



*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:	Jorge Luis Zunino
Vice-Presidente Primero:	Luis Alberto Ruiz Díaz
Vice-Presidente Segundo:	Irma Edith Carnero
Tesorero:	María Daniela Ferenc
Protesorero:	Gustavo Halbide
Secretaria:	Marta R. M. Ricci
Prosecretario:	Gualberto Arturo Baistrocchi
Vocales Titulares:	María Cristina Argüelles Roger Andre Bialade Alina Bítbol Roberto Osvaldo Borserini Delma Cabrera Luis María Codeglia Leonardo Gabriel Pitlevnik
Vocales Suplentes:	María Coelho Clarisa Moris Antonio Manuel Vázquez

ÓRGANO DE FISCALIZACIÓN:

Miembros Titulares:	Diana B. Bocaccio de Pincardini Claudia Artola
Miembro Suplente:	Graciela Beatriz Vega

Dirección:

Delma Cabrera
Leonardo G. Pitlevnik

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.

EDITORIAL

Nos reencontramos en este número cinco de la revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios de San Isidro, para ofrecer nuevamente a nuestros lectores material de doctrina y jurisprudencia, además de nuestra acostumbrada sección Los Libros.

En esta oportunidad tenemos el agrado de contar con un invitado de honor como lo es el Dr. Norberto Spolansky, titular de Derecho Penal de Universidad de Buenos Aires y de Derecho Penal Económico de la Universidad de Belgrano, quien nos ha hecho llegar un trabajo titulado “Ebriedad e Imputabilidad”, relativo a la aplicación del art. 34 inc. 1° del C.P..

El lector podrá abordar también en este número trabajos en materia civil y de familia. Así, publicamos en primer lugar una propuesta en relación al cumplimiento del régimen de alimentos; un estudio de derecho procesal civil, con particular referencia al proyecto de reforma del Código bonaerense, el llamado “proceso urgente” y los institutos de tutela anticipatoria y medidas de efectividad inmediata.

Publicamos todas las conclusiones de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil llevadas a cabo en Santa Fe, entre el 25 y 27 de septiembre de 1.999, que descontamos interesarán a los colegas del fuero en particular y a todos los lectores en general, porque en varias de las comisiones se hizo especial comentario y estudio del último Anteproyecto de Código Civil y Comercial (Dec. 685/95).

El lector podrá asomarse además a cuestiones de ejecución penal, a partir de un trabajo dedicado al análisis de la aplicabilidad de la ley nacional 24.660 tanto a penados como a procesados y su vigencia en todas las jurisdicciones del país.

Publicamos, asimismo, jurisprudencia sumariada de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro e intentamos iniciar un camino similar en materia penal, esta vez, con una selección de sumarios de fallos dictados por la Sala II de la Cámara de Apelación y Garantías departamental, que esperamos ampliar en el futuro a toda Alzada en la materia.

Por el interés especial que reviste un fallo dictado en una causa iniciada ante un Juzgado de este Departamento Judicial en materia de daño moral e impugnación de paternidad que ha tenido resolución definitiva ante la Suprema Corte de Justicia Provincial, publicamos los textos completos de las sentencias dictadas en las tres instancias. Así iniciamos una nueva sección, “Las Sentencias”, anticipada en el número anterior.

Cerramos, como es habitual, con la sección Los Libros, con algo de poesía y comentarios.

Cumplidos ya dos años desde la aparición del primer número de nuestra publicación, al igual que en las oportunidades anteriores, reiteramos nuestra invitación a todos a participar en la revista del Colegio, un espacio que intentamos pueda servir para el encuentro y el debate.

La Dirección.

ÍNDICE

1.	<u>EBRIEDAD E IMPUTABILIDAD</u> <i>Norberto Eduardo Spolansky.....Pág.</i>	9
2.	<u>ALIMENTOS:ALGUNAS PROPUESTAS PARA SU CUMPLIMIENTO. LA APLICACIÓN DE DAÑO MORAL, DAÑOS PUNITIVOS, ASTREINTES Y LA TEORÍA DE LAS CARGAS PROBATORIAS.</u> <i>Augusto Roberto SobrinoPág.</i>	17
3.	<u>EL PROCESO URGENTE</u> <i>Enrique E. Pigni.....Pág.</i>	43
4.	<u>XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL</u> <i>Conclusiones.....Pág.</i>	49
5.	<u>ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EJECUCIÓN PENAL. REFERENCIA A LA LEY DE EJECUCIÓN PENAL BONAERENSE.</u> <i>Paula Gorsd.....Pág.</i>	67
6.	<u>JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA CIVIL</u> <i>Delma Cabrera / Marta R.M. Ricci.....Pág.</i>	89
7.	<u>JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA PENAL</u> <i>Adriana Ernaga / Fernanda Venca.....Pág.</i>	113
8.	<u>LAS SENTENCIAS</u> <i>Introducción. Textos completos.....Pág.</i>	121
9.	<u>LOS LIBROS</u>Pág.	143
10.	<u>SERVICIOS</u>Pág.	147

EBRIEDAD E IMPUTABILIDAD

Autor: Norberto Eduardo Spolansky

Profesor Titular Derecho Penal (UBA) – D. Penal Económico(UB)

0.- En este trabajo me propongo analizar las reglas jurídicas que generalmente se usan en los Tribunales de Justicia para resolver la situación de quien voluntariamente se incapacita, por ejemplo: pensemos el caso del que bebe licor más allá de lo que corresponde para mantenerse en estado de equilibrio, y luego, en un estado de perturbación psicológico, comete un hecho que la ley previamente ha establecido como delito. Tomaré en cuenta la regla que sobre el punto existe en la República Argentina, como estímulo normativo para las reflexiones que siguen.

1.- El Código Penal prescribe que no debe ser penado quien “no haya podido en el momento del hecho...por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho *no imputable*, comprender la criminalidad o dirigir sus acciones” (art.34, inc.1). La expresión “no imputable” ¿califica sólo a “error o ignorancia de hecho”, o también a “estado de inconciencia”?

2.- Quien intente defender la tesis que el autor del hecho no debe responder por lo que hizo, intentará demostrar que él se encontraba en un estado de inconciencia que le impidió dirigir sus acciones.

Sin embargo, pronto podrá advertir que es posible que su pretensión no quede satisfecha, ya que deberá solucionar el problema que se presentó al analizar el interrogante formulado en el punto “9”, a saber: ¿basta que el estado de inconciencia impida dirigir las acciones, o es preciso, además, que ese estado de inconciencia no le sea imputable al agente?

Adoptar una solución presupone haber resuelto el problema que formulé al comenzar este punto “C”, y con ello adoptar la regla presupuesta y no explicitada para ser aplicada al caso planteado.

3.- Es posible pensar que lo acaecido en ese preciso momento, fue ajeno a su voluntad por haberse encontrado en un estado de perturbación mental o de inconciencia, en el sentido del art. 34, inc.1º, del Código Penal, que no le permitió dirigir sus acciones.

Esta línea argumental sostiene que cuando el autor lesionó, por ejemplo, a los transeúntes se encontraba en un estado de inconciencia tal que no le permitió dirigir sus acciones; entonces, se afirmaría con esta visión que lo acaecido en ese preciso momento fue ajeno a su voluntad.

En cambio, otra manera de pensar el caso consiste en admitir que el agente actuó en estado de inconciencia y el hecho le es reprochable, porque esa

inconciencia distó de ser fortuita o accidental cualesquiera fueran las razones que lo movieron al autor a llevar a cabo el tratamiento, la inconciencia soportada le fue imputable.

Desde esta perspectiva no basta que el agente en el momento del hecho se haya encontrado en estado de inconciencia que le haya impedido dirigir sus acciones; es preciso, para excluir la imputación de la pena, que ese estado de inconciencia no le sea imputable.

4.- (a) Hay dos interpretaciones de la ley que coinciden en un punto, a saber: el estado de inconciencia es una condición relevante para decidir la suerte del acusado cuando le haya impedido dirigir sus acciones.

(b) Difieren, en cambio, en este otro aspecto: la primera interpretación considera que el estado de inconciencia es condición suficiente para excluir la imputación de la pena, ya que dicho estado hace que “lo acaecido en ese momento sea ajeno a la voluntad”.

En cambio, la segunda interpretación, si bien reconoce que en ese estado se altera la voluntad, requiere, además, para excluir la sanción retributiva, que no se haya llegado a ese estado de incapacidad por un acto imputable.

Como se ve con claridad, se diferencia en esta última línea interpretativa entre el acto realizado en estado de inconciencia por una parte y, por la otra, el acto anterior por el cual el agente se puso en estado de incapacidad.

5.- Por cierto que estas diferentes interpretaciones traen soluciones o consecuencias jurídicas distintas para una misma clase de hechos.

Para tratar de saber cuál de las dos alternativas es la que se debe elegir, se hace preciso exhibir los argumentos en que se fundan cada una de ellas.

Es necesario partir del significado de las palabras de la ley: no se pena a quien “por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable (no haya podido en el momento del hecho) comprender la criminalidad o dirigir sus acciones”.

La ley requiere que el estado de inconciencia lo haya padecido el agente en el momento del hecho.

La expresión “en el momento del hecho” alude al hecho típico, es decir, al hecho que está prohibido bajo amenaza de pena por la ley. Así, por ejemplo, y en relación a la figura de lesiones, el autor, en el momento que lesiona a otro, tiene que padecer el estado de inconciencia que le impida dirigir sus acciones para que pueda excluirse la pena.

(1) Amado Alonso y Pedro Enrique Henríquez Ureña: “Gramática Castellana, Segundo curso”, Ed. Losada, 25ª Edición, pag.73.

Es posible pensar que la expresión “no imputable” sólo califica a “error o ignorancia de hecho”, ya que se usa el calificativo en singular (no imputable), y no en plural (no imputables). Si se hubiese querido que la ley calificara también a “estado de inconciencia”, en el lenguaje de la ley se debió haber dicho “no imputables”.

Este argumento no es concluyente. Ej: una ley regula el régimen de los extranjeros y prescribe: “la mujer o el hombre extranjero deberá presentar cada seis meses una declaración jurada ante la autoridad policial dando cuenta de su domicilio al momento de la declaración”.

En la norma que he transcripto, la expresión “extranjero” califica a “hombre” y también a “mujer”. Ello así resulta del contexto lingüístico en que aparece, a saber: como parte de una expresión en la que se regula el régimen de los extranjeros. A pesar que califica tanto a “mujer” y “hombre”, la expresión calificativa se encuentra en singular. Esta, por otra parte, es también la forma en que la expresión “no imputable” es usada en la ley para referirse tanto a “ignorancia” como a “error”.

Para advertir el problema que aquí se plantea, es preciso tener presente que cuando el adjetivo sigue a los sustantivos y todos ellos son singulares y de diferente género, el adjetivo ha de concordar con el último o se pone en plural masculino¹.

Pues bien, la regla de construcción del lenguaje nos ofrece dos modos posibles, pero con ello una ambigüedad, ya que el uso de uno de ellos nos suscita la duda de si el calificativo se refiere sólo al último sustantivo (ignorancia o error) o también a todos los que le preceden (estado de inconciencia).

6.- Esto muestra, pues, que en la frase en cuestión se nos plantea una ambigüedad de carácter sintáctica. La ambigüedad consiste en que, aun cuando sepamos el significado de cada uno de los términos que componen el enunciado, no podemos decir, de manera concluyente, cuál es el sentido actual de la expresión por la equivocidad de la relación sintáctica. Usando las reglas sintácticas no podemos dar una decisión definitiva.

7.- Un argumento, quizás más fuerte, para defender la primera alternativa presentada en este trabajo, consiste en afirmar que la regla del Código Penal que estoy analizando exhibe en su construcción una característica que permitiría sostener que la expresión “no imputable” sólo califica a “error o ignorancia de hecho”.

En el texto hay una coma que separa la expresión “inconciencia” de “error o ignorancia de hecho imputable” y, como es manifiesto, falta esa coma antes de la expresión calificativa “no imputable”. Si se hubiese querido extender la calificación a “estado de inconciencia”, entonces debió haberse formulado la prescripción de este modo: “no es punible el que...por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho, no imputable...”

Este argumento es, por cierto, serio. Sin embargo, hay un inconveniente para aceptar esta crítica. La ausencia de esa fórmula clara no implica la presencia de otra fórmula con significado claro; precisamente, en el caso que estoy estudiando la ambigüedad proviene de que la fórmula utilizada permite ser entendida en más de un sentido.

8.- Se puede ofrecer una reinterpretación desde esta otra perspectiva: el texto de la ley ha sido escrito de manera tal que se enumeran hipótesis diferentes que, en caso de impedir al autor dirigir sus acciones, excluirán la imputación de la pena.

Cada una de ellas aparece enlazada y prenunciada por la expresión “por”.

9.- Veamos, nuevamente, el lenguaje de la ley, de acuerdo a esta versión.

No se debe penar a quien no haya podido en el momento del hecho “ya sea:

- a) por insuficiencia de sus facultades,
- b) por alteraciones morbosas de las mismas, o
- c) por estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad o dirigir sus acciones”.

En la presentación que he hecho, se advierte que el término “por” enlaza cada una de las hipótesis que se vinculan disyuntivamente entre sí, pues la frase comienza con “ya sea:

En a) se da el caso de la insuficiencia de las facultades.

En b) el de las alteraciones morbosas de las mismas.

En c) hay un conjunto de casos diferentes, a saber: estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable.

10.- Leída así la fórmula legal, se puede considerar que el calificativo “no imputable” se refiere a todos los casos del conjunto c), el cual está constituido por tres casos vinculados disyuntivamente entre sí.

Esta interpretación parece razonable. Sin embargo, es sólo aparentemente razonable. Si la ley sólo prescribiese que se ha de excluir la pena únicamente cuando el autor en el momento del hecho no ha podido dirigir sus acciones por “su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputable”, el intérprete nuevamente podría volver a preguntarse: el calificativo “no imputable” ¿se refiere a error o ignorancia, o también a inconciencia?

11.- Hemos llegado a un punto en el cual se nos presentan varias

interpretaciones posibles. Debemos elegir. El intérprete debe elegir y esa elección será el resultado de haber adoptado un criterio. Sin embargo, esto no basta. Para que el criterio que se use no sea arbitrario, ha de ser fundado en razones que tengan en cuenta que se trata de elegir un criterio para poder saber qué manda el derecho, es decir, qué significado tiene, en el caso, el lenguaje prescriptivo creado por el legislador.

12.- Creo que es adecuado tener presente un dato que por ser obvio no deja de ser relevante, a saber: que el derecho no es un fin en sí mismo, sino que es un instrumento que los hombres han creado para regular la vida en el mundo social. Esa regulación que no promete premios sino privaciones cuando se violan sus reglas, ha sido creada por el hombre para proteger bienes jurídicos. Entonces, en casos como el que estoy analizando, un criterio razonable para elegir es tener en cuenta las *consecuencias o soluciones* jurídicas que una determinada interpretación implica, y verificar en qué medida ella constituye una adecuada y efectiva protección del bien jurídico de que se trata.

13.- Si adoptamos la interpretación según la cual la expresión “no imputable” no califica a “por su estado de inconciencia”, entonces quien se autoincapacita, por ejemplo, intencionalmente para lesionar luego a un tercero, no podría, luego con el texto de la ley así leído ser castigado. Su defensor podría sostener, coherentemente, que en el momento del hecho, según establece la ley, se encontraba en estado de inconciencia y que ella era de tal intensidad que le impidió dirigir sus acciones.

En cambio si sostuviésemos la tesis que la expresión “no imputable” también califica el pasaje “por su estado de inconciencia”, en el caso del que se autolimitó podríamos sostener que la incapacidad se debe juzgar tomando en cuenta si ella es o no imputable al agente.

14.- Desde esta perspectiva podemos advertir que si usamos el camino que nos ofrece la primera interpretación, entonces la protección de los bienes jurídicos queda irrazonablemente debilitada, pues quien maliciosamente se autoincapacita para lesionar a otro ser humano, podría argumentar, así las cosas, que no debe responder, pues en el momento del hecho no era imputable.

La desprotección de los bienes jurídicos convertiría al derecho penal en un mero juguete burlón, ya que una manera fácil de evitar la pena sería cubrirse voluntariamente de una incapacidad que el mismo autor provoca para cometer luego un hecho que la ley no quiere que se cometa.

Por esa razón parece preferible elegir la segunda interpretación, es decir, la que considera que “no imputable” también califica a “por su estado de inconciencia”.

De este modo se logra una protección más intensa y razonable de los bienes jurídicos.

15.- Por otra parte, no se advierte qué diferencia existe entre quien usa un instrumento para lesionar a otro ser humano, y quien voluntariamente convierte a su cuerpo en un instrumento incontrolado para lesionar a una persona.

De acuerdo a los criterios vigentes, lo relevante es que alguien utilice voluntariamente su cuerpo para cometer un hecho prohibido y lo haga culpablemente. Lo mismo da que alguien viole la ley usando un instrumento mecánico o que lo haga convirtiendo a su cuerpo en un instrumento incontrolado, total o parcialmente, por un acto voluntario previo.

En ambos casos se deberá juzgar al agente por lo que hizo cuando era capaz, ya que en este instante se encuentra la acción humana que es condición desencadenante del resultado que luego se produce, y el derecho juzga a los hombres por lo que hacen, es decir, por sus acciones, no por lo que les pasa; salvo, claro está, que lo que luego les suceda sea una consecuencia causal de una acción anterior y culpable.

De este modo, la acción anterior al hecho típico tiene un “status” normativo determinado, a saber: se trata de un acto prohibido. Ello así resulta si se advierte que también respecto de ese acto anterior ofrecemos excusas y sólo nos disculpamos de actos que están prohibidos. Esta última prohibición deriva de una norma dependiente, de acuerdo a la actual fórmula del Código Penal con la interpretación que aquí se defiende. Sin embargo, es preciso tener presente que esa norma es dependiente o accesoria, ya que se trata de una regla de la parte general que sólo es relevante a los fines penales, en conjunción con cada una de las normas presupuestas en los tipos previstos en la parte especial ².

16.- Por esa razón, al que lesiona a otro en estado de incapacidad, estado al que se llega como consecuencia de una acción previa, deberá juzgársele como capaz si lo era al momento en que se puso en condiciones de incapacitarse, y será culpable del resultado que luego se produce, si en ese primer instante, es decir, en el de su acción anterior, y se le debía jurídicamente exigir, de acuerdo al derecho positivo y no a los sentimientos del juez, que actuase de manera diferente a como lo hizo ³.

⁽²⁾ Spolansky, Norberto Eduardo: “El Castigo del Acto anterior al Hecho Prohibido”, Sección B del presente trabajo. Un análisis distinto puede leerse en R. Zaffaroni “Tratado de Derecho Penal IV”.

⁽³⁾ Esta es la idea que se ha adoptado en el fallo plenario de la Cámara Crim.y Correcc.de la Cap.Fed.en el caso decidido el 13/8/64: “Excepto los casos de ebriedad patológica y de alcoholismo crónico en que la imputabilidad del agente puede estar excluída si se halla en alguna de las situaciones previstas en la última parte del inc.1º, parr.1º del art.34 C.P: el que delinque en estado de ebriedad completa y voluntaria es imputable por mandato de la citada norma que se inspira en el principio de las “acciones liberas in causa”; no obstante ello, y

17.- El criterio que he adoptado en el problema planteado, es decir, elegir la interpretación que por sus consecuencias jurídicas protege razonablemente de manera más intensa el bien jurídico protegido es, precisamente, la regla que la Corte ha seguido en más de una oportunidad. Así ha establecido, haciendo suya la opinión del Procurador General, que “la consideración de las consecuencias que derivan de una interpretación de la ley constituye uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad y su congruencia con el resto del sistema a que está incorporada la disposición que se trata de aplicar” ⁴.

18.- Reconocer que el uso de la doctrina de la actio liberae in causa implica, como es obvio, que no sólo existe la norma que prohíbe matar a otro dolosa o culposamente, sino que ella tiene una extensión más amplia, y que cubre al acto anterior por el cual el agente se autoincapacita. La existencia de esa norma depende de cada derecho positivo y he ofrecido las razones por las cuales se puede reconocer la existencia de dicha norma en el derecho penal argentino ⁵.

De esta manera he traducido las implicancias de la doctrina analizada y he dado razones para la reconstrucción de ella con fundamentos derivados del análisis del derecho vigente.

según las probanzas de cada caso, puede no ser culpable por el delito cometido en dicho estado o serlo a título de dolo o de culpa, si las respectivas circunstancias psicológicas que integran una u otra forma de culpabilidad concurren en su conducta al tiempo en que se embriagó” (Segura, Néstor. Ver, en especial, los votos de Frías Caballero, Millán Cabral y Prats Cardona, que ofrecieron argumentos diferentes en relación al tema materia del plenario), J.A. 1964-V-369. Sobre este punto, ver también C. Creus: Derecho Penal P.G., Ed.Astrea, pags. 218 a 223.

⁽⁴⁾ “Fallos 295-1001”. Este criterio que defendió el Dr.Elías Guastavino, como él mismo lo destaca, es el que presentó el Dr.Sebastián Soler como Procurador General de la Corte en “Fallos 234-482” o J.A. 1956-III-136.

⁽⁵⁾Las ideas centrales de este trabajo las expuse en dos ocasiones. En primer término, en “El castigo del acto anterior al hecho prohibido” y en segundo término, en “Inconciencia no imputable”.

**ALIMENTOS: ALGUNAS PROPUESTAS PARA SU CUMPLIMIENTO.
LA APLICACIÓN DE DAÑO MORAL, DAÑOS PUNITIVOS, ASTREINTES
Y LA TEORIA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS**

Autor: Augusto Roberto Sobrino

Sumario:

- .1) Introducción.-
- .2) La importancia del tema.-
- .3) Alimentos: su incumplimiento.-
- .4) Prueba.-
- .5) Daño Moral.-
- .6) Daños Punitivos.-
- .7) Astreintes.-
- .8) Síntesis.-
- .9) Colofón.-
- .10) Conclusiones personales.-

.1) Introducción:

.1.1) El tema que nos ocupa, se encuentra -necesariamente- enmarcado dentro de la sociedad 'postmoderna' que nos ha tocado vivir (o, en lo que algunos autores han denominado 'desencanto posmoderno')⁽¹⁾.-

⁽¹⁾ *HOPENHAYN, Martin; "Variaciones sobre el Nihilismo"; donde se explica que algunas de las características del 'desencanto posmoderno', son la "...impotencia del sujeto ante un orden global que lo rebasa por todos lados..." y la "...alienación en el consumo desenfrenado de imágenes y mensajes..."- Así, dentro de lo que Nietzsche había intuido como "los conflictos centrales de la modernidad tardía", puede destacarse varias facetas "...en la 'política' tensión entre la estandarización de las fórmulas de inserción global (ajuste, dolarización, reducción del Estado social, privatización, y reconversión productiva, en el mejor de los casos)"; y "...en la 'economía', la tensión entre una racionalización competitiva cada vez mayor para acceder con ventajas al concierto global, y la necesidad de una solidaridad extendida que contrapesa los efectos concentradores de la apertura externa y del mercado..." ; publicado en el Diario "La Nación", Sección "Cultura", pagina 3, de fecha 5 de Octubre de 1997.-*

En lo personal, no creemos que la sociedad esté en una crisis terminal, como suele sostenerse, sino -entendemos- que cada momento de la historia, tiene sus propias características (muchas positivas y otras negativas), que debemos enfrentar ⁽²⁾, con la finalidad de profundizar las primeras y tratar de modificar las segundas ⁽³⁾.-

Así pues, la cuestión relativa al hecho -lamentable- que el incumplimiento de la obligación alimentaria, sea moneda corriente en la actualidad, no implica que sea uno de los signos para demostrar que nuestra sociedad se encuentra necesariamente en decadencia; sino que se trata de una de las tantas nefastas prácticas y costumbres de estos tiempos, a la que los operadores jurídicos tenemos que tratar de encontrar soluciones jurídicas adecuadas; y -en los casos que correspondan- sancionar ejemplarmente a quienes no cumplan con sus obligaciones (especialmente de padres).-

.2) La importancia del tema:

Ser padres, es quizás el hecho más *trascendente* que una persona puede llegar a realizar en este mundo.- Y, si bien ello, implica una gratificación personal de grado sumo, también acarrea -como cara y ceca de una misma moneda-, una serie de 'obligaciones' de gran importancia, que no pueden ser olvidadas, bajo ningún punto de vista.-

Con relación a las distintas obligaciones de los padres, y teniendo a la vista las limitaciones del presente trabajo, seguidamente nos ocuparemos de una sólo de ellas: **la obligación alimentaria**.- ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾

⁽²⁾ Ver: SAVATER, Fernando; "Ética para Amador", cuando el Profesor Vasco le enseña a su hijo que "...no hagas caso de quienes te digan que el mundo es políticamente invivable, que está peor que nunca, que nadie puede pretender llevar una buena vida (éticamente hablando), en una situación tan injusta, violenta y aberrante como la que vivimos.- Eso mismo se ha asegurado en todas las épocas y con razón, porque las sociedades humanas nunca han sido nada 'del otro mundo', como suele decirse, siempre han sido cosa de este mundo, y por tanto llenas de defectos, de abusos, de crímenes..." , página 171, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1991.-

⁽³⁾ ORTEGA y GASSET, José; "La Rebelión de las Masas", página 56 y siguientes, donde explica que no comparte lo enseñado por Jorge Manrique, cuando sostenía "cualquier tiempo pasado fue mejor".- Ortega y Gasset, afirma que ello no es verdad, dado que "...ni todas las edades se han sentido inferiores a alguna del pasado, ni todas se han creído superiores a cuantas fueron y recuerdan..." ; agregando luego (página 108) que cuando "...la civilización más avanza, se hace más compleja y más difícil. Los problemas que hoy plantea son archiintrincados..."- Pero posteriormente, vuelca un hábito de esperanza, al determinar que "...la vida es cada vez mejor; pero, bien entendido, cada vez más complicada..." ; Editorial Planeta-Agostini, Madrid, España, 1993.-

⁽⁴⁾ Ver: VENTURA, Adrián R. - STILERMAN, Marta N.; "Alimentos", Capítulo I.-, 'La Obligación Alimentaria', página 17, Editorial Librería El Foro, Buenos Aires, 1989.-

Es más, dentro de este tópico, circunscribiremos el análisis, al *incumplimiento de la obligación alimentaria del padre, luego de la separación matrimonial*.-

Entendemos, que no se debe bucear demasiado, para resaltar la trascendencia de este tema, y las terribles consecuencias morales, materiales y espirituales, que para los niños tiene que -justamente- su propio padre, no cumpla con una de las obligaciones básicas y fundamentales.-

Por ello, es que con todo acierto, se ha enseñado que "...a las tareas de la vida temporal, ciertamente de menor importancia, preceden largos estudios y cuidadosa preparación; en cambio al oficio fundamental de educar y alimentar a los hijos poco o nada se encuentran preparados los padres..." (S.S. Pío XI, "Divini Illius Magistri") ⁽⁶⁾ ⁽⁷⁾

.3) Alimentos: su incumplimiento

Lamentablemente, nuestro país se caracteriza, por tener uno de los índices más altos de *incumplimiento de las cuotas alimentarias*.-

Si bien puede haber algunos casos excepcionales, donde el *alimentante* no cumpla, por no tener posibilidades materiales; la experiencia diaria nos demuestra que -en la gran mayoría de los casos- la cruda realidad es que: *se realizan todo tipo de maniobras -incluso dolosas- para no cumplir con la prestación alimentaria*.- ⁽⁸⁾

Y, lo peor, es que desde la perspectiva jurídica-legal, no vemos que se hayan encontrado las herramientas pertinentes, para intentar obtener una solución a este

⁽⁵⁾ Dentro de las muchísimas obligaciones que tenemos los padres, frente a nuestros hijos, existe una que merece resaltarse; dado que nuestro objetivo "...no es fabricar ciudadanos 'bienpensantes' (ni mucho menos 'malpensados'), sino estimular el desarrollo de 'librepensadores'..." (SAVATER, Fernando; "Ética para Amador", 'Aviso Antipedagógico', página 10, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1994).-

⁽⁶⁾ ALVAREZ, Osvaldo O.; "Juicio de Alimentos y un grave reflejo de una aguda crisis social familiar", publicada en "El Derecho", Tomo 170, página 87.-

⁽⁷⁾ GHERSI, Carlos Alberto; "Los Derechos Personalísimos en la Postmodernidad", en "Derecho y Garantías en el Siglo XXI", editado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Abril de 1999.-

⁽⁸⁾ Ver: "El Derecho", Tomo 171, página 455 y siguientes; donde con referencia específica a la obligación alimentaria, recientemente nuestra Jurisprudencia ha resaltado que "...es un hecho cotidiano que quienes tienen obligaciones legales que cumplir, intenten evadirlas mediante los más variados artilugios..." (Cámara Nacional en lo Civil, Sala "K", en los autos "B., E. N. y Otros c/ R., D. O. y Otro s/Alimentos", de fecha 22 de Abril de 1996).-

verdadero flagelo, para la parte más inocente de nuestra sociedad (v.gr. los niños)⁽⁹⁾

Como consecuencia de ello, es que queremos realizar este pequeño y humilde aporte doctrinario, tendiente a lograr buscar algunas medidas tendientes a lograr algunas soluciones a esta cuestión.-

4) La Prueba:

.4.1) Si bien, *'prima facie'*, puede parecer fuera del contexto de este trabajo, analizar un aspecto procesal (v.gr. el tema de la 'prueba'), nosotros entendemos que -justamente- uno de los problemas de toda la cuestión del incumplimiento de la prestación alimentaria, es que el alimentante -sencillamente- alega que no tiene medios suficientes para cumplir con su obligación⁽¹⁰⁾ ⁽¹¹⁾.-

Este es -quizás- el 'nudo gordiano' de la cuestión !!!

.4.2) A las puertas del Siglo XXI y con la evolución doctrinaria de los últimos años (donde se ha hecho hincapié, que una de las cuestiones fundamentales es: *la protección de la víctima*), no podemos tolerar comportamientos que violenten mínimas pautas de convivencia (especialmente, cuando -como en este caso- tienden a dañar en forma directa a los niños, al no cumplir con la obligación alimentaria).-

.4.3) Así pues, creemos que a esta altura de los tiempos⁽¹²⁾, no se puede tolerar la

⁽⁹⁾ Quizás, a guisa, de resumen, con respecto a las 'deudas' que tenemos todos (los mayores) con relación a los 'niños', devenga pertinente citar un breve párrafo, expuesto en el prólogo de la última obra publicada sobre el tema de la 'reparación de daños'; donde se dedica ese libro a "...las mujeres y los niños, damnificados durante siglos, por la soberbia de los hombres..." (GHERSI, Carlos Alberto; "Teoría General de la Reparación de Daños", página V.-, Editorial Astrea, Buenos Aires, Septiembre de 1997).-

⁽¹⁰⁾ MORELLO, Augusto M.; "Aspectos Modernos en materia de Prueba"; Capítulo VIII 'El mensaje del moderno proceso civil de colaboración', donde afirma que la "prueba", es "...la espina dorsal del proceso judicial justo..." , en "Revista de Derecho Privado y Comunitario" N° 13 'Prueba - I', página 135, bajo la dirección de Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1997.-

⁽¹¹⁾ Ver: MICHELLI, Gian Antonio; "La Carga de la Prueba", traducción de Santiago Sentis Melendo, parágrafo n° 62, página 358, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989.-

⁽¹²⁾ PEYRANO, Jorge W.; "Procedimiento Civil y Comercial", Capítulo I.-, Apartado I.- "El Derecho Procesal Postmoderno", página 1, Editorial Juris, Rosario, Santa Fé, 1991.-

maliciosa posición pasiva del alimentante, que niega poseer medios para cumplir con los alimentos; y -de esta manera- merced al arcaico principio de *'quien alega debe probar'*, caería sobre las madre de los niños, probar que el padre, efectivamente tiene posibilidades para dicho cumplimiento⁽¹³⁾.-

Esto es -casi- una: *prueba diabólica !!*

.4.4) Por ello, proponemos que se aplique en estos casos lo que la doctrina denomina la "*Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*"⁽¹⁴⁾, es decir, que *debe probar aquella parte que se encuentra en mejor posición fáctica y jurídica.*-⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾

Y, en el caso *sub examine*, a nadie se le puede escapar que: *es el propio padre -incumplidor del pago de la obligación alimentaria-* y que alega que no tiene medios para abonarla, quien tendría que 'probar' -de manera fehaciente y acabada- que no tiene medios materiales.-⁽¹⁷⁾ ⁽¹⁸⁾

⁽¹³⁾ GHERSI, Carlos Alberto (Director) - ACKERMAN, Mario E. - AVILA, Juan J. - MUGUILLO, Roberto A. - DIEZ, Fabiana - HISE, Mónica - LOVECE, Graciela - LUPETTI, Gustavo - PETRONE, Aldo - ROSSELLO, Gabriela - SOBRINO, Augusto Roberto - TOSTI, Silvia - WEINGARTEN, Celia - YANNADUONI, Graciela; "Teoría General de la Reparación de Daños", Capítulo III.- 'Elementos específicos de las distintas vías de acceso a la reparación del daño; Subcapítulo .a) Responsabilidad Subjetiva; Sección .3) 'Culpabilidad'; parágrafo n° 51 'Problemática de la Prueba. Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas', página 129, donde sosteníamos que: "...La 'prueba' (de la culpa), no es una cuestión menor, en el sentido que no tiene gran importancia para el derecho; sino que -por el contrario- posee una gran significación, puesto que si por un tema de índole procesal, no se puede llegar a resolver una cuestión de fondo, evidentemente no hemos llegado a cumplir la finalidad fundamental del Derecho: hacer justicia..."; Editorial Astrea, Buenos Aires, Septiembre de 1997.-

⁽¹⁴⁾ SOBRINO, Augusto Roberto - YANNADUONI, Graciela; "Responsabilidad del Productor de Seguros", en "Responsabilidad Profesional", bajo la Dirección del Dr. Carlos A. Ghersi, Tomo II.-, parágrafo n° 81 "Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas", página 148 y siguientes, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.-

⁽¹⁵⁾ PEYRANO, Jorge W.; "Procedimiento Civil y Comercial", Tomo I.-, Capítulo IV.- 'Temas relacionados con la materia probatoria', Acápito XIII.- "Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas", página 75, Editorial Juris, Santa Fé, 1991.-

⁽¹⁶⁾ LORENZETTI, Ricardo Luis; "Teoría General de la Distribución de la Carga Probatoria", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario" N° 13, "Prueba - I"; bajo la Dirección de Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe, página 86, Punto .2) 'La flexibilización: Teoría de las Cargas Dinámicas'; Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fé, 1997.-

⁽¹⁷⁾ BORDA, Guillermo A.; "Tratado de Derecho Civil - Familia", Tomo II.-, parágrafo n° 1.224 'Prueba: Informe de Réditos', página 427, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1977.-

⁽¹⁸⁾ Ver: DE LOS SANTOS, Mabel Alicia; "Algo más acerca de las Doctrina de las Cargas

.4.5) Nótese, que con esta postura que proponemos, no va a bastar que -casi irónicamente- el padre -sólo- diga: ‘no puedo pagar’; sino que -ahora- va a tener que probar de manera puntual, clara y específica, *porqué no puede abonar la cuota alimentaria.*- (19)

Es más, va a tener que probar, porqué antes -cuando estaba casado- tenía medios económicos para alimentar a sus hijos -y ahora ya no los tendría- (20); como hace él mismo para vivir; de dónde obtiene los medios para no morir de hambre, y *-también- va a tener que explicar, porque pudiendo él sobrevivir (?), no ha podido entregar siquiera un porcentaje de dichos medios, para los ‘alimentos’ de sus hijos.*- (21) (22)

Deviene importante, resaltar la opinión de **Bossert**, quien al respecto enseña que

Probatorias Dinámicas”, publicado en “*Doctrina Judicial*”, de fecha 13 de Abril de 1994, página 22.-

(19) PEYRANO, Jorge W.; “*Desplazamiento de la Carga Probatoria.- Carga Probatoria y Principio Dispositivo*”, publicado en “*Jurisprudencia Argentina*” N° 5.839, de fecha 28 de Julio de 1993, página 2 y siguientes.-

(20) PEYRANO, Jorge W.; “*Procedimiento Civil y Comercial*”; Tomo I.-, página 78, “*La Carga Probatoria y el orden normal de las cosas*”, donde explica que “...constituye regla que a falta de prueba, debe suponerse que los hechos han acaecido conforme a lo normal y regular en la ocurrencia de las cosas...”, Editorial Juris, Rosario, Santa Fé, 1991.-

(21) Recientemente, nuestra Jurisprudencia, ha resuelto que “...Tratándose de un adulto sano, el alimentante se encuentra jurídica y éticamente obligado a hacer todos los esfuerzos que fueren menester para cumplimentar el deber natural y legal impuesto por la paternidad libremente asumida. Aceptar lo contrario, importaría aceptar que bastaría que el obligado al suministro de alimentos adoptara una postura pasiva, renuente al desempeño de cualquier actividad laboral o renunciara a la que ejerce, para eximirlo de responsabilidad.- Agregándose luego que “...El alimentante debe realizar todos los esfuerzos conducentes a obtener los ingresos necesarios para cumplir con los deberes que la ley establece en la enumeración que contiene el Art. 267 del Código Civil, o responder patrimonialmente, sin que pueda escudarse en la carencia de ingresos, que muchas veces son de dificultosa o imposible determinación...” (Cámara Nacional en lo Civil, Sala “K”, en los autos “*B., E. N. y Otros c/ R., D. O. y Otro s/ Alimentos*”, de fecha 22 de Abril de 1996; publicado en “*El Derecho*”, Tomo 171, página 455 y siguientes).-

(22) Con relación a esta cuestión de la prueba del alimentante, la Jurisprudencia, ha establecido que “...la prueba rendida en la causa es muy escasa, contándose solo con la Testimonial y la Instrumental, aportada por la actora, mientras que el quejoso ninguna actividad procesal ha desplegado para demostrar, aunque fuere de manera indiciaria, sus ingresos y su situación económica...”.- Agregando luego que “...en este contexto, la suerte de la queja será adversa para el apelante, pues no ha cumplido con la elemental carga de acreditar los hechos invocados en defensa de su interés en la causa...” (Cámara Nacional Civil, Sala “A”, en los autos “*K., H. N. c/S., M. s/Alimentos*”; publicado en “*El Derecho*”, Tomo 170, página 89).-

“...en este tipo de juicio, en los que se trata de demostrar hechos y circunstancias de la realidad que el demandado puede, a veces, fácilmente ocultar, **cada parte está obligada a aportar la prueba que está en mejores condiciones de producir**, del mismo modo que, uniformemente, se lo reconoce respecto de los juicios de simulación...” (23)

.4.6) Es decir, de hecho, se va a producir una *inversión de la carga probatoria*, en virtud de la cual, si el padre no demuestra porque no le pasa alimentos a sus hijos, se va a tener que resolver judicialmente, que no cumple porque *maliciosamente no quiere pagar los alimentos* (y no -como normalmente se presume en la actualidad- porque no puede); acareando ello las pertinentes consecuencias legales, en la acción por “*daño moral*” y la aplicación de “*astreintes*”.-

.4.7) La propuesta referida a las ‘*Cargas Probatorias Dinámicas*’, ha sido aceptada y avalada, en diversos congresos y jornadas jurídicas; proyectos de reforma del Código y la Jurisprudencia.-

Así, en importantes encuentros científicos, también se ha aprobado la “*Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*”, estableciendo que con esta postura, se hace “...recaer el ‘*onus probandi*’ sobre la parte que esta en mejores condiciones profesionales, técnicas o facticas para producir la prueba respectiva...” (“**XII Congreso Nacional de Derecho Procesal**”, realizado en Río Hondo, Santiago del Estero, del 19 al 22 de Mayo de 1993) (24)

En la misma senda, se encuentra el “**Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1993**” (redactado por Aída Kemelmajer de Carlucci; Augusto C. Belluscio; Eduardo Zannoni; Julio C. Rivera; Salvador Bergel; Federico Videla Escalada y Sergio Le Pera), donde en el **Art. 1.554**, se establece que: “*Salvo disposición legal en contrario, la carga de acreditar los hechos constitutivos de la culpa y los demostrativos de la no culpa, pesa sobre ambas partes; en especial, sobre aquella que se encuentra en situación más favorable para probarlos*”.-

(23) **BOSSERT, Gustavo A.**; “*Régimen Jurídico de los Alimentos*”, Capítulo VII ‘*Monto de la Cuota*’, Sección .b) ‘*La Prueba de las posibilidades económicas del alimentante*’, parágrafo n° 452, “*Carga Probatoria del Demandado*”, página 418 (la letra **negrita**, es nuestra), Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.-

(24) Ver: “*Jurisprudencia Argentina*” N° 5.841, de fecha 11 de Agosto de 1993, página 12, donde se publican las conclusiones del “**XII Congreso Nacional de Derecho Procesal**”, realizado en Río Hondo, Santiago del Estero, del 19 al 22 de Mayo de 1993.-

Así es, que **Aída Kemelmajer de Carlucci**, ha explicado que “...este sistema probatorio carente de rigidez, se concilia con las nuevas tendencias procesales que imponen a las partes conducirse de buena fe, aportando al tribunal toda aquella prueba que las pueda beneficiar para llegar a la verdad real.- **La mejor situación puede estar fundada en razones técnicas, económicas, jurídicas, etc.**- Adviértase que esta norma, a diferencia de lo que acontecía con el Art. 1.625 del Código Único de 1987, no rige solo para los profesionales liberales, sino que es un régimen general de la prueba que desiguala a los desiguales, consagrando de este modo, la igualdad constitucionalmente amparada...”⁽²⁵⁾

También, esta postura se va abriendo camino, en nuestra moderna Jurisprudencia, donde se ha sentenciado “...la carga de probar recae en el litigante que se encuentra en mejores condiciones de ofrecer y producir los elementos probatorios...” (Cámara Nacional Comercial, Sala “A”, en los autos caratulados “**Combal Luis A. c/Banco Roca Coop. Ltda.**” de fecha **29/Julio/94**)⁽²⁶⁾

En el mismo sentido, se va pronunciando la doctrina judicial de la Provincia de Buenos Aires, al determinarse que “...las cargas probatorias dinámicas, son aquellas que ponen el peso de la prueba también en cabeza de la parte que este en mejores condiciones de aportar elementos de convicción, en virtud que su situación, en principio, es de superioridad técnica con respecto a la contraparte...” (Cámara de Apelaciones en Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, en los autos “**Bollini, Miguel A. c/Ayerza, Juan**”, de fecha 16 de Septiembre de 1993)⁽²⁷⁾

Es más, **Jorge Peyrano**, explica que nuestra **Corte Suprema de Justicia de la Nación**, no se ha mantenido insensible a la ‘teoría de las cargas probatorias dinámicas’, ya que ha sentenciado que “...corresponderán mayores cargas a quien dispone de mejores posibilidades en razón a la posesión de medios idóneos de prueba...”⁽²⁸⁾

⁽²⁵⁾ Ver: **KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída**; “**La Responsabilidad Civil en los Albores del Siglo XXI (La responsabilidad en el Proyecto de reformas del Código Civil de 1993)**”, publicado en el “**Semanario de Jurisprudencia Argentina**”, N° 5.827, del 5 de Mayo de 1993, página 6, donde se enseña que “...el sistema así explicado, ha sido aplicado por la jurisprudencia nacional en otros sectores (por ej. en la acción de simulación), sin que nadie lo haya atacado por vulnerar la seguridad jurídica...”

