolvió que el impedimento no era la interdicción sino la locura en sí, con independencia de que la persona se encontrara o no interdicta judicialmente¹³.

La redacción de la norma del código civil a través de la reforma de la ley 23.515, despeja cualquier duda en cuanto a que el impedimento es la ausencia de razón con independencia de que la persona esté o no afectada por una interdicción civil. Así, quien cuente con discernimiento suficiente, aunque haya sido interdicto judicialmente por padecer una enfermedad mental, podrá contraer matrimonio. En tal sentido, se ha afirmado que “...es hábil para contraer matrimonio el que padece una enfermedad mental, interdicto o no interdicto, pero que goza de discernimiento en el momento de la ceremonia...”¹⁴. En el mismo sentido, Belluscio afirma que el impedimento *se refiere a la situación de hecho de demencia sin relación con la interdicción –que sólo invierte el cargo de la prueba-, que los actos de los dementes en los intervalos lúcidos se consideran hechos con discernimiento (Cód.Civ. 921), y que por intervalos lúcidos debe entenderse la curación de la enfermedad en el tiempo que media entre dos accesos de psicosis periódica, cabría llegar a la conclusión de que en ellos el impedimento no rige, de manera que sería válido el matrimonio del enfermo mental que se halla en esas condiciones*¹⁵. No obstante, el Dr. Belluscio concluye en la subsistencia del impedimento relativo, a pesar de que la celebración se haya producido durante un intervalo lúcido si el contrayente sano desconocía la enfermedad (conf. Art. 220 inc. 2° Cód.Civ.).

Cabe preguntarse si en el caso de personas interdictas, es necesario el pedido de autorización judicial para la celebración del matrimonio. La aplicación de los principios ya enunciados, permitiría dar respuesta negativa. No obstante, teniendo en cuenta la importancia y trascendencia del acto, estimo que razones de prudencia aconsejan aplicar analógicamente el art. 167 del Código Civil y en tales casos requerir la autorización judicial por intermedio de sus representantes legales y en interés del interdicto.

¹³ Cám. Nac. Civ., sala A, 06/06/52, LL 73-340.

¹⁴ Zannoni Eduardo “Derecho Civil- Derecho de Familia” Editorial Astrea, 3ra. ed. T. I, pag.260. Conf. Mendez Costa M.J. “Régimen legal del matrimonio civil”, citada por Zannoni .

¹⁵ Belluscio Augusto César “Manual de Derecho de Familia”, Ed. Depalma 6 edición, pág. 171.

Obviamente, las personas inhabilitadas en los términos del art. 152 bis del código civil son capaces y por lo tanto, están plenamente habilitadas para contraer matrimonio.

Conclusiones.

La incorporación de la convención a nuestro derecho interno, en primer lugar brinda a los profesionales del derecho con incumbencia en este tema, una herramienta invaluable para efectivizar la plena vigencia de todos los derechos de las personas con discapacidad.

En segundo lugar, no por eso menos importante, establece para los operadores del sistema un nuevo paradigma, orientado hacia el reconocimiento pleno de la persona en su propia individualidad y en sus potencialidades antes que en sus discapacidades. Invierte la ecuación de valores antes vigente y establece como prioridad del sistema la protección efectiva de cada sujeto con sus propias y únicas características, antes que la de su patrimonio.

Sin menguar en absoluto la importancia que tiene la incorporación de la convención a nuestro derecho, me permito referir los interrogantes que con preocupación se plantea Carlos Ghersi: *Un Estado anómico y despreocupado por el ser humano como el que nos ha construido el neoliberalismo globalizado ¿Podrá cumplir con las obligaciones que ha asumido al ratificar la convención? ¿Podrá hacer cumplir a las empresas privadas -llámense clínicas, obras sociales, etc.- las obligaciones que a ellas les cabe?*¹⁶

¹⁶ Ghersi Carlos A. "Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad" en L.L. Año LXXII N° 234, publicación del día 04/12/08.

FINALIDAD DEL PROCESO SUCESORIO – ÁMBITO DE CONOCIMIENTO DEL JUEZ DE LA SUCESIÓN

Lucila Inés Córdoba.

“...hallar la esencia en la variedad, los contornos en la vastedad...”

–Guastavino–

I.- Resulta de gran interés el tema resuelto por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelación en lo Civil, en los autos “RODRIGUEZ Y GALINDO, Aquilino s/incidente civil”, R.524.139, porque aclara una cuestión que se presenta a diario en los procesos en trámite, como lo es la finalidad del proceso sucesorio.

En el supuesto que comentamos, el Tribunal resolvió revocar el pronunciamiento de primera instancia mediante el cual se le ordenaba a la administradora de la sucesión, concluir un contrato de locación y restituir el inmueble objeto de dicho contrato e integrante del acervo sucesorio.

En lo referente a la disposición que ordenaba poner fin al contrato de locación, entendieron los magistrados que no era necesario un pronunciamiento judicial para el logro de dicho cometido. Como fundamento de ésta resolución, expusieron que el convenio celebrado ya se encontraba resuelto, por no haber mediado reconducción expresa del locador -en este caso, el causante- -cfr. art. 1622 C.C.-

El tribunal además revocó la resolución de primera instancia, en cuanto disponía restituir el inmueble a los herederos. Como fundamento de dicha manda judicial se expuso que lo pretendido excedía el marco de conocimiento del proceso sucesorio.

II.- Reseñada la importancia del desarrollo del tema escogido y los antecedentes del caso, paso a adentrarme en el tema que me ocupa.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, Finalidad significa “fin con que o porque se ejecuta algo”. Fin, en la acepción que

nos importa, quiere decir “objeto o motivo por el que se ejecuta algo”. (Real Academia Española).

En primer lugar quiero aclarar, que si bien, principalmente el tema a desarrollar se integra dentro del ámbito del Derecho Procesal, específicamente la cuestión relativa al Proceso Sucesorio no puede estudiarse deslindada del derecho de fondo, ya que es este último el que nos va a dar las pautas generales que rigen este tipo de procesos y las que van asimismo a delimitar el objeto de este tipo de procesos.

Nuestro Código Civil establece en su artículo 3279 que “La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla. El llamado a recibir la sucesión se llama heredero...”.

Por otro lado, el Proceso Sucesorio se encuentra regulado en el Libro Quinto del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Podemos decir que el proceso sucesorio, es un proceso judicial, de carácter universal y voluntario, que tiene por objeto dar certeza sobre quiénes son los herederos del causante, los bienes que componen el acervo sucesorio, liquidar el pasivo y distribuir entre los herederos, los bienes que quedan luego de dicho procedimiento. Alsina enseña, que “El juicio sucesorio es el procedimiento por el cual se determina la calidad de heredero, se establecen los bienes que forman el activo de la herencia, se comprueban las deudas que constituyen el pasivo, y, luego de procederse a su pago, se reparte el saldo entre los herederos de acuerdo con el testamento, o a falta de éste, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil”. (Alsina, Hugo, Derecho Procesal. Juicios especiales, Ediar, Buenos Aires, 1971, t. VI, p. 642).

Decimos que es un proceso universal, porque tiene por objeto repartir entre los herederos una universalidad, que es el patrimonio del causante. Lloveras y Orlandi señalan que es un juicio universal, porque el juez tiene competencia para resolver todas las cuestiones que se susciten entre los herederos y entre éstos y terceros que se vinculen a la vocación hereditaria de los bienes dejados por el causante. (p. 1380)

Asimismo el proceso sucesorio, es un proceso de tipo voluntario.

Definido en contraposición a los procesos contradictorios, significa que no tiene por finalidad resolver una controversia, más allá de los conflictos incidentales que se pueden plantear en el juicio. La necesidad de la intervención jurisdiccional radica en “la necesidad de proveer un adecuado control de legitimidad que el derecho pretende para tutelar los diversos intereses que la relación sucesoria puede poner en juego”. (Zannoni, Eduardo A., “Derecho Civil. Derecho de las Sucesiones”, t.I, p. 133 y ss., parág. 94 y ss.).

Cabe traer a colación que, si bien en la mayoría de los supuestos debe ser iniciado el proceso sucesorio, existen algunos casos en los que no resulta necesaria la apertura de la instancia judicial. Esto ocurre por ejemplo cuando no existen herederos incapaces, menores –v. art. 3465 del Código Civil, art. 726 CPCCN- o ausentes; que el acervo sucesorio no se encontrare integrado por bienes registrables –en los cuales es necesaria la orden judicial que disponga la inscripción de la titularidad a favor de los herederos-; exista un solo heredero, o en el caso de haber más de uno, hubiera acuerdo entre ellos en la distribución de los bienes; y por último, que el valor de los bienes que integran el acervo sucesorio “no alcance el mínimo imponible establecido por la ley fiscal aplicable”. (cfr. p. 353 Palacio).

Como en la mayoría de los supuestos no se reúnen estos supuestos, el principio es que es necesaria la apertura de la instancia judicial.

III.- Como ya mencioné, me refiero a objeto del juicio sucesorio, en el sentido de finalidad. Es decir, el resultado al cual el legislador pretende que se arribe con la realización del proceso. Colombo y Kiper señalan al respecto que, “el proceso sucesorio persigue: a) determinar quiénes son los sucesores; b) resguardar los bienes, mediante medidas conservatorias y de inventario, fijándolos, así como su valor; c) pagar las deudas y cumplir las mandas del causante, si ha dejado testamento, y d) partir, en definitiva, la herencia entre los sucesores, según determina la ley o la voluntad del causante. (p. 410).

La delimitación del objeto del proceso determina cual es el ámbito de conocimiento del juez de la causa en las cuestiones que se suscitan. En consecuencia, todas aquellas cuestiones que no se encuentren relacionadas con su objeto, no pueden ser dirimidas en el juicio suce-

sorio, sino que deben ser iniciadas como acciones autónomas.

En este sentido, la Cámara ha resuelto en el fallo que comentamos, que “la finalidad del trámite sucesorio apunta a la determinación objetiva y subjetiva de los bienes dejados por el causante y de las personas que habrán de heredarlo. Como procedimiento judicial no tiende a la satisfacción de pretensiones resistidas o insatisfechas, las que al ser planteadas, deben serlo por la vía procesal adecuada” (íd. conf. CNCiv. esta Sala r. 191.783 del 3/6/96; íd. Falcón, Enrique M., Código Procesal, T° IV, pág. 455, con cita jurisprudencial).-

Se ha dispuesto también al respecto que: “las demandas de terceros contra la sucesión o los herederos, como la de éstos entre sí o frente a terceros, deben intentarse en un proceso aparte, de conformidad con el derecho que alegaren los interesados”. (Kiper, p. 412); “ Es improcedente la solicitud de reajuste de la cesión de derechos y acciones hereditarias y la nulidad del avalúo, planteada a través de un incidente en el juicio sucesorio, pues en éste, por su naturaleza propia de la calificada jurisdicción voluntaria y por su ámbito procesal, resultan extrañas las controversias pertenecientes a los procesos de conocimiento “. (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 1a Nominación de Santiago del Estero, Curi, Alejandro A. s/suc., 26/05/2005, LLNOA 2006 (marzo), 222 - DJ 2005-3, 968). Resulta asimismo inadecuada “... la pretensión del heredero tendiente a obtener, mediante un simple requerimiento en el proceso sucesorio, la posesión de un inmueble del causante cuya tenencia detenta un tercero, pues, en el proceso interdictal se admitió la acción de despojo incoada por el tenedor del bien, y aunque dicha decisión pueda eventualmente ser modificada, el ordenamiento ritual ha establecido una vía específica para ello”. (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y Contenciosoadministrativo de Villa Dolores, Recalde Funes, Abelardo Erasmo, 8/12/2007, LLC 2008 (abril), 349).

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dispuesto que “Es competente el Juzgado a cargo del juicio sucesorio para tramitar la acción por la cual se pretende una declaración de validez intrínseca y extrínseca de un poder especial otorgado por el causante al actor con el objeto de percibir ciertas sumas de dinero, pues de

declararse su eficacia podría disponerse de los bienes hereditarios y verse afectado el acervo fuera del marco del proceso universal (del dictamen del procurador fiscal que la Corte hace suyo)”. (CSJN; Espinillo, Sara Y., 27/05/2004, LA LEY 13/10/2004, 15, Cita Fallos Corte: 327:1855). La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Formosa, ha determinado que resulta adecuada “La intervención en el proceso sucesorio del administrador que ocupa un predio del acervo en función de una cesión parcial de derechos hereditarios que lo tuvo por beneficiario, a fin de entrar en posesión de aquel, es procedente, dado que resulta absolutamente conveniente y necesario que ella se dirima en el mismo proceso y ante el mismo magistrado que aparece autorizando tal proceder”. (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Formosa, Nieva, Fredevindo, 10/10/2007, LLLitoral 2008 (marzo), 196).-

LA VISIÓN DE UN MÉDICO

Periódicamente se celebran en las instalaciones de la Fundación OSDE ciclos de coloquios, entre médicos y jueces que generalmente cuentan con invitados de ambas ramas del saber, provenientes de otros países. El 6° Coloquio se tituló “Buscando el acercamiento de los jueces a la ciencias” (6 al 12 de mayo, año 2008) y se realizó en la mencionada Fundación, en el Salón de acuerdos de la Suprema Corte de Mendoza y en el Auditorio Raúl Prebisch –CEPAL, en Santiago de Chile.

Muy importantes instituciones contribuyen a la organización de estos eventos: Academia Nacional de Medicina, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Federación Argentina de la Magistratura, Superintendencia de Servicios de Salud de del Ministerio de Salud de la República Argentina, etc. Sólo he mencionado algunas de las numerosas instituciones argentinas.

En este marco, donde disertaron jueces y médicos, me pareció interesante incluir en nuestra Revista, la visión de un médico, el Dr. Alberto Agrest, quien expuso en el panel “El concepto de error y sus implicancias”.

Creemos que la idea de este acercamiento resulta muy fructífera para afinar el manejo de este aspecto de la responsabilidad civil, por las consecuencias que provoca en todos quienes somos potenciales pacientes, posibles litigantes y afectados eventuales todos, si se incurre en ligereza o preconceptos, de un lado o el otro, en tema tan sensible cual es la responsabilidad en el ámbito de la salud.

D.C.

LA SEGURIDAD DEL PACIENTE.

6° Ciclo de Coloquios. Salón Auditorio Amorosi Alem 1067 2° subsuelo

Presentación Miércoles 7 de Mayo a las 16, 30 hs. Comienzo de la sesión 14,30hs

LOS MÉDICOS COMO RESPONSABLES DE LA SEGURIDAD DE LOS PACIENTES.

Dr. Alberto Agrest

Debe reconocerse que desde una época remota hasta hace pocas décadas la seguridad de los pacientes dependía casi exclusivamente del médico, para ir cambiando progresivamente hasta la actualidad en la que los médicos somos apenas un eslabón de una compleja cadena que tiene a su cargo la seguridad del paciente. Sin embargo, ahora, como antes, el único garante de la seguridad de un paciente sigue siendo el médico. El médico sufre en primer término la queja si algo sale mal y luego con frecuencia una demanda judicial.

La seguridad del paciente consiste al parecer, en que todos los componentes del grupo que lo asisten no cometan errores de acuerdo a conocimientos actualizados. Es cierto que las cosas pueden salir mal sin cometer errores.

Hay errores por desconocimiento y errores en el momento de la aplicación de ese conocimiento y eso vale para todos los eslabones. Entre el conocimiento y la aplicación se abre una brecha que puede llegar a ser un abismo. Quizás los médicos seamos, en esa cadena, los mejor posicionados para advertir ese abismo. Es el abismo de la incertidumbre, del temor, de la distracción y de la incapacidad de reconocer los propios límites.

La seguridad consiste en proteger la salud de agresiones y corregir las alteraciones que llamamos enfermedades.

Las agresiones pueden ser externas como son las infecciones con gérmenes patógenos, los traumatismos, los tóxicos medioambientales y de consumo y la mala práctica, que es también una agresión externa. Las agresiones también pueden ser internas como las de los procesos degenerativos, los procesos auto inmunes y los tumorales, benignos o malignos. Aún para todas estas agresiones internas se han buscado factores externos de iniciación, de progresión o de inhibición de procesos autocurativos o auto limitantes.

Proteger la salud define a la medicina preventiva con una fuerte tradición en el control de las agresiones externas y un pretendido control más reciente respecto de los agresores internos.

La protección de la salud por agresores externos está a cargo de funcionarios políticos y los médicos, sanitaristas, cumplen sólo una función de asesoramiento con sus conocimientos de las consecuencias.

Los médicos estamos a cargo de las consecuencias de las agresiones externas, de ellas sólo la mala práctica es prevenible por los médicos asistenciales y por otro lado de las consecuencias y prevención de las agresiones internas de las cuales siempre estará a cargo.

¿Qué tenemos que hacer los médicos para mejorar la seguridad de los pacientes?, evitar y corregir los errores propios, advertir y corregir errores de todo el equipo de salud, advertir y corregir los errores del sistema que facilitan los errores de unos y otros.

A los médicos nos toca reconocer los errores, analizar las causas y combatir así sus causas y sus consecuencias.

Reconocer es conocer las consecuencias de estos errores que obligan a tratamientos médicos y consecuencias irreversibles como la muerte y la invalidez y aceptar la propia responsabilidad en estas consecuencias.

En los errores hay siempre responsabilidad, muchas veces culpa y muchísimas más veces el azar que conjuga errores y faltas de detección con severas consecuencias.

En medicina normal puede haber culpa pero no dolo que constituye un hecho criminal reservado a psicópatas.

La génesis de los errores va del desconocimiento a errores forzados por la complejidad, la inhabitualidad y las dificultades de concentración por factores internos o externos.

En cuanto a reconocer el error le cabe a Sócrates haber exaltado la virtud de la verdad que sustenta la compulsión a confesarla aunque ocasione perjuicios al que lo hace. Es la parresía socrática una suerte de confesión laica que espera un castigo benevolente y sobre todo el

reconocimiento de su valor para aprender y emprender el camino de la verdad.

El dilema que debe resolverse es cómo evitar que la confesión constituya un arma para los juicios de mala práctica o se convierta en una fuente de desprestigio que desaliente la confesión.

El temor a comunicar la verdad no es nuevo en ciencia, lo sufrieron entre otros Galileo y Descartes, y tampoco es nuevo en las más diversas actividades humanas cuando contradicen las creencias de quienes detentan el poder punitivo y hasta en las relaciones personales cuando tiene un efecto dañino.

El siglo 20 fue paradigmático en el sentido de sus logros para aproximarse a la verdad en la ciencia y para, en cambio, alejarse de la verdad en la política y la sociedad. En estos albores del siglo 21 el esfuerzo tendrá que ser destinado a que la ciencia no sea adulterada con fraudes, que la política se acerque a la verdad y que la sociedad aprenda a exigirla.

Les corresponde a los médicos una lucha denodada contra el desconocimiento que surge de la falta de información y de experiencia. Fuentes de información existen hoy para cubrir las necesidades, el problema es un acceso fácil a esas fuentes. El acceso lo bloquean falta de tiempo, falta de medios económicos, requerir un esfuerzo excesivo y desinterés provocado por el estado de frustración en el que se desarrolla la actividad médica. Una vez accedido a la información resta saber si ella es veraz y válida. El mayor obstáculo en este terreno es la inercia mental que impide interrogarse y pensar.

Les corresponde a los médicos adquirir experiencia que le permita desarrollar conjeturas con mayor probabilidad de acierto. La experiencia surge del contacto con pacientes y el entrenamiento que resulta de los aciertos y los errores. Esta experiencia está limitada por el disparate del exceso de médicos con respecto a la población que resulta de un exceso de estudiantes que ni siquiera enfrentan una capacidad docente ni teórica, ni práctica adecuada.

Como esta es una reunión de jueces y médicos me gustaría establecer paralelismo y diferencias entre sus respectivas actividades. Los

médicos son efectores de la medicina, los jueces lo son de la justicia.

Conocimiento de leyes que en medicina son reglas y códigos de procedimiento que en medicina son normas son exigidas en ambas actividades. El problema para ambos es que la aplicación de leyes, reglas, normas y códigos se realizan sobre casos individuales. Fallos y sentencias son en medicina diagnósticos y tratamientos. Los errores en uno y otro caso son tanto mala práctica médica como mala práctica judicial.

La diferencia entre ambas actividades está en el "tempo". El médico debe resolver los problemas en un "tempo allegro vivace" cuando no "scherzo", el juez cuenta con un "tempo lento" a veces "adagio" y a veces casi geológico.

Ese "tempo" en medicina resta observación en el examen clínico, resta información en la historia clínica y en las consultas informativas y con estas deficiencias debe tomar decisiones y aplicarlas. ¿Pueden ustedes imaginar un juez sin tiempo para tomar conocimiento cabal de los hechos, para hacer consultas pertinentes y decidir así la suerte de los enjuiciados? Ya en las condiciones actuales la población percibe mala práctica judicial, ¿se dan cuenta ustedes lo que sería tener sólo tiempo médico?

Otra diferencia fundamental es la rapidez de cambio casi meteórica en medicina si se la compara con los cambios en la justicia. Nuevos conocimientos y técnicas amenazan permanentemente con la obsolescencia de conocimientos y técnicas pasadas. Esto contribuye a una permanente incertidumbre de que se esté actuando con los recursos más aptos. Hay más novedades que progreso, distinguir una cosa de la otra puede ser difícil. Agreguen ustedes a esto que la novedad llega a la población general hasta antes que a los médicos y podrán comprender la presión y la ansiedad a la que se ven sometidos los médicos. Este no es un pedido de compasión sino de comprensión.

Quisiera señalar otra diferencia me parece que en general la justicia es un sistema de suma cero. Lo que uno gana es lo que otro pierde; en medicina pacientes y médicos ganan o pierden juntos.

**LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA INCAPACIDAD CIVIL
COMO “ACCESORIA LEGAL” PREVISTA EN EL ART. 12 DEL
CÓDIGO PENAL**

Andrea I. Roll Bianciotto^{*}

Hugo Edgardo Sánchez^{**}

1. INTRODUCCIÓN:

Nuestra práctica judicial nos muestra que cuando un Tribunal Penal dicta una sentencia que contiene la pena del art. 12 C.P. expide testimonio de esa sentencia, muchas veces antes de que adquiera firmeza, y la remite al Juez de Familia competente respecto al domicilio del condenado para que discierna la curatela. Así es que el Tribunal de Familia envía la actuación al Asesor de Incapaces para que inste la curatela, cualquiera sea la condición mental del condenado.

Llegadas las actuaciones al Ministerio Público Pupilar, se nos impone el análisis de la cuestión a la luz de los estándares fijados por los tratados internacionales de derechos humanos que garantizan el pleno ejercicio de la capacidad jurídica.

En este marco, y gracias al debate que sobre el tema se originó en el ejercicio de nuestra tarea diaria, es que nos surgió la necesidad de plasmar estas reflexiones para compartirlas con nuestros colegas.

Establece el art. 12 del Código Penal que la pena de reclusión o prisión por más de tres años “...*importa además la privación mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos...*” y agrega que: “...*El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces*”.

^{*} *Asesora de Menores e Incapaces Titular de la Asesoría de Incapaces N°1 del Departamento Judicial de San Isidro*

^{**} *Auxiliar Letrado de la Asesoría de Menores e Incapaces N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro*

Clásicamente, se ha señalado que se trata de una incapacidad de hecho, que se restringe para aquellos casos indicados en la norma, de carácter excepcional. Consecuentemente, con excepción a dichos actos, el penado conservaría su capacidad general.

De este modo, se ha dicho que la persona sujeta a pena privativa de la libertad por más de tres años, puede contraer matrimonio, otorgar testamento, reconocer hijos y actuar en juicios donde se ventilen actos que no le sean prohibidos.¹

En cuanto a su duración, la “capacidad restringida” del penado comienza en el momento en que la sentencia condenatoria adquiere autoridad de cosa juzgada y cesa una vez efectivamente cumplida aquélla, en caso de amnistía, indulto, prescripción de la pena y cuando se concede la libertad condicional.²

Los actos llevados a cabo durante ese período y comprendidos en la norma, se consideran nulos por tratarse de una causa de invalidez independientemente de la apreciación judicial.³

2. SU FUNDAMENTO: ¿Tutelar o punitivo?:

En cuanto a su fundamento, la cuestión ha sido siempre controvertida tanto en el campo del Derecho Penal como asimismo en el Derecho Civil.

Controversias en las que se debate si la incapacidad bajo análisis tiene naturaleza punitiva o si solamente se trata una consecuencia de una pena principal con un fin exclusivamente tuitivo.

Entre las posturas más clásicas del Derecho Penal, el Dr. Sebastián Soler al referirse a la norma bajo análisis explicaba que: “se designa con el nombre de penas accesorias a una serie de consecuen-

¹ Llambías J.J en “Tratado de Derecho Civil-Parte General” Tº I, págs. 570/571, Ed. Perrot, Buenos Aires 1970.

² Llambías, J.J. op. Cit.

³ Ídem.

cias de carácter penal, producidas por la aplicación de algunas de la penas principales”. A renglón seguido, distinguía que: “...Carecen de ese carácter las incapacidades civiles a que se refiere el art. 12 (Código Penal)...” y agregaba: “la intención tutelar es manifiesta, y priva sobre la intención punitiva”.⁴

Una visión contraria a la anterior, sostiene que: “...la incapacidad civil (art. 12 segunda parte) tiene el carácter de pena accesoria, porque la privación efectiva de la libertad no necesariamente la implica, es decir que el penado no está fácticamente imposibilitado de ejercer los derechos que el art. 12 cancela. Su alcance debe ser interpretado restrictivamente para no afectar el principio de proporcionalidad mínima entre injusto y pena, por lo que esta incapacidad debe operar solamente en los casos en que la inhabilitación pueda vinculársela con la naturaleza del hecho (por ej. Delitos cometidos por los padres contra los hijos menores)...”.⁵

Esta postura, que le asigna una naturaleza punitiva a la incapacidad civil prevista por el Código Penal, termina siendo reconocida de algún modo por el propio Soler, que en su misma obra donde párrafos antes negaba tal carácter, luego se expresa diciendo: “Dijimos que, no obstante la intención tutelar del legislador, este instituto no ha concluido de desprenderse de las indignidades e infamias penales, de las cuales proviene. En efecto, la ley dispone esta incapacidad como inherente a las condenas de más de tres años, de manera que no puede sostenerse, con pureza absoluta, su carácter exclusivamente tutelar, hay penas de encierro que no las comportan. Para que ello suceda, es preciso que la pena sea de cierta entidad, en lo cual se ve un dejo de las antiguas penas infamantes”.⁶

Por otro lado, y dentro de la órbita del Derecho Civil, Llambías define a esta figura como: “...una consecuencia de la sentencia penal

⁴ Soler, Sebastián en “Derecho Penal Argentino” Tº 2, pág. 458 y 459, Ed. TEA. Buenos Aires 1989.

⁵ Zaffaroni-Alagia-Slokar en “Manual de Derecho Penal-Parte General” pág. 733, Ed. Ediar, 2005.

⁶ Soler, Sebastián en “Derecho Penal Argentino” Tº 2, pág. 458, Ed. TEA. Buenos Aires 1989.

que acompaña automáticamente a los condenados a privación de libertad por más de tres años” (el subrayado nos pertenece). A su vez, el citado jurista expone dos posturas respecto del fundamento de esta incapacidad: 1. La concepción punitiva, por la cual se entiende que la incapacidad es una “pena civil accesoria” de la pena criminal que responde al hecho de que es la ley penal la que establece la interdicción, a modo de indignidad del condenado que resultaría indigno de gozar de la capacidad civil; y 2. La concepción tuitiva, que estima que la interdicción de los penados como toda incapacidad de hecho, tiene un sentido de protección al incapaz.⁷

Luego, el citado autor hace referencia a las críticas del sistema de la curatela del penado diciendo: “La institución de la curatela del penado, por el art. 12 “in fine” del Código Penal, ha sido criticada justamente por nuestros autores” y agrega que: “...Se comprende cuando se trata de suplir la incapacidad a una persona en razón de su inferioridad intelectual, que se la desplace del ejercicio de sus derechos para encomendar esa tarea a un extraño encargado de velar por el interés de aquél. Pero cuando la restricción del incapaz no obedece a esa insuficiencia del sujeto sino a la situación de imposibilidad en que se encuentra el penado, por la reclusión, para atender al adecuado manejo de sus bienes, ya no se justifica tal sustitución del incapaz por su representante sino que sería mejor suplir esa deficiencia por la vía de la asistencia, que es el sistema apropiado para remediar la incapacidad de quienes no padecen fallas de discernimiento”.⁸

Para concluir este punto, y de la confrontación de los argumentos aquí expuestos, adelantamos nuestra opinión acerca de que la incapacidad civil prevista en el art. 12 del Código Penal, responde a una naturaleza punitiva no tuitiva.

⁷ Llambias, Jorge Joaquín en “Tratado de Derecho Civil-Tº I- Nociones Fundamentales- Personas”, págs. 522 y 523. Ed. Abeledo-Perrot.

⁸ LLambías, op.cit.

3. SITUACIÓN ACTUAL. CONSTITUCIONALIDAD:

La reforma de 1994, ha marcado un hito en nuestra historia constitucional, implicando cambios radicales en el ordenamiento jurídico vigente, entre los cuales, el más importante ha sido la jerarquización de varios instrumentos internacionales de Derechos Humanos.⁹

Asimismo, se ha dicho que “la doctrina de los Derechos Humanos que emana de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus Opiniones Consultivas y en las sentencias contenciosas ha quedado establecido que el principio de aplicación frente a dos categorías de derechos, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana, es decir debe cobrar virtualidad la cláusula “pro homine”. Ello implica que el mundo contemporáneo ha reconocido que todo ser humano por el hecho de serlo es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarse lícitamente” (cfr. autos “B., L. S/Inhabilitación” TFam. Nº 1, Mar del Plata, 6/5/2009).¹⁰

En la especie, tenemos pleno conocimiento que la Resolución 1/08 de la O.E.A.-C.I.D.H sobre Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas establece en sus Principios II y VIII, que las personas privadas de la libertad gozarán de los mismos derechos reconocidos a toda persona en los instrumentos sobre derechos humanos “a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad”, pero estamos convencidos que el art. 12 del Código Penal no se encuentra inspirado precisamente en dichos principios.