⁽²⁶⁾ Ver: “**Combal Luis A. c/Banco Roca Cooperativo Limitado**”, publicado en “**Doctrina Judicial**”, de fecha 28 de Diciembre de 1994, página 1221.-

⁽²⁷⁾ Ver: “**Bollini, Miguel A. c/Ayerza, Juan**”, publicado en “**Doctrina Judicial**”, de fecha 13 de Abril de 1994, páginas 617/618.-

⁽²⁸⁾ **PEYRANO, Jorge W.**; “**Carga de la Prueba. Conceptos Clásicos y Actuales**”, en “**Revista de Derecho Privado y Comunitario**” N° 13 “**Prueba - I**”, bajo la Dirección de Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe, páginas 113 y siguientes, donde cita los autos caratulados “**Corones**,

.5) Daño Moral (Resarcitorio):

.5.1) Mas, únicamente con las modificaciones (respecto a la ‘prueba’) propuestas anteriormente, no creemos que sea suficiente para *inducir* al alimentante para que cumpla; sino que vamos a tener que complementarlo que con tres cuestiones más: la indemnización por ‘daño moral’⁽²⁹⁾ ⁽³⁰⁾; los “daños punitivos” y la aplicación de ‘astreintes’.-

.5.2) Sabido es, que se entiende por ‘daño moral’, a “...toda alteración disvaliosa del bienestar psicofísico de una persona, por una acción atribuible a otra...”⁽³¹⁾; y, en la cuestión que se analiza, entendemos que es uno de los casos más graves de ‘daño moral’⁽³²⁾ ⁽³³⁾, dado que **es el propio padre de los niños, quien no cumple**

Gladys c/Marval y O’Farrel”, de fecha 3/Julio/90 (publicado en el Boletín ‘La Ley’ del 27/9/90); Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fé, 1994.-

⁽²⁹⁾ **MILMANIENE, José E.**; “**El Impacto de la violencia económica en los comportamientos humanos**”, publicado en “**Pensamiento Crítico (Profesores e investigadores de Derecho Privado - Cátedra del Dr. Carlos A. Gherzi)**”, Invierno 1997, página 5, Buenos Aires, 1997.-

⁽³⁰⁾ **GHERSI, Carlos Alberto (Director) - ACKERMAN, Mario E. - AVILA, Juan J. - MUGUILLO, Roberto A. - DIEZ, Fabiana - HISE, Mónica - LOVECE, Graciela - LUPETTI, Gustavo - PETRONE, Aldo - ROSSELLO, Gabriela - SOBRINO, Augusto Roberto - TOSTI, Silvia - WEINGARTEN, Celia - YANNADUONI, Graciela**; “**Teoría General de la Reparación de Daños**”, página 67, Editorial Astrea, Buenos Aires, Septiembre de 1997.-

⁽³¹⁾ **MOSSET ITURRASPE, Jorge - KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - GHERSI, Carlos Alberto**; “**Responsabilidad Civil**”, página 242, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1992.-

⁽³²⁾ **MAZEAUD, Henri y Léon - TUNC, Andre**; “**Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual**”, Tomo I, Volumen I, página 441, parágrafo n° 315, traducción a la Quinta edición por Luis Alcalá-Zamora y Castillo (bajo la dirección y responsabilidad del Profesor Santiago Sentis Melendo), donde avalando las reparaciones por ‘daño moral’, enseñan que “...parecería chocante, en una civilización avanzada como la nuestra, que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación...” Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.-

⁽³³⁾ Con respecto a la agravación del daño moral, entendemos pertinente recordar las enseñanzas de Jorge Mosset Iturraspe, con relación a los daños derivados del Divorcio, donde no solo sostenía que “el derecho de familia no es extraño a la responsabilidad civil”, sino que “...dañar fuera o dentro del matrimonio, hacerlo a un extraño o al propio cónyuge, lejos de merecer una solución ‘privilegiada’ o eximente, debe computarse como un agravante, al menos en la medida en que son mayores los deberes de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas (Art. 902 del Código Civil...” (Ver: **MOSSET ITURRASPE, Jorge**;

con una de sus obligaciones básicas, esenciales y fundamentales.-⁽³⁴⁾ ⁽³⁵⁾

.5.3) Así las cosas, barruntamos que sería jurídicamente viable, que se condene al padre, a la pertinente indemnización por ‘daño moral’⁽³⁶⁾ ⁽³⁷⁾ ⁽³⁸⁾; ya que -si se nos permite la expresión-, los niños han quedado -por voluntad del padre-, como ‘...boyas que van a la deriva...’⁽³⁹⁾ ⁽⁴⁰⁾

“Los Daños emergentes del Divorcio”, Capítulo IX.- ‘El Derecho de Familia no es extraño a la Responsabilidad Civil’, publicado en “La Ley”, 1983-C-353.-

Nosotros agregamos, que si resulta claro y lógico lo expuesto por el maestro santafecino, con relación al cónyuge, con mayor razón se agrava el ‘daño moral’, cuando no se cumple con la prestación alimentaria de los propios hijos !!!

⁽³⁴⁾ Ver: RIVERA, Julio César; “El Derecho Privado Constitucional”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario” N° 7, ‘Derecho Privado en la Reforma Constitucional’, páginas 48 / 49, Capítulo IV, parágrafo n° 5 ‘Derechos causados en la relaciones de familia’, donde expresa que la ‘Convención sobre Derechos del Niño’, “...asegura a los niños el derecho de conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos (Art. 7°), a no ser separado de sus padres y mantener contacto con ellos cuando deba estarlo (Art. 9°), así como asegura a aquellos la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo del niño teniendo en cuenta el interés de éste (Art. 18°)...”, Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fé, 1994.-

⁽³⁵⁾ Ver: “Segundas Jornadas Mendocinas de Derecho Civil”, celebradas del 18 al 20 de Abril de 1991, en la Ciudad de Mendoza, donde en la Comisión N° 2 ‘La Prestación Alimentaria: su protección’, en las “Conclusiones Aprobadas”, en el Número 7, se resolvió “...es resarcible el daño moral derivado del incumplimiento de la obligación alimentaria” (Ponencia presentada por Minyersky, Flah y Vigiola); publicado en ‘Jurisprudencia Argentina’ 1991-II-849.-

⁽³⁶⁾ FERRER, Francisco A. M.; “Daños resarcibles en el Divorcio”, Capítulo XIV ‘Otros daños que pueden dimanar de situaciones conexas al divorcio’, página 97, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.-

⁽³⁷⁾ Ver: “Quinto Congreso Internacional de Derecho de Daños”; Comisión N° 3 “Derecho de Familia: Daños económicos y extraeconómicos derivados del no reconocimiento de hijos”, donde si bien no se analizó la cuestión del no cumplimiento de la obligación alimentaria del padre (sino el no reconocimiento del hijo), por analogía, entendemos pertinente recordar la Conclusión “D”, que sostenía que “...ante el incumplimiento del deber legal que pesa sobre los progenitores, se llegó a la conclusión que **cabría responsabilidad resarcitoria para el menor...**”, y luego la Conclusión “E”, estableció que “...Se reconoció **daño moral y material al hijo no reconocido...**”, publicado en “Pensamiento Crítico (Profesores e Investigadores en Derecho Privado - Cátedra del Dr. Carlos A. Ghersi)”, página 58, Invierno 1997.-

⁽³⁸⁾ Ver: CIFUENTES, Santos; “El Divorcio y la Responsabilidad por Daño Moral”, donde se pasa revista a las distintas posturas doctrinarias, respecto a la posibilidad del reclamo de ‘daño moral’, contra el cónyuge declarado culpable (publicado en “La Ley”, 1990-B-805).-

Esta postura que acepta la indemnización en favor de los hijos, es también sostenida por Cecilia Grosman, quien afirma que en este caso “...se darían los presupuestos de la responsabilidad extracontractual derivada de la comisión de un hecho ilícito: antijuridicidad, daño, imputabilidad y relación de causalidad entre el hecho y el menoscabo sufridos por el niño...”⁽⁴¹⁾ ⁽⁴²⁾

.5.4) Con relación al ‘daño moral’, nosotros adherimos a la postura, que sostiene que (en principio -y como ‘base’-) el mismo tiene carácter ‘resarcitorio’⁽⁴³⁾ ⁽⁴⁴⁾ ⁽⁴⁵⁾.-

Es más, entendemos que existe una presunción⁽⁴⁶⁾, que acredita la existencia de dicho ‘daño moral’, por la aplicación de la regla ‘res ipsa loquitur’⁽⁴⁷⁾, dado que ello deviene un hecho obvio, donde (como bien sostiene Alfredo Orgaz -citado por Mosset Iturraspe-) “...el Juez no necesita convertirse en psiquiatra, ni efectuar un sondeo íntimo de la conciencia, sino realizar una deducción lógica, asentada en los hechos mismos...”⁽⁴⁸⁾

⁽³⁹⁾ ORTEGA y GASSET, José; “La Rebelión de las Masas”, Editorial Planeta Agostini, Madrid, España, 1993.-

⁽⁴⁰⁾ Ver: CARRANZA CASARES, Carlos Alberto -CASTRO, Patricia E.; “Las ‘astreintes’ y el cumplimiento puntual e íntegro de la obligación alimentaria”; donde se sostiene que “...habría que considerar como configurativos de ‘daño moral’, los trastornos y angustias mencionados que constituyen, indudablemente, una lesión a los sentimientos de los beneficiarios, molestándolos en su seguridad personal, en el goce de los bienes, e hiriendo sus afecciones legítimas...”, publicado en “La Ley”, Tomo 1987-C-595.-

⁽⁴¹⁾ GROSMA, Cecilia; “La Responsabilidad de los cónyuges entre sí y respecto de los hijos”, página 414, publicado en “Los Nuevos Daños (Soluciones Modernas de Reparación)”, bajo la Coordinación de Carlos A. Ghersi, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995.-

⁽⁴²⁾ No debemos olvidar que los niños, además de no tener presente al padre, tienen que soportar -incluso- que ese mismo padre, no les pase los alimentos indispensables para poder sobrevivir; llegándose así a la fantasmagórica realidad que los niños tienen que enfrentarse a esa injusta situación con su “...pequeño, testarudo y grotesco heroísmo de todos los días frente al infortunio...” (SABATO, Ernesto, en “Razones del Corazón”, publicado en “Textos para Pensar”, página 27, Editorial Perfil, Buenos Aires, 1996).-

⁽⁴³⁾ Ver: Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re: “Perez, Fredy F. vs. Empresa Ferrocarriles Argentinos”, de fecha 24 de Agosto de 1995, donde se sentenció que “...la reparación del daño moral tiene carácter resarcitorio...” (publicado en ‘Jurisprudencia Argentina’ N° 6.050, página 74, de fecha 13 de Agosto de 1997)

⁽⁴⁴⁾ Sobre el ‘Daño Moral’ en el Derecho Brasileño; Ver: DO COUTO E SILVA, Clovis; “El concepto de Daño en el Derecho Brasileño”, publicado en “Daño y Protección a la Persona Humana”, Capítulo II.-, Sección 2 ‘Los daños a las persona’, punto .c) ‘El daño moral’, página 95, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1993.-

.6) “Daños Punitivos” (o “Daño Moral Sancionatorio”):

.6.1) Maguer, asimismo, también creemos que el carácter ‘indemnizatorio’ del daño moral, es como ‘base’ o ‘piso’; de forma tal, que si se acredita (incluso, merced a presunciones -o falta de prueba del propio alimentante-), que maliciosamente no cumplió con sus obligaciones alimentarias, se debería agregar -a los montos antes mentados- un ‘plus’, como ‘sanción’, dado que el Derecho no puede tolerar conductas de personas, que voluntariamente decidan violar las leyes⁽⁴⁹⁾ (especialmente, en un tema tan delicado, como es el de los alimentos de los hijos).-

.6.2) De esta forma, creemos que al dano moral ‘reparatorio’, se le podría agregar -en más- otra parte, en concepto de daño moral ‘sancionatorio’ (‘daños punitivos’); todo ello, sin perjuicio de los reclamos que pudieren existir, para el caso que -además- se acredite en forma fehaciente, la existencia de un ‘daño psíquico’⁽⁵⁰⁾ ⁽⁵¹⁾, en el niño⁽⁵²⁾ ⁽⁵³⁾ .-

⁽⁴⁵⁾ TARABORRELLI, José Nicolás; “*Son resarcibles los daños causados a los hijos por el divorcio en sí ?*”, publicado en ‘*Jurisprudencia Argentina*’, 1991-II346.-

⁽⁴⁶⁾ Ver: Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re: “*Gomez de Orue de Gaete, Frida A. y Otra vs. Provincia de Buenos Aires*”, de fecha 9 de Diciembre de 1993, donde se resolvió que “...por la índole espiritual del daño moral, debe tenérselo por configurado por la sola producción del evento dañoso, ya que se presume -por el grado de parentesco- la lesión inevitable de los sentimientos...” (publicado en ‘*Jurisprudencia Argentina*’ N° 6.050, página 73, de fecha 13 de Agosto de 1997)

⁽⁴⁷⁾ Ver: MOSSET ITURRASPE, Jorge; “*Los Daños emergentes del Divorcio*”, Capítulo VII ‘*Los Daños Morales*’, donde sostiene que “...como afirman los juristas del ‘common law’, el agravio moral se desprende ‘res ipsa loquitur’, de los mismos hechos, que hablan por sí solos...” , publicado en “*La Ley*”, 1983-C-353.-

⁽⁴⁸⁾ ORGAZ, Alfredo; “*El Daño Resarcible*”, parágrafo n° 19, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1967 (citado por Jorge Mosset Iturraspe; “*El Valor de la Vida Humana*”, página 73, Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fé, 1984).-

⁽⁴⁹⁾ ALVAREZ, Osvaldo O.; “*Injerencia de las Responsabilidad Civil en los temas de Derecho de Familia*”, publicado en el Diario “*El Derecho*”, página 3 y siguientes, de fecha 19 de Agosto de 1997.-

⁽⁵⁰⁾ Ver: IRIBARNE, Pedro Enrique; “*De los Daños a la Persona*”, Sección IX, ‘*Autonomía del Daño Psíquico*’, página 165, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1993.-

⁽⁵¹⁾ Como bien enseña la moderna Doctrina, actualmente se debe poner “...el acento en todos los aspectos que la persona humana muestra: los físicos o somáticos y los síquicos; individuales, sociales, familiares, relativos a la capacidad de contemplación, de gozos, de proyectar, sentir, amar, al estado de salud...”.- Ver: MOSSET ITURRASPE, Jorge; “*El Daño fundado en la dimensión del Hombre en su concreta realidad*”, en “*Daños a la Persona*”, publicado en la

.6.3) Recordamos que “...los ‘punitive damages’ se conceden para sancionar al demandado (sujeto dañador) por haber cometido un hecho particularmente grave y reprochable, con el fin disuadir o desanimar acciones del mismo tipo...”⁽⁵⁴⁾ ⁽⁵⁵⁾ ⁽⁵⁶⁾

.6.4) Así pues, el objetivo de los daños punitivos, es doble: por un lado: *sancionar* y por otra parte: *prevenir (disuadiendo)*⁽⁵⁷⁾

De esta forma, vemos -en nuestra humilde opinión- como devienen trascendentales

Revista de Derecho Privado y Comunitario N° I, página 39, parágrafo n° 23, punto .d; Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fé, 1992.-

⁽⁵²⁾ MILMAIENE, José E.; “*El Daño Psíquico*”, páginas 74 y 75, parágrafo n° 15, publicado en “*Los Nuevos Daños (Soluciones Modernas de Reparación)*”, Carlos A. GHERSI (Coordinador), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1995.-

⁽⁵³⁾ Ver: GHERSI, Carlos Alberto (Director) - ACKERMAN, Mario E. - AVILA, Juan J. - MUGUILLO, Roberto A. - DIEZ, Fabiana - HISE, Mónica - LOVECE, Graciela - LUPETTI, Gustavo - PETRONE, Aldo - ROSSELLO, Gabriela - SOBRINO, Augusto Roberto - TOSTI, Silvia - WEINGARTEN, Celia - YANNADUONI, Graciela; “*Teoría General de la Reparación de Daños*”, Capítulo III.- ‘Elementos Comunes en la reparación del daño’; Subcapítulo .b) ‘El Dano Resarcible’; parágrafo n° 20 ‘Clasificación del daño reparable: económico y extraeconómico’, Punto .b) ‘*Daño Extraeconómico a la persona humana*’; donde se distinguen los siguientes: .1) *Daño Moral*; .2) *Daño Psíquico*; .3) *Daño Biológico*; .4) *Daño Estético*; .5) *Daño Espiritual*; página 67 y siguientes; Editorial Astrea, Buenos Aires, Septiembre de 1997.-

⁽⁵⁴⁾ KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída; “*Conviene la introducción de los llamados ‘danos punitivos’ en el Derecho Argentino ?*”, página 20, anticipo de “*Anales*”, Año XXXVIII, Segunda Época, Numero 31, de la “*Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*”.-

⁽⁵⁵⁾ JERRY II, Robert H.; “*Understanding Insurance Law*”, Capítulo VI, parágrafo 65, página 349, Ed. Mathew Bender & Company, Estados Unidos, Nueva York, 1992.-

⁽⁵⁶⁾ Ver: PIZARRO, Ramón Daniel; “*Daños Punitivos*”, publicado en “*Derecho de Daños*”, Segunda Parte, Libro en Homenaje al Profesor Felix Trigo Represas, donde define a los ‘danos punitivos’, como “...sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por danos realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro...” , páginas 291/292, Editorial La Rocca, Buenos Aires, 1993.-

⁽⁵⁷⁾ PUIG BRUTAU, José; “*Fundamentos de Derecho Civil*”, Tomo II, Volumen III, página 187, donde también los denominan “*daños punitivos*” o “*daños ejemplares*”, estableciendo que son aquellos que “...se conceden al perjudicado por encima y más allá de la plena indemnización del daño, con la finalidad de imponer un correctivo al causante...”.; Casa Editorial Bosch, Barcelona, España, 1983.-

los ‘daños punitivos’, ya que como enseña el profesor **Jaques Kusters**, estos tienen una *doble función*: por un lado, son una *sanción* por una conducta temeraria y -por otro lado- tienen un efecto *preventivo* y *disuasorio* para el causante del daño (u otras personas que realicen similares funciones, desarrollando comportamientos parecidos ⁽⁵⁸⁾ ⁽⁵⁹⁾.-

En los Estados Unidos, es normal y habitual la aplicación de los “daños punitivos”. Así existen ciertos casos que marcaron hitos dentro de la Jurisprudencia norteamericana, por ejemplo el caso del *Ford Pinto* (“*Grimshaw vs. Ford Motor Company*”) ⁽⁶⁰⁾, o el caso del *Exxon Valdez*.-Y, más relacionado con los daños personales, es pertinente recordar la Jurisprudencia que aplica los daños punitivos, en los casos de “*acoso sexual*” ⁽⁶¹⁾. Entre ellos, pueden mencionarse: el caso “*KIMZEY vs. WAL-MART*”, del año 1995, la Corte Federal condenó a la demandada al pago de ‘daños punitivos, como consecuencia del hostigamiento sexual padecido por Peggy Kimzey ⁽⁶²⁾. Más recientemente, con fecha 19 de Julio de 1999, en el caso “*GILBERT, LINDA vs. DAIMLER CHRYSLER*”, se condenó a la empresa automotriz, por el ‘hostigamiento ambiental’ sufrido por Linda Gilbert, por parte de varios de sus compañeros de trabajo y que fuera tolerado por la empresa demandada (semejante al caso “*MITSUBISCHI*”, de Junio de 1998, pero donde la acosadas

⁽⁵⁸⁾ KUSTERS, Jaques; “*Gerencia de Riesgos de Responsabilidad Civil de Productos en la Comunidad Europea y en los Estados Unidos*”, página 54, Editorial Fundación Mapfre Seguros, Madrid, España, 1990.-

⁽⁵⁹⁾ SCHAFFER, Hans Bernd y OTT, Claus; “*Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*”, página 74 (citado por GHERSI, Carlos Alberto: “*Los Proyectos de Reforma de los Códigos Civil y Comercial y la sistemática de la ‘responsabilidad civil’*”, Diario “*La Ley*”, de fecha 14 de Junio de 1994, página 4), donde explican los profesores alemanes que “...cuando más baja es una indemnización, mayor negligencia se permite al particular y con mayor razón hay que esperar eventos dañosos...”; agregando que “...cuando se aumenta la indemnización y se incluyen en ella nuevos conceptos de reparación de danos morales, cantidades complementarios como danos normativos o se hace responsable a su causante de meros danos derivados, desciende el número de actos negligentes y de danos.- La cuantía de la indemnización por danos es, desde este punto de vista, un medio para mantener controlada en un nivel deseado la magnitud de los danos en el conjunto de la sociedad...”, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.-

⁽⁶⁰⁾ SOBRINO, Augusto Roberto; “*Los ‘Daños Punitivos’: una necesidad de la Postmodernidad*”, publicado en el Semanario de “*Jurisprudencia Argentina*” N° 6.001, de fecha 4 de Septiembre de 1996.-

⁽⁶¹⁾ Proximamente publicaremos en “*Doctrina Judicial*”, el artículo: “*Responsabilidad por Acoso Sexual*”.-

⁽⁶²⁾ Ver: <http://www.feminist.org/news/newsbyte/new1121.html>; “*Feminist News*” del 21 de Noviembre de 1995.-

por el ‘hostigamiento ambiental’, habían sido varias empleadas ⁽⁶³⁾. Obviamente, el problema del acoso sexual no ocurre únicamente en grandes empresas fabriles, sino que acontece en diferentes ámbitos, desde empresas importadoras (caso: “*SIDNEY FRANK IMPORTING CO. & ALL STATE PROMOTIONS INC.*”, de fecha 3 de Junio de 1999) ⁽⁶⁴⁾, hasta Estudios Jurídicos (caso “*ROBBINS vs. MANTA & WEIGE LAW FIRM*”) ⁽⁶⁵⁾, pudiendo ser víctimas del hostigamiento desde simples empleadas, hasta importantes abogadas (caso: “*BARBARA DAVIS*”, de fecha 21 de Mayo de 1999) ⁽⁶⁶⁾

.6.5) Nosotros entendemos que sería conveniente el dictado de una ley, que en forma específica, normara todo lo referido a los “daños punitivos” ⁽⁶⁷⁾ o “multas civiles”, como lo denomina el Proyecto de Código Civil Unificado de 1999 ⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾.-

Así, se tendrían que preveer, el destino económico ⁽⁷⁰⁾, el límite cuantitativo, la posibilidad de asegurarlos, etc.-

.6.6) Mas, la pregunta es: *se pueden aplicar -hoy en día- los ‘daños punitivos’ (o ‘sanciones’ -u otra denominación que se les otorgue-) ?* ⁽⁷¹⁾

⁽⁶³⁾ <http://www.detroitfreepress.com/business/qdc20.htm>, publicado “*Detroit Free Press*”, de fecha 20 de Julio de 1999.-

⁽⁶⁴⁾ <http://www.calllaw.com>, “*Cal Law News Alert*”, de fecha 4 de Junio de 1999.-

⁽⁶⁵⁾ <http://www.lawsnewsnetwork.com/practice/employmentlaw>; publicado en “*Employment Law Center*”, de fecha 16 de Julio de 1999

⁽⁶⁶⁾ <http://www.lawsnewsnet.com/stories/A1900-1999May28.html>; publicado en “*Employment Law Center*”, de fecha 1 de Junio de 1999

⁽⁶⁷⁾ SOBRINO, Augusto Roberto; “*La Responsabilidad Profesional de los Abogados*”, publicado en “*Doctrina Judicial*”, Año XV, N° 22, Acápíte X.- “*Daño Moral*”, página 299, de fecha 2 de Junio de 1999.-

⁽⁶⁸⁾ Ver: Art. 1587, que establece “*Multa Civil: El Tribunal tiene atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. Su monto se fija tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial los beneficios que aquél obtuvo o pudo haber obtenido con su conducta, y tiene el destino que le asigne el tribunal por resolución fundada*”.-

⁽⁶⁹⁾ Ver: MOSSET ITURRASPE, Jorge; “*La Responsabilidad en el Tercer Milenio (El Proyecto de Reforma al Código Civil)*”, publicado en “*Jurisprudencia Argentina*” N° 6.140, de fecha 5 de Mayo de 1999.-

⁽⁷⁰⁾ Es decir, qué porcentaje le corresponde a la víctima; y cual otro porcentaje se dedica a instituciones de interés público.-

Entendemos que sí

La primera reacción lógica -imaginamos-, va a ser: *que no se encuentran expresamente previstos en nuestra legislación.*-

Los ‘daños punitivos’ (con esta denominación específica, es cierto), *pero las sanciones, siempre estuvieron vigentes en toda nuestra legislación (incluso en el Código Civil).*-

Veamos.-

.6.7) “La Tercera Ola” o “*para novedades: los clásicos*”

.a) Sin perjuicio que este tema excede las limitaciones del presente trabajo, a continuación volcaremos algunas ideas embrionarias.-

.b) En una primera época -ya superada-, nuestro Código Civil, seguía la filosofía de la “*Responsabilidad Civil*”, es decir, que había que mirar la conducta del dañador.- Y, como consecuencia de ello, era la magnitud de su responsabilidad.-

.c) Luego -y ya dentro de la concepción de la “*Teoría General de la Reparación de Daños*”-, se troca la filosofía, y -entonces- todo gira en derredor de la víctima, intentando indemnizar el daño sufrido.-

.d) Entendemos que ahora ⁽⁷²⁾, se deben mirar a ambas partes: dañador (v.gr. padre incumplidor) y la persona perjudicada (sus propios hijos).-

Así pues, siguiendo las correctas enseñanzas volcadas a través de la “*Teoría General de la Reparación de Daños*” ⁽⁷³⁾, se debe *reparar* el daño sufrido por la víctima;

⁽⁷¹⁾ Con respecto a la cuestión terminológica, nos remitimos a lo oportunamente expuesto al respecto.- Así puede consultarse: **SOBRINO, Augusto Roberto**; “*Responsabilidad Objetiva Art. 1.113 del Código Civil: Eximente parcial por el riesgo pasivo de la cosa (especialmente en motos)*”, publicado en “*Jurisprudencia Argentina*” N° 5.897, de fecha 7 de Septiembre de 1994, especialmente: Capítulo IV.- ‘*El Riesgo Pasivo de la Cosa*’, página 17 y siguientes; y también: **SOBRINO, Augusto Roberto**; “*Los ‘Daños Punitivos’: una necesidad de la Postmodernidad*”, publicado en el Semanario de “*Jurisprudencia Argentina*” N° 6.001, especialmente: Capítulo I.- ‘*Antecedentes en la Doctrina y Precisión Terminológica*’, página 2, de fecha 4 de Septiembre de 1996.-

⁽⁷²⁾ Y, muy especialmente, cuando se analiza el tema del padre que no le brinda los alimentos a sus hijos.-

⁽⁷³⁾ Ver: **GHERSI, Carlos Alberto (Director) - ACKERMAN, Mario E. - AVILA, Juan J. - MUGUILLO, Roberto A. - DIEZ, Fabiana - HISE, Mónica - LOVECE, Graciela - LUPETTI, Gustavo - PETRONE, Aldo - ROSSELLO, Gabriela - SOBRINO, Augusto Roberto - TOSTI, Silvia - WEINGARTEN, Celia - YANNADUONI, Graciela**; “*Teoría General de la Reparación de Daños*”, Editorial Astrea, Buenos Aires, Septiembre de 1997.-

pero -además- también se debe merituar la conducta del dañador (v.gr. padre incumplidor), para aplicarle las sanciones -o ‘daños punitivos- pertinentes, para lograr el doble efecto antes expuesto (v.gr. ‘sancionatorio’ y ‘disuasorio-preventivo’).-

.e) Y, esta postura, es posible aplicarla hoy en día (con la legislación vigente) ?

Entendemos que: sí.-

Justamente por ello, hablábamos de: “*Para novedades: los clásicos*”

En efecto, nuestra propuesta es, siguiendo las enseñanzas de los maestros clásicos Boffi Boggero y Morello (entre otros), incluir dentro del ‘daño moral’, el aspecto satisfactivo (reparatorio) y *también la faz sancionatoria (punitiva).*- ⁽⁷⁴⁾

Es decir, se propone analizar el ‘daño moral’, con una visión superadora de la dicotomía: *pena vs. reparación.*-

De esta forma, entendemos que el ‘daño moral’, debe ser *resarcitorio*, y en los casos donde la conducta del dañador lo amerite, se le aplica un **plus** de carácter *sancionatorio* ⁽⁷⁵⁾

Desde la Cátedra, la Magistratura y su Tratado, el maestro **Luis María Boffi Boggero**, enseñaba que “*...la indemnización por daño moral entraña una satisfacción para la víctima y una pena para el autor...*” ⁽⁷⁶⁾

Es más (y relacionado -tangencialmente- con el tema de los ‘daños punitivos’), es que **Boffi Boggero**, también explica que la indemnización por ‘daño moral’ tiene como finalidad “*...suministrar en alguna medida una compensación y, a nuestro modo de ver, una sanción punitiva...*” ⁽⁷⁷⁾

⁽⁷⁴⁾ Esta posición doctrinaria, es diferente a la sostenida por LLAMBIAS, dado que para este autor, el ‘daño moral’, es -únicamente- sancionatorio, y -además- exige “*...la maligna intención de causar ese daño...*” (**LLAMBIAS, Jorge Joaquín**; **Código Civil Anotado**”, Tomo II-A, página 179, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979).-

⁽⁷⁵⁾ **IRIBARNE, Héctor Pedro**; “*De los Daños a las Personas*”, Sección VIII ‘*El Daño Moral. La Tesis Punitiva. Su Superación*’, parágrafo n° 16, página 159, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1993.-

⁽⁷⁶⁾ **BOFFI BOGGERO, Luis María**; “*Tratado de las Obligaciones*”, Tomo II.-, Capítulo XVI.- ‘*Consecuencia Principales*’, parágrafo n° 519 ‘*Daño Moral*’, página 280; y -especialmente- parágrafo n° 531 ‘*La Reforma del Código Civil*’, página 302, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.-

⁽⁷⁷⁾ **BOFFI BOGGERO, Luis María**; “*Tratado de las Obligaciones*”, Tomo II.-, parágrafo n° 521, páginas 284/285, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.-

En el mismo sentido, se expresaba **Morello** ⁽⁷⁸⁾, cuando enseñaba que “...podemos acometer así la tarea de conciliar dos nociones que se integran, pues el importe resultante desempeña una **función mixta**, o el doble papel de **ejemplar y compensatorio**...” ⁽⁷⁹⁾ ⁽⁸⁰⁾ ⁽⁸¹⁾

Resulta pertinente recordar, que en la doctrina extranjera, **Santos Briz** sostiene que para determinar la cuantía del ‘daño moral’, se debe merituar el ‘perjuicio sufrido’ y ‘grado de culpabilidad’ ⁽⁸²⁾

Incluso, vale la pena mencionar la profunda reflexión realizada por **Matilde Zavala de Gonzalez** y **Rodolfo Martín Gonzalez Zavala** ⁽⁸³⁾, al afirmar -con un verdadero conocimiento de la realidad tribunalicia- que si bien no existe una normativa específica, respecto a los ‘daños punitivos’, “...sin embargo, algunas condenas por

⁽⁷⁸⁾ **MORELLO, Augusto Mario**; “**Carácter Resarcitorio y Punitivo del Daño Moral.- En pro de una posición funcional**”.- En dicha nota, el autor parafraseado, enseñaba ciertos principios -que se deberían grabar en la entrada de todas las Facultades de Derecho-, en el sentido que “...venimos insistiendo en destacar el cometido funcional de las instituciones jurídicas.- En tanto son ellas recursos de técnica al servicio de las necesidades del hombre, habrá que alejarse de agobiantes y estériles disputas de escuela, que a toda costa prefieren petrificarlas en casilleros convencionales, sin querer admitir la utilidad manifiesta que un criterio diferente representa para el interés general.- Es decir, que estas instituciones pueden jugar o actuar de un modo distinto al que le fue propio en su nacimiento o al que tradicionalmente se les ha reconocido...”, publicado en ‘Jurisprudencia Argentina’, Tomo 27, páginas 342/343.-

⁽⁷⁹⁾ Ver -con mucho provecho-: **TRIGO REPRESAS, Felix A.**; “**Daños Punitivos**”, especialmente: el Capítulo V.- “**El Resurgimiento de la Doctrina de la ‘Pena Privada’.- El resarcimiento del daño moral**”, publicado en “**La Responsabilidad (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg)**”, página 288 y siguientes, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.-

⁽⁸⁰⁾ **ZANONI, Eduardo A.**; “**El Daño en la Responsabilidad Civil**”, Capítulo VI ‘Daño Moral’, Punto .b) El Resarcimiento, parágrafo n° 85 ‘Medida de la reparación del daño moral’, páginas 264 / 265, quien -en una posición similar-, afirma que “...la reparación...conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza **resarcitoria** de la indemnización del daño moral para la víctima..., y la naturaleza **punitoria o sancionatoria** de la reparación para el agente del daño...”.- (la letra negra es nuestra).-

⁽⁸¹⁾ Ver también: **KRAUT, Alfredo Jorge**; “**Faceta Preventiva y Sancionatoria del Derecho de Daños.- La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva**”, publicado en ‘Jurisprudencia Argentina’, 1989-III-906.-

⁽⁸²⁾ **SANTOS BRIZ, Jaime**; “**La Responsabilidad Civil (Derecho Sustantivo y Derecho Procesal)**”, Tomo I.-, Capítulo V.- ‘El Daño y sus clases’, parágrafo n° 1, página 177, Sexta edición nuevamente revisada y actualizada, Editorial Montecorvo, Madrid, España, 1991.-

daño moral revelan que se ‘disfraza’ detrás de los montos cuantiosos un exceso por punición, que no puede ser separado o demostrado porque el perjuicio espiritual no es mensurable ni traducible en dinero...”.-

.f) Teniendo en cuenta lo recién expuesto por los maestros antes citados, es que creemos que: *son plenamente aplicables las ‘sanciones punitivas’, en los casos de incumplimiento malicioso del padre, dado que en las ‘indemnizaciones’* ⁽⁸⁴⁾ *(en este caso de ‘daño moral’), -por un lado-, se trata de ‘reparar’ el perjuicio ocasionado, pero -por otra parte- también se debe ‘sancionar’ al “mal padre” (a través de daños punitivos).*-

.g) Como consecuencia de todo lo antes expuesto, es que entendemos que si bien sería oportuna una ley que legislara específicamente la cuestión de los ‘daños punitivos’, igualmente creemos que con la normativa vigente, se podrían aplicar ‘sanciones punitivas’ ⁽⁸⁵⁾, en el tema del incumplimiento de la prestación alimentaria del padre.-

.7) “Astreintes”:

.7.1) Pero, creemos que todo lo antes expuesto, no será -todavía- suficiente, para ‘obligar’ al alimentante a cumplir, en tiempo y forma.- Por ello, proponemos que se utilice la aplicación de ‘astreintes’ ⁽⁸⁶⁾, con la finalidad de lograr que resulte

⁽⁸³⁾ **ZAVALA de GONZALEZ, Matilde - GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo Martín**; “**Indemnización Punitiva**”, en “**Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**”, página 193, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.-

⁽⁸⁴⁾ Quizás deviene pertinente recordar las enseñanzas de **Boffi Boggero**, cuando explica que: “...nosotros sostuvimos siempre que en la sanción indemnizatoria, había una faz de reparación y otra punitiva, se trate o no de un daño moral...”; (**BOFFI BOGGERO, Luis María**; “**Tratado de las Obligaciones**”, Tomo II.-, páginas 302/303, Nota n° 174 parágrafo n° 521, páginas 284/285, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1973.-

⁽⁸⁵⁾ Recordamos lo explicado por Zavala de Gonzalez y Gonzalez Zavala, en el sentido que, en forma expresa o implícita, en las condenas por ‘daño moral’, se meritúa la cuestión sancionatoria (Ver: **ZAVALA de GONZALEZ, Matilde - GONZALEZ ZAVALA, Rodolfo Martín**; “**Indemnización Punitiva**”, en “**Responsabilidad por Daños en el Tercer Milenio**”, página 193, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997).-

⁽⁸⁶⁾ **MAZEAUD, Henri y Léon - TUNC, André**; “**Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Extracontractual**”, traducción de la Quinta Edición por Luis Alcalá Zamora Castillo, bajo la supervisión y dirección de Santiago Sentis Melendo, Tomo III.-, Volumen I.-, parágrafo n° 2.507, páginas 725/726, donde enseñan que “...también es posible emplear la ‘astreinte’ para ejecutar las condenas que obligan al pago de una suma de dinero, por ser para el deudor el aumento creciente de su deuda el estimulante más poderoso

antieconómica la obstinada y maliciosa negativa de pagar los alimentos ⁽⁸⁷⁾ ⁽⁸⁸⁾

Creemos que los ‘astreintes’ ⁽⁸⁹⁾ ⁽⁹⁰⁾ son fundamentales, ya que -en rigor de verdad- en todo lo referido al **“Derecho de Daños”** ⁽⁹¹⁾, es decir, la protección de la víctima (v.gr. los niños) ⁽⁹²⁾, antes que pensar en la ‘reparación’, previamente se tienen que agotar todos los caminos para la ‘prevención’.- ⁽⁹³⁾ ⁽⁹⁴⁾

.7.2) En efecto, todas las indemnizaciones, por definición, casi siempre van a ser medios ‘imperfectos’ de reparación; por eso, en la medida de lo posible, hay que tratar de actuar *antes* que el daño se produzca ⁽⁹⁵⁾, o -por lo menos- adoptar los medios, para que el incumplimiento -relativo- en el pago de los alimentos, dure el menor tiempo posible.-

.7.3) Y, he aquí, donde los “astreintes”, van a tener una importancia superlativa.- ⁽⁹⁶⁾ ⁽⁹⁷⁾

Creemos que no es casual, que los ‘astreintes’ hayan nacido, *justamente por una cuestión de derecho de familia (cuando un padre, no quería cumplir una orden judicial, de entregar los hijos al cónyuge)*; siendo aplicables -justamente- para ‘constreñir al deudor recalcitrante’ ⁽⁹⁸⁾

para buscar los fondos necesarios para saldarla...”, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1963.-

⁽⁸⁷⁾ Respecto a la aplicación de “astreintes” en los casos de incumplimiento de la obligación alimentaria, la Jurisprudencia ha determinado que los mismos son pertinentes con la finalidad de “...vencer la sistemática recalcitrancia del emplazado...” (Cámara Nacional Civil, Sala “A”, en los autos “A., M. I. y Otros c/I., R. s/Homologación”, publicado en “El Derecho”, Tomo 170, página 90).-

⁽⁸⁸⁾ Sobre la relación entre el “Análisis Económico del derecho” y la “Prueba”; Ver: LORENZETTI, Ricardo Luis; “Teoría General de la Distribución de la Carga Probatoria”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario” N° 13, “Prueba - I”; bajo la Dirección de Héctor Alegría y Jorge Mosset Iturraspe, página 87, donde enseña que “...el análisis económico del derecho ha desarrollado una regla atinente a la posición probatoria; esto es, externa al proceso, indicando que debe adjudicarse la carga a quien está en mejores posiciones probatorias...”; Editorial Rubinzal - Culzoni, Santa Fé, 1997.-

⁽⁸⁹⁾ Ver: CARRANZA CASARES, Carlos Alberto -CASTRO, Patricia E.; “Las ‘astreintes’ y el cumplimiento puntual e íntegro de la obligación alimentaria”; donde se sostiene que “...muchas veces, el temor a sufrir un menoscabo patrimonial, parece ser el único remedio adecuado al que puede echarse mano.- Cuando ni la conciencia, ni el respeto a la justicia, logran compeler al alimentante al cumplimiento de este deber, que nace mas allá de la sentencia y de la ley, de vínculos biológicos o de la solidaridad, el dinero tiene un importante y nada desechable poder de convicción al que debe recurrirse...”, publicado en “La Ley”, Tomo 1987-C-595.-

.7.4) Así, y dado que las ‘astreintes’ (como también lo son los ‘daños punitivos’) ⁽⁹⁹⁾ ⁽¹⁰⁰⁾ son formas sancionatorias, que tienden a ‘quebrar’ la obstinación y/o -derechamente- la mala fe, en el cumplimiento de una obligación ⁽¹⁰¹⁾ ⁽¹⁰²⁾, es que han sido aplicadas por los Tribunales de la Provincia de Buenos Aires.-

.7.5) Así, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, ha resuelto que: “En materia de alimentos no hay razón para supeditar la aplicación de astreintes al fracaso o esterilidad de otras medidas encaminadas al cumplimiento del deber incumplido por el alimentante, como podrían ser las propias del procedimiento de ejecución de la obligación incumplida.” ⁽¹⁰³⁾

⁽⁹⁰⁾ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano; “La Responsabilidad Civil del Profesional Liberal”, páginas 373 y 374, donde define a las “astreintes” como “...condenas pecuniarias pronunciadas en razón de un tanto por cada día (u otra unidad de tiempo) de retraso, ‘y destinada a obtener del deudor la ejecución de una obligación de hacer, mediante la amenaza de una pena considerable, capaz de agravarse de manera indefinida’...” (con cita de Moreno Quesada; “Problemática de las obligaciones de hacer”, en ‘Revista de Derecho Privado’, año 1976, página 498); Editorial Reus, Madrid, España, 1989.-

⁽⁹¹⁾ Ver: DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo; “Algunas previsiones sobre el futuro de la Responsabilidad Civil (con especial atención a la reparación del daño)”, Capítulo X.- ‘Dudas sobre la responsabilidad civil’, donde explica que en el “Derecho de Daños”, no hay que estancarse únicamente con la visión de ‘reparar’ el daño ocasionado; sino que -también- tiene trascendental importancia la ‘prevención’ del mismo; y aceptando que las ‘sanciones’, pueden colaborar para lograr evitar daños (o que se repitan).- Así pues, explica que ‘...no hay ningún inconveniente en admitir que la función indemnizatoria, la punitiva y la de prevención o disuasión, son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas superioridad sobre las otras...’, página 231, Editorial Civitas, Madrid, España, 1995.-

⁽⁹²⁾ Ver: “Segundas Jornadas Mendocinas de Derecho Civil”, celebradas del 18 al 20 de Abril de 1991, en la Ciudad de Mendoza, donde en la Comisión N° 2 ‘La Prestación Alimentaria: su protección’, en las “Conclusiones Aprobadas”, en el Número 1, se resolvió “...corresponde la aplicación de medidas conminatorias como las astreintes del Art. 666 bis del Código Civil...” (Ponencias presentadas por los Dres. Mendez Costa; Catapano; Heluani de Gilli y Suarez García; Lloveras; Lombardi); publicado en ‘Jurisprudencia Argentina’ 1991-II-848.-

⁽⁹³⁾ TORRES LOPEZ, Juan; “Análisis Económico del Derecho (Panorama Doctrinal)”, página 61, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1987.-

⁽⁹⁴⁾ O, como bien enseñaba Juan Jacobo Rousseau: “...se los obligará a ser libres...”-

⁽⁹⁵⁾ KRAUT, Alfredo Jorge; “Faceta preventiva y sancionatoria del Derecho de Daños.- La culpa como agravación de la responsabilidad objetiva”, publicado en Jurisprudencia Argentina, 1989-III, página 908, donde se destaca la función preventiva, enseñándose que “...en nuestros días la vanguardia jurídica resalta la función preventiva del derecho de daños que apunta, no solo al resarcimiento del afectado, sino a contrarrestar, a neutralizar los efectos dañosos...”

En el mismo sentido, se sentenció que: “Son procedentes las ‘astreintes’ para obligar al deudor a cumplir puntualmente su obligación de alimentos. Pues la necesidad de satisfacer este crédito no se cubre a través del procedimiento de ejecución que puede ser prolongado (arts. 265, 267, 666 bis y conc. del Cód. Civil) (104)

Igualmente, se estableció que: “Aún cuando existen otros medios más directos para procurar el cumplimiento de los alimentos, las astreintes pueden aplicarse para compeler al alimentante reticente a cumplir puntualmente su obligación, pues la necesidad que cubre ese crédito no se satisface a través del solo procedimiento de ejecución, que puede ser prolongado (arts. 265, 267, 666 bis y concs. del Cód.Civil; art. 37 del Cód. Procesal)” (105).-

(96) FENOCHIETTO, Carlos Eduardo - ARAZI, Roland; “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Tomo III, Art. 649, página 300, parágrafo n° 4 ‘Medidas compulsorias para el cumplimiento de la obligación alimentaria’, punto .d) “Astreintes”, donde expresan que “...se decidió la aplicación de sanciones conminatorias a quien manifiesta su renuencia a cumplir con las cuotas alimentarias fijadas...”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.-

(97) MENDEZ COSTA, María Josefa; “La Prestación alimentaria: su protección”; publicado en ‘Jurisprudencia Argentina’ 1991-II-685.-

(98) MAZEAUD, Henri y Léon - TUNC, André; “Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Extracontractual”, traducción de la Quinta Edición por Luis Alcalá Zamora Castillo, bajo la supervisión y dirección de Santiago Sentis Melendo, Tomo III.-, Volumen I.-, parágrafo n° 2.507-13, página 737, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1963.-

(99) Ver: SOBRINO, Augusto Roberto; “Los Daños Punitivos: una necesidad de la Postmodernidad”, donde se explican los fines ‘disuasorios’, ‘sancionatorios’ y ‘preventivos’ que tienen los ‘daños punitivos’; publicado en ‘Jurisprudencia Argentina’ N° 6.001, página 2, de fecha 4 de Septiembre de 1996.-

(100) JERRY II, Robert H.; “Understanding Insurance Law”, Capítulo VI, parágrafo 65, página 349, Ed. Mathew Bender & Company, Estados Unidos, Nueva York, 1992.-

(101) DOBBYN, John F.; “Insurance Law”, página 79, Edit. West Publishing Company, Estados Unidos, Saint Paul, Minnesota, 1993.-

(102) KEETON, Robert E. - WIDISS, Alan I.; “Insurance Law (A Guide to fundamental principles, legal doctrines, and commercial practices)”, página 494, parágrafo .5.3.g, Edit. West Publishing Company, Minnesota, Estados Unidos, 1988.-

(103) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala II, en los autos “Q.de S.M. c/ S.O. s/ Alimentos - Litis expensas”, SI 52476 RSI-183-90 I 17-4-90; Magistrados Votantes: Malamud - Sierra - Krause

(104) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen, en los autos “S.,P.