En efecto, en primer lugar por una simple cuestión temporal respecto de la fecha de creación de ambos ejes normativos y en segundo término, porque la norma local reconoce su fundamento en las antiguas “penas contra el honor” contrariando los principios II y VIII de la Resolución 1/08 de la O.E.A.-C.I.D.H. sobre Principios y Buenas

⁹ Gil Dominguez-Fama-Herrera en “Derecho Constitucional de Familia” Tº I, pág. 18, Ed. Ediar, Buenos Aires 2006

¹⁰ Autos: “B., L. S/Inhabilitación” TFam. Nº 1, Mar del Plata, 6/5/2009).

Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, que consagran la igualdad y no-discriminación (Principios II y VIII) e impone la interpretación y ulterior aplicación de la cláusula más favorable –*pro homine*– (Principio XXV).

Consecuentemente, la norma local vulnera también a otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos, alternativa que entendemos no puede zanjarse por medio de una “forzada” interpretación tuitiva de la ley local.

Concretamente, el principio I de la referida Resolución dispone que las personas privadas de la libertad deben ser tratadas humanamente “...*con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos...*”.

Así las cosas, entendemos que debe estarse por la plena capacidad jurídica de las personas privadas de la libertad por condena que supere los tres años, como regla.

De acuerdo a lo expuesto, cabe hacer la siguiente afirmación: el condenado a pena privativa de la libertad por más de tres años es titular de personalidad jurídica con capacidad jurídica para el ejercicio de sus derechos, entre los cuales se encuentran el ejercicio de los deberes y facultades derivados de la responsabilidad parental, la libre administración de sus bienes y del derecho a disponer de ellos por actos entre vivos, alternativas todas que se encuentran vedadas por la aplicación irreflexiva y automática del art. 12 del Código Penal.

Asimismo, se ha dicho que, “*La pena accesoria por el art. 12 del Código Penal en orden al ejercicio de ciertos derechos civiles, atenta contra la dignidad del ser humano, afecta a su condición de hombre produciendo un efecto estigmatizante, innecesariamente mortificante, violatorio de los arts. 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 18 de la Constitución Nacional, por lo que corresponde declarar de oficio su inconstitucionalidad*”.¹¹

También corresponde señalar que la incapacidad civil prevista en el art. 12 del Código Penal y su indiscutible naturaleza punitiva contra

el honor y la dignidad del sujeto pasible a ella, resulta contrario a los preceptos constitucionales de la personalidad jurídica, reconocimiento de la capacidad jurídica, a los principios “*pro-debilis*”, “*pro-homine*”, de igualdad ante la ley, a la integridad personal, en especial a que nadie debe ser sometido a tratos degradantes y a que toda persona privada de la libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, todos principios fundamentales previstos en los arts. 3, 5.2, 24 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 2.1, 10.1, 16, y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 5, 6 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; II, VIII y XXV de la Resolución 1/08 de la O.E.A.-C.I.D.H sobre Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

A lo que cabe agregar, que la suspensión del ejercicio de la Responsabilidad Parental prevista en la norma en crisis –aunque ella hable de privación- y al modo en que se implementa la misma, en cuanto consecuencia automática de la aplicación de una pena principal, implica una situación de injerencia estatal arbitraria en el ámbito doméstico que afecta tanto al condenado como a sus hijos menores, quienes no habrían ejercido su derecho a ser oídos y por la falta de valoración de su interés superior en tal decisión, por lo que tal situación vulnera indudablemente los derechos fundamentales consagrados en los arts. 2, 3, 12 y 16 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 11 del Pacto San José de Costa Rica, art. 12 y 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y arts. 2, 3, 7 y 10 de la ley 26.061).

Al respecto, resulta conveniente recordar que dentro de la construcción de la pirámide jerárquica legal Argentina, los instrumentos

¹¹ Trib. Oral Crim. Fed. Mar del Plata, 3-9-98, “A., A.A.R”, en igual sentido 9-9-95. “I.Y.”, c. 107 JUBA. Ref. por Donna-de la Fuente-Maiza-Piña en “*El Código Penal y su Interpretación en la Jurisprudencia-Tomo I*”, pág. 91, Rubinzal-Culzoni Editores).

internacionales de Derechos Humanos son ley suprema de la Nación (arts. 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional)

Siendo entonces, que el sujeto pasivo a una pena privativa de la libertad mayor a tres años gozaría, o mejor dicho debe gozar de plena capacidad jurídica para el ejercicio de sus derechos a pesar de su condición de penado y que el art. 12 del Código Penal pretende cercenar, debe implementarse la operatividad de las normas internacionales citadas, por ser las más favorables a la persona humana (cfr. art. 27 de la Convención de Viena Sobre los Tratados).

De este modo, y como ha quedado demostrado, la excepcionalidad del control de constitucionalidad debe tener eficacia, dado que debe reconocerse la personalidad jurídica del penado de conformidad al mandato constitucional.¹²

Consecuentemente, los principios allí establecidos no pueden ser contrariados por el derecho interno. Concretamente, este último no puede ni debe contradecir los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos.

3. NUESTRA OPINIÓN Y PARA CONCLUIR:

Tal como lo adelantamos, nos inclinamos a pensar que nos encontramos ante un supuesto de incapacidad civil que responde a una naturaleza punitiva, que se aplica en forma automática para los condenados a penas privativas de la libertad de más de tres años, sin ningún tipo de debate previo a su respecto y que responde a una figura totalmente anacrónica, propia de legislaciones antiguas que siguiendo al derecho romano imponían un arsenal de inhabilitaciones que tenían un carácter deshonesto y represivo, conocidas como “penas contra el honor”, de tal gravedad que a veces implicaba “la muerte civil” a través de la cual, el sujeto quedaba despojado de toda facultad y aún de toda condición jurídica donde el condenado por ejemplo dejaba de ser padre.¹³

¹² cfr. autos “B., L. S/Inhabilitación” TFam. N° 1, Mar del Plata, 6/5/2009

¹³ Ver Soler en “*Derecho Penal Argentino*” T° 2, pág. 453, Ed. TEA. Buenos Aires 1989.

Asimismo, refuerza nuestra postura, que el sistema de representación fue objeto de duras críticas desde un comienzo por no tratarse de un caso de “inferioridad intelectual” ni de “fallas del discernimiento”¹⁴, ni de debilidad mental, aconsejándose desde ese entonces el sistema de asistencia como el más adecuado. A lo que cabe agregar, que desde la incorporación a nuestra Constitución Nacional de la “Convención sobre los Derechos del Niño” (art. 75 inc. 22) y de la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”(ley n° 26.378 año 2008 que constituye el primer tratado de derechos humanos del Siglo XXI-aún está pendiente la declaración de su jerarquía constitucional, proyecto de ley presentado a tal fin el 19/6/08 Expte. 3.289-D_2008), el sistema de representación ha entrado en crisis para ser reemplazado por un nuevo paradigma basado en un sistema de asistencia (la persona toma sus propias decisiones con apoyo de otra de su confianza).

Por lo que en este aspecto, ya no puede sostenerse la idea de que el penado deba ser considerado un “objeto de protección” que necesite ser reemplazado por un curador para representarlo en los actos de su vida. Sin embargo, hoy mediante el trámite de curatela activado de oficio por el órgano jurisdiccional “bajo el ropaje de una adecuada protección” se somete al condenado al régimen impuesto por los arts. 377, 411, 413 y 475 del Código Civil de los que surge a simple lectura, el aniquilamiento del ejercicio por sí de algunos derechos de los que es titular y de los siguientes principios: del reconocimiento de la autonomía individual, no discriminación e igualdad, del ser oído.

En todo caso, por encontrarse privado del ejercicio del derecho a su libertad ambulatoria y por esta especial y única situación deberá ser asistido o bien representado, pero esto último ya no desde una supuesta incapacidad civil, sino desde la plena titularidad de su capacidad jurídica. Podrá hacer ejercicio adecuado de los derechos inherentes al instituto de la patria potestad, con excepción, claro está, de la guarda y custodia del niño. Por ejemplo, puede ejercer el derecho de adecua-

¹⁴ Orgaz A. “*Incapacidad Civil de los penados*”, Córdoba, 1939, pág. 137 ref. por Llambías, Jorge Joaquín op. Cit. Pág. 526

da comunicación con los hijos (habitualmente mal llamado derecho de visitas receptado por el Art.9 “Convención sobre los Derechos del Niño”), prestar consentimiento respecto de los actos previstos en el art. 264 *quater* del Código Civil. Como así también, realizar actos de administración y de disposición de sus bienes (cfr. arts. 1869, 1879, 1881 y cc. del Código Civil), recurriendo a la figura del mandato. Algunas de estas alternativas en la actualidad son ejercidas por el penado, pese a la imposición legal (pero ilegítima) del curador y no hacen más que poner de manifiesto la falta de sustento del fundamento tutelar que tuvo en miras el legislador al dictar el art. 12.

A esta altura y de conformidad con los derechos humanos ya enumerados que se colocan en juego cada vez que se le aplica a un sujeto la norma en cuestión, estamos en condiciones de afirmar que el art. 12 es claramente inconstitucional. Que tal declaración de inconstitucionalidad deberá hacerla de oficio el Tribunal Penal al momento de dictar sentencia, o bien deberá ser dictada en respuesta a un oportuno planteo del Defensor Penal o revocada por decisión de la alzada ante un planteo recursivo.

Si ello no sucede en el ámbito penal, nada le impide al Juez de Familia en la oportunidad de analizar la procedencia del trámite de curatela , y por los mismos fundamentos constitucionales analizados, decretar la inaplicabilidad del art. 12 C.P. Ello en razón de que tal control no afectaría la autoridad de cosa juzgada de la sentencia penal, dado que la aplicación de esta “accesoria legal” es automática ¹⁵, es decir que no existe debate previo sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la aplicación de esa pena. Magistrado que por otra parte, de acuerdo a lo normado por el art. 388 y 475 -2º parte- del Código Civil, tiene a su cargo un control de legitimidad y de mérito respecto de la designación del curador ¹⁶

Controles que, teniendo en cuenta el estado actual de nuestra

¹⁵ cfr. SCJBA. en autos “Rodríguez Eduardo R”, 1994/03/29, DJBA, 146-2688 ref. por D’Alessio-Divito en “Código Penal Anotado y Comentado-Parte General” –arts. 1 a 78-, pág. 60 Ed. La Ley

¹⁶ Zannoni, Eduardo A. en “Derecho Civil-Derecho de Familia” Tº2 , pág. 882, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006

legislación vigente, no sólo deben ceñirse en cuanto a la forma de la designación, examen de habilidad personal del designado y sobre la conveniencia de que determinada persona ejerza el cargo para el cual fue designado.

No hay norma que le impida al juez de la curatela indagar acerca de la incapacidad del curado, dado que mal se puede confirmar judicialmente el nombramiento de un curador a favor de un incapaz, cuando este último en realidad no debería de serlo ni lo es.

A los controles de legalidad y de mérito referidos, se suma el deber del juez de controlar la constitucionalidad de las leyes, deber cuyo ejercicio no depende de la voluntad tácita o expresa de las partes.¹⁷

Asimismo, se ha señalado que: “Ya a partir de 1992, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró la operatividad de las normas contenidas en los tratados internacionales y la necesidad de la adecuación normativa y jurisprudencial a tales preceptos en los términos del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados-ratificada por ley 19.865-, so pena de generar la responsabilidad del estado por no cumplir con los deberes a los que se ha obligado al firmar tales acuerdos...”; “...Así, el art. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que el estado es responsable de respetar y garantizar los derechos de los individuos. La obligación de respetar genera la responsabilidad estadual de adoptar medidas para asegurar que las personas se encuentren protegidas de conductas que violen sus derechos...”; “...A su vez, la Opinión Consultiva n° 7 de 1986, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de su competencia consultiva, ha realizado una descripción de las obligaciones que competen a los estados, que puede sintetizarse del siguiente modo: a) respetar los derechos; b) garantizar su libre y pleno ejercicio; c) si tal ejercicio no está ya garantizado por el derecho interno, se suma el deber jurídico de adoptar

¹⁷ Alberto B. Bianchi “Control de Constitucionalidad. El Proceso y la Jurisdicción Constitucionales”, Universidad Austral, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, 1992, pág. 219. ref. en autos: “N., D.A. S/Inhabilitación”, TFam. de Mar del Plata, 26/12/2006).

todas la medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones; y d) tales medidas pueden ser legislativas o de otra índole...”; “...La responsabilidad del estado ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas mediante los tratados a los que ha adherido lo alcanza en cuanto legislador, en cuanto administrador y en cuanto a juez...” y agrega: “...Como juez, el estado debe aplicar los tratados, descartar las normas internas incompatibles o contrarias, suplir los vacíos normativos internos remitiendo al derecho internacional, y garantizar el debido proceso...” (los subrayados nos pertenecen).¹⁸

El Poder Judicial es el principal custodio del control de constitucionalidad del sistema jurídico argentino, debiendo éste repensar la solución que aplica a cada caso, a la luz de los principios que surgen de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sin limitarse a la aplicación de normas de segundo grado. En este sentido y como corolario queremos que este trabajo los invite a reflexionar junto a nosotros sobre las “rutinas” laborales actuales; y que a partir de su revisión podamos adoptar prácticas procesales que respondan a los estándares de derechos humanos instituidos por los tratados internacionales ratificados por nuestro Estado. Creemos que es necesario el trabajo articulado entre los operadores del fuero penal y del fuero civil con la única finalidad de crear consensos sobre posibles soluciones para dar respuesta constitucional a las personas alcanzadas no sólo por el art. 12 del Código Penal sino también las comprendidas en el artículo 34 del mismo ordenamiento; temática que sin duda podrá ser abordada en otro trabajo.

¹⁸ Gil Dominguez-Fama-Herrera en “Derecho Constitucional de Familia” Tº I, págs. 35, 36 y 37, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2006

EL DELITO IMPOSIBLE NO DEBE SER PUNIBLE.

Autor: Santiago H. Moisés*

Sumario: I.- Descripción del artículo 44 último párrafo del Código Penal. II.- Objeto de la tesina. III.- Fundamentos. 1.- Desde el análisis del supuesto en crisis a partir del Derecho Penal de acto. 2.- Desde el concepto de la tentativa. 3.- Desde la concepción gramatical de “imposible” dada por la Real Academia Española. 4.- Desde la perspectiva constitucional, siguiéndose los principios de legalidad y razonabilidad. 5.- Desde el concepto de acción. 6.- Desde el concepto de bien jurídico. 7.- Desde la perspectiva de la dogmática penal respecto a la relación de causalidad entre acción y resultado. IV Conclusión.

I. Descripción del artículo 44 último párrafo del Código Penal.

El artículo 44 del Código Penal establece que “la pena que correspondería al agente, si no se hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la de la tentativa será de reclusión de quince a veinte años.

Si la pena fuere de prisión perpetua, la tentativa será de prisión de 10 a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella. Según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

II. Objeto de la tesina.

En este trabajo se demostrará que no corresponde la aplicación del último párrafo del artículo antes transcripto, se propugnará por la no

* Secretario del Ministerio Público de la Defensa del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de San Isidro.

punibilidad de la tentativa de un delito imposible, como así también la impunidad de la “tentativa inidónea”.

III. Fundamentos.

La punibilidad prevista en el artículo 44 último párrafo del Código Penal es inaplicable, los intentos doctrinarios han sido vanos y que hay que reconocer que la normativa aquí criticada resulta inconstitucional. La punibilidad del delito imposible resulta inaplicable. A esta conclusión se puede llegar desde los siguientes puntos de vista:

1. Desde el análisis del supuesto en crisis a partir del Derecho Penal de acto.
2. Desde el concepto de la tentativa.
3. Desde la concepción gramatical de “imposible” dada por la Real Academia Española.
4. Desde la perspectiva constitucional, siguiéndose los principios de legalidad y razonabilidad.
5. Desde el concepto de acción.
6. Desde el concepto de bien jurídico.
7. Desde la perspectiva de la dogmática penal respecto a la relación de causalidad entre acción y resultado.

1. Desde el análisis del supuesto en crisis a partir del Derecho Penal de acto.

El párrafo final del art. 44 establece que si el delito fuera imposible la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella al autor según el grado de peligrosidad revelado por éste. El sistema así establecido supone que la reducción a la mitad es obligatoria y debe hacerse sobre la escala –ya disminuida- de la tenta-

tiva, pues de lo contrario no constituiría una segunda reducción. Se faculta al tribunal a llevar la disminución hasta el mínimo legal incluso a eximir de pena al autor, atendiendo al grado de peligrosidad revelado por éste. El empleo de la expresión “peligrosidad revelada por el delincuente” ¿debe interpretarse no como una característica personal del autor? Si es así, ¿nos encontramos ante un derecho penal de autor?

A opinión del suscripto, esta poco feliz redacción pone de manifiesto la intención del legislador de punir al autor de la tentativa de comisión del delito imposible, con fundamento en un hipotético potencial peligro que configuraría su persona en sí misma.

No se sanciona al agente por poner en riesgo un determinado bien jurídico tutelado -ya que es imposible ponerlo en riesgo con un hecho de las características aquí analizadas-, sino por la “peligrosidad revelada por el delincuente”. En definitiva se sanciona al autor porque con la sola intención de poner en riesgo un bien jurídicamente tutelado se lo puede considerar peligroso.

Dicha conclusión es inadmisibles en un derecho penal propio de un Estado de Derecho.

2. Desde el concepto de tentativa.

El Código Penal (arts.42 a 44) prevé:

- a) Que es punible la tentativa.
- b) Que la escala de punibilidad que se le adjudica es menor que la del delito consumado.

Los puntos de vista con los que se ha procurado fundamentar estas decisiones del legislador son los siguientes:

1.- La teoría objetiva explica que la punibilidad de la tentativa está basada en que el autor pone en peligro un bien jurídico, y como ello es menos grave que lesionarlo –como sucede en los casos de consumación- es lógico que la pena sea menos severa.

Esta concepción, sostenida por la doctrina clásica tiene el inconveniente de no poder explicar el fundamento de punibilidad en las llama-

das tentativas inidóneas, en las que nunca el bien jurídico corre peligro.

2.- La teoría subjetiva, en su versión moderna, sostiene que el fundamento está basado en que la tentativa pone de manifiesto una voluntad hostil al Derecho: aunque no se haya lesionado un bien jurídico, el comienzo de ejecución constituye una grave perturbación del orden social. Este punto de vista, que es el dominante en la doctrina contemporánea se inscribe en el desarrollo de una concepción global iniciada por Welzel con su teoría finalista de la acción, que es llevada hasta sus últimas consecuencias, entre nosotros, cuando se sostiene que todo el contenido de injusto del comportamiento delictivo está dado por la tentativa acabada.

La teoría subjetiva ha sido criticada por conducir a la incriminación de los actos preparatorios y equiparar la escala de punibilidad de la tentativa con la del delito consumado. Sin embargo, es posible siempre afirmar la impunidad del acto preparatorio, ya que se exigirá en todos los casos que el autor haya dado comienzo a la ejecución del delito.

Por otra parte, es evidente que la perturbación del orden social es mayor en los casos de consumación que cuando el hecho quedó en tentativa, lo que permite fundamentar una escala de punibilidad más reducida como la que prevé el artículo 44 del Código Penal.¹

Pero téngase en cuenta que ni siquiera esta postura logra justificar la punibilidad de la tentativa inidónea ni del delito imposible, toda vez que no se encontrará acreditado siquiera el comienzo de ejecución. Es decir el comienzo de una acción capaz de poner en riesgo el bien jurídico tutelado.

El delito imposible y la tentativa inidónea:

La doctrina nacional ha creído que la expresión delito imposible del

¹ DERECHO PENAL. LA LEY. EL DELITO. EL PROCESO Y LA PENA. Esteban Righi, Alberto A. Fernández. Ed. Hammurabi, 1996, págs. 323 a 325.

último párrafo del artículo 44 debía entenderse, también, como tentativa inidónea.

En buena medida esto es debido a la total falta de tradición legislativa anterior en la Argentina, aunque no faltaron observaciones acerca de la contradicción insoluble que encierra la expresión.

La opinión corriente de la doctrina nacional lleva a consecuencias incompatibles con el resto de la construcción teórica de esa misma doctrina, lo que hace que esta posición sea inaceptable, so pena de imponer un replanteo de toda la estructura teórica.

Partiendo de que la diferenciación del delito imposible con tentativa inidónea es meramente doctrinaria, -pues la ley no se refiere nunca a este último concepto ni al de tentativa inútil o análogos-, no puede liberarse la expresión "delito imposible" de su carga doctrinaria y así poder ensayar un entendimiento del concepto compatible con el artículo 19 constitucional.

Esto plantea otro problema de tipicidad objetiva: si bien hubo actos ejecutivos, no puede decirse que cualquier acción dirigida al resultado sea típica de tentativa, pues a veces la adecuación puede ser totalmente disparatada.²

Cualquier interpretación que admita que la tentativa pueda abarcar una carencia de tipo por ausencia de un requerimiento sistemático objetiva significará subsumir como tentativa un hecho que no es comienzo de ejecución. Esto es reconocer la punibilidad de una conducta no prohibida.

Esta postura resultaría inconstitucional tanto por violar el principio de legalidad (la tentativa es el comienzo de ejecución de un delito y no de lo que no puede serlo) como el de lesividad (esa construcción abarcaría conductas que no ponen en peligro ningún bien jurídico).³

El artículo 19 constitucional impone como condición elemental

² Manual de derecho penal. Parte general. Dr. Eugenio Raul Zaffaroni. EDIAR. Pág. 650.

³ Manual de derecho penal. Parte general. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. EDIAR. Pág. 652.

para la habilitación del ejercicio del poder punitivo, que ‘ex ante’ el medio haya sido idóneo, y, por ende, haya habido peligro, todo ello sin contar con que el principio de la legalidad impide considerar típico de homicidio calificado por el uso de veneno como elemento insidioso, cuando se empleó algo que no es veneno como, por ejemplo, azúcar.

El código indica que existe un injusto de menor entidad en la tentativa cuando –pese al peligro ‘ex ante’- ‘ex post’ se verifica que la consumación del delito era imposible.

Esta diferenciación parece vincularse a la vieja distinción entre inidoneidad absoluta y relativa de las originarias teorías objetivistas y a las dificultades que entrañaba su establecimiento. Pero no es racional la actitud del intérprete que, cuando comprueba que la ley la impone pautas para atenuar penas, sólo en razón de sus dificultades interpretativas, renuncie a formularlas e ignore la diferencia –con la consecuencia de proponerle a la jurisprudencia una inconstitucional negativa a aplicar la ley vigente- para imponer invariablemente la escala penal más grave.

Sin perjuicio de otras posibilidades, los casos de tentativa de delito imposible se tratan –al menos- de supuestos en que el delito no podía haberse consumado: (a) por la forma muy inadecuada en que se usó el medio; (b) por un grave defecto del medio empleado; (c) por un accidente del objeto del delito (el dinero estaba en el otro bolsillo, la víctima estaba en el baño y no en la cama, la cosa estaba en una caja de seguridad inexpugnable con los medios que tenía el agente, había un sistema de alarma altamente sofisticado); o (d) por una previa neutralización del peligro, como es el caso en que la trama hubiese sido descubierta y, sin que el agente lo supiese, se hubiesen tomado las medidas para impedir su consumación.⁴

Pero este intento de justificación del artículo en cuestión a través de la interpretación expuesta precedentemente del delito imposible no escapa del marco de una suposición. El mismo Zaffaroni reconoce que

⁴ Derecho Penal. Parte General. Segunda edición por Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. Ediar Sociedad Anónima editora comercial, industrial y financiera. pág.837.

la doctrina –ni él mismo- han profundizado en el tema, y hasta confiesa la existencia de un riesgo de recaer en inconstitucional la norma.

3. Desde la concepción gramatical de “imposible” dada por la Real Academia Española.

Esto es así si partimos de los significados del vocablo “imposible” según la Real Academia Española:

Adj. No posible.

Sumamente difícil.

Condición de imposible de derecho y de hecho. (con negrita está resaltado en el diccionario).

También tenemos el término “imposibilidad”:

Falta de posibilidad para existir una cosa o para hacerla.

Física: absoluta repugnancia que hay para que exista o se verifique una cosa en el mundo natural.⁵

Entonces, y teniendo en cuenta los conceptos antes transcritos, especialmente los que se refieren al vocablo “imposible” y el segundo concepto de “imposibilidad”, nos vemos obligados a reconocer que “el delito imposible” no es otra cosa que un delito que nunca podrá cometerse y que esta imposibilidad se puede verificar tanto ‘ex ante’ como ‘ex post’.

No surge ni de la misma norma ni del análisis gramatical de su concepto que el legislador hubiera querido en algún momento referirse al delito imposible como un delito el cual se podrá verificar su imposibilidad ‘ex post’ al momento del intento de su cometido.

Consecuentemente, el concepto doctrinario de delito imposible y su intento de diferenciación de la “tentativa inidónea” resultarán infructuosos.

⁵ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Vigésima primera Edición Tomo II. Ed. Espasa Calpe. Madrid, 1992.

Como bien afirma el Dr. Zaffaroni, el concepto de “tentativa inidónea” no se encuentra prevista en el Código Penal. Pero el concepto correcto de delito imposible no es el que forzosamente ha intentado la doctrina; sino que, debemos conceptualizar al delito imposible con el contenido de lo que conocemos como tentativa inidónea y suprimir la idea de la propia existencia de la “tentativa inidónea”.

Afirmar que la tentativa inidónea no se encuentra prevista en el código argentino no constituye ninguna osadía, puesto que es ajena a todos sus antecedentes y, además, muy tardíamente incorporada en la legislación comparada, e incluso negada desde los tiempos de los prácticos, donde sólo era defendida por la aislada posición de Menochio.⁶

4. desde la perspectiva constitucional, siguiéndose los principios de legalidad y razonabilidad.

El principio de legalidad es real y esencialmente *formalista* en cuanto exige la “forma” normativa de la ley para mandar o prohibir. Pero nos preguntamos ¿basta que la ley mande o prohíba, para que sin más lo mandado o impedido sea *constitucional*?, ¿queda satisfecha la constitución solamente con el formalismo de que ninguna conducta se imponga o se restrinja sin base legal? De ninguna manera: la constitución está pensando, cuando enuncia la fórmula del principio de legalidad, en una ley *constitucional* ¿Por qué? Porque no basta la formalidad de la ley: es menester que el *contenido* de esa ley responda a ciertas pautas de valor suficientes. Por eso es menester dar *contenido material de justicia* al principio formal de legalidad. Para ello, acudimos al valor *justicia*, que constitucionalmente se traduce en la regla o el *principio de razonabilidad*

Con este relleno, el principio de legalidad rezaría de la siguiente manera: *nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley “justa”*(o razo-

⁶ Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición por Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. Ed. Ediar Sociedad Anonima Editora Comercial, Industrial y Financiera. Pág. 838.

nable) *no manda, ni privado de lo que la ley “justa”* (o razonable) *no prohíbe*.⁷

El principio de legalidad nos ha remitido al principio de razonabilidad. ¿Qué significa esto? Que para la constitucionalidad de la ley hace falta un cierto contenido de justicia. A este contenido de justicia lo llamamos razonabilidad. Su opuesto es la arbitrariedad. Lo que es arbitrario es inconstitucional.

El principio de razonabilidad no se limita a exigir que sólo la ley sea razonable. Es mucho más amplio.

De modo general podemos decir que cada vez que la Constitución depara una competencia a un órgano de poder, impone que el ejercicio de la actividad consiguiente tenga un contenido razonable; el contenido de los actos debe ser razonable. El acto irrazonable o arbitrario es defectuoso y es *inconstitucional*. La razonabilidad es, entonces, una regla sustancial, a la que también se la ha denominado el “principio o la garantía del debido proceso sustantivo”.⁸

En primer lugar, la razonabilidad consiste en una *valoración axiológica de justicia*, que nos muestra lo que se ajusta o es conforme a la justicia, lo que tiene razón suficiente.

En segundo término, el sentido común y el sentimiento racional de justicia de los hombres hacen posible vivenciar la razonabilidad, y su opuesto, la arbitrariedad. La *constitución* formal suministra criterios, principios y valoraciones que, integrando su ideología y su sistema axiológico, permiten componer y descubrir en cada caso la regla de razonabilidad.⁹

En este contexto, con la redacción del último párrafo del artículo 44

⁷ Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo I-A. Nueva Edición Ampliada y Actualizada a 1999-2000. Ed. EDIAR. Germán J. Bidart Campos. Pág.803.

⁸ Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo I-A. Nueva Edición Ampliada y Actualizada a 1999-2000. Ed. EDIAR. Germán J. Bidart Campos. Pág.805.

⁹ Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo I-A. Nueva Edición Ampliada y Actualizada a 1999-2000. Ed. EDIAR. Germán J. Bidart Campos. Pág.806.

del Código Penal, nos encontramos ante una norma carente de razonabilidad, que sanciona una acción que, en definitiva, no pone en riesgo ningún bien jurídico y que no posee ni forma ni contenido delictual. No describe una conducta determinada como lo hacen los tipos descritos en la Parte Especial, ni se refiere a ellas como lo hace el artículo 42. Sino que autónomamente intenta ser punible una conducta que carece siquiera la más mínima relación de los tipos penales previstos en la parte especial del Código Penal.

El artículo 42 establece expresamente que será sancionado quien, con el fin de cometer un delito (contenido) comienza su ejecución (relación dinámica), pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad.

El artículo 44 último párrafo del Código Penal sólo dispone la punibilidad, si bien atenuada, del delito imposible.

Esta imposibilidad quita el contenido delictual que poseen los tipos penales existentes en la parte especial. Ello así, porque no existe relación dinámica entre el delito imposible y la parte especial del Código Penal, toda vez que no se refiere a ninguna de las circunstancias de los tipos penales (como por ejemplo lo hace el artículo 42 al referirse al principio de ejecución).

5. Desde el concepto de acción.

El concepto de conducta como carácter genérico, fundante o vinculante del delito, debe servir también para realizar el principio de que no hay delito sin acción humana (enunciado como “nullum crimen sine conducta” y también como “nulla injuria sine actione”).

Se trata de un concepto que debe ser apto para cumplir una doble función: a) la función limitadora o política del poder de punitivo (“nullum crimen sine conducta”) y b) la función de género vinculante de los adjetivos que conduzcan a la especie delito.¹⁰

¹⁰ Manual de derecho penal. Parte general. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. EDIAR. Pág. 308.

Ahora bien, a partir de estos conceptos de acción, debemos analizar si el caso del delito imposible, que es el expresamente establecido en el artículo 44, refleja fehacientemente el concepto jurídico penal de acción: Si el agente tiene voluntad de matar por envenenamiento ¿exterioriza su voluntad si, para lograrlo extiende un vaso de agua a su víctima y no un vaso con veneno? La respuesta es negativa.