.7.6) Por todo ello, es que consideramos plenamente aplicables las “astreintes”, en los casos *sub examine*, máxime, cuando los perjudicados, son *los propios hijos* del incumplidor.-

.8) Síntesis:

De aceptarse nuestra postura, en su *cuádruple aspecto*, habría que analizar, en forma conjunta:

.8.1) Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas:

Al aplicarse la ‘Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas’, si el alimentante no cumple con la ‘carga’ de demostrar acabada y fehacientemente, ora como vive él mismo, ora porque no tiene dinero para pagar los alimentos -e, incluso, que ha hecho para intentar conseguir trabajo-, existiría una presunción *iusuris tantum*, que no cumple con su obligación alimentaria, por propia voluntad.-

Sentado lo antes expuesto, resulta claro que -también- deviene procedente que sea responsable por el *daño moral*, como consecuencia del hecho del no cumplimiento de la obligación alimentaria, que irroga un evidente perjuicio a los hijos.-

.8.3) “Daños Punitivos”:

En los casos que existiese una conducta reprobable del padre, también se podrían llegar a aplicar un “*plus*” sancionatorio, en carácter de “daños punitivos” (o “daños moral sancionatorio”).-

.8.4) Astreintes:

Como cuarto elemento, que cierra el círculo (que tiene como única finalidad, que el padre cumpla con una de las obligaciones básicas: alimentar a sus hijos), se complementa con las aplicación se ‘astreintes’; de forma tal, que -incluso desde la

c/ Ch., J. s/ Alimentos”, 10344 RSD-21-37 S 28-4-92, Magistrados Votantes: Lettieri - Casarini - Macaya

(105) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen; en los autos “G.V. c/ D.O.E. de G.E.G. s/ Incidente alimentos en auots G.V. c/ D.O.E. s/ Divorcio vincular”, CC0000 TL 10482 RSD-21- S 4-8-92.; Magsitrados Votantes Lettieri-Casarini-Macaya

perspectiva material- le resulte 'antieconómico' al padre, no cumplir con su prestación alimentaria.-

.9) Colofón:

.9.1) El incumplimiento de las obligaciones alimentarias de los padres, con relación a sus hijos, ha tomado niveles alarmantes, que exigen una respuesta jurídica rápida y adecuada.-

.9.2) En temas tan delicados y donde se encuentra en juego algo tan importante como es la salud y cobertura de las necesidades vitales de los niños, no se puede permitir que al padre incumplidor, le baste con sostener que no tiene medios para pagar dichos alimentos, sino que va a tener que ser él quien va a acreditar fehacientemente que no tiene absolutamente ninguna posibilidad de cumplir.-

.9.3) Si no prueba ello, se debe considerar que voluntariamente incumple con su obligación.-

.9.4) Al existir -por un lado- el incumplimiento de la obligación alimentaria y -por otro lado- al no haber probado el propio padre que realmente no tenía dichos medios, corresponde que -también- se indemnice al hijo en concepto de 'daño moral'.-

.9.5) Si -además- se entendiese que dicho incumplimiento alimentario, es 'malicioso', se debe agregar un 'plus' al montante del daño moral, en carácter de 'sanción' (v.gr. "daños punitivos").-

.9.6) Paralelamente, en los casos pertinentes (v.gr. incumplimiento alimentario y no prueba del padre que no tiene medios para dicho pago), también -en forma acumulativa- se le deben aplicar 'astreintes' ⁽¹⁰⁶⁾

.10) Conclusiones personales:

.10.1) Realmente entendemos, que nos encontramos en una etapa de la evolución jurídica y social, donde no nos podemos excusar o autojustificar, sosteniendo que la 'culpa' de todo la tiene el poder político, o los legisladores, o los jueces, o el sistema; etc.-

⁽¹⁰⁶⁾ AMEAL, Oscar; "Astreintes e Indemnización", publicado en "La Responsabilidad" (Homenaje al Profesor Doctor Isidoro H. Goldenberg), página 326, Capítulo VIII 'Conclusiones', donde expresa que "...es jurídicamente viable acumular la percepción del monto del daño experimentado, con más el que resulte de la aplicación de las 'astreintes', en ambos casos íntegramente, por cuanto se originan en el funcionamiento de instituciones distintas, con entidad propia e independientes cada una de ellas...", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.-

Las excusas no sirven.-

Como operadores jurídicos, a los niños, no les podemos explicar -desde la perspectiva técnica-, que tiene muchos 'derechos', pero que no los pueden ejercer; es decir, tiene muchos derechos (reconocidos por leyes, Tratados Internacionales; la Constitución; etc.), pero -en la práctica-, resultan ser inoperantes.-

El niño sólo quiere (en realidad: *necesita -en forma imprescindible-*), que el padre cumpla con la prestación alimentaria; y está en nosotros -hombre y mujeres del derecho- lograr que esos 'derechos' del niño se hagan realidad en la práctica.-

Ese es el motivo de este pequeño aporte doctrinario.-

.10.2) O, parafraseando a **Piero Calamandrei**, "*...hay tiempos de estancamiento social, en que el juez puede limitarse a ser el fiel escudero del legislador, el secuaz que lo acompaña paso a paso; pero hay tiempos de transformación rápida en que el juez debe tener el valor de ser su precursor, su heraldo, su conductor...*" ⁽¹⁰⁷⁾

⁽¹⁰⁷⁾ Ver: **SOBRINO, Augusto Roberto**; "La 'Culpa Grave' y su oponibilidad a la víctima de un Accidente de Tránsito (sigue vigente el Fallo Plenario "Mustafá c/Nuñez"?)", página 2, Nota n° 39 (Calamandrei, Piero; "Estudios sobre el proceso civil" Tomo III, página 241, Editorial Ejea, 1973), publicado en el **Diario "La Ley"**, de fecha 1 de Agosto de 1997.-

EL PROCESO URGENTE

Autor: Enrique E. Pigni

Juzgado Civil y Comercial N° 4 - San Isidro

El proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires de autoría de los Dres. Morello, Arazi, Eisner y Kaminker ha receptado dentro de su normativa los institutos de la tutela anticipatoria, y las medidas de efectividad inmediata (denominadas autosatisfactivas por parte de la doctrina), como medio de satisfacer inmediatamente la pretensión de los justiciables, cuando la veracidad de su derecho es de grado tal que permita al Juez la toma inmediata de decisiones, sin esperar el trámite de todo un proceso, a veces engorroso y largo, haciéndose eco así de un tema que viene siendo recurrente en todos los congresos de la materia.-

Los principales impulsores del denominado proceso *urgente* el Dr. Morello y el Dr. Peyrano al respecto han sostenido:

“Estamos convencidos de que el mal cartel que hoy posee el proceso civil está determinado menos que por su dificultad por descubrir donde se encuentra la razón y donde la sinrazón que por su evidente falta de idoneidad para obtener soluciones jurisdiccionales dentro de lapsos que no transformen la necesaria espera del justiciable en desesperanza e imputaciones de morosidad al aparato judicial.”- (Peyrano Jorge W. “La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular”).-

“No hemos de insistir sobre la evidencia de la fatigosa prestación del *Servicio* de Justicia ni acerca de las penurias y debilitada imagen del Poder Judicial. Las Reformas, el cambio de mentalidad y la nueva mística que empujen a la renovación no serán ciertamente el resultado de criterios mágicos ni instantáneos, sino de un plan posible, razonable asumido con tesón, ejemplaridad y perseverancia. Con la vuelta plena a un sistema *aggiornado* con medios y vías más realistas, eficaces comprensibles y humanas, que se muevan sin el agobio de un asfixiante garantismo. Que muestren el activismo inteligente de un juez comprometido, la colaboración franca y coherente de los abogados, y los resultados útiles y efectivos de su obrar llevado a cabo dentro de la oferta que a los litigantes brinda el tiempo de la Justicia, no después (art.15 de la Constitución de la Pcia. de Bs.As.” (Augusto M. Morello, La tutela anticipatoria ante la larga agonía del proceso ordinario, en Estudios de derecho procesal, II, p. 934.).-

Con estas palabras del Dr. Peyrano y del maestro Morello se refleja un cambio en la filosofía del Código procesal que nos rige, y que se viene perfilando

dentro de esta década (VII Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal en La Paloma 1995, XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal en Santa Fé junio de 1995, VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Procesal Civil y Comercial llevadas a cabo en Junin en el año 1996 y XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal en Corrientes agosto de 1997) por influencia del Derecho Italiano, Francés y Brasileño.- El código actualmente vigente protege al deudor, rodeando al proceso de una serie de normas para garantizar al demandado su derecho de defensa, aún a costa de los derechos del acreedor, el Juez debe comprobar la veracidad del derecho del actor, (conocimiento que recién se adquiere con la sentencia) para satisfacer su pretensión, mientras tanto lo único que puede hacer es dictar alguna medida cautelar de aseguramiento, siempre y cuando se pruebe la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y se preste fianza suficiente de que no se va a afectar los derechos del deudor.-

Sin embargo desde hace aproximadamente una década los procesalistas vienen elaborando teorías que implica un cambio de mentalidad, sacrificando la defensa a ultranza del debido proceso y las garantías que ofrece la legislación vigente al demandado, en aras del principio de celeridad , en razón del conocido apotegma de que la justicia tardía no es justicia.-

Así como ha comenzado a elaborarse en la doctrina el concepto de **proceso urgente** como género que comprende en su seno a las medidas cautelares a las denominadas resoluciones anticipatorias, las medidas autosatisfactivas y la cautela material, como variante de la anterior. La nota característica de este proceso consiste en la prevalencia del principio de celeridad, que obliga a reducir el conocimiento y a postergar la bilateralidad, con la finalidad de acordar una tutela eficaz.-

Lo que se denomina *proceso urgente* comprende cuatro categorías de institutos perfectamente diferenciables:

- 1) **Medidas cautelares:** actividad cautelar cuya finalidad es la afectación de cosas o personas al resultado de un proceso, al que acceden para evitar que al tiempo que transcurre entre la promoción del juicio y el dictado de la sentencia tornen ilusorios los derechos del accionante.-Requieren la acreditación de la verosimilitud del derecho invocado, el peligro en la demora y la prestación de contracautela.- Son medidas provisionales, instrumentales, mutables y accesorias del proceso principal al cual acceden.-
- 2) **Cautela material:** medidas que si bien participan de las enunciadas anteriormente se distinguen de ellas a los fines de este análisis en que el contenido de las mismas es idéntico en todo o en parte al de la sentencia que se persigue como objeto del juicio (cautelar innovativa) .Para tal medida a los recaudos antes referidos la doctrina y jurisprudencia agregan el riesgo de la irreparabilidad del perjuicio.-

3) **Resoluciones anticipatorias:** Siguiendo a Peyrano en el apotegma “si bien todo lo cautelar es urgente, no todo lo urgente es cautelar”, debe decirse que además de las cautelares existen medidas, autónomas, que se superponen total o parcialmente a aquello que se persigue en la sentencia sobre el mérito de la causa anticipando total o parcialmente el resultado del pronunciamiento final.- Tienen una función distinta a las cautelares, ya que tienden a la satisfacción total o parcial de la pretensión contenida en la demanda, cuando de la insatisfacción pueda derivar un perjuicio irreparable.- Debe reemplazarse para su otorgamiento la verosimilitud del derecho por la **certeza provisional**, fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles, que es un grado mayor que se encuentra entre la verosimilitud del derecho (humo de buen derecho, apariencia de derecho) y la certeza que recién se alcanza en la sentencia; y el peligro en la demora, por la **irreparabilidad del perjuicio**, que surgiría si no se otorga la medida inmediatamente.- Se trata en definitiva de anticipar los efectos ejecutivos de una tutela de condena, por lo que no puede pretenderse lograr el dictado anticipado de una sentencia constitutiva, ni declarativa (divorcio por ejemplo).- Atento su carácter de **provisorias**, sus efectos deben ser **fácilmente reversibles**, lo que explica el hecho de que no se acepte que su dictado pueda involucrar transferencias de dominio.-No puede ser declarada oficiosamente y el que la obtiene debe prestar **contracautela**.-

4) **Medidas autosatisfactivas:** son soluciones jurisdiccionales urgentes, no cautelares despachables mediando una fuerte probabilidad de que los planteos formulados sean atendibles, importando una satisfacción definitiva de los requerimientos del postulante. Son autónomas no dependiendo su vigencia y mantenimiento de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal y se agotan con su despacho favorable.- La medida no es instrumental ni provisional, ni puede mutarse, ni necesariamente requiere de la prestación de contracautela la que queda sujeta al prudente arbitrio judicial, tampoco deben dictarse necesariamente inaudita parts.-

Se requiere la fuerte probabilidad cercana a la certeza, al igual que para la tutela anticipada y no la simple verosimilitud, también se ha establecido doctrinariamente que su procedencia debe ser interpretada con criterio restrictivo, que en ningún caso pueden ser decretadas oficiosamente, y deben decretarse previa sustanciación.-

Proyecto de Reforma

Art.65 (Tutela anticipatoria) El Juez podrá anticipar , luego de la traba de la litis, a requerimiento de parte, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la demanda o reconvención si:

- a) Existe **convicción suficiente** acerca del derecho invocado.-
- b) Se advierte en el caso tal grado de urgencia que si la medida no se adoptase en ese momento se causaría un **daño irreparable al peticionante**.-
- c) Se efectivice **contracautela suficiente** efectiva, salvo que el peticionante se encontrase exento de darla.-
- d) La anticipación no produzca **efectos irreparables** en la sentencia definitiva.- La decisión no configurará **prejuzgamiento**.-

Art.66 : El juicio seguirá hasta su finalización Al tiempo de tal sentencia o durante la secuela del proceso, si cambiaran las condiciones la tutela anticipada podrá quedar sin efecto.-

(Se eliminó el requisito del Cód.Brasileño referido a la actitud procesal del demandado (abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio) porque se estimó que ello constituía una limitación innecesaria a la efectividad de la medida dado que en muchos casos, con independencia de la actividad u omisión de la parte demandada, es imprescindible anticipar la tutela para evitar daños irreparables.-).

El antecedente inmediato es el nuevo art. 273 del CPC del Brasil según modificación del 13 de diciembre de 1994: "El juez podrá a requerimiento de parte anticipar total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda, desde que existiendo pruebas inequívocas se convenza de la verosimilitud de la alegación y I- Haya fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación ; o quede caracterizado el abuso del derecho de defensa o el manifiesto propósito dilatorio del demandado. 1) En la decisión que anticipa la tutela el juez indicará de modo claro y preciso las razones de su convencimiento. 2) No se concederá la anticipación de la tutela cuando hubiera peligro de irreversibilidad de la resolución anticipatoria. 3) La ejecución de la tutela anticipatoria observará en lo que corresponda lo dispuesto en el art. 588. 4) La tutela anticipatoria podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, mediante decisión fundada. 5) Concedida o no la anticipación de la tutela, proseguirá el proceso hasta la sentencia final.

Art.588 : La ejecución provisoria de la sentencia se hará de la misma manera que la definitiva observando los siguientes principios: 1) Correr por cuenta y responsabilidad del acreedor, que prestará caución, obligándose a reparar los daños causados al deudor. 2) No importa los actos que importen alienación del dominio, ni permite, sin caución idónea el levantamiento del depósito en dinero. 3) Queda sin efecto, sobreviniendo sentencia que modifique o anule la que fue objeto de ejecución restituyéndose las cosas al estado anterior.-

Art.67: (Medidas de efectividad inmediata)

En aquellos supuestos excepcionales en que concurran de un modo evidente los siguientes requisitos:

- 1) se acredite la existencia de un **interés tutelable cierto y manifiesto**;
- 2) su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración;
- 3) no fuese necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo; se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionario. Si el juez lo entendiera necesario requerirá contracautela .-

Nuestro ordenamiento positivo vigente no prevé la tutela anticipatoria, ni la medida cautelar autosatisfactiva, sin embargo la jurisprudencia de nuestros Tribunales reconocen la aplicación de estos institutos a través de la medida cautelar genérica que prevé el art.232 del CPCC y las leyes que al efecto prevén para casos puntuales así , son ejemplos de resoluciones anticipatorias, las previstas por el art.375 del CC. -La fijación de alimentos provisorios-, art.680 bis del CPCC.-; el desalojo de intrusos-; art.99 párr.2 CPCC.: el levantamiento de embargo previa caución en la tercería de dominio; art.616 CPCC.: la restitución del bien bajo fianza en el interdicto de recobrar.

Asi también la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal en fallo reciente: CSN 7-8-98 en ED. 5-2-98 con nota de Morello, autorizó en el carácter de medida cautelar innovativa en un proceso de daños y perjuicios tendiente a que se impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo del antebrazo izquierdo que había sido amputado por una propiedad de aquellos, autorizando a los jueces, en estos casos a expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada sin que ello implique prejuzgamiento citando el art.5 inc. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tutela la integridad física y psíquica de las personas, el fallo aclara que el anticipo de jurisdicción no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante).-

Sobre medidas de satisfacción inmediata también existe jurisprudencia, así la citada por la Dra. Mabel de los Santos en el trabajo indicado en la bibliografía.: Caso Clavero Miguel A. C/.Comité Olímpico Argentino resolución de fecha 24-7-96 ciclista que integraba la delegación para Atlanta que no lo dejaban correr por no estar en los listados oficiales, se dispuso que la demandada arbitre los medios necesarios para que se proceda a la acreditación del actor en la Olimpiada, solventando el importe del pasaje, para la efectiva participación del actor en la misma.- y abundante

jurisprudencia en todas las materias recopiladas por Marcela García Solá en J.A. 1998-3, 739 y ss.)-.

Bibliografía

- Jorge W. Peyrano, *Informe sobre las medidas autosatisfactivas*, L.L., 1996-A-1001;
- Jorge W. Peyrano, La tutela de urgencia en general y la tutela anticipatoria en particular, E.D. 163-788
- Jorge W. Peyrano, Las medidas autosatisfactivas en materia comercial, J.A. 1996-I-823;
- Augusto M. Morello, La cautela satisfactiva, J.A. 1992-IV-314;
- Augusto M. Morello, La tutela anticipatoria ante la larga agonía del proceso ordinario, en Estudios de derecho procesal, II, p. 934.
- Mabel De Los Santos, Resoluciones anticipatorias y medidas autosatisfactivas, J.A. 1997-IV-800;
- Luis Adorno, El denominado proceso urgente (no cautelares) en el derecho argentino como instituto similar a la acción inhibitoria del derecho italiano, J.A. 1995-II-887;
- Ricardo Lorenzetti, La tutela inhibitoria, L.L. 1995-C-1218;
- “Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial”, de Arazi, Eisner, Kamninker y Morello).
- Marcela García Sola, Medidas autosatisfactivas: perfiles jurisprudenciales, J.A. 1998-III-739;
- Ricardo I. Silberteín, Algunas aplicaciones de las medidas autosatisfactivas en el derecho societario argentino, J.A. 1998-III-773
- Medidas Autosatisfactivas bajo la dirección de Jorge W. Peyrano ed. Rubinzal-Culzoni.-

XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

Ciudad de Santa Fe, 23 al 25 de septiembre de 1999

CONCLUSIONES

NOTA: La transcripción siguiente sólo contiene las conclusiones de cada comisión. Por razones de espacio, hemos omitido la indicación de los distinguidos juristas que las presidieron y coordinaron, así como la nómina de ponentes, en cada caso. Ello no obstante, queda a disposición de los colegas interesados al respecto, en la sede de nuestro Colegio, la información completa de lo aquí omitido, la nómina de todos los juristas extranjeros que concurrieron a las Jornadas, y el texto completo de cada ponencia.

COMISIÓN Nº1. PARTE GENERAL. PERFILES DE LA LESIÓN.

1.- Naturaleza Jurídica de la lesión:

Despacho 1.- La lesión incorporada al Código Civil en su art. 954, de naturaleza objetiva-subjetiva, se ha perfilado como un vicio propio de los actos jurídicos por afectar la buena fe lealtad. 18 votos.

Despacho 2.- La lesión incorporada al Código Civil en su art. 954, de naturaleza objetiva-subjetiva, se ha perfilado como un vicio propio de los actos jurídicos por afectar la buena fe lealtad, en los supuestos en que también hay una voluntad disminuida. 6 votos.

Despacho 3.- La lesión incorporada al Código Civil en su art. 954, de naturaleza objetiva-subjetiva, se perfila como un vicio particular de la voluntad. 6 votos.

Una abstención del Dr. Tobías.

2.- Elemento subjetivo:

2-1. -De la Víctima

De Lege Lata:

La actual enumeración del art. 954 del Código Civil es meramente enunciativa. 19 votos.

La actual enumeración del art. 954 del Código Civil es taxativa. 4 votos.

De Lege ferenda:

a) Sería conveniente que la futura legislación contemple el elemento subjetivo de la víctima, con una fórmula amplia, no enumerativa. 23 votos.

b) Se propone mantener la enumeración del artículo 954 del Código Civil. 2 votos.

c) Se propone mantener la enumeración del artículo 954 del Código Civil, sustituyendo el término “ligereza”, por “debilidad mental” o “debilidad psicofísica” o “insuficiencia psíquica”. 6 votos.

d) Sería conveniente que se contemple a través de una enumeración amplia y taxativa. 4 votos.

Abstención del Dr. Moisés.

Resulta conveniente considerar el factor sorpresa como supuesto subjetivo de lesión. 13 votos.

No resulta conveniente considerar el factor sorpresa como supuesto subjetivo de lesión. 8 votos.

Resulta conveniente la incorporación expresa en la norma del factor sorpresa como supuesto subjetivo de lesión, realizado por el Proyecto de 1998. 7 votos.

No resulta conveniente la incorporación expresa en la norma del factor sorpresa como supuesto subjetivo de lesión. 23 votos.

No debería considerarse la “avanzada edad”, por sí misma, como elemento subjetivo de la lesión. Unanimidad.

2-2. -Del Lesionante

De lege ferenda:

Sería conveniente que se regulara como causal de nulidad o modificación por lesión el caso en que el comportamiento explotador emanare de un tercero. 26 votos a favor. 6 votos en contra.

De lege ferenda:

Disidencia del Dr. Brebbia: Se propone incluir como elementos subjetivos, los siguientes: estado de necesidad, inexperiencia, debilidad mental, dependencia moral o material.

3.- Elemento Objetivo

De Lege Lata:

La “evidente” inequivalencia, sin justificación, debe surgir de la comparación entre las ventajas y sacrificios patrimoniales correlativos, es decir entre los resultados patrimoniales de las partes y no necesariamente de la inequivalencia entre las prestaciones. 30 votos a favor; 4 votos en contra.

4.- Ámbito de aplicación de la Lesión:

De Lege Lata:

a) Se aplica a los actos jurídicos bilaterales onerosos y conmutativos, haciéndose extensiva a los contratos aleatorios mientras no sea el alea el factor que genera la desproporción excesiva. 16 votos.

b) Se aplica a los actos jurídicos bilaterales onerosos y conmutativos, a los contratos aleatorios, mientras no sea el alea el factor que genera la desproporción excesiva y a los actos unilaterales onerosos. 20 votos.

5.- Sujetos de la Lesión:

5-1 -En cuanto a la Víctima:

De Lege Lata:

a) La víctima sólo puede ser una persona física. 4 votos.

b) La víctima puede ser una persona física o jurídica. 29 votos.

c) La víctima puede ser un comerciante. 30 votos a favor; 1 en contra.

d) La víctima puede ser el Estado. 25 votos en contra, 6 votos a favor.

5-2 -Legitimación Procesal

De Lege Lata:

Sólo la víctima del acto lesivo y sus herederos se encuentran legitimados para invocar la lesión. 8 votos.

Además de la víctima del acto lesivo, se encuentran legitimados, para invocar la lesión: sus Sucesores Universales; por vía subrogatoria, los acreedores del lesionado y el síndico de la quiebra del lesionado. 20 votos.

De Lege Ferenda:

Además de la víctima del acto lesivo, se encuentran legitimados: sus Sucesores Universales; por vía subrogatoria, los acreedores del lesionado y el síndico de la quiebra del lesionado. Unanimidad.

6.- Presunción:

De Lege Lata:

Se considera que los términos “notable” y “evidente” son jurídicamente equivalentes. 13 votos a favor; 15 votos en contra.

Cuando la inequivalencia es notable debe presumirse la explotación y el estado de inferioridad. 17 votos.

Cuando la inequivalencia es notable debe presumirse sólo la explotación. 9 votos.

Disidencia de la Dras. Basanta, Clara y Castillo: Acreditada la desproporción de las prestaciones, en los contratos de consumo debe presumirse la explotación y el estado de inferioridad.

Quienes sostienen que evidente y “notable” son equivalentes, consideran que siempre existe presunción de la explotación, si se acredita la inferioridad, que debe ser probada por la víctima, en todos los casos. 5 votos.

De Lege Ferenda:

a) Es necesario eliminar la presunción de explotación. 3 votos.

b) Cuando la desproporción es notable, deberían presumirse los dos elementos subjetivos. 14 votos.

c) Cuando la desproporción es notable, debería presumirse la explotación, debiendo la víctima, probar el estado de inferioridad. 12 votos.

7.- Requisitos de la desproporción:

7-1 -Subsistencia

De Lege Lata:

a) La exigencia del cuarto párrafo del artículo 954 del Código Civil, acerca de que la inequivalencia debe subsistir en el momento de la demanda, no regirá cuando habiendo desaparecido aquella subsiste, sin embargo, el daño experimentado por el lesionado. Unanimidad.

De Lege Ferenda:

a) En nuestro sistema, no es conveniente fijar porcentajes mínimos de desproporción, para que exista lesión. Unanimidad.

8.- Opción del Demandado:

De Lege Lata:

Solicitada la nulidad del acto lesivo y ofrecido por el demandado el reajuste o modificación del contrato, esto no configurará allanamiento ni liberará al actor de acreditar los extremos que constituyen los presupuestos de la lesión. Unanimidad.

Le Lege Ferenda:

Conviene establecer expresamente la posibilidad que el demandado pueda ofrecer el reajuste, en forma subsidiaria. 14 voto a favor; 4 votos en contra.

No corresponde incorporar la facultad de rescisión del contrato a quién no requirió u ofreció la adecuación de las prestaciones, según lo dispone el artículo 327, con remisión al artículo 1061 del Proyecto del Código Civil. 22 votos a favor; 2 votos en contra.

9.- Prescripción de la acción:

De Lege Ferenda:

El plazo de prescripción de la acción debe ser de dos años. Unanimidad.

El término prescripción debe computarse:

1.1. A partir de la celebración del acto; 4 votos.

1.2. Desde que la obligación resultó exigible; 8 votos.

1.3. Desde la fecha de cumplimiento de la obligación; 1 voto.

1.4. Desde que resulta exigible el cumplimiento o desde que desaparece la situación de inferioridad, según lo que acontezca en primer término; 9 votos.

1.5. Desde que la situación de inferioridad haya cesado o haya sido advertida; aplicándose como plazo máximo el de diez años de celebrado el acto. 4 votos.

COMISIÓN N° 2: LIMITACIÓN CUANTITATIVA DE LA INDEMNIZACIÓN.

1.- En el debate sobre la Responsabilidad civil se suele utilizar un doble discurso; la mera declaración de buenos propósitos frente a las soluciones aplicables en el marco de la realidad.

2.- Toda indemnización debe ser justa. Están en compromiso, según los casos: la inviolabilidad de la persona humana, la igualdad de las víctimas y el derecho de propiedad.

3.- El llamado principio de la “reparación integral” es una expresión dogmática que pretende dar a entender que todo daño debe ser reparado. Sin embargo, sólo son reparables los daños con la plenitud que cada ordenamiento permite.

4.- La sola limitación del monto indemnizatorio no vulnera ninguna norma constitucional ni de orden público. La política legislativa sobre topes indemnizatorios debe ser ejercida con razonabilidad y prudencia.

5.- La admisibilidad de los topes indemnizatorios está sujeta a:

a. Que se apliquen exclusivamente en supuestos de atribución objetiva de

responsabilidad;

b. Que el damnificado tenga la libertad de optar por una indemnización mayor en los casos de responsabilidad subjetiva, en especial, si se omiten las medidas técnicas idóneas de prevención.

6.- Los topes indemnizatorios sólo se justifican si permiten a la víctima el pago pronto y efectivo de su indemnización. A tal fin, el seguro es un mecanismo idóneo, ya sea un seguro forzoso o un sistema que estimule su contratación. La sustitución propuesta por el Proyecto de Código Civil de 1998 del art. 118 de la ley 17.418 coadyuva a ese propósito.

7.- El ordenamiento jurídico restringe el derecho de las víctimas a ser indemnizadas, a través de la legitimación, los límites de la propia pretensión, la causalidad, los límites cuantitativos de origen legal y la facultad de los jueces de morigerar el daño. El Derecho común prevé limitaciones cuantitativas, entre otros casos, en las obligaciones de dar dinero (intereses) y en la pena penitencial en el supuesto de arrepentimiento.

8.- El art. 1634 del Proyecto de Código Civil de 1998 contiene soluciones adecuadas porque:

a. rige exclusivamente en supuestos de responsabilidad objetiva;

b. fija un monto razonable en las circunstancias actuales, que puede ser elevado conforme a lo previsto en el art. 1635;

c. confiere una opción que respeta la libertad del damnificado a no prevalerse de las facilidades del sistema y exigir una indemnización mayor;

d. posibilita el pago pronto y efectivo de la indemnización;

e. atiende la situación especial de la gran discapacidad.

No obstante, **se aconseja:**

a) Incluir expresamente la hipótesis de daños causados por productos y servicios de consumo.

b) Suprimir el inc. C del art. 1634 pues debe ser suficiente demostrar la contratación de un seguro apropiado.

c) Incluir la hipótesis de responsabilidad colectiva prevista en el art. 1672 (cosa suspendida o arrojada)

d) Prever un tope especial en función de la totalidad del siniestro para la reparación de daños al medio ambiente.

COMISIÓN N° 3: CONTRATOS CONEXOS.-

I)- DOGMÁTICA JURÍDICA

1) Importancia del fenómeno: La conexidad es un fenómeno diverso que comprende el estudio de todas aquellas relaciones en las que los contratos son instrumentos para la realización de una operación económica y que incluye: a)- relaciones de consumo entre grupos de prestadores y grupos de consumidores (contratos de turismo, de tarjetas de crédito, de financiación para el consumo, de leasing, tiempo compartido).- b)- relaciones interempresarias, que incluyen las redes asociativas y las cadenas contractuales, y la terciarización.-

2) Concepto: Habrá contratos conexos cuando para realización de un negocio único,

se celebran, entre las mismas partes o partes diferentes, una pluralidad de contratos autónomos, vinculados entre sí, a través de una finalidad económica supracontractual.- Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente, en la causa subjetiva u objetiva, en el consentimiento, en el objeto, o en las bases del negocio.-

3)Enfoque teórico: El estudio de este tema debe partir de: 1)- la distinción entre la estrategia negocial y los contratos que se utilizan para llevarla a cabo; 2)- La distinción entre contrato y sistema.- El sistema es un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales.- Son elementos del sistema: a)- la causa sistemática, que justifica un equilibrio del sistema que permite el funcionamiento de las uniones de contratos; b)- las obligaciones y deberes colaterales sistemáticos, en virtud de los cuales los integrantes tienen deberes y obligaciones respecto de los demás miembros o de terceros, que tienen su origen en el sistema.-

II)- DE LEGE LATA

3)Interpretación:

- Los contratos conexos deben ser interpretados en función de la operación económica que persiguen.-

4)Efectos en las relaciones internas:

- En las relaciones internas, las redes presentan un nexo que está vinculado a la colaboración asociativa o gestoría entre las partes que la integran, las que son susceptibles de control judicial en los casos en que se produce un desequilibrio del sistema por abuso del derecho o de la posición dominante del organizador.-

5)Efectos frente a los terceros:

- El aplicable el artículo 40 de la ley 24240 a las relaciones derivadas de contratos conexos.-
- También resultan aplicables en las relaciones frente a terceros no consumidores la responsabilidad por la apariencia.- En el ámbito contractual puede basarse en la existencia de un vínculo asociativo entre las partes, en el contrato a favor de terceros, y en la estructura del vínculo obligatorio.-
- La conexidad relevante tiene por efectos que la ineficacia o vicisitudes padecidas por uno de los contratos, pueda propagarse a los restantes contratos determinantes del negocio único.-
- La conexidad relevante debe ser demostrada por quien la alega.-
- La conexidad dentro de un negocio único constituye una excepción al principio de los efectos relativos del contrato y posibilita la oponibilidad a los terceros, otorgando acciones directas, aún en ausencia de previsión expresa.-

III)- CASOS ESPECIALES

1)Shopping center: Entre los integrantes de un “shopping center” existen relaciones contractuales conexas vinculadas por un elemento asociativo, que si bien no permite imputar a cada una de las partes por los incumplimientos contractuales de la obra, autoriza a aplicar el instituto de la frustración del fin en las relaciones internas.- Frente a los terceros la empresa organizadora puede ser imputada por la apariencia jurídica creada, por la publicidad inductiva o, por el control determinante de las prestaciones que uno de los integrantes debe a terceros.-

2)Sistemas de tarjetas de crédito: La Ley 25065 es relevante para la temática de los contratos conexos en cuanto en su artículo primero dispone que “se entiende por sistema de tarjeta de crédito al conjunto complejo y sistematizado de contratos individuales”.- Son reglas aplicables a los contratos conexos: la nulidad de las cláusulas abusivas que establezcan adhesiones tácitas a sistemas anexos al sistema de tarjeta de crédito (Art. 14 inc. J); la regulación de los paquetes de servicios financieros (art. 55), la responsabilidad del emisor cuando promoviere productos o servicios ofreciendo una garantía al respecto (Art. 43).-

3)Transporte multimodal: el transporte multimodal, regulado en la ley 24291, es un caso en el que resulta aplicable las reglas sobre una conexidad contractual.-

IV) DE LEGE FERENDA:

El texto del artículo 1030 del proyecto de reformas de 1998 es acertado en cuanto apertura al tema en lo relativo a la interpretación de los contratos, y dispone: “Los contratos que están vinculados entre sí por haber sido celebrados en cumplimiento del programa de una operación económica global son interpretados los unos por medio de los otros, y atribuyéndose el sentido apropiado al conjunto de la operación” (Art. 1030 proyecto).-

Proponemos una regulación más completa del fenómeno en orden a los efectos y consecuencias de los contratos conexos.-

COMISIÓN Nº4: “DERECHOS REALES”- TEMA: ACCIONES REALES

De “lege lata”

1) Consideraciones generales

El tratamiento que el Código Civil brinda a las acciones reales ha dado lugar a interpretaciones dispares en la doctrina y en la jurisprudencia.

2) Concepto

Las acciones reales son los medios de defender en juicio los derechos reales. El efecto reipeseutorio no es privativo de las acciones reales.

3) Legitimación activa en la acción reivindicatoria

Son legitimados activos los titulares o cotitulares de los derechos reales que se ejercen por la posesión.

4) Legitimación activa en la acción negatoria

Son legitimados activos los titulares o cotitulares de los derechos reales que se ejercen por la posesión cuando se trata de inmuebles y el acreedor hipotecario.

5) Legitimación activa en la acción confesoria

Son legitimados activos: los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión para la defensa de los derechos inherentes a ella (servidumbres y restricciones y límites) y el acreedor hipotecario.

6) Reivindicación por quien ha adquirido el derecho real por prescripción adquisitiva

No obsta la acción reivindicatoria que quien es titular por usucapión no haya sido declarado como tal por sentencia, sin perjuicio de que debe necesariamente integrarse a la litis con el titular registral.

7) Alcances de la acción reivindicatoria

La reipersecución de la acción reivindicatoria se encuentra limitada por el principio de “seguridad dinámica” que consagran, entre otros, los arts. 473, 1051, 1967, 2412, 2777, 2778 y 3430 del Cód. Civil.-

8) Reivindicación en el supuesto de dominio revocable

Se reitera lo declarado en las “IX JNDC” de 1983 (Mar del Plata) en el sentido de que en los supuestos de dominio revocable, verificado el evento resolutorio, el antiguo dueño se encuentra legitimado para ejercer la acción reivindicatoria si la cosa se encuentra en poder de terceros (art. 2670 Cód. Civ.), sin perjuicio de los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso de cosas muebles (arts. 2412 y 2671 Cód.Civ.)

9) Fideicomiso

Al menos en los casos del art. 18 de la ley 24.441 el fiduciante y el beneficiario pueden promover acciones reales.

10) Universalidad de bienes

Una universalidad de bienes no puede ser reivindicada, porque no son reivindicables los bienes que no sean cosas (art. 2762 y 2764 primera parte Cód. Civ.), y por lo tanto no puede ser reivindicado un conjunto de bienes. Se puede reivindicar la cosa que integra la universalidad de bienes.

11) Lo expresado sobre la acción reivindicatoria es pertinente a lo regulado por el Código Civil.

12) El régimen de la prueba en las acciones reales debe integrarse con el sistema de publicidad registral.

13) Se reitera lo declarado en las “V Jornadas Nacionales de Derecho Civil” de Rosario de 1971, sobre la no aplicación del art. 1051 Cód. Civ. a los supuestos de falta de auditoría del verdadero titular.

* Los Dres. Manuel H. Castro Hernández y Juan José Guardiola aclaran en relación a los puntos 3, 4 y 5 de “lege lata”: “Considerando el concepto legal de posesión (art.2351) que siguiendo a la doctrina clásica estimamos limitado al ejercicio del derecho de dominio, aclaramos que el término “posesión” utilizado para determinar la legitimación activa, lo es en sentido genérico, como comprensivo de posesión y cuasiposesión, o si se quiere, referida a derechos reales que se ejercen por la detentación (posesión o tenencia) de la cosa”.

De “lege ferenda”

1) Simplificación en la regulación de las acciones reales.

Es necesario que una reforma legislativa simplifique el marco regulatorio de las acciones reales.

La simplificación propiciada debe alcanzarse a través de la concentración del ámbito de las actuales acciones reales - reivindicatoria, negatoria y confesoria- en una sola acción real, sobre la base de la acción reivindicatoria.

2) Fin a los debates existentes en el derecho vigente.

Es necesario que una futura reforma legislativa ponga fin a los debates existentes en el derecho vigente en torno de numerosos aspectos que involucran a las acciones reales. La ley respectiva debe establecer de manera expresa:

a. La legitimación de los cotitulares de derechos reales para reivindicar la cosa en que tengan su parte indivisa. Sólo se puede reivindicar la parte indivisa a través de la reivindicación de la cosa, para restablecer el ejercicio del derecho real en la medida de la alícuota.

b. La legitimación pasiva del tenedor;

c. Que la protección por seguridad dinámica, que se ofrece al subadquirente a título oneroso y de buena fe, no opera cuando el acto antecedente se realizó sin intervención del verdadero titular;

3) La prueba de las acciones reales y el principio de convalidación de los derechos reales.

Para que el régimen guarde coherencia con el principio general de convalidación de los derechos reales (art. 2504 Cód. Civ.), debería limitarse la exigencia del art. 2774 Cód. Civ., a que el derecho real exista “al tiempo de la sentencia”.

4) Acción de deslinde.

Es conveniente que en una futura reforma legislativa se regule claramente a la acción de deslinde como acción real.

5) Acción para adquirir dominio.

Es conveniente incorporar en una futura reforma legislativa una acción especial para adquirir el dominio de inmuebles en aquellos casos en que hay título, pero no se ha efectuado la tradición.

* Los Dres. Manuel H. Castro Hernández y Juan José Guardiola aclaran en relación al punto 1) párrafo segundo de “lege ferenda”: “Se puede arribar a dicha simplificación también aceptando además de la reivindicatoria la acción negatoria en caso de ataques menores que no lleguen a constituir una desposesión, criterio que siguen entre otros los Códigos Alemán e Italiano.” Al punto 2)a.: “Debe preservarse la posibilidad de ejercer las acciones reales también respecto de la alícuota”.

COMISIÓN N°5: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES PATRIMONIALES DE FAMILIA

1) Principios Comunes

A. Toda solución que se propicie relativa a las relaciones patrimoniales de la familia debe estar presidida por el principio constitucional de “protección integral de la familia”(art. 14 bis C.N. y Tratados Internacionales con rango constitucional).

B. El valor familiar vertebrará el principio constitucional de protección integral de la familia.

C. Teniendo en cuenta los fines de la familia, cualquiera sea el régimen patrimonial del matrimonio, la ley debe prever un sistema de normas de orden público que asegure la igualdad de los cónyuges, la protección de la vivienda familiar y la responsabilidad de los cónyuges por éstas.

2) Sobre la conveniencia de la modificación del régimen.

Despacho A

Debe mantenerse el régimen único, legal, forzoso e inmodificable, actualmente vigente.

Despacho B

Los cónyuges deben tener la facultad de optar por un régimen distinto al legal supletorio que debe continuar siendo el de comunidad de gananciales.

3) Alcances de la opción.

1. La facultad a optar debe limitarse:

Despacho A. Al régimen de separación de bienes.

Despacho B. Al régimen de participación en las ganancias.

Despacho C. Al régimen de separación de bienes o al régimen de participación en las ganancias.

2. Los cónyuges deben contar con la facultad de pactar cláusulas modificatorias del régimen por el que optan.

4) Deber de informar.

La incorporación de regímenes optativos exige una amplia difusión de los efectos de cada régimen. Los profesionales del derecho y los funcionarios de la administración de Justicia y de los Registros públicos deben colaborar en brindar una adecuada información.

5) Tiempo de la opción.

Despacho A. La opción sólo puede realizarse antes de la celebración del matrimonio.

Despacho B. La opción o modificación de la anteriormente hecha también puede ser realizada durante el matrimonio.

Despacho C. En ningún caso se admitirá con posterioridad a la celebración del matrimonio, el cambio convencional del régimen de comunidad de ganancias al de separación de bienes.

6) Forma de la opción y de la modificación.

Despacho A. La convención matrimonial y su modificatoria deben ser hecha por escritura pública.

Despacho B. La convención matrimonial y su modificatoria deben ser hecha por escritura pública o por instrumento privado con homologación judicial.

7) Publicidad.

Despacho A. La convención matrimonial y su modificación deben ser anotadas marginalmente en el acta de matrimonio.

Despacho B. La convención matrimonial y su modificación deben ser anotadas, además en los registros de bienes.

Despacho C. El régimen patrimonial del matrimonio debe ser inscripto en la sección anotaciones personales del Registro de la Propiedad y también con relación a los bienes involucrados en el régimen patrimonial matrimonial acordado.

Despacho D. Se propicia la creación de un registro nacional de anotaciones de convenciones matrimoniales.

8) Compensaciones a posibles injusticias del régimen de separación.

La pensión compensatoria, con el debido ajuste del régimen alimentario para el cónyuge inocente, constituye una fórmula adecuada para enervar la injusticia que en algunos casos provoca el régimen de separación.

9) Operaciones necesarias para el cambio de régimen.

Para pasar del régimen de comunidad al de separación se debe liquidar previamente

la comunidad.

10) Otras propuestas.

En la comisión también se efectuaron propuestas relativas a:

A. La necesidad de citar a los terceros interesados en forma fehaciente cuando se pretende el cambio de régimen.

B. La exigencia de que la modificación sea siempre judicial y se escuche a los integrantes del grupo familiar.

C. La exigencia de que el Juez escuche siempre a los cónyuges personalmente, previo a la homologación de acuerdos de liquidación de la sociedad conyugal, pudiendo apartarse de lo convenido cuando el acuerdo resulte inequitativo.

D. Se prevean normas transitorias para los matrimonios celebrados antes de la vigencia de un nuevo régimen.

11) Experiencias del derecho comparado

En la comisión se escucharon importantes aportes relativos a la experiencia en la materia en tratamiento en Puerto Rico, Uruguay y Cataluña.

12) Presencias destacadas.

La Comisión agradece la presencia y participación de los Dres. Guillermo Borda y María Josefa Méndez Costa.

COMISIÓN N°6: SUCESIONES. EL FIDEICOMISO TESTAMENTARIO.

1) Normas aplicables.

Mayoría: El fideicomiso testamentario es una herramienta de suma utilidad para proteger el patrimonio de los menores.

Minoría: El fideicomiso testamentario es una herramienta de suma utilidad para proteger el patrimonio de los menores, en los casos de ineptitud del progenitor supérstite.

Las normas del fideicomiso testamentario deben armonizarse con los principios y reglas del derecho sucesorio. (unanimidad).

2) Interpretación del fideicomiso testamentario.

Mayoría: El juez no tiene facultades para modificar o integrar la manda fiduciaria.

Minoría: El juez está habilitado para disponer la integración o modificación de la manda fiduciaria a los fines de facilitar o posibilitar la constitución del fideicomiso testamentario, en base al principio de “conservación”.

3) Legítima.

De lege lata:

Mayoría: En el derecho vigente el fideicomiso testamentario no puede afectar la legítima, en ningún caso.

Minoría: En el derecho vigente la constitución del fideicomiso testamentario puede afectar la legítima cuando su finalidad sea beneficiar a herederos forzosos incapaces.

De lege ferenda:

Mayoría: Se recomienda como excepción al principio de inviolabilidad de la legítima, el caso en que el fideicomiso tenga como fin la protección de legitimarios incapaces.

4) El fiduciario y la celebración de contrato.

Mayoría: En el fideicomiso testamentario no resulta necesario la celebración de contrato entre la sucesión y el fiduciario.

Minoría: en el fideicomiso testamentario resulta necesario la celebración de contrato entre la sucesión y el fiduciario.

5) Registro de fiduciarios.

Mayoría: No resulta necesario ni conveniente la creación de un registro de fiduciarios designados en fideicomisos testamentarios.

La publicidad del fideicomiso testamentario se logra en el proceso sucesorio.

Minoría: Resulta conveniente la creación de un registro de fiduciarios ya aceptantes, teniendo en cuenta las facultades del fiduciario y el objeto del fideicomiso.

6) El fiduciario, el beneficiario y el fideicomisario.

- El fiduciario es un sucesor mortis causa del testador fiduciante, y titular de un dominio imperfecto, al que se le aplican todas las reglas sobre aceptación o renuncia de la herencia. Por mayoría.

- El fideicomisario es un sucesor mortis causa del testador fiduciante. Por mayoría.

- El beneficiario es un legatario de frutos o de prestaciones periódicas de dinero y tiene un derecho personal a obtener que el fiduciario cumpla las prestaciones a su cargo. Por mayoría.

7) El fideicomiso testamentario como instrumento para la obtención de los concebidos dentro o fuera del seno materno.

De lege lata:

- El fideicomiso testamentario resulta un instrumento eficaz para proteger derechos de “concebidos no nacidos”, hayan sido éstos procreados dentro o fuera del seno materno. Por unanimidad.

- Puede el testador designar sustitutos para el caso en que los “concebidos”(fideicomisarios) no nacieren con vida. Por mayoría.

- Si no hubiera el testador designado sustitutos, el nacimiento sin vida de los fideicomisarios hace cesar el fideicomiso, si el testador no hubiere formulado otra disposición; y los bienes fideicomitados deben transmitirse a los herederos del fiduciante. Por mayoría.

8) De lege ferenda: Plazo de vigencia del fideicomiso e implante de embriones crioconservados.

En minoría: Debería estipularse un plazo para la implantación de los embriones crioconservados, a fin de que el destino de los bienes sujetos a fideicomiso y los frutos percibidos no queden indefinidamente supeditados a estos nacimientos con vida.

9) De lege ferenda: Sustitución fideicomisaria en el remanente.

Puede designarse fideicomisario en el remanente de los bienes de titularidad del heredero, a quien los mismos le hubieran sido transferidos “mortis causa”, cuando éste hubiera sido declarado incapaz o estuviera en trámite el juicio de interdicción a la fecha del nombramiento del fideicomisario. La sustitución fideicomisaria quedará sin efecto en lo que exceda a la porción disponible, si el heredero tuviera sucesores legítimos; y en su totalidad en caso en que recobrase la salud o bien si el fideicomisario violara la obligación de cuidado del incapaz, si hubiere estado a su cargo. Por mayoría.

COMISIÓN N°7: RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS PARA LA INTEGRACIÓN DEL MERCOSUR.

De resultas del debate producido, se elaboraron las siguientes **conclusiones:**

La existencia de un mercado común, como el que se pretende en el Mercosur, depende en gran medida del acierto en las soluciones contractuales. La constitución del mercado integrado genera una carencia (laguna) histórica en la materia, que debe ser debidamente solucionada, pues el régimen jurídico contractual puede beneficiar o perjudicar el proceso integrador. Es relevante considerar las señales jurídicas que se emitan el marcado y la confianza que se genere en el mismo, buscando soluciones a la vez útiles, justas, seguras y eficaces.

Las respuestas del régimen internacional actual, en cuyo ámbito ocupan lugares de destacada importancia los Tratados de Montevideo, no son satisfactorias, sobre todo porque, como en el caso de dichos convenios, a veces no otorgan el debido espacio a la autonomía de las partes. Un régimen integrador exige que para la dinámica del mercado las partes sean protagonistas importantes en la solución de sus conflictos. Con miras al perfeccionamiento que requiere el nivel de soluciones internacionales, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales puede no resultar adecuada por la combinación de la excesiva flexibilidad de sus soluciones y la gran amplitud de su ámbito de aplicación.

En última instancia el proceso integrador requiere normatividades propias, con un espíritu de acercamiento y desarrollo que excede el nivel meramente internacional. En este sentido, es posible que las soluciones conflictuales deban ser progresivamente reemplazadas por respuestas sustanciales.

Una vía de acercamiento entre los derechos del Mercosur es la armonización conflictual y sustancial. El régimen de los contratos del Mercosur debe tener en cuenta un nivel de soluciones generales y otro referido a los contratos que requieran a su vez, respuestas específicas.

Sin caer en transposiciones que ignoren las particularidades mercosureñas, es posible aprovechar al respecto la experiencia que viene produciendo la Unión Europea, donde se ha recorrido un camino que pasa por la Convención sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de Roma de 1980 y los esfuerzos actuales para su superación.

Se considera que, en cuanto concierne a los contratos internacionales, el Libro VIII del Proyecto de Código Civil actualmente en tratamiento parlamentario, es una base idónea para la discusión de un nuevo régimen argentino de fuente interna.

COMISIÓN N°8: DERECHO ROMANO. Tema: “EL CONTRATO”

Esta comisión, luego de transcribir de manera sucinta las ponencias presentadas, se expidió como sigue:

Vistos los trabajos presentados y que fueran debatidos en el seno de esta Comisión, la misma se expide en el sentido de enfatizar la conveniencia de priorizar en los contratos actuales, la pervivencia de las ideas rectoras del derecho romano. Estos

principios, por su naturaleza supraespacial y atemporal, constituyen herramientas imprescindibles para la solución de los conflictos derivados de las negociaciones modernas. En las políticas actuales de unificación legislativa se torna imperiosa la presencia de estos principios, para la construcción de un sistema jurídico común a los pueblos latinoamericanos.

COMISIÓN N°9: Tema Interdisciplinario: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

1. - El Estado responde por los daños derivados de las actividades, lícitas o ilícitas, de sus tres poderes y por el riesgo o vicio de las cosas de las que sea propietario o guardián.
2. - La responsabilidad del Estado se sustenta en los principios constitucionales del Estado de Derecho.
3. - La obligación de reparar del Estado se rige por el derecho común, salvo que exista norma específica.
4. - La responsabilidad del Estado por el actuar de sus órganos es directa y objetiva.
5. -
 - a) El resarcimiento debe ser integral, comprendiendo el daño material y moral. (15 votos)
 - b) La reparación del daño debe ser plena en los actos ilícitos, limitándose a las consecuencias inmediatas y necesarias -patrimoniales y extrapatrimoniales- en los actos lícitos, salvo que exista dolo o malicia. (3 votos)
6. - La responsabilidad del Estado comprende los daños causados tanto por acción como por omisión.
7. - La responsabilidad del Estado por omisión procede no sólo cuando se infringe el mandato establecido en una norma especial, sino también cuando se transgreden los principios que informan el ordenamiento jurídico.
8. - La responsabilidad personal del funcionario público fundada en el art. 1112 C.C. es:
 - a) objetiva. (4 votos).
 - b) subjetiva. (16 votos).
9. - Los jueces responden cuando se hayan agotado las vías recursivas, siempre y cuando haya promediado dolo o culpa. Para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil:
 - a) No es necesario el desafuero del magistrado. (11 votos).
 - b) Es necesario el desafuero del magistrado. (7 votos).
10. - Los entes reguladores son responsables frente al usuario por el daño derivado del incumplimiento de los deberes que le imponen las normas vigentes. La responsabilidad es extracontractual y, en su caso, concurrente con la del prestador de servicios públicos.
11. - El Estado es responsable en forma directa y objetiva por los daños derivados de los incumplimientos incurridos por los entes reguladores. La responsabilidad es concurrente con la de los entes reguladores y, en su caso, con la del prestador del servicio. (Abstención: Trigo Represas, Reyna, Etchevesti, Martínez, Guarnieri,

Toniollo, Waibsnader).

12. - El Estado tiene una responsabilidad de naturaleza objetiva por los daños causados o sufridos por los alumnos menores de los establecimientos educativos públicos, en las condiciones del art. 1117 C.C.
13. - En caso de insolvencia del titular del establecimiento educativo el Estado responde por la omisión de controlar la contratación del seguro obligatorio (art. 1117 C.C.)
14. - La responsabilidad del Estado por omisión incluye el incumplimiento de los Tratados Internacionales.

COMISIÓN N°10: “Derecho Privado Comparado. LAS PENAS PRIVADAS”

I. DE LEGE LATA:

1. - La sanción o punición de ciertos ilícitos contractuales o extracontractuales mediante la imposición de penas privadas no es ajena a nuestro derecho vigente, y se manifiesta en institutos como la cláusula penal, los intereses punitivos, sancionatorios, astreintes, entre otros. (Unanimidad).
2. - Sin embargo, el actual sistema normativo en materia de penas privadas es insuficiente y requiere de una pronta reforma legislativa que las recepte con mayor amplitud. (Unanimidad).
3. - No estando prevista la regulación de condenaciones punitivas o daños punitivos o multas civiles dentro de la sistemática legal del código civil, su admisión por vía jurisprudencial pone en riesgo garantías y derechos constitucionales. (Unanimidad).

II. DE LEGE FERENDA:

1. - Es aconsejable la implementación de multas civiles, con carácter de penas privadas legales, para sancionar graves inconductas mediante la imposición al responsable de una suma de dinero. (Unanimidad).
2. - Las penas privadas no están alcanzadas por las garantías constitucionales propias del proceso penal (vgr. “Non bis in idem”, prohibición de autocriminación, personalidad de la pena, etc.) Es preciso, en cambio, que ellas no sean excesivas y que resulten respetadas las garantías constitucionales del debido proceso y el derecho de defensa. (Unanimidad)
3. - Las penas privadas tiene por finalidad prevenir graves inconductas futuras ante el temor que provoca la sanción; reflejar la desaprobación social frente a éstas; en su ámbito específico proteger el equilibrio de mercado; y dismantelar los efectos de ciertos ilícitos, particularmente los de carácter lucrativo. (Unanimidad).
4. -
 - POSICIÓN A).- Conviene limitar la ampliación de penas privadas a casos de particular gravedad, caracterizados principalmente por el menosprecio a los derechos del damnificado o a intereses de incidencia colectiva y a los supuestos de ilícitos lucrativos. (Mayoría).
 - POSICIÓN B).- Sólo procede la aplicación de penas privadas en los casos de ilícitos lucrativos. (minoría)

5. -

POSICIÓN A).- Es necesario que medie reproche subjetivo en la conducta del sancionado. (mayoría)

POSICIÓN B).- Cuando la finalidad de la pena apunte a desmantelar los beneficios obtenidos por el dañador será suficiente la culpa. Cuando la finalidad sea prevenir graves inconductas y reflejar su desaprobación será necesaria una culpa calificada. (minoría).

6. - Es prudente establecer como requisito de admisibilidad de las condenaciones punitivas la existencia de un daño resarcible individual o colectivo causado por el sancionado. (unanimidad)

7. -

POSICIÓN A).-El destino de la pena debe ser librado por la ley a la prudente determinación judicial por resolución fundada. (mayoría)

POSICIÓN B).- En caso de un particular damnificado el importe debe ser atribuido a la víctima. En caso de daños a intereses difusos debe ser destinado al Estado o a organismos que propendan a aquéllos fines (liga de consumidores, asociaciones ambientalistas, etc.) (segunda minoría)

POSICIÓN C).-En principio, si media petición de parte, una porción de la condenación punitiva deberá adjudicarse a la víctima, y la otra (mayor) a entidades de bien público. (primera minoría)

8. - Las penas privadas sólo pueden ser aplicadas a petición de parte. (unanimidad)

9. - Pueden ser sujetos pasivos de las penas privadas tanto las personas físicas como jurídicas, públicas o privadas. (unanimidad)

10. - Como regla las penas privadas no son asegurables . (unanimidad)

11. - Deben considerarse como pautas orientadas para la fijación de la cuantía de la condenación punitiva, entre otras, los siguientes: a.) la índole de la inconducta del dañador; b) el beneficio obtenido por éste; c.) su caudal económico; d.) la repercusión social de su inconducta o del daño ocasionado; e.) la posibilidad de la reiteración de la conducta vituperable si no mediara condena pecuniaria; f.) la existencia de otros damnificados con derecho de reclamación; i.) la actitud de dañador con posterioridad al hecho que motiva la pena. (unanimidad).

12. - Es pausable la regulación específica de las multas civiles que efectúa el Proyecto de Código Civil de 1998 en su art. 1587. (unanimidad)

a.) Agregado suscripto sólo por el Dr. Tale: Sin embargo el enunciado propuesto debe corregirse de modo tal que: a) exprese la aplicación judicial en términos imperativos cuando medie pedido de parte; b) se elimine la ambigüedad que puede suscitarse respecto de su aplicabilidad a las personas jurídicas por culpa de sus dependientes; c) exprese la no asegurabilidad de la sanción; d) se elimine la vaguedad del destino del importe de la multa.

b.) Agregado de los Dres. Galdós, Piaggio y Vetrano al art. 1587 proyectado: “si la aplicación simultánea de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un mismo hecho provocara un exceso irrazonable de punición, el juez civil podrá dejar sin efecto la multa administrativa, incluirla o computarla a los fines de lo previsto en este artículo. En tal supuesto de excepción, el juez civil podrá

decretar la incapacidad al caso de la multa civil.”

PARA EL DERECHO URUGUAYO:

1. Debe reafirmarse el carácter polidimensional de las penas privadas en el sistema de derecho civil uruguayo.

2. Las propiedades multidimensionales de las penas privadas en el derecho civil uruguayo están marcadas básicamente por su función sancionatoria y por su función de garantía o de aseguramiento por riesgos de incumplimiento.

3. Sin perjuicio de ello y en como resultado de la investigación propuesta en esta ponencia, debe entenderse técnicamente que la función de garantía está eliminada al no ser íntegra, cuando opera el mecanismo de reducción al tenor del artículo 1370 del código civil oriental, porque el abatimiento de la sanción a prorrata de lo cumplido parcialmente resulta configurar en definitiva una reducción de la multa no obstante la inejecución puesto que un cumplimiento parcial constituye finalmente una hipótesis de incumplimiento desde la perspectiva de la integridad sustancial de interés del acreedor y de la correspondiente infraestructura óptica del incumplimiento en sí mismo.

COMISIÓN N°11: “ENSEÑANZA DEL DERECHO. MÉTODOS DE ENSEÑANZA”

DESPACHO POR UNANIMIDAD

Las características contemporáneas y el cúmulo de información impiden la posibilidad de incorporar conocimientos teóricos al modo tradicional. La tarea docente consiste en dotar al alumno de pautas de razonamiento, criterios de resolución, herramientas de manejo y búsqueda de información que le permitan hallar soluciones efectivas a los problemas que se le plantean. En consecuencia,

LA COMISIÓN RECOMIENDA:

Principios Generales

- Llevar la enseñanza del derecho hacia la comprensión, fundamental en la formación profesional, requiriendo para ello la incorporación de contenidos conceptuales, procedimentales y actitudinales.
- Poner en práctica la enseñanza de cada institución, integrándola a otras afines
- Que cuando se enfoque cada institución jurídica se lo haga en el contexto fáctico imperante en la época –sustrato social, económico, cultural, entre otros- sin descuidar los antecedentes históricos y progresos científicos.
- Enseñar al alumno a interpretar el derecho y no brindarle el derecho interpretativo.
- Incorporar métodos de enseñanza participativos y reflexivos, así como también un sistema de evaluación acorde.
- Tener como meta principal del aprendizaje fomentar el análisis crítico, para exaltar el pensamiento y la reflexión, proponiendo incorporar la investigación académica en la Carrera de Abogacía.
- Que la enseñanza práctica del Derecho Privado se realice gradualmente partiendo

de conceptos teóricos básicos y fundamentales.

- En los primeros años de la carrera, guiar a los estudiantes en el razonamiento a través de preguntas orientadoras que lleven a distinguir las situaciones fácticas relevantes, encuadrándolas en las instituciones jurídicas y normas de aplicación.
- El planteo de esos casos prácticos extraídos de la jurisprudencia, adaptados al nivel de conocimiento de los alumnos
- Que el conocimiento teórico que adquieren los alumnos se complete con el desarrollo interactivo en las clases.
- Que a partir del método de enseñanza descripto incorporados los conocimientos básicos y logradas algunas habilidades operacionales, el estudiante estará en condiciones de participar en seminarios o talleres de práctica jurídica.
- Que en las clases magistrales así como también en la labor de los auxiliares de cátedra se tendrá en cuenta los aspectos prácticos de la materia que conlleven virtualidad disparadora en el ánimo de los alumnos, a fin de estimular su participación.
- La implementación de la carrera docente, en la búsqueda de perfeccionamiento y la orientación pedagógica de los profesores.
- Valorizar el papel de los auxiliares docentes como orientadores de la enseñanza grupal, bajo la supervisión de los profesores.
- Que la enseñanza se instrumente teniendo en cuenta diversos momentos: a) evaluación inicial –conocimientos previos-, b) evaluación de resultados –al término de cada una de dichas etapas-.

Currícula:

1. La duración anual del dictado de las asignaturas: Elementos del Derecho Civil (Parte General), Obligaciones (Civiles y Comerciales), Contratos (Civiles y Comerciales), Derechos Reales y Derecho de Familia y Sucesiones.
2. Incorporar como materia obligatoria, en el contexto de la enseñanza basada en el sistema continental europeo, de “Instituciones de Derecho Romano” en el primer año de la Carrera.
3. Incorporar las materias: Derecho de la Integración y Comunitario, Derecho de Daños, Derecho del Consumidor y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.
4. Implementar un régimen adecuado de pasantías en que el estudiante pueda tomar contacto con la realidad del ejercicio profesional.

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA EJECUCIÓN PENAL.
REFERENCIA A LA LEY DE EJECUCIÓN PENAL BONAERENSE.**

Autor: Paula Gorsd – Cámara de Apel. y Gtías. Penal – San Isidro

*«...pobrecitos creían que libertad
era tan sólo una palabra aguda
que muerte era tan sólo grave o llana
y cárceles por suerte una palabra esdrújula
olvidaban poner el acento en el hombre...»*

Mario Benedetti, «Hombre preso que mira a su hijo»

Introducción.

La idea de este trabajo es generar un primer acercamiento respecto de algunas cuestiones referentes a la ejecución penal, con un enfoque sobre la situación de la Provincia de Buenos Aires, a propósito de la sanción de la ley 12.256 «Ley de Ejecución Penal Bonaerense»¹. Plantearemos por un lado el problema de la competencia legislativa en materia de ejecución penal, en particular la aplicación espacial de la ley 24.660 de «Ejecución de la Pena Privativa de Libertad»² y por otra parte algunas cuestiones vinculadas a la situación de las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria firme.

Nos interesa señalar, adelantándonos a la segunda parte de este trabajo, que han sido tratados por la doctrina en general distintos problemas vinculados con los plazos temporales de la prisión preventiva, pero no ha ocurrido lo mismo en lo que respecta al régimen al que deben estar sometidos los procesados. Esta cuestión no ha tenido mayor trascendencia en el ámbito de la doctrina tradicional. Sin embargo creemos que el tema reviste importancia, no solo porque involucra la aplicación de principios constitucionales que rigen toda la etapa del procedimiento penal hasta la eventual sentencia condenatoria firme, sino porque nuestra realidad, en todo el territorio nacional, y en particular en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires muestra que quienes se hayan privados de libertad, son en su mayoría personas que no tienen sobre sí el peso de una condena firme y por ende gozan del principio de inocencia. Así, esta característica actual puede evidenciarse fácilmente, observando

1. La Ley 12.256 fue publicada en el Boletín Oficial el 25 de Enero de 1.999, también derogando expresamente -art. 225- la Ley 5.619, anterior Código de Ejecución Penal de la Pcia. de Buenos Aires.

2. La Ley 24.660 fue sancionada el 19 de Junio de 1.996, promulgada el 8 de Julio de 1.996 y derogó - a través del art. 230 - expresamente a la Ley Penitenciaria Nacional, Decreto Ley 412/58 ratificado por la Ley 14.467. (En adelante L.E.P.)

las cifras arrojadas por el Servicio Penitenciario Bonaerense, que por ejemplo en el mes de octubre de 1.999³ muestra que de 12.379⁴ internos/as alojados/as en las diversas unidades del ámbito provincial, 11.069 (89.4%) lo están en carácter de procesados y 1.310 en calidad de condenados (10.6%). No debe además olvidarse, que estas cifras excluyen los datos de las personas privadas de libertad que no están asignadas a unidades penitenciarias por diferentes motivos y que sufren su detención en las sedes de las dependencias policiales⁵. Las cifras señaladas denotan por sí solas la relevancia de la cuestión que hemos decidido abordar en la segunda parte de este trabajo, aunque sin agotar el tema.

Este debate, se da en el marco de un proceso de reforma del régimen de cumplimiento de penas y de encarcelamiento preventivo. El primero viene dado principalmente por la sanción en el ámbito nacional de la Ley 24.660 y en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires por la sanción de la Ley 12.256, y por la puesta en vigencia del nuevo ordenamiento procesal de la provincia, Ley 11.922⁶.

Referencia sobre la competencia legislativa en materia de ejecución penal.

La cuestión relativa a la determinación de la competencia legislativa en materia de ejecución penal no ha sido una cuestión pacífica. Es en realidad un problema del Derecho Constitucional que viene determinado por la adopción de la forma Federal de Estado que ha hecho nuestro Constituyente. Dicha elección se encuentra sintéticamente explicitada a través del art. 121 de la C.N. en tanto «Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación» y una de las expresiones de la delegación al Congreso Nacional es la constituida por el art. 75 inc. 12 en cuanto le corresponde entre otras atribuciones dictar el Código Penal. En lo que aquí interesa el debate ha transcurrido implícitamente alrededor de las facultades del Poder Legislativo nacional para sancionar las leyes que regulan la ejecución de las penas. Nos limitaremos a señalar algunas de las posturas de la doctrina - que analiza como se ha planteado la cuestión en la legislación vigente - conscientes de la complejidad del problema y de que un estudio en detalle excede los objetivos de este trabajo.

En palabras de Marcos Salt éste «no es un asunto menor. Se trata nada menos que de la determinación del marco legal que, cumpliendo con las exigencias derivadas

3. Datos obtenidos del Servicio Penitenciario Bonaerense, Dirección de Régimen Penitenciario, Registro General de Internos. Distribución de Internos según Unidad de Alojamiento al 25 de Octubre de 1.999.

4. Este total no incluye a los internos con medidas de seguridad.

5. Los datos cuantitativos de las personas alojadas en comisarías son de muy difícil acceso, pero de todos modos es posible afirmar que la mayoría de ellos no están cumpliendo pena sino que están encarcelados preventivamente.

6 Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, Ley 11.922 (B.O. 23/1/97) y modificatorias. Entrada en vigencia: 28 de Septiembre de 1.998. En adelante C.P.P.A.

del principio de legalidad, definirá las características que tendrán las penas privativas de la libertad en nuestro país regulando todos los aspectos que hacen a la situación jurídica de las personas privadas de libertad. La cuestión tiene también importantes consecuencias prácticas en el “proceso de determinación de la pena” que se acrecientan en la medida en que se profundiza en el Derecho de ejecución penal la tendencia a acentuar la indeterminación del contenido cualitativo de la pena y las posibilidades de su modificación durante la ejecución.»⁷

La L.E.P. define las características cualitativas que tienen las penas privativas de libertad en todo el país, cumplimentando la exigencia constitucional del «nullum poena sine lege»⁸, determinando a través de su art. 229 su complementariedad con el Código Penal. Asimismo establece en su art. 228 que la Nación y las provincias procederán en el plazo de un año desde la vigencia de la ley a revisar su legislación y las reglamentaciones existentes a efectos de concordarlas con estas disposiciones. Esta dos normas⁹ mantuvieron vivo el debate acerca de la aplicación directa de la ley que comentamos a todo el territorio nacional. Este debate no zanjado aún, puede advertirse desde antiguo según Zaffaroni quien señala que al fundar Rodolfo Moreno (h) el despacho de la Comisión acerca del Código Penal, el 21 de agosto de 1917 expresaba: «Es necesario que se dicte la ley carcelaria, una ley en la que se establezca el régimen de la penalidad en primer término, pero el régimen de la penalidad en toda la República y bajo el sistema progresivo, si fuera posible, porque hoy en cada cárcel, en cada provincia y en cada lugar se cumplen las penas como les parece oportuno a los gobiernos locales, es decir que, habiendo o debiendo haber un solo Código Penal, la aplicación de las represiones se hace de manera totalmente diferente en unos y otros lugares, como si no pertenecieran todos al mismo país»¹⁰.

7. Ribera Veiras, Iñaki y Salt, Marcos, *Los derechos de los reclusos*, Editores del Puerto, en prensa.

8. La exigencia de ley previa al hecho que se juzga, no se sule con la previsión anterior en el C.P. de las escalas numéricas respectivas de los tipos penales de la parte especial. En este sentido señala Ferrajoli que entre los principios que forman parte de la noción legal de pena se encuentra el de **estricta legalidad de las penas** que tiene tres significados: a) reserva de la ley: sólo la ley formal está habilitada para introducir o modificar las penas; b) tipicidad o taxatividad de las penas: son penas todas aquellas y sólo aquellas descriptas cualitativa y cuantitativamente por la ley; c) predeterminación legal de las penas: las penas pueden ser impuestas sólo en las hipótesis (en presencia de delitos) y en las medidas (de un mínimo y un máximo) preestablecidas por la ley. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, pag 717 y ss. Tercera edición en español, Madrid [1998].

9. En igual sentido que su predecesora en los arts. 131 y 132 que decían respectivamente: «Esta ley se tendrá por complementaria del Código Penal» y «La Nación y las provincias procederán, dentro del plazo de ciento ochenta días (...) a revisar la legislación y las reglamentaciones penitenciarias existentes, a los efectos de concordarlas con las disposiciones contenidas en este decreto-ley».

10. Cámara de Diputados de la Nación, *Legislación penal y carcelaria - Proyectos*

Las opiniones doctrinarias mayoritariamente concuerdan en que el Congreso Nacional tiene facultad para legislar en materia penitenciaria, y que las leyes dictadas sobre la materia son directamente aplicables en todo el territorio nacional, por los jueces nacionales y locales según que las cosas o las personas determinen su jurisdicción. Pero podemos ubicar dos líneas distintas en cuanto a la exclusividad de dicha competencia, es decir: respecto de que la ley nacional se aplica en forma automática no hay dudas¹¹, la cuestión es si las provincias, además de aplicar esta ley, pueden dictar normas sobre la determinación de la pena en la faz ejecutiva, dentro del marco establecido por la ley nacional o si sólo pueden dictar normas procedimentales y administrativas.

Así Salt¹² sostiene que -además del argumento señalado por la mayoría de la doctrina en cuanto a la necesidad de garantizar que las personas privadas de libertad reciban un trato «igual» en los términos del art. 16 de la C.N.- la necesidad de legislar de manera uniforme para todo el país sobre el contenido de las penas privativas de libertad se extrae «principalmente de una correcta interpretación acerca del alcance y las consecuencias del principio de legalidad ejecutiva (art. 18 C.N.) que de manera clara, **exige al Congreso de la Nación el dictado de normas materiales que definan el contenido cualitativo de las penas antes de la comisión del hecho ilícito.**»¹³

presentados por el Sr. Diputado Rodolfo Moreno (h), Bs.As. 1922, p. 16. La cita pertenece a Eugenio Zaffaroni y Alejandro Slockar en el dictamen del Dpto. de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la U.B.A. sobre el proyecto de Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad de la Pcia. de Córdoba, cuya autoría pertenece a la Sra. Diputada Martha Arana.

11. La posición favorable respecto de la constitucionalidad de la ley nacional era ya sostenida por Ricardo Nuñez (ver Derecho Penal Argentino, Parte general, Tomo II, pag. 377/380 y ss. Ed. Bibliográfica Omega, Buenos Aires, 1960) respecto del decreto - ley 412/58 sosteniendo que «Constitucionalmente la unidad del régimen de ejecución penitenciaria deriva de la facultad que tiene el Congreso para dictar el Código Penal (C.N., art. 67 inc. 11). Esta facultad involucra la de regular todo lo atinente a las modalidades del régimen de ejecución de las penas que impone, pues sólo así la Nación habrá determinado las penas que conmina, posibilitando la vigencia de la garantía del nulla poena sine lege (C.N., art. 18)...». En igual sentido, Sebastián Soler (Derecho Penal Argentino, T. II, 9ª Reimpresión total, Ed. TEA, Buenos Aires, 1.983, pag. 379/380), quien entendía - en relación con la sanción de la Ley Penitenciaria Nacional (Dto. - Ley ratificado por la ley 14.467) - que «no era razonable que el contenido de las penas privativas de libertad pudiera experimentar variaciones fundamentales que la desnaturalizaran según fuera la provincia en que se cumplieran»; Eugenio Raúl Zaffaroni, (Tratado de Derecho Penal. Parte General T.I, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1996, pag. 200/209); Carlos Fontán Balestra (Tratado de Derecho Penal T.III Bs. As. 1966, pag. 346) y Marcó del Pont, (98-99). En cambio Italo Luder (en «La Ley Penitenciaria Nacional, complementaria del Código Penal», Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, Ministerio de Gobierno, La Plata, Pcia. de Buenos Aires, N° 2, 1958) sostenía su inconstitucionalidad de la regulación nacional, por entender que se trataba de una materia no delegada por el anterior art. 67 inc. 11 (hoy 75 inc. 12) de la C.N..

12. Idem nota 7.

13. Idem nota 7.

Finalmente concluye que «la solución a la disputa sobre las competencias legislativas del Estado federal y las provincias en materia de ejecución penal requiere, por lo tanto, discriminar en el texto de la Ley de Ejecución, cuáles son las normas del Derecho penal material (definición legal del contenido de la pena), las procesales y las de Derecho administrativo. En lo que respecta a las normas penales materiales, es para mí claro que integran el derecho común que, por mandato constitucional, corresponde al Congreso de la Nación. En estos aspectos, la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad tiene plena vigencia en todo el territorio del país sin que ni siquiera sea necesario que las provincias dicten leyes de adhesión o modifiquen sus normas tal como pretende el artículo 228 de la Ley 24.660. En el caso de las normas procesales o administrativas, al ser estas facultades legislativas reservadas por las provincias, deben ser dictadas por las autoridades legislativas provinciales¹⁴. Sólo a estas últimas normas puede referirse el artículo 228 de la Ley 24.660: La indicación a las provincias sobre la necesidad de adecuar su legislación al nuevo texto normativo se refiere a las normas procesales y administrativas y no a las reglas de fondo que se aplican desde la sanción de la ley sin necesidad de pronunciamiento alguno por parte de las legislaturas provinciales.»¹⁵

También en esta línea se ubica Vicente¹⁶ en cuanto entiende que «se trata de establecer si aquellos aspectos que hacen a los derechos humanos de los detenidos en unidades penitenciarias (condenados o encausados) toleran una distinción del tipo propio del derecho administrativo en nuestro país, de manera tal que la regulación por parte de la autoridad nacional, una vez en vigencia, no pueda ser aplicada por la autoridad provincial a los detenidos sometidos a su jurisdicción sin una previa ley local que recepte esos principios». A su juicio, la ley 24.660, en aquellos aspectos que hacen a la determinación de los principios y modalidades básicas de ejecución de las penas, las normas de trato, la regulación del trabajo y la formación profesional, la educación, la asistencia médica, espiritual, social, postpenitenciaria, el régimen de establecimientos para mujeres y menores adultos y las disposiciones complementarias de los arts. 220 a 222, no resulta «ser otra cosa que el desarrollo reglamentario mínimo común uniforme de los derechos que a toda persona privada de su libertad le reconocen las normas con jerarquía constitucional involucradas (...), por virtud del Bloque de Constitucionalidad federal que introduce la manda

14. Cita este autor en el mismo sentido a Julio Maier «quien analiza diversas normas de los códigos procesales provinciales de nuestro país y resalta la presencia de normas penales de derecho común en el ámbito de la ejecución penal: “Lo único que es posible disciplinar respecto de la ejecución penal en los códigos procesales locales es el procedimiento ejecutivo para lograr las distintas decisiones relativas a la realización de la pena o las medidas de seguridad y la organización y competencia de los órganos públicos que en ello intervienen.” Cf. La ordenanza procesal penal alemana, Depalma, 1982, p. 374.»

15. Idem nota 7.

16. Daniel Eduardo Vicente, «Personas privadas de la libertad. Sus derechos de jerarquía constitucional federal (La ley 24.660 y su inmediata aplicación) en L.L. 1996 - E, Sec. Doctrina.

contenida en el inc. 22 del art. 75 de la C.N.». De todos modos, el autor que comentamos, sobre el final de su artículo deja entrever la posibilidad de que los órganos provinciales dicten normas que garanticen en mejor forma los derechos regulados por el régimen nacional. Entiende que «lo más que podrá admitirse a la autoridad administrativa y legislativa local será, respectivamente, dictar en el marco de la regulación nacional las reglamentaciones pertinentes que no alteren el sentido de la ley en cumplimiento de aquella olvidada manda del art. 128 de la Constitución Nacional (...) que garanticen en mayor medida lo regulado en aquella ley nacional.»¹⁷ Por su parte Zaffaroni y Slokar¹⁸, entienden que «debe adoptarse con valor general el criterio de la competencia nacional para la sanción de una ley marco, fundando el mismo en la necesidad de que las garantías constitucionales se realicen conforme a un criterio mínimo parejo para todo el país. Más allá de los criterios políticos de los legisladores locales, no puede llevarse el principio federal hasta el extremo de negar el principio republicano: este último demanda un mínimo de racionalidad, que no puede ser lesionado sin violar la Constitución...». De esta forma, llegan a la conclusión de que los arts. 228 y 229 de la L.E.P. «son constitucionales, en tanto se los entienda como asignando a dicha ley el carácter de marco garantizador mínimo para las respectivas legislaciones provinciales. Esto significa que en esta materia las provincias pueden dictar sus propios códigos y perfeccionar en ellos los principios limitadores y las garantías más allá de lo que lo hace la ley nacional, pero nunca legislar en forma menos limitadora ni con menores garantías»¹⁹.

Sergio Delgado²⁰, analizando esta misma cuestión sostiene que «la incorporación al Código Penal de la (...) Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad (en su art. 229), importó, siquiera parcialmente, el ejercicio de la atribución delegada al Congreso Federal y **hoy torna (...) vigente la proscripción constitucional para que las provincias legislen en materia de ejecución penitenciaria**²¹, en lo ya decidido por el legislador nacional.» Pero advirtiendo las ya existentes reglamentaciones provinciales referentes al tema - y haciendo extensiva la cuestión a las normas dictadas con posterioridad a dicha ley -, brinda una solución para las contradicciones normativas. Con base en que nuestra Constitución hoy garantiza como finalidad esencial del régimen penitenciario la reforma y la readaptación social de los penados (cf. C.N. art. 18, 75 inc. 22, PIDCyP art. 10

17. *Idem* nota 16.

18. *Dictamen...* (ver nota 10).

19. *Frente a esta posición - advierte Salt - la posibilidad de desigualar nuevamente la situación jurídica de las personas privadas de libertad ya no en virtud de la inexistencia de un régimen único nacional, sino en tanto exista una regulación más beneficiosa en una provincia (v. gr. posibilidad de obtener salidas transitorias con menor lapso temporal de encierro), circunstancia que no podría aprovechar el interno de otra jurisdicción.*

20. *Delgado, Sergio. Conferencia inédita pronunciada en la ciudad de Rosario el 31 de Octubre de 1.997.*

21. *El subrayado pertenece al autor.*

punto 3 y CADH art. 5 punto 6), sostiene que en materia de ejecución penal rige el principio de *ley más idónea para la resocialización*; entonces, «en los casos en que las actuales o futuras normas provinciales no concuerden con las disposiciones nacionales en materia penitenciaria, la autoridad judicial de aplicación tendrá que determinar si la disposición provincial reglamenta mejor y más ampliamente la finalidad esencial de readaptación social (...), en cuyo caso corresponderá su aplicación al caso con primacía sobre el orden legal federal para respetar la supremacía, en el caso concreto de la disposición federal suprema que lo rige (la Constitución), debiendo declararse la inconstitucionalidad de la norma nacional»²² para ese caso.

Suscriben a esta postura que señala a la legislación nacional como marco mínimo Ceruti y Rodríguez²³ en cuanto «se entiende que las provincias tendrán la oportunidad de adaptar sus sistemas de ejecución de pena de acuerdo con lo que dispone esta ley²⁴, la que de esta manera se convierte en un plexo de reglas mínimas, a partir de las cuales se podrá construir, en la misma dirección, nuevas ideas y desarrollo de los principios en ella consagrados...». Así concluyen que «el cuerpo jurídico que se establece en esta ley 24.660 debe conformar un piso a partir del cual cada legislación podrá maximizar sus desarrollos y energías en procura de alcanzar los objetivos y proposiciones estatuidas, en función de un mayor respeto por la dignidad del hombre y su consecuente valor inmanente.»²⁵

A esta altura importa señalar que en primer lugar la cuestión relativa a la determinación de las condiciones materiales en las que se va a desarrollar el cumplimiento de la ejecución de la pena privativa de libertad, no es una cuestión procedimental ni administrativa, sino antes bien, hace a la plena vigencia del principio de humanidad de las penas y al debido trato que deben recibir las personas privadas de libertad, principio que, viene hoy reafirmado por la normativa internacional de

22. *Delgado señala que debe tenerse presente que «el haber excedido la Nación o las provincias sus respectivas competencias legislativas genera la existencia de un ordenamiento jurídico anómalo, que puede y debe ser corregido por los órganos legislativos respectivos». Entendemos que dicha consideración enfrenta entonces a la decisión legislativa de determinar las cuestiones de fondo que hacen a la determinación ejecutiva (cuantitativa y cualitativa) de la pena, de las de procedimiento y administrativas (tarea que en muchos aspectos no es sencilla), permitiendo de esa forma delimitar de manera más clara los ámbitos de la competencia. La circunstancia reseñada, opina Delgado, «no obliga a ningún tribunal declarar la inconstitucionalidad si en el caso concreto las interpretaciones de ambas normas - federal de derecho común (...) y local (...) no entran en conflicto. Lo contrario importaría una declaración de inconstitucionalidad genérica, extraña a nuestro sistema de contralor constitucional.» Conferencia... ya citada.*

23. *Ceruti, Raúl A. y Rodríguez, B. Guillermina. «Ejecución de la Pena Privativa de Libertad (Ley 24.660). Comentada y Anotada.» Ed. La Roca, Buenos Aires, 1.998.*

24. *Comentario al art. 228 de la Ley 24.660.*

25. *Comentario al art. 229 de la Ley 24.660.*

Derechos Humanos incorporada a nuestro sistema constitucional con rango de norma superior a tenor del art. 75 inc. 22²⁶, y siendo que durante todo el tiempo que dura la privación del derecho ambulatorio las modalidades de cumplimiento van modificándose en forma sustancial, es decir que pueden variar la cantidad y calidad de la pena impuesta, es prácticamente inadmisibles desconocer su carácter material. Así, entendemos que el Congreso Nacional tiene la facultad otorgada por la Carta Magna de sancionar los parámetros legales de determinación ejecutiva de la pena. Es entonces que la legislación que regula la materia penitenciaria, actualmente la Ley 24.660, es aplicable a todo el territorio nacional sin necesidad de adecuación alguna por parte de las provincias en cuanto a las cuestiones de fondo que determinan la ejecución²⁷, ya sea que se considera que la competencia legislativa es exclusiva del Congreso Nacional, ya sea que se sostenga que constituye un marco mínimo regulador de los derechos garantizados constitucionalmente y que consecuentemente las legislaturas locales puedan mejorar dicha reglamentación.

Cierta jurisprudencia provincial parece aún encontrarse por detrás de este debate, sosteniendo en algunos casos la inaplicabilidad de la ley Nacional en forma genérica, fundándose en que la provincia no ha adecuado aún su legislación al respecto, o por el contrario, en que ya lo ha hecho, sin advertir que la aplicación de la ley nacional a todo el territorio nacional no es sólo consecuencia de la manda de

26. Cf. *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, (aprobada en la *Novena Conferencia Internacional Americana*. Bogotá, Colombia, 1948). que en su art. 25 «in fine» prescribe en lo pertinente que todo individuo «tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad». El art. 10 inc. 1º del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (adoptado por Resolución N° 2200 [XXI] de la *Asamblea General de las Naciones Unidas*, abierto a la firma en la ciudad de Nueva York el día 19 de Diciembre de 1966. Ratificado por Ley 23.313. B.O., 13 de Mayo de 1986), reza que «Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano». Asimismo, la *Convención Americana de Derechos Humanos* (Firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, ratificada por Ley 23.054, B.O., 27 de Marzo de 1984), en modo similar al PIDCyP, prescribe en el art. 5 inc. 2º que «...Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano». Ver un análisis sobre este tema por Cesano, José Daniel, «Los objetivos Constitucionales de la ejecución Penitenciaria. Aportes para el análisis de la Constitución Nacional, en las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos con Jerarquía Constitucional y en la nueva Ley de Ejecución N° 24.660» Ed. Alveroni Ediciones, Córdoba, 1997.

27. Es cierto que en algunos casos es clara la distinción entre las cuestiones que hacen a las modificaciones sustanciales de la forma en que se cumple la detención (v. gr. las condiciones de alojamiento) y las que solo se refieren a problemas administrativos (v. gr. los horarios de comida) y, en otros casos nos enfrentamos a un terreno difuso en sus límites. De todos modos este deslinde entre cuestiones de fondo y de forma, será una cuestión que - en caso de plantearse - habrá que resolver en el caso concreto, sin perjuicio de lo cual parece adecuado al menos tener presente la distinción.

los arts. 228 y 229 de la ley 24.660, sino del principio de legalidad ejecutiva (arts. 18, 75 inc. 22 C.N.) del principio de igualdad (arts. 16, 33 C.N.) y de la forma federal de Estado adoptada por el constituyente (art. 1, 5, 75 inc. 12, 121 C.N.).

Por ejemplo ha entendido la Sala II de la Ex - Cámara Criminal y Correccional del Dpto. judicial de Morón (hoy Cámara de Apelaciones y Garantías en lo Penal) que «estando vigente en el territorio de la Provincia de Buenos Aires el Código de Ejecución Penal (Ley 5.619)²⁸, para la ejecución de las condenas penales, y no se ha dictado aún ley alguna por el Congreso de la Provincia de Buenos Aires que venga a sustituir aquella norma o que aporte las concordancias reclamadas por el art. 228 de la ley nacional 24.660, y estando el tema reservado a la competencia del Estado provincial, no resulta de aplicación en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la ley 24.660 y por lo tanto no es procedente el pedido de libertad asistida normado en el art. 54 de la misma.»²⁹

También ha entendido acertado este criterio la Cámara Quinta en lo Criminal de Mendoza en tanto «la mentada ley no se encuentra en vigencia en el territorio provincial, (...) hasta tanto la Provincia no adhiera a sus disposiciones»³⁰ refiriéndose a la ley 24.660.

Más recientemente se ha expedido la Sala I del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, adoptando un criterio acertado en nuestra opinión respecto de la plena vigencia de la Ley Nacional. La Sala II de la Cámara de Apelaciones de Garantías de San Martín había denegado al interno Mansilla el beneficio previsto por el art. 15 inc. b (salidas transitorias) de la ley 24.660, por considerar que dicha normativa no es de aplicación provincial, en cuyo ámbito el beneficio mencionado debía implementarse a través de la ley 5.619. Ha expresado el T.C.P. que «en atención a la estructura federal de la República (...) corresponde dar ejecución a la preceptiva cuya generación pertenece privativamente al gobierno central y dejar de lado (...) aquella parte del ordenamiento legal que atañe a las materias cuya competencia se reserva a las provincias...», siendo que deben trascender las disposiciones de carácter penal (no así las procesales o administrativas) «...tal como lo tiene sentado la jurisprudencia de la Suprema Corte local con relación al decreto 412/58 que antecedió a la ley 24.660». Así hizo lugar a la petición del condenado por aplicación «en jurisdicción de la Provincia de Bs. As. las normas de la Ley 24.660, complementaria del Código Penal (art. 229) en lo referente a la estructuración de las penas que se conminan en la ley 11.179, su consistencia,

28. Ley 5.619 expresamente derogada por la Ley 12.256. Ver nota 1.

29. *Crim. y Correc. Morón, Sala II, Junio 26, 1.997, Causa Sánchez, Luís. LLBA, 1998-526 y La Ley en disco láser.*

30. *Cámara Quinta en lo Criminal de Mendoza en la causa 391, 12/3/97 denominada "F/Bendele Alberto p/robo. Citada por Salt, Marcos en «Derechos...» (ver nota 7) y por Delgado, Sergio en «Conferencia...» ver nota 20.*

extensión y modalidades»³¹. Esta resolución ha sido dictada previo a la entrada en vigencia de la ley de ejecución provincial N° 12.256. Pero los fundamentos utilizados en el precedente citado han sido mantenidos en dos resoluciones posteriores con primer voto del Dr. Natiello apuntando que no tiene dudas «en lo atinente a que las disposiciones de neto corte penal que - entre otras - contiene la ley nacional 24.660, complementaria del Código Penal en función de lo establecido en el art. 229 de la misma, serán aplicables en la jurisdicción provincial en tanto y en cuanto se traten de aspectos de la normativa que por principio constitucional trasciendan la esfera de actuación de los poderes públicos de la nación. Dicha aplicación (...) en modo alguno lesionaría la autonomía legislativa de los estados provinciales desde que (...) esa atribución no vulnera esos poderes reservados». Por último se establece que la vigencia de la L.E.P. se realiza en armonía con el Código de Ejecución Estadual (T.O. 12.256)³².