La Constitución exige que los tipos abarquen acciones conflictivas, un hacer algo humano que lesione a otro. Es elemental que ese hacer se oriente en el mundo conforme a ciertas representaciones, más allá de cualquier discusión acerca de si este sentido debe llamarse finalidad o de cualquier otra manera, o sea que se haya propuesto provocar el conflicto o lo haya provocado por violar una pauta de cuidado.

Es un sentido que necesariamente debe exteriorizarse en el mundo porque, de lo contrario, no podría nunca generar un conflicto lesivo. Esto significa que en cualquier concepto jurídico-penal de acción, la exteriorización de la voluntad es un fenómeno que siempre lo acompaña y que debe tener una ubicación sistemática pretípica, pues de lo contrario, el tipo abarcaría un vacío.¹¹

El caso contrario, en el que la conducta no tiene un carácter lesivo, por lo tanto no punible, puede estar dado por el caso de quien, con un irrefrenable odio, mate a un mosquito. Si el código penal sancionara a quienes maten a los mosquitos caería lisa y llanamente en una manifiesta inconstitucionalidad, ya que sanciona una conducta que no encuadra con el requisito de lesividad antes descripto y, consecuentemente, no respetaría el principio de razonabilidad.

Como los tipos no pueden captar acciones privadas, las únicas captables como prohibidas son las que manifiestan sus efectos lesivos como obra de la gente en el mundo. Los tipos captan pragmas conflictivos: la acción y su obra.¹²

En lo pretípico, sólo puede ubicarse una acción con una enorme

¹¹ Manual de derecho penal. Parte general. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. EDIAR. Pág. 314.

¹² Manual de derecho penal. Parte general. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. EDIAR. Pág. 315.

gama de efectos y contextualizada con un inmenso marco mundano, pero antes del tipo no puede nadie saber que efectos y que notas contextuales interesan.¹³

Con el requerimiento de la significación social de acción, puede implicarse la necesidad de que la acción trascienda del sujeto, o sea, subrayar el requerimiento de producción de un efecto sobre la realización con otra persona o titular de un derecho. Por supuesto que toda acción humana, así como debe realizarse en el mundo físico y debe responder a cierto proceso psicológico, se produce en un contexto social y, por ende, cultural. En tanto que lo social de estos ensayos teóricos de la acción pretendan reafirmar la dimensión social y cultural de la exteriorización de la acción, no habría dificultad y, en general, no puede menos que reconocerse su acierto.

El riesgo es que se pretenda, por vía del sentido cultural, llevar el resultado a una mera abstracción que espiritualice la exteriorización hasta el límite en que deje de ser tal por perder todo sustrato material.¹⁴ Esta situación no es otra que la consecuencia directa de punir a quien intente cometer un delito imposible.

Procediendo por el camino inverso, es decir, incluyendo en la acción la dimensión social de su exteriorización en un sano sentido literal o de garantía, tampoco pueden extremarse sus consecuencias útiles: el carácter social de la acción implica que debe trascender al plano interactivo (social); pero la conflictividad jurídica (lesividad) de la acción, no es un dato necesario de la acción sino un requisito para que ésta sea típica. En el nivel del *nullum crimen sine conducta* la garantía reductiva se debe agotar con la exigencia de trascendencia interactiva de la acción, en tanto que la lesividad no es un carácter sustancial del concepto jurídico penal de acción, porque no puede establecerse pretípicamente, es decir, sin una concreta referencia normativa o valorativa. Ambos niveles garantizadores son necesarios, pero sistemáticamente

¹³ Manual de derecho penal. Parte general. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. EDIAR. Pág. 316.

¹⁴ Derecho Penal, Parte General. Segunda Edición. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Ed. EDIAR, pág.408, 409.

deben permanecer separados, justamente para evitar que, a fuerza de insistir en la función política de la acción, termine extendiendo el concepto más allá de sus lógicos límites reductores y, desdibujando la idea, perjudique su función.¹⁵

Puniéndose el delito imposible se eliminan estos límites reductores dándose el carácter de lesiva a la tentativa de un delito imposible o la tentativa inidónea de cometer un delito. En este caso, la peligrosidad o lesividad se configura sólo dentro y en los límites de la intencionalidad del autor, cuya punibilidad es abiertamente inconstitucional, ya que no escaparía nunca de su esfera privada, tutelada por el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, no se traduce esa lesividad en el mundo social.

Una de las más importantes implicancias de la acción en el derecho penal la es la de actuar en el marco de un cometido de contención acotante del poder punitivo. La acción deberá actuar como carácter genérico del concepto de delito, como receptáculo de la materia que habrá de someterse a los desvalores del injusto y de la culpabilidad, para constatar la mínima racionalidad del impulso punitivo y descartar lo que encierra demasiada cuota de irracionalidad.¹⁶

El concepto de acción en el derecho penal es un *concepto jurídico* y es dudoso que el mismo Welzel haya querido significar otra cosa. En lo que insistía era en que el concepto jurídico de acción no podía inventar lo que en el mundo no existe.

Pero más allá de esta discusión histórica, lo cierto es que el derecho penal debe construir su concepto de acción procediendo por abstracción de datos de la realidad. Cualquier ciencia que se ocupa de la conducta humana lo hace de la misma manera, de modo que no hay un concepto de *acción real*, sino una realidad de la conducta humana, de

¹⁵ Derecho Penal, Parte General. Segunda Edición. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Ed. EDIAR, pág. 409.

¹⁶ Derecho Penal, Parte General. Segunda Edición. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Ed. EDIAR, pág. 413.

la que cada saber, conforme a sus intereses (e incluso, a veces, cada escuela o paradigma dentro de un saber), abstrae lo que entiende útil para su concepto de acción o conducta: el psicoanálisis pone el acento en las motivaciones inconscientes; la reflexología o el conductismo, en los componentes manifiestos; la sociología en los comportamientos grupales o en la interacción, etc.

Es, por lo tanto, inevitable que en este sentido la acción sea, para el derecho penal, un concepto jurídico y no un mero dato de la realidad. *No se trata de una decisión del penalista sino de una condición que no puede eludir: es una condición óptica.*

El esfuerzo del penalista por justificar la existencia del último párrafo del artículo 44 del Código Penal, se traducirá sólo en la confusión entre delito imposible y la tentativa prevista en el artículo 42 del Código Penal y en el hecho de descubrir que la tentativa inidónea no es más que una creación del penalista que nada tiene que ver con la redacción de dicho cuerpo normativo.

Conforme a la teleología reductora que orienta esa construcción, un concepto jurídico penal de acción debe ser útil como carácter genérico del delito (y no el delito abarcar genéricamente un concepto de acción, como lo hace la frase “delito imposible”) entendido como receptor que delimita la materia que se somete a los sucesivos filtros valorativos, en la común tarea de contener y reducir el ejercicio del poder punitivo.

La diferencia que media entre los conceptos final y causal de acción no es únicamente que el primero es menos abstractivo que el segundo, sino que el segundo abstrae de manera prohibida, porque escinde lo inescindible. No es abstraer entes, sino duplicarlos. El causalismo podría abstraer de la acción la voluntad y construir un concepto de acción reducido a un movimiento causado por un ser humano y al proceso causal que este movimiento pone en marcha. Este concepto no sería admisible por razones sistemáticas, jurídicas y políticas, pero no por su forma de construcción abstractiva. Pero pretender extraer o abstraer de la voluntad las representaciones o imágenes que la orientan no es, en el fondo, un procedimiento abstractivo sino la invención de una voluntad sin sentido, porque en realidad no existe una voluntad

sin imágenes que la orienten. El sentido de la voluntad es inescindible de la misma.¹⁷

Es larga y compleja la discusión acerca de la ubicación sistemática del *resultado respecto de la acción*. Se lo concibió pretípicamente, como parte de la acción. La mayoría de la doctrina contemporánea lo ubica en el tipo objetivo, no faltan quienes lo consideran en la punibilidad y hasta quienes lo mantuvieron fuera de la conducta.

No se trata de una cuestión de detalle sino de un serio problema sistemático, que se vincula a la teleología constructiva del conjunto y que no se agota en una mera cuestión de la ubicación sino que abarca el concepto mismo del resultado.

La Constitución exige que los tipos abarquen acciones conflictivas (art.19), un hacer algo humano que lesione a otro.

Es elemental que ese hacer tenga un sentido para que sea una acción, es decir, que se oriente en el mundo conforme a ciertas representaciones, más allá de cualquier discusión acerca de si este sentido debe llamarse finalidad o de cualquier otra manera; que se haya propuesto provocar el conflicto o lo haya provocado por violar una pauta de cuidado (o por introducir un riesgo desaprobado).

Es un sentido que necesariamente debe exteriorizarse en el mundo, porque de lo contrario no podría nunca llegar a ser conflicto (lesivo).¹⁸

La acción concebida como sentido que se exterioriza tiene efectos en el mundo, donde no hay sólo fenómenos analizados por la física, ya que el mundo es también interactivo, cultural, con reglas que configuran un marco de exteriorización de la acción.

El enjambre de infinitos efectos posibles de una acción exteriorizada no es abarcable por el conocimiento humano.

¹⁷ Derecho Penal, Parte General. Segunda Edición. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Ed. EDIAR, pág. 414.

¹⁸ Derecho Penal, Parte General. Segunda Edición. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Ed. EDIAR, pág. 416.

Por supuesto que tampoco le pueden interesar al tipo penal, según cualquier mínimo de racionalidad. Pero la ley penal no sólo no puede prohibir efectos que no son abarcables ni controlables por el sujeto de una acción, sino que es elemental que sólo le interesen algunos de los efectos que modifican el mundo en forma lesiva para alguien o para todos, y que puedan vincularse a la acción como obra del autor.

La acción y su obra constituyen el pragma conflictivo que es lo que el tipo capta: *cierto* pragma conflictivo, *cierta* acción que reconfigura el mundo de *cierta* manera conflictiva.

Desde que los tipos penales no pueden captar acciones privadas, las únicas que pueden captar son las que se manifiestan; y esa manifestación puede atribuirse como obra del agente en el mundo).¹⁹

La teoría finalista de la acción, enunciada por Welzel, ensayó un concepto de acción respetuoso de los datos de la realidad (lo llamó óntico-ontológico), lo que implicaba un choque frontal con el concepto causal de Liszt y Mezger.

Para el finalismo la representación de Liszt conserva todo su contenido, de modo que el actor parte de ella como la mutación que quiere producir en el mundo desde esa representación –que es también anticipación del resultado-, selecciona los medios para obtenerlo y, en un tercer momento, pone en funcionamiento la causalidad, orientándola a la finalidad representada o imaginada.²⁰

En la moderna dogmática del Derecho penal se le atribuyen al concepto de acción diversos cometidos fundamentales.

Debe suministrar un supra concepto para todas las formas de manifestarse la conducta punible, un *genus proximum* al que se conecten todas las concretas precisiones del contenido como *differentiae specifica*. De acuerdo con esto, la acción debe designar algo que se encuentre tanto en los hechos dolosos e imprudentes como en los deli-

¹⁹ Derecho Penal, Parte General. Segunda Edición. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Ed. EDIAR, pág. 417.

²⁰ Manual de derecho penal. Parte general. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. EDIAR. Pág. 329.

tos de omisión y que suponga el elemento común al que se puedan reconducir todas las manifestaciones especiales de conducta punible. Ese “significado lógico” del concepto de acción, su función “clasificatoria” (Jascheck) atiende a la acción como “**elemento básico**” del derecho penal (Maihofer).

Además, la acción debe vincular o enlazar entre sí todas las concretas categorías del delito, volviendo a introducirse en cada elemento de la estructura del delito y experimentando una caracterización cada vez más exacta mediante atributos adicionales.

Así pues en primer lugar la acción se determina como tal y después se dota de predicados valorativos cada vez más ricos en contenido como acción típica, antijurídica, culpable y punible. De ese modo, el concepto de acción debe atravesar por todo el sistema jurídico penal y constituir en cierto modo su columna vertebral. De esa función de la acción como “**elemento de enlace o unión**” se derivan dos requisitos en cuanto a su contenido:

a) El concepto de acción debe ser neutral frente al tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad. Por lo tanto, no puede incluir en su seno ningún elemento de los que sólo se le deben añadir como atributos en los ulteriores escalones valorativos, ya que el “significado sistemático” que le corresponde a la acción como “elemento de unión” resulta perturbado si el concepto que produce la unión es caracterizado con predicados valorativos que lo que precisamente tiene que hacer es unir entre sí. “Como portador de los mismos, como sujeto de esos predicados, el concepto de acción ha de ser ... completamente indiferente frente a esos predicados”²¹

b) Así pues, el concepto de acción no debe innovar el campo del tipo, pero por otra parte no puede estar vacío de contenido, sino que tiene que poseer suficiente sustancia, o sea suficiente fuerza expresiva, como para poder soportar los predicados de los siguientes elementos valorativos (por esta razón el concepto “delito” nunca puede ser

²¹ Maihofer, 1953, 8.

adunado a un valorativo que le quite todo sentido mundano de exteriorización calificándolo como “imposible”).

Finalmente, el concepto de acción tiene el cometido de excluir todo lo que, de antemano e independientemente de la configuración cambiante de los tipos, no se toma en consideración para un enjuiciamiento jurídico penal: así, sucesos causados por animales, actos de personas jurídicas, meros pensamientos y actitudes internas, pero también modificaciones al mundo exterior no sometidas al control y dirección del aparato, psíquico, como sucede con los ataques convulsivos, delirios, etc. En este punto se habla del “significado práctico” de la acción como “**elemento límite**”, o de su “función de delimitación”.²²

Entonces, ya ha quedado demostrado como resulta inaplicable la punibilidad del delito imposible a partir del concepto de acción.

Entonces, cabe preguntarse si no existe otra fuente legal que proporcione la base de construcción del concepto de acción y, en lo posible, que sea oponible al poder criminalizante primario; pues, de lo contrario, su construcción debiera derivarse de la razón, construirse jusnaturalísticamente.

Es posible hallar esta base en la Constitución misma. El *hecho* del proceso y de la causa (art.18) sería una base bastante sólida y, más aún, las acciones del artículo 19, que a contrario sensu, serían acciones públicas (o privadas con implicancias públicas) las únicas que admiten la intervención estatal. Para mayor claridad, conforme a la incorporación del art.75 inc.22 constitucional, se exige expresamente en varios textos de derecho internacional de los derechos humanos que sólo puedan configurar delitos las acciones u omisiones (art.11, 2º párrafo de la DUDH; art.15 párrafo 1º del PIDCP; art.9º de la DADH; art.40, párrafo 2º apartado “a” de la Convención sobre los Derechos del Niño).²³

²² Derecho Penal. Parte General, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana. Claus Roxin Ed. CIVITAS, págs.234, 235.

²³ Derecho Penal, Parte General. Segunda Edición. Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. Ed. EDIAR, pág. 415.

El delito imposible se encuentra fuera de estos límites, por lo tanto, resulta ser inconstitucional.

6. Desde el concepto de bien jurídico.

Reiteradamente se ha venido utilizando el concepto de bien jurídico, cuya captación (si bien, tal vez, pudiera intentarse intuitivamente) necesita desde luego de una ulterior determinación en aras de su utilización jurídica y sistemática.

El bien jurídico ha sido históricamente entendido como derecho subjetivo. No obstante, se trata de conceptos distintos. Existen, como dice Mezger “numerosos delitos en los que no es posible demostrar la lesión de un derecho subjetivo”²⁴ y en los que, sin embargo, se lesiona o pone en peligro un bien jurídico. El concepto técnico de derecho subjetivo implica que el derecho objetivo se pone, en cierto modo, a disposición de una voluntad o un interés particular. Representa así un mecanismo de distribución y protección de los bienes jurídicos, pero no necesariamente se identifica con ellos.

También se ha identificado el bien jurídico con la idea de interés. El interés es un término que expresa una relación. No es punto de llegada. El interés, en su sentido más propio, comporta la idea de utilidad. Todo estado de cosas que de cualquier modo beneficia a alguien es, para él, un interés. Esta consideración puede ayudar a poner de manifiesto la diferencia existente entre interés y bien jurídico.²⁵

Puede representarse un interés para quienes dependen de él. Sin embargo puede darse el caso de que el titular de la vida no se halle interesado por ella (porque se trata de una vida desgraciada o por cualquier otra razón). Y pueden imaginarse supuestos de bienes por los que nadie tenga interés, incluso tratándose de la misma vida propuesta

²⁴ Mezger, E. Tratado de Derecho Penal, Vol.I, pág.399.

²⁵ Derecho Penal. Parte General. 5º Edición corregida, aumentada y actualizada. Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pág.317.

como ejemplo. En consecuencia, el concepto de bien jurídico no puede tampoco modelarse sobre la idea de interés.

El concepto de bien jurídico ha de apoyarse sobre la idea de valor, que expresa de modo más adecuado las exigencias éticas que se hallan (o habrían de hallarse) en la base de todo ordenamiento jurídico que merezca ese nombre. Por lo tanto, podemos definir el bien jurídico como todo valor de la vida humana protegido por el derecho.

Definir el bien jurídico como valor no comporta asignarle un contenido determinado. Los bienes jurídicos no constituyen un género de objetos reales o ideales: por eso, las diversas tentativas de formular un concepto material de bien jurídico representan visibles deficiencias.

Los bienes jurídicos no pueden concretarse mediante un definición, sino que, más bien, han de identificarse por el papel que desempeñan: son lo que fundamenta “pima facie”, el castigo.

Parece, pues, más acertado que atribuirles un contenido concreto, delimitarlos atendiendo a la función procedimental que cumplen en el discurso jurídico. El bien jurídico es, desde esa perspectiva, lo que constituye el primer momento justificativo de la injerencia penal.²⁶

En el caso del delito imposible no hay un bien jurídico delimitado. Esta ausencia se comprueba a partir de la ya explicada supuesta escisión o diferenciación de este concepto con los tipos previstos en la parte especial del Código Penal. Sólo se refiere a la peligrosidad del agente, por lo que es notoriamente inconstitucional su punibilidad.

Se han asignado al bien jurídico una multitud de funciones. Entre ellas, importa destacar tres: una exegética, una función sistemática y una última de garantía.

a) En cuanto a la función exegética, se ha destacado la insuficiencia del bien jurídico como criterio rector de la interpretación.

²⁶ Derecho Penal. Parte General. 5ª Edición corregida, aumentada y actualizada. Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, págs.318/319.

Si en la actualidad es opinión pacífica que, en sentido propio, sólo cabe denominar bien jurídico al objeto formal inmediatamente protegido por la norma concreta, afirmar que el bien jurídico ha de ser criterio determinante de la interpretación conduce a una suerte de circularidad en el proceso interpretativo: hay que analizar la norma concreta para determinar cuál es el bien jurídico, y una vez determinado éste, iniciar el proceso exegético.

Mejores razones asisten a quienes, sin negar la insustituible función exegética del bien jurídico, afirman que la interpretación ha de realizarse atendiendo también otros criterios. Particular importancia reviste en tal sentido el recurso a la llamada “ratio legis”, esto es, la finalidad objetiva de la norma. “Ratio legis” y bien jurídico no son, pese a lo que a veces se afirma, criterios idénticos ni absolutamente coincidentes, pues no siempre la protección penal otorgada a un determinado bien jurídico constituye la finalidad última perseguida por el ordenamiento al otorgarla.

En ocasiones se protege un determinado bien jurídico en aras de la obtención de ciertos resultados, más o menos remotamente conectados con él. Las razones motivadoras de la incriminación de una conducta como delito no son, necesariamente, coincidentes con el bien jurídico, ni tampoco lo son las variadas causas político criminales tenidas en cuenta por el legislador. Pueden, ciertamente, encontrarse tras él y conferirle incluso sus últimas precisiones, pero no deben ser confundidas con el bien jurídico, pues éste perdería su certeza y concreción, es decir, su utilidad.

La “ratio legis” puede verse o no cumplimentada o satisfecha desde la previsión legislativa, en tanto que el bien jurídico siempre ha de resultar lesionado, o en su caso, puesto en peligro, por la realización del delito, y esta exigencia, por su rigor lógico, aleja toda posibilidad de disminuir la importancia de su función interpretativa a favor de la “ratio legis”.²⁷

²⁷ Derecho Penal. Parte General. 5ª Edición corregida, aumentada y actualizada. Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pág.320.

Aun admitiendo, pues, que la “ratio legis” pueda desempeñar algún papel a la hora de interpretar las leyes penales, éste ha de ser, forzosamente, secundario. El punto de partida de la estructura del delito es el tipo de injusto. El tipo de injusto representa la lesión o puesta en peligro del bien jurídicamente protegido.

b) La función sistemática del bien jurídico encierra en sí misma dos clases de subfunciones:

La primera subfunción constituye el fundamento de la infracción, desde el momento en que el delito es, ante todo, lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; de otra, representa un criterio adecuado para clasificar las diferentes especies de infracciones, cuyas semejanzas y diferencias se concretan, en primer término, en el objeto de la protección. De este modo, el bien jurídico aparece como el fundamento básico de la estructura abstracta de la infracción y, a la vez, como criterio ordenador del conjunto de las infracciones particulares contenidas en la parte especial.²⁸

Respecto de la primera subfunción sistemática conferida al bien jurídico, puede decirse que la esencia del delito consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, también desde el punto de vista de la legislación positiva. Desde este punto de partida, afirmar que el bien jurídico constituye el fundamento de la infracción no es sino reconocer el inevitable primado de la antijuridicidad.

La segunda subfunción otorgada al bien jurídico –servir de criterio básico de ordenación de la parte especial- no es sino consecuencia de la primera: una ordenación de las diferentes especies del delito ha de atenderse, en primer lugar, a su naturaleza. Tal es la pauta a la que, en general, pretende seguir nuestra legislación positiva. Con razón ha podido afirmarse que las diversas y poco afortunadas tentativas de clasificación de los delitos y estructura de la Parte Especial fuera del cauce objetivo del bien jurídico, apenas si merecen otra mención que la de carácter informativo.²⁹

²⁸ Derecho Penal. Parte General. 5º Edición corregida, aumentada y actualizada. Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pág.321.

c) La función garantía del bien jurídico cobra sentido solamente si se afirma que, consistiendo el delito esencialmente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, el poder punitivo del Estado queda sometido a determinados límites: el legislador no puede castigar cualquier conducta, sino solamente aquella que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos.³⁰

En este punto se vislumbra que la punibilidad del delito imposible y de la tentativa inidónea, no conforman en absoluto el concepto de tipo de injusto, toda vez que los mismos, idénticamente, se ven imposibilitados de poner en peligro real algún bien jurídico, mas allá del pensamiento del autor; lo que lógicamente no es punible en sí mismo, conforme lo manda el artículo 19 de la Constitución Nacional.

El delito imposible no se encuentra en la parte especial del código penal, sino en la parte general (art.44 del Código Penal). Ello hace ver que el último párrafo del artículo 44 del Código Penal no se encuentra relacionado con ningún tipo previsto en la parte especial. Por lo tanto, el párrafo mencionado no actúa en protección de ningún bien jurídico.

Téngase en cuenta que el articulado de la parte general del código penal tiene referencias a la parte especial, o bien siempre se refiere a ella, como por ejemplo el caso del artículo 42 de dicho cuerpo normativo, cuando incrimina al “...que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad...”.

El artículo 42 del C.P. refiere a un “delito determinado” de la parte especial. Así establece que lo punible es la tentativa de la comisión de algunos de éstos. Por lo tanto, se refiere a la tentativa de afectación o puesta en peligro de alguno de los bienes jurídicos protegidos a través de la tipificación de los delitos.

²⁹ Derecho Penal. Parte General. 5º Edición corregida, aumentada y actualizada. Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pág.323.

³⁰ Derecho Penal. Parte General. 5º Edición corregida, aumentada y actualizada. Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pág.324.

En cambio, el último párrafo del artículo 44 del código penal pretende ejercer la punibilidad por sí mismo, ya que no se encuentra relacionado con ningún tipo penal en especial, por lo tanto no existe ningún bien jurídico que pueda ser afectado por la tentativa de la comisión de un delito imposible.

Para un derecho penal liberal, el objetivo primario es la conservación de las condiciones materiales externas de la coexistencia; y, a este objetivo, deben hallarse subordinadas tanto la protección de bienes jurídicos de naturaleza ideal como el castigo de las simples puestas en peligro de dichas condiciones materiales.³¹ En el caso del delito imposible, o bien de la tentativa inidónea, no existe siquiera puesta en peligro del bien jurídico tutelado, más allá de la intención del autor. Penar la intención del autor no hace más que soslayar el principio de reserva consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

7. Desde la perspectiva de la dogmática penal respecto a la relación de causalidad entre acción y resultado.

En los delitos de resultado el tipo objetivo incluye la realización de un cambio en el mundo exterior que se imputa al autor. Así, por ejemplo, la consumación de un homicidio exige que la muerte de la víctima pueda ser atribuida al comportamiento del sujeto activo. Desde otro punto de vista, podemos decir que la acción debe ser causa de resultado. A estos efectos analizaremos si la tentativa de la comisión de un delito imposible guarda concordancia con las distintas teorías de la causalidad:

Teoría de la **equivalencia de las condiciones**: llamada también teoría de la condición o de la equivalencia, adquirió importancia al ser adoptada por la jurisprudencia alemana. Sus fundamentos tienen como base el concepto de causalidad propio de las ciencias naturales.

³¹ Derecho Penal. Parte General. 5ª Edición corregida, aumentada y actualizada. Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pág.326.

Se la conoce como teoría generalizadora, porque no distingue entre las distintas causas que condicionan la producción del resultado.

La fórmula que se utiliza para determinar la causalidad es la “supresión mental hipotética” y consiste en lo siguiente: una acción es causal siempre que suprimida mentalmente su realización, el resultado no se hubiera producido. Consiguientemente, cuando suprimida mentalmente la comisión de la acción analizada, el resultado igualmente se habría producido, no es considerada causa del mismo.³²

En este caso, haciendo una supresión lógica del hecho antecedente: En el supuesto en que al agente hubiera realizado una acción tendiente a lograr un resultado imposible o en el supuesto en que no hubiera hecho nada, el resultado nunca se producirá. Por lo tanto cualquier vano intento de delito imposible no causa resultado. En consecuencia, el delito imposible no encuadra en la teoría de la equivalencia de las condiciones que, hay que hacer hincapié, es la más generalizadora de todas.

La teoría de la **causa eficiente**: entiende que del conjunto de condiciones, sólo debe considerarse causa a aquella que encierra un poder intrínseco de producción de resultado.³³ Teniéndose en consideración lo expuesto, es que debemos resaltar que el delito imposible no encierra ningún poder intrínseco de producir el resultado.

Teoría de la **causalidad adecuada**: sostiene que sólo es causa una acción que según la experiencia general, es normalmente idónea para producir el resultado. Según esta teoría es imposible afirmar la existencia o inexistencia de nexo causal entre movimientos corporales y resultados, si sólo se los consideran en forma aislada.

La producción de consecuencias no debe determinarse mediante la observación independiente de supuestos.

³² Derecho Penal. La Ley. El Delito. El Proceso y La Pena, Esteban Righi, Alberto A. Fernández, Ed. Hammurabi, 1996, pág.157.

³³ Derecho Penal. La Ley. El Delito. El Proceso y La Pena, Esteban Righi, Alberto A. Fernández, Ed. Hammurabi, 1996, pág.159.

Por el contrario, deben éstos ser considerados haciendo referencia a principios y conocimientos que se obtienen del estudio de un número constante de casos. Surgen así las nociones de constancia y reiterabilidad temporal, que permiten la formulación de un juicio de “regularidad” que posibilitaría la solución de los casos concretos.³⁴

Entonces, intentando reiteradamente la comisión de un delito imposible a partir de la ejecución repetida de una acción encaminada a tales fines, llegaremos a la conclusión de que no lograremos el resultado. No encuadra el delito imposible en esta teoría.

Teoría de la **relevancia**: este punto de vista no es más que una revalorización del sistema de la equivalencia. Sostiene que la relación entre acción y resultado debe establecerse mediante el procedimiento de la “condictio sine qua non”, pero sin que ello suponga fundamentar sin más la imputación jurídico penal, pues probada la causalidad, es preciso verificar la adecuación del tipo penal. En otras palabras: el sistema de la equivalencia de las condiciones sirve para determinar la causalidad, pero carece de relevancia para fundamentar la imputación del hecho al autor.³⁵

A los argumentos expuestos respecto de la teoría de la equivalencia de las condiciones, le sumamos el hecho de que cualquier acción encaminada a la producción de un resultado imposible resultará irrelevante.

Teoría de la **imputación objetiva**: esta teoría excede la cuestión de la relación entre acción y resultado, extendiéndose a todos los ámbitos de la teoría del delito.

Concepto: la atribución del resultado a la acción es planteada por la doctrina contemporánea, mediante un juicio objetivo de imputación realizado mediante consideraciones “jurídicas”. Se abandonan así los criterios “naturales” de las teorías de la causalidad.

³⁴ Derecho Penal. La Ley. El Delito. El Proceso y La Pena, Esteban Righi, Alberto A. Fernández, Ed. Hammurabi, 1996, pág.160.

³⁵ Derecho Penal. La Ley. El Delito. El Proceso y La Pena, Esteban Righi, Alberto A. Fernández, Ed. Hammurabi, 1996, pág.160.

Requisitos: la imputación objetiva establece una conexión de la acción con el tipo, siempre que concurren los siguientes requisitos:

a) Que la acción haya creado un peligro jurídicamente desaprobado; es decir: que su realización suponga la creación de un riesgo no permitido.

b) Que el resultado haya consistido en la producción de ese peligro.

Si concurren conjuntamente los dos presupuestos, dice que la acción se adecua al tipo y, por consiguiente, su realización puede ser imputada al agente.³⁶

Puede observarse que la teoría de la imputación objetiva parte de una interpretación de las normas penales que subyacen en los tipos legales y consiguientes de su finalidad protectora de bienes jurídicos.

La solución de los distintos casos que pueden plantearse, es intentada mediante la aplicación de criterios deducibles de dichas normas que, en principio, son los siguientes:

a) Las normas penales sólo prohíben realizar acciones que produzcan resultados evitables. Por consiguiente, un resultado que fatalmente se iba a producir, nunca puede ser imputado al agente. Ello es así porque la acción del sujeto no se tradujo en la creación de un peligro no permitido.

b) Las normas penales sólo prohíben acciones que aumenten el peligro corrido por el bien jurídico, y no aquéllas que lo disminuyen.

c) Las normas penales sólo prohíben acciones que perjudiquen la situación del bien jurídico, no las que lo benefician.

d) Las normas penales prohíben únicamente acciones que presenten un peligro para el bien jurídico que protegen.