La nueva «ley de ejecución penal bonaerense» n° 12.256.

Nos ceñiremos metodológicamente, a señalar cómo en el ámbito provincial están previstos algunos de los institutos que rigen en la ejecución penal³³ y la interpretación de los principios constitucionales que a nuestro entender, imponen su aplicación a quienes aún no se encuentran cumpliendo pena, pero que se hayan igualmente privados de libertad. Situación que además, como señalaremos, se encuentra prevista legalmente en el nuevo código de rito provincial. Todo ello - y queremos aclarar expresamente -, sin perjuicio de que en realidad, muchas de las cuestiones que hacen a la aplicación de los beneficios para condenados a los procesados, encuentran real solución (es decir, en la mayoría de los casos ni siquiera deberíamos discutirlo) en el estricto cumplimiento del plazo razonable (máximo) de duración del encarcelamiento preventivo impuesto por la C.A.D.H..³⁴ De todos modos

31. Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As. Sala I, Causa N° 38, «Mansilla, Hugo V.» Enero de 1.999, con voto de Piombo y Alimonti. (Citas legales: arts. 15 inc. b, 17, 19, 22 y 229 de la ley 24.660).

32. Tribunal de Casación Penal de la Pcia. de Bs. As. Sala I, Causa N° 89, «Gil Brenta, Juan Carlos.» Septiembre de 1.999, con voto de Natiello, Sal Llargues y Piombo. (Citas legales: arts. 448, 450, 451, 464 inc. 1°, 465, 530, 531 del C.P.P.; 228, 229 de la ley 24.660; 16 de la C.N. ley 12.256). Ver también Causa N° 50 «Araya Godoy, Rosalía», aunque sin la mención de la Ley de Ejecución Penal Bonaerense.

33. Sólo se hará mención de los arts. pertinentes de la ley que involucran el tema de este trabajo. Creemos que es útil empezar al menos con algunos de los problemas que se advierten en su aplicación, ello en el camino de aportar al debate y de revertir el histórico abandono de la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia en los temas vinculados con la ejecución penal.

34. Un análisis completo de esta cuestión puede leerse en «Límites temporales a la Prisión Preventiva.», por Natalia Sergi, trabajo presentado en el Concurso para ingresar a Carrera Docente de la U.B.A., en la cátedra del Dr. Julio Maier, Buenos Aires, 1.998.

atento a lo que señaláramos al iniciar este trabajo, y a que en la práctica habitual esta aplicación es denegada, no por el resguardo del principio de inocencia ni porque ha vencido para el Estado la posibilidad de continuar el proceso privando de libertad a una persona sin condena (siendo entonces la obvia consecuencia por lo menos el cese del encarcelamiento), sino antes bien por incomprensión de los principios constitucionales de presunción de inocencia y de igualdad, es que trataremos la cuestión.

Si bien el nombre que lleva la ley es claro, se advierte en una rápida lectura de su texto, que ha sido el objetivo de la ley regular el régimen al que serán sometidas todas las personas privadas de libertad, es decir quienes se encuentran detenidos preventivamente y quienes cumplen pena en virtud de una condena por sentencia firme. Así la ley establece en el art. 6 que el régimen de procesados está caracterizado por la asistencia y se efectivizará a través de dos modalidades: estricta y atenuada. Regula este régimen en su título II (arts. 67 a 92). Y el régimen de condenados, (art. 6) caracterizado por la asistencia y/o el tratamiento, comprenderá tres tipos de régimen: abierto, semi abierto y cerrado. Respecto de estos últimos regímenes señala la norma que serán de utilización alternativa y no necesariamente secuencial.³⁵ Están

35. En este punto, la ley se aparta (si es que existe la posibilidad de apartarse en este punto del marco general de la ley nacional) de la regulación nacional en cuanto este último establece como uno de sus pilares la progresividad del régimen. Parece entonces que la intención del legislador local ha sido la de propender a la aplicación del principio de individualización de la pena no ya en el marco de un régimen con etapas progresivas determinadas. La progresividad en el régimen penitenciario es concebida como un avance por distintas etapas durante la estadía de la persona privada de libertad en virtud del cual se van atenuando (de aquí el término), progresivamente las restricciones del derecho privado, hasta obtener en la última etapa la libertad condicional o la libertad plena por agotamiento de la pena. Pasando por distintos períodos y etapas el interno va superando diversas pruebas, hasta llegar a la extinción de la sanción penal impuesta legalmente. Los distintos períodos tienen que ser superados, cumplimentándose diferentes requisitos que están previstos por la legislación. Borja Mapelli Caffarena en «Sistema Progresivo y Tratamiento» Ponencia presentada en las I Jornadas de Derecho Penitenciario, Alcalá de Henares. Fac. de Derecho, ICE, Mayo de 1984, 2ª ed. de la Universidad de Alcalá de Henares, 1989, sostiene que el régimen progresivo (cuyo origen lo ubica en el denominado «sistema progresivo inglés» empleado en Australia y América del Norte durante los siglos XVIII y XIX cuando eran colonias del Reino Unido; también utilizado en Irlanda) se funda en las ventajas criminológicas que ofrece la disminución de la intensidad de la pena. En cada nueva etapa a que accede el interno se produce una reducción de las medidas custodiales y a su vez, un incremento de las responsabilidades y de las libertades ambulatorias, para lo cual se crean distintos modelos de establecimientos. El régimen progresivo es en principio ajeno a la actividad terapéutica. Esta aclaración es pertinente porque el tratamiento ha adquirido una importancia tal en las condiciones actuales, que ha llevado a su entrelazamiento con el régimen de una manera que diluye en notoria medida sus ventajas. Se ha establecido la distinción entre régimen y tratamiento siendo el primer concepto abarcativo de todas las condiciones en que se desarrolla la ejecución, en

regulados en el título III (arts. 93 a 160). El régimen semi abierto la modalidad amplia (art. 133) y la modalidad limitada (art. 134); y el cerrado, incluye la modalidad moderada (art. 149) y la severa (art. 150).

Los institutos de salidas transitorias o preparatorias y de libertad asistida se encuentran regulados dentro del régimen de condenados.

Las salidas transitorias, vienen determinadas en el régimen general por el art. 94, en cuanto establece la posibilidad de salidas preparatorias como paso previo inmediato al cumplimiento de la sanción, las que serán autorizadas por el Juez de

tanto «tratamiento» es la actividad terapéutica llevada a cabo por un grupo de profesionales con el objeto de anular o modificar los aspectos negativos de la conducta del delincuente en forma individual. La distinción cobró vigencia a partir del análisis de la legislación en donde se puede observar una permanente «confusión» en los términos, (cuando es claro que una norma se refiere al régimen general lo denomina «tratamiento» y viceversa. v. g. arts. 5 y 6 de la Ley 24.660) y también en torno a el problema de la obligatoriedad del tratamiento. Ver ampliamente esta cuestión en «Sistema Progresivo...» citado en esta nota y Ribera Veiras, Iñaki y Salt, Marcos, Los derechos de los reclusos, Editores del Puerto, Capítulo III - A, en prensa.

Se ha dicho que para que un régimen sea llamado con toda propiedad «progresivo» es imprescindible que cuente con tres características a saber:

- 1. División del tiempo de la sanción penal en partes que posean un contenido propio diferenciado de su anterior y/o posterior.*
- 2. Avance, detención, o retroceso a través de las fases o períodos mediante una valoración actualizada del condenado.*
- 3. Posibilidad de la incorporación social del penado antes del vencimiento del título ejecutivo.*

Si falta alguna de estas notas distintivas no estamos frente a un régimen progresivo, al menos en el sentido estricto que se ha atribuido a estas palabras.

Puede verse que el régimen progresivo de la ley 24.660 se compone de cuatro períodos: 1)Observación, 2)Tratamiento, 3)Prueba y 4)Libertad Condicional. (ver art. 12), que no se encuentran presentes en la ley provincial 12.256. Incluso la remisión del mensaje y proyecto de Ley de Ejecución Penal que lleva fecha del 28 de Noviembre de 1.997 en La Plata, señala que el código anterior (ley 5.619) «estableció el régimen de adaptación progresiva, permitiendo el retorno hacia el grado precedente y no el ingreso directo a la etapa más atenuada. (...) A tenor de las tendencias actuales en la materia y teniendo especialmente en cuenta la composición del universo penitenciario en nuestra provincia, la nueva propuesta contempla la situación de los procesados y de los condenados desde un modelo amplio flexible y abierto que dignifica al hombre y a la libertad. (...) Los límites estarán dados únicamente por la necesidad de prevenir un mal mayor y nunca por un criterio retributivo que por su obligada implicancia de castigo pueda determinar en la práctica un sistema represivo, inadecuado y anacrónico que colisionaría con la metodología aquí propuesta».

Este breve comentario en realidad involucra, en nuestra opinión, cuestiones complejas que requieren mayor detenimiento y análisis, por lo que no serán abordadas en este trabajo, siendo que más allá de la importancia que parece revestir la diferencia, no modifica el tratamiento de la problemática que aquí se toca.

ejecución o competente «previo el asesoramiento de la Junta de Selección³⁶ en base a la evaluación criminológica favorable» (art. 100). Luego se precisan detalles en cada régimen. Dentro del régimen semi abierto se otorgarán (bajo las condiciones del art. 100), «por razones familiares, sociales o de trabajo, en cumplimiento de los programas específicos formulados para la modalidad amplia, debiéndose facilitar en ambas modalidades ante la proximidad al egreso (art. 146) y según el nivel de autogestión de cada modalidad, se realizarán con la mínima custodia, confiadas a la tutela de un familiar u otra persona responsable, o bajo su propia responsabilidad (art. 147). Dentro del régimen cerrado, se prevé, en cualquiera de las modalidades del mismo, que el interno podrá ser incorporado a un programa que contemple salidas transitorias, ante su proximidad al egreso y bajo las condiciones previstas en el art. 100. (art. 160).

Respecto del lapso temporal que se requiere para obtener el beneficio de salidas transitorias, la ley sólo menciona que deberán facilitarse ante la proximidad al egreso, no estableciendo concretamente un tiempo determinado de cumplimiento en detención. De esta manera, aparece claro que la regulación de los tiempos de ejecución exigidos por la ley 24.660 en su art. 17³⁷ para la concesión de las salidas transitorias (y la semilibertad), debe ser el parámetro que ha de tenerse en cuenta, como tope máximo. Es decir que dadas las demás condiciones para acceder al beneficio, no hay razón alguna que posibilite la denegatoria de la concesión de salidas transitorias para los alojados bajo cualquier régimen y modalidad, si están cumplidos dichos plazos.

El instituto de libertad asistida³⁸ (libertad anticipada bajo condiciones

36. La Junta de Selección es el organismo técnico asesor de la Jefatura del Servicio Penitenciario, quien recepciona las evaluaciones integrales de los procesados y condenados que deben realizar los «grupos de admisión y seguimiento», grupo interdisciplinario que funciona en cada Unidad del Servicio Penitenciario Bonaerense. (arts. 27 a 29 ley 12.256).

37. En cuanto a los requisitos temporales exigidos para la incorporación al régimen de salidas transitorias y semilibertad establece el art. 17 punto I (L.E.P.): a) pena temporal sin la accesoria del art. 52 del C.P., la mitad de la condena; b) penas perpetuas sin la accesoria del art. 52 del C.P., quince años; c) accesoria del art. 52 del C.P., cumplida la pena: tres años.

38. Ver una descripción del funcionamiento de este instituto en la ley 24.660 por Salt, Marcos: «Comentarios a la Nueva Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad». Nueva Doctrina Penal 1.996 B, Editores del Puerto, pags. 661 y ss. En su interpretación del art. 54, sostiene que la discusión respecto de si a los fines de obtener la libertad asistida es posible considerar el día en que el condenado podría obtener la libertad condicional, debe ser resuelta negativamente, puesto que «...en nuestro sistema jurídico, la libertad condicional no significa un agotamiento de la pena, sino antes bien una forma más benigna de cumplimiento, prevista como último período en el régimen progresivo de cumplimiento». En contra de esta interpretación, Ceruti y Rodríguez en «Ejecución...» pag. 112, entienden que «la libertad asistida tendrá lugar seis meses antes de la culminación de la pena temporal. Como tal deberá entenderse el lapso comprendido en la efectiva ejecución de la privación de libertad. Por tanto es aplicable a los reincidentes en ocasión de faltar dicho lapso (...), y a los primarios en igual situación previa a la obtención posible de su libertad condicional.»

determinadas) se encuentra previsto exclusivamente dentro del régimen general de condenados, en el art. 104. Esta norma establece dos supuestos. El primero, en cuanto dice: «La libertad asistida permitirá al condenado el egreso anticipado y su reintegro al medio libre seis meses antes del agotamiento de la pena temporal». Parece claro que la norma se refiere a los casos en que el condenado no ha podido acceder a otro beneficio antes de los seis meses de agotar la pena impuesta (v. gr. la libertad condicional, por ser reincidente), estableciendo así un anticipo de libertad que le permita un contacto con el exterior bajo condiciones, para llegar a su libertad plena. El otro supuesto es el del segundo párrafo del art. que comentamos que reza: «Igual beneficio podrá otorgarse al condenado a penas mayores de tres años de prisión o reclusión, seis meses antes del término previsto por el art. 13 del Código Penal para la obtención de la libertad condicional.» Aquí es claro que este beneficio procede para toda persona condenada a pena mayor a tres años de prisión o reclusión, pudiendo obtener la libertad anticipada seis meses antes de encontrarse en condiciones de obtener temporalmente la libertad condicional. Es también el juez de ejecución o competente quien autorizará la incorporación a este régimen, con el asesoramiento previo de la Junta de Selección, y en caso de denegarla deberá fundar la resolución (art. 105). Las obligaciones mínimas a cumplir por el condenado son las previstas en el art. 106, algunas concordantes con las previstas en el art. 13 del C.P.³⁹

La aplicación de los institutos de salidas transitorias y de libertad asistida a quienes sufren detención cautelar.

La pregunta que nos hacemos entonces es si corresponde aplicar estos institutos regulados dentro del régimen de condenados a las personas que se hallan privadas de libertad sin una condena firme.

Es importante destacar que en el ámbito nacional, siguiendo a Cafferata Nores, «la primera respuesta parece proporcionarla el art. 11 de la ley 24.660, cuando establece que esta ley «es aplicable a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten más favorables y útiles para resguardar su personalidad»⁴⁰. Señala con razón este autor que el sentido de la disposición no es confundir la pena de prisión con la prisión preventiva, sino evitar

39. Art. 106: «El condenado incorporado al régimen de libertad asistida deberá cumplir además de las obligaciones que el Juez de Ejecución o Juez competente fije, las siguientes: 1) residir en el domicilio consignado en la resolución judicial. 2) Procurarse un trabajo u oficio. 3) No frecuentar personas o lugares y abstenerse de actividades o conductas inconvenientes para su adecuada inserción social. 4) Presentarse al Patronato de Liberados responsable de su asistencia y supervisión.

40. Cafferata Nores, José I. «¿La Ley N° 24.660 da cabida a una «semiprisión preventiva» o nuevas hipótesis excarcelatorias?» en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 7 pag. 991 y ss. y también en Cuestiones de Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto 2ª Ed. Buenos Aires 1.999.

(frente a la equiparación del cómputo que realiza el art. 24 del C.P. entra ambas) «la evidente sinrazón que se derivaría de impedir a quien no fue todavía condenado, el goce de la innegable atenuación del rigor de su privación de libertad (...) del que se podría beneficiar si ya hubiere sido condenado, paradójicamente por el hecho de no haberlo sido»⁴¹

A nuestro entender, la manda del art. 11 es una expresión legal del principio de proporcionalidad⁴², derivado del principio de igualdad constitucional. Es decir que esta norma viene a reafirmar un principio no a declarar su existencia. ¿Podríamos llegar a una conclusión distinta en cuanto a la aplicación de institutos que morigeran el rigor del encarcelamiento previstos para un condenado, hallándose un procesado en igual situación temporal de encierro, si el art. 11 no existiera en la ley nacional?. Creemos que no. Es evidente que además, quien no tiene sobre su espalda el peso de una condena firme, goza del principio de inocencia, lo que todavía hace aún con mayor fundamento la procedencia de estos institutos. No puede pensarse que su situación se vea agravada por el hecho de ser inocente; debe tenerse además presente que siendo el encarcelamiento preventivo una medida de carácter excepcional, debe regir el principio de mínima afectación, es decir debe afectarse su libertad el mínimo indispensable requerido para satisfacer los fines procesales.

En relación al principio de proporcionalidad sostiene Natalia Sergi «que constituyen uno de los principios que rigen y limitan la aplicación del encarcelamiento preventivo. (...) Impide que incluso en los casos de encierro admisible, se aplique un mal mayor que la pena posible en caso de condena. La proporcionalidad se refiere a la comparación entre la detención preventiva cumplida y la pena concreta que se pueda aplicar, referida a la calidad (...) y a la cantidad. (...) Esta exigencia constituyó históricamente el primer límite temporal a la prisión preventiva, dando paso luego

41. *Idem* nota 38.

42. Sali, Marcos en «Comentarios...» (ver nota 38) apunta que el derecho penitenciario se dedicó a regular en detalle el régimen carcelario de los condenados olvidando las condiciones especiales que debían regir en el encierro de los presos preventivos quienes «quedaron desprotegidos por la falta de un marco normativo y se vieron sometidos a un régimen más riguroso que el de los condenados». Así, frente a los largos períodos de encierro de los procesados señala que surgió una «tentación inadmisibles en un Estado de Derecho». Esto es «admitir como una realidad que de la manera en que funciona el sistema, la prisión es la pena y, por este motivo, asimilar la situación del preso preventivo a la del condenado». En este sentido pone como ejemplo el título IV del Reglamento General para procesados (Decreto 303/96 publicado en el B.O. 28.366 del 1/4/96) que se denomina «ejecución anticipada voluntaria», donde se prevé que los procesados puedan solicitar a la administración la posibilidad de ser incorporados al régimen de los condenados. Concluye que carecen de aplicación los requisitos exigidos por este Rto. para acceder al régimen de condenados, porque esta situación ya está prevista correctamente conforme el art. 11 de la ley 24.660 en tanto «establece con claridad el principio general de que las disposiciones de la ley (por ende el conjunto de derechos previstos en el texto normativo) son aplicables a los procesados siempre que no contradigan el principio de inocencia.»

al límite como garantía individual.»⁴³

Este principio, encuentra recepción en los Códigos procesales, por ejemplo a través del art. 314 del C.P.P.N. (se ordenará la detención domiciliaria cuando de acuerdo al Código penal pueda corresponder el cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio) y los incisos 2º a 5º del art. 317 del mismo ritual (procedencia de la excarcelación).

Por su parte el nuevo C.P.P.B.A., también expresa este principio regulando la facultad judicial de concesión de la excarcelación, art. 169, cuando «hubiera agotado en detención o prisión preventiva, que según el C.P. fuere computable para el cumplimiento de la pena el máximo de la pena prevista para el delito tipificado, conforme la calificación del requerimiento de citación a juicio del art. 334 de este Código» inc. 5º; cuando «según la calificación sustentada en el requerimiento de citación a juicio, estuviere en condiciones de obtener en caso de condena, la libertad condicional» inc. 7º; cuando «hubiere agotado en prisión preventiva la condena impuesta por sentencia no firme» inc. 9º; y cuando «la sentencia no firme imponga pena que permita la obtención de la libertad condicional y concurrieran las demás condiciones necesarias para acordarla» inc. 10º.

Cafferata Nores propone la aplicación analógica de lo normado por el art. 314 del C.P.P.N. (precedentemente mencionado) a las situaciones de concurrencia de los requisitos del art. 17 de la ley 24.660, es decir cuando «el resto de la pena probable se cumpliría en semilibertad (art. 23)... y si por el mismo motivo, durante la ejecución de la pena que se espera el agente podría gozar de salidas transitorias (art. 16)»⁴⁴, debiendo acordarse estos institutos en alivio de su encarcelamiento procesal⁴⁵.

Frente a la posibilidad de invocar la subsistencia de peligros procesales, es decir concretamente la fuga del procesado en los casos de otorgamiento de salidas transitorias (o semilibertad en la ley nacional) o libertad asistida, dicho argumento carece de sustento, ya que estos institutos previstos para condenados también introducen el riesgo de fuga ínsito en la naturaleza de los mismos. Si no nos preocupa que se fugue un condenado sobre quien se está aplicando la ley material por habérselo considerado responsable de la comisión de un hecho ilícito, parece absolutamente irrazonable sostener que no podemos correr el riesgo respecto de quien - reiteramos - goza del principio de inocencia. De todos modos parece que dicho riesgo disminuye en tanto el rigor de la aplicación de la ley material se ve atenuado para el condenado

43. Sergi, Natalia. «Límites temporales...» (ya citado nota 34).

44. *Idem* nota 38.

45. Así por ejemplo entendió la CNCrim y Correc., Sala IV, Abril 10, 1.997, en Causa «Lovecchio Nicolás», LL 1.998 B, 415. Dijo: «Si bien el art. 33 de la ley 24.660 se refiere a quien cumple condena, resulta equitativo que se también a los procesados puesto que, respecto de ellos, rige el principio de «presunción de inocencia»; extensión que queda reafirmada por el art. 11 de la norma en análisis». En igual sentido ver CNCrim. y Correc., Sala VI, Mayo 20, 1.997, LL 1.998 C, 465. Y CNCrim. y Correc., Sala de feria, Julio 25, 1.997, LL 1.998 D, 893.

y se verá atenuado para el preso preventivo, en atención a la modalidad de pena que resta cumplir. En otras palabras, respecto del peligro de fuga o el entorpecimiento de la investigación como requisitos fundantes de la prisión preventiva si bien en determinado caso pueden subsistir, no será este un peligro mayor que el que se certifique en las mismas circunstancias temporales, respecto de una persona condenada, por lo tanto este argumento invocado como sustento de la denegatoria de alguno de los institutos que comentamos, pierde absoluta relevancia.

Los argumentos que venimos señalando, entendemos a esta altura, que permiten la aplicación de los beneficios tanto de la ley nacional como del código provincial a los procesados, no obstante la inexistencia en el ámbito provincial de una norma como la prevista en el art. 11 de la ley 24.660. Sin embargo este argumento ha sido utilizado por alguna jurisprudencia para denegar la concesión de beneficios acordados a condenados.

Por ejemplo, expresó la Sala I de la Cámara departamental de La Plata que «Si bien el régimen de «libertad anticipada» incorporado en los arts. 54 y siguientes de la citada ley 24.660, resulta de aplicación en todo el territorio nacional - sin que aparezca necesaria la adecuación previa de la legislación provincial, contemplada en el art. 228 - la extensión de la institución a los procesados prevista en el art. 11 no resulta válida en el ámbito provincial, toda vez que dicha materia procesal se encuentra dentro de las facultades reservadas por las provincias a su ámbito (arts. 75 inc. 12 y 121 de la C.N.)»⁴⁶

Distinta ha sido la opinión del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Chubut, que entendió que «en el contexto general de aplicación en que se imprime el mandato de la normativa legal y teniendo en cuenta la etapa de adecuación que transita la implementación de la misma, es correcta la decisión de la Excm. Cámara, cuando decide que los procesados peticionantes sean incorporados a las actividades laborales y educativas, como así también se les preste atención espiritual, teniendo presente lo dispuesto por el art. 11 de la ley N° 24.660»⁴⁷

No obstante nuestra opinión respecto de la absoluta innecesidad de una norma legal que autorice la aplicación de institutos que reducen los efectos nocivos del encierro previstos en el marco del régimen para condenados a los presos preventivos - ello porque entendemos que no es un problema de definición legal sino constitucional no pudiendo entonces vulnerarse el principio de igualdad (proporcionalidad) y el principio de inocencia en virtud de una interpretación errónea sobre normas inferiores -, lo cierto es esta situación parece encontrar una solución

46. Cámara 3ª Crim. y Correc. La Plata, Sala Iª, R.S.I. 516-96, del 14 de Noviembre de 1.996, Causa H., A. C. s/ Tentativa de robo Calificado. JUBA en disco láser. Magistrados: Rosenstock -Hortel - Soria. Entiendo que en la cita se consigna por error a los arts. 75 inc. 12 y 121 como pertenecientes a la Constitución Provincial.

47. Sup. Trib. Just. Chubut, 8 de Enero de 1.997 Causa «Z., J. E. y otros.» Magistrados: Torrejón - Velázquez - Manino. E.D. en disco láser.

en las normas procesales del nuevo Código ritual provincial.

En efecto el C.P.P.B.A., regula en su art. 159 las *Alternativas a la Prisión Preventiva* en estos términos: «Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar no se excedan los límites impuestos a la libertad locomotiva, el Juez de Garantías impondrá tales alternativas en lugar de la prisión, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime necesarias...» Se establece además que el incumplimiento de las condiciones fijadas hará cesar la alternativa. Luego el art. 160 establece que «Entre otras alternativas, aún de oficio y con fundamento suficiente⁴⁸, podrá disponerse la **libertad del imputado** sujeta a una o varias de las condiciones siguientes⁴⁹, de acuerdo a las circunstancias del caso.» Se advierte entonces que el propio código ha establecido, otorgando facultades amplias al juez de garantías, una forma de atenuar la sujeción del imputado mientras dura el procedimiento, correctamente sin establecer plazos mínimos para otorgar este tipo de alternativas, por la propia naturaleza excepcional de la medida cautelar

48. En cuanto al requisito de suficiente fundamento, es posible pensar que pueda el Juez solicitar algún informe de los previstos en la ley de Ejecución (a la Junta de Selección). Debe tenerse presente en este punto el carácter **no vinculante** de dichos informes para fundar la decisión, sino sólo la posibilidad de valoración por parte del Magistrado y a la vez el control judicial que debe ejercerse sobre los aspectos que se informan. Sobre este tema, aunque en referencia a los requisitos para obtener la libertad condicional ver Zaffaroni, Eugenio R. «Tratado de Derecho Penal. Parte General» T. V, Ed. Ediar, Buenos Aires 1.988, pags. 185 y ss. También Díaz Cantón, Fernando y Pitlevnik, Leonardo «Las condiciones para obtener la Libertad Condicional» en Nueva Doctrina Penal 1.998 - A, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1.998 pags. 177 y ss.

49. Las condiciones establecidas por el art. 160 C.P.P.B.A. son:

- 1) La obligación de someterse al cuidado de una persona o institución, quien informará periódicamente a la autoridad. Entendemos que puede válidamente asignarse este cuidado al Patronato de Liberados (como lo establece el art. 106 de la ley 12.256 - libertad asistida) en virtud del art. 161 de la ley 12.256 (Parte II Del Patronato de Liberados, Título I Del régimen de los Liberados Cap. I Definiciones) que reza: «Las expresiones liberado o tutelado comprenden indistintamente a toda persona que por disposición judicial deba estar bajo tutela, asistencia, tratamiento y/o control del Patronato de Liberados: liberados condicionales, eximidos de prisión, excarcelados, condenados con libertad asistida, probados con suspensión del proceso, y todo aquel que deba cumplir medidas o penas sustitutivas de prisión. También es comprensiva de aquellos liberados cumplidos que necesiten o requieran asistencia».
- 2) La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe.
- 3) La prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a determinados lugares, o de comunicarse con ciertas personas.
- 4) La prestación de una caución patrimonial por el propio imputado o por otra persona.
- 5) La simple promesa jurada de someterse al procedimiento penal, cuando con ésta bastara como alternativa o fuere imposible el cumplimiento de otra.

restrictiva de la libertad ambulatoria, excepcionalidad que viene reconocida en el art. 144⁵⁰ del Código de procedimientos, pudiendo entonces ser otorgadas en cualquier momento a condición de que se verifique la neutralización de los peligros procesales que llevaron al dictado de la prisión preventiva. Así, entendemos que con buena razón no hay un lapso temporal mínimo, sí hay un plazo máximo y este es el que se viene a establecer en virtud de las modalidades de la ejecución que - sin violar el principio de inocencia - deben ser reconocidas a los presos preventivos. Por ende si la situación de éstos se encuentra temporalmente captada por los requisitos del art. 105 de la ley 12.256 (o en su caso art. 54 de la 24.660), corresponde conceder la libertad como alternativa a la prisión preventiva⁵¹. Es decir que si una persona (imputada) fuera - al día en que analizamos su situación - condenada y estuviera en condiciones de acceder al beneficio de la libertad asistida, parece no haber impedimentos para otorgar la libertad como se explicó, bajo las condiciones que deberán determinarse en el caso concreto.

Un análisis similar puede hacerse respecto de la aplicación de las Salidas Transitorias en concordancia con el art. 163 del C.P.P.B.A., en donde bajo el título de *Atenuación de la Coerción Procesal* se lee: «El juez de Garantías, aún de oficio, morigerará los efectos del medio coercitivo decretado en la medida que cumplimente el aseguramiento perseguido. Con suficiente fundamento y consentimiento del imputado podrá imponerle: 1) Su prisión domiciliaria con el control o la vigilancia que se especifique. 2) Su **encarcelamiento con salida laboral y/o periódica** para afianzar vínculos familiares, bajo la responsabilidad y cuidado de una persona o institución que se comprometa formalmente ante la autoridad y suministre periódicos informes. 3) Su ingreso en una institución educadora o terapéutica, pública o privada, que sirva a la personalización del internado en ella». Respecto a los plazos reiteramos los fundamentos esbozados al interpretar el art. 159 del ritual, siendo aplicable, en nuestra opinión, como lapso temporal máximo para la concesión de las salidas periódicas los que vienen establecidos en el art. 17 de la L.E.P., en atención a que la ley provincial, como ya se dijera, no exige plazos determinados.

50. El art. 144 del C.P.P. decía en su redacción original: «El imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal. La libertad personal y los demás derechos y garantías reconocidos a toda persona por la Constitución de la Provincia sólo podrán ser restringidos cuando fuere absolutamente indispensable para asegurar la averiguación de la verdad, el desarrollo del procedimiento y la aplicación de la ley». Dicha norma fue recientemente modificada por la ley 12.278, (promulgada el 7 de Abril de 1.999, publicada en el B.O. el 16 de Abril de 1.999) la que quedó redactada en los siguientes términos: «El imputado permanecerá en libertad durante la sustanciación del proceso penal, siempre que no se den los supuestos previstos en la ley para decidir lo contrario». Fue clara la intención de la reforma en cuanto a la restricción del principio de libertad, aunque puede decirse de todos modos que sigue siendo el principio que rige y su limitación deberá ser excepcional.

51. En realidad este supuesto no difiere de una excarcelación, sólo que formalmente el C.P.P.B.A. no lo prevé en la taxativa enumeración del art. 169.

Sólo resta hacer una mención respecto de cómo se estima la pena que se espera, a los efectos de analizar la procedencia de los institutos analizados.⁵² Hay que distinguir distintas situaciones (como sostiene Cafferata⁵³). Por un lado, si la condena no se hubiere dictado, la cantidad y calidad de la pena probable deberá ser estimada «prima facie» por el Juez de Garantías o en su caso Tribunal Oral, tal como lo establece por ejemplo el inc. 2º del art. 169 (se estimare que la pena no excederá de seis años) o el inc. 3º de la misma manda (para la posible ejecución condicional de la eventual sentencia condenatoria), ello a los fines de la concesión o no de la excarcelación, o también el supuesto del inc. 6º que requiere un análisis a partir de la calificación sustentada en el requerimiento de citación a juicio para evaluar si el imputado estaría en condiciones de obtener la libertad condicional en el caso de condena⁵⁴. Otra situación es si se hubiese dictado una condena y la misma estuviese recurrida por el Ministerio Público, en cuyo caso la calidad y la cantidad de la pena a tener en cuenta será la establecida por aquella sentencia condenatoria como lo prevén, por ejemplo, los inc. 9º y 10º del art. 169 (agotamiento de pena no firme, o pena no firme que permita la obtención de la libertad condicional, respectivamente). Y por último, si la condena no estuviese firme por haber sido recurrida exclusivamente por el imputado (o su defensor) el requisito temporal de ejecución no estará sujeto a estimación alguna sobre la pena futura, por la prohibición de reformatio in pejus.

Consideración final

A modo de resumen queremos señalar entonces que - en nuestra opinión - las cuestiones que hacen a la cantidad y calidad de la pena privativa de libertad, las que no se demarcan por completo en nuestro sistema al momento de la imposición de la pena, sino que se van modificando en el transcurso mismo de la ejecución, deben ser delimitadas por la legislación nacional con aplicación a todo el territorio nacional, ya sea en cumplimiento del principio de legalidad ejecutiva (art. 18 C.N.), por imperativo de los tratados internacionales de Derechos Humanos (art. 75 inc. 22), por imperio del principio de igualdad (art. 16 C.N.), por la forma de Estado Federal adoptada por nuestro constituyente y el correspondiente reparto de competencias legislativas (arts. 1, 5, 75 inc. 12, 121 de la C.N.). Esta cuestión puede decirse que es

aceptada por la mayoría de la doctrina más allá de las diferencias evidenciadas en lo atinente a la posibilidad de mejorar la reglamentación de los derechos reconocidos a todos los privados de libertad, por los órganos locales.

Este reconocimiento de derechos regulado por la ley nacional se extiende a quienes se hallan detenidos en todo el país sean condenados o sean privados de libertad en virtud de medidas cautelares, por imperio del principio de proporcionalidad, salvo en lo que pueda afectar el principio de inocencia de que gozan los últimos, el cual prevalece a estos efectos, y subsiste hasta al momento en que eventualmente recaiga sobre ellos una sentencia condenatoria firme dictada como consecuencia de la realización de un juicio conforme a la normativa constitucional. A modo de conclusión, queremos resaltar, como señalamos en varias partes del trabajo que no hemos agotado el análisis de las cuestiones que abordamos, no obstante lo cual esperamos haber aportado algunas reflexiones útiles para quienes como nosotros, tienen presente el sufrimiento que implica la privación de libertad.

Tenemos también presente las críticas que se han venido desarrollando ampliamente por sectores de la doctrina contra la cárcel como institución productora de efectos nocivos, más que positivos. Sin embargo, y aunque probablemente coincidamos con la mayoría de las críticas elaboradas contra los sistemas de encierro, nos parece de suma importancia atender a qué es lo que sucede en el ámbito penitenciario intra-muros, porque en el análisis particular se puede advertir que este ámbito es uno de los más propicios para la vulneración de los derechos humanos. Creemos que está ampliamente justificada esta tarea, por lo menos mientras no contemos (si es que esto es posible) con un sistema de penas verdaderamente racional y humano, puesto que la población penitenciaria existe, a la vez que la cárcel, y como tal sufre todos sus efectos. Así es que más allá de la poca importancia que se asigna en general a estos temas, nos parece que debe profundizarse el análisis de las cuestiones que hacen al cumplimiento de las medidas de encierro y si ellas se adecuan a los parámetros constitucionales hoy vigentes en nuestro sistema.-

52. A este respecto Salt, Marcos G. en «Comentarios...» (ya citado nota 38) sostiene que «en lo que se refiere a los plazos temporales para avanzar en el régimen progresivo, (...) una correcta interpretación permite arribar a la conclusión de que el plazo transcurrido en prisión preventiva debe ser computado a estos fines.

53. Cafferata Nores «¿La ley...» (ya citado nota 40). Hace las consideraciones que aquí seguimos aplicadas al C.P.P.N.

54. La calificación legal a que hacemos referencia, puede en su caso, ser la sustentada en el auto de prisión preventiva y sin duda será la de dicho auto o la de la acusación fiscal para las causas que aún tramitan bajo la normativa subsistente del Código derogado (Ley 3.589 y modifics.)

JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA CIVIL

*Recopilación: Delma Cabrera -Juzgado Civil y Comercial N° 9 - San Isidro
Marta Ricci -Juzgado Civil y Comercial N°12 - San Isidro*

ACUMULACIÓN DE PROCESOS: Distintos trámites (desalojo y cobro de alquileres)

La acumulación de procesos es una institución que tiene sus fundamentos en la necesidad de evitar sentencias contradictorias y dispendios de actividad y gastos, respondiendo fundamentalmente a un principio de conexidad jurídica entre las cuestiones debatidas en uno y otro pleito (conf. Morello..., "Códigos...", 2º de. TºII-C, p.488).

Aún cuando pudiere existir conexidad entre el proceso de desalojo y el cobro ejecutivo de alquileres, la acumulación no resulta procedente si, como en el caso de autos, se trata de un proceso de conocimiento y uno de ejecución, que no se sustancian por los mismos trámites y no se configura el presupuesto de excepción que autoriza al art. 188 *in fine* del C.P.C.C., habida cuenta que la sentencia que ha de dictarse en el ejecutivo -tal como señala la sentenciante- no hace cosa juzgada material, puesto que no coarta su revisión a través de un subsiguiente juicio de conocimiento (conf. Morello..., op. cit. p. 457; causa 45.198 r.i. 325/87 y 48.992 r.i. 757/88 de esta Sala IIa.)

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 11-3-97, "Falistocco, Primo J. C/Guzzetti, Eduardo A. y otros s/desalojo", causa N° 70.990.

ACUMULACIÓN DE PROCESOS: Distintos trámites. Nulidad de acto jurídico y cobro ejecutivo.

Aún cuando pudiere existir conexidad entre el juicio de nulidad de acto jurídico y el cobro ejecutivo de pesos, la acumulación no resulta procedente si, como en el caso de autos, se trata de un proceso de conocimiento y uno de ejecución, que no se sustancian por los mismos trámites -tal el fundamento del Sr. Juez para denegarla- y donde no se configura el presupuesto de excepción que autoriza el art. 188 *in fine* del C.P.C.C., habida cuenta que la sentencia que ha de dictarse en el ejecutivo no hace cosa juzgada material (conf. Morello..., op. cit. p. 457; causa 45.198 r.i. 325/87 y 48.992 r.i. 757/88 de esta Sala IIa.)

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 18-3-99, "Leupold, Adolfo S. Y otro c/Cuttini, Mario s/ Nulidad de Acto Jurídico", causa N°80.960 Reg. 155

CADUCIDAD: Suspensión por anterior articulación de caducidad de la instancia

Desde el acuse de la primera caducidad por parte de la demandada, obrante a fs. 45, hasta la resolución del incidente a fs. 59, el día 22.10.98 -rechazándose la perención- la actora no tuvo posibilidad de efectivizar actuaciones procesales de impulso atento a que toda la actividad procesal llevada a cabo, dentro de ese lapso, estuvo vinculada a la resolución de aquel incidente.

Por ello, siendo que el plazo de la caducidad se vio suspendido porque la detención del trámite obedeció a que el proceso se hallaba pendiente de la resolución de fs. 59 -que es la que desestimó aquella primera articulación de caducidad- (Conf. art. 313 inc 3° del C.P.C.C., Morello, Códigos..., T°IV, p.92), la segunda invocación de caducidad presentada a fs. 60 el día 16.11.98, no puede tener favorable acogida, porque recién a partir del 22.10.98, es decir, al tiempo de dictarse la sentencia de fs. 59, el expediente estuvo en condiciones de ser impulsado nuevamente.

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Civic (Sociedad de hecho) c/Cohelo S.A. s/ Cobro de pesos”, causa N°81.953 Reg. 533

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA: Declaración de oficio. Actos interruptivos del plazo de caducidad.

La caducidad de instancia, como instituto que sanciona la inactividad de la parte a cuyo cargo se pone el impulso del proceso, es una medida excepcional, y como tal, de interpretación restrictiva (conf. SCBA. Ac. 28.360 del 24/6/80). La solución en cuanto a la aplicación del instituto debe estar orientada, en consecuencia, a mantener vivo el proceso (conf. SCBA. Ac. 34.901 del 10/11/85).

En función de ello, han de considerarse susceptibles de interrumpir el curso del plazo de caducidad, aquellas actuaciones que sean idóneas para instar el procedimiento, sin importar, a este fin, el resultado de la actuación o presentación (conf. SCBA. Ac. 28.990 del 18/8/80).

Si bien el art. 316 del C.P.C.C. permite la declaración oficiosa de la caducidad sin otro trámite que la comprobación del vencimiento de los plazos señalados en el art. 310 del mismo ordenamiento legal, para que ello pueda tener lugar, es menester que antes ninguna de las partes impulse el procedimiento.

Si el día anterior al decreto de perención, la ejecutante impulsó el procedimiento mediante petición tendiente a trabar la litis con los herederos del accionado, debe revocarse la caducidad de instancia decretada.

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Banco de la Provincia de Buenos Aires/ Fraga, Jorge Horacio s/ sucesión s/ ejecutivo.” Causa N° 81.728 Reg. 430

CADUCIDAD: Acto no interruptivo. Extracción del expediente de “paralizados”.

Han de considerarse interruptivas del curso de la caducidad aquellas diligencias que están encaminadas a hacer progresar el proceso judicial a su fin normal que es la sentencia.

Aún cuando haya sido la actora quien solicita la extracción del expediente de paralizado, dicha actividad aislada no es idónea para impulsar el proceso hacia su objetivo final (conf. Fassi “Código Procesal.” 2° de. V.1, p.785/86, n°1814, causas de esta Sala 52.118 r.i. 96/90 y 54.946 r.i. 148/91).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Canestrari Hnos. SACIF c/ Ventura, Víctor Daniel s/ Cobro de Alquileres.” Causa N° 81.876 Reg. N° 451

COMPETENCIA: Juzgados de Menores. Juzgado que previno.

El art. 13 de la Ley 10.067, dispone que el Juzgado de Menores que haya **prevenido** en el conocimiento de un menor, sea por motivos de índole asistencial o penal, deberá atender en toda otra causa que se origine a su respecto.

Siendo que existían causas seguidas contra el menor incurso en los delitos de que se da cuanta a fs. 7, y que aquel es integrante del grupo familiar para quien se está pidiendo asistencia, corresponde admitir la inhibitoria articulada y devolver la causa al juez previniente.

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Dr. Bigalli s/Denuncia” Causa N° 82.015 Reg. N° 508

CONTRATOS. CONTRATOS DEPENDIENTES: Compraventa de fondo de comercio y locación del comercio y la vivienda. Valor llave. Improcedencia.

Dos contratos completos y unidos exteriormente pueden ser queridos como un todo, en cuyo caso se los denomina *contratos dependientes*. La dependencia puede ser unilateral -caso en que hay un contrato principal y otro accesorio-, o bilateral, en que dependen ambos contratos el uno del otro (LAVALLE COBO en “Código Civil Anotado”, Astrea, vol. 5, pág. 742).

Aparte de las condiciones intrínsecas que puede ofrecer el inmueble, para su propósito de vivienda del comerciante, se resumen en él factores decisivos del destino comercial como la ubicación y clientela, y su función valiosa dentro de la denominada “llave”(ZUNINO, op.cit., pág. 160).

Cabe concluir en que la actividad comercial fue lo principal, y que la locación del comercio era requisito *sine qua non* de aquélla, por lo que le era accesorio (“derecho al local”), siguiendo igual calidad al área destinada a vivienda familiar, no admitiendo nuestro derecho un “valor llave” en las locaciones dadas con ese fin (art. 7 inc. “C”, ley 23.091).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 15-07-99, “Sanchez, S. c/Gómez Barral, J.; Gómez Barral, J. c/Sanchez, S. Causas 76.824 y 74.851 Reg. N° 192.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente ferroviario. Personas no transportadas. Culpa de la víctima como eximente: características. Omisión de la conducta que la ley específica no impone. Ejercicio abusivo de los derechos.

Los daños causados por los trenes en movimiento quedan aprehendidos en las previsiones de la parte final del 2º párrafo del art. 1113 del C. Civil (SCJN., 12-12-89 *in re* “Ortiz c/E.F.A.”, L.L. 1990-D, 96; BUSTAMANTE ALSINA, “Determinación de la responsabilidad por colisión en un paso a nivel” en L.L. 2-4-97; causas 64.272 del 14-3-95, 71.106 del 15-7-97, “Belizan c/ Ferrovías”, de esta Sala 2º; “Responsabilidad civil del ferrocarril por daños causados al peatón”; por Fernando Alfredo Sagarna, LA LEY, 15-12-1998, nota “1”; CNCiv., sala F, 6-10-98 *in re* “G. De A. C/Ferrocarriles Argentinos”, en REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL Y SEGUROS, de. LA LEY, ene-febr. 1999, pág. 69).

El tránsito ferroviario está sujeto a reglas especiales, inclusive en orden a la seguridad de terceros; que los rieles delimitan forzosamente su marcha, no pudiendo desviarse fuera de situaciones y lugares específicos; que tiene normalmente aseguradas una velocidad uniforme en largos trechos y la preferencia de paso en los cruces a nivel. Tales particularidades matizan el riesgo creado frente a personas transportadas pero no lo eliminan, aunque en muchas circunstancias perfilen de modo especial la prueba de la culpa de la víctima o de un tercero por quien no se debe responder.

Siendo puramente objetivo el fundamento del principio legal, basta al damnificado con establecer la relación de causalidad entre la cosa y el daño de que se queja, como pretendió el legislador. Se invierte por ende la carga probatoria, y ha establecido el supremo tribunal federal que la culpa de la víctima con aptitud para cortar el nexo de causalidad entre la actividad y el perjuicio a que alude el art. 1113 del C.C., debe aparecer como la única causa del daño y revestir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad, propias del caso fortuito o de fuerza mayor (CSJN., 9-9-86, “ENTel c/ Dycasa”; cit. En causa 53.582 del 28-5-91).