³⁶ Derecho Penal. La Ley. El Delito. El Proceso y La Pena, Esteban Righi, Alberto A. Fernández, Ed. Hammurabi, 1996, pág.161.

En este contexto, una acción dirigida a un resultado imposible, en sí misma, no causa ningún riesgo jurídicamente desaprobado, por lo tanto, no es punible.

IV. Conclusión:

La doctrina ha tratado de interpretar la figura del delito imposible en procura de enclaustrarlo dentro de un marco lógico de punibilidad, pero sus esfuerzos han sido vanos.

Como se ha desarrollado en el presente trabajo, cualquier intento de sustentar la vigencia de la punibilidad del delito imposible, ante un análisis exhaustivo, resultará infructuosa.

La punibilidad del delito imposible no resulta aplicable -a opinión del suscripto- en un sistema jurídico propio de un estado de derecho.

Como corolario de esta conclusión remito a lo dicho por el Dr. Zaffaroni:

“...La doctrina nacional se desconcertó ante la novedad legislativa del último párrafo del art. 44 del CP., que no tiene antecedentes nacionales, y por ello considero que comprendía los casos de tentativa aparente. Se llegó a sostener que el fundamento de la punición solo se hallaba en la peligrosidad del agente, lo que es clarísimamente violatorio del principio de ofensividad. Dado que esto no lo impone la ley, si no que es una interpretación doctrinaria, puede ser dejado de lado y partir de la premisa de que el último párrafo del art. 44 del CP. debe interpretarse al igual que toda la restante ley penal, de conformidad con el art. 19 de la Constitución Nacional...”³⁷

³⁷ Manual de derecho penal. Parte general. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni. EDIAR. Pág. 653.

¿DEBEN REGULARSE HONORARIOS AL SÍNDICO, SU ABOGADO Y AL LETRADO DEL DEUDOR EN LOS INCIDENTES CONCURSALES?

Carlos Enrique Ribera*

El interrogante planteado tiene por fin reflexionar sobre un tema que habitualmente en nuestro departamento judicial provoca decisiones judiciales encontradas y que a mi entender algunas de ellas no se ajustan al régimen arancelario de la Legislación Concursal.

Debo agregar que la pregunta puede tener diferentes respuestas, tal como seguidamente se analizará según las alternativas que pueden suscitarse.

Sin perjuicio de ello, con el fin de esclarecer el tema y aportar información, creo conveniente desarrollar en primer término lo relativo a la oportunidad en que deben regularse los honorarios concursales y sus excepciones, para luego tratar en particular los incidentes según quien cargue con las costas.

I. Oportunidad para la regulación de honorarios y excepciones

Como principio general debe enunciarse que en los procesos concursales el juez debe regular los honorarios de los funcionarios y profesionales intervinientes en las oportunidades expresamente previstas en la Ley 24.522 (en el art. 265)¹.

Por ello se ha dicho que no deben efectuarse “regulaciones parciales, provisorias o provisionales, segmentarias, fragmentarias, disociadas o escalonadas, ni anticiparse a los momentos que estipula el ordenamiento, ni solicitarse pagos a cuenta, es decir, no puede pretenderse

* Juez de la Sala 1ª de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro

¹ Roberto García Martínez, *La regulación de honorarios en los concursos*, DSC, t. IX, p. 1062

regulación fuera de los estadios procesales que fija la ley, y que son los momentos en que se valoran las retribuciones pertinentes”.²

Excepto lo dispuesto en el art. 270 de la citada ley concursal no se prevé la posibilidad de calcular honorarios provisionales ni se admite su percepción fuera de las oportunidades expresamente previstas.

i. Concurso preventivo

Si se trata de concurso preventivo las oportunidades que dispone la Ley para fijar los honorarios son al momento de homologar el acuerdo preventivo (art. 265, inc. 1°) y al finalizar “por cualquier causa” el proceso (art. 265, inc. 5°).

a. Casos en que se regulan honorarios

Pero de manera más completa se pueden detallar los siguientes casos³:

- 1) Rechazo del pedido de concurso preventivo (art. 13, párr. 2°);
- 2) Desistimiento sancionatorio (art. 30);
- 3) Desistimiento voluntario (art. 31);
- 4) Homologación del acuerdo preventivo (arts. 52 y 265, inc. 1°);
- 5) Homologación del *cramdown* (arts. 48, 52 y 265, inc. 1°);
- 6) Conclusión del concurso preventivo (art. 59, párr. 1°);
- 7) Declaración de cumplimiento del acuerdo preventivo (art. 59, inc. 6°);
- 8) Rechazo de la impugnación del acuerdo (art. 50);
- 9) Rechazo de nulidad de la homologación (art. 60);

² Guillermo M. Pasaresi y Julio F. Passarón, *Honorarios en concursos y quiebras*, Astrea, 2002, p. 80

³ Guillermo M. Pasaresi, *Honorarios*, en “Tratado del Síndico Concursal”, bajo la dirección de Darío J. Graziabile, Ed. Abeledo Perrot, 2008, p. 656/7.

10) Resolución final en los procesos incidentales de revisión (art. 37, párr. 2°) y de verificación tardía (art. 56, párr. 5°);

11) Juicios atraídos (art. 21, incs. 1° y 5°).

Debo aclarar que en los supuestos 8, 9 y 10, como se trata de incidentes, la regulación debe ajustarse a lo que más adelante mencionaré.

En cuanto a los juicios atraídos (n° 11), cabe recordar que a partir de la reforma de la Ley 26.086 el concurso preventivo sólo atrae los juicios ejecutivos quirografarios; en cuanto a la quiebra, además de los mencionados, a las ejecuciones reales. Si se trata entonces de alguno de estos supuestos la regulación deberá ser efectuada de acuerdo con las normas arancelarias del lugar donde tramitó el juicio y como consecuencia de ello, si tramitó en una jurisdicción en la cual rige una legislación diferente, será el juez que entendió originariamente en el proceso quien fije los estipendios.

Otra aclaración debe hacerse respecto al supuesto en que el proceso se transforme en quiebra indirecta, en dicho caso la jurisprudencia mayoritaria tiene decidido que la regulación debe postergarse para el momento que finalice la falencia (art. 265, inc. 4°).⁴

a. Casos en que no se regulan honorarios

No deberán regularse honorarios en los siguientes supuestos ⁵:

- 1) Apertura del concurso preventivo (arts. 14 y 93);
- 2) Sentencia de quiebra indirecta por:
 - a) falta de presentación de propuesta concordataria (art. 43, párr. 5°),
 - b) falta de obtención de las mayorías cuando no sea de aplicación el procedimiento del *cramdown* (arts. 46 y 47),

⁴ Guillermo M. Pasaresi, *Honorarios en la quiebra indirecta*, L.L., 2004-A-546

⁵ Pasaresi, *Honorarios...*, p. 657.

- c) rechazo de la homologación (arg. art. 52),
 - d) fracaso de la etapa del *cramdown* (art. 48),
 - e) admisión de la impugnación al acuerdo preventivo (art. 50 y 51),
 - f) declaración de nulidad del acuerdo (arts. 60 y 61),
 - g) incumplimiento del concordato preventivo homologado judicialmente (arts. 63 y 64),
 - h) falta de pago de los honorarios a cargo del deudor (art. 54);
- 3) Declaración de quiebra directa, pedida por acreedor o por deudor (art. 77, incs. 2° y 3°);
 - 4) Sentencia de quiebra por extensión (arts. 160, 161 y cc.).

ii. Quiebra

En cambio si se trata de quiebra, la regulación de honorarios se efectúa al momento de resolver sobre la distribución final (arts. 218 y 265, inc. 4°); al concluir por avenimiento (art. 265, inc. 2°). También deben hacerse regulaciones por las distribuciones complementarias (art. 265, inc. 3°), y en los demás supuestos de conclusión por cualquier otra causa (inc. 5°).⁶

a. Casos en que se regulan honorarios

Con mayor detalle se ha dicho que en la quiebra los supuestos en que deben fijarse los estipendios son:

- 1) Desistimiento del deudor del pedido de su propia quiebra (art. 87, párr. 3°);
- 2) Admisión del recurso de reposición (art. 94);
- 3) Levantamiento sin trámite de la quiebra (art. 96);
- 4) Avenimiento (arts. 225, 226, 227 y 265, inc. 2°);

⁶ Julio César Rivera, *Instituciones de Derecho Concursal*, T. I, Rubinzal Culzoni, 2003, p. 243.

- 5) Finalización de la realización de bienes y presentación del informe final y distribución (arts. 218 y 265, inc. 4°);
- 6) Aprobación de cada estado de distribución complementaria (arts. 222 y 265, inc. 3°);
- 7) Aprobación de distribución de remanente en caso de pago total (art. 228, párr. 2°);
- 8) Pago total por otorgamiento de cartas de pago (art. 229, párr. 1° y art. 268, inc. 1°);
- 9) Inexistencia de acreedores (art. 229, párr. 2° y 268, inc. 2°);
- 10) Clausura por falta de activo (arts. 232, 233 y 268, inc. 2°);
- 11) Continuación de la explotación de la empresa según lo dispuesto por el juez (arts. 269 y 270).
- 12) Conclusión del concurso especial (arts. 209 y 244);
- 13) Finalización del proceso ordinario de extensión de quiebra (art. 164), de acciones de responsabilidad (art. 174 y 176) o de revocatoria concursal (art. 119 y 120);
- 14) Suspensión de los trámites de los juicios atraídos (art. 132);
- 15) Terminación de las verificaciones tardías y de los incidentes de revisión (art. 200) y otros incidentes (arts. 280 y 287).
- 16) Conclusión de la quiebra de un modo atípico (v.gr., nulidad del auto de quiebra, pago por subrogación, etc.) (art. 265, inc. 5°).⁷

b. Casos en que no deben regularse honorarios

No deben regularse honorarios en los siguientes casos ⁸:

- 1) Sentencia de quiebra directa, indirecta, o por extensión (arts. 88 y 160);

⁷ Pesaresi, *Honorarios ...*, p. 658.

⁸ Pesaresi, *Honorarios ...*, p. 659.

- 2) Rechazo del desistimiento de la quiebra voluntaria (art. 87, párr. 3°);
- 3) Rechazo del recurso de reposición (art. 94);
- 4) Rechazo del pedido de levantamiento sin trámite (art. 96);
- 5) Resolución que admite la incompetencia (art. 100 y 101);
- 6) Conversión de quiebra en concurso preventivo (art. 90 y ss.);
- 7) Rechazo de solicitud de conclusión por avenimiento, pago total o por inexistencia de acreedores (arts. 225 y 229);
- 8) Ausencia de presentación del informe y distribución final (arts. 218 y 265, inc. 4°);
- 9) Falta de aprobación de las distribuciones complementarias (arts. 222 y 265, inc. 3°);
- 10) Declaración de pago total, una vez aprobado el estado de distribución definitiva (art. 228, párr. 1°);
- 11) Clausura por distribución final (art. 230) y conclusión del concurso sin reapertura (art. 231);
- 12) Falta de declaración de clausura por falta de activo.

Como ha dicho la doctrina especializada, luego de enunciar los referidos supuestos “El hecho de que exista una regulación de honorarios en alguna de estas ocasiones implica una contravención a los principios expuestos en materia de oportunidades retributivas, lo cual redundaría incuestionablemente en un entorpecimiento en cuanto al momento en el cual resulta más conveniente establecer los emolumentos y, lo que es peor, atenta, en definitiva, contra su correcta estimación.”⁹

II. Honorarios del síndico en los incidentes

Recordadas las oportunidades en que deben fijarse los estipen-

⁹ Pesaresi *Honorarios*,..., p. 654.

dios de los funcionarios y profesionales intervinientes en los procesos concursales, cabe hacer mención en particular al tema de los honorarios en el trámite de los incidentes, respecto a lo cual la jurisprudencia ha trazado el camino a seguir, adoptando diferentes soluciones en cuanto a si deben regularse honorarios al síndico contador.

i. Jurisprudencia comercial nacional

Así cabe mencionar en primer lugar que a mediados de 1981 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dictó el plenario "Rodríguez Barros S.A. y/o Supermercado Gigante S.A. s/ quiebra", el cual estableció que en los procesos en que el concurso resulte vencedor en costas no corresponde regular honorarios al síndico, pero sí a su patrocinio letrado, los cuales serán de pertenencia del mismo¹⁰, por lo cual sólo tenía derecho a la fijación y cobro de estipendios el letrado del síndico, pero no éste último, pese a ser vencedor en el incidente.

Esta decisión, ampliamente disentida entre los integrantes del tribunal al momento de formular sus votos, se modificó posteriormente a fines de 1988 en el plenario "Cirugía Norte S.R.L. s/concurso preventivo s/incidente de verificación...", en el cual se decidió que corresponde regular honorarios al síndico por la representación del concurso cuando éste resulte vencedor en costas, agregando que dichos honorarios, tanto del síndico como de su letrado, les pertenecen como beneficiarios de la regulación.¹¹

Esta doctrina judicial sólo es aplicable cuando el concurso resulte vencedor en costas, pues caso contrario, tal como se ha dicho “la regu-

¹⁰ CNCom. en pleno 24/6/81, E.D., 94-473, fallo 34696; Edgardo Marcelo Alberti, *Diversas soluciones sobre la remuneración del síndico por la atención de incidentes del juicio concursal*, R.D.C.O. año 18, abril 1985, n° 103/4, p. 201 y ss; Alfredo J. Di Iorio, *Los honorarios del síndico en los casos en que el concurso resulta vencedor en costas. Análisis jurisprudencial*, R.D.C.O. cit., p. 216 y ss.

¹¹ CNCom. en pleno 29/12/88, E.D. T. 131-417; Guillermo M. Pasaresi y Julio F. Passarón, *La retribución en los incidentes concursales. La doctrina “Sanfilippo” ¿se encuentra derogada?*, J.A., 2001-IV-1296; aut. cit., *La retribución en los incidentes concursales (II). La doctrina “Cirugía Norte” ¿se encuentra jaqueada?*, J.A., 2003-IV-1110.

lación de honorarios del síndico se practicará en la oportunidad señalada en el art. 288 L.C.” (actual 265 LCQ).¹²

ii. *Jurisprudencia bonaerense*

También en la provincia de Buenos Aires el tema ocupó a nuestro más alto Tribunal cuando en 1982, es decir con anterioridad al plenario “Cirugía Norte S.R.L” mencionado, estableció que procede regular honorarios al síndico cuando un tercero es condenado a pagar las costas¹³ y asimismo decidió que cuando las costas son a cargo del concurso, los honorarios del síndico deben fijarse en la oportunidad del art. 288 L.C. (hoy 265 LCQ).¹⁴ Esta es la solución que se aplica mayoritariamente en diversos tribunales de nuestra Provincia.¹⁵

¹² CNCom., sala A, marzo 28/1985, E.D. 20-A-368, sum. 213; Raúl A. Etcheverry, *Reflexiones acerca de un plenario sobre honorarios del síndico en los concursos*, E.D., 95-829; Darío J. Graziabile, *Honorarios del síndico concursal por su intervención en las verificaciones tardías*, J.A. del 11/8/2004.

¹³ SC. Fallo: del 14/12/82 Ac. 31.508, reiterado en Ac. 36.537 del 14/10/86

¹⁴ C.S.J. Fallo: del 18/9/88, Ac. 38.777; ídem, “Carini y Cía. Quiebra s/ Incidente de reposición y verificación de crédito del Banco Crédito Provincial”, DJBA 1988-135, 361, fuente Juba.

“Aún cuando se le impongan al fallido las costas por el rechazo del incidente de revisión que promoviera (art. 38, ley de quiebras), la regulación de honorarios debe practicarse en la oportunidad del art. 288 del mismo cuerpo legal” (SCBA, “Carini y Cía. Quiebra s/ Incidente de reposición y verificación de crédito del Banco Crédito Provincial”, Ac 38717 S 18-10-1988).

“No debe posponerse a la oportunidad del art. 284 de la ley 19.551 la regulación de honorarios del síndico por su actuación en los incidentes tardíos de verificación cuyas costas están a cargo del acreedor” (SCBA, “Drapich, Esteban s/ Concurso preventivo”, Ac 42190 S 22-5-1990).

“La Ley de Concursos es muy cuidadosa de los recursos de la masa, pone bajo control del juez la pertinencia de asesoramiento letrado y llega al punto de hacer responder al síndico por los honorarios del abogado por el resto excluido de los fondos del concurso; pero cuando hay un tercero condenado a pagar costas no juega su articulado, rigiendo entonces el tradicional principio contenido en el art. 68 del C.P.C., según el cual el vencimiento es la base de la condena en costas y, en consecuencia, el derrotado debe cargar con todos los gastos” (SCBA, “Frigorífico Milnueve S.A. Quiebra s/ Incidente de verificación de crédito pedido por “Eduardo Sambuzzi y Cía. S.A. Ganadera Com. e Ind.”, Ac 32956 S, 23-10-1984).

“Aún cuando los trabajos hubiesen sido realizados en causas separadas del principal, los honorarios de los letrados del síndico -cuando son a cargo de la masa- deben regularse en la oportunidad del art. 288 de la ley 19.551” (SCBA, “Albino Rozzi e hijos S.A. y otro s/ Concurso preventivo”, Ac 44374 S 27-12-1991).

iii. *Jurisprudencia de Mendoza y Córdoba*

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, decidió en un primer momento, mayo de 1984, que no procedía regular honorarios al síndico en los procesos accesorios, aún cuando el concurso resulte vencedor en costas¹⁶. Luego cambió de opinión, en noviembre de 1991, con diferente integración del Tribunal, al establecer que corresponde regular honorarios al síndico y su letrado por las tareas profesionales cumplidas en los incidentes concursales, cuando resulta vencido el tercero "in bonis". Pero cuando las costas son a cargo de la masa, en principio, el síndico no tiene derecho a regulaciones independientes.¹⁷

El máximo Tribunal de la provincia de Córdoba ha seguido la misma doctrina.¹⁸

¹⁵ CACC Mar del Plata, sala II, “Consortio de Copropietarios Edificio Huayra c. González, Norma Susana s/ incidente de revisión, 18/6/98, RSI 485-98; ídem, sala I, “Abraham, Carlos W. s/ Pronto pago en: Clínica Privada Alberti S.A. s/ Concurso Preventivo”, 10/7/2007, 135391 RSD-249-7 S; ídem, íd., “Berterreche, Marcelo c/ Soda Jorgito s/ Incidente Verificación y Pronto Pago”, 16/9/2003, 116330 RSI-1142-3 I; CA2CC La Plata, sala I, “Barrabino, Julio Enrique s/ Concurso preventivo promovido por Diana Inés Barrabino”, 4/6/2002, 97371, RSI-246-2 I, todos fuente Juba; También la Sala I de la Cámara de Apelación Civil y Com. departamental en reiteradas oportunidades, con diferente integración a la actual, decidió que la regulación de honorarios del síndico en los incidentes cuando las costas están a cargo del concurso deben ser fijados en el proceso principal en las oportunidades legales mencionadas (causas 96.814, 97.831, 99.854, 101.319 entre otras).

¹⁶ R.D.C.O., año 18, abril 1985, n° 103/4.

¹⁷ Trib. cit., D.J.L.L., del 6/5/92, p. 938; Guillermo G. Mosso, *Concurso especial y reserva de gastos*, Ed. Ad Hoc, 2002, p. 240 y ss.; Guillermo M. Pasaresi, *Honorarios en incidentes concursales tramitados en la provincia de Mendoza. Criterio particular en las revisiones*, J.A., 2006-III-62

¹⁸ TSJ Córdoba, 18/4/00, E.D. 5/12/00; ídem, 20/4/2005, “Sánchez, Ricardo Noel s/conc. prev. s/recurso de casación por Bank Boston Nacional Association IVT”, LLC, 2005-633. Guillermo M. Pasaresi, *Honorarios en incidentes concursales tramitados en la provincia de Córdoba*, L.L.C., 2004-569; aut. cit., *Unificación de la jurisprudencia de Córdoba en materia de honorarios en incidentes concursales en punto a la ley local aplicable*, LNC, 2006-6—588.

iv. Jurisprudencia que rechaza la regulación de honorarios al síndico en los incidentes cualquiera sea el régimen de imposición de costas

Para completar un panorama general de las diversas opiniones sustentadas por la jurisprudencia, debo mencionar el plenario de la Cámara de Apelación Civil y Comercial de Rosario, el cual se aparta parcialmente de la jurisprudencia predominante, al decidir que no corresponde regular honorarios al síndico ni a su letrado patrocinante en las verificaciones tempestivas o tardías, ya sea que se impongan o no costas al incidentista. El fallo también establece que no deben regularse honorarios al síndico en particular por la labor desempeñada en la verificación tempestiva (art. 33 y ss. de la ley 19.551).¹⁹

III. Honorarios del abogado del concursado en los incidentes

Conforme lo dicho los porcentajes arancelarios se destinarán al pago de la totalidad de los honorarios de los funcionarios y profesionales intervinientes que estén a cargo del concurso (arts. 265, 257 y 240), por lo cual no sólo se incluyen los del síndico sino también el de los funcionarios designados y entre otros el abogado del concursado o fallido.²⁰

Doctrina especializada con cita de jurisprudencia de la Suprema Corte de nuestra Provincia, ha dicho que corresponde una única regulación de aranceles del letrado del quebrado en las oportunidades legales que establece la Ley de Concursos y Quiebras.²¹

¹⁹ CACCom. de Rosario, en pleno 12/6/89, L.L. 1989-C-585/95

²⁰ Saúl A. Argeri, *La quiebra y demás procesos concursales*, T. 3, Librería Editora Platense S.R.L., 1980, p. 434.

“Los topes contenidos en el art. 290 de la ley 19.550 -al igual que lo que acaece con los arts. 266 y 267 de la ley 24.522- resultan comprensivos de los honorarios a regular tanto a los funcionarios del concurso como a los profesionales intervinientes en el proceso colectivo.” (SCBA, “El Halcón S.A.T. s/ Quiebra. Incidente de liquidación”, C 94153 S 16-4-2008).

²¹ Juan Manuel Hitters y Silvina Cairo, *Honorarios del Abogados y Procuradores*, Lexis Nexis, 2007, p. 442, SCBA, “Cooperativa Agrícola Ganadera de 9 de Julio Limitada s/ quiebra”, 7/9/1993, Ac. 47.822.

Como la Ley no establece el porcentaje en conjunto que debe aplicarse a cada uno de los profesionales, sino el rango de porcentaje aplicable entre un mínimo y máximo, será el juez quien deberá distribuirlo teniendo en cuenta la importancia de las labores efectuadas, debiendo además guardar proporcionalidad la regulación.²²

Por tales motivos, los honorarios del abogado que asistió al fallido, al igual que los del letrado del acreedor que pidió y obtuvo la quiebra y de quien patrocina al síndico, deben ser regulados en las oportunidades legales con el fin de no alterar los porcentajes que prevé la ley.

Caso contrario, es decir si se regulan los honorarios del abogado del deudor, permitiría acumular honorarios de los diferentes incidentes a los que se fijen al momento previsto en el art. 265, pudiendo llegar a superar el porcentaje máximo arancelario o bien alterar la proporción que debe guardar con el resto de los estipendios profesionales.

Al respecto caber recordar una fallo de la Suprema Corte de nuestra Provincia en el cual se hizo lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ya que en el caso habiendo actualizando los valores para la regulación de honorarios surgió que el total de las regulaciones realizadas estaba manifiestamente por encima del tope máximo impuesto por las disposiciones arancelarias concursales (art. 289) excediendo sobradamente el pasivo verificado, por lo cual se dejó sin efecto la regulación ²³. En otro supuesto se dejó sin efecto la regulación porque estaba por debajo del porcentaje legal.²⁴

IV. Honorarios del apoderado del síndico que actúa en extraña jurisdicción

²² Rivera-Roitman-Vitolo, *Ley de Concursos y Quiebras*, T III, Rubinzal Culzoni, 2000, p. 358.

²³ Trib. cit., “Martelletti, Juan Carlos s/ Concurso preventivo”, Ac 50044 S, 14/12/1993.

“Corresponde dejar sin efecto la regulación de honorarios que está manifiestamente por debajo del número legal, teniendo en cuenta el monto del juicio” (SCBA, “Montecchiari, Aldo E. Pedido de quiebra c/ Martín, Juan José s/ Rendición de cuentas”, Ac 84104 S 30-6-2004).

²⁴ SCJ, “Montecchiari, Aldo E. Pedido de quiebra c/ Martín, Juan José s/ Rendición de cuentas”, Ac 84104 S 30/6/2004.

A partir de la reforma de la Ley 26.086 el síndico es “parte necesaria” en los juicios exceptuados del fuero de atracción, salvo los de relaciones de familia, el nuevo texto agrega “a cuyo efecto podrá otorgar poder a favor de abogados cuya regulación de honorarios estará a cargo del juez del concurso, cuando el concursado resultare condenado en costas, y se regirá por las pautas previstas en la presente ley”.²⁵

Recordemos que las funciones del síndico son indelegables tal como lo establece el art. 258 LC. Por ello parecería ser que el otorgamiento de poder solamente se justifica en los supuestos de juicios que tramiten en sedes judiciales a las cuales no le es posible concurrir al síndico por razón de la distancia, por la materia que se debate o bien por la gran cantidad de litigios, aunque tramiten ante la misma jurisdicción.²⁶

En el caso los honorarios serán regulados en las oportunidades que prevé la Ley en los citados arts. 265 y conforme a las pautas de los arts. 266 y 267.²⁷

V. Conclusiones

Los antecedentes mencionados ponen de manifiesto que cuando en los incidentes de verificación tardía o revisión las costas se imponen al deudor no deben regularse honorarios al síndico, su abogado ni al letrado del concursado o fallido, debiendo diferírseles para la oportunidad de la regulación global del concurso (art. 265 LCQ).

Como dije el fundamento de no regular honorarios a dichos profe-

²⁵ Es decir que cuando el actor sea el vencido, la regulación de honorarios del letrado designado por el síndico estará a cargo del juez donde tramitó el proceso y de acuerdo con las normas arancelarias locales.

²⁶ Pablo D. Heredia, *Ley 26.086:: nuevo modelo en el régimen de suspensión y prohibición de acciones y en el diseño del fuero de atracción del concurso preventivo*, JA, del 3/5/2006, t. 2006-II, fascículo n° 5.

²⁷ Respecto a quién debe hacerse cargo de los gastos por el otorgamiento del poder del síndico a favor de los letrados que intervengan en otras jurisdicciones, se ha dicho que serán solventados por el concursado por ser gastos del concurso, ya que tienen la preferencia del art. 240 LC, Daniel Truffat, *Fuero de atracción*, Astrea, p. 65.

sionales se encuentra en el hecho de que el propio ordenamiento concursal establece los límites de los porcentajes que deben aplicarse y que no puede ser superados, porque las regulaciones de honorarios concursales están sometidas a los principios de “conurrencia y proporcionalidad” con los activos realizados (arts. 266, 267 y cc.).²⁸

Reitero que tanto la doctrina como la jurisprudencia son contestes en marcar que de la letra del artículo 265 de la ley 24.522, queda claro que la oportunidad fijada por tal norma, a los fines regulatorios, de los funcionarios concursales es, en principio, única y comprende todas las actuaciones llevadas a cabo en el proceso concursal. De ello se sigue que ni el síndico ni los funcionarios o letrados de éstos pueden pretender otras regulaciones; salvo el supuesto de aquellos honorarios regulados en un incidente cuando las costas han sido impuestas a un tercero o en algún supuesto especial que pueda plantearse en cuyo caso deberá ser motivo de especial análisis. En cuanto a esto último y a modo de ejemplo puede citarse el caso del concurso preventivo en que se hayan realizado tareas profesionales en incidentes posteriores a la homologación del acuerdo y por lo tanto no se tuvieron en cuenta en la regulación general.

Por otro lado se puede afirmar que corresponde regular los honorarios del síndico por su labor en los incidentes mencionados cuando el acreedor es condenado en costas (art. 287 LCQ).²⁹

Si bien en este trabajo hice referencia exclusiva a los incidentes de verificación tardía y revisión, cualquiera fuera la clase de concurso, debo agregar que lo expuesto, tal como lo tiene dicho la doctrina es aplicable por analogía al resto de los incidentes.³⁰

²⁸ CNCom, Sala B, 26/5/2003, “Miyazono, Ricardo s/conc. prev. s/inc. de revisión por Banco Río de la Plata”, L.L., 2003-F-539)

²⁹ Darío J. Graziabile, *Honorarios de la sindicatura...*, cit. p. 1514; ídem, *Otra vez sobre el síndico concursal y sus honorarios en los incidentes de verificación. El cuento de nunca acabar...*, J.A. 2004-III-138.

³⁰ Roberto García Martínez, *Derecho Concursal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 653; Adolfo A. N. Rouillon, *Régimen de concursos y quiebras*, Astrea, Buenos Aires, 8ª ed., 1998 p. 357.

SALDO DEUDOR EN CUENTA CORRIENTE BANCARIA Y TARJETA DE CREDITO.

*Por Guillermo Daniel Ottaviano**

I) INTRODUCCION.

Suele ocurrir que en el juicio ejecutivo promovido mediante certificado de saldo deudor en cuenta corriente bancaria, el demandado opone excepción de inhabilidad de título con el argumento de que la deuda proviene, total o parcialmente, del uso de la tarjeta de crédito; y acompaña documentación (algunos resúmenes) comprobando tal extremo.

La cuestión a abordar es si en tal situación procede o no la vía ejecutiva directa, en cuyo caso convergen diversas disposiciones (entre otras, arts. 793 del Código de Comercio, 542 inc 4° del CPCC, 14 inc. “h”, 39, 42 y 57 ley 25.065, y 4 -t.s ley 26.361- y 37 ley 24.240).

II) ARGUMENTOS CONTRA LA EJECUCION DIRECTA.

La inhabilidad del título se ha sostenido con diversos argumentos: a) el cuentacorrentista no ha podido librar cheques (situación que desnaturaliza el contrato de cuenta corriente bancaria); b) la cuenta corriente sólo debió el saldo derivado de la tarjeta de crédito; c) en el conjunto de servicios contratados con el banco (incluida la tarjeta de crédito), se liquidaron gastos, comisiones e intereses indebidos, y/o median errores contables o de cálculo y, por ende, un abuso de derecho de la entidad bancaria; d) la ley 25.065 por ser de orden público y tender a proteger a los consumidores, invalida la convención para cargar en la cuenta corriente los saldos de tarjeta de crédito; e) la ley 25.065 prevé únicamente preparar la vía ejecutiva o la acción ordinaria, mas no la vía ejecutiva directa (que desvirtuaría el procedimiento legal); f) las disposiciones de la ley 25.065 prevalecen sobre el art. 793 C.Com.

* *Auxiliar Letrado de la Excma. Cámara Civil y Comercial de San Isidro (Sala IIIª)*

Ahora bien; dejando de lado el supuesto en que la deuda registrada en la cuenta corriente bancaria responda únicamente al movimiento que ha tenido la tarjeta de crédito, también es frecuente que la registrada en dicha cuenta sólo parcialmente obedezca al uso de la tarjeta de crédito, y que la restante provenga de otros servicios o contratos entre el banco y el cliente; y es aquí donde radica el problema.

La clave está dada por lo dispuesto en el art. 42 de la ley 25.065; pero antes conviene repasar el desarrollo que la cuestión ha tenido.

III) LA CUENTA CORRIENTE OPERATIVA, NO OPERATIVA e INSTANTANEA.

Ernesto Martorell (“El juicio ejecutivo en las operaciones bancarias”, Ed. Ad Hoc, págs. 133 y ss.) apuntaba que la cuenta corriente no operativa era aquella en la cual no se prestaba un servicio de caja mediante el libramiento de cheques. Pero explicaba que dicho servicio, aún sin cheques, podía prestarse igualmente a través de otras modalidades como la atención de débitos y créditos del contrato de tarjeta de crédito, por lo que en tal caso la cuenta corriente no dejaba de ser operativa.

Aclaraba que no había impedimento para que toda la operatoria del cliente con el banco se canalizara a través de la cuenta corriente, aunque exigía el consentimiento oportuno y anterior del cuentacorrentista y que la cuenta funcionara teniendo una vida real (no ficticia).

Por eso conceptuó a la cuenta corriente instantánea como a la que se abría con el exclusivo y único efecto de cargar débitos anteriores de otros contratos, para cerrarla de inmediato y emitir el certificado de saldo deudor que permitiera la vía ejecutiva.

Añadía que un mandato otorgado al banco para abrir la cuenta corriente con la sola finalidad de ejecutar una deuda anterior por tarjeta de crédito, quebrantaba el art. 1892 del C.Civil; ni era legítimo requerir al solicitante de la tarjeta el otorgamiento de un mandato irrevocable para abrir la cuenta corriente. Ello revelaba una actitud reprochable del banco, que abusando de su posición en el contrato, utilizaba una pre-

rrogativa unilateral al solo efecto de abrir una cuenta corriente con la premeditada intención de cerrarla, previa inclusión de un solo débito.

Esta fue también la opinión de Fernández-Gómez Leo (“Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”, III-D, págs. 370/378), quienes sostuvieron que el cheque no tipificaba a la cuenta corriente bancaria, puesto que este contrato tiene por objeto un servicio de caja, no siendo esencial sino accesorio el de cheques: según los arts. 791 a 797 del C.Com., puede existir cuenta corriente bancaria sin cheque pero no este último sin aquélla. Por eso dijeron que era legítima la cuenta corriente abierta a fin de registrar los movimientos generados por el uso de la tarjeta de crédito, si es que no se la abría con la única finalidad de darle fuerza ejecutiva.

Señalaban, sin embargo, que la apertura de la cuenta corriente debía ser un acto consciente y deliberado del cliente y contemporáneo a la tarjeta de crédito, pues sólo así se preservaba la buena fe contractual y se aseguraba que la modalidad elegida no había sido pactada en exclusivo interés del banco.

Carlos Villegas (“Cuenta corriente bancaria y servicio de cheque”, La Ley 1989-D-151) sostuvo que no podía identificarse a la cuenta corriente bancaria con el cheque, puesto que no hay norma que prohíba que la cuenta corriente funcione sin cheque. Las cuentas no operativas son en realidad cuentas sin cheques, plenamente operativas pero donde no hay extracciones o donde éstas se realizan utilizando otros medios distintos del cheque.

No obstante, estimaba que la cláusula de mandato contenida en el contrato de tarjeta de crédito era inválida, pues tendía a abrir la cuenta corriente al solo efecto de cerrarla casi de inmediato para volcar en ella el saldo deudor de la tarjeta. Por eso concluyó en que los bancos debían pactar expresamente el vínculo entre el contrato de tarjeta de crédito y el de cuenta corriente desde el comienzo mismo de la relación.

Roland Arazi (“tarjeta de crédito–juicio ejecutivo”, La Ley 1993-C-760) entendió que no era imprescindible el cheque para que exista cuenta corriente bancaria. El banco puede convenir con el titular de la

cuenta cualquier otra manera de extraer fondos y requerir autorización para debitar el saldo por el uso de la tarjeta de crédito. Con ello el banco podía accionar por vía ejecutiva (art. 793 C.Com.). Pero también sostuvo la invalidez del mandato otorgado al banco, pues, o éste tenía por objeto un negocio en interés exclusivo del mandatario, o bien su ejecución resultaba dañosa al mandante (arts. 1892, 1907 del C.Civil).

IV) EL ART. 42 DE LA LEY 25.065. DIVERSAS POSICIONES.

1) EJECUCION DIRECTA (BAJO CONDICIONES).

Adolfo Rouillon (“Código de Comercio Comentado y Anotado”, Tº II, La Ley, pág. 403) señala que la restricción del art. 42 de la ley 25.065 apunta a la llamada instantaneidad de la cuenta corriente bancaria. Con pacto de cheque o sin él, si la cuenta es abierta al solo efecto de debitar el saldo deudor de la tarjeta de crédito, para inmediatamente cerrarla y lograr el título ejecutivo, la ejecución directa es inadmisibles. Pero si entre emisor y usuario han convenido en debitar de la cuenta corriente los importes de la tarjeta, el cobro ejecutivo directo es viable.

Fernández-Gómez Leo (“Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial”, Lexisnexis-Depalma, 04 n° 1612/006875), refiriéndose al art. 42 LTC, sostuvieron que las cuentas instantáneas surgieron porque los bancos se hacían extender un poder. Y ratifican que en la cuenta corriente bancaria pueden cargarse los consumos de tarjeta de crédito si existe pacto expreso, solución que recogió el art. 2 de la ley 24.452 al agregar un apartado al art. 793 del Código de Comercio.

Darío Nuñez (“Ejecución del saldo deudor de cuenta corriente bancaria”, RDPC 2005-3-162) sostiene que de conformidad al art. 42 de la ley 25.065, corresponde diferenciar los saldos de tarjetas de crédito existentes en cuentas corrientes abiertas a ese fin exclusivo (debitar pasivos generados por el uso de la tarjeta), de los saldos de tarjetas existentes en cuentas corrientes abiertas con una finalidad adicional. En el primero de los casos (cuentas exclusivas) debe prepararse la vía ejecutiva. Pero en el segundo -cuenta corriente bancaria abierta con una finalidad adicional a la de debitar el uso de la tarjeta (cuenta no

exclusiva)- debe permitirse la ejecución directa si hay autorización expresa del usuario (art. 793, 4º del Cód. Comercio, t.s art. 2 ley 24.452) y no se trata de una cuenta corriente instantánea (abierta al solo efecto de acreditar un pasivo y cerrarla inmediatamente para generar el título ejecutivo).

Pablo Barbieri (“Cuenta corriente bancaria y tarjeta de crédito...”, JA 2000-III-893) señala que el art. 42 de la ley 25.065 puso fin a las cuentas corrientes bancarias abiertas con el solo objetivo de debitar los valores provenientes del uso de la tarjeta de crédito.

Pero considera que dicha norma nada dice con relación a las cuentas corrientes en las que se otorga la utilización del servicio de caja mediante cheques u otra forma de extracción de fondos. Y ante la situación de que el usuario de la tarjeta haya tenido el servicio de caja, o ante un conjunto de servicios convenidos indisolublemente con el banco –por el que se haya abierto la cuenta corriente-, entiende que ante la dificultad de abordar la causa de la obligación en el juicio ejecutivo, ningún inconveniente hay en incluir la deuda de tarjeta de crédito en el saldo deudor de la cuenta corriente bancaria, siempre que ello haya sido pactado expresamente.

Roberto Muguillo (“Tarjeta de Crédito”, 3ª ed., Ed. Astrea, págs. 211 y ss.) sostiene que son aplicables en defensa del usuario los arts. 1907 y 1908 del C.Civil.

Considera que el art. 42 LTC dispone la preparación de la vía ejecutiva cuando el banco abre la cuenta corriente al solo efecto de debitar el resumen en mora de la tarjeta de crédito. Mas si la cuenta corriente no fue abierta a ese solo efecto y desde un inicio operó con normalidad, o en el caso de tratarse de un conjunto de relaciones o “paquetes” (art. 55 LTC), nada obsta a que el banco emita el certificado de saldo deudor del art. 793 del C.Com. Pero en tal caso –dice Muguillo- el título es modificado por la ley 25.065: el certificado de saldo deudor, entonces, debe mencionar expresamente tal cuestión; distinguir los montos de la cuenta corriente bancaria propiamente dicha de los correspondientes a la de tarjeta de crédito; y discriminar intereses, tasas y montos (sin capitalización). De lo contrario, concluye en que debería indagarse el origen del crédito, y que una norma de carácter

privado (art. 793 C.Com.) no puede burlar la protección legal de orden público de los consumidores (ley 24.240 y art. 57 ley 25.065).

2) IMPROCEDENCIA DE LA EJECUCION DIRECTA.

Martín Paoloantonio (“Régimen legal de la tarjeta de crédito”, págs. 132/133) considera que la ejecución directa de deuda derivada de la tarjeta de crédito a través del certificado del art. 793 C.Com. es inadmisibles dado lo dispuesto en los arts. 37 de la ley 24.240 y 14 inc. “h” de la ley 25.065, que es de orden público. Lo contrario —opinamos—, convertiría en letra muerta los procedimientos de impugnación de la cuenta o resumen y el de preparación de la vía ejecutiva.

José Curá (“¿Una nueva fragmentación del derecho vigente?: Ahora el sistema de tarjeta de crédito”, La Ley 2001-A-1111) dice que la ley 25.065 prevé la preparación de la vía ejecutiva y no el cobro ejecutivo directo; y que cuando el contrato de tarjeta de crédito se integra a un plexo contractual, la vía prevista por el art. 793 del C.Com. termina desprotegiendo a los consumidores.

Alejandro Drucaroff Aguiar (“Ejecución de saldo de cuenta corriente bancaria...”, La Ley 2005-D-869) señala que el art. 42 de la ley 25.065 modificó el art. 793 C.Com., lo que corrobora el art. 14 inc. “h” de la LTC y habilita a repeler la ejecución directa.

Caputo y Cárrega (“Algunas cuestiones procesales en la ley 25.065”, JA 2000-III-895) estiman que de acuerdo a los arts. 14 y 42 de la ley 25.065, que es de orden público (art. 57 LTC), siempre debe prepararse la vía ejecutiva (art. 39 LTC); que están prohibidos el uso de cuentas no operativas y el pacto de vía ejecutiva; y que de lo contrario se violarían limitaciones a las tasas de interés, cobrándose cargos y gastos no autorizados.

V) ORDEN PUBLICO.

Es cierto que la ley 25.065 es de orden público (art. 57). Pero ese carácter también es comprensivo del mecanismo creado para el cobro

de tarjetas de crédito, que procura combatir la morosidad y ayudar al sistema de pagos y financiamiento (Barreira Delfino, “Título ejecutivo para la tarjeta de crédito”, ED 181-1325).

La imperatividad que corresponde a las leyes de orden público no siempre tiene por objeto la limitación de la autonomía de la voluntad. La libre contratación y la propia autonomía de la voluntad también son de orden público (López Olaciregui, en Salvat, I, n° 249-A, p. 256).

Cierta clase de leyes, principalmente económicas, tienden a la protección de la parte considerada más débil en una relación contractual para equipararla con la que tiene mayor potencia económica. Pero es un mal criterio de determinación del orden público el que hace el legislador en forma abstracta mediante normas generales. Los jueces tienen facultades interpretativas para determinar si la calificación de orden público es justificada (Belluscio-Zannoni, “Código Civil Anotado”, v. I, págs. 101 y ss.). A ellos incumbe en definitiva decidir si la norma declarada de orden público reviste tal carácter, considerando las causas que determinaron su sanción y los fines que se procuraron obtener (CSJN, 19.9.47, LL 48-330).

VI) CAUSA DE LA OBLIGACION.

Comparto la postura que admite la ejecución directa por vía del art. 793 del C.Com., claro está que con ciertas condiciones, lo cual no equivale a agregar fórmulas o aclaraciones al título previsto en los arts. 793 del C.Com. y 521 inc. 5° del CPCC, pues no es posible modificar las exigencias legales que un título ejecutivo en particular debe contener. Después de todo, la deuda existe, y no creo que sea necesario indagar la causa de la obligación, ya que las normas del juicio ejecutivo son plenamente vigentes y aplicables.

Por otra parte, la apertura a prueba en el juicio ejecutivo es excepcional (arts. 546, 547 del CPCC), y debe acotarse a determinar la existencia de título hábil, lo cual no significa indagar la composición del crédito (comisiones, gastos, intereses, capitalización), pues ello está vedado en juicio ejecutivo (art. 542 inc. 4° del CPCC). Y lo que es peor, aquello que se intente demostrar con el propósito de resguardar los

derechos de los usuarios, puede volverse en su contra por efecto de la cosa juzgada, ya que no podrá revisarse en juicio ordinario aquello que pudo o intentó dilucidarse en juicio ejecutivo.

Más aún, mientras se hallaba en trámite un juicio ejecutivo por saldo deudor en cuenta corriente bancaria, ante la promoción del ordinario, la Corte de la Nación afirmó que aunque la norma procesal dispone que el juicio ordinario promovido mientras se sustancia el ejecutivo no produce la paralización de este último, de allí no puede desprenderse que la promoción del de pleno conocimiento se vea impedido por aquél, por lo que corresponde dar curso al ordinario ya que nada impide a su avance (CSJN *in re* “Laperuta, Guillermo c/ The Chase Manhattan Bank SA, 5.2.87, ED 123-281).

La falta de autorización para debitar el saldo de la tarjeta de crédito en la cuenta corriente bancaria debe alegarse mediante excepción de inhabilidad de título. Pero el fundamento debe ser la inexistencia del título mismo, lo que excluye el debate de la causa de la obligación (arts. 529, 542 inc. 4º del CPCC). Y si el deudor invoca la existencia de un mandato ineficaz para abrir la cuenta corriente, o si niega hallarse ante una constancia de saldo deudor en cuenta corriente bancaria, invocando que ésta no prestó ningún servicio de banca o caja, o que nunca funcionó, o que fue abierta al solo efecto de promover la ejecución, el banco tendrá la carga de aportar la prueba en contrario por estar en mejores condiciones (art. 545 del CPCC). Si bien en tal caso podría discutirse que el banco intenta complementar el título y que éste debe bastarse a sí mismo, no creo que por ello tenga que rechazarse la ejecución. Si ésta se promovió mediante el certificado del art. 793 del C.Com., la documentación que el banco tenga que en su caso aportar posteriormente –por efecto de otras disposiciones que convergen sobre este tema en particular-, ha de tender en rigor a examinar la legitimidad del procedimiento empleado para la emisión de un título que ya fue debidamente incorporado.

Empero, el art. 42 de la ley 25.065 no prohíbe debitar la deuda de la tarjeta de crédito en la cuenta corriente bancaria, siempre que ésta opere con otro u otros servicios distintos del de tarjeta de crédito, exis-

ta pacto expreso previo y brinde el servicio de caja. Claro que si esto fuera negado por el ejecutado, el banco no podrá limitarse a invocar la inoponibilidad formal de la defensa, y tendrá la obligación legal de expedirse; si no lo hace, corresponderá sí admitir la excepción (arts. 354 del CPCC y 919 del C.Civil).

VII) CONCLUSIONES.

No siempre que en el saldo deudor del art. 793 del C.Com. se advierta deuda derivada del uso de la tarjeta de crédito, el título ha de ser inhábil.

Lo que invalida la ley 25.065 son los mandatos irrevocables y la noción de cuenta corriente instantánea (arts. 14 inc. “h” y 42); pero no la cláusula libremente pactada que permita debitar el saldo de la tarjeta de crédito en la cuenta corriente bancaria.

La distinción entre cuentas operativas y no operativas resulta anacrónica e irrelevante a partir del agregado que el art. 2 de la ley 24.452 introdujo al 793 del C.Com. Lo que el art. 42 de la ley 25.065 incorporó es el elemento de exclusividad. Es decir que debe diferenciarse entre si la cuenta corriente ha sido abierta con la sola finalidad de volcar la deuda por tarjeta de crédito –en cuyo caso no es viable la ejecución directa sino la preparación de la vía ejecutiva (art. 39 LTC)-, o si por el contrario ha sido abierta con una finalidad adicional a la de registrar dicha operatoria, que puede ser toda o alguna otra que el banco tenga con el cuentacorrentista.

Después de todo, no será tan sencillo para el banco ejecutar un certificado de saldo deudor que contenga deuda proveniente de tarjeta de crédito:

1º) No podrá el banco ejecutar directamente por vía del art. 793 del C.Com. la deuda por tarjeta de crédito, si se está en presencia de una cuenta corriente “instantánea”, que no debe confundirse con la “no operativa”.

2º) Tampoco podrá hacerlo si *prima facie* el demandado demuestra la debitación del saldo de tarjeta de crédito en cuenta corriente, y

como contrapartida el banco –que debe expedirse sobre la posibilidad de haber convenido ello con el cliente-, no lo acredita y se limita a pedir que se rechace la excepción por aspectos formales.

3º) No podrá ejecutar el título si la cuenta corriente funcionó registrando solamente el movimiento de la tarjeta de crédito. Ello pudo ocurrir, bajo ciertas condiciones, antes de la vigencia de la ley 25.065, pero no ahora, porque en tal caso la citada ley contempla la preparación de la vía ejecutiva (art. 39); y ahí sí, de pretender el banco la ejecución directa vía art. 793 del C.Com. se desnaturalizaría el alcance de las disposiciones de la ley 25.065. El certificado de saldo deudor, cuando proviene de una cuenta corriente bancaria abierta al único y exclusivo fin de debitar el saldo derivado del uso de la tarjeta de crédito, no puede considerarse título ejecutivo en los términos del art. 793 del C.Com. a partir de la vigencia de la ley 25.065.

4º) Aún cuando el cliente contratara con el banco además de la tarjeta de crédito otros servicios, para poder ejecutar toda la deuda registrada en la cuenta corriente, el banco -al emitir la tarjeta o vender el conjunto de servicios- debe convenir simultáneamente la apertura de la cuenta corriente mediante un acto consciente y deliberado del cliente. Es necesario que tal apertura se determine clara y concretamente mediante cláusula expresa (aún dentro del formulario o contrato tipo adhesivo) para que cualquiera pueda comprender el alcance de la estipulación.

5º) Es necesario que el saldo de la tarjeta de crédito se registre regular y periódicamente en la cuenta corriente, y que ello se extienda a los resúmenes que el banco remita, para evitar que ese saldo se registre de manera sorpresiva, unilateral e instantáneamente en cuenta corriente, evitando abusos y respetando la vida contractual.

6º) Tampoco podrá la entidad bancaria ejecutar directamente el saldo deudor en cuenta corriente bancaria sirviéndose de una cláusula de mandato irrevocable (arts. 1892, 1907, 1908 del C.Civil).

De esta forma, guardan coherencia las disposiciones aplicables mencionadas al principio, quedando resguardados los derechos de los usuarios de tarjetas de crédito, en cuyo caso no está demás expresar

que una gran cantidad de ellos solamente tienen contratados con los bancos ese único servicio, por lo que a su respecto sólo procederá preparar la vía ejecutiva.

No se trata de hacer prevalecer unas normas sobre otras, sino de interpretarlas sistemática y armoniosamente. Debe recordarse que la interpretación de las leyes debe hacerse evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (CSJN, fallos 310:195; 312:1614).

* *Auxiliar Letrada de la Sala Ia. de la Excm. Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro*

INTRODUCCIÓN

En el pasado mes de noviembre de 2009 nuestro Colegio organizó talleres de actualización de jurisprudencia que tuvieron como disertantes a los Dres. Carlos Enrique Ribera, Miguel Luis Álvarez, Mariano Aristóbulo Bonanni, Carlos García Santas, Guillermo Ottaviano y Soledad de Vedia, integrantes de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro.

La importancia e interés de los temas desarrollados y la exhaustiva prolijidad con que fueron expuestos, tornan altamente provechosa su divulgación a través de la Revista. Los colegas y el servicio de justicia seguramente aprobarán y agradecerán esta idea.

EL BIEN DE FAMILIA Y LA QUIEBRA

por Guillermo Daniel Ottaviano y Carlos E. Ribera***

Legislación:

arts. 34 al 50 de la Ley 14.394

art. 14 bis y art. 75 inc. 22 de la C.N.

Tratados internacionales

- La Declaración Universal de los derechos del Hombre (París 10/12/1948) (arts. 16 y 25).

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948)

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales (Nueva York, 19/12/1966, ratificado por ley 23.313, art. 11.1).

- La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1969, aprobada por ley 23.054, art. 17).

- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Nueva York 13/7/1967 ratificada por ley 17.722, art. 5, inciso e, III).

- La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (resolución 34/180 de la Asamblea

* *Auxiliar Letrado de la Sala IIa de la Excma. Cámara Civil y Comercial de San Isidro*

** *Juez de la Sala I de la Excma. Cámara Civil y Comercial de San Isidro*

General de Naciones Unidas y ratificada por ley 23.179, art. 14, inciso h).

Constituciones: Bs. As. art. 36, inc. 7; Córdoba, art. 58; Formosa, art. 68, inc. 3, La Rioja, art. 34; Chubut, art. 25; Río Negro, art. 31; etc.

Arts. 107 y 108 de la Ley 24.522

Jurisprudencia

CACC San Isidro: En el caso de quiebra debe formarse una masa separada constituida por el bien de familia a la que concurren en la etapa liquidatoria sólo los acreedores con derecho a ejecutar ese bien, por lo cual el citado Tribunal permitió sustituir el bien donde residía el fallido con su familiar para poder pagar a los acreedores a quienes la constitución les era inoponible. Dijo que así se lograba mantener el régimen jurídico del bien de familia que distingue un doble orden de acreedores: aquellos a los cuales la constitución del bien de familia les resulta oponible y otros para quienes es irrelevante (CACC San Isidro, sala I, causa 69.093, reg. int. 1/97).

La **S.C.B.A.** dispuso desafectar un inmueble inscripto como bien de familia por considerar que excedía las necesidades de sustento y vivienda de la familia. Para el caso se dispuso separar del producido un 20% para ser entregado al fallido, a los efectos de que adquiriera un nuevo bien bajo el mismo régimen, por considerar que con dichas sumas podía obtener una vivienda acorde a sus necesidades. Se trataba de una casa de 500 mts.² cubiertos, otra vivienda anexa completa y quincho separado en la cual era habitada por la fallida y su marido y su valor ascendía a 1.000.000 \$, equivalente en su momento al mismo valor en dólares (SCJ, autos "Cuenca, Daniela B. P. s/ quiebra", 14/4/2004, Suplemento Concursos y Quiebras 2004 (noviembre), p. 70). El Tribunal tuvo en cuenta que lo esencial del instituto del bien de familia es el aseguramiento y protección de la sede del hogar doméstico, lo cual debe apreciarse de acuerdo a parámetros básicos que

hacen a la dignidad, el decoro y el interés objetivado del mismo. Asimismo consideró que tal objeto colisiona en oportunidades con el interés de los acreedores, por exceder el valor del inmueble con holgura aquellas exigencias, es aquí cuando se patentiza la función compendosa de tales intereses que bajo la óptica de equidad debe analizar el juzgador. Se añadió que debe efectuarse un análisis comparativo entre la importancia de la propiedad y las necesidades del núcleo familiar del deudor, lo cual es propio de cada litis, por tales motivos se hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto desafectando el bien de familia.

El **S.T.J. de Río Negro** coincidió los fundamentos recién mencionados al decir que había que analizar si en el caso el inmueble cuya desafectación se persigue "supera las necesidades actuales de sustento y vivienda del demandado y su familia", y de ser así sostuvo que correspondía el levantamiento parcial de la inscripción lo cual consagraba un ejercicio funcional del derecho, conciliando la garantía constitucional de la vivienda con el derecho de propiedad de los acreedores "a fin de que la realización de este no se vea impedida en su totalidad ni se consagre el desamparo de los beneficiarios de la protección constituida por el bien de familia." En el caso se confirmó el fallo en revisión que consagraba la sustitución del bien inscripto como bien de familia por uno de inferior valor con el mismo resguardo.

Jurisprudencia de la **Cámara Nacional Comercial:** si el bien es desafectado ante la existencia de acreedores anteriores a su constitución, primero se desinteresa a éstos y con el saldo se destina para pagar a prorrata al resto de los acreedores (CNCom., sala D, "Acón, Felicitó El Palacio del Sueño", 5/3/1979, LL 1979-B-359; íd. Sala A, "Consortio de Propietarios Fromosa 56 c. Jergis, Samuel J.", 23/8/2002, LL 2003-B, 722; ídem, íd. "Silva Vergés P. s/concurso", 19/2/1999, L.L., p. 6/7 del 16/5/2000; ídem, íd., "Horigian, Alberto G. s/quiebra s/incidente de desafectación y eventual realización de bien inmueble", 12/3/2001, E.D. del 22/8/2001., n° 10.321, p. 5/7; ídem, sala A, "Establecimiento Betedebe v. Tuculet Dumas de Barillatti, Blanca H.

y otros”, JA 1987-IV-127; ídem, sala D, “Silva Vergés P. s/concurso”, 19/2/1999, L.L., p. 6/7 del 16/5/2000; ídem, Sala A, “Rosito, Roberto O. s/quiebra”, 24.08.04, Suplemento La Ley Concursos y Quiebras, dir. Héctor Alegría del 12/10/05; ídem, Sala E, Jarak, “Vidoje s/ quiebra s/ acción de revocatoria concursal (ordinario)”, ED 21/11/2000, F° 50440, 28/02/2000).

CSJN por mayoría rechazó el recurso extraordinario contra la sentencia que había resuelto que habiéndose verificado en la quiebra créditos anteriores a la afectación del inmueble como bien de familia, el bien cae dentro del desapoderamiento e integra la masa activa a favor de todos los acreedores (art. 280 CPCC). La minoría se inclinó por la solución contraria (“Pirilo, Victor s/ quiebra, 12-9-95, JA 1996-II-85; ídem, “Khanis, Pablo s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por consorcio de propietarios de la calle P. 982/84/86/88”, 25/02/2003).

El bien de familia y el período de sospecha

Legitimación del síndico para solicitar la desafectación

- tiene legitimación (CNCom., Sala A, “Rosito, Roberto O. s/quiebra”, 24/8/04, cit., p. 124. Dictamen del fiscal de Cámara 80892; ídem, Sala E, “Sucrí, Alberto Eduardo S/ Quiebra”, ED 13.3.2000, F° 49901, 14/05/99).

- no tiene legitimación; CACC Azul, “Piñel, Jorge L.”, 15/4/1992, DJ 1993-I-594; CACC Bahía Blanca, Sala I, “Pretracci, Guillermo Primo y otra s/ Concurso preventivo (hoy quiebra). Incidente de declaración de ineficacia”, 82.506 RSI-346-89 I, 9/8/1989, CACC Trenque Lauquen, “Nazar Anchorena, Martín E.”, 22/10/1996 LLBA, 1997,916; STJ Entre Ríos, 14/09/2004, “Larrate Hnos. S.H. y otros s/conc. prev.”, LL Litoral 2005 (marzo), 154. CACC San Isidro, Sala II resolvió un caso en el cual había un crédito verificado por impuesto inmobiliario que gravaba directamente el inmueble protegido como bien de familia, pero como quienes pedían la desafectación eran titulares de otros créditos posteriores

a la inscripción, se decidió que carecían de legitimación para lograr el levantamiento como bien de familia (causa 89.724, “Viejo de Freigedo, Margarita s/ pedido de quiebra”, 19/2/2002, reg. n° 67)

Bibliografía recomendada:

- ALBERTI, Edgardo M., *El valor del inmueble como requisito del bien de familia (a propósito de un conflicto concursal)*, Rev. Suplemento de Concursos y Quiebras, 15/3/2004, LL., p. 1.
- AREÁN, Beatriz, *Bien de familia*, Hammurabi, 2001,
- BORDA, Guillermo J., *El bien de familia y dos fallos clarificadores*, Suplemento La Ley Concursos y Quiebras, p. 25 y ss.
- BOUZAT, Luis Francisco, *El bien de familia y el desapoderamiento concursal civil y la quiebra*, rev. Jus, 1967, La Plata n° 9, p. 5.
- CAMARA, Héctor, *El concurso Preventivo y la Quiebra*, T. II, Ed. Depalma, 1986, p. 2041
- DI LELLA, Pedro, *Bien de familia y quiebra*, Suplemento de Conc. y Quiebras. LL del 3/7/03.
- ESPARZA, Gustavo A., *Desafectación del bien de familia en la quiebra. Algunas observaciones en materia de legitimación en procesos concursales*, JA, 2004-I-37.
- FRAGAPANE, Héctor R. - MAUNA DE FRAGAPANE, Patricia, *El remate del bien de familia en la quiebra y la distribución del producido*, LL Gran Cuyo, 1998-40
- GRAZIABILE, Darío, *Bien de Familia y Quiebra. Una saludable doctrina judicial para una laguna legal*, Doctrina Judicial 2001-3-587.
- GRILLO, Horacio Augusto, *Período de sospecha en la legislación concursal*, Astrea, 1988,
- GUASTAVINO, Elías P., *Bien de Familia*, segunda edición actualizada, t. II, Ed. Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1998,

- GUASTAVINO, Elías P., *Subrogación del bien de familia con oponibilidad retroactiva. ¿Principios generales y analogía en caso de silencio de la ley?*, JA del 2-6-97, p. 21;
- HEREDIA, Pablo D., *Tratado exegético de derecho concursal*, T 3, Ed. Abaco, 2000, p. 1014.
- JUNYET BAS, Francisco y MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *Sistema de ineficacia concursal. La retroacción en la quiebra*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2002,
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La protección jurídica de la vivienda familiar*, Ed. Hammurabi, Bs. As. 1995,
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PARELLADA, Carlos y MEDINA, Graciela, *Bien de familia y quiebra*, en RDCO 17-404;
- LETTIERI, Carlos Alberto *Aspectos del Bien de Familia en la quiebra de su instituyente*, ED 115-886.
- MAFFÍA, Osvaldo, *Derecho concursal*, T. II, Ed. Depalma, 1988, p. 522.
- MORO, Carlos E, *Quiebra y Bien de familia proyecto de reformas: necesario debate*, ED 162-983,
- OTTAVIANO, Guillermo Daniel, *Bien de familia y quiebra*, Rev. del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Dpto. Jud. de San Isidro, n° 20, Ed. Coleg. de Abog. de San Isidro, 2007, p. 67 y ss.
- PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Régimen del bien de familia*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005,
- PORCEL, Roberto J., *El bien de familia (alcance del régimen de amparo en el procedimiento concursal)*, LL, 1989-B-734;
- RODRIGUEZ, Rolando F., *La Situación del Bien de Familia en el supuesto de Quiebra del deudor constituyente del mismo*, ED del 12/3/99., p. 1/3.
- ROUILLON, Adolfo A. N., *Código de Comercio, comentado y anotado*, T IV-B coord. por Daniel F. Alonso, dirig. por Adolfo A.N. Rouillón, 1ª ED., Ed. La Ley, 2007, p. 185.