Aún cuando sostiene la demandada que, conforme al art. 7º de la ley 2.873, no le es obligatorio cerrar el camino sino cuándo y dónde lo determina el Poder Ejecutivo, tampoco afirma que le fuera prohibido.

Predominó hace mucho tiempo el concepto de que, no mediando una prescripción explícita que obligara a una conducta positiva, ninguna responsabilidad, por el perjuicio que de omitirla padeciera un tercero, cabe a quien la omitiera. Ello dimanaba del texto primitivo del art. 1071 del C.Civil. pero el derecho vigente no tolera ese criterio, por acertado que pudiera ser, *de lege lata*, antes de la ley 17.711. Recuerda ACDEEL E. SALAS, por ejemplo que (en 1918) un tribunal nacional eximió de

responsabilidad a la empresa de electricidad por la muerte de quien, subido al techo de su casa, se asió a un cable eléctrico sin revestimiento aislante, si la ordenanza municipal (“disposición de la ley”: art. 1074 C.Civil) no imponía tal medida protectora (en “Código Civil Anotado”, 2º de., vol. 1, pág. 540) la reforma de 1968 no solo quitó amparo al ejercicio de un derecho propio como eximente de ilicitud, debe ser **regular** (art. 1071), lo que implica sujeción a la clásica directiva *alterum non laedere*, a la prevención (en materia aquiliana) contra la culpa en la ejecución de hechos voluntarios, y a la inversión probatoria en los casos de daño causado por el riesgo o vicio de las cosas. Ello así, cuando existe la disposición de la ley cuyo cumplimiento se omite, basta con la omisión para que nazca responsabilidad por el daño causalmente vinculado a aquélla. Si no la hay, será menester un análisis de las circunstancias de tiempo, persona y lugar (CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, “Obligaciones”, III, 176). El primer supuesto es el de ilicitud por incumplimiento de la ley (art. 1066); el segundo, el de culpa conforme al art. 512 del C. Civil (causa 47.474 del 23-2-89, “Lucero c/Laise”).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Ruiz, Obdulio c/Trenes de Buenos Aires y otro s/ daños y perjuicios” causa N° 80.755 Reg. 201

DAÑOS Y PERJUICIOS: Desvalorización del rodado. Prueba pericial sin inspección del vehículo. Valor probatorio.

Resulta factible, indemnizar la desvalorización aún cuando el experto no haya tenido a la vista el automotor para poder dictaminar acerca de la depreciación del mismo, por cuanto igualmente puede pronunciarse tomando en consideración otros elementos incorporados a los autos, tales como presupuestos o facturas de gastos, fotografías reconocidas o dichos de testigos. Valorando los elementos que tuvo en cuenta el perito para arribar a su conclusión respecto de la existencia de este daño, queda siempre librada la cuestión a la apreciación judicial en los términos del artículo 474 del Código Procesal.

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala Ia., 14-10-99 “Brufal, Julio J. C/López, José s/ daños y perjuicios” causa N° 81.881, Reg. 469

DAÑOS Y PERJUICIOS: Privación de uso del automotor. Monto diario estimativo.

Ambas Salas de este Tribunal otorgan entre \$20 y \$40 diarios por cada día que la víctima se vió privada de disfrutar de su rodado por el daño que no tuvo por qué tolerar (cfr. Causa n° 78.808, del 17/12/98, reg.sent-684/98 entre otras de esta Sala Ia.).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala Ia., 14-10-99 “Brufal, Julio J. c/López, José s/ daños y perjuicios” causa N° 81.881, Reg. 469

DAÑOS Y PERJUICIOS: Desvalorización del rodado. Prueba.

La difundida opinión sobre la cual el automóvil chocado pierde valor en el mercado de usados, por causa de tener en su haber una circunstancia dañosa que afecta su integridad pese a haber sido reparado, aunque guarda lógica en ciertos casos, no puede ser admitida en forma absoluta; en cada supuesto habrá de estarse a lo que surja de la pertinente prueba (causa 60.808 del 16-9-93 de esta Sala II°), en especial de lo que resulte de la prueba pericial, por la frecuente complejidad técnica y científica que tal valoración o apreciación tiene.

Habida cuenta que está fuera de discusión que el perito no pudo examinar el rodado es claro que no estuvo por ello en condiciones de afirmar si quedó bien o mal reparado, con o son vestigios del choque, o qué secuela de éste sería perceptible para un hipotético comprador (art. 474 del CPCC, causa 74.557 del 2-12-9 de esta Sala II°).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Romano, Gerardo G. C/ Rodríguez, José C. S/Daños y perjuicios” Causa N° 81.007 Reg. N° 181.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Indemnización por la muerte del hijo menor de edad. Pautas para establecer el importe.

Ha resuelto la Excma. Suprema Corte de este Estado en el Ac. 36.983 que aquellos padres que pierden a su hijo se ven privados de contar con posibilidad cierta de ayuda que implica la pérdida de toda futura protección, razón por la cual no necesitan probar el daño que la muerte de un hijo se ocasionó; la ley admite la existencia de un perjuicio cierto que está dentro del orden natural de la vida (art. 1084 y 266 del C. Civil; causa 55.826 del 11-2-92, 56.242 del 20-2-92, 56.580 del 4-6-92 entre otras de esta Sala II°).

El daño patrimonial de que trata el reclamo (muerte del hijo menor de edad) no permite más que una reparación muy parsimoniosa, porque tal ayuda potencial no pasa de una chance, condicionada a futuras variables inciertas y acotada por el factor -altamente arraigado en el curso normal y ordinario de las cosas- de que el hijo, a su turno formará familia, adquiriendo así intensas obligaciones alimentarias, por lo que no es atinado pensar que destinara - en dichas circunstancias- el 40% de sus ingresos en ayuda a sus padres. Y supeditada, por otra parte, a una extensión temporal reducida, no es la edad del hijo lo que importe, sino la de los padres reclamantes, porque la duración de la capacidad productiva de aquél carece de gravitación si en su decurso ha de terminar la vida de sus padres (C. 55.430 del 31-5-91; 54.630 del 30.-.91; 62.944 del 26-8-94; 57.450 del 28-3-95 del esta Sala II°).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Peralta, José Luis y otra c/Digiglio, José L. y otros s/daños y perjuicios” Causa N° 80.932 Reg. N° 203.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Prueba. Causa penal ofrecida por ambas partes. Apreciación.

Si la causa penal fue ofrecida como prueba por ambas partes, no puede una de ellas disconformarse con lo que le resulta adverso y quedarse con lo que la favorece (SCBA. Ac. 38.338 del 8-3-88), que tampoco lo es la indagatoria del imputado, porque semejante declaración no puede hacer prueba directa de la culpa de la víctima (arts. 163 inc. 5°, 376, 384, CPCC.; causas 41.103 del 14-2-86, 53.582 del 28-5-91, de esta Sala).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Grillo, Cristian c/Kiryk, N. y ot. S/daños y perjuicios” causa N° 81.101 Reg. 186.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad civil. Prueba. Objeto. Eximentes.

Para determinar la responsabilidad civil del demandado con fundamento en el art. 1113, 2° parte *in fine* del C.C., es preciso probar: 1°) la existencia del daño; 2°) el carácter riesgoso o vicioso de la cosa, individualizándola concretamente y objetivando su riesgo o vicio; 3°) que el daño obedece a tales riesgo o vicio de la cosa; 4°) que el accionado es su dueño o guardián (causa 57.796 del 2-10-92).

La relación causal entre el daño y el riesgo de la cosa de que el demandado es dueño, puede resultar interrumpida por alguno de los supuestos aprehendidos en el art. 1113 del C.C. pero es menester probar acabadamente -para desvirtuar la aplicación del principio del riesgo creado- los hechos que lleven a excluir de responsabilidad a la parte demandada, siendo las eximentes de restrictiva aplicación y rigurosa acreditación (Ac. 34.081 del 23-8-85, SCBA.; causa 54.496 del 17-5-91).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Grillo, Cristian c/Kiryk, N. y ot. S/daños y perjuicios” causa N° 81.101 Reg. 186.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Incapacidad. Elementos a considerar. Tabulación.

No es fecundo detenerse en la discrepancia que sobre la medición de la incapacidad se suscita entre el médico asesor de la demandada (6%) y el perito (10%), porque el caso no es de aquellos en que haya de recurrirse a baremos y cálculos aritméticos. El menoscabo de las lesiones provocadas por un hecho ilícito, debe ser indemnizado según el conjunto total de actividades del sujeto y la proyección que la secuela del accidente tiene sobre su personalidad integral, por lo que la estimación del monto adecuado no se sujeta a una tabulación prefijada: es necesario considerar toda circunstancia que caracterice a la víctima: su edad, sexo, estado civil, cargas de familia, nivel socio-económico y cualquier otro dato que demuestre la situación preexistente (arts. 902, 1068, 1069, 1083 y ccds. C.Civil). no tiene excesiva significación, por lo expuesto, que el perito médico “graduara” aquella

disminución según una tarificación tabulada; lo que importa es el peso de aquélla conforme a las referidas circunstancias personales (causas 42.854 del 23-2-88; 54.684 del 13-8-91).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Grillo, Cristian c/Kiryk, N. y ot. S/daños y perjuicios” causa N° 81.101 Reg. 186.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Daño moral. El denominado “placer vital suplementario”

Cuando la víctima debió someterse a tratamientos médicos de reducción de fractura, portación de yeso y posterior convalecencia, hubo en ello mismo un evidente deterioro de la calidad de vida, y una ofensa a los legítimos y más trascendentes valores de su persona, como libertad, honor, derecho a la búsqueda de la felicidad, a su paz personal. Así, si bien no debe caerse en la tentación de formular groseras compensaciones sobre la base del denominado “placer vital suplementario”, es cierto que la reparación del daño moral debe alcanzar el carácter de una satisfacción compensatoria. (Causa 38.403 del 27.11.84 de esta Sala II.).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Marquez, Ignacio Pedro c/ Ferrocarriles Metropolitanos S.A. s/ daños y perjuicios”, Causa N° 80.741 Reg. N° 198.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Indemnización por incapacidad. Alcance. Daño psíquico. Concepto. Monto.

La indemnización de la incapacidad tiene como propósito -mediante una inversión adecuada- producir una renta que, sumada a sucesivas reducciones del capital, agoten éste en el lapso razonable de supervivencia del damnificado, tendiendo esos frutos a compensar, interin, la pérdida económica causada directa o indirectamente por lesiones, pero no más que eso (causa 44.080 del 16.9.87). La estimación de esa indemnización no se supedita a tabulaciones prefijadas, debiendo primordialmente considerarse toda circunstancia que caracterice a la víctima: edad, sexo, estado civil, cargas de familia, nivel socio-económico y cualquier otro dato que demuestre la situación anterior al hecho ilícito (arts. 902, 1068, 1069, 1083 y concds. Del C. Civil). Causa 54.872 del 22-7-91.

En el área del psiquismo, la disfunción postraumática consiste en una diferencia perceptible en el modo de aprehensión y abordaje de la realidad por parte del sujeto, antes y después del hecho, y ella en “reversible”(Gil-Cardinale, “La determinación pericial del daño psíquico” en revista “Síntesis Forense 70, San Isidro, abril de 1991, pág. 56). Precisamente, a resolver aquella disfunción es a lo que tiende el tratamiento psicoterapéutico, que no tiene otra finalidad que la de eliminarla.

Aún cuando no es dable considerar en forma matemática el número de sesiones

que pueda abarcar el término de un año, ni su costo, toda vez que -entre otras cosas- debe ser restado inactividad de los profesionales dedicados a la psicología durante un mes al año y que es manifiesta variedad de la oferta en tratamientos de esta naturaleza, que depende en grado superlativo de la jerarquía, prestigio y título de cada profesional, y análogamente, a las condiciones socio económicas del paciente (esta Sala IIa. en causas 62.574 del 21.4.94; 67.228 del 29.3.96; 76.598 del 15.7.98, entre muchas otras).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Maidana, Víctor R. y otras c/ Fernández M. y otras s/daños y perjuicios”, Causa N° 80.903 Reg. N° 196.

DAÑOS Y PERJUICIOS: Incapacidad sobreviniente. Integridad física. Concepto.

Por Principio, con abstracción de las circunstancias o calidades personales del individuo, todos los componentes del cuerpo humano deben funcionar normalmente para que pueda ser considerado como una entidad en cuanto a sus aptitudes. Y se pierde la integridad física cuanto la víctima queda impedida de movimientos esenciales a la arquitectura del ser humano de su edad, o muy limitada en otros, o disminuida en su fuerza, destreza o presteza, o inarmónica en la reducida motilidad subsistente, o afectada con visibles irregularidades o asimetrías. También engloba la incapacidad una disminución -por las lesiones- de la futura calidad de vida, aún al margen de la pérdida de posibilidades económicas (causas 40.555 del 15.11.85; 54.428 del 13.8.91; 67.952 del 15.10.96 de esta Sala IIa.).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., “Sanchez, Luis Emilio y otro c/ Ojeda, José Luis y otro s/ daños y perjuicios” Causa N° 78.582 Reg. N° 194

DAÑOS Y PERJUICIOS: Excepción de transacción. NULIDAD. Vicio de LESIÓN. Asistencia letrada.

De acuerdo lo dispone el art. 954 del Código Civil el vicio de lesión, que permite demandar la nulidad de los actos jurídicos, requiere de la existencia y prueba de un requisito de carácter objetivo, esto es, una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada e injustificada, y de elementos de índole subjetiva que comprenden tanto la situación del lesionado como del lesionante. En el primero se exige que se encuentre en una situación de inferioridad y en el segundo una actitud deliberada tendiente a aprovechar la situación del otro contratante para obtener una ventaja patrimonial injustificada (causa 61.706 del 28-7-94 de esta Sala IIa.; conf. LLambías. “Código...”, t.II-B, pág.107 y ss.).

No basta la desproporción de las prestaciones, debe demostrarse además la situación de inferioridad contractual dada la existencia de uno u otro de los ya mencionados elementos subjetivos que la configuran (causa 48.326 del 25-4-89;

61.706 ya citada de esta Sala IIa.).

Si bien la transacción implica concesiones recíprocas que no deben guardar necesaria equivalencia, de manera que la víctima de un accidente de automotor pudo sacrificar parte del crédito a cambio de la certeza e inmediatez en el cobro, aún así cuando la desproporción es abrumadora, al resultar -como en el caso- el monto del acuerdo un poco más del quince por ciento de la indemnización que le corresponde conforme las lesiones sufridas y consecuencias de las mismas, es aplicable a la transacción las normas relativas al vicio de lesión (Cám. 2A. La Plata, C.C., Sala IIIa., 21.3.95, L.L.Bs.As. 1995-1074; Cám.Nac.Civil, Sala I, 2-9-97, L.L. 1998-E-292).

En el caso ha quedado demostrada la situación de inferioridad contractual dado el estado de necesidad en que estaba la actora al celebrar el acuerdo en el que la demandada sustenta su defensa. En efecto; la propia demandada reconoce la situación económica precaria de la actora al momento de celebrarse el acuerdo, agravada por las necesidades del grupo familiar formado por su cónyuge y seis hijos. Al cuadro descripto debe sumársele el estado de incertidumbre e inquietud que el actor padecía, ya que el acuerdo se firmó a menos de dos meses de ocurrido el accidente y a un mes de haber sido dado de alta del hospital donde fue intervenido quirúrgicamente en el brazo dañado. También ha de tenerse en cuenta las dificultades del actor derivadas de la imposibilidad de reiniciar inmediatamente su actividad laboral merced a las lesiones sufridas y su posterior convalecencia. Ante tal estado de cosas es dable presumir que el actor se encontró en una situación de necesidad material y moral que torna procedente la aplicación de las normas relativas a la lesión subjetiva (art. 163 inc. 5e del C.P.C.). cabe recordar en este aspecto que la necesidad traduce una situación de angustia y agobio, derivada de la carencia de los elementos esenciales para vivir y que dicha carencia puede ser tanto material como moral referida al temor por la vida, la salud, el dolor, la pérdida del trabajo, la libertad, etc. (S.C.B.A. Ac. 37.381 del 19-4-88; causa 61.706 ya citada de esta Sala IIa; conf. Belluscio A., “Código...”t.4 pág. 369).

Si bien la demandada insiste en sus agravios acerca de la efectiva asistencia letrada que el accionante tuvo, cabe concluir que, aún de haber sido ello cierto -lo que está negado y no probado- se habría en definitiva suplido su inexperiencia pero no desvirtuado su estado de necesidad. Cabe destacar en este sentido que cada elemento subjetivo es independiente del otro y basta que uno de ellos exista para que la lesión se produzca. Así pueden concurrir tanto la necesidad como la inexperiencia y carece de interés examinar si el uno absorbe al otro ya que con cualquiera de los dos basta para que funcione el instituto (conf. López de Zavalía J., “Teoría de los contratos”, t.1,pág.44 y ss.).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 03-07-99, “Espejo, Domingo F. C/ Empresa Línea 216 S.A. de transporte y ot. S/daños y perjuicios” Causa N° 81.004 Reg.N° 189

DAÑOS Y PERJUICIOS. Legitimación. Usuario.

Según tendencia jurisprudencial del país, es amplísimo el criterio tendiente a legitimar activamente a quien reclama, habiéndose reconocido la facultad pertinente a quien usa el automotor al momento del suceso o tuviese sobre él guarda jurídica, en razón de que el derecho de uso no requiere más prueba que su propio ejercicio y que la posesión del vehículo basta para reclamar la reparación de los daños sufridos por él, considerando actos posesorios llevar el vehículo a reparar y encargar un presupuesto.

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala Ia., 14-10-99, “Vaz de Silva c/Benitez s/ s/Daños y Ps” Causa N°82069 Reg.N°470.

DAÑOS Y PERJUICIOS. Responsabilidad objetiva. Noción de culpa.

En accidentes de tránsito donde intervienen dos o más vehículos en movimiento, cabe hacer aplicación lisa y llana de la teoría del riesgo creado (art. 1113 del Cód. Civil; SCBA, Ac.38840 del 14/6/88). Cabe puntualizar, que la teoría del riesgo no elimina dentro de su universo la idea de culpa, aunque a ésta, no se la hace gravitar como factor de atribución o de imputación de responsabilidad, sino como causal de exención. De ahí que la víctima de un daño causado por una cosa riesgosa no tenga que probar si existe culpa en el dueño o guardián de la misma, ya que le basta con acreditar la relación de causalidad entre el daño sufrido y aquella cuya titularidad o guarda atribuye al que demanda quien, a su vez, puede eximirse de responder si demuestra la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deba responder (causa de esta Sala Ia. 48071 r.s.277/88; 50989, 50823, entre otras). Cuando el art. 1113 del Cód.Civil habla de “culpa de la víctima”, se emplea el término culpa en sentido impropio, puesto que no se trata de la infracción de un deber de la víctima contra otro, sino contra sí misma (conf.Goldshmidt, Werner, “Problemas de la responsabilidad creada por un riesgo”, E:D, 72-334 y ss.;causas de esta Sala Ia. 50019, 57541).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala Ia., 14-10-99, “Vaz de Silva c/Benitez s/ s/Daños y Ps” Causa N°82069 Reg.N°470.

DEFENSOR OFICIAL: Designación en juicio ejecutivo. Oportunidad.

El defensor oficial sostiene que para procederse a su designación, la publicación edictal efectuada debió contener la correspondiente intimación de pago.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 555 del C.P.C.C., sobre el articular se ha dicho que cumplidos los trámites previos, demostrativos del desconocimiento del domicilio de los ejecutados, debe nombrárseles Defensor Oficial luego de citarlos por edictos por el plazo legal, a los fines de practicar **posteriormente** la intimación

de pago y citación de remate (conf. Morello...”Códigos,,”,1°ed.,T°V-I,p.294, Causa 77.252 r.i. 413/98 de esta Sala IIa.).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 13-07-99, “Di Carlo, Carmela c/Tossi, Marcelo Hugo y otros. S/Cobro de Alquileres”Causa N°82.208, Reg.N°562.

DERECHOS REALES: Edificación en propiedad ajena. Buena fe. Indemnización. Valor. Concepto. Ampliación antirreglamentaria.

El art. 2588 del C.Civil -aplicable al caso por remisión del art. 2590- atribuye al dueño del terreno, cosa principal, siendo accesorios los materiales, por lo que deben seguir la suerte de aquél. La norma autoriza entonces al dueño del terreno para - indemnizando al edificante- hacer suya la obra, pero no, no indemnizándolo, para exigirle su demolición (SALVAT-ARGAÑARÁS, “Tratado....Derechos Reales”, 5° ed.vol.II, pág.193).

Cuando el Código Civil, reglando los derechos reales, se refiere a la *buena fe*, no ampara la candidez o credulidad, sino la persuasión del poseedor de la legitimidad de la posesión siempre que esta convicción repose sobre la ignorancia o error de hecho excusable (arts. 2536 y 929 del Cód.Civil).

El art.2519 C.C. presume hechas por el propietario y a él pertenecientes, las construcciones plantaciones y obras existentes dentro de su señorío, admitiéndose la prueba en contrario. Si la obra a vista y ciencia del propietario que habitaba en el inmueble se hizo con su consentimiento para que el hijo se erigiera una vivienda, hay mala fe de parte de ambos, en cuyo caso el art. 2590 C.C. dispone arreglar los recíprocos derechos según lo dispuesto respecto del edificante de buena fe, lo que permite al dueño hacer suya la obra, indemnizando al edificante (causa 40.452 del 18-3-86).

“*Valor*” es el precio pecuniario de una cosa, o sea, la suma de dinero -como común denominador- en que tal cosa se aprecia. Difiere del costo de los materiales (arg. Arts. 2315 y 2318 *in fine* del C.C.) y de la mano de obra aplicados a construir la cosa: la suma de sus precios no necesariamente determina el valor, el que depende de una multiplicidad de otros factores, que pueden resumirse en las posibilidades y apetencias del mercado. Es tal la razón de que -cualquiera que fuera el costo afrontado por el edificador de mala fe-, la indemnización debida por el dueño de mala fe no haya de equivaler más que al mayor valor adquirido por el inmueble, porque, a diferencia de lo previsto (para el caso de mala fe únicamente en el edificante), por el art. 2589 del C.C. -reformado por la ley 17.711, de derogó el antiguo derecho del edificante al “valor de los materiales y de la obra de mano”-, en el caso del art. 2590 carece de la alternativa de pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante.

El perito tasador indicó que la edificación se hizo prácticamente sobre el pulmón

de manzana, lo que imposibilita la aprobación de planos o división en propiedad horizontal, y, por ende, la venta.

En el momento de la sentencia, pues, lo edificado no tiene económicamente valor alguno, porque no puede celebrarse actualmente transmisión alguna de derechos reales sobre el inmueble, resultando apenas conjetural cuándo y bajo qué circunstancias pueda en lo futuro zanjarse esa anómala situación, si ello pudiere ocurrir.

De lo dictaminado por la perita arquitecta se desprende que el inmueble de la demandada no experimenta mayor valor por lo edificado. Y, como explicara uno de sus eminentes redactores, la modificación impresa por la ley 17.711 al art. 2589, trata, en definitiva, de evitar que le dueño se enriquezca sin causa. Por eso la indemnización debe cubrir todo el mayor valor (pero) nada más que él (BORDA, Guillermo A., “La reforma de 1968 al Código Civil”, Perrot 1971, pág.384). Y ello impide computar independientemente el empobrecimiento del edificante de mala fe, y demuestra que si no hay enriquecimiento alguno, ninguna indemnización es debida, por lo que debe confirmarse lo decidido.

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 08-07-99, “Taylor, Ana M. C/Tiddens, Amanda M. S/Cobro de Pesos”Causa N°78.813, Reg.N°183.

DESALOJO. Legitimación. Comodato. Sociedad de hecho. Prueba.

Acreditado el ingreso al inmueble de los demandados con autorización de la actora y en forma gratuita, la mera negativa de los accionados acerca de su legitimación activa no es suficiente para el progreso de la excepción.

Siendo la titular del dominio quien intenta el desalojo, la duda que pudiera existir por resultar insuficiente la prueba de la existencia de un comodato, debe resolverse a favor el propietario, en atención a la jerarquía de su derecho y ello en razón de la presunción a su favor que establece el art. 2523 del C.Civ. (Cam.Nac.Esop.C.y C., Sala VI, 3/3/77, “Bellomo, Guillermo A. C/ García, Esmirta s/desalojo”ED 73-161).

Los demandados han alegado la existencia de una sociedad de hecho para oponerse al reclamo de desocupación, de modo que la carga de la prueba de esta última circunstancia, que explicaría desde distinta óptica los hechos siempre y cuando se probaran los elementos constitutivos de la sociedad, es decir la utilidad apreciable en dinero, la participación en ganancias y pérdidas y el affectio societatis, (art.1648 del C.Civ., Borda op. cita pág. 161) pesaba sobre los accionados, puesto que es al demandado a quién incumbe la carga de la prueba de la situación de hecho de la que resulte la calidad invocada para repeler la acción, cuando ésta es procedente atento la existencia de una obligación de restituir nacida de un contrato (SCBA, 22-2-94, E D 158-443; Cám.Civ y Com. 1°, Sala IIa., La Plata, 21-9-95, “Del Amo, Delia c/ Vela, D. S/desalojo”).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala Ia., 12/10/99, “Silveyra, Reinaldina c/Roy, Enrique

V. S/Desalojo” Causa N°81490, Reg.N°467

FONDO DE COMERCIO: TRANSFERENCIA. Edictos. Omisión. Efectos entre las partes. Obligaciones del vendedor. Habilitación.

El procedimiento legal para la transferencia de fondos de comercio se dirige a regularla respecto de los acreedores y terceros en general, beneficiando además al adquirente al permitirle asumir la titularidad del establecimiento sin más pasivo que el que expresamente acepte, por lo que, dejando de cumplirlo, la transferencia es inoponible a todo acreedor del vendedor, quien podrá actuar sobre el fondo sus elementos, aunque hubieran sido pagados por el adquirente, quien no podrá alegar en su favor las disposiciones del art. 2412 del C.Civil (ZUNINO, “Fondo de Comercio”, Astrea 1982, pág. 49). Por ello, la circunstancia de que *inter partes* se conviniera en no publicar edictos, no incide en el presente caso, cuya materia no es el pago de las obligaciones sino la resolución del contrato por razón del incumplimiento por el vendedor, de aquéllas, y de otras necesarias para el objetivo de la transmisión, como la entrega de documentación y la habilitación del comercio.

Siendo el vendedor del fondo de comercio la parte que debe entregarlo contra el pago del precio -que íntegramente recibió-, su prestación en las condiciones pactadas (art. 1197 C.C.) tuvo por inmatrimoniales en aptitud de goce por el comprador, debiendo el vendedor responder cuando el adquirente sufriese una turbación de derecho en la propiedad, goce o posesión de la cosa (arg. Art. 2091 C.Civil). no culmina su obligación mientras no cumpla todas las gestiones y trámites que le son propias, encaminadas a permitir al comprador asumir la titularidad íntegra y cabal del fondo (ZUNINO, “Fondo de Comercio”, Astrea 1982, pág. 288), y la habilitación administrativa es un elemento esencial, siendo el vendedor -salvo pacto en contrario, que no lo hay- responsable por cualquier irregularidad al respecto (ZUNINO, *op. cit.*, pág. 232).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 15-07-99, “Sanchez, S. c/Gómez Barral, J.; Gómez Barral, J. c/Sanchez, S. Causas 76.824 y 74.851 Reg. N° 192.

HONORARIOS: Peritos. Proporcionalidad.

Esta alzada ha considerado, siguiendo en ello al más alto Tribunal federal, que la adecuada proporción que las remuneraciones de los peritos debe observar respecto de los honorarios de abogados y procuradores, no significa que deba dejarse de lado la normativa de cada actividad (CSJN., 28.4.72, L.L. 149, 568), ni que siempre los de los peritos deban ser menores a los de los abogados, sino que pudieren corresponderles según su arancel legal y los que, conforme al monto e importancia del pleito, pudieran corresponder a los abogados, de acuerdo a las tareas realizadas (causas 40.246 del 15.8.85 r.i.386-85, 44.137 r.i.39-87). aquella proporcionalidad no autoriza a los jueces a apartarse de los límites fijados por las leyes arancelarias respectivas, invadiendo la esfera constitucional del legislador (causa 51.562 del

13.6.91)

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 08-07-99, “Taylor, Ana M. C/Tiddens, Amanda M. S/Cobro de Pesos” Causa N°78.813, Reg.N°183.

HONORARIOS: Rendición de cuentas. Base regulatoria.

El juicio por rendición de cuentas y la eventual conformación de un saldo acreedor o deudor, no contiene una base determinada a los efectos regulatorios, puesto que no lo son los importes que se discuten, ni tampoco el saldo; el objeto del proceso es la rendición y no el cobro de esos importes, por lo que si bien serán elementos a tomar en cuenta como una pauta más a los efectos de determinar los emolumentos que corresponden a los profesionales intervinientes por las tareas realizadas, los honorarios se fijarán conforme al art. 16 de la ley 8904. (Conf. CC.0101 M.P. causa 95.864 r.i.1159 I 2.11.95; CCom.Sala D, del 20.10.86 en “Lanci c/Costa”).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 17-06-99, “Bellantonio, Domingo c/Bellantonio, Juana s/Rendición de Cuentas” Causa N°78.942, Reg.N°462.

HONORARIOS: Letrado del perito. Son a cargo del patrocinado.

Los honorarios por actuaciones que no beneficiaron a ninguna de las partes, sino tan sólo al perito patrocinado, son a cargo de éste, quien debe soportar su pago, por no tratarse de un supuesto de honorarios regulados en concepto de costas (dctr. Art. 58 de la ley 8904, y causa 59.278 r.i.233/93 de esta Sala IIa.).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 06-99, “Aran, Eleonora Amalia c/Biragnet, Ramón A. Y otros s/Daños y Perjuicios” Causa N°75.053, Reg.N°500.

INTERESES. COMPRAVENTA: Entre comerciantes. Tasa activa.

Tratándose de un reclamo entre comerciantes relacionado a una compraventa de mercaderías impagas, y siendo que es una obligación regida por el Código de Comercio (art.450 y sgtes), cobra plena vigencia lo previsto en el art. 565 de dicho cuerpo, conforme al cual la tasa a fijar es la activa.

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 15-7-99, “Pascual Bruni S.A. C/Notari, Enzo S/Cobro De Pesos” Causa N° 80.644 Reg. N° 202

JUICIO EJECUTIVO. APREMIO. Excepción de inhabilidad de título. Instrumento público.

El carácter de instrumento público que revisten las liquidaciones expedidas por

los funcionarios autorizados de las que emana el crédito a favor del FISCO ejecutante, lleva a admitir que dichas constancias de deuda son auténticas y hacen plena fe sobre todos los datos y circunstancias en ellas consignados (ver arts.979, 993, 995 y ccs. del Cód. Civil; esta Sala, causa 82287, reg. 404 del 14/9/99).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala Ia., 14-10-99 “Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/Moral, Carlos César s/ apremio” causa N° 82.559, Reg. 468

LOCACIÓN: Emplazamiento para restituir. Exteriorización de la voluntad del locador. Obligación de restituir e intrusión análoga.

Le traslado de la demandada no desalojo por vencimiento del contrato exterioriza suficientemente la voluntad del locador de serle restituida la cosa. Si el demandado no se allanó a la demanda, es suficiente tal emplazamiento, sin que importe que el requerimiento se hiciera o no por la vía extrajudicial (art. 509, 1622 del CC; esta Sala II. En causa 43.733 del 17-2-87).

La situación de quien se niega a restituir la cosa que tiene en virtud de un título que obliga a la devolución es análoga a la del intruso, por lo que corresponde condenarlo a desalojar (causas 51.416 del 10.4.90; 56.220 del 21.11.91, de esta Sala II.)

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala Ia., 15-07-99, “Dubois, María B.I. c/Vittale, Beatriz Amalia s/ Desalojo” Causa N°81.207, Reg.N°195.

LOCACIÓN: Obligaciones del locador. Uso y goce de la cosa arrendada.

Si el locador, como vendedor del fondo de comercio, ha dejado de cumplir las obligaciones que en tal carácter le eran propias, lo que a la postre llegaría a traducirse en impedir a la locataria el uso y goce de la cosa arrendada -en particular, por su destino comercial- (art. 1526 del C.Civil), la existencia de los impedimentos puede ser causa, no imputable al locatario sino al locador, de la conclusión de la locación (art. 1604 incs. 4° y 7° C.C.).

La del art. 1515 C.C. es una obligación de garantía, que comprende tanto lo que resulte de hechos personales del locador (arts. 1519, 1523, 1524); de turbaciones de terceros (arts. 1520 y 1526 y sigs.); o por vicios redhibitorios de la cosa locada (art. 1525 C.Civil), debiendo entenderse el concepto de goce pacífico de la cosa en sentido amplísimo (SPOTA, “Instituciones - Contratos”, V, 40).

Se trata de una obligación de hacer, que impone al locador una conducta determinada o una abstención (arts. 625 y sigs. C.Civil), cuyo incumplimiento autoriza al locatario a resolver el contrato o bien a reclamar una disminución del alquiler, sin perjuicio (en ambos casos) de la acción indemnizatoria (causa 46.452 del 28.7.88,

“Ross c/García”).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala Ia., 15-07-99, “Sanchez, S. c/Gómez Barral, J.; Gómez Barral, J. c/Sanchez, S. Causas 76.824 y 74.851 Reg. N° 192.

LOCACIÓN: Resolución anticipada. Indemnización. CLÁUSULA PENAL.

La cláusula penal es un medio para fijar, convencional y anticipadamente el monto de los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación principal o de la morosidad en la ejecución y el acreedor no tendrá derecho a otra indemnización aunque pruebe que la pena no es indemnización suficiente (arts. 655, 656 y cc. C.P.C.; causa 40.851 del 11-2-86, 46.351 del 7-7-88 de esta Sala II).

En concordancia con ello debe denegarse la indemnización pedida por falta de preaviso entendiendo que en el contrato no se pactó mayor indemnización por su resolución anticipada -ni en caso de abandono- que la fijada en el importe de un mes de alquiler en la cláusula penal.

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala Ia., 13-7-99, “Marti Sabahattin V. y Cohen de Marti, L. c/Jahoda, Nélide Haydee y otrs s/Cobro de Pesos” Causa N°80.049 Reg. N° 191.

NULIDADES PROCESALES: Necesidad de alegación del perjuicio producido por el vicio denunciado. Formas procesales. Alcance.

Conforme lo dispone el art. 172 del C.P.C.C., toda articulación de nulidad requiere la alegación del concreto perjuicio sufrido, debiendo el nulificante, a tal fin, demostrar cuál es el interés jurídico que pretende subsanar con la sanción de ineficacia del acto cumplido con algún vicio que lo afecte (art.172 y cc. Del C.P.C.C., Palacio, “Derecho Procesal Civil”, T°I, ps.657 y ss., causa 65.650 r.i.84.95 de esta Sala II.)

Es menester que el planteo de nulidad contenga en sus términos la alegación y demostración de que los vicios produjeron un perjuicio cierto e irreparable, pues en caso contrario, desaparece el interés jurídico. En este sentido se ha agregado que es insuficiente para fundar un pedido de nulidad, la sola invocación del quebrantamiento de las formas del juicio (conf. Morello..., Códigos..., 2°ed.T°II-C, p.372, causa 76.026 r.i.octubre de 1998 de esta Sala Ia.).

Las formas procesales, han sido creadas para garantizar los derechos de las partes y el buen desenvolvimiento de las causas, pero no constituyen formalismos sacramentales cuyo incumplimiento tenga por consecuencia la sanción de la nulidad; procurar la nulidad por ella sola es inadmisibles cuando contrasta con el legítimo interés de las partes y la recta administración de justicia (conf. Fenochietto_Arazi, “Código...”, T°I, p.620).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 1-7-99, “Kaňevsky Sonia y Otr. C/ Municipalidad de San Isidro s/ Redargución de Falsedad.” Causa N°..... Reg. N°514.

PROPIEDAD HORIZONTAL: Extensión física del dominio del propietario.

Conforme al art. 2518 del C.Civil, la propiedad del suelo se extiende en líneas perpendiculares al espacio aéreo. Pero semejante derecho no asiste a la reconvincente: la ley 13.512 estructura un derecho real; de uso, goce y disposición jurídica sobre una cosa propia consistente en una unidad funcional de un inmueble edificado, que está integrado por una parte *cuota parte indivisa sobre el terreno y demás partes del edificio*, denominadas “comunes”(GATTI, “Teoría General de los Derechos Reales”, 3ºde., p. 140; causa 42.148 del 30-6-87), de modo que aunque el art. 2º no se refiera al espacio aéreo, el condominio que crea sobre el terreno se extiende a aquél (arg. Art.2518 citado; conf. GABAS, “Derecho práctico de Propiedad Horizontal”, HAMMURABI 1994, vol.2, pág.269), sin perjuicio -claro está- de lo que convencionalmente pudiera establecerse en contrario del carácter de común que la ley asigna a las azoteas (art. 2º citado, *in fine*).

Cada uno de los propietarios carece de derecho propio a reclamar resarcimiento por el uso del espacio aéreo.

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 08-07-99, “Taylor, Ana M. C/Tiddens, Amanda M. S/Cobro de Pesos” Causa N°78.813, Reg.N°183.

PROPIEDAD HORIZONTAL: Requisito de unanimidad y orden público.

Se requiere asamblea extraordinaria con unanimidad de todos los integrantes del consorcio para modificar o resolver sobre los porcentuales correspondientes a cada unidad y para toda obra nueva que afecte al inmueble común (como) el agregado de nuevos pisos (art. 15º, 2º, inc. “G”, ap.I) y mayoría de dos tercios -que no puede existir sin la suma de los porcentuales de las unidades funcionales 1 (30,5%) y 2 (40,1%) - para realizar innovaciones o mejoras del edificio (*idem*, ap.II), previsiones éstas armónicas con lo dispuesto en los arts. 2, 3 y 7 de la ley 13.512.

Las restricciones y límites al dominio establecido en el sistema creado por dicha ley, debe ser estrictamente observadas pues su acatamiento es condición esencial para el buen funcionamiento del régimen comunitario. En consecuencia, la violación de tales normas supone *per se* una lesión de intereses jurídicos concretos (CNCiv., sala E, 29-3-96, *in re* “Consortio c/Pia Mangione”; diario LA LEY del 15-7-97). Ello no impide, empero, observar que su acatamiento a rajatabla se traduzca en un resultado antifuncional (art. 1071 C.Civil), y por eso este Tribunal -por mayoría- ha reconocido que el requisito del consentimiento de todos los consorcistas de la propiedad horizontal no reviste carácter de orden público ni es inflexible con tal

rigor como para no permitir la valoración judicial de la conducta de los copropietarios, o de las situaciones particulares susceptibles de permitir atenuaciones a la norma general, porque lo contrario podría llevar al extremo de convalidar decisiones infundadas, arbitrarias o que importan un abuso de derecho, en desmedro de normas superiores que garantizan la propiedad (causa 42.148 del 30-6-87).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 08-07-99, “Taylor, Ana M. C/Tiddens, Amanda M. S/Cobro de Pesos” Causa N°78.813, Reg.N°183.

PRUEBA: Testigos. Apreciación. Directivos de una persona jurídica. Sana crítica.

La prueba testigos es peligrosa y no puede ser aceptada sino sometiéndola a severo control (causa 39.048 del 21-3-85). La apreciación de la prueba testifical necesita la serena interpretación y valoración del Juez para desentrañar la verdad, que es lo más delicado y difícil que se le puede pedir en el proceso (Calamandrei, “Estudios sobre el proceso civil”, trad. Por Sentis Melendo, pág.93).

En la presente o solamente los testigos forman parte de la sociedad que reclama, sino que han sido las personas que han intervenido directamente en la alegada compraventa del auto, e inclusive han suscripto uno de los cheques dados en pago. Se trata entonces de testigos que hacen referencia a hechos propios y no a la percepción de hechos ajenos, por lo que sus dichos no deben ser tomados en cuenta si no son acompañados por otras pruebas que den certeza a sus versiones.

La sana crítica es el conjunto de reglas de criterio que, apoyadas en el buen sentido, la lógica, experiencia y conciencia de los jueces, permite discernir lo verdadero de lo falso (causa 40.230 17-10-85 de esta Sala) y se ejerce buscando la certeza moral acerca de lo controvertido, basándose en principios de deducciones lógicas.

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 15-07-99, “Mutual 25 de Mayo c/ Automotores El Norte s/ resolución de venta” Causa N°80.676 Reg.N°193.

PRUEBA: Confesión ficta. Valor probatorio.

Para que la prueba de posiciones en rebeldía carezca de fuerza probatoria de las afirmaciones contenidas en el pliego, y relativas a hechos personales del citado, es necesario que otros elementos de convicción obrantes en el expediente lleven a una conclusión distinta. Ello porque quien obtiene la confesión ficta de su adversario, no puede quedar en peor situación que quien la obtuviera expresa, agravada su posición por la propia estulticia del absolvente incompareciente (causa 47.962 del 13-2-88 de esta Sala IIa).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa., 08-07-99, “Saldivia, Carlos Ariel c/Navarro,

Mario Serafín s/Daños y Perjuicios” Causa N°80.774 Reg.N°184.

PRUEBA: Confesión ficta. Valor probatorio.

La confesión ficta tiene pleno valor probatorio si no se le oponen otras pruebas idóneas capaces de llevar al ánimo del juez a conclusiones contrarias a las que resultan de aquélla. Para que la prueba de posiciones en rebeldía carezca de fuerza probatoria de las afirmaciones contenidas en el pliego, y relativas a hechos personales del citado, es necesario que otros elementos de convicción obrantes en el expediente, lleven a una conclusión distinta.

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala Ia., 14-10-99, “Vaz de Silva c/Benitez s/ s/Daños y Ps” Causa N°82069 Reg.N°470..

PRUEBA: Carga. Obligaciones. Carga del acreedor y del deudor. CONFESIÓN. VALOR PROBATORIO.

En materia de prueba la obligación de rendirla no depende de la función de actor o demandado, sino de la situación que cada uno adquiere en el proceso de conformidad a los hechos establecidos o reconocidos, incumbiéndole, en consecuencia, a la parte que quiere modificar el estado normal de las cosas o la posición adquirida por la otra parte en la litis, por lo que cada parte debe probar sus afirmaciones (SCJBA. Ac. 45162 del 30-7-91; 50.156 del 6-10-92; 47.899 del 11-5-93).

El actor hubo de acreditar el nacimiento de una obligación, pues al alegarla; le incumbía su prueba, mientras que al demandado, que pretendía su liberación, probar el cumplimiento que invocaba y, además que éste se ajustaba a los términos de la obligación (Llambías, “Tratado...”, “Obligaciones”, II-B, pág.322; Morello y otros, “Códigos Procesales”, T°V, pág.118 causa de esta Sala II 41.014 del 14-11-86). Esto no es más que la distribución correcta de la carga de la prueba conforme al art. 375 del CPCC (esta Sala II en Causa 67.798 del 11-6-96). Así, el accionado alegó que la accionante modificó unilateralmente la modalidad de facturación de la venta de arena (de la inicial por metro cúbico, a tonelada) le correspondía tal prueba.

La confesional ficta tiene pleno valor probatorio si no se le oponen otras pruebas idóneas capaces de llevar al ánimo del Juez a conclusiones contrarias a las que resultan de aquélla (SCBA, L. 33.962 del 30-10-84; causas 41.319 del 21.8.86; 38.645 del 10.12.84; 46.296 del 30.3.88; 60.858 del 5.10.93; 63.002 del 24.5.94; causa 75.002 del 21.5.98 de esta Sala IIa).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa.,15-7-99, “Pascual Bruni S.A. C/Notari, Enzo S/Cobro De Pesos” Causa N° 80.644 Reg. N° 202

RESPONSABILIDAD MÉDICA: Incumplimiento contractual. Eventración. Relación de causalidad. Prueba pericial y valor probatorio. Facultades del Juez.

En materia de responsabilidad médica rigen las normas previstas para el caso de incumplimiento contractual (arts. 499, 512, 520, 521, 902 y conchs. Del C. Civil), resultando entonces presupuestos de aquélla, la existencia del daño, la relación de causalidad adecuada entre éste y la conducta, consistente en el incumplimiento de las obligaciones asumidas, imputable a título de dolo o culpa (conf.. YUNGANO-LÓPEZ-POGGI-BRUNO-, “Responsabilidad profesional de los médicos”, págs. 134 y sigs.; CAZEAUX-TRIGO REPRESAS, “Obligaciones”, t.I. págs. 316 y 367).

Ningún suceso es la obra de una sola condición o antecedente: siempre aquél es el resultado de numerosos factores o condiciones que, unidos y solo en virtud de esta unión, lo originan (ORGAZ, “El Daño Resarcible”, 3° de., pág. 38). Interrumpen el nexo causal con exclusión del efecto casual de la conducta del imputado, u la condición superviniente, que no es una secuela del curso causal desarrollado por la conducta del victimario, pudiendo romperse aquél por el hecho del perjudicado o por el caso fortuito o por el hecho de un tercero (MOSSET ITURRASPE, “Responsabilidad por Daños”, I, 208), y en tales supuestos el juez se encuentra en presencia de una consecuencia casual, extraña a la responsabilidad del agente (arts. 901 y sigs. Del C.C. y 375 del CPCC.; causa 47.432 del 10-11-88, 53.776 del 17-5-91).