- SAJON, Jaime, *El Bien de Familia y la Quiebra*, ED, 95-923
- STEMPELS, Hugo J., *Efectos de la quiebra sobre el bien de familia*, RDCO, 19-777; BOUZAT, Luis F., *El bien de familia y el desapoderamiento en el concurso y la quiebra*, en Jus N° 9, p. 5; MEDINA, Graciela, *Bien de familia y quiebra*, en JA 1987-IV-129;
- TONÓN, Antonio, *Derecho concursal*, Depalma, 1992, p. 125;
- TRUFFAT, Daniel, *Legitimación procesal del fallido y bien de familia: dos cuestiones siempre polémicas*, en ED del 8-11-96, *El bien de familia y la quiebra. Brevisima reseña sobre diversas posturas doctrinarias y, también alguna opinión personal*, ED, 155-117.

Saldo deudor en cuenta corriente bancaria y tarjeta de crédito

Jurisprudencia:

- CNCom., Sala B, 6.11.70, L.L. fallo 66.731, “Diners Club Argentina SA c/Yomtob, J”:
- voto del Dr. Halperín, que no reconoció sino la vía ordinaria para el cobro de créditos por deuda derivada de tarjeta de crédito.
- CNCom. Sala D, 19.5.88, “Bco. Coop. de Caseros c/Caso, RJ. y/o”, La Ley 1989-D-151. Estableció que la cuenta corriente puede operar con prescindencia del cheque, a través de débitos por tarjeta de crédito; pero igual rechazó la ejecución porque para la apertura de la cuenta corriente se empleó una abusiva cláusula de mandato.
 - Cám.C.Com. de Paz, Villa María (Córdoba), 16.3.82, L.L. 1982-C-113. Permitió la preparación de la vía ejecutiva.
 - CN Com. en pleno, 17.6.03, expte. 11.9741/98 “Cía. Financiera Arg. SA v. Ravazza, JS y/o s/ejecutivo”, La Ley 2003-D-535.: resolvió que el certificado de saldo deudor de cuenta corriente bancaria emitido con relación a un contrato de emisión de tarjeta de crédito, cuando dicho saldo hubiese sido conformado con anterioridad a la vigencia de

la ley 25.065, no posee fuerza ejecutiva en los términos prescriptos por el art. 793 del C.Comercio.

- CACC La Plata, en pleno, 16.9.97, “Bco. Mayo c/Olivares”, LLBA 1997-1136 y ss.: se rechazó e invalidó una cláusula predispuesta del contrato, y se estableció que no puede acordarse la preparación de la vía ejecutiva para el cobro de liquidaciones impagas, sobre la base del reconocimiento inserto en la solicitud-contrato al que se adjunta el saldo-resumen deudor emitido por el banco actor.

- CACC, Sala IIª, San Martín: causa 55.806 del 14.12.04, “Banco Río de la Plata SA c/Cambareri, Luis M. s/ejecutivo”; ídem causa 56.312 del 5.4.05 “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Salis, Guillermo Aldo s/ejecutivo”.

- CACCCom. Junín, causa 42.302 del 26.2.08, “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Rico, Gustavo Raúl”.

- CACC, ex Sala IIª, San Isidro: causas 73.917 r.i. 514/97 del 8.8.97 “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Villa”; 77.971 r.i. 117/99 del 4.3.99, “Banco Coop. Caseros c/Martínez Casado”; 89.575 r.i. 17/02 del 7.2.02 “Bco. Río de la Plata SA c/Nicoli”; 98.475 r.i. 251/05 del 15.4.05 “Bco. Río de la Plata SA c/Dallanegra de Bonwit”; 100.224 r.i. 1128/05 del 28.12.05 “BNL SA c/Larroza”; 105.834 r.i. 368/08 del 19.6.08 “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Ángel y/o”.

- CSJN in re “Laperuta, Guillermo c/ The Chase Manhattan Bank SA, 5.2.87, ED 123-281.

Bibliografía recomendada:

- MARTORELL, Ernesto, “El juicio ejecutivo en las operaciones bancarias”, Ed. Ad Hoc, págs. 133 y ss.

- FERNÁNDEZ-GÓMEZ LEO, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Comercial", III-D, págs. 370/378; ídem, Lexisnexis-Depalma, 04 nº 1612/006875.

- VILLEGAS, CARLOS, “Cuenta corriente bancaria y servicio de cheque”, La Ley 1989-D-151.

- ARAZI, Roland, “tarjeta de crédito–juicio ejecutivo”, La Ley 1993-C-760.

- ROUILLON, Adolfo, “Código de Comercio Comentado y Anotado”, Tº II, La Ley, pág. 403.

- NUÑEZ, Darío, “Ejecución del saldo deudor de cuenta corriente bancaria”, RDPC 2005-3-162.

- BARBIERI, Pablo, “Cuenta corriente bancaria y tarjeta de crédito...”, JA 2000-III-893.

- MUGUILLO, Roberto, “Tarjeta de Crédito”, 3ª ed., Ed. Astrea, págs. 211 y ss.

- PAOLOANTONIO, Martín, “Régimen legal de la tarjeta de crédito”, págs. 132/133.

- CURÁ, José (“¿Una nueva fragmentación del derecho vigente?: Ahora el sistema de tarjeta de crédito”, La Ley 2001-A-1111).

- DRUCAROFF AGUIAR, Alejandro, “Ejecución de saldo de cuenta corriente bancaria...”, La Ley 2005-D-869.

- CAPUTO Y CÁRREGA, “Algunas cuestiones procesales en la ley 25.065”, JA 2000-III-895.

- BARREIRA Delfino, “Título ejecutivo para la tarjeta de crédito”, ED 181-1325.

COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE SAN ISIDRO

Taller de actualización de jurisprudencia

11 de noviembre de 2009

**RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS FF.CC. Y DE LAS
CONCESIONARIAS VIALES**

por Soledad de Vedia y Mariano Bonanni***

Daños y Perjuicios

Accidentes Ferroviarios

Normativa aplicable:

Ley 2.873, en particular, arts. 11, art. 35 párrafo 2, 65, último párrafo –T.O. ley 22.647 General de Ferrocarriles- modificatoria de arts.5 y 17.

Resolución de la Secretaría de Transporte y Obras Públicas N°7 del año 1981 (S.E.T.O.P. 7/81), que aprueba las Normas para Cruces entre Caminos y Vías Férreas.

Decreto 747 de 1988 reglamentario de la ley 22.647.

Decreto 779/95 –reglamentario de la Ley Nacional de Tránsito 24.449 –T.O.- y Anexo L del art.22 del decreto 779/95 –reglamentario de la ley de tránsito 24.449-

Decreto 90.325/36, art. 10.

Ley 20.952, art. 1º, modif. por ley 21.444 (Ley de Creación de la Superintendencia de Tráfico Ferroviario, dependiente de la Policía Federal Argentina).

* *Auxiliar Letrada de la Sala Ia. de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro*

** *Auxiliar Letrado de la Sala Ia. de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial de San Isidro.*

Decreto 926/77

Reglamento General de Tránsito (ley 13.893) art. 4 (definición de accidente, citado en “Villca Mora”).

Arts. 512, 902, 1113, 1198, y ccs. del Código Civil.

Arts. 162, 184 y ccs. del Código de Comercio.

Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor (24.240; 24.999 y 26.361)

Constitución Nacional, arts. 41 y 42.

Tratados Internacionales:

. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), Capítulo Primero, art. 1 ...derecho a la seguridad de su persona; art. 25 nadie puede ser privado de su libertad...

. Declaración Universal de Derechos Humanos, (1948), art. 3 ... toda persona tiene derecho a la vida y a la seguridad de su persona; art. 17 ...nadie puede ser privado de su propiedad ...

. Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969), art. 1 obligación de los Estados a respetar los derechos y libertades...; art. 4derecho a que se respete su vida... (obligación de seguridad implícita); art. 5...toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral...; art. 7 toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad...; art. 17...la familia debe ser protegida por el Estado...; art. 21, ninguna persona puede ser privada de sus bienes excepto mediante el pago de una indemnización justa...

. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), Art. 1, Los Estados partes reconocen el derecho de toda persona...condiciones de existencia dignas; la seguridad...en el trabajo...; art. 10 ...conceder a la familia la más amplia protección...; art. 12 reducción de mortalidad infantil...

. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1976) art. 6, el derecho a la vida es inherente a la persona humana... nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente...; art. 17, nadie podrá ser objeto

de ingerencias arbitrarias o ilegales...; art. 23 la familia tiene derecho a la protección del Estado...

. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969) art. 2, Los Estados partes condenan la discriminación...; art. 5 ...el derecho a la seguridad personal...; derecho a ser propietarios...

. Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), art. 2 ...la protección jurídica de los derechos de la mujer...; art. 11 el derecho a la protección a la salud y la seguridad en las condiciones de trabajo ; protección especial a la mujer durante el embarazo.

. Convención sobre los Derechos del Niño (1989) (Adla, XLVII-A, 1481) Art. 2 Todos los Estados deben asegurar al niño protección...; Art.6...el derecho intrínseco a la vida...: respetarán la supervivencia y desarrollo del niño...; etc.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación

. Caso “Herrera, Hernán Bautista c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos”

Los daños causados por los trenes en movimiento se rigen por las previsiones del art. 1113, 2do.p., parte final del Código Civil, daños causados “por el riesgo de la cosa”, y la culpa de la víctima con aptitud para cortar totalmente el nexo causal entre el hecho y el perjuicio debe aparecer como la única causa del daño y revertir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad propias del caso fortuito y la fuerza mayor. La mera invocación del hecho del 3ro resulta ineficaz para lograr la exención de responsabilidad contemplada en el 184 si no se configuran los extremos propios del caso fortuito que atañen a la imprevisibilidad o inevitabilidad del hecho.

. Caso “Santamarina, María c/ Ferrocarriles Argentinos”, 13 de noviembre de 1990, E.D. 141-362, J.A.1991-2-106, (nota aprobatoria

de Vázquez Ferreira) y en L.L.1991-B-525 (nota desaprobatoria de Bustamante Alsina).

En el caso, una pasajera fue atacada por varios delincuentes que la tiraron del tren causándole múltiples lesiones. La Corte revocó el fallo de 1º Instancia que había liberado a la empresa ferroviaria. La mayoría entendió que el hecho del tercero no había sido invocado como eximente al contestar demanda. Además consideró que, el hecho del tercero considerado en el art. 184 del Código de Comercio exige la imprevisibilidad y la inevitabilidad, lo que impone la obligación de seguridad de la empresa ferroviaria de adoptar las medidas conducentes para evitar que puedan perpetrarse hechos delictivos durante el viaje, en la medida que tales hechos pudieran ser objeto de previsión y prevención.

. Caso “Viera, Mario R. y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, del 05/07/1994, la Corte consideró que es arbitraria la sentencia que rechazó la demanda de los daños y perjuicios derivados de un accidente ferroviario, si en ella la alzada no ponderó que la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la producción del accidente, toda vez que su personal no adoptó las diligencias del caso, violando el art. 11 de la ley 2873 (Adla, 1889-1919, 239).

. Caso "Lobos, Ariel A. c. González, Alcides s/ sumario" del 9 de octubre de 1990, causa L.301.XXII: fallo de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil: el fallo no ponderó la circunstancia de que la demandada tuvo a su alcance la posibilidad de evitar la producción del accidente, toda vez que el personal de aquella no adoptó las diligencias del caso, tales como controlar que no existiesen pasajeros ubicados en lugares peligrosos o que las puertas estuviesen cerradas antes de que el tren se pusiera en marcha, omisión que viola lo dispuesto por el art. 11 de la ley 2873 que establece la obligación de la empresa de proveer a sus empleados de las instrucciones y medios necesarios a fin de que el servicio se haga con regularidad, sin tropiezos ni peligro de accidentes (Fallos: 312:2412).

Siguieron este criterio algunos tribunales inferiores:

. CNFed C y C Sala I, 28-9-2004 –J.A. 2005_III-815, con nota de

Patricia Barbado- (lesiones causadas a un pasajero por desconocidos que lo golpearon y lo arrojaron a las vías),

. CN C Sala L, 7-10-94, J.A. 1996-II, síntesis; Sala A, 8-10-98, L.L. 1999-B-848, nº 13.665

. Caso “Bulacio, Luis Alberto y otra c/Provincia de Buenos Aires”, del 16-2-99, en el que liberó a la empresa ferroviaria por los daños causados por un proyectil disparado durante un tiroteo entre agentes de la Policía Federal que discutían en el vagón de un tren. (L.L. 1999-E-454, D.J. 1999-3-307 y ED 183-481).

. Caso “Savarró de Caldara, Elsa I. y otros c/ Empresa de Ferrocarriles Argentinos”, 17/4/1997; (publ. L.L. 1997-E, 121, DJ. 1998-1,210):

. Caso “Ledesma, María Leonor c/ Metrovías S.A.” (22-4-08), en el que una pasajera de la línea “D” de Subterráneos sufriera un accidente al descender del vagón. La Corte entendió que en la sentencia atacada se aplicó un criterio de interpretación de la diligencia contrario a la protección constitucional de la seguridad de los consumidores y usuarios.

Provincia de Buenos Aires

Suprema Corte de Justicia

. S.C.B.A. Ac.82.656 del 30/3/2005 “Carrizo Carlos A. y ot. c/Tejeda Gustavo s/Daños y Perjuicios”:

. S.C.B.A. Ac.88.669, 11/6/2008 “Saladino, Olga Lucía c/Balcabao, O. Santiago y otros. Daños y Perjuicios”: Corresponde poner en conocimiento de la autoridad de aplicación Comisión Nacional de Transporte, la situación fáctica existente en el lugar, a fines de que adopten las medidas pertinentes conforme sus atribuciones y deberes, adjuntándose copia de la sentencia.

. En Buenos Aires, CC y C de La Plata, Sala III, 18/6/98 “Miranda, Claudia Graciela c/ Empresa Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s/ indemnización de daños y perjuicios”, elDial-WF722, pedrada desde

afuera en rostro de mujer: no se logró acreditar que la mano y lugar desde que se que lanzó la piedra correspondiera a alguien o área, ajeno a la jurisdicción de la empresa ferroviaria.

Fallos de San Isidro

. “Gaitán y Argañaraz c/Transp. Metropol. Gral. San Martín s/daños y perjuicios”; Sala 2, 15-7-97, “Belizan, Efrencirio c/ Ferrovías S.A.C. s/daños y perjuicios”, Sala 1ª., 30-11-98,;

. “Moyano, Fernando c/ Trenes de Buenos Aires S.A. s/ Daños y perjuicios”, Sala 2, 88457 RSD-267-2 S 22-10-2002: Implicando el contrato de transporte una obligación de resultado -trasladar a su lugar de destino, sano y salvo al pasajero, consecuencia del contrato celebrado (arts. 1198 del C.Civil y 162 del Cód. Comercio), debe revocarse lo decidido, porque no existiendo la vigilancia y controles de los que la ley 2873 (arts. 11 y 35 ya aludidos) y el art. 10 del decreto 90.325/36 impone a las empresas ferroviarias en todo el trayecto, estaciones y andén -cesando dicha obligación en el momento que el viajero sale de la estación de llegada-, y siendo que los atacantes del pasajero viajaban en el tren, que ello -en el contexto de inseguridad que campea sobre la república- era holgadamente previsible, y, además, razonablemente evitable empleando la cantidad de personal adecuada a los horarios y servicios peligrosos, estimo que la demandada no puede librarse de la responsabilidad que objetivamente le cabe” ;

. "Ruiz Díaz, Carlos Roberto c/ Ferrovias SAC s/ Daños y Perjuicios”, causa n° 87.905, julio de 2008: no mediando elementos ciertos que permitan atribuir responsabilidad a la demandada, he de concluir que el gravísimo suceso se ha producido por causas ajenas al obrar del personal de Ferrovías SAC. (arg. *contrario sensu* art. 512 del C.C.) siendo el accionar de la víctima la causa determinante y exclusiva del siniestro, la que reviste entidad suficiente como para quebrar totalmente el nexo causal que la ley presume entre el riesgo o vicio de la cosa y el perjuicio ocasionado.

Cámara Nacional Civil

Fallos dictados en relación a actos vandálicos producidos desde afuera del tren, (arrojo de piedras, balas, etc)

. CNac C., Sala C, del 18-8-92, decidió que para eximirse el ferrocarril debe probar: la culpa exclusiva del tercero extraño, que el ataque se perpetró desde un lugar ajeno al ámbito sometido a la vigilancia del ferrocarril, que ante la conocida reiteración de estos hechos la empresa ferroviaria realizó estudios y aplicó medidas destinadas a evitar o disminuir su reiteración: determinación de zonas de riesgo, colocación de alambres tejidos, vidrios irrompibles, advertencia a los pasajeros para que bajasen las ventanillas al acercarse a esos puntos. Se tuvo en cuenta que la habitualidad de estos hechos le quita el carácter de imprevisibles, haciendo responsable a la empresa ferroviaria por los daños causados a un pasajero por un fuerte golpe en la cabeza por una piedra que entró por la ventanilla (18-8-92, D.J. 1992-II-954, y L.L. 1993-E-299 con nota aprobatoria de Vázquez Ferreyra).

. Sala H (2-6-03); Sala M (9-8-93); Sala L, (30-10-90) y otro del 27 de febrero de 1995. En este último caso por daños causados por una bala perdida (27-2-95; L.L. 1996-D-667, con nota aprobatoria de Trigo Represas, F.A.)

. En el mismo sentido, el 12-4-98 se pronunció la CC y C Fed, Sala III, (L.L. 1989-D-120, con nota aprobatoria de Garrido Cordobera, Lidia; Ver, Raúl Echeverry “Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial”, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 2.

. Igualmente, se pronunció la Sala A, el 21/6/05, “Torres, Rosana del Valle c/ Transportes Metropolitanos General San Martín y otro s/ daños y perjuicios”, elDial-AA2B83, entendiendo que este tipo de responsabilidad objetiva fue impuesta al transporte de pasajeros con la finalidad que aquel que obtiene un beneficio económico de una actividad que incorpora un riesgo cierto a la sociedad, se vea en la obliga-

ción de tomar las medidas de seguridad necesarias para que el servicio se preste con normalidad, evitando que los pasajeros sufran daños con motivo del transporte.

. Sala B, del 5/11/96 “Cerioni, Martha Nelly c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios”, (SAIJ, sumario C0039289), la empresa ferroviaria no puede deslindar su deber de seguridad, lograr que el pasajero llegue sano y salvo a destino, aduciendo que le compete a la Policía Federal velar por la seguridad de la ciudadanía (Dres. López Aramburu y Sansó)

. Sala I, del 22/9/03 “Reídle, Hugo Alberto c/ Empresa de Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s/ daños y perjuicios”, SAIJ, sumario C0401932, obligación de la empresa de instruir a los transportados sobre la producción de los hechos dañosos, toda vez que se encuentra en mejores condiciones de conocer los lugares del trayecto en los que mayormente suceden.

. CNC, Sala K., 2/3/04 “Laurenzano, Pablo Alfredo c/ Unidad Ejecutora Plan Ferroviario Provincial s/ Daños y Perjuicios”, elDial-AA1ECB, en ocasión de realizarse un festival de rock -Los Redonditos de Ricota- debió la empresa demandada extremar las medidas de seguridad, debiendo ejercer su obligación de prevención, contralor, vigilancia y policía en general.

Fallos eximentes de responsabilidad de la empresa ferroviaria

. Sala M, 9-8-93, JA 1994-II-199: Desde otro punto de vista se ha entendido que la empresa no es responsable y que los ataques de los delincuentes son un hecho imprevisible e inevitable de un tercero por el que la empresa no debe responder ya que no puede sustituir a la policía en la prevención y represión de los delitos y convertirse en guardiana del orden social (con voto en disidencia del Dr. Gárgano, que luego se torna mayoritario por voto del mismo Tribunal el 12-4-94, D.J. 1995-1-965 y E.D. 159-725).

. C.Nac.C. Sala E, del 14-7-97, “Gámez, Gastón Martín c/ Femesa Residual San Martín y otro s/ d. y p.”. El pasajero había sido atacado

por una patota mientras viajaba. Esta doctrina choca con los antecedentes de la propia sala y de la Corte. El Tribunal juzgó que se había producido respecto de la empresa de transporte ferroviario, la causal de exoneración que contempla el art. 184 del Código de Comercio dado que el daño era imputable a terceros por quienes la empresa no debe responder.

. Sala F del 13-5-2003, (en (EIDial-AA171B; SAIJ, sumario C0401931), entendieron que tampoco responde la empresa por una piedra arrojada desde el exterior.

. Asimismo, Sala F, en “Bustamante Claudio Omar c/ Trenes de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios”, del 10/4/03, se propició la exoneración de la empresa ferroviaria considerando que aún siendo previsible en abstracto el ataque, en concreto no ha podido ser evitado (casos de asalto a mano armada, hurto, etc.).

. Sala F, 26/6/96 “Otero, Susana c/ Ferrocarriles Argentinos”, L.L., (1997-F-955).

. Sala B, del 18/4/02, “Fariña, Cipriano y otro c/ Trenes de Buenos Aires” (Lexis n° 30000431): homicidio en un tren, se rechazó la demanda por entender que excede el deber de seguridad de la empresa controlar o conocer las condiciones de peligrosidad de los pasajeros o de los objetos que puedan ser usados para agredir a otra persona, siendo que este tipo de contralor está a cargo de la Policía de Tráfico Ferroviario dependiente de la Policía Federal.

Caso fortuito.

. Sala G de la Cámara Civil -6-7-04- los actores viajaban como pasajeros en un tren de la línea General Belgrano con destino a Retiro procedente de Resistencia. En la Provincia de Santa Fe, el convoy descarriló volcando varios de sus vagones.

. CNacC. Sala G, 6/7/04 “Díaz, Elvira G. c/ Empresa Gutiérrez S.R.L. y otro” D.J., ejemplar del 5/1/04, p.23). Otro: (CNacC., Sala I, 28/10/04, “Leal, Jacinta c/ Ferrocarriles Argentinos” L.L. ejemplar del 18/4/05, p.8).

. Sala II San Isidro, del 30/6/05 “Muñoz, Juan c/ Trenes de Buenos Aires S.A. s/ Daños y Perjuicios” (eIDial-AA2BD5.) Riña en el andén.

Casos en que se producen daños a causa de la colisión entre una formación ferroviaria y otro vehículo

. Cámara Civil y Comercial de Azul, 4 de agosto de 2009, causa N° 51.481, “G., N.S. y otro c/ O., J. A. y otros s/ Daños y perjuicios” y Causa N° 51.482, “O., J. A. c/ Ferrosur Roca S.A. y otros s/ Daños y perjuicios”

Bibliografía recomendada:

. Areán, Beatriz “Juicio por Accidentes de Tránsito” t.3, Editorial Hammurabi, 2006, p.210/479.

. Ghersi, Carlos A. “Obligación social de seguridad. Una sentencia de la C.S.J.N. con trascendencia para el derecho de daños”, Publicado en: Sup. Const. 01/01/2008, 13 - LA LEY2008-D, 265

. Ghirsfeld, Gerardo, “Responsabilidad por accidentes ferroviarios”, en Derecho de Daños, Libro en homenaje a Jorge Mosset Iturraspe, p. 698.

. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La Responsabilidad de la empresa de transporte terrestre no ferroviario interurbano y el daño causado a un pasajero por delincuentes armados”, Revista de Derecho de Daños. Eximentes de Responsabilidad-II, 2006-2, Rubinzal-Culzoni Editores, p.7/23

. Sagarna, Fernando Alfredo “Responsabilidad civil del transporte ferroviario”, LL. 1995-A-654.

. Trigo Represas, Félix, Stiglitz, Rubén S. “Responsabilidad por Accidentes Ferroviarios”. Derecho de Daños, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1989, p.697/723

. Trigo Represas -López Mesa "Tratado de la Responsabilidad Civil" T. I, pág. 773, Ed. La Ley, 2004

. Vázquez Ferreira, Roberto A. “Accidentes Ferroviarios y

Responsabilidad Civil”, Revista de Derecho Privado y Comunitario. Accidentes, Rubinzal Culzoni Editores, p.115/128.

LA RESPONSABILIDAD DEL CONCESIONARIO VIAL

Doctrina de la Corte Suprema de Justicia:

. “Colavita, Salvador y/o c/ Provincia de Buenos Aires y/o s/ Daños y Perjuicios”, dictado con fecha 07/03/2000 (hoy modificado):

No puede atribuirse responsabilidad a la demandada, quien no puede asumir frente al usuario, derechos o deberes mayores a los que le correspondían al ente concedente (Estado).

No resulta admisible extender la responsabilidad al concesionario mas allá de las obligaciones inherentes al estado de la ruta misma (mantenimiento, señalización de calzadas y banquetas), ni exigirle el control de alambrados linderos a la traza

. “Bertinat, Pablo J. y/o c/ Provincia de Buenos Aires s/ Daños y Perjuicios”, dictada el 20/3/2000

. “Expreso Hada SRL c/ Provincia de San Luis y/o s/ Cobro de pesos”, dictado el 28/5/2002

. “Ferreira, Victor c/ Virgen de Itati Concesionarios de Servicios Viales S.A. s/ Daños y Perjuicios” dictado el 21/3/06

La doctrina de la Corte Nacional no resultó abandonada por este fallo, pero debilitó la fuerza vinculante de la jurisprudencia de “ Colavita”. Se abrieron nuevas vías interpretativas

. “ Bianchi, Isabel del Carmen Pereyra c/ Provincia de Buenos Aires y/o s/ Daños y Perjuicios” dictado el 7/11/2006

Abandonó el criterio sentado en “ Colavita” y estableció la responsabilidad del concesionario vial con fundamento en la relación de consumo

Suprema Corte de Buenos Aires

. Castro Luis y/o c/ Camino del Atlantico s/ Daños y Perjuicios” dictado el 22 de diciembre de 2008.

Señala el cambio de criterio sentado en “Bianchi” como relacion de consumo

. “ Bissio de Vigil Nancy y/o c/ Covisur S.A. s/ daños dictado el 22/4/2009

Cámara de Apelaciones Departamental

Sala II:

. “Guiñazu, Bernardo Amado c/ Autopistas” del Sol S.A. s/ Daños y Perjuicios” 15/4/2008; “Fernandez de Debrasi, Elena c/ O donnell, Carlos E. s/ Daños y Perjuicos” del 12/6/2007;

. “Diogo, Marcelo Eduardo c/ Autopista del Sol S.A. s/ daños y perjuicios” 12 de junio 2007

Siguen el criterio Bianchi por cambio de la Corte

Sala I:

. “Blanco, Ismael Alfredo c/Autopistas del Sol S.A.s/Ds. y ps.” de octubre 2003;

. “Garcia Luis Alberto c/ Autopista del Sol S.A. Daños y Perj” de junio 2005;

. “Taboada Alejandra Maria c/ Autopistas del Sol s/ D y Perjuicios” febrero de 2006

Siguen el criterio “ Colavita”

. “Colombo, Luis E. y Faviano de Colombo, Lucrecia S. c/Autopistas del Sol S.A.s/daños y perjs.” mayo 2008;

. “Flores, Rolando Daniel c/Autopistas del Sol S.A.s/ds.y perjuicios” mayo 2008

Siguen criterio “Bianchi”

Bibliografía recomendada

CASSAGNE, Juan Carlos, "La responsabilidad de los concesionarios viales", La Ley, 1/11/2006, p. 1.

CORREA, José Luis, "Responsabilidad del concesionario de las rutas concesionadas: adhesión a la tesis contractualista y al derecho del consumidor", LA LEY, 2006-C, 490.

GALDOS, Jorge Mario, "Peaje y animales sueltos. ¿La clausura de un debate?" cit. LA LEY, 2000-E, 495 en anotación a fallos CS, 07/03/2000 "Colavita Salvador y otro c. Provincia de Buenos Aires y otros" y "Bertinat Pablo J. y otros c. Provincia de Buenos Aires y otro"; el mismo sentido SAGARNA, Fernando, "Responsabilidad de las concesionarias de peaje y del estado por animales sueltos en rutas", LA LEY, 2000-B, 754.

GALDOS, Jorge Mario, "El fallo 'Ferreyra' de la Corte Suprema Nacional sobre peaje, animales sueltos y relación de consumo. Auspiciosa reapertura de un debate no clausurado", cit. JA, 2006-II-218.

GHERSI, Carlos Weingarten, "Responsabilidad del Estado y las concesionarias de rutas viales. Animales sueltos y el nuevo criterio de la C.S.J.N." Publicado en: DJ 2007-I, 454

LOPEZ DEL CARRIL, Gustavo, "Responsabilidad civil en Rutas, Autopistas y Vías de circulación. El rol de los concesionarios viales", Ed. La Ley, Buenos Aires 1999, p. 140. y "Peaje, animales sueltos en rutas y empresas concesionarias viales", LA LEY, 1998-F, 284.