Las eventraciones (soluciones de continuidad en estructuras, tejidos ú órganos, que anatómicamente no existen, formadas a raíz de procesos que dejan como secuela una zona de debilidad, de modo que los tejidos ú órganos no quedan cubiertos de peritoneo sino de un tejido conjuntivo modificado -LANGE y SOTO ROMAY-), pueden ser congénitas, adquiridas no quirúrgicas, y post-operatorias.

Teniendo en consideración la edad de la actora en 1990, la sufrida no pertenece a la primera de tales categorías. Por cuanto a la segunda (“adquiridas no quirúrgicas”, clasificadas a fs. 82), ni de la historia clínica ni de la anamnesis hecha por la perito surgen los factores históricos que permitan objetivarla, dicho ello al margen de que no es comprensible que pasara desapercibida en dos actos quirúrgicos sucesivos sobre la misma región anatómica.

La que nos ocupa es la *post-operatoria*, sin que resulte decisivo que la actora no probara las vicisitudes de sus salud en el período de más de un año transcurrido entre la apendicectomía y la operación. Ello así, porque aunque se originan en el post-operatorio inmediato, la exteriorización sintomática de las eventraciones post-operatorias puede ser inmediata o alejada (DE DOMINICIS citado a fs. 82)

Sin mengua de los factores predisponentes propios de cada persona, la eventración se desencadenó por la actividad quirúrgica de la demandada, a tenor de *factor desencadenante*. Así fijada la causalidad en estudio, los subrayados conceptos del perito, en cuanto versan sobre una cuestión eminentemente jurídica, son indiferentes

para decidir el caso: los jueces pueden apartarse de las conclusiones de los peritos, suministrando los fundamentos de su convicción contraria - lo que haré-, porque sería inaceptable que el Juez quede obligado a declarar que un dictamen es plena prueba de un hecho cualquiera, cuando las reglas de lógica judicial lo convencen en contrario (art. 384 CPCC).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa.,8-7-99, “Vallejos de Bruni, E c/Sanatorio Suizo Arg. y ot. s/ Daños y Perjuicios” Causa N° 80.517 Reg. N° 187

SUBASTA: Martilleros. Gastos. Prueba.

Aunque la función del martillero es netamente la de efectuar la venta y por lo tanto, los gastos de movilidad quedan excluidos -en principio- de la comisión (conf. Morello “Códigos...” T°VI-2, p. 788), ante la ausencia de comprobantes de los importe que dicen invertidos, el importe fijado prudencialmente por el “a quo” es correcto desde que quien no cumple con la carga probatoria, no puede obtener mejor resultado que quien la satisface (art. 375 del CPCC, causa 46.907 del 5.7.88 de esta Sala II).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa.,6-99, “Pomilio Juan A y ootr. C/ Donza, Mónica M y otr. S/ Inc. Art. 250 del C.P.C.C.” Causa N° 82.050 Reg. N° 509

USUCAPIÓN: Prueba. Actos procesorios. Pago de servicios y pago de impuestos. Distinta valoración.

En esta clase de juicios es admisible toda clase de pruebas, con la salvedad que el fallo no puede sustentarse sólo en la testimonial, debiendo ser considerado especialmente el pago de impuestos. Pero, asimismo, esta prueba puede adundarse a la restante y en esa situación el hecho que la misma no pueda remontarse a la totalidad del plazo de usucapión no aniquila la acción y se atempera el rigor valoratorio de la misma en aquellos casos en que la prueba testimonial aparece fidedigna, completa y concluyente, despejando toda duda a los hechos vinculados a la usucapión invocada.

El pago de algunos servicios como los referentes al servicio eléctrico, agua, gas, no implican actos procesorios, toda vez en que pueden ser realizados por meros tenedores, el fallo hace hincapié al pago del impuesto inmobiliario y tasa municipal. Y es poco razonable que quien no se sienta poseedor se avenga a pagar contribuciones impuestas por el Estado, por lo que quien lo hace demuestra una actitud inconfundible de comportarse como dueño (Esta Sala II en causa 46.358 del 24-5-88; 70.656 del 3-7-97)

Si bien el abono de los gravámenes debe ser especialmente considerado (art. 24 inc. “C” ley 14.159 ref. por dec. ley 5756/58), su prueba no es ineludible ya que tiene un valor meramente complementario (Ac. 38.477 del 26.4.88; 39.743 del 13.9.88; causa de esta Sala II 47.082 del 10.5.90). Y también, que tratándose de

pruebas compuestas de acuerdo con las previsiones de la norma citada (art.24) la certeza resultará del apoyo que recíprocamente de presten los distintos elementos probatorios computados, aunque tomados aisladamente no abarquen todos los pormenores del hecho o hechos que se trata de reconstruir, ya que dicha seguridad depende de la concordancia y complemento de todos ellos (Acuerdos del 13.10.81, 38.447 en DJBA del 1.6.88; causas 47.352 del 31.8.88; 47.512 del 14.3.89 de esta Sala).

C.Civ. y Com. San Isidro, Sala IIa.,15-7-99, “Troylo, Horacio José c/ Olivares, Susana y otra s/ Usucapión”, Causa N° 80.168 Reg. N° 199

JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA PENAL

*Sumariada por: Adriana Ernaga – Cámara Apel. y Garant. Penal –Sala II– San Isidro
Fernanda Venca – Cámara Apel. y Garant. Penal –Sala II– San Isidro*

APELACIÓN DE EXCARCELACIÓN DENEGADA

La imputación penal que recae sobre MJA respecto del delito previsto y reprimido por el art. 166, inc. 2do. del C. Penal, importa en el caso la exclusión de su situación de las previsiones del art. 169 del Cód. de Proc. Penal y la existencia, a esta altura, por la magnitud de la pena en expectativa (art. 148, inc. 1ero., Cód. cit.) de un peligro cierto de fuga o de entorpecimiento de las investigaciones, para el supuesto de acceder el nombrado a la libertad (Arts. 439 y 447; 169 -a Contr.- y 148 inc. 1ero. del C.P.P. -Ley 11.922, y Modif.-).

Causa n° 48.058/C.Apel.y Gar. Penal S.Isidro Sala IIa.- “A, MJ s/ Inc. de Exc. en causa n° 1.165, U.F.I. Nro. 8”. noviembre. 1998.-

COMPETENCIA ENTRE NUEVOS ORGANOS Y VIEJOS ORGANOS

Esta Alzada entiende que la existencia de un nuevo régimen de procedimiento penal para la Provincia de Buenos Aires -ley 11.922- a partir del día 28 de septiembre de 1998, impone la obligación de deslindar la competencia con los diversos órganos para la investigación de los hechos sometidos a su jurisdicción, entre los de reciente creación y los existentes con antelación a la fecha de mención, y habiéndose iniciado esta causa con anterioridad a la vigencia del referenciado cuerpo legal, del análisis armónico de los arts. 4º del C.P.P. ley 11.922 y 3º y 7º de la ley 12.059 y modificatoria, debe considerarse a esta causa como “pendiente” en los términos del citado artículo 3º, no pudiendo quedar en la órbita de los nuevos organismos (arts. 4º, 21 inc. 2º, 23, 35 inc. 2º y ccdtes del C.P.P., 1º y ssgtes. de la ley 12.060, 3, 4 “a contrario” de la ley 12.059 y 134 de la ley 11.430 t.o. según ley 11.768).-

C.Apel.y Gar. Penal S.Isidro Sala IIa -Causa n° 48.160.”G,SM s/apelación de resolución administrativa”. febrero. 1998.-

COMPETENCIA – CAUSA PENDIENTE

Sin perjuicio del análisis que correspondería de efectuar con relación al lugar que podría tenerse como de comisión del hecho materia de la denuncia, lo cierto es que lo actuado por ante la Justicia Nacional y que fuera objeto de remisión a esta jurisdicción para su investigación, no puede ser conceptuado como “causa pendiente” que conlleve a que su trámite se continúe con intervención de los órganos judiciales disueltos por el art. 1º de la Ley 12.060, dado el momento en el que arribaron las actuaciones a esta jurisdicción (nueve de octubre del cte. año).

C.Apel.y Gar. Penal S.Isidro Sala IIa. Causa n° 48.124/”Incidente de Competencia, C. Nro. 1.307, U.F.I. Nro. 7 e/ Jdo. Gtías. n° 1 y en lo Crim. y Corr.

Nro. 5". noviembre. 1998

NULIDADES TIEMPO PARA OponERLAS – Apelación -

Corresponde señalar que el Art. 205 del Cód. de Pto. Penal, establece la oportunidad -durante cada estadio procesal-, para la articulación de nulidades, pero ello en los plazos a los que reenvía -para el procedimiento- el “in fine” de dicha disposición legal, al art. 437, que impone considerarlos en el límite de tres días, a partir de la diligencia impugnada. Se observa además, que no se escuchó en la bilateralidad que indica el art. 437 segundo párrafo del C.P.P., al Sr. Agente Fiscal, concediéndose el recurso por el A-Quo, notificándose, sin emplazar, desatendiendo entonces la manda del art. 443 del ritual, pese a la cual y en razón de lo señalado en el considerando y motivo del rechazo, no corresponde hacerlo cumplir en el sub estudio, a fin de no dilatar más los procedimientos como por economía procesal.-

C.Apel.y Gar. Penal S.Isidro Sala Ila Causa n° 48.188/S. Ila.”A,MJ. s/ Robo”.
Noviembre de 1998

NULIDAD. ACTO REPRODUCIBLE

No habiendo imputado identificado al momento de realización de la diligencia cuestionada y no pudiendo reputarse como acto irreproducible en los términos del art. 274 del C.P.P. el informe médico que fuera producido, siendo, por otro lado, de la esencia de la investigación de los hechos criminales puesta a cargo del Ministerio Público Fiscal -lo que le viene impuesto como regla de actuación por la preceptiva de los arts. 55, segundo párrafo, 61 y ccdtes. de la ley 12.061; 266 y Ssgts. del Cód. de Pto. Penal- el abocarse el Agente Fiscal a cargo de la Investigación Penal Preparatoria, directa e inmediatamente a la instrucción de los hechos que aparezcan cometidos en su jurisdicción (art. 267, primer párrafo del C.P.P. ley 11.922), entonces, a la luz de estas consideraciones y en las condiciones dadas, no privada la defensa de poder contrarrestar en el futuro la existencia o entidad de lo que resulta de aquella actuación, no puede decirse entonces que el subexamine pueda plantear a esta altura un supuesto de nulidad.- Causa n° 49.226/Ila.-

C.Apel.y Gar. Penal S.Isidro Sala Ila “S,JA. s/ amenazas y lesiones”. junio.
1999.-

RECURSO INADMISIBLE

La apelación del procesado no se presenta huérfana del conocimiento de su asistencia técnica toda vez que durante el término del emplazamiento la defensa de W.A.M. tuvo oportunidad de complementar la disconformidad de su asistido suministrando durante dicha etapa los motivos de agravios que viabilicen su consideración, por lo que no expuestos de ese modo en la oportunidad, debe entonces declararse inadmisibles el recurso intentado por ausencia de indicación que habilite a la apertura de la jurisdicción del Tribunal con relación a lo resuelto por el Señor

Juez de Grado. (Arts. 421, párr 2°, 433, párr 2° y 439 y ccdts. del C.P.P.)

C.Apel.y Gar.Penal S.Isidro Sala Ila Causa n°49.224, “M,W s/Tva. de robo”
mayo 1999.-

EXCLUSION DEL HOGAR

La nuda palabra de la víctima en orden a la determinación “prima facie” del autor de las lesiones que se encuentran certificadas en autos, no constituyen la apariencia de responsabilidad del titular del derecho a afectar (la posesión de la vivienda asiento del hogar conyugal, lo cual, asimismo debe ser objeto de acreditación –télisis del art. 146, inc. 1° del C.P.P. en su relación con lo dispuesto por el “in fine” del art. 83 del mismo cuerpo legal-) y ausente la palabra del imputado en el legajo, no se puede decir que la exclusión del hogar dispuesta por el Sr. Juez de Garantías se encuentre debidamente justificada.(télisis del art. 146 inc. 1° del C.P.P. en su relación con lo dispuesto por el “in fine” del art. 83 del mismo cuerpo normativo).-

C.Apel.y Gar. Penal S.Isidro Sala Ila Causa n° 48.184.- “V.,C.A. s/lesiones leves”.1998.-

MEDIDA DE COERCION PERSONAL

Así, en cuenta de la calificación legal sustentada en el auto de Prisión Preventiva, su situación, en principio se encuentra por fuera de cualquiera de las hipótesis de excarcelación reguladas en ambos cuerpos legales (arts. 1° de la ley 10.484 y 169 de la ley 11.922), a lo que se sobre añade, a manera de obstantes específicas en el régimen del nuevo C.P.P., la falta de residencia de H.M.O., conforme se desprende de sus propios dichos y de los informes obrantes (arts. 171, del C.P.P. de cita).-

Debe rechazarse el recurso en trato, dándose por homologado el decisorio en crisis (arts. 169 “a contrario”, 148 y 171 de la ley 11.922 y 1° “a contrario” de la ley 10.484).-

C.Apel.y Gar. Penal S.Isidro Sala Ila Causa n° 48.182.- “Inc. de Excarcelación en favor de O, H.M.”. noviembre. 1999

MEDIDA MENOS GRAVOSA

El análisis de la disposición de una medida cautelar menos gravosa que la que le viene impuesta a C.R., conforme fuera requerida por el Dr. Fernando Amallo, haya sido objeto de consideración por parte del Juez de Grado, por la ausencia de oportuno planteo por ante el Señor Juez de Garantías, entonces, su requerimiento, por intempestivo, no podrá tener acogida favorable en esta Instancia.-

C.Apel.y Gar. Penal S.Isidro Sala Ila Causa n° 48.260.”R.,C. s/robo calif.”diciembre. 1998 (por mayoría)

PROBATION. DELITOS CULPOSOS

La pena conjunta de inhabilitación que el tipo de las lesiones culposas reclama, impide, per se, la aplicación del instituto de la suspensión del juicio a prueba, según lo establece el último párrafo del art. 76 bis del C. Penal, correspondiendo por lo antedicho confirmar el auto de fs. 80/vta. en cuanto fuera materia de recurso.(arts. 76 bis último párrafo del C. Penal y 299 y ccdtes. del C.P.P. ley 3589).-

C.Apel.y Gar. Penal S.Isidro Sala IIa Causa n° 49.196 “S.,V.H. y ot. s/ Lesiones Culposas”. junio.1999.

NULIDAD DE LA REQUISA

La disposición del art. 225 primer párrafo del C.P.P. es clara en señalar las circunstancias que se deben reunir para que resulte procedente la realización de una requisita, es decir, que “haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con el delito”. En consecuencia, de las constancias que se desprenden del acta cuestionada, no surgen cuáles fueron los motivos que tuvieron los funcionarios policiales para llegar a la realización de tal medida -art. 294 inc. 5° del C.P.P.-, es decir, sólo ante la existencia de un estado de sospecha posibilitaba a la policía la requisita del camión sin orden de Juez competente, asistiéndole razón al Sr. Juez de Garantías en cuanto señala que las circunstancias obrantes en el acta de fs. 1/vta., resultan insuficientes para que la prevención adoptara dicha medida. “La requisita personal es la búsqueda de cosas relacionadas con un delito efectuada en el cuerpo o ropas de una persona (Cafferata Nores, “Medidas...” pág. 83) o en el vehículo en el cual se transporta” (Clariá Olmedo, “Tratado de Derecho Procesal Penal”, T° III, pág. 702), en tanto exista un estado de sospecha verificable objetivamente, diligencia que se encuentra sujeta a limitaciones en tanto se hallan en juego principios constitucionales (art. 18 de la Constitución Nacional).-

Pero, si bien el personal policial puede llevar a cabo una requisita personal, ello debe ser cuando medien circunstancias de urgencia. Situación ésta que no se daba en autos. De la lectura del acta en cuestión es más que evidente que el personal policial no enfrentaba una situación de urgencia tal que menoscabara la investigación que se iniciara en ese momento, ya que no había razonablemente razón de flagrancia o al menor de una actitud sospechosa que pudiera dar a entender la posibilidad de la comisión de un ilícito por parte del aprehendido, no existía ninguna sustanciación sumarial previa y por ende, ninguna orden judicial que habilitara al personal policial a detener personas sin la orden pertinente emanada de autoridad competente, tampoco se encontraban ante razones de índole excepcional. Del modo que se obtiene la prueba que inculpa al inculpa en este proceso, a nuestro entender, resulta ilegal, violándose principios fundamentales de raigambre constitucional, como son los emergentes de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, los que deberán ser cuidados de no ser alterados, reformados o excluidos, ya que estos resultan, base de

acción de la vida misma.-

De todo lo expuesto, se desprende que, a entender de los suscriptos, la requisita se llevó a cabo sin darse las circunstancias previstas por la ley de forma, afectando garantías del debido proceso e inviolabilidad de la defensa, por lo que no encontramos razones de hecho y de derecho que posibiliten apartarse de lo resuelto por el Sr. Juez de Garantías, habida cuenta que, como se señalara, no existieron motivos de sospecha para proceder a la requisita personal, así como tampoco motivos de urgencia. Amén de ello, a nuestro entender, el consentimiento prestado por López no fue libre, ante la presencia de un operativo policial que provoca una lógica intimidación en el ánimo de la persona, todo lo cual da lugar a la presunción de un vicio de la voluntad, tal como lo sostuviera el Sr. Juez “a quo”.-

C.Apel.y Gar. Penal S.Isidro Sala IIa Causa n° 50.106 “L. O.R. s/Tenencia y portación de arma de guerra”, octubre 1999 (POR MAYORIA).-

NULIDAD DEL ART. 308 DEL C.P.P. -LEY 11.922-

Del acta de declaración a tenor del art. 308 del C.P.P. -ley 11.922- del imputado, surge que se le puso en conocimiento de los derechos que lo asistían, las piezas probatorias que obran en su contra, así como la referencia de las lesiones que efectuara, hechos ocurridos en la fecha que se le señalara; con todo lo cual cumple acabadamente, a criterio de este Tribunal, con las exigencias de los arts. 308 y 312 del ordenamiento ritual, habida cuenta que el mismo brindó explicaciones sobre el suceso acaecido, por lo que no puede decirse que desconoce el alcance de la conducta delictiva que le fuera adjudicada, por ello no podría considerarse obstaculizado el derecho a defenderse del imputado; entenderlo de otra manera nos pondría frente a un excesivo rigorismo formal. Entonces, en las condiciones dadas, el derecho de defensa y la garantía del debido proceso -art. 18 de la Constitución Nacional- no se encuentran, a criterio de los suscriptos, afectados, correspondiendo en consecuencia revocar la nulidad declarada sobre la declaración del art. 308 del C.P.P. y de todo lo obrado en consecuencia, por los motivos expuestos supra.-

C.Apel.y Gar.Penal S.Isidro Sala IIa Causa n°48.184 “V.C.A. s/Lesiones”, Octubre 1999

COMPETENCIA. LEY 10.973.

En el caso de las infracciones previstas en la ley 10.793 -art. 83 de la norma de cita- ésta dispone que las causas que se sustancien bajo el procedimiento que aquélla fija, tendrán el mismo trámite que el previsto para las causas correccionales, esto es, serán investigadas por el Fiscal de Instrucción con el correspondiente contralor del Juez de Garantías, debiendo intervenir el Juez Correccional en la etapa plenaria - arts. 24 incs. 1° y 2° del C.P.P.-

C.Apel.y Gar.Penal S.Isidro Sala IIa Causa n° 50.134 “Inc. de competencia entre

U.F.I. n° 2 y Juzgado en lo Correccional n° 1”, octubre de 1999.-

I.P.P. VIABILIDAD DE LA REQUISITORIA DE ELEVACION A JUICIO.-

Existen elementos de convicción suficientes reunidos durante la Investigación Penal Preparatoria que otorgan la probabilidad requerida en esta etapa, para proceder a la elevación a juicio. Y es así, que en esta fase del procedimiento podemos sostener que las conductas investigadas, en tanto se ha reconocido que el cobro de los cheques en cuestión se vió frustrado por la orden de no pagar recibida por parte de las entidades bancarias y por las denuncias de robo y extravío, fueron ejecutadas por los imputados de autos, siendo poco probable que tratándose de una empresa familiar la comunicación entre sus escasos miembros sea tan delimitada en las tareas realizadas por cada uno de ellos que hiciera que los restantes desconocieran totalmente lo efectuado por los otros, especialmente tratándose de sumas de dinero de gran magnitud. De lo obrado hasta el momento, las razones que pudieran haber justificado la existencia de un sobreseimiento, no resultan suficientes para entender que la conducta de los encartados se encuentre comprendida en alguno de los supuestos del art. 323 del C.P.P., para determinar el agotamiento de la función jurisdiccional, por lo que, no pudiendo resolverse la situación de los mismos bajo las condiciones de los sobreseimientos provisionales en el régimen anterior -ley 3589- y existiendo sospecha suficiente de la perpetración de un delito, corresponde la elevación de la causa a juicio, donde se podrán implementar todas las medidas de prueba propuestas por las partes y, en consecuencia, la decisión a adoptar; cabiendo en esta etapa del proceso, como lo adelantara, al Ministerio Público Fiscal, reunir aquéllos elementos que considere pertinentes para un sobreseimiento o para el requerimiento de elevación a juicio, y a nuestro entender, ello se encuentra cumplido en autos a los efectos de la elevación a juicio para cada uno de los encartados.-

C.Apel.y Gar.Penal S.Isidro Sala Ila Causa n° 49.398 “V.S. y otros, s/Inf. art. 302 del C.P.”, octubre de 1999.- (POR MAYORIA).-

LIBERTAD ASISTIDA

Encontrándose cumplido el requisito temporal que prevé el art. 104 de la ley 12.256 para la obtención del beneficio de la libertad asistida y contando el encartado con los informes de la Junta de Selección y el informe integral de los grupos de admisión y seguimiento, los cuales aconsejan la incorporación de aquél al régimen de mención supra, así como el concepto bueno que registra y la conducta ejemplar diez que merece desde el año 1992, hacen viable la posibilidad de concesión, por lo que se impone hacer lugar al beneficio solicitado, debiendo realizarse un tratamiento ambulatorio a fin de poder controlar el hábito alcohólico que padece O.A.M., aplicándosele asimismo las reglas previstas en el art. 27 bis del C. Penal, en sus apartados 1°, 3° y 7°, debiéndose presentar asimismo ante el Patronato de Liberados para poder efectuar un seguimiento de la evolución del tratamiento respecto de la

adicción como del desempeño laboral del nombrado.-

C.Apel.y Gar.Penal S.Isidro Sala Ila Causa n° 49.772 “M.O.A., s/Inc. de Libertad Asistida”, octubre de 1999.-

EXCARCELACION -ART. 169 INC. 11° “IN FINE”-

Encontrándose detenido J.C.B. desde el día 26/08/96, a cuyo respecto fuera dictada sentencia condenatoria -no firme- de segunda instancia por la que el nombrado fuera condenado a la pena de catorce años de prisión, accesorias legales y costas, por haber sido hallado autor penalmente responsable de los delitos de violación, violación en concurso real con robo calificado por el uso de armas y resistencia a la autoridad, todo en concurso real entre sí, manteniéndose su declaración de reincidente; habiéndose concedido el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto contra aquélla en fecha 13 de julio del corriente año, en dichas condiciones su situación se encuentra comprendida en la cláusula del art. 169 inc. 11° “in fine” del C.P.P. ley 11.922, toda vez que conforme reza dicha disposición: “...dictada la sentencia condenatoria, si se concedieran recursos extraordinarios, la prisión preventiva no tendrá término máximo de duración...”, doctrina ésta que fuera receptada por el Excmo. Tribunal de Casación Penal Pcial. en causas n° 260 y 488, entre otras, por ello a criterio del Tribunal corresponde confirmar el auto apelado en cuanto fuera materia de recurso.-

C.Apel.y Gar.Penal S.Isidro Sala Ila Causa n° 50.340 “Inc. de excarcelación en favor de BJC”, Noviembre 1999.-

NULIDAD DEL ACTA DE PROCEDIMIENTO

El acta de procedimiento que da inicio al legajo, cumple con todas las formalidades que son necesarias para otorgarle validez a la misma, toda vez que se deja constancia de motivos valederos por los cuales el acta no ha sido suscripta por testigos ajenos a la repartición policial, ya que atento al día -tratándose de un día jueves-, hora -18:30 hs.- y lugar -zona ribereña- del suceso sub exámine no se encontraban personas de aquéllas características que pudieran rubricarla, por lo que en nada se ve afectada la validez de la misma; entenderlo de otra manera nos colocaría frente a un excesivo rigorismo formal no adecuado al proceso penal, toda vez que no se puede caer en interpretaciones que en algunas oportunidades puedan llegar a una sacralización de tal magnitud que transformen el carácter instrumental del derecho penal. Asimismo, a nuestro entender, el remedio de la nulidad es de carácter excepcional y tratándose de nulidades relativas se debe intentar purgarlas y subsanarlas, correspondiendo por ende confirmar el auto apelado en cuanto no hace lugar a la nulidad del acta de procedimiento de fs. 1/vta., por encontrarse ajustado a aquéllas como asimismo a derecho.-

C.Apel.y Gar.Penal S.Isidro Sala Ila Causa n° 50.198 “M.,J.A. y ot. s/Tentativa de Robo”, noviembre de 1999.-

LAS SENTENCIAS

Como lo anticipáramos en la nota editorial, iniciamos esta nueva sección con el propósito de publicar fallos completos, de cualesquiera de las instancias y fueros departamentales, respetando el desarrollo del pensamiento integral del sentenciador. A tal fin, reiteramos la convocatoria a los colegas para que nos envíen aquellos pronunciamientos que consideren particularmente interesantes para ser publicados en esta sección.

El que presentamos a continuación, trata de un especial tema litigioso: esposo y padre matrimonial demanda a la esposa y su cómplice por indemnización del daño moral, (mediando divorcio anterior por presentación conjunta, art. 236 del C.Civil), y al hijo atribuido por impugnación de paternidad.

*Con respecto al **reclamo indemnizatorio**, se plantea la viabilidad de la acción por el cuestionamiento de la legitimación activa que sólo se confiere al cónyuge inocente, y también por la legitimación pasiva del padre biológico del hijo matrimonial, cuando aquél no es el esposo de la madre.*

También interesa el alcance de la cosa juzgada resultante de un divorcio por presentación conjunta dictado en los términos del art. 236 del Código Civil y la doctrina de los propios actos.

Contamos con las sentencias dictadas en las tres instancias provinciales ya que el juicio llegó a la Suprema Corte de Justicia y los transcribimos íntegramente a continuación.

PRIMERA INSTANCIA.

JUZG. CIVIL Y COMERCIAL Nº 13, DPTO. JUDICIAL DE SAN ISIDRO

***A CARGO DEL DR. LUIS M. CODEGLIA
Z.,O.L. c/S.C.A. Y OTRO S/ IMPUGNACION PATERNIDAD
Expte. Nº 37.632, Reg. Nº: San Isidro, Febrero 8 de 1996.-***

AUTOS Y VISTOS: Estas actuaciones caratuladas: “Z.O.L. c/ S.C. Y OTRO S/ IMPUGNACION PATERNIDAD”, Expte. Nº 37.632, en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia Nº 13, en lo Civil y Comercial, a mi cargo, venidos a despacho para dictar sentencia y de cuyas constancias,

RESULTA:

1) A fs. 41 / 45 se presenta el Sr. O.L.Z., por su propio derecho, y con el patrocinio letrado de la Dra. A.S.V., iniciando formal demanda de impugnación de paternidad y daño moral contra la Sra. C.A.S. y contra el Sr. M.G., en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho que pasa a exponer.-

Refiere encontrarse legitimado a los fines de promover la presente acción en

virtud de lo normado por el art. 258 de la ley 23.264, acreditada con la partida de nacimiento y certificado de matrimonio que en fotocopia adjunta.-

Relata que con fecha 8 de marzo de 1984 contrajo matrimonio con la demandada C.A.S. , naciendo de dicha unión en fecha 13 de agosto de 1985 la hija de ambos, C.Z., y el 21 de octubre de 1991 el menor M.Z..-

Refiere que durante dichos años el actor desconocía totalmente la doble vida que llevaba la demandada, consistente en la relación que mantenía desde algo más de tres años con su jefe, el Sr. M.G., quien se desempeñara como director de la firma C., siendo su única secretaria, su ex cónyuge . Agrega que dicha realidad llega a su conocimiento cuando el día 24 de febrero de 1992 siendo aproximadamente las 17.00 horas, el accionante regresa a su domicilio en busca de recetas, atento a que el mismo es médico, y sorprende en el dormitorio de dicho inmueble a los demandados, siendo que ambos confiesan que hacía algo más de tres años que mantenían dicha relación. Relata que con ello comienza a desarrollarse la etapa de crisis del matrimonio y también comienza la inquietud de saber quien era el verdadero padre del pequeño M.Z., siendo tales inquietudes - agrega - alentadas por los co-demandados dado que debía soportar comentarios insinuantes por parte de la accionada, quien se encargaba de ventilar lo acontecido y además los llamados telefónicos e insistentes comentarios acerca de la paternidad del menor por parte de la cónyuge del actor.-

Refiere que a fin de que la demandada se sometiera al examen inmunogenético tuvo que aceptar la firma de un divorcio de común acuerdo acentuándose la presión en obtener un régimen de visitas para su hija C. y por ese entonces para quien consideraba era su hijo, M.Z..-

Agrega que efectuados los estudios correspondientes en el Instituto Pricai, se obtuvo como conclusión, la exclusión del actor de la paternidad biológica del menor de autos.-

Expresa que a partir de dicho momento comienza el accionante a experimentar el dolor que produce la pérdida de un hijo, agravado por la intencionalidad y cinismo de la demandada quien aun a sabiendas de ésta situación, la misma, le habría impuesto una cuota alimentaria y un régimen de visitas para el menor M.. Agrega que a partir de la suscripción del juicio de divorcio los demandados comenzaron a convivir en el Inmueble que fuera asiento del hogar conyugal, paseándose abiertamente con el menor como un aparente grupo familiar.-

Reclama indemnización por daño moral, solicitando se fije la cuantía del mismo equivalente al valor vida de un hijo de un año de edad, y cuya pérdida fue experimentada por el actor. Siendo que a dicha suma debería adicionársele el importe correspondiente a las cuotas alimentarias que fueran abonadas durante la tramitación del juicio que asciende a la suma de \$ \$.

Ofrece Prueba. Funda su derecho.-

2) A fs. 46 se ordena correr traslado de la demanda. A fs. 48 se presenta el actor ampliando la demanda contra el menor M.Z..- A fs. 52 el actor denuncia el monto de la demanda entablada en la suma de Pesos ciento cincuenta mil o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse. Debiéndose adicionarse a dicho monto el de \$ \$ correspondiente a cuotas alimentarias abonadas por el actor para el menor de autos.-

3) A fs. 56 se presenta la Dra. F.P.F., en su carácter de Tutora Ad Litem del menor M.Z., contestando la demanda instaurada .-

4) A fs. 74 se presenta la Sra. C.A.S. por su propio derecho y con el patrocinio letrado del Dr. O.J.P., contestando la demanda instaurada en su contra. Niega todos y cada uno de los hechos mencionados en la demanda, documentación glosada a la misma que no merezca reconocimiento expreso. Niega que el derecho invocado sea aplicable al caso de autos.-

Realiza la negativa en particular. Manifiesta que es cierto que contrajo enlace con el actor y el nacimiento de C. y M.Z.. Así como que es cierto que se sometieran a la realización de los estudios mencionados en la demanda, aunque niega que el resultado de los mismos sea el que se menciona en la misma por cuanto la conclusión de ellos fue entregada al actor y nunca eficazmente pudo tener certero conocimiento del resultado. Por tal razón desconoce la autenticidad de la documentación agregada.-

Relata que el matrimonio iniciado en el año 1984 siempre transitó por un terreno de constantes desavenencias y reyertas conyugales. Pero que la empresa siguió adelante . Agrega que a partir de 1989 aproximadamente y pese al nacimiento de C.Z. la situación era prácticamente insostenible siendo que la característica dentro de la privacidad del hogar era la de un notable recíproco desinterés por el otro y una evidente indiferencia en donde cada uno hacía su vida, siendo que frente a terceros poco de todo ello trasuntaba. Agrega que dentro de ese contexto nació M.Z.. Refiere que el actor Z. en todo momento y por la forma en que habrían encarado la vida conyugal estaba al tanto de que el niño podría ser fruto de otra relación. Relata que ya nacido M. se decidió la separación de las partes acordando el retiro de Z. del hogar conyugal. Manifiesta que si ambos se avinieron a la separación era indudable que reconocían recíprocamente culpabilidad en el fracaso matrimonial, adelantando que resulta innegable que pueda valorarse a posteriori sobre episodios o circunstancias anteriores a todo ello. Por lo tanto agrega que dicha situación fulmina todo reclamo indemnizatorio que pretenda realizarse.-

Agrega que con relación al reclamo de impugnación de paternidad la demandada estaría a las resultas de las probanzas que en tal sentido se arrimen a autos. Ofrece prueba.-

5) A fs. 94 / 95 se presenta el co-demandado M.H.G., por su propio derecho contestando la acción que fuera impetrada en su contra. En primer lugar niega todos y cada uno de los hechos que invoca la demanda, documentación y derecho en la

que se intenta fundamentarla, en tanto no merezca reconocimiento en el responde.-

Realiza la negativa en particular. Solicita se dicte sentencia rechazando la acción intentada en lo que al suscripto se refiere con expresa imposición de costas.-

6) A fs. 103 se abren a prueba las actuaciones. a fs. 131 se proveen las pruebas ofrecidas por la parte actora. A fs. 318 se proveen las pruebas ofrecidas por la parte co-demandada Sra. S.. A fs. 286 Certifica la Sra. Actuaría la prueba producida por la parte actora. A fs. 346 certifica la Sra. Actuaría la prueba producida por la co-demandada. A fs. 352 obra dictamen del Sr. Asesor de Menores. A fs. 357 se llaman autos para alegar. A fs. 360 obra alegato de la parte actora. A fs. 366 se llaman autos para el dictado de sentencia, providencia que al hallarse firme deja la causa en estado de ser dictada.-

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: En primer término corresponde al sentenciante analizar el planteo de autos, en virtud del cual el accionante impugna la paternidad a él atribuida , en la que se emplaza al menor M.Z. en el carácter de hijo, atacando el nexo biológico o presupuesto biológico entre los mismos.-

SEGUNDO: A los fines de determinar la normativa aplicable, según surge de la fotocopia certificada de la partida de matrimonio glosada a fs. 15 / 16 de las actuaciones caratuladas: “Z.O.L. c/ S.C.A. s/ Divorcio Vincular”, que tramitaran por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial de Primera Instancia N° 3 Secretaría N° 6 Departamental, venidas con carácter “ad efectum videndi et probandi” , y que tengo frente a mi vista, el día 8 de marzo de 1984 se celebró el matrimonio de O.L.Z. y C.A.S., encontrándose por lo tanto acreditada dicha circunstancia. De la documentación adjuntada a fs. 10 de los autos ut-supra referidos, y fs. 5 de las presentes actuaciones, y que no fuera desconocida por la co-demandada S., surge que el menor M.Z. nació en la Ciudad de Buenos Aires el día 21 de octubre de 1991 , siendo anotado como hijo de O.L.Z. y C.A.S.. En consecuencia es de aplicación específica al caso en análisis lo preceptuado por el art. 258 del Código Civil.-

TERCERO: Con lo expuesto, corresponde adentrarse al tema puesto a consideración del suscripto, ello sin perjuicio del reconocimiento efectuado por la parte co-demandada, C.A.S. a fs. 201.-

En materia de derecho de familia, y especialmente en punto a la filiación, el acto voluntario adquiere una extraordinaria relevancia y trascendencia. Actuando como medio para llevar a la zona jurídica el hecho biológico, con lo que determina el desencadenamiento automático de las relaciones jurídicas familiares previstas por la ley, y por lo tanto el emplazamiento en un estado de familia. Dicho desencadenamiento se opera en virtud del interés superior de la sociedad y del reconocimiento de un interés familiar superior a las convergencias individuales que limita la autonomía de la voluntad por cuanto el derecho de familia se halla inmerso en tres órdenes: el orden público, el orden social y el orden familiar (Conf. J. L. Del

Carril “ La filiación y la ley 23.264 “. , pág. 37. Editorial Abeledo Perrot).-

Por lo tanto ese reconocimiento solamente es eficaz en relación a la acción de impugnación de filiación, a los fines de obtener el desplazamiento del estado de familia - el cual no puede obtenerse sin una decisión judicial -, con la prueba que acredite los extremos alegados para descartar la filiación que el hijo ostenta (Conf. arg. Bosert-Zanoni “ Régimen legal de filiación y patria potestad” , pág. 113, Editorial Astrea).-

“El estado de familia es una situación estable o permanente regulada por normas de orden público que no pueden modificarse por la libre voluntad de los interesados , pues esa conducta es fulminada por el art. 255 del Código Civil al restarle toda relevancia jurídica” (CNCiv. Sala C, julio 11 - 977 - E.D. 74-647).-

Tendiente la acción de impugnación, a destruir el nexo biológico que une al hijo con su padre, que fuera recibido jurídicamente por medio de la anotación así establecida, emplazándolo en la relación filial determinada, “La prueba que haya que producir en la misma se traducirá en la acreditación de circunstancias positivas que excluyan la paternidad biológica “ (G.Bosert y E. Zanoni, obra ut. supra citada pág. 249). Asimismo, a los fines de demostrar la falsedad de la filiación atribuida , “Es admisible toda clase de prueba, debiendo las mismas consistir en la demostración de hechos que hagan imposible el vínculo impugnado, de lo contrario, continúa en pie la validez del mismo”(Conf. Arg. C.N.Civ Sala F 31-12-68 LL 136-1054) .-

El sentenciante, merituando la prueba aportada en autos, adelanta haber formado su convencimiento consistiendo éste, en la imposibilidad de la realidad del nexo biológico entre O.L.Z. y el menor M.Z., ello, en virtud de las consideraciones que paso a exponer.-

Es tendencia unánime de los jueces que la prueba hematológica es categórica a los fines de la exclusión de la paternidad, ya que los sistemas utilizados demuestran fehacientemente que una persona no es el padre del nacido, es decir, existe una certeza absoluta de no paternidad (cfme. CNCiv., Sala D, Mayo 2 - 957 L.L., 88 - 213; CNCiv., Sala C, Abril 17 - 958; J.A. 1958 - IV - 33; CNCiv. Diciembre 23 - 959, J.A. 1960 - III - 227; CNCiv., Sala F, diciembre 27 - 960; J.A. 1961 - II - 519, CNCiv. Sala B, Febrero 7 - 962, L.L. 106 - 489; CNCiv. Sala A, Julio 25 - 973, E.D. 53 - 388; CNCiv, Sala C, Junio 28 - 974, E.D., 58 - 263; J.A. 1974 - 24 - 270; CNCiv. Sala F, diciembre 29 - 975, E.D. 67 - 359; L.L. 1976 - C - 151, Fallo 73.189, entre otros).-

“Hoy en día nadie discute que el examen de marcadores genéticos mediante las pruebas hematológicas permite excluir en forma segura la paternidad de un sujeto (“Influencia del avance científico en la determinación jurídica de la paternidad” Cecilia Grosman - El Derecho, Tº.85, pág.177 / 194).

“La paternidad en los momentos actuales es ya perfectamente demostrable y

los exámenes periciales basados en el sistema H.L.A. con los complementarios de las proteínas séricas, las enzimas y aún el de los grupos eritrocitarios, pueden excluir o incluir en el concepto de padre biológico con absoluta seguridad. Dado su extraordinario poder probatorio, por sí misma puede adjudicarse con la misma seguridad que excluir la paternidad” (“Determinación de paternidad por el Sistema H.L.A. o complejo mayor de histocompatibilidad”, por Eugenio O. Calarota, La Ley, Tº 1985 - A, pág. 472 / 487).-

Del informe de la pericia médica efectuada, remitida por el Departamento de Medicina legal del P.R.I.C.A.I -(Primer Centro Argentino de Inmunogenética)-, obrante a fs. 144 / 151, surge como conclusión que: “El Sr. Z., O.L. queda excluido de la paternidad biológica del niño M.Z., por el estudio del Sistema H.L.A. (conclusión de fs. 151), ello dado que éste no comparte con el padre legal los genes obligados que, no siendo heredados de la madre, deben provenir obligatoriamente del padre.-

Por lo expuesto, le resulta al sentenciador, que del conjunto de argumentos vertidos, deja la certeza necesaria a los fines de resolver el primero de los planteos efectuados en el litigio, y por lo tanto conformando el convencimiento acerca de la inexistencia del nexo biológico entre O.L.Z. y el niño M.Z. -.

CUARTO: Determinada la no paternidad del accionante respecto del menor M., capítulo aparte merece el análisis de la pretensión esgrimida por éste, en contra de los demandados C.A.S. y M.G., en virtud del cual O.L.Z. reclama el resarcimiento por el daño moral padecido derivado de la impugnación de filiación entablada, ello como consecuencia del accionar que los mismos le infringieran frente a la pérdida de un hijo -el menor M.-, alegando el fraude y la intencionalidad de los accionados, quienes -refiere-, sabían que el menor era producto de la relación que mantuvieran, haciendo participar al reclamante, al figurar éste como padre del niño.-

Cabe advertir, que “si bien puede admitirse que el Derecho de familia ofrece particularidades, que en algunos aspectos, lo diferencian de otros institutos, lo cierto es que integra un cuerpo normativo congruente, cual es el Código Civil, que sanciona a quien viola un deber jurídico, sea doloso o culposamente, con la obligación de resarcir el daño causado. Tales disposiciones ante la ausencia de norma específica que excluye su aplicación, también forman parte del régimen jurídico que integra el derecho de familia.-

En consecuencia, y si bien corresponderá al juzgador en definitiva analizar los elementos de juicio que presente cada caso, la conducta de las partes y la relación de causalidad entre ésta y el daño moral alegado, no se encuentra obstáculo en el sistema legal vigente para la procedencia de su reparación” (Conf. arg. C.N.Civ. en plenario -septiembre 20- 1994 (46.068 “G.G.G c/ B de G. S/ Divorcio Vincular - E.D. 25/11/94).-

Al respecto, cabe referirse a la importancia de un fallo dictado por la Sra.