LORENZETTI, Ricardo, "Concesionarios viales. ¿En que casos hay responsabilidad?", Revista de Derecho de Daños. N° 3, "Accidentes de Tránsito" III, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, ps. 168/170.

OLCESE, Juan M., "Responsabilidad del concesionario de peaje en las rutas por accidentes", JA, 2006-II-231.

PIZARRO, Daniel Ramón, "Responsabilidad de las empresas concesionarias de peaje en un reciente fallo de la Corte Suprema" LA LEY, 2006-B, 449; aut. cit. "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", t. III, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 370.

RINESSI, Antonio J., "Un fallo de la Corte Suprema reivindicador de los derechos del usuario", LA LEY, 2006-C, 54.

SAGARNA, Fernando Alfredo "Doctrina "Bianchi" de la Corte Suprema de la Nación en la Suprema Corte de Buenos Aires sobre responsabilidad civil de las concesionarias de peaje" Publicado en: RCyS 2009-VIII, 101-LLBA 2009 (agosto), 715

COLEGIO DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE SAN ISIDRO

Taller de Actualización de Jurisprudencia

18 de noviembre de 2009

CUESTIONES PROCESALES – PARTE 1 -

*Por Miguel Luis. Alvarez**

Jurisprudencia

Medidas cautelares. Recurso de Apelación. Juicio sumarísimo.

Con relación a la recurribilidad de decisiones que durante el desarrollo de esta clase de procesos se dictan, resulta aplicable lo establecido en el art. 496 inc. 4 del C.P.C.C., siendo las únicas apelaciones admisibles aquellas dirigidas contra la sentencia definitiva o contra los autos que decreten medidas cautelares (causas n° 86.134, 66.733 entre otras de la Sala Ira. Cám.Civ.Com. San Isidro).

Cabe destacar que el verbo "decretar" significa: determinar el juez acerca de las peticiones de las partes, concediendo, negando o dando curso (Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, decimonovena edición, Madrid, 1970, editorial Espasa Calpe, pág. 425). Por lo tanto, serán apelables las resoluciones que otorguen o denieguen una medida cautelar en este tipo de procesos (conf. Cám.Civ.Com. San Isidro, causa n° 105.412 "Una Pegada S.A. c/Municipalidad de Tigre s/Amparo s/queja).

Medida cautelar autónoma. Autosatisfactiva. Prohibición de fumar. Bingos.

La apreciación sobre la concurrencia de los extremos de verosimi-

* *Secretario de la Sala II- de la Excma. Cámara Civil y Comercial de San Isidro*

litud en el derecho y peligro en la demora, se torna aún más rígida cuando se trata de medidas cautelares vinculadas a actos administrativos o legislativos dictados por el poder público en ejercicio de sus facultades regladas, las que en principio no proceden. Ello así, habida cuenta de la presunción de validez que los mismos ostentan; doctrina que según ha expresado el máximo Tribunal de la Nación, solo debe ceder cuando se los impugna sobre bases *prima facie* verosímiles. Es que en mérito a la presunción de legitimidad de que gozan los actos emanados de los órganos del Estado, hace que su ejecutoriedad no pueda ser detenida por la justicia, sino mediando graves circunstancias (Cám. Civ. Comercial San Isidro, Sala I, causa n° 108.570 “Cortes, Marisol c/Bingo Pilar S.A. s/medidas cautelares”).

En mérito de la presunción de legitimidad de que gozan los actos emanados de los Órganos del Estado, en uso de sus facultades regladas, el peticionante de una medida precautoria, debe demostrar, *prima facie*, la arbitrariedad del acto o la violación de la ley, pues mientras no se destruya tal presunción no se configura la necesaria verosimilitud del derecho que torna viable la protección cautelar, como asimismo el perjuicio irreparable que le ocasiona, recaudos que derivan tanto de la naturaleza de la institución, como de la aplicación de los principios generales que imperan en esta materia (art. 230 del C.P.C.C., conf. Cám. Civil La Plata, causa n° 100.299 R.S.I.-4-3 I 21-1-2003).

Se ha establecido que medidas cautelares autónomas no proceden, en principio, respecto de actos administrativos o legislativos habida cuenta de la presunción de validez que ostentan (C.S.J.N., Fallos 328:3023, in re “Nobleza Picardo S.A: c/Provincia de Santa Fe” febrero de 2008, publicado en Abeledo Perrot on line).

El peticionante deberá demostrar *prima facie*, la arbitrariedad del acto o la violación de la ley pues mientras no se destruya tal presunción no se configura la necesaria verosimilitud del derecho que torna viable la protección cautelar, como asimismo el perjuicio irreparable que le ocasiona, requisitos que derivan tanto de la naturaleza de la institución como de la aplicación de los principios generales que imperan la materia. (Cám. Civ. Comercial San Isidro, Sala I, causa n° 108.570 “Cortes, Marisol c/Bingo Pilar S.A. s/medidas cautelares”).

Si bien es cierto que toda nueva reglamentación puede afectar, en alguna medida, al derecho de propiedad, un examen preliminar de la cuestión no basta para considerar probado, que las nuevas exigencias legales resulten manifiestamente ilegítimas (conf. Cámara Apelación Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad de Buenos Aires, Sala II 21-11-2006 en autos “Bingo Caballito S.A. c/G.C.B.A, publicado en elDial - AA39E0), más aún cuando el local de la empresa demandada parecería encuadrar en la excepción del art. 7 punto d) ley 13.894, atento a que su superficie superaría los 400 metros cuadrados.

El dictado de medidas cautelares no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud; pero claro está, recae sobre quien solicita la medida alegar los extremos que sustenten la verosimilitud. En el sub examine, del confronto de los hechos relatados por la apelante y de las normas aplicables *surge prima facie* acreditada la verosimilitud (Cám. Civ. Comercial San Isidro, Sala I, causa n° 108.570 “Cortes, Marisol c/Bingo Pilar S.A. s/medidas cautelares”).

Las alusiones al interés público en el ámbito de la tutela cautelar no necesariamente debe guardar relación con una concepción unívoca, primitiva o autoritaria. Por el contrario, mediante la valoración del interés público podría impedirse, también, el ejercicio antifuncional de la pretensión cautelar. En efecto, la reglamentación del hábito de fumar es un tema que se vincula con la salud, lo cual es lógico, porque estaría comprobando el daño que el cigarrillo ocasiona a las personas que lo consumen. Sin embargo hay otros ángulos de análisis que no tiene que ver directamente con la salud, sino con la convivencia social y los derechos implicados en esa convivencia. No se pone en duda, en autos, la decisión libre y voluntaria de fumar, decisión que constituye, para el fumador, un derecho: el que tiene todo ser humano de decidir acerca de su salud (implícitamente reconocido en la Constitución) y el de hacer todo aquello que las normas no prohíben (art. 19 C.N.; causa 22433/1, Cámara Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad de Buenos Aires, Sala II del 5/12/2006, en autos “Beer Way S.R.L. c/GCBA”).

Tratándose de cautelares, en especial en materia ambiental, impe-

ran los principios precautorio y preventivo, que *“...implica un cambio en la lógica jurídica. Con razón se ha dicho que éste demanda un ejercicio activo de la duda. La lógica de la precaución no mira al riesgo sino que se amplía a la incertidumbre, es decir, aquello que se puede temer sin poder ser evaluado en forma absoluta”* (Juzgado 4, Civil, Comercial y Minas de la Segunda Circunscripción Judicial de Mendoza”, 1-11-06, “Asociación Multisectorial del Sur c/ Gobierno de Mendoza p/ Acción de amparo”, citado por Pascual Eduardo Alferillo en “Los riesgos ambientales y el principio precautorio”, Revista de Derecho de Daños, 2006-3, “Creación de riesgo – I”, Rubinzal – Culzoni Editores, pág.327; causa n°105.154 de abril de 2008 “Asociación Civil en Defensa de la Calidad de Vida c/ Administradora Parque Central S.A., Sol del Valle S.A., Sol del Viso S.A., Sol Matheu S.A. s/amparo”, Sala I).

MEDIDA CAUTELAR GENERICA y CONSOLIDACION DE DEUDAS. ART. 232 C.P.C.C. Ley. 12.836. Provincia de Buenos Aires.

En un principio era criterio de Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación la consideración de constitucionalidad de regímenes de consolidación de deudas estatales (Nación, leyes 23.982 [B.O.N., 26VIII1991]; 25.344 [B.O.N., 21XI2000]; Pcia. 11.192 [B.O.P., 23I1992]; Munic. 11.756 [B.O.P., 15, 16 y 17I1996]). En aquellas oportunidades, tal pensamiento no era obstáculo para que, frente a excepcionales circunstancias, debidamente acreditadas, que permitieran inferir o verificar que su aplicación generaría un gravamen o perjuicio irreparable a la esencia o sustancia de derechos constitucionales -supuestos de avanzada edad del accionante, de alto grado de incapacidad, de severas afecciones de salud, etc.- (C.S.J.N., Fallos 316:779; 318:1593, 321:1984; S.C.B.A., Ac. 71.944, "Giles", sent. del 21VIII2002; B. 58.558, "Dietrich", res. del 4IX2002; B. 58.584, "Arдохain", res. del 25IX2002; B. 59.795, "Miró", res. del 19III2003; B. 58.965, "Lacay de Durruty", res. del 9XII2004; B. 60.359, "Spinedi", res. del 3II2005; L. 73.744, "Pompey", sent. del 5III2005, entre otras), se declaraba su inaplicabilidad en el caso.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha

señalado teniendo en cuenta lo resuelto en la materia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (in re "Mochi, Ermanno y otra c/Buenos Aires, Provincia de s/ Daños y perjuicios", sent. del 26II2008); y considerando la innegable gravitación que más allá de lo que pueda sostenerse sobre su eventual aptitud vinculatoria cabe reconocerle en todo caso atento su ubicación en la cúspide del ordenamiento judicial (arts. 5, 108, 123 y 127, Const. nac.), razones de celeridad y economía procesal llevaron a adoptar el criterio allí abrazado y por los fundamentos vertidos por la Corte Suprema, se declaró la inconstitucionalidad de la ley 12.836, aún con las modificaciones introducidas por la ley 13.436 (arg. Art. 31 CN, conf. SCBA Ac. 85.462 del 27 de agosto de 2008 en autos "Konrad, Carlos Alberto c/E.S.B.A. S.A. s/daños y perjuicios").

El anticipo de jurisdicción que comprende esta medida solicitada por el actor tiene su razón de ser en evitar el daño grave e irreparable que pudiera ocasionársele si la reparación –ahora admitida judicialmente- no le llega en el momento oportuno, como sucedería en el caso donde el actor –en la situación crítica en la que se encuentra- debe esperar aún que se practique la liquidación y continuar con los trámites previstos para la ejecución de la sentencia con el tiempo que ello insu-me (Cám. Civ. Comercial San Isidro, Sala I, causa n° 105.226, "Morales, Daniel s/inc. de tutela anticipada" de junio de 2008). El accionante lleva casi ocho años padeciendo lesiones físicas y espirituales por la amputación de una pierna, intervenciones quirúrgicas, sufrimientos morales y físicos, todo lo cual comenzó cuando tenía 19 años y como consecuencia del enfrentamiento ocurrido entre fuerzas policiales y delincuentes (causa n° Causa n° 106.032 "Fernandez Gache, Manuel c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios s/inc. medida cautelar -art. 250 CPCC-).

El peligro de permanencia en esa situación, sin contar todavía con al menos parte de la indemnización a la que tiene derecho, sin duda conlleva la decisión favorable a su petición. Estamos aún ante la posibilidad de una insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior puesto que el resarcimiento del daño no es instantáneo sino que deben todavía superarse distintos trámites judiciales hasta poder llegar a aquél (art. 497 y cc. del CPCC, causa n° Causa n° 106.032 "Fernandez

Gache, Manuel c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios s/inc. medida cautelar -art. 250 CPCC-).

Razones de celeridad y protección de la salud de la víctima llevan a que la tutela deba otorgarse en forma urgente, sin dilación alguna (Preámbulo de la Constitución Nacional; arts. 33, 43 de la C.N.; 36 inc. 8° de la Constitución de la Pcia. de Bs. As.; doc. arts. 230, 232 del CPCC; causa n° Causa n° 106.032 “Fernandez Gache, Manuel c/Provincia de Buenos Aires s/Daños y perjuicios s/inc. medida cautelar -art. 250 CPCC-).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado a este tipo de medidas -cautelar innovativa- como una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, y que por configurar un anticipo de la jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, resulta justificada una mayor prudencia en la apreciación de lo recaudos que hace a su admisión (conf. fallos: 316:1833 y causa 489 XXV “Pérez Cuesta S.A.C.I. c/Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad (prohibición de innovar)” del 25 de junio de 1996).

En casos de la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa, existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la cuestión formulada, más aun cuando se trata de un arelacionado con la integridad física y psíquica tutelada por el art. 5 inc. 1°. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CSJN c, 2348.XXXII en autos “Camacho Acosta, Maximino c/Grafi Graf S.R.L. s/recurso de hecho”).

El anticipo de la jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de este tipo de medidas, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie -según el grado de verosimilitud- los probados intereses del aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado (CSJN c, 2348.XXXII en autos “Camacho Acosta, Maximino c/Grafi Graf S.R.L. s/recurso de hecho”).

MEDIDA CAUTELAR. AMBIENTAL. IMPACTO AMBIENTAL.

En función de las condiciones de hecho existentes y con la precariedad propia de toda cautelar, considero que corresponde hacer lugar a la medida solicitada, disponiendo el cese de toda obra y trámite referido al proyecto que motiva el presente, hasta tanto las demandadas, a cuyo cargo se encuentra el cumplimiento de lo previsto por los arts. 11, 12 y 13 de la ley 25.675, acrediten haber observado tales preceptos, mediante el correspondiente certificado de impacto ambiental y se resuelva sobre la cuestión de fondo que se debate en el presente amparo (Cám.Civ.Com. San Isidro, Sala I, causa n°105.154 Asociación Civil en Defensa de la Calidad de Vida c/Administradora Parque Central S.A., Sol del Valle S.A., Sol del Viso S.A., Sol Matheu S.A. s/amparo).

La Suprema Corte provincial ha resuelto que *“Tratándose del posible gravamen o afectación al entorno urbano de un vecindario la ponderación del peligro en la demora debe efectuarse a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia ambiental, ínsitos en la cláusula del art. 28 de la Constitución de la Provincia y consagrados expresamente en el art. 4 ley 25.675. Precisamente, en función de ellos, dados la dimensión de la intervención autorizada, la ausencia de adecuada expedición de una declaración de impacto, así como la falta de información y debate ciudadanos, aparece configurado un cuadro objetivo de riesgo urbano-ambiental que, en principio, subsume el caso en los términos del art. 230 inc. 2, del Código ritual, justificando el otorgamiento de la tutela cautelar.”* (S.C.B.A., 68.174, 18-4-2007, “Filon, Andrés Roberto c/ Municipalidad de Vicente López s/ inconstitucionalidad ordenanza 20665/04 y sus anexos “, JUBA B92769).

La jurisprudencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se ha expedido en el sentido que *“el mero hecho objetivo de la ausencia del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, bastaría para tener por acreditada, con la provisionalidad inherente al instituto cautelar, la verosimilitud en el derecho requerida por el rito para suspender la realización de modificaciones en el predio susceptibles de ocasionar potencialmente un daño ambiental. Existe también en autos peligro en la demora ya que las cautelas requeridas se refieren a eventos cuyo acaecimiento se torna probable. Además, el periculum in mora se*

observa en la posibilidad de que se continúe avanzando en diversos aspectos de las obras encaradas en el predio, sin contar con el correspondiente certificado de aptitud ambiental que dé cuenta del cumplimiento de la normativa de evaluación de impacto ambiental (art. 30, Ley 123). Esto es, el estudio de cambios positivos o negativos que provocarán las acciones antrópicas desplegadas en el predio respecto del ambiente, y, en su caso, las medidas de mitigación o remediación que sea necesario desarrollar” (Cámara de Apel. Cont. Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Bs. As., Sala 2, “Martínez, María del Carmen y otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, sentencia del 19 de Julio de 2001, SAIJ).

NOTIFICACIONES. ART. 133 C.P.C.C.

Si bien esta Alzada ha resuelto que la sentencia debe notificarse por cédula o personalmente aún en los casos en que media rebeldía o en que una de las partes tenga constituido su domicilio en los estrados del Tribunal (Fassi, Santiago, “Código Procesal Civil y Comercial”, T.I, 2da. Edición, Ed. Astrea, pág. 155; esta Sala causa n° 58.171 r.s.i. 140/92), un nuevo estudio de la cuestión, basada en lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires respecto a este tema (Ac. 46.336, “Barbosa de Lamonega c/ Soc. Militar de Vida s/ Cobro de australes”, 19/10/1993), nos lleva a sostener que en los casos en que la parte tenga su domicilio constituido en los estrados del Juzgado o Tribunal, allí le serán notificadas, en la forma dispuesta por el art. 133 del C.P.C.C., las resoluciones judiciales sobrevinientes incluyendo la sentencia definitiva (arts. 41 y 42 del C.P.C.C., Cám. Civ. Comercial, Causa n° 106.740 “Altamirano, Antonia Cayetana c/ Rovira, Claudio y otros s/ Daños y Perjuicios” de octubre de 2009.).

La constitución del domicilio procesal en los estrados del juzgado opera automáticamente por imperio legal, sin necesidad de decreto judicial (arts. 40, 41, 42 del C.P.C.C.); con lo cual, las sucesivas notificaciones se rigen por lo dispuesto en el art. 133 del C.P.C.C.. Es que la providencia que tiene por constituido el domicilio en los estrados del juzgado no es de las que por su naturaleza deban ser notificadas personalmente o por cédula (arts. 133 y 135 del C.P.C.C.), por lo que si la

parte tiene constituido domicilio en los estrados del juzgado, allí le serán notificadas, en la forma dispuesta por el art. 133 del C.P.C.C., las resoluciones judiciales sobrevinientes, incluyendo la sentencia definitiva (arts. 41 y 42 del C.P.C.C., Cám. Civ. Com. San Isidro, Sala II -anterior integración- Causa n°94.120 R.S.I.-813-3 en autos “Rosso de Clausen, María Josefina c/ Lippold, Adolfo Gualterio s/ Ejecución hipotecaria s/Queja”

Bibliografía recomendada:

PEYRANO, Jorge W., "Una especie destacable del proceso urgente: la medida autosatisfactiva", JA, 1999-III-829, con un profundísimo detalle de su evolución doctrinal y jurisprudencial; Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 2ª, 13/4/1993, JA, 1993-II-323.

Sobre el particular, MORELLO, Augusto M., "La cautela satisfactiva", JA, 1995-IV-414/D 0003/001702]; PEYRANO, Jorge W., "Lo urgente y lo cautelar", JA, 1995-I-899[D 0003/001882], "Los nuevos ejes de la reforma procesal civil: la medida autosatisfactiva", ED, 169-1347, entre otros.

- Juzg. Civ. y Com. nro. 1 Pergamino, 24/9/1998, "F. M.", LLBA, 1998-1433.
- KIELMANOVICH, Medidas cautelares..., cit., p. 38.
- Trib. Familia Lomas de Zamora nro. 3, 24/5/2001, "M., H. N. v. PAMI", JA, 2001-III-421.
- SCBA, 19/5/1998, "Almada, Hugo N. v. Copetro S.A y otro"; "Irazu, Margarita v. Copetro S.A y otro[SINREL 14.80033]"; "Klaus, Juan J. v. Copetro S.A y otro[SINREL 14.80031]", LLBA, 1998-943, con nota de Gabriel Stiglitz - LLBA, 1998-1314, con nota de Susana Cayuso - RCyS 1999-530.
- CIFUENTES, Santos, "Tutela integral de los derechos personalísimos (Una nueva propuesta metodológica. El estatuto autónomo de los derechos personalísimos y su sanción uniforme hispano-americana)", LL, 1990-B-948.

- TOLLER, Fernando, Libertad de prensa y tutela judicial efectiva, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 635.
- Cám. Nac. Civ., sala L, 4/11/2003, "R. R., A. v. Diario Clarín S.A y otros[C. Nac. Civ., sala L, R. R., A. v. Diario Clarín S.A y otros, 04/11/2003]", Fallos, 324:975.
- FILIPPINI, Aníbal, "Prevención del daño y censura judicial", LL, 1991-C-978 y sus citas de Santos Briz, Alterini, Morello y Vázquez Ferreyra.
- Juzg. Nac. Civ. nro. 19, 13/1/1992, ED, 151-157, PEYRANO, J. W., Medida innovativa, Rubinzal-Culzoni, p. 553.
- MORELLO, Mario A., "Tutela procesal del derecho a la intimidad personal", JA, 1985-II-764[D 0003/1001745-1].

CUESTIONES PROCESALES – PARTE 2

*Por Carlos García Santas**

A) ¿Debe suspenderse nuevamente la subasta por la ley 26.497 cuando ya se aplicó el procedimiento previsto por el art. 7º de la ley 26.167 según doctrina del caso “Grillo” de la CSJN, y el deudor no ejerció la opción?

1) Referencias útiles del caso:

1) Existencia de sentencia firme que manda llevar adelante la ejecución contra el ejecutado.

- El deudor se acoge al régimen de Refinanciación Hipotecaria (leyes 25.798 y 25.908)

- Declaración de inconstitucionalidad de las leyes 25.798 y 25.908. Resolución firme.

2) Declaración de inaplicabilidad de la ley nº 26.167 en lo que a la liquidación, cuantificación y ejecución del crédito se refiere. Por lo tanto la deuda se liquida según las pautas dadas en la sentencia firme (conforme doctrina sentada por la CSJN en los autos “Grillo c/Sparano”).

3) Conforme el mencionado antecedente “Grillo” se da un plazo no mayor de 30 días para que el deudor manifieste si optará por cancelar el crédito en la forma indicada en el art. 7º de la ley 26.167, a los efectos de que se cumplan los demás actos allí previstos para hacer efectivo el pago al acreedor, debiendo continuar la ejecución en la forma determinada por las normas procesales en caso de no efectuarse la referida manifestación en el término señalado, como también en el supuesto que el ejecutado no integre la diferencia entre las sumas que aportará la entidad bancaria y el monto de la liquidación que se practique conforme las pautas del decisorio.

* *Secretario de la Sala I- de la Excma. Cámara Civil y Comercial de San Isidro*

4) El deudor no cumple con la decisión judicial (art. 7° de la ley 26.167) en el plazo previsto. Siguen los trámites de la ejecución.

5) Se sanciona la ley 26.497 (15/4/2009) y el Juez, a pedido del deudor, la declara aplicable y suspende el trámite de la ejecución (subasta del inmueble).

2) La sala 2 de la Cámara de San Isidro resolvió revocar la resolución por los siguientes motivos:

a) Como surge del Proyecto de la Ley 26.497 elevado al Congreso por el P.E.N. con fecha 5 de febrero de 2009, y lo establecido por la CSJN en distintos fallos, la ley 26.497 es la “reafirmación” de la doctrina sentada por el Tribunal Federal en el fallo “Grillo”, pues extiende el mecanismo previsto en el art. 7° de la ley 26.167 a los deudores hipotecarios de acreedores privados incluidos en el Fideicomiso para la Refinanciación Hipotecaria (ley 25.798 y sus modificatorias) que cuentan con sentencias firmes y pasadas en autoridad de cosa juzgada, y que declararon la inconstitucionalidad, inaplicabilidad y/o inoponibilidad de la normativa aplicable al referido fideicomiso, dándoles la opción de que sea el Fiduciario quien abone el monto total de la deuda, tal como también fuera previsto en el art. 7° de la ley 26.167.

b) El art. 7° de la ley 26.167 ya preveía la posibilidad de que sea el Fideicomiso quien, a pedido del deudor, efectúe el pago de la deuda en forma parcial o total (segundo párrafo). Deuda liquidada según sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada. Además, luego de promulgada la ley 26.167 (28/11/2006) y antes de la sanción de la ley 26.497 se dictó con fecha 3 de septiembre de 2007 el Decreto n° 1.176 que ya le daba la posibilidad al deudor adherido al Fideicomiso para que “incrementara” el monto refinanciado hasta cubrir el total de la deuda.

c) Por ello el deudor no puede solicitar la aplicación del beneficio de un procedimiento que ya le fue propuesto bajo la ley 26.167 (que preveía la opción de pagar el total de la deuda con los fondos del Fideicomiso) y dejó de cumplir, aún cuando la intimación no se hubiera efectuado en función de la ley 26.497.

d) Conclusión: si el deudor adherido al régimen del Fideicomiso ya fue intimado conforme la doctrina de la CSJN en el fallo “Grillo” (art. 7° de la ley 26.167) y no ejerció la opción allí prevista, la aparición de la nueva ley 26.497 que reafirma las soluciones dadas por la CSJN y los distintos tribunales a estos casos -bajo la doctrina del antecedente “Grillo”-, no le da un nuevo derecho al deudor. Por lo tanto, no cabe la posibilidad de darle un nuevo plazo para que ejerza la opción que esa ley prevé debiendo continuar los trámites de la ejecución.

CONF. CAUSA DE LA SALA 2 n° 90.318, "Salvucci, Enrique A. c/Vázquez, Jorge A. s/cobro hipotecario", fallo del 20/10/2009, r.s.i. 390

3) Normativa de interés aplicable al caso:

- **Ley 26.497**: sancionada el 15 de abril de 2009 y promulgada el 5 de mayo de 2009.

Art. 1°: el sistema de pago previsto en el art. 7° de la ley 26.167 se podrá aplicar a aquellas ejecuciones hipotecarias iniciadas contra deudores incluidos en el Fideicomiso para la Refinanciación Hipotecaria creado por la ley 25.798, cuyo acreedor no fuera una entidad financiera sometida al régimen de la ley 21.526, que cuenten con sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada con anterioridad a la sanción de la presente ley, mediante la cual se declarase la inconstitucionalidad, inoponibilidad, y/o inaplicabilidad de la normativa que regula la Refinanciación Hipotecaria y/o el conjunto de leyes de emergencia que dispusieron la conversión a pesos de las obligaciones de dar sumas de dinero pactadas en origen en moneda extranjera.

Art. 2°: Los aportes del Fideicomiso para la Refinanciación podrán extenderse, a solicitud del deudor, hasta cubrir el monto total que surja de la sentencia que hubiere quedado firme y pasada en autoridad de cosa juzgada.

Art. 3°: El Juez, de oficio o a pedido de parte, cualquiera sea el estado del proceso de ejecución, conferirá al deudor un plazo de 30 días para que manifieste su opción por cancelar la deuda resultante

conforme lo previsto en los artículos precedentes, observándose el procedimiento previsto por el art. 7º de la ley 26.167.

Dicho plazo comenzará a correr desde el día siguiente a la publicación de las normas reglamentarias de la presente en el Boletín Oficial.

- **Decreto del P.E.N. 1.781/2009 (B.O. 20/11/2009)** Reglamenta la Ley 26.497

- **Ley 26.167 (B.O. 28/11/2006)**: Aclara e interpreta las leyes de emergencia económica (ley 25.561); inclusive la ley 25.798.

- **Decreto del P.E.N. n° 1.176 del 3 de septiembre de 2007**

4) Jurisprudencia:

CSJN, 3/7/2007, “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Grillo Vicente c/Sparano Claudio Rafael” (Fallos 330:2902)

5) Opinión de la Sala 1 Departamental en caso similar:

La Sala 1 de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro, en un caso similar al mencionado “Salvucci c/Vázquez”, se pronunció de manera distinta. En la especie, también se le había dado la opción al deudor conforme la doctrina “Grillo” y no la ejerció; luego, se solicitó que se aplique la ley 26.497 por entenderse que si bien el procedimiento es el mismo al establecido en la ley 26.167, se trata de una nueva ley y opción para el deudor, puesto que el Banco puede cancelar la totalidad de la deuda, a diferencia del anterior que preveía la cancelación parcial.

Dicho pedido fue denegado por el Juez atento a que ya se le había dado la posibilidad de optar conforme el art. 7º de la ley 26.167.

La Sala 2 revocó el fallo diciendo que la ley 26.497 “...establece un nuevo derecho para el deudor”, siendo la principal diferencia con la ley 26.167 que “los aportes del Fideicomiso podrán extenderse a solicitud del deudor, hasta cubrir el monto total que surja de la sentencia firme (art. 2 de la ley 26.497)”. Por ello, suspendió el procedimiento

hasta que el deudor ejerza la opción prevista en el art. 3º de la ley 26.497.

CCC. San Isidro, sala 1, 28/9/09, "Labat, Pedro A. c/Platini, Delia s/ejecución Hipotecaria", r.s.i. 225. Magistrados: LLobera-Lesser

6) Opinión de la CSJN

La CSJN, en fallos que se citan a continuación, decidió suspender la tramitación de la causa por aplicación del régimen previsto en la ley 26.497 (arts. 3 y 6), bajo apercibimiento de continuar la ejecución en la forma prevista por las normas procesales correspondientes para el caso de que el deudor no ejerza la opción contemplada en el art. 3º de esa ley.

- **CSJN, 11/8/2009**, “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Martínez del Castillo, Fernando c/Nicolini, Osvaldo R.”.

- **CSJN, 18/8/2009**, “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa De Marco, María C. c/Cura, Isabel”

- **CSJN, 18/8/2009**, “Monti, Marta Susana c/León de Peralta, María”

* Lo diferente e importante de estos fallos de la Corte Federal es que en los casos tratados no se había aplicado aún la doctrina sentada en el antecedente “Grillo” con relación al régimen del art. 7º de la ley 26.167, con lo cual se le daba al deudor por primera vez, la posibilidad de ejercer la opción por aplicación de la ley 26.497.

B) ¿Qué Tribunal es competente para entender en una acción de revisión de la cosa juzgada írrita? ¿Recurso o acción autónoma?

1) Referencias útiles del caso:

C) El fallo dictado por la Alzada adquirió firmeza.

C1) Una parte considera que el fallo fue dictado en base a documentos que fueron declarados falsos en sede penal y plantea la nulidad del decisorio en forma autónoma ante el Juez de Primera Instancia pretendiendo retrotraer el proceso.

CII) Se rechaza in limine la acción autónoma de nulidad por entender que la acción debe plantearse ante el Tribunal que dictó la resolución.

CIII) El interesado reedita el planteo ante la Cámara por "fraude procesal".

2) **La resolución del caso**

a) La acción de revisión de la cosa juzgada persigue la invalidación de pronunciamientos jurisdiccionales después de que los mismos han adquirido el atributo de inmutabilidad que los caracteriza.

b) No se trata de un recurso, sino de una **acción autónoma**. Ello no solo resulta de los caracteres propios que caracterizan al instituto, sino de la circunstancia de que el procedimiento revisorio sólo puede esgrimirse cuando se ha agotado la vía recursiva.

c) Se trata de una acción sumamente excepcional, que posee autonomía propia, pues establece entre las partes una nueva relación jurídica que tiene como punto de partida el auto cuestionado.

d) El proceso de revisión -principal y autónomo-, por tratarse de un "fraude procesal", debe tramitar **mediante demanda que se inicie en un juicio de conocimiento pleno y transite por todas las etapas e instancias procesales**, respetando los principios del debido proceso y todas las garantías amplias de la contradicción, de la prueba y de la doble instancia (arts. 330, 354, 375 y ccs. del CPCC.).

e) No existe un reexamen de la acción anterior, sino un diferente juzgamiento con diverso objeto.

f) Si los supuestos defectos se conocen antes de la formación de la cosa juzgada, no es posible -en virtud del principio de preclusión-

dejar pasar esa posibilidad impugnatoria para luego atacar la decisión firme por el carril revisor intentado

CONF. CAUSA DE LA ANTERIOR SALA 1 "Vollenweider, Adrienne Cristina y otros c/Vollenweider, Lydia y otros/simulación", fallo del 14/6/2007, r.s.i. 212.

En el mismo sentido: "**Sucesores de Salvador Casamento c/Rotonda S.A. s/resolución de contrato**", causa de la anterior sala 1 n° 100.170, fallo del 22/7/2008, r.i. 248

3. **Opinión y antecedentes de la CSJN**

La Corte de Justicia Nacional admitió la mutabilidad de los fallos firmes, por supuesto para casos excepcionalísimos, cuando se comprueba la desnaturalización de la función de juzgar por la existencia de graves vicios sustanciales. El Superior Tribunal comenzó a esbozar la posibilidad de alterar la cosa juzgada en un caso del año 1957 (Villareal c/Oneto, Fallos, v.238, p.18), y en el caso "Tibold" abordó frontalmente el tema por primera vez (23/11/62, Fallos, v.254, p. 320, publicado en La Ley, v. 110, p. 363). Más tarde, en el asunto "Campbell Davidson" decidió que la vía de recurso no es la idónea o la mejor dotada para la reparación de los "vicios sustanciales" del proceso, sino que es preciso tramitar una acción autónoma declarativa invalidatoria, donde se pueda debatir ampliamente la compleja cuestión litigiosa y producir la prueba tendiente a comprobar la existencia de los vicios que autorizan la retractación de la cosa juzgada (19/2/71, Der., v. 36, p. 290; Fallos, v. 279, p. 59; Jurisp.Arg., jul.-sept., 1971, v. 11, p. 231).

4. **Doctrina**

- Hitters, Juan C., "Revisión de la cosa juzgada", 2° ed., Librería Editora Platense, La Plata, 2001, pág.393.

- Peyrano, Jorge W., Chiappini, Julio O., "La acción autónoma de nulidad de sentencia firme y la aneja pretensión cautelar", J.A. n° 5942, 3/12/1986.

- Peryrano, Jorge W., “Acerca del tribunal competente para conocer la acción de nulidad de sentencia firme”, El Derecho, t. 154, p. 948;

- Palacio, Lino E., comentario al fallo 96.126 de la Cám. Nac. Com., sala B, 13/6/96, “Murchinson de Acuña, Renata c/Murchinson S.A. y otros”, La Ley, t. 1997, E.

- Morello, Augusto M., “Pretensión autónoma de la sentencia declarativa revocatoria de la cosa juzgada írrita”, Der., v. 36, p. 291

5. Otros fallos

Teniendo en consideración la naturaleza especial y pretoriana de la acción de revisión de cosa juzgada írrita, el plazo de prescripción aplicable a la misma debe ser de diez años, de conformidad a la norma contenida en el art. 4023 del C.C..

CCC. Pergamino, C 3574 RSD-161-00 S 28-9-2000 Ferreyra, Juan I. c/ Dalessandri, María T. s/ Revisión de cosa juzgada

En caso de cosa juzgada fraudulenta o írrita, se persigue la declaración de invalidez de todo un proceso, incluyendo el pronunciamiento en él recaído, cuando el mismo ha llegado a su culminación merced a inaceptables irregularidades, frustrantes del derecho constitucional de defensa en juicio.

CCC. Quilmes, sala 1, 23-4-2001 Gomis, Matias Sebastián c/ Italvinil San Luis s/ Cobro ejecutivo

C) La excepción de falsedad de título opuesta por el Defensor Oficial en representación del demandado ausente.

1) Hechos

El Defensor Oficial planteó la excepción de falsedad de título con

fundamento en que la firma inserta en el pagaré que se ejecuta no le pertenece a la demandada ausente que representa en autos (arts. 540 tercer párrafo y 542 inc. 4º del CPCC).

La resolución del caso

La Sala 1 de la Cámara Departamental, en su anterior y nueva conformación, admite que está dentro de las facultades del Defensor Oficial oponer las excepciones que estime corresponder –como en este caso la de falsedad- y proponer la prueba pertinente a fin de dilucidar la cuestión (doc. art. 18 de la C.N.; 341, 540, 547 y cc del CPCC).

En la ejecución despachada sobre la base de un documento cambiario el Defensor Oficial de la ausente puede dar una respuesta de expectativa sobre la autenticidad del instrumento cuya firma se atribuye el ejecutado. Así entonces, se torna insoslayable transitar la peritación caligráfica con la finalidad de advenir el cono de sombra que se introduce sobre la autoría de las firmas que se le atribuyen a la code mandada.

Es apropiado trazar una analogía entre la dispensa de la “negativa categórica” de los sucesores a título universal de quien suscribió los documentos, prevista en los procesos de conocimiento, y la que se admitiría para el Defensor Oficial y para este tipo de juicios abreviados. Consideramos que no están sujetos al cumplimiento de la carga de pronunciarse categoricamente sobre los documentos, el Defensor Oficial y el demandado que interviene en el proceso como sucesor a título universal de quien los suscribió, quienes pueden reservar la respuesta “definitiva” para después de producida la prueba. Tanto uno como otros pueden diferir la carga de reconocer categoricamente la autenticidad de documentos pertenecientes al ausente.

Esa negativa no es “categórica” sino “provisional” –por razones lógicas al no tratarse de un hecho personal del propio Defensor-, quedando librada la cuestión relativa a la autenticidad o no de la firma a las resultas de la prueba caligráfica que se ofrece.

Tratándose de herederos, es válida la mera negativa de la firma de

su causante en el marco del proceso ejecutivo, pesando la carga de la prueba sobre la parte ejecutante. El Defensor Oficial y los sucesores son asimilados en el segundo párrafo del inciso 1º del artículo 354 del C.P.C.C. La equiparación no es caprichosa o casual; en ambos supuestos se trata de sujetos que no necesariamente han de conocer la firma de su representado (en el caso del Defensor) o de su causante -los herederos- (Cám. Civ. y Com. de La Plata, Sala 3, 5/10/1995, “Banco Roberts S.A. C/ Gómez, Oscar y otro s/ Cobro ejecutivo”).

Si el Defensor Oficial desconoce la firma que se atribuye en el documento base de la acción a su representado, pone en cabeza del actor probar la misma, circunstancia que no debe confundirse con la alegación de que aquella sea falsa.

Cuando el citado no compareciere a la citación efectuada para reconocer la firma aunque debe procederse como si el documento hubiere sido reconocido (art. 524, tercer párrafo, del C.P.C.C.), ello ha de ser a los fines de tener por preparada la vía ejecutiva (art. 525 del C.P.C.C.), pero de allí no puede seguirse que deba desestimarse sin más trámite la excepción de falsedad opuesta .

CCC, San Isidro, sala 1 nueva, 24/9/09, “Banco Creedicoop Cooperativo Limitado c/ Penayo Caballero, Erasmo y otros s/ Cobro Ejecutivo”, causa n° 108.396, Magistrados: Llobera-Lesser

CCC. San Isidro, sala 1 anterior, 16/8/2006, Boykier, Salomon c/Herederos de Cayetano Franco s/ejecutivo, causa n° 101.046, Magistrados: Ribera-Llobera-Cabrera de Carranza

CCC. San Isidro, sala 1 anterior, 18/3/2005, Banco Río de la Plata S.A. c/Zanotti, Susana Graciela s/ejecutivo, causa n° 98.012, r.i. 110.

3) Otros fallos:

- CCC. 1ª. La Plata, sala 3, 5-10-1995, Banco Roberts S.A. c/ Gomez, Oscar y otro s/ Cobro ejecutivo

- Cám. Civ. y Com. de La Plata, Sala I, 7/7/1988, “Cortelletti, Ricardo c/ Boazzo, Alicia y otros s/ Ejecutivo”

- S.C.J.B.A., Acuerdo n° 44.319 del 11 de febrero de 1992

4) Doctrina

- Fenochietto, Carlos E., “Código Procesal en lo Civil y Comercial”, de. Astrea, 5ta. Edic., 1999, pág. 431

- Morello, Augusto Mario; “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados”, segunda edición reelaborada y ampliada, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, T° VI-B, pág. 111

D) Intervención del Defensor Oficial en la Prueba Anticipada o Diligencias Preliminares

1) Hechos

Intervención del Defensor en la Prueba Anticipada. Copias de software. No es caso de medida cautelar. Urgencia.

La resolución del caso

La nueva sala 2 de la Cámara Departamental consideró que la prueba anticipada solicitada en los términos del art. 327 del C.P.C.C. ha de merecer un tratamiento diferente a las medidas cautelares. Ello atento el rol que, en el futuro proceso, jugará la prueba anticipada, que impone la bilateralidad.

La urgencia en la realización de la constatación solicitada y aún la necesidad de preservar la prueba dada su especial naturaleza, hace que resulte prudente que la fecha de la misma no se notifique con anterioridad a la demandada, de modo que aunque habrá de practicarse en su domicilio, la presencia de la accionada no se encuentra garantizada, razón por la cual, la concurrencia del Defensor Oficial al momento de

efectivizarse la medida decretada garantiza la defensa en juicio y el principio de bilateralidad.

- CCC. San Isidro, sala 2, 26/2/09, "Adobe Systems Inc y otros c/ Sedler Hnos S.A. Y otro s/ diligencias preliminares", causa n° 107.237, r.i. 40/09, Magistrados: Cabrera de Carranza y Lesser

En el mismo sentido:

Si bien en principio no se dan las razones de urgencia para suplir la citación de la contraria con la intervención del Defensor Oficial, lo cierto es que las particularidades de la prueba que se producirá (constatación de las copias ilegítimas de obras de software que pudiera detentar la demandada en cualquier computadora o medio de almacenamiento que se encuentren en su domicilio -ver fs. 55, pto IV-) y la necesidad de producirla sin el anoticiamiento de la parte contraria, hacen que resulte prudente la concurrencia del Defensor Oficial al momento de efectivizarse la medida decretada, garantizando de esta forma la defensa en juicio y el principio de bilateralidad (causas de esta Sala n° 97.402 r.i. 601/04, 99.728 r.i. 505/05 y 101.698).

CCC. San Isidro, sala 1 nueva, 16/9/09, "Microsoft Corporation c/ A.G. Pruden & cia S.A. s/ Diligencia Preliminar", Causa N° 108.423, r.i. 244, Magistrados: Ribera-LLObera

Ver también:

causas 98.601 r.s.d. 336/05, 97.402 r.i. 601/04, 99.952 r.i. 473/05 de la anterior Sala.

3) Otros hechos

No intervención del Defensor Oficial. Diligencia preparatoria. Secuestro de historia clínica.

La Señora Juez de Primera Instancia dispuso el secuestro de la historia clínica de la actora existente en el Sanatorio demandado. A fin

de resguardar el derecho de defensa de la accionada hizo saber que la diligencia mencionada habrá de realizarse en presencia del Defensor Oficial.

En el caso de autos, no se petitionó la producción de prueba alguna, ya que se solicita el secuestro de la historia clínica de la actora que se encontraría en poder de la demandada.

Dadas las particularidades de la medida ordenada, no es necesaria la notificación a la parte accionada a fin de que controle su realización y, por ende, la citación del Señor Defensor Oficial para suplir su presencia. Máxime, considerando que la medida ordenada será realizada por el Oficial de Justicia designado a tales efectos.

Si bien en otras oportunidades hemos resuelto que las diligencias preliminares, en los casos en que no se pudiera citar al demandado, debían realizarse con la presencia del Defensor Oficial, las circunstancias de estos casos eran diferentes al presente en donde no es necesario el contralor del accionado en la realización de la medida, dado el objeto de la misma.

El secuestro solicitado no constituye una medida cautelar. En estos casos la finalidad estriba en asegurar los efectos de una condena futura, o evitar que la misma se torne ilusoria por la acción del demandado.

Ello no sucede en el presente, ya que la finalidad de lo solicitado es que la prueba en cuestión -historia clínica- sea incorporada, en los términos del artículo 326 del C.P.C.C., en forma previa al inicio de la demanda principal.

Sin perjuicio de lo expuesto, dado que el único objeto es que se incorpore la documental indicada, la cual se encontraría en poder de la futura demandada, y que aún en el supuesto del artículo 386 del Código citado -documentos en poder de alguna de las partes- no requeriría sustanciación, entendemos que, en el presente caso, resulta innecesaria la intervención del Defensor Oficial.

No corresponde dar intervención al defensor oficial a los fines de la producción de una diligencia preparatoria si la finalidad perseguida

por la misma -en el caso, secuestro de la historia clínica- fue la de preservar la integridad de la prueba, hasta tanto pudiera ser considerada por el tribunal interviniente; pues por aplicación analógica de lo normado por los arts. 232 o 221 del C.P.C.C., la medida puede ser cumplida inaudita parte toda vez que se procura únicamente conservar una prueba que ya está producida y plasmada en un texto documental.

CCC. San Isidro, sala 1 nueva, 15/9/09, "Durán, Graciela Angélica c/ Sanatorio San Lucas S.A. s/ Diligencias preliminares"

Causa N° 108.304, r.i. 241. Magistrados: LLobera-Ribera

4) Jurisprudencia en el mismo sentido:

CNCiv., Sala K, "Navarro, Norma L. c/ Obra Social Personal de Estaciones de Servicios y Garages y Playas y otro", 2002/08/28, L.L., 2002/11/28, 7

5) Doctrina

- Morello, Augusto Mario; "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, comentados y anotados"; Librería Editora Platense-Abeledo Perrot; segunda edición; T° II-C; pág. 520

Un premio importante

El año pasado por primera vez un organismo del servicio de justicia fue distinguido con el Premio Nacional a la Calidad que otorga la Presidencia de la Nación a instituciones públicas y privadas que impulsan con éxito sistemas de gestión para mejorar su funcionamiento. En esa ocasión fue galardonado el Juzgado en lo Civil y Comercial n°3 del Depto. Judicial de San Martín, por entonces a cargo de la Dra. María Silvina PÉREZ, actualmente Camarista del mismo Depto.

Ahora tenemos el orgullo de que el premiado haya sido el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo n°1 de este Departamento Judicial de San Isidro, cuyo titular es el Dr. José Abelardo SERVÍN. Por ello nos es muy grato hacer llegar nuestras felicitaciones a todos los integrantes de ese juzgado. Además, con verdadera satisfacción nuestro Colegio ya había distinguido al Dr. SERVÍN con el primer premio en el concurso "Fortalecimiento de la Independencia del Poder Judicial" del año 2008 por su trabajo de igual título que se publicó en el n°23 de nuestra revista. Vaya pues nuestro apoyo y admiración a la labor del juzgado premiado y a la de su titular.

El último vuelo

Cuando iba a iniciar ese vuelo, estaba convencida de que no sería uno más entre tantos. Ya me sentía bastante cansada de mi trabajo de azafata y me daba igual partir de Roma, París, Ámsterdam o Frankfurt. Aquello que más deseaba era llegar a mi casa, mi morada, mi aposentamiento, mi vivienda, mi cubil, mi refugio, mi nido, mi rincón. Deseaba estar en “mi” cama, en “mi” baño, dormir sobre “mi” colchón, abrazar “mi” almohada. Estaba harta de olor a Hilton.

El pasaje no era muy diferente de los otros, salvo una familia judía muy numerosa que venía viajando desde Israel y se trasladaba definitivamente al Brasil. El padre vestía una suerte de levitón oscuro, algo raído, y llevaba unas largas patillas que terminaban en forma de bucle, cosa que también tenían los hijos varones de corta edad. La mujer estaba vestida de negro y su aspecto era más bien austero. Llevaba en brazos una niñita rubia que me llamó la atención por su particular belleza.

Una de mis compañeras los ubicó en los primeros asientos de Clase Turista, para que estuvieran más cómodos y todos juntos.

Era cerca de medianoche cuando partimos.

Dejaba atrás Roma y sus calles de siglos, a Max y su interminable conversación llena de misterio, la magia de los paseos nocturnos sin destino definido, el *Tevere*, las castañas de *Piazza Navona*, el vaso de Chianti en la *Tavola Calda*, donde comíamos barato para ahorrar viáticos. Pero aún eso me había cansado.

Entonces lo resolví. Sí, estaba segura. Ése, sería mi último vuelo.

Después de servir algunas bebidas y pasar, por indicación del comisario, el carrito con cigarrillos y perfumes, cesó la iluminación general y se hizo el ambiente para dormir. Repartimos almohadas y mantas y comenzaron a apagarse las últimas luces individuales.

Cuando me dirigía a la parte trasera del avión, para acomodar las

“aerolardas” y dejar todo listo para el desayuno de la mañana, advertí que, en la antepenúltima fila a la izquierda, un gordo enorme, rubicundo, con mirada de desesperación, me imploraba no se qué, en un idioma incomprendible. Estaba solo en la fila y gesticulaba con nerviosismo.

Probé con el inglés y fue inútil. Con el francés, nada. Español, ni hablar. Era decididamente de alguno de los países escandinavos y sólo hablaba en su propia lengua.

Como se señalaba con insistencia la cabeza, adiviné que lo que quería decirme era que le dolía y que deseaba una aspirina.

Le hice señas afirmativas y sintiéndome una Florence Nightingale algo ridícula, corrí al fondo en busca de mi cartera. Allí guardaba las aspirinas, junto a la otra cajita. La que me había regalado Max aquella Navidad en Londres.

-Si ves que te vas a dar el golpe sin remedio, tomá esta pastilla –me había dicho al obsequiarme la píldora L (L por letal) un veneno fulminante que le regalara un yanqui durante la guerra-.

La sola idea me hizo más gracia que otra cosa. Cuando volaba jamás pensaba en “el accidente”, pero sabía que Max se habría ofendido si no aceptaba su regalo. Para él aquéllo parecía de vital importancia.

Miré la cajita sonriente y saqué, de la otra, una aspirina que alcancé al gordo, con un vaso de agua. Me agradeció con gestos, pero no la tomó en seguida.

Después me costó mucho dormirme. Al revés de otras veces, el ruido de las turbinas no conseguía ni siquiera aletargarme. Permanecí largo rato observando el fulgor que expedían, cuyo resplandor me acompañara tantas noches, y ahora contrastaba con el color plomo oscuro reinante.

Pensé en todo lo que iba a dejar al abandonar el trabajo. Puse en la balanza mental las ventajas e inconvenientes. Tal vez nunca más volvería a ver a Max. De cualquier modo aquéllo había terminado tiempo atrás. Max era un tipo fuera de serie y con su sabiduría y experiencia

enriquecía mi espíritu y renovaba mis esperanzas en la vida. Y, sin embargo, tenía la convicción de que aquella etapa estaba terminada, que en mi país me esperaba lo verdadero y positivo, que todo esto que parecía estar al alcance de la mano, reluciente como el oro y apetecible como una fruta de verano, era ficticio, que me hallaba encerrada en una jaula con barrotos de platino y piedras preciosas, pero que todo era mentira.

No sé en qué momento me quedé dormida, ni cuándo empecé a soñar, pero lo cierto es que, cuando abrí los ojos, no lo hice naturalmente. Fue a raíz de los sacudones de mi compañera de cabina. Todavía era de noche cuando tomé conciencia. Trataba desesperadamente de decirme algo.

Me incorporé.–El gordo –tartamudeaba, nerviosa, mi colega- está desmayado como muerto.

Di un salto y corrí al asiento del escandinavo. Estaba tieso, blanco y frío.

-Por el momento no hagas nada –atiné a decirle a mi compañera-. Yo me encargo. Volvó a tu lugar.

La muchacha obedeció temblando y yo me dirigí al botiquín en busca de coramina. Administré una dosis a la pobre cosa que era el obeso, pero no hubo reacción.

El resto del pasaje dormía. Mi compañera espiaba con ojos de espanto desde el último asiento.

Con una calma desconocida en mí hasta ese momento, volví a mi lugar. Entonces recordé las palabras de Max: -“En los momentos trágicos lo último que hay que perder es la cabeza”-. Pero un negro pensamiento interrumpió mi reflexión. ¡La cajita del veneno! ¡La de las aspirinas!

Invocando a todos los santos busqué en el fondo de mi cartera.

La comprobación terminante paralizó mis nervios. El veneno no estaba. ¡Debí confundir las cajitas!

Un odio que no conocía me invadió toda entera. Deseaba estar

muerta, no haber conocido nunca a Max. Me odiaba a mi misma por haberme prestado a ese juego peligroso y macabro, a esa amenaza permanente. Después de todo, no era difícil equivocarse. Dos cajas parecidas, los comprimidos blancos, casi iguales... Solamente loca pude haber aceptado aquel desafío. Seguramente la fatiga de vuelo, el stress, me habían trastornado y por ello había recibido el fatídico regalo de Max.

Creo que volví a dormirme, tal vez para escapar de aquella trampa, o para vivir un poco más sin aquella pesadilla.

Cuando desperté un monótono cántico proveniente de los primeros asientos de Clase Turista atrajo mi atención. Los judíos llevaban a cabo sus acostumbrados ritos.

Mi compañera dormía al otro extremo. Me asomé para observar al gordo. Sólo pude ver su brazo colgando al costado del asiento. La visión era dantesca. El brazo se movía al compás de un siniestro vaivén y parecía acompañar la música de los cánticos.

El horizonte estaba rojo. Amanecía.

Dentro del avión comenzaron los primeros bostezos de los pasajeros. Algunos se despertaban, otros estiraban las piernas. Muchos iban a los *toilettes*.

Mi compañera ya no parecía asustada. Recogía las mantas, hablaba con los pasajeros, se movía con naturalidad y fresca.

Entonces comprendí que todo había sido un sueño. Me puse de pie y corrí la cortina. Había que servir el desayuno.

Yo misma le llevé la bandeja al gordo. No estaba muerto. Estaba furioso y protestaba como un condenado. Se esforzaba inútilmente por decir algo en su idioma indescifrable. Le sonreí con indiferencia y llamé a mi compañera. Esta vez le tocaba a ella.

La proximidad del aterrizaje, los arreglos y preparativos previos al desembarque, me hicieron olvidar la pesadilla de la noche anterior y aún al gordo. Los borré por completo de mi mente.

Después de pasar la aduana me despedí de mis compañeros y

contraté un remise para viajar sola. Lo necesitaba. No quería hablar con nadie.

El viaje de vuelta a casa fue reconfortante porque me hizo sentir como si el auto, al ganar kilómetros, estuviera devolviéndome a la realidad, a mi mundo, a mi verdad. No volaría más. Estaba decidida.

Cuando llegué a mi departamento, todo me era familiar y querido. En ese momento tuve la convicción de que, si siguiera volando, lo perdería todo. Y, entonces, súbitamente, recordé al gordo, El susto, la cajita.

Un pensamiento oscuro atravesó mi mente como flecha venenosa. ¿Y la cajita? ¿Y la pastilla?

Busqué, revolví. Estaba, pero vacía.

El cansancio me venció y decidí acostarme. Me dormí con ese pensamiento.

Al día siguiente, cerca de mediodía, me despertó la campanilla del teléfono.

Me llamaban de la Compañía. Me requerían en la Gerencia Comercial. Debía comparecer de inmediato. No tuve tiempo para pensar qué diablos querían.

Llegué en pocos minutos pues no vivía lejos de allí.

Me atendió el mismísimo Gerente con cara de pocos amigos y me pidió la renuncia sin demasiadas explicaciones. Lo único que me dijo fue que había recibido una queja contundente de un ingeniero del Gobierno de Finlandia quien, en su reciente viaje —exactamente el día anterior— había sido burlado por una camarera de la Compañía cuando, al enterarla por señas, puesto que ignoraba su idioma, de que le dolía la cabeza, aquélla no tuvo otra ocurrencia que obsequiarle una vulgar pastilla de menta y después retirarse a dormir, abandonando a sus pasajeros. Y también agregó el Gerente que, luego de una rápida investigación, la Empresa había llegado a la conclusión de que la empleada irresponsable era yo y que, por ende, debería pagar las consecuencias por haber ultrajado al ilustre escandinavo.

Todo me pareció tan gracioso y ridículo que mil pensamientos acribillaron mi mente. El sádico de Max se había burlado siempre de mí y, sin embargo, no me importaba. Todo quedaba tan atrás... La felicidad me desbordaba y entonces comencé a reír, así, allí, en la cara del Gerente. Después y, ante su estupor, salí corriendo.

No quise detenerme ante nadie, pese a los gritos de la gente de Personal y Contaduría que había en los pasillos. Todo iba quedando atrás, encerrado en la jaula de oro.

Y yo quedaba desvinculada, independizada, destiranizada, a mis anchas, excarcelada ¡libre!

Al fin.

TERESA CABALLERO

Marzo 2009

POETAS DE INTERNET

A los dos días de la muerte de Mercedes Sosa, muchos recibimos este mail.

El dolor y el homenaje han sido tan bien expresados, que podemos hacer nuestro el poema para recordar a la artista enorme que pudimos disfrutar.

D.C.

Mercedes Sosa: canta para no morir

Para no morir, canta Mercedes su canto en lugares lejanos de nuestra memoria.

Canta en un disco negro y redondo, de esos que ya no existen. La pasta, la púa, la voz de la Negra. hacen un agujero en los sentidos. Perfora la Negra nuestro cansancio, nuestras derrotas, nuestra desmemoria. Rompe la tarde su voz, hasta el eco de ayer.

Canta desde el vinilo para dormir al negrito, para despertar a la negrita. Canta a los antiguos dueños de las flechas, a la luna tucumana, a run run que fue pal norte, a su hermana la libertad. Canta y protesta. Canta y enamora. Canta y baila. Canta lo que cuenta.

Canta la Negra zambas y sambas; tangos y vidalas; chacareras y carnavalitos; himnos y oraciones. Canta violetas, zitarrosas, victorjaras y atahualpas.

Cantando rockea y rapea; folklorea y milonguea. Todo canto canta la Negra para no morir.

El escenario en el que reina, es territorio recuperado para los cantores y cantoras que no callan, para quienes hacen rebeliones, para quienes se siembran en la tierra su esperanza, o navegan sin rumbo, como lo hace el tiempo en el destiempo. Todas las voces todas caben en su poncho.

Muere cantando la Negra. Muere en su costado más humano. Muere porque no quiere ser eterna. Muere porque no es una diosa. Muere porque su canto ancho e intenso, es más grande todavía porque es definitivamente humano. Definitivamente humana es la Negra. Y su magia, su encanto, su forma de enamorarnos para siempre, nace precisamente de esa manera vulnerable de ser fuerte, de esa ternura guardada en un golpe de bombo. De esa inasible y valiente fragilidad. En su voz que se perdía cuando la lejanía le rajaba el alma.

Recuerdos. La Negra cantando en los fogones de los 70. La Negra cantando entre la policía que intenta desalojar al teatro en plena dictadura. Una canción tras otra dispara la Negra contra los oficiales de la muerte. Todos pedimos y ella dispara. La carta. La Negra cantando en el exilio como la cigarra. La Negra volviendo gigantesca, enorme. Crecida por el dolor y el amor. Acunada nuevamente por su pueblo.

Cuando la Negra canta, cuesta entender que tanto canto pueda nacer de un solo cuerpo. Que en un grito puedan entrar nuestros muchos gritos. Y que

aquel cuerpo monumental, que parece agotado, comience a levantarse de su asiento, para bailar, encendiendo nuestras emociones, ardiendo nuestro fuego.

Canta la Negra de una manera que conmueve, evoca, decide, entusiasma, duele, esperanza, alegría, abriga, anima, sostiene. Canta como quien cuenta un continente. El canto que la Negra canta contiene un territorio, un pueblo, una revolución, un camino, un poema, una caricia, un lamento, una esperanza.

Cuando tenga la tierra.

Mercedes canta su canto como quien conoce todos los secretos de la vida y de la muerte. Morir con su canto no es morir, pienso cuando vivo con su canción.

Mercedes muere su canto para no morir, para sí vivir. Vida y muerte canta la cantora desde las resistencias de todos los tiempos.

La Negra es Juana Azurduy en el Alto Perú, es Rosarito Vera, la maestra argentina, es Alfonsina la poeta, es la gringa chaqueña. Y soy yo, y sos vos, y somos todas las mujeres argentinas que no queremos volvernos sombra.

Mercedes es luz, y se queda. Abre sus brazos y se vuelve historia. Yo. Maldigo del alto cielo la hora en que se calla su canto.

Cierro los ojos. La Negra regresa con su poncho rojo hasta el piso. Golpea su bombo. Llega la Negra cantando. Canta para no morir. Su voz es contraseña

cuando con Amor nos pide: no te entregues corazón libre, no te entregues. Y sí, no nos entregamos. Todavía luchamos.

Nuestros cuerpos duelen guitarras antiguas, mientras la gente te despide como puede. Te despide cantando. Dicen que tu voz se arrulla en los fogones de Honduras, de Guatemala, de Colombia, de Brasil, de Venezuela, de Chile. Y de todita la Argentina, desde el Jardín de la República hasta Animaná, desde Balderrama hasta la Patagonia. Cantamos llorando y lloramos cantando la despedida. Te vamos a extrañar. Te vamos a pedir, como tantas veces, con todas las voces, todas: "Una más y no jodemos más".

Una más Negra. Cantá con nosotros. Cantá para no morir.

Mercedes Sosa, cantora de América. Hasta el canto libre. ¡siempre!

Claudia - Octubre 2009



Impreso en la imprenta del
Colegio de Abogados de San Isidro.
4743-4947

Noviembre de 2009