Jueza Dra. Delma B. Cabrera de éste departamento Judicial, considerado precursor en materia de derecho de familia, atento a que dicho decisorio del año 1988 es un “leading case” en esta materia, por cuanto no se encuentran antecedentes jurisprudenciales específicos, siendo el tema propio tratado por aquél: la paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente y la consecuente indemnización por daño moral al hijo (El Derecho, Tº 128 , pg. 331 y sig.).-

En el mismo orden de ideas y, citando a Rébora, el mismo sostuvo que “El ámbito familiar era campo de verificación cierta del daño moral cuya reparación debía satisfacerse, por no tener en ningún aspecto de la vida civil la extensión y la importancia que alcanza en materia de relaciones familiares”. En igual sentido se pronunciaron Mosset Iturraspe, Barbero, Brebbia y Grosman “ (Rebora, Juan Carlos., “El daño moral” J.A. 1924-99 Sección Doctrina; cit. por Eduardo L. Gregorini Clusellas en Rev.L.L, sección jurisprudencia del 11 / 7 / 95).-

Con relación a la aplicación de la responsabilidad civil en el ámbito propio del derecho de familia, la Doctrina Nacional mayoritaria ha sido favorable al resarcimiento de los daños unidos al divorcio, así como al ejercicio de la acción rescarcitoria contra el cómplice del cónyuge que dio motivo al mismo, ello, apreciando los fundamentos de la jurisprudencia francesa relativos al tema (conf. Arg. vertidos por Leonardo Colombo “Indemnización del daño producido por el adulterio de la esposa” L.L. tº 89, 708 - 715).-

En lo que al daño moral se refiere, el mismo “ha experimentado su propia evolución dentro de la teoría general de la reparación. Las modificaciones de la ley 17.711 a los arts. 522 del Código Civil referente al de origen contractual, y del art. 1078 del Código Civil respecto del daño moral extracontractual constituyeron verdaderos avances para consagrar su reparación. La evolución señalada indica un avance hacia el resarcimiento pleno de daños fehacientemente verificados, en el acrecimiento de la equidad como factor de atribución y en el reconocimiento de que la responsabilidad por daño moral, más que una pena para el autor del daño constituye una reparación para la víctima” (Eduardo L. Gregorini Clusellas” El daño moral en la negativa de filiación y la legitimación al resarcimiento” citando a Belluscio, Augusto C. “Código Civil y leyes complementarias”, L. V. p. 109 Nota 1, Ed. Astrea, 1984).-

QUINTO: Hechas éstas referencias, corresponde al Juzgador abordar el caso que se le somete a debate.-

Sin perjuicio de ello debo acotar la escasa o nula existencia de jurisprudencia específica al tema particular en análisis, llevando a la conclusión del juez que, si bien situaciones como éstas se dan lamentablemente en forma repetida, las personas, en las costumbres argentinas, buscan otro tipo de soluciones, ello seguramente a los fines de que el sufrimiento experimentado sea sobrellevado en la intimidad, siendo que la huella deje menor marca.-

El actor reclama el daño moral. Nuestro Superior Tribunal lo ha conceptualizado como aquel que afecta principalmente a los derechos y atributos de la personalidad de carácter extrapatrimonial (S.C.B.A., causa B - 47.673, DJBA, Mayo 21 - 1979) y también ha dicho que su reparación tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor preeminente en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual y los más sagrados afectos (S.C.B.A. causa 35.579, abril 22 - 1986 en “Doctrina de Fallos”). Asimismo, y en forma reciente dicho Tribunal ha manifestado que el daño moral constituye toda modificación disvaliosa del espíritu, es una alteración no subsumible solo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona, sobre el cual los demás no pueden avanzar. De manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otro configura un daño moral (S.C.B.A., Diario de Jurisprudencia Judicial 275, 19 y 20 de diciembre de 1995 Año LIV tº 149 Nº 12.091, causa 55.728 “Toledo Noemí Elisa contra Municipalidad de La Matanza. Enfermedad Profesional”).-

También ha sentado el criterio de que el reconocimiento y resarcimiento del daño moral depende -en principio- del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión y no requiere prueba específica alguna pues ha de tenérsela por demostrada por el solo hecho de la acción antijurídica -daño “in re ipsa”- y es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de daño moral (S.C.B.A., causa L36625, octubre 14, 1986 en Doctrina de Fallos”, octubre de 1986, p.7 nº26).-

La co-demandada S. en la línea argumental de su defensa alega, en primer lugar, que frente a la existencia de un fallo decretando el divorcio vincular de las partes por mutuo consentimiento -siendo el efecto de éste la culpabilidad recíproca, dicha situación, fulminaría todo reclamo indemnizatorio que pretenda realizarse. En segundo término resalta las palabras acordadas por las partes en el convenido de disolución y adjudicación de bienes de la sociedad conyugal, en virtud del cual, según transcribe: “Las partes dejan debida constancia que una vez extinguidas la totalidad de las obligaciones asumidas en el presente acuerdo, no tendrán más nada que reclamarse por ningún concepto”, considerando la coaccionada, que al haber incorporado dichas manifestaciones, cerrarían la posibilidad de todo ulterior reclamo.-

Frente a ello cabe razonar que la petición de la reparación por daño moral efectuada por el actor, en nada importa reeditar las causas de divorcio, ni del divorcio en sí mismo, sino que tiende a obtener el resarcimiento del daño directo derivado del ocultamiento de la real paternidad del menor, y que éste considerara hijo biológico propio.-

A mayor abundamiento, y a fines aclaratorios, citando a Omar Barbero, cabe referir que “habiendo culpa de ambos cónyuges (en un Divorcio) ambos deben

compartir la responsabilidad del fracaso matrimonial en sí mismo, en igualdad de condiciones. Pero si hubo reconocimiento unilateral de culpa por parte de uno de los esposos, parece razonable imponerle la obligación de resarcimiento”. (Omar U. Barbero “Daños y perjuicios derivados del divorcio, Cap.VII: El resarcimiento mediando divorcio consensual “ , pág. 255, Edit. Astrea).-

En lo que respecta al Convenio de liquidación de la Sociedad Conyugal, corresponde entender que dichos términos deberán ser valorados y quedar circunscriptos al ámbito de dicho acuerdo. Ello por cuanto a lo que a bienes se refiere, es un campo distinto al tema que nos ocupa.-

Por lo tanto no surge ni del divorcio, ni del convenio aludido, que exista renuncia por parte del actor al reclamo que se peticiona en el caso de marras, y en consecuencia no cabría descalificar al mismo del derecho que le asiste al reclamo indemnizatorio por el hecho específico de haberse lesionado bienes extrapatrimoniales de éste, tal como su derecho a la paz en el ámbito de sus relaciones de familia, a la felicidad, al bienestar, como a su sentimiento de autoestima, el que evidentemente ha sido afectado, lo que a mi juicio, tornaría procedente la indemnización pedida.-

El actor, O.L.Z., durante el embarazo de la que fuera su cónyuge, y posterior nacimiento del menor M., hasta el momento de tener la certeza absoluta de que él no era el padre biológico -hecho que sucedió con la obtención del examen genético al que se sometieron en el mes de agosto del año 1992 (según consta en las actuaciones venidas ad efectum videndi, ut supra aludidas) creyó ser el padre del niño, circunstancia que se encuentra corroborada por la prueba informativa remitida por la Parroquia M. R. (fs. 44/45), por cuanto surge de la fe de Bautismo de M. de fecha 21 de Marzo de 1992, como nombre de su padre el de O.Z.; así, como de las declaraciones Testimoniales de O.L.H. (acta fs. 192/195) y A.B.H. (acta fs. 195/197 vta.), compañeras de trabajo de Z., las que expresan que el accionante “hasta que no tuvo el resultado de paternidad, nunca pensó que M. no fuese su hijo” agregando la consecuente angustia en la que quedó inmerso al constatar dicha circunstancia. Refieren también, que el actor siempre se mostró orgulloso como padre, y traen como ejemplo, el hecho de que frente al nacimiento del menor M., el actor llevara las fotos del Sanatorio A., donde naciera el mismo a la oficina para mostrarlas a sus compañeros de trabajo (ver fs. 193 vta cuarta respuesta y 196 vta. quinta respuesta).-

Con ello resulta sin duda alguna, que el ocultamiento de la real paternidad del menor al actor, quien se creyera verdadero padre del mismo, le ha causado un daño moral, ello por cuanto la parte demandada no ha acreditado la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de tal reclamo.-

SEXTO: El deber genérico de no dañar a otro impone la obligación legal de actuar en consecuencia, por lo tanto el ocultamiento de la realidad biológica del menor efectuado por la co-accionada C.A.S. al que fuera su cónyuge, ha constituido una conducta antijurídica, siendo un acto negativo, contrario a la ley, por cuanto importa una invasión en la esfera jurídica de otra persona (Conf. arg. Orgaz A. “El

Daño resarcible”, p. 23).-

Con lo dicho queda claro, que habiendo mediado un hecho ilícito por parte de la co-demandada al haber ocultado la realidad biológica del niño al Sr. O.Z., quien se creyera padre del mismo, debe resarcir a éste por el daño que le ha causado su actitud negligente, desde que se infiere lógicamente, que la misma es responsable, atento a que pudo haber tenido la representación de la posibilidad cierta, de que el hijo que engendrara tuviera una paternidad genética distinta de quien fuera su esposo -máxime, al haber tenido relaciones sexuales con persona distinta al mismo a la época de concepción-, y conforme la situación que reconoce en su contestación de demanda.-

Considero que ha mediado culpa de la co-demandada S. (art. 1109 del Código Civil), quien ante la situación descripta, necesariamente debió haber tenido sospechas acerca de la real filiación de su hijo, debiendo haber actuado en consecuencia, sin ocultar dicha situación al aquí actor (cfrme. Art.1078 del Cód. C.).-

En atención a lo expuesto corresponde que la co-demandada A.S. sea condenada a la indemnización del daño moral que su actuar ocasionara.-

SEPTIMO: En cuanto a la responsabilidad que se pretende atribuir al co-demandado M.G., cabe referir que conforme a lo dispuesto en el art. 1081 del Código Civil -aplicable también a los cuasidelitos por virtud del art. 1109, primer párrafo, segunda parte-, el tercero coautor o cómplice del hecho, o el que aconseja o lleva al cónyuge a cometer el hecho culpable, responde solidariamente con él por los perjuicios ocasionados” (Conf. Barbero, Omar, obra citada, pg. 248 y sig.).-

“Todo hecho cualquiera del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquél por culpa del cual se ha producido a repararlo. La generalidad de los términos con que este precepto legal está concebido, permitió a los autores y a la jurisprudencia sostener la procedencia de la acción resarcitoria en el supuesto, conclusión que referida a los principios de nuestro derecho positivo, se justifica tan ampliamente como lo está respecto al derecho francés.

El art. 1109 del Código Civil, en cuanto establece la responsabilidad de todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, supone, como condiciones necesarias a la ilicitud del acto que sanciona, la violación, por parte del autor del hecho, de un deber jurídico en razón del cual estaba obligado a evitar la producción del daño, como así también que éste se haya ocasionado por virtud de un acto que le sea imputable.” (Arturo Acuña Anzorena: “Responsabilidad Civil del Cónyuge Adultero y su cómplice por causa de adulterio” L.L., Tº 27, Julio 22 de 1942, pág. 212 y sig.)

En el caso de autos, frente a la comprobación de la no paternidad del actor del menor causante, así como del ocultamiento de la real filiación del mismo a quien creyera haber sido su progenitor, la co-demandada A.S. , cometió la violación de un deber jurídico siendo que tal violación le es imputable, y extensiva al co-accionado

M. G., en su carácter de partícipe responsable solidario.-

Ello por cuanto, “si bien no cabe la compulsión física para forzar la realización de la prueba hematológica, la negativa a someterse a la misma hace que se extraigan las debidas consecuencias procesales. Atento a que la actitud pasiva, al igual que en la prueba confesoria origina una presunción en contra del renuente. El respeto a la personalidad humana que impide el uso de un acto de fuerza, no significa que por arbitrio de una de las partes quede excluido un medio de prueba (Conf. Díaz de Guijarro, Enrique “Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos” J.A., 1947 - III - 216).-

Frente a la negativa de los demandados a efectuarse la prueba pericial solicitada, y considerando el apercibimiento efectuado por el tribunal a fs. 353, estimo y, a los fines de poder proceder a resolver el presente reclamo resarcitorio, y sin perjuicio de las acciones legales que pudieran ser viables en el caso, corresponde tener por presupuesta la relación existente entre el Sr. M.G. y el menor de autos, y por lo tanto su vinculación con la co-demandada S. conforme se le atribuye, siendo responsable por lo tanto, en forma solidaria con la misma por los perjuicios ocasionados, haciendo lugar a la pretensión de resarcimiento del daño moral reclamada.-

OCTAVO: Con respecto al monto de la indemnización reclamada en autos, el suscripto considera exagerado el importe pretendido en la demanda, ello por cuanto asimilar el reclamo de autos al valor vida de un hijo, es una ficción que no guarda relación con la realidad del caso que nos ocupa, por cuanto el menor vive, y nada impide que el actor pueda mantener una relación afectiva con el mismo, el hecho de haberse afectado la paternidad genética, y la consecuente angustia que ello le generara, no lleva a considerar al niño como muerto, máxime cuando las circunstancias demuestran que podría haber una continuidad en el trato, atento a que el menor sigue siendo hermano de C.Z., hija mayor del actor y co-demandada S., conforme surge de la partida de nacimiento que luce a fs. 5. Atento lo dicho estimo prudente el monto de la indemnización pretendida en la suma de Pesos dieciocho mil (Art. 1078 del C.Civil y art. 163 inc. 5º del C.P.C.C.).-

NOVENO: En lo atinente al reclamo de la devolución de las sumas entregadas por el actor a la co-demandada S. en concepto de alimentos para el menor M., en atención al resultado del juicio, por no ser hijo de aquél, corresponde que dicho importe sea reintegrado, ascendiendo el mismo a la suma de Pesos mil doscientos (Conf. Art. 793 del Código Civil).-

DECIMA: Las costas del presente litigio, atento a como se resuelve, deberán ser impuestas a los demandados C.A.S. y M.G. (art. 68 del C.P.C.C). Quedando exento de su aplicación al menor tutelado en autos, atento no tener responsabilidad alguna en los hechos planteados en el juicio (art. 68 del C.P.C.C.).-

Por las consideraciones expuestas y citas legales y Jurisprudenciales señaladas definitivamente

FALLO:

I) Haciendo lugar a la demanda de impugnación de filiación interpuesta por O.L.Z. contra C.A.S. y M.Z., y por lo tanto declarando que el menor M.Z., hijo de C.A.S., no es hijo biológica de O.L.Z.-

A cuyo fin , y una vez consentida la presente, líbrese los oficios de práctica a los fines de que tome nota de lo aquí resuelto en la partida de nacimiento respectiva.-

II) Asimismo se hace lugar al reclamo indemnizatorio de daño moral efectuado por O.L.Z. contra C.A.S. y M.G.. Condenando a éstos últimos por la responsabilidad civil que se le atribuye y en forma solidaria a abonar al primero dentro de los 10 días, la suma al momento del dictado del fallo, por el DAÑO MORAL que se le ocasionara conforme surge del resultando primero de la presente sentencia de: PE-SOS DIECIOCHO MIL.-

III) Debiendo reintegrar la codemandada C.A.S. al actor, O.L.Z., la suma de pesos mil doscientos que percibiera como cuota alimentaria del menor M.Z., y en el término referenciado en el punto anterior.-

IV) Las costas se imponen a los demandados C.A.S. y M.G..

Regúlense los honorarios de los letrados intervinientes Dra. A.S.V. (CASI T IX F 414), en su carácter de letrada patrocinante de la parte actora en la suma de Pesos \$\$, Dra. F.P.F. (CASI Tomo XX f 390) en su carácter de Tutora ad- Litem del Menor de autos, en la suma de \$\$; Dr. O.J.P. (CASI T XII F 198) en su carácter de letrado patrocinante de la co-demandada S., en la suma de \$\$; Dr. A.Z.(CASI T 111 F 126), en su carácter de letrado patrocinante del co-accionado M.H.G., en la suma de \$\$ con más los aportes de ley (art. 2, 9 inc. 5, 16 inc.j , 21, 28 y concs. de la ley 8904).-

REGÍSTRESE.NOTIFÍQUESES. Consentida que se encuentre la presente expídase por secretaría la documentación pertinente a los fines de su inscripción ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.-

FIRMADO: LUIS MARÍA CODEGLIA. Juez .

2da. INSTANCIA.

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL SAN ISIDRO. SALA IIa.

CUESTIONES

1ª. ¿ Es justa la sentencia apelada?

2ª. ¿ Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR KRAUSE DIJO:

1º) La sentencia de fs. 370/378 hizo lugar a la demanda que por impugnación de paternidad promoviera O.L.Z. contra C.A.S. y M.Z. declarando que este último no es hijo biológico del actor. También acogió la demanda que el primero de los nombrados iniciara contra C.A.S. y M.G. a quienes condenó a pagar la indemnización fijada. Las costas fueron impuestas a los accionados C.A.S. y M.G.

Apela la parte actora conforme los agravios de fs. 410/413 – contestados a fs. 427/429 y fs. 430/432 -, la condenada C.A.S. según los de fs. 412/420 – respondidos a fs. 425/426-, y el condenado M.G. que expresa agravios a fs. 421/423 contestados también a fs. 425/426.

Consentido lo decidido respecto a la demanda por impugnación de paternidad, salvo en lo que se refiere a la imposición de costas atento a los agravios de fs. 414/420 que han de ser considerados oportunamente, tanto la actora como los demandados se agravan por lo resuelto en la demanda acumulada por resarcimiento de daño moral. Mientras la actora impugna por bajo el monto concedido y se queja por no haberse previsto mecanismo de ajuste respecto de las sumas que la sentencia manda devolver por alimentos abonados anteriormente al menor M.Z., ni aplicado intereses en relación al monto indemnizatorio fijado, los accionados solicitan se revoque la sentencia y se rechace la demanda por no considerar procedente la responsabilidad que se les ha atribuido. He de considerar en primer término, pues, los agravios de los accionados por cuanto la suerte de ellos indicará la necesidad de tratar o no los de la actora referidos al monto fijado.

2º). No está discutido que el actor contrajo matrimonio con C.A.S. el 8 de marzo de 1984 de cuya unión nacieron C.Z. el 13 de agosto de 1985 y M.Z. el 21 de octubre de 1991. Tampoco lo está que los nombrados, manifestando que se encontraban separados de hecho y sin voluntad de unirse por causas de extrema gravedad que hacían imposible reconciliación alguna, mediante presentación conjunta promovieron juicio de divorcio el 19 de mayo de 1992 que fue finalmente decretado, en los términos de los arts. 215 y 236 del Cód. Civil, por sentencia del 24 de septiembre de 1992 confirmada por esta Alzada el 6 de agosto de 1993 (fs. 27 y fs. 49/50 de los autos agregados por cuerda). En dicho pronunciamiento se homologó lo acordado entre las partes en relación a la tenencia, régimen de visitas y alimentos de los menores. Con posterioridad se homologó el convenio de disolución de la sociedad conyugal firmado por las partes el 14 de mayo de 1992 (fs. 57 y 84 de los autos apiolados).

Surge de autos que, conforme el estudio realizado y agregado a fs. 144 el actor ha quedado excluido de la paternidad biológica del menor M.Z. y en razón de ello se ha hecho lugar a la demanda por impugnación de paternidad aspecto de la sentencia que -como ya lo adelantara- ha sido consentido. Al resultado de tal estudio

se refiere la demanda de divorcio promovida por ambas partes en cuanto supedita al mismo el régimen de tenencia, visitas y alimentos del menor acordado entre las partes. La posibilidad de que el menor no fuera hijo del hoy accionante fue, pues, expresamente contemplada por las partes al iniciarse el divorcio supeditado únicamente a su resultado –reitero- el régimen de tenencia, visitas y alimentos acordado.

Se agravia la demandada S. Por cuanto el Sr. Juez “aquo” al determinar su responsabilidad, por el daño moral que fija en favor del actor, reedita –contrariamente a lo que se ha resuelto en la sentencia- cuestiones precluidas y alcanzadas por la autoridad de la cosa juzgada, puesto que habiendo asumido en el divorcio ambas partes su responsabilidad en las causales que lo motivaron carece el actor de legitimación para efectuar reclamo indemnizatorio alguno. Sostiene que la demanda promovida viola la doctrina de los propios actos.

3º) El otorgamiento de una reparación en concepto de daño moral al cónyuge que ha sido agraviado por la conducta de su consorte encuentra debido fundamento legal en el art. 1078 del Cód. Civil (Belluscio, “Derecho de familia” t. 3 pág.877); Barbero, Oscar E.D. del 10-2-84 y demás autores allí citados). No existe norma alguna que se oponga a la procedencia de la demanda de indemnización por los daños derivados de los hechos que puedan haber dado lugar al divorcio, y si bien los arts. 206 y 217 y ss. del Cód. Civil no contemplan tal reparación ello es así, no por una omisión deliberada del legislador sino porque el derecho resarcitorio encuentra su marco legal en las normas del Código que le son propias (art. 1109, 1068, 1077, 1078 y cc. del Cód. Civil; causa 58.559 del 25-6-92 de la Sala Ia.; Cám. Civ. y Com. La Plata, 7-4-83 ED. 105-214; Cám.Nac.Civ., Sala “C”, 17-5-88, L.L. 1988-D-378; Mosset Iturraspe, “Los daños emergentes del divorcio” L.L. 1983-C-348). La Cámara Nacional Civil en pleno ha resuelto que en nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio (Cám. Nac. Civ. En pleno, 20-9-94 en L.L. 1994-E-538). De las mismas normas surge también que la legitimación para el reclamo está reservada para el cónyuge inocente (art. 1111 del Cód. Civil) por lo que aquél que también es culpable y responsable de la ruptura matrimonial no puede reclamar por el daño que el mismo ha contribuido, con su conducta, para que exista (causa 48.772 del 15-8-89 de esta Sala Ia.). En el caso habiendo la actora aceptado su responsabilidad en las causas que llevaron al divorcio el que, como consecuencia, se decretó por culpa de ambos cónyuges, no pueda reclamar a la demandada en razón precisamente de los hechos que llevaron al divorcio y en los que se sustenta su derecho a la indemnización del daño moral sufrido. Es que si las partes se divorciaron por presentación conjunta en los términos del art. 236 del Cód. Civil, que implica la culpabilidad de ambos o cuanto menos la imposibilidad de considerar a uno de ellos inocente y al otro culpable, y cuya sentencia debe evitar mencionar las razones que lo fundaron, el divorcio así decretado crea una situación definitivamente constituida cuyas consecuencias y efectos quedaron configurados y perfeccionados en ese momento (S.C.B.A. Ac. 41.663 del 3-4-90).

En el caso la conducta atribuida a la demandada, como sustento de la responsabilidad que se le atribuye, se refiere en definitiva al adulterio que se le imputa al haber concebido un hijo con alguien distinto a su ex-cónyuge, puesto que el silencio u ocultamiento de su real filiación biológica en el caso deriva precisamente de dicha conducta antimatrimonial. Si bien tal ocultamiento podría darse en una relación ajena al matrimonio como el concubinato, en el caso, es obvio que el mismo se ha dado dentro del matrimonio que existía entre las partes y es evidente que –como conducta injuriosa- está inescindiblemente unido al adulterio que se imputa a la accionada; y si este último no puede ser invocado, como consecuencia del divorcio ya decretado en los términos del art. 236 del Cód. Civil, tampoco lo puede ser la conducta que se atribuye a la demandada como sustento de su responsabilidad puesto que –como lo afirma el apelante- ello implica una reedición prohibida de las cuestiones suscitadas o que pudieron plantearse en el juicio de divorcio. En este sentido está claro que el actor supo de la posibilidad de que el menor no fuera su hijo ya que ello surge de la reserva efectuada en el acuerdo celebrado por alimentos y régimen de visitas.

Por lo demás es dable señalar que la aceptación de la responsabilidad que asumió el actor respecto de los hechos que llevaron a la ruptura matrimonial, no obstante los que en este juicio denuncia, determinaron también la renuncia de su cónyuge a plantear aquellos que pudieran comprometer la responsabilidad de aquél en todos los aspectos. Por ello, más allá que estos últimos hechos hayan existido o no, tema sobre el que le es vedado al tribunal expedirse, lo cierto es que el planteo del accionante implica la violación de la doctrina de los actos propios.

Es dable recordar en este sentido que la doctrina de los propios actos es una derivación necesaria e inmediata del principio general de buena fe y como tal integra nuestro derecho positivo (S.C.B.A., Ac. 34676 del 8-9-87, 35385 del 24-4-90, 39842 del 29-10-91, 44.212 del 3-12-91, 47151 del 3-8-93). Nuestro Superior Tribunal ha resuelto que en el “venire contra factum” el efecto se produce de un modo objetivo en el cual no se tiene en cuenta tanto la voluntad del autor del acto como la confianza que ese acto suscita en el tercero (S.C.B.A., Ac. 34713 del 8-9-87, 44212 del 3-12-91; causas n° 68600 y 68470 del 21-11-96 de esta Sala Ia.; Cám. Nac. Com., Sala “C”, 16-6-87, “Rivas, Jorge c/ Cardinal Cía. De Seguros S.A. s/ Daños y perjuicios).

En este sentido adquiere real relevancia lo acordado por las partes al celebrar el convenio de disolución de la sociedad conyugal en el que afirmaron que una vez extinguidas las obligaciones asumidas no tendrían nada más que reclamarse por ningún concepto. Es cierto que ello forma parte del convenio de disolución de la sociedad conyugal, pero también lo es que fue firmado en forma simultánea al pedido de divorcio y no puede ignorarse la estricta relación que tiene con todos los temas acordados en él; en definitiva, en estos autos se trata de una reclamación patrimonial que obviamente habría de incidir en la parte de los bienes que la demandada recibió con motivo de la disolución de la sociedad conyugal operada por la sentencia de divorcio.

Si mi voto es compartido ha de revocarse la sentencia en el aspecto analizado y rechazarse la demanda no sólo en relación a la demandada C.A.S. sino también con respecto a M.G. ya que el fundamento de su condena lo constituye su carácter de coautor o cómplice respecto de quien en definitiva ha de desestimarse la demanda. Por lo demás no se ha demostrado que el último de los nombrados sea autor de ilícito alguno que comprometa su responsabilidad siendo inaplicable a su respecto la presunción que establece la ley 23.511 por no ser el presente un pleito en que se reclame por filiación alguna respecto de él. Si bien la negativa del demandado a someterse al examen pericial genera una presunción que le es adversa dada la colaboración que los justiciables deben prestar para el dictado de una sentencia justa (doc. Arts. 375, 384 del C.P.C. causa 46563 del 25-4-89 de esta Sala) dicha solitaria presunción no permite, a la luz de las reglas de la sana crítica (art.384 el C.P.C.), tener por demostrado que el demandado G. supo que el menor no era hijo del actor y por consiguiente que le ocultó tal circunstancia (art.163 inc. 5° del C.P.C.).

4°) Se agravia –como ya lo adelantara- la demandada S. por habérsele impuesto las costas en relación a la demanda por impugnación de paternidad acogida en la sentencia en este aspecto consentida.

La exoneración de costas se siempre excepcional. En general, y con prescindencia de su buena o mala fe, de su mucha o poca razón, han de ser soportadas por el vencido, o sea, aquél contra quien tiene efecto el reconocimiento judicial que emana de la sentencia (art. 68 del C.P.C.; causas 38.262 del 2-4-85, 37.634 del 23-8-84 de esta Sala IIa.). El argumento de la apelante en cuanto al alcance de su allanamiento no autoriza a excepción alguna desde que ella quien hizo necesario el pleito a fin de aclarar la filiación de quien fue concebido durante la existencia del vínculo matrimonial (art. 70 del C.P.C.; causa 40098 del 10-10-85).

5°) El actor se agravia por cuanto, respecto de las sumas que la sentencia manda a devolver y que se entregaran en concepto de alimentos para el menor M.Z., aspecto de la sentencia también consentido, se ha omitido disponer un mecanismo de reajuste por aplicación de la tasa del Banco de la Provincia de Buenos Aires en sus operaciones de descuento. No le asiste razón.

En efecto la ley 23.928 impide la actualización o reajuste de las sumas que han de restituirse, no siendo procedente la aplicación de intereses por no haber sido ellos pedido en la demanda (art. 163 inc. 6° del C.P.C.; S.C.B.A., Ac. 54314 del 11-7-95 en DJBA. del 26-9-95).

6°) De conformidad a lo dispuesto por el art. 274 y 68 del C.P.C. corresponde imponer las costas por la demanda resarcitoria a la actora vencida y adecuar los honorarios regulados a los letrados intervinientes en la instancia de origen al nuevo pronunciamiento que ha de dictarse.

Así teniendo en cuenta la importancia de los trabajos realizados y el valor en juego en el presente pleito corresponde regular, en relación a la demanda por

impugnación de paternidad, los honorarios a la letrada de la actora. Dra. A.S.V., de los letrados de los demandados Dr. O.J.P., Dr. A.Z. y Dra. F.P.F. en las sumas de \$\$, \$\$ y \$\$ respectivamente (arts. 9 Ap.I inc. 5, 14, 15, 16 y cc. de la ley 8.904. Asimismo y en relación a la demanda por cobro de daños y perjuicios corresponde regular los honorarios del Dr. O.J.P., Dr. A.Z. y Dra. A.S.V. en las sumas de \$\$, \$\$ y \$\$ respectivamente (arts. 14, 15, 16, 23 y cc. del C.P.C.).

No siendo menester sino tratar los agravios conducentes a la solución del litigio en los términos señalados, en lo que ha sido materia de recurso voto por la negativa.

A la misma cuestión, los señores Jueces doctores Bialade y Malamud por iguales consideraciones, votaron también por la negativa.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR KRAUSE DIJO:

Dada la forma como se resuelve la cuestión anterior corresponde: a) revocar parcialmente la sentencia apelada y rechazar la demanda que por cobro de daño moral promoviera O.L.Z. contra C.A.S. y M.G. con costas a la actora vencida; b) confirmar la sentencia apelada en cuanto, por la demanda de impugnación de paternidad, impuso las costas a la demandada C.A.S. en su calidad de vencida; c) dejar sin efecto la regulación de honorarios en relación a los letrados intervinientes y fijar los de la letrada de la actora Dra. A.S.V., de los letrados de los demandados Dr. O.J.P., Dr. A.Z. y Dra. F.P.F. en las sumas de \$\$, \$\$, \$\$ y \$\$ respectivamente por sus trabajos en la demanda por impugnación de paternidad (arts.9 ap.I inc. 5, 14, 15, 16 y cc. de la ley 8.904). Asimismo y en relación a la demanda por cobro de daños y perjuicios corresponde regular los honorarios del Dr. O.J.P., Dr. A.Z. y Dra. A.S. V. en las sumas de \$\$, \$\$ y \$\$ respectivamente (arts. 14, 15, 16, 23 y cc. del C.P.C.); d) confirmar la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio. Las costas devengadas ante esta Alzada se imponen a la actora sustancialmente vencida (art. 68 del C.P.C.), a cuyo fin se regulan los honorarios del Dr. O.J.P., Dr. A.Z. y Dra. A.S.V. en las sumas de \$\$, \$\$ y \$\$ respectivamente (art. 31 de la ley 8.904).

ASÍ LO VOTO

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Bialade y Malamud por iguales motivos votaron en el mismo sentido.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

POR ELLO, en virtud de las conclusiones obtenidas en el Acuerdo que antecede y de los fundamentos expuestos en el mismo: a) se revoca parcialmente la sentencia apelada y se rechaza la demanda que por cobro de daño moral que

promoviera O.L.Z contra C.A.S y M.G. con costas a la actora vencida; b) se confirma la sentencia apelada en cuanto, por la demanda de impugnación de paternidad, impuso las costas a la demandada C.A.S. en su calidad de vencida; c) se deja sin efecto la regulación de honorarios en relación a los letrados intervinientes y se fijan los de la letrada de la actora Dra. A.S.V., de los letrados demandados Dr. O.J.P., Dr. A.Z. y Dra. F.P.F. en las sumas de \$\$, \$\$, \$\$ y \$\$ respectivamente por sus trabajos en la demanda por impugnación de paternidad. Asimismo y en relación a la demanda por cobro de daños y perjuicios se regulan los honorarios del Dr. O.J.P., Dr. A.Z. y Dra. A.S.V. en las sumas de \$\$, \$\$ y \$\$ respectivamente; d) se confirma la sentencia apelada en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravio. Las costas devengadas ante esta Alzada se imponen a la actora sustancialmente vencida (art. 68 del C.P.C.), a cuyo fin se regulan los honorarios del Dr. O.J.P., Dr. A.Z. y Dra. A.S.V. en las sumas de \$\$, \$\$ y \$\$ respectivamente.

Reg. Not. y Dev.

Firmado: JUAN IGNACIO KRAUSE - ROGER ANDRE BIALADE - DANIEL MAMAMUD - CLAUDIA ARTOLA, Secretaria .

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

ANTECEDENTES

La Sala II de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro revocó parcialmente el fallo de primera instancia y rechazó la demanda promovida por daño moral.

Se interpuso, por la actora, recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.

Dictada la providencia de autos y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Suprema Corte resolvió plantear y votar la siguiente

CUESTIÓN

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

VOTACIÓN

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Pettigiani dijo:

I.- La Cámara fundó su decisión revocatoria en que:

- a) El actor ha quedado excluido de la paternidad biológica del menor M.Z., razón por la cual se ha hecho lugar a la demanda por impugnación de paternidad, aspecto de la sentencia que ha quedado consentido.
- b) La posibilidad de que el menor no fuera hijo del hoy accionante fue expresamente contemplada por las partes al iniciarse el divorcio, supeditado únicamente al resultado del estudio genético el régimen de tenencia, visitas y alimentos acordado.

- c) Habiendo la actora aceptado su responsabilidad en las causas que llevaron al divorcio el que, como consecuencia se decretó por culpa de ambos cónyuges, no puede reclamar a la demandada la indemnización del daño moral fundada en esos mismos hechos.
 - d) La conducta atribuida a la accionada, como sustento de la responsabilidad que se le atribuye, se refiere al adulterio que se le imputa al haber concebido un hijo con alguien distinto a su ex cónyuge, y ello implica una reedición prohibida de las cuestiones suscitadas o que pudieron plantearse en el juicio de divorcio.
 - e) Adquiere relevancia lo acordado por las partes al celebrar el convenio de disolución de la sociedad conyugal - firmado en forma simultánea al pedido de divorcio – en el que afirmaron que una vez extinguidas las obligaciones asumidas no tendrían nada más que reclamarse por ningún concepto.
 - f) No se ha demostrado que el condenado G. sea autor de ilícito alguno que comprometa su responsabilidad, siendo inaplicable a su respecto la presunción que establece la ley 23.511, por no ser el presente un pleito en que se reclame por filiación alguna respecto de él.
- II.- Contra dicho pronunciamiento se alzó la actora vía del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denunció violación de los arts. 1111, 1197, 1198 y 1306 del Código Civil.
- III.- Las constancias del juicio de divorcio que aquí interesan son las siguientes:
- 1) fs. 11/13: el actor y la demandada C.S. iniciaron el 19-V-92 demanda de divorcio vincular por presentación conjunta (arts. 215 y 236 del C.C.). En dicho escrito acordaron que con relación al menor M.Z., lo convenido a alimentos , régimen de visitas, y vacaciones podía ser ratificado o modificado a resultas del examen genético a realizarse.
 - 2) fs. 23: el actor aclaró que a los fines de la eventual impugnación de paternidad, recurriría por la vía correspondiente.
 - 3) fs. 34: se agregó el estudio de histocompatibilidad inmunogenética de paternidad realizado el 31-VIII-92, el cual excluye al actor de la paternidad biológica del menor M.Z.
 - 4) fs. 26: el actor solicitó la suspensión del dictado de la sentencia atento los resultados obtenidos en las pruebas médicas realizadas.
 - 5) fs. 27 vta.: la demandada se opuso al pedido de suspensión del pronunciamiento de aquel acto procesal alegando que “... las cuestiones ahora argüidas por el presentante deberán ventilarse por la vía pertinente...” (el subrayado me pertenece).
 - 6) fs. 29: con fecha 24-IX-92 se decretó el divorcio vincular y se homologó el acuerdo acompañado.
 - 7) fs. 57: se agregó el convenio de disolución de sociedad conyugal suscrito el 14-V-92.
- IV.- Considero que debe hacerse lugar parcialmente al recurso interpuesto. El autor inició demanda de paternidad y daño moral contra su ex esposa y el señor M.G. (V.fs 41/45), integrándose la acción con el menor representado por el

Asesor de Incapaces (v. fs. 47/49).

1.- En lo que hace a la acción dirigida contra la condenada S. El tema a resolver se circunscribe a determinar si el reclamo por daño moral pretendido implica o no reeditar las cuestiones planteadas en el juicio de divorcio; y si la pretensión resarcitoria se encuentra enervada por la manifestación contenida en el convenio de disolución de sociedad conyugal referida a que "... Las partes dejan debida constancia que una vez extinguidas la totalidad de las obligaciones asumidas en el presente acuerdo, no tendrán nada más que reclamarse por ningún concepto..."(v. fs. 57 vta.).

El divorcio decretado por presentación conjunta (arts. 215 y 236 del C.C.) es un juicio autónomo (como la propia condenada remarcó a fs. 28 del mismo) del de impugnación de paternidad y su consecuente pedido de daño moral.

La acción incoada por el trámite de presentación conjunta tuvo por finalidad esencialmente (además de los aspectos que posibilita acordar el art. 236 del Código Civil) disolver el vínculo matrimonial entre las partes y restituirles su aptitud nupcial. Al elegirse la vía de los arts. 215 y 236 del Código Civil, los presentantes clausuraron el carril de una eventual acción de daños y perjuicios con fuente en algún supuesto de conducta conyugal, ya que optaron por mantener inquebrantable reserva sobre los motivos que condujeron a la ruptura matrimonial.

Pero lo que se pide en esta causa es el resarcimiento del daño directo derivado de la atribución fraudulenta y consecuente ocultamiento al actor de la real paternidad del menor M.Z., ya que lo estipulado en el convenio de disolución de la sociedad conyugal (suscripto días antes de iniciarse el pedido conjunto de divorcio) cuando refiere que: "...Las partes dejan debida constancia que una vez extinguidas la totalidad de las obligaciones asumidas en el presente acuerdo, no tendrán nada más que reclamarse por ningún concepto..."(v. fs. 57 vta. Del divorcio), se limita – como lo remarqué con el subrayado – a las obligaciones emergentes de dicho acuerdo.

El adulterio, supuesto obviamente necesario en las circunstancias de autos para que la madre pudiera concebir un hijo con un tercero, no fue materia de juzgamiento ni podría haberlo sido, como tampoco generado debate alguno, dado la naturaleza de la vía elegida (art. 236 del Código Civil) en el proceso de divorcio, por lo que mal podrían haberse planteado o plantearse reclamaciones indemnizatorias con pie en tal circunstancia. La fuente del reclamo, el hecho generador del mismo se encuentra – como ya lo dije – en el perjuicio resultante del ardid consistente el adjudicar falsamente la paternidad al cónyuge de la madre. Tal realidad no podría sino constatarse a través de un proceso como el presente que mantiene absoluta independencia con el divorcio, persiguiendo cada uno de ellos con objeto perceptiblemente distinto.

2.- Los agravios vinculados con el rechazo de la acción dirigida contra el condenado M.G., en cambio, deben ser desestimados.

Ello así porque el recurrente no ha cuestionado idóneamente el fundamento vertido por el a quo referido a que no se ha demostrado que aquél resulte autor de ilícito alguno y la inaplicabilidad a su respecto de la presunción de la ley 23.511 (art. 4, 1º párr. in fine) por no haber sido demandado en autos por filiación (art. 279 del C.P.C.), razón por la que se denegó la pretensión articulada en su contra.

Es doctrina reiterada de este Tribunal que es insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley que no efectúa una réplica frontal del fundamento esencial de la decisión, con entidad bastante para sustentarla por sí solo (conf. Ac. 56.239, sent. Del 29-III-95, Ac. 47.810, sent. Del 20-IV-93).

V.- Si lo que dejo expuesto es compartido deberá hacerse lugar parcialmente al recurso interpuesto y, en consecuencia se mantiene el fallo de primera instancia en cuanto hizo lugar a la procedencia del reclamo indemnizatorio por daño moral interpuesto contra C.A.S. Los autos volverán al tribunal de origen para que integrado como corresponda se expida sobre los pedimentos aún no resueltos.

Con el alcance indicado doy mi voto por la afirmativa.

Los señores Jueces doctores Negri, Hitters, Laborde y Salas, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Pettigiani, votaron también por la afirmativa.

Con lo que se terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, se hace lugar parcialmente al recurso extraordinario interpuesto y, en consecuencia, se mantiene el fallo de primera instancia en cuanto hizo lugar a la procedencia del reclamo indemnizatorio por daño moral interpuesto contra C.A.S. Devuélvase los autos al tribunal de origen para que integrado como corresponda se expida sobre los pedimentos aún no resueltos (art. 289, C.P.C.C.).

Notifíquese.

Firmado: HECTOR NEGRI - ELIAS HOMERO LABORDE - JUAN CARLOS HITTERS - EDUARDO JULIO PETTIGIANI - JUAN MANUEL SALAS - ADOLFO ABDON BRAVO ALMONACID, Secretario.

LOS LIBROS

En este número la presente sección trae mucho de poesía y poco de libros. Con respecto a éstos, sin embargo, la obra comentada es de especial interés para todos nosotros que usamos el lenguaje escrito como elemento fundamental de nuestra tarea. Se trata del “Manual de Estilo” que elabora la Procuración del Tesoro de la Nación, editado el año pasado, cuya consulta nos ha sido de invalorable ayuda.

Por otro lado, como siempre, hemos reservado un espacio para la poesía. Esta vez el lugar lo ocupa Borges. ¿ Qué mejor pretexto que el centenario de su nacimiento para recordarlo?. Por eso nos pareció adecuado, puesto que era necesario optar entre tanta maravilla, elegir dos de sus poemas que, según nos parece, le conciernen de manera muy directa: el que tituló con el lugar y año de su nacimiento, “Buenos Aires, 1899”, transparente nostalgia infantil plena de evocaciones, y “The Thing I am”, todo él en pocas líneas, donde esconde tras la humildad del título a ese otro, arrogante y fatalista que proclama “I am that I am”, que aparece en una nota al verso. Los poemas fueron elegidos del libro de Jorge Luis Borges “Historia de la Noche” (Ed. Emecé 1977).

Delma Cabrera.

“HISTORIA DE LA NOCHE”

Jorge Luis Borges (Ed. Emecé 1977).

Buenos Aires, 1899

*El aljibe. En el fondo la tortuga.
Sobre el patio la vaga astronomía
Del niño. La heredada platería
Que se espeja en el ébano. La fuga
Del tiempo, que al principio nunca pasa.
Un sable que ha servido en el desierto.
Un grave rostro militar y muerto.
El húmedo zaguán. La vieja casa.
En el patio que fue de los esclavos
La sombra de la parra se aboveda.
Silva un trasnochador por la vereda.
En la alcancía duermen los centavos.
Nada. Sólo esa pobre medianía
Que busca el olvido y la alegría.*

The thing I am.

*He olvidado mi nombre. No soy Borges
 (Borges murió en La Verde, ante las balas)
 Ni Acevedo, soñando una batalla,
 Ni mi padre, inclinado sobre el libro
 O aceptando la muerte en la mañana,
 Ni Haslam, descifrando los versículos
 De la Escritura, lejos de Northumberland,
 Ni Suárez, de la carga de las lanzas.
 Soy apenas la sombra que proyectan
 Esas íntimas sombras intrincadas.
 Soy su memoria, pero soy el otro.
 Que estuvo, como Dante y como todos
 Los hombres, en el raro Paraíso
 Y en los muchos Infiernos necesarios.
 Soy la carne y la cara que no veo.
 Soy al cabo del día el resignado
 Que dispone de un modo algo distinto
 Las voces de la lengua castellana
 Para narrar las fábulas que agotan
 Lo que se llama la literatura.
 Soy el que hojeaba las enciclopedias,
 El tardío escolar de sienes blancas
 O grises, prisionero de una casa
 Llena de libros que no tienen letras
 Que en la penumbra esconde un temeroso
 Hexámetro aprendido junto al Ródano,
 El que quiere salvar un orbe que huye
 Del fuego y de las aguas de la Ira
 Con un poco de Fedro y de Virgilio.
 El pasado me acosa con imágenes.
 Soy la brusca memoria de la esfera
 De Magdeburgo o de dos letras rúnicas
 O de un dístico de Angelus Silesius.
 Soy el que no conoce otro consuelo
 Que recordar el tiempo de la dicha.
 Soy a veces la dicha inmerecida.
 Soy el que sabe que no es más que un eco,
 El que quiere morir enteramente.
 Soy acaso el que eres en el sueño.
 Soy la cosa que soy. Lo dijo Shakespeare.
 Soy lo que sobrevive a los cobardes
 Y a los fatuos que han sido.*

J. L. Borges

MANUAL DE ESTILO

*Procuración del Tesoro de la Nación. (ed. La Ley, Bs. As. 1998)
 Comentario: Marta R. M. Ricci*

Este libro es una guía para el uso del lenguaje. Se refiere al modo, a la forma de enlazar frases, oraciones, párrafos en procura de escribir bien. Que, tal como lo dijera Bioy Casares y se lo resalta en el libro que comentamos, lo logra aquel "...que dice lo que se propone, de manera eficaz y natural, con el lenguaje corriente de su país y de su tiempo..." Pensado para la Procuración del Tesoro, puede hacerse extensivo a nuestro diario quehacer. Brinda pautas para una correcta redacción (claridad, ilación, léxico, modos de expresión, palabras extranjeras y latinismos, citas,), para la organización de textos, redacción de dictámenes, de escritos judiciales. Nociones gramaticales, usos de los signos de puntuación, de mayúsculas, guía de palabras y expresiones.

Ha logrado el propósito para el que fue pensado: "establecer pautas de uso" con el objeto de lograr una comunicación eficaz mediante un lenguaje "sencillo, objetivo, directo y conciso". La comisión redactora estuvo integrada por seis profesionales de la Procuración del Tesoro. Sin perjuicio de la colaboración de todos los empleados y profesionales de aquélla, y con el asesoramiento de la doctora Ofelia Kovacci, miembro de la Academia Argentina de Letras. Cuenta, además, con tres artículos sobre la Procuración y un anexo normativo.

Impreso en forma cuidadosa por la editorial La Ley, se lo recomienda como un instrumento útil y ameno para nuestra actividad profesional.

SERVICIOS

En la sede del Colegio, Edificio Tribunales, 1º subsuelo, Int.3113 ó telefax: 4742-9939, podrá asesorarse sobre los siguientes servicios exclusivos para los Colegiados de San Isidro, tanto en precios como en calidad de servicio.

- **Préstamos**
- **Medicina Prepaga**
- **Servicio de Emergencias Médicas**
- **Descuentos en buques al Uruguay**
- **Medias Becas para Idioma Inglés**
- **Descuento en óptica**
- **Telefonía celular**
- **Descuentos para adquisición de automotores**
- **Turismo**

Servicios que brinda el Colegio de Magistrados de la Provincia

Además de estos beneficios, usted puede acceder a los servicios del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, comunicándose al siguiente teléfono:

Tel/Fax 0221-482-5302, en el horario de 8:30 a 13:30 hs.

- **Telefonía Celular**
- **Sistemas de mensajes por “PAGING”**
- **Precios especiales en enciclopedias jurídicas**
- **Descuentos en la compra de automotores 0Km**
- **Coseguro**
- **Turismo**